



HAL
open science

Direitos emergentes: uma critica do gênero e dos direitos sexuais desde a perspectiva latina

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Direitos emergentes: uma critica do gênero e dos direitos sexuais desde a perspectiva latina. Célia Barbosa Abreu; Guilherme Pena de Morales; Wilson Madeira Filho. Dialogos sobre Direitos Humanos Fundamentais , 1, Lumen Juris Editora, pp.117-144, 2016, 978-85-8440-724-8. hal-01499342

HAL Id: hal-01499342

<https://hal.science/hal-01499342>

Submitted on 31 Mar 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DIREITOS EMERGENTES: UMA CRÍTICA DO GÊNERO E DOS DIREITOS SEXUAIS DESDE A PERSPECTIVA LATINA

*Daniel Borrillo*⁵⁵

INTRODUÇÃO

Há algum tempo estou refletindo junto a um grupo de juristas e cientistas políticos sobre a necessidade de pensar o gênero e as sexualidades desde a perspectiva do Direito continental própria do mundo latino. Para evitar qualquer mal-entendido, é necessário destacar que o conceito de latinidade não faz referência unicamente a uma tradição cultural relacionada com a herança greco-romana, o Renascimento, o humanismo e, desde a perspectiva do Direito, certos princípios como a preeminência da lei, a lógica dedutiva, a arte da retórica, ou certas expressões artísticas como o barroco ou a ópera. Latinidade engloba também uma relação permanente com as principais culturas que enriqueceram e deram seu contorno atual: o mundo judeu-cristão, o mundo árabe, a cultura africana, os povos originários da América...

A latinidade é então diálogo e mestiçagem⁵⁶. Não se trata de uma identidade fixa, senão de um ponto de apoio flexível que possibilita nos situar sem necessidade de nos arraigar. Como ressalta Edgard Morin, o termo “latino” deve ser utilizado como um adjetivo e não como um substantivo.

55 Professor de Direito na Universidade de Paris-Ouest Nanterre, pesquisador associado ao CNRS (CERSA / Universidade Paris II), Daniel Borrillo é Doutor pela Universidade de Estrasburgo, com graduação pela Universidade de Buenos Aires. Depois de um Mestrado em Sociologia do Direito em Buenos Aires, realizou estudos sobre ciência política na American University em Washington. Graças à concessão de uma bolsa da União Europeia realizou um pós-doc no Centro de Pesquisa Científica da Espanha (IESA / CSIC) em Madri. É, ainda, professor visitante em várias universidades (Bolonha, UBA, Carlos III de Madrid, King's College, Boston College, Externado da Colômbia, UERJ, entre outras).

56 Ver a palestra de Edgard Morin, “La latinité”: <http://ressources-cla.univfcomte.fr/gerflint/Monde1/Morin.pdf>.

A globalização é um fenômeno habitual para o mundo latino, que desde o império romano, os impérios pré-colombianos (Incas, Maias e Astecas) assim como os impérios coloniais da França, Espanha e Portugal, têm outorgado, para bem ou para mal, o caráter (ou a pretensão) universal a ditas civilizações⁵⁷. Mas a globalização atual, por causa das novas tecnologias da comunicação, nos aparece como potencialmente uniformizadora e debilitadora da diversidade cultural. Por isso, acreditamos oportuno abrir um espaço de reflexão no qual as línguas e as culturas latinas apareçam como telão de fundo de nossas trocas. A língua constitui o principal elemento, pois ao veicular um universo de representações e valores desenha o espaço cultural da latinidade delimitado por todos os dialetos contemporâneos do latim.

Ao pensar nas sexualidades e nas normas que as governam como objeto de análise desde uma perspectiva crítica⁵⁸, tentarei propor alguns elementos para este debate no mundo latino. Em primeiro lugar, analisarei a questão da liberdade sexual e a necessidade de pensar na neutralidade ética do Estado laico. Logo, a partir da crítica às instituições sexuais e de uma visão pós-estruturalista e pós-feminista das políticas públicas e do Direito, abordarei a pertinência do gênero como categoria de identificação imposta pelo Estado. Também a orientação sexual será submetida a uma análise crítica com o propósito de determinar os limites da sua capacidade emancipatória. Como a sexualidade tem sido interpretada como fundadora das relações familiares e filiais, é necessário repensá-la de modo autônomo, ou seja, fora da ordem hierárquica de gênero e independentemente da sua finalidade reprodutiva. Para isso, a antiga figura latina do contrato, revisitada e atualizada pelos imperativos da igualdade, constitui um elemento vital para pensar um Direito da sexualidade de caráter

57 O edito de Caracalla de 212 outorga a nacionalidade a todos os homens do império romano.

58 Este capítulo é uma versão reformulada de um artigo publicado na revista *Direito, Estado e Sociedade* nº 39. Com o título "Escapar del género: por una teoría Queer del Derecho de las personas y las familias". O termo "queer" tem sido substituído neste capítulo pela expressão "teoria crítica" ou simplesmente "crítica". O uso do termo inglês *queer* (bizarro, estranho, anormal, torcido, bicha...) tem eclipsado o conteúdo desta teoria criada pela professora italiana Teresa de Lauretis. Sua proposta se fundamenta nos principais pressupostos do pensamento existencialista e de outras correntes críticas francesas como a obra de Guy Hocquenghem, Monique Wittig, Michel Foucault, Jacques Derrida e, em menor medida, Jacques Lacan. A crítica às formas institucionais de subjetivação e a todas as formas de essencialismo tem estado baseada nestes autores/as, configurando o que se conhece no contexto americano como "Teoria Queer". No entanto, segundo sua própria inventora, atualmente "o *queer* não é mais do que uma criatura da indústria editorial conceitualmente vazia", o melhor é voltar nossos olhares para os/as autores/as da Europa que deram conteúdo e sentido verdadeiramente crítico à teoria.

individual e ao mesmo tempo integrador da diversidade e emancipatório com relação a certas identidades não escolhidas que frequentemente enquadram as pessoas em categorias rígidas.

1. A LIBERDADE SEXUAL

A liberdade sexual é a capacidade de agir eroticamente sem coação e de se expressar sexualmente segundo as próprias escolhas. A vontade e o consentimento constituem os pilares da liberdade sexual. Como qualquer outra liberdade, está composta por dois elementos indissociáveis: o Direito do sujeito para exercê-la e a obrigação de todos os membros da sociedade de se abster de interferir. O único limite em dita liberdade seria o de não prejudicar ao próximo. No entanto, quando pensamos na sexualidade como expressão de liberdade, enfrentamos este paradoxo: as sociedades modernas que não param de celebrar a autonomia do sujeito e que proclamam a separação da Igreja e o Estado continuam abordando a moral sexual desde uma perspectiva religiosa.

É unanimemente admitido que a natureza mesma de nossa democracia nos leva à proteção de todas as formas de liberdade (expressão, comércio, imprensa, circulação...). Mas a liberdade sexual é sistematicamente apresentada desde um ponto de vista negativo e em quanto ficamos longe do que é considerado como sexualmente normal, as noções de “dignidade humana” ou de “corpo fora do comércio” servem para justificar os limites da liberdade de dispor de si mesma, de seu próprio corpo e de sua sexualidade. É como se, ao evocar a sexualidade, a liberdade se eclipsara pelo abuso, a exploração ou o disciplinamento que a primeira necessariamente englobaria. Esta incapacidade para pensar o exercício da sexualidade como qualquer outra liberdade tem a sua origem na cultura erótica ocidental. O cristianismo tem desenvolvido, sem dúvida, um papel principal na representação social da sexualidade. Se bem que o matrimônio hoje é apresentado como o espaço legítimo da sexualidade, em realidade, o ideal sexual da Igreja continua sendo a abstinência. Manifestação por antonomásia do pecado, o sexo deve ser esquivado, exercitando constantemente o espírito. Não podemos ignorar que a vida monacal foi durante séculos o modelo para imitar, mas isso pertence, na verdade, ao universo teológico. Numa sociedade democrática, a neutralidade moral do Estado deveria constituir a principal condição para garantir a liberdade individual.

a) A indiferença moral do Estado

Este princípio (que discutiremos mais extensamente no ponto II) se funda na ideia de que o Estado deve abster-se de nos dizer o que é bom ou ruim, se limitar estritamente a punir os comportamentos prejudiciais ao próximo. Contrariamente ao Estado paternalista, o Estado democrático não substitui as escolhas dos sujeitos. Estes últimos são os únicos capazes de determinar aquilo que é conveniente para si mesmos.

Como manifestação da vida privada, a liberdade sexual deveria supor a possibilidade de ter relações sexuais com quem desejemos e nas condições combinadas com a outra pessoa. Neste sentido, a liberdade sexual integra o Direito de escolher manter relações sexuais com uma ou várias pessoas, de maneira esporádica ou regularmente, de forma gratuita ou onerosa. Ademais, cada um de nós deve se sentir livre para se expressar eroticamente como quiser: a carícia e a surra (consentida livremente) constituem duas formas legítimas dentre as manifestações sexuais.

A moral sexual do Estado democrático se funda na capacidade para consentir. Vale dizer que, se a pessoa é maior de idade, não se encontra sob pressão física ou psicológica e não foi induzido, não existe razão alguma para que o Estado proíba as práticas sadomasoquistas, já que se trata de uma ingerência abusiva na vida privada.

Progressivamente, a noção de dignidade humana é invocada como base argumentativa para proibir determinadas práticas sexuais. Porém, a noção de dignidade humana de natureza emancipadora aplicada à proteção do sujeito – quando se refere à proteção de terceiros – pode se tornar em um instrumento de censura e restrição da liberdade individual.

De origem metafísica e de inspiração cristã, o conceito de dignidade humana constitui uma forma dessacralizada de intervenção teológica na vida dos sujeitos. Segundo esta ideologia, a pessoa participa da Humanidade e é em nome desta parte de humanidade que o Estado tem o Direito de intervir inclusive contra a vontade do sujeito. Com a finalidade de defender a dignidade humana contra a liberdade sexual, se concretizou uma aliança objetiva entre o feminismo materialista e as forças conservadoras. O caso da feminista (teórica do Direito) Catharine MacKinnon, que preparou as bases ideológicas da luta

contra a pornografia na época do Reagan, constitui um exemplo paradigmático desta união⁵⁹.

b) O pânico moral

Posteriormente, uma onda de penalização da sexualidade começou ganhar as legislações e a jurisprudência dos países europeus. Na França, conseguiram punir indiretamente a prostituição punindo diretamente os clientes, como na Suécia. Em nome da dignidade humana se multiplicam os relatórios oficiais tendentes a censurar a pornografia, inclusive aquela consumida pelas pessoas adultas.

Em nome da proteção dos sujeitos, os juízes do Tribunal Europeu impedem a livre circulação do prazer. Em vez de punir o sadomasoquismo (comparando-o com a agressão física), deveriam ter tomado o trabalho de compreender esta forma de expressão do prazer humano. Em vez de garantir os espaços de liberdade sexual construídos pelos sujeitos autônomos, os juízes impõem uma visão normalizadora da sexualidade.

A prostituição e o sadomasoquismo são figuras interessantes, já que possibilitam refletir sobre a liberdade sexual de uma maneira radical. Se somos livres para gerir nossos corpos e estabelecer relações sexuais fundadas no amor e na ternura, também deveríamos ser livres para todas as outras formas de expressão sexual mesmo que socialmente sejam menos valorizadas.

c) O labirinto da sexualidade

A atividade sexual, como tantas outras ações humanas, se caracteriza pela sua variedade e complexidade. Estão aqueles que não só encontram nela uma fonte de prazer, aqueles que renunciam ao sexo pela abnegação religiosa⁶⁰, outros que o convertem numa atividade comercial e aqueles que o vivenciam como uma obrigação moral. Alguns o escolhem e outros o padecem. Estão os

59 GAUDREAU-DESBIENS, J. Le sexe et le droit. Sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon. Québec: Liber, 2001.

60 BROWN, P. The Body and Society: Men, Women, and Sexual Renunciation in Early Christianity. New York: Columbia University Press, 1988.

que desfrutam com pessoas do seu próprio sexo, os que preferem o sexo oposto e os que sentem atração por um ou outro sexo. Alguns o fazem unicamente por amor, outros para sofrer, e existe também quem não sente nada com isso⁶¹.

Durante séculos, o sexo e a reprodução se encontraram tão estreitamente associados que não se concebia um sem considerar o outro. Ainda que o ideal sexual do cristianismo primitivo tenha sido a abstinência, a visão pragmática de São Paulo e seu pessimismo sobre a natureza humana o levaram a pronunciar a célebre frase: “é melhor se casar que se queimar” (1 Coríntios 7:9), tornando o matrimônio no único lugar legítimo da sexualidade humana.

Se a religião tem definido durante séculos o território do permitido e do proibido em matéria sexual, o século XX se caracteriza pela emergência de múltiplos discursos com pretensão científica sobre a sexualidade sana e a patológica. Os sexólogos, no seu delírio taxonômico, têm desenvolvido a noção de *parafilia* para patologizar os comportamentos sexuais onde a fonte de prazer não é a cópula heterossexual clássica. Assim, a atração sexual por pessoas do mesmo sexo se nomeia homossexualidade, o desejo sexual por pessoas com alguma deficiência se qualificou como *abasiofilia*; a *ligofilia* refere-se àqueles que se excitam em lugares sórdidos e escuros. Sadomasoquistas, fetichistas, zoófilos, gerontófilos e pedófilos povoam as enciclopédias e os tratados de sexologia. Existem libertinos que reivindicam a promiscuidade como um gesto político e inclusive aqueles que, por respeito ao *debitum conjugalis*, copulam exclusivamente com seus parceiros. Existem tantas sexualidades quantos sujeitos que as praticam. Agora, bem, uma regulação justa da sexualidade deve pôr entre parênteses os diferentes significados que cada um imprime na vida erótica, a qual, ao ser entre adultos, possui plena legitimidade, além do conteúdo que cada um lhe outorgue. Desta maneira, junto com a ausência de dano a terceiros, o consentimento manifestado livremente, constituem os únicos elementos de apreciação jurídica. Todo o resto é irrelevante, pois pertence ao âmbito da vida privada.

Neste contexto, a sexualidade não possui especificidade nenhuma e, mesmo gerando mal-estar entre os psicanalistas e outros guardiões da ordem simbólica, o Direito não pode reservar um tratamento de exceção para uma atividade que precisamente carece de excepcionalidade. Uma leitura da sexualidade emancipada da tradição religiosa, das teorias psicanalíticas e também da carga

61 JOHNSON, Myra T. "Asexual and Autoerotic Women: Two Invisible Groups". In: GOCHROS, H. L. GOCHROS, J. S. (dirs.). *The Sexually Oppressed*. New York,:Associated Press, 1977.

afetiva própria na visão romântica dominante engloba o abandono de qualquer pretensão excepcionalizante e sacralizante da atividade erótica⁶².

2. A NEUTRALIDADE ÉTICA DO ESTADO LAICO EM MATÉRIA SEXUAL

Contrariamente à moral religiosa que impõe um sentido unívoco de sexualidade, o Direito dos Estados laicos deve abandonar esta aspiração. O renunciar a um modelo erótico uniforme implica a constatação do pluralismo sexual e a equivalência de todas as manifestações sensuais, de modo que nenhuma sexualidade em particular deve ser promovida pelo Estado, em detrimento de outras manifestações sexuais. Assim, o matrimônio e a prostituição, o amor romântico e o sadomasoquismo merecem ser tratados do mesmo modo pela Ordem Jurídica, em tanto se trate de atos livremente consentidos⁶³.

Se bem que não existe uma definição do consentimento no código civil, o mesmo abrange aquilo que pode produzir sua alteração, nulidade ou inexistência. O erro, o engano, a fraude, a violência física ou a intimidação e a dominação econômica (nomeada como lesão: negócio jurídico lesivo ou usurário, porque uma das partes sofre um prejuízo em razão da desproporção nas trocas) são vícios do consentimento. Um acordo de vontades entre pessoas capazes e sem vícios do consentimento produz os mesmos efeitos que a lei respeito às partes.

Com a finalidade de garantir a pluralidade sexual, o Estado moderno se baseia no princípio da neutralidade ética, vale dizer que o Direito é indiferente com relação às concepções essenciais do bem e se limita a garantir o respeito das condições antes mencionadas (capacidade plena, consentimento desprovido de erro, dolo, violência e lesão). O que faz justo um Estado não é o objetivo, o *telos*, a finalidade a ser atingida senão o renunciar a possibilidade de escolher com antecedência entre objetivos e finalidades concorrentes⁶⁴. Todo ato sexual praticado livremente entre adultos, que não produz um dano a terceiros,

62 RUBIN, G. *Surveiller et jouir. Anthropologie politique du sexe*. Paris: Epel, 2010.

63 BORRILLO, D. *Le droit des sexualités*. Paris: Presses Universitaires de France, 2009.

64 RAWLS, J. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1^{ra} edición en español, 1979 (1^{ra} edición en inglés en 1971).

fica fora da avaliação jurídica e deve, em consequência, estar desprovido de sanção legal.

O Direito não deve promover uma moral sexual em particular, senão se converte ele mesmo em imoral: a neutralidade ética garante o pluralismo, pois o Estado se abstém de promover uma forma de sexualidade em detrimento de outras. O cidadão adulto é o único capaz de determinar aquilo que é conveniente sexualmente para ele. A liberdade se transforma em tirania quando o Estado sabe mais do que nós mesmos o que é melhor para nós e tenta nos impor⁶⁵.

Dessacralizar a sexualidade significa abandonar a leitura religiosa da mesma e também tirá-la do espaço da excepcionalidade (onde as teorias psicológicas a tem colocado), aplicando as normas do Direito comum. Da mesma forma que o comércio, a navegação ou o trabalho, a sexualidade é submetida aos mesmos princípios que regulam estas outras atividades. Afinal de contas, a sexualidade não é outra coisa que um componente mais da vida humana.

3. CRÍTICA ÀS INSTITUIÇÕES SEXUAIS

Os primeiros trabalhos críticos sobre gênero procedem de intelectuais comprometidos com o movimento feminista e possuem em comum o questionamento do universalismo, apresentado até então como exclusivamente masculino. Os estudos de Jeanne Bouvier⁶⁶ ou Léon Abensour⁶⁷ no início do século XX, assim como a obra de Édith Thomas nos anos 1950, por citar alguns dos exemplos mais significativos, tem tentado escrever a história desde a perspectiva ignorada da mulher.

Se bem que o feminismo possibilitou visibilizar a metade oculta da humanidade, por outro lado não tem deixado de pensar em termos binários, pressupondo a existência de dois gêneros estáveis. Conhecida como diferencialismo, esta corrente feminista defende que o acesso à igualdade deve se realizar levan-

65 BERLIN, I. *Four Essays on Liberty*. 1^{ra} edição 1969. Oxford: Oxford University Press, 1990.

66 BOUVIER, J. *La lingerie et les lingères*. Paris: G. Doin, 1928.

67 ABENSOUR, L. *La femme et le féminisme avant la Révolution*. 1^{er} edição. Paris: Ernest Leroux, 1923.
ABENSOUR, L. *Le féminisme sous le règne de Louis Philippe et en 1848*. 1^{ra} edição. Paris: Plon-Nourrit, 1913.

do em consideração a especificidade de um e outro sexo: “Ao simbolismo fálico tem que se opor o simbolismo uterino polimorfo”⁶⁸.

O Direito é denunciado pelo feminismo como um instituto masculino, e para democratizá-lo bastaria feminizá-lo. Este objetivo, reivindicado por uma parte do feminismo institucional, evidencia a continuidade do pensamento binário inclusive dentro da estrutura crítica produzida por dito movimento político⁶⁹. Ou seja, a contribuição do primeiro feminismo (ou feminismo clássico) não está na contestação da categoria gênero, senão na denúncia da dominação de um gênero sobre outro. Isso explica por que o primeiro passo para terminar com a dominação tenha sido a dissociação entre sexualidade e reprodução com a legalização dos métodos anticoncepcionais. Esta legalização, além do seu efeito emancipador, significou um giro epistemológico fundamental, já que tem permitido pensar a sexualidade como uma atividade com significado próprio, independentemente das consequências. Se a reprodução não é mais o que justifica a sexualidade, então é legítimo manter relações não reprodutivas, e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo deixa, *a fortiori*, de ser um tabu, e progressivamente sua estigmatização se fragiliza.

a) Uma visão post-estruturalista e post-feminista do Direito

Sem ignorar a contribuição fundamental do feminismo, uma perspectiva crítica deve ir ainda mais longe. A partir do questionamento da ideia que considera anormal os comportamentos sexuais que se distanciam da heterossexualidade, uma teoria crítica do gênero e a sexualidade parte do seguinte postulado: se o gênero é uma construção social que tem servido para organizar a hierarquia entre os sujeitos, sua crítica radical permite repensar as identidades independentemente da lógica binária dos sexos e a matriz heterossexual da lei⁷⁰. A partir da obra de Simone de Beauvoir e de sua fórmula revolucionária: “não

68 IRIGARAY, L. *Ce sexe qui n'en est pas un*. Paris: Minuit, 1977.

69 HALLEY, J. “Le Genre Critique: Comment (ne pas) genrer le droit?”. *Jurisprudence Revue Critique*. Paris n. 2, 2011, p. 109-132.

70 BORRILLO, D. “O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei”. *Revista Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC*, Belo Horizonte, vol. 5, n. 2, p. 289-321, julho/dezembro, 2010.

se nasce mulher, torna-se mulher”, a perspectiva crítica prolonga os estudos de Michel Foucault, Gilles Deleuze, Felix Guattari, Guy Hocquenghem, Monique Wittig ou Jacques Derrida e se consolida com a publicação em 1990 dos textos de Judith Butler⁷¹, *Gender Trouble*, e *Epistemology of the Closet*, de Eve Kosofsky Sedgwick⁷². Conhecida como *Queer Theory* segundo a denominação proposta pela professora italiana Teresa de Lauretis, esta perspectiva resgata os trabalhos críticos da filosofia francesa e os adapta ao debate norte-americano.

As categorias dualistas e supostamente universais de homem/mulher e heterossexualidade/homossexualidade são questionadas pelos autores citados. Para eles não existem dois sexos, senão múltiplos sexos, pois não é a anatomia o que define a diferença, senão determinados códigos culturais. A crítica radical da categoria sexo-gênero-sexualidade consiste em tirar o véu do dispositivo metafísico (necessário, indiscutível e natural) que condiciona tanto os papéis sociais quanto o desejo sexual dos sujeitos. A força normativa desta categoria – sexo-gênero-sexualidade – foi e continua sendo a de se apresentar como evidente, como algo substancial que determina naturalmente os papéis familiares e culturais (masculino e feminino) assim como a atração erótica normal entre pessoas do sexo oposto (heterossexualidade compulsória)⁷³.

Como o existencialismo, a teoria crítica parte da hipótese de que o sujeito (essência) não preexiste à ação (existência) e por isso não existe nenhum original verdadeiro (o sexo biológico) por detrás do gênero (construído socialmente). O sexo, o gênero e a sexualidade são categorias que se retroalimentam, produzindo um dispositivo político que poderia se resumir da seguinte maneira: a espécie humana está dividida em dois sexos (machos e fêmeas) que possuem características próprias (o masculino e o feminino) que os tornam complementários um do outro (desejo heterossexual). Ao se evidenciar o caráter arbitrário do dispositivo sexo-gênero-(hetero)sexualidade, a crítica tem permitido pensar este como um todo sem isolar cada um dos seus componentes, como o tinha feito anteriormente o feminismo. Por isso, uma teoria crítica da sexualidade

71 BUTLER, J. *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. New York/London: Routledge, 1990.

72 KOSOFSKY SEDGWICK, E. *Epistemology of the Closet*. Los Angeles: University of California Press, 1990.

73 RICH, A. “Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence”. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, vol. 5, 1980.

não pode se inscrever de modo pacífico nas teorias feministas; se trata, em todo caso, de um pensamento conflitivo de caráter post-feminista. De fato, se os estudos feministas propõem uma mirada sexuada do Direito e das instituições analisando seus pressupostos e suas consequências a partir da realidade própria das mulheres, uma teoria post-feminista do Direito tenta ultrapassar esta concepção dualista questionando a pertinência jurídica da categoria gênero. Uma perspectiva crítica da sexualidade supõe, como propõe Monique Wittig, acabar com “a naturalização e a universalização do pensamento heterossexual”. Segundo a escritora francesa, “o gênero como conceito, justamente como sexo, como homem, como mulher, é um instrumento que serve para construir o discurso do contrato social heterossexual”⁷⁴. Do mesmo modo, T. Carver tem razão quando afirma que o gênero não é sinônimo de mulher e que a confusão entre os dois termos tem servido para enclausurar as mulheres num grupo essencializado⁷⁵.

Se a pedra angular do feminismo tem sido o gênero feminino como categoria política e a sexualidade como território de dominação masculina, uma perspectiva crítica estende o horizonte para englobar também a experiência de outras minorias sexuais ao propor uma leitura antiessencialista não só do gênero senão também de todas as identidades sexuadas (orientação sexual, homossexualidade, bissexualidade, interssexualidade, transsexualidade...). Então, mais que feminizar o Direito, do que se trata é de fazê-lo indiferente ao gênero. Se o universalismo e a razão têm sido uma forma de naturalizar a dominação masculina e justificar a heteronormatividade, o particularismo feminino, a subjetividade e os sentimentos não podem constituir (por reação) os novos pilares de um pensamento crítico. Como adverte Janet Halley: “o gênero masculino ou feminino não se corresponde necessariamente com a dominação e a subordinação...”⁷⁶. O contrário implicaria condenar as mulheres ao papel de vítimas e aos homens ao de verdugos, reproduzindo um pensamento binário e simplista sobre a dominação.

74 WITTIG, M. *The Straight Mind And Other Essays*. Boston: Beacon Press, 1992.

75 CARVER, T. *Gender is not a Synonym for Women*. Lynne Rienner Publishers Inc., 1996.

76 HALLEY, J. “Le Genre Critique: Comment (ne pas) genrer le droit?”. *Jurisprudence Revue Critique*. Paris n. 2, 2011.

É necessário então um gesto crítico que permita – a partir da desconstrução das categorias sexo, gênero, sexualidade – repensar a maneira como se apresentam as normas e os mecanismos que as justificam⁷⁷.

Uma teoria crítica da sexualidade aplicada ao Direito das pessoas e das famílias exige, em um primeiro momento, desconstruir a natureza sexuada do sujeito de Direito. A des(hetero)sexualização da instituição matrimonial, a desbiologização da filiação e a consecutiva contratualização dos vínculos familiares completam o movimento crítico proposto neste artigo.

Se as teorias políticas clássicas (tanto as liberais quanto as críticas) não questionaram a normalidade desde a perspectiva do *gênero-sexo-(hetero)sexualidade*, uma teoria crítica da sexualidade aplicada ao Direito parte justamente das experiências que estão nos limites da norma sociossexual (*gays*, lésbicas, hermafroditas, travestis, transexuais, sadomasoquistas...) para criticar os dispositivos normativos (estado civil, matrimônio, filiação...) que negaram e ainda negam a entidade jurídica aos que, segundo dita lógica, estão no limite da cidadania.

Uma teoria crítica da sexualidade constitui assim uma proposição de justiça individual que integra todas as pessoas no universo jurídico sem considerar *sexo-gênero-(hetero)sexualidade*, categorias desprovidas de pertinência jurídica⁷⁸. A única maneira de integrar todas as subjetividades na norma do Direito é justamente fazer desta última uma norma dessubjetivada, ou seja, indiferente com relação ao sentido que cada sujeito dá ao seu gênero, identidade ou vida sexual.

4. O GÊNERO COMO CATEGORIA IMPOSTA PELO ESTADO

É o gênero e não a religião o ópio dos povos⁷⁹. Se bem existem contrastes mais significativos como as diferenças de classe, idade ou origem étnica, são precisamente os associados ao gênero aqueles que continuam organizando a

77 LLAMAS, R. *Teoría torcida. Prejuicios y discursos en torno a la "homosexualidad"*. Madrid: Siglo XXI, 1998.

78 A igualdade política das mulheres, a abertura do Direito ao matrimônio para os casais do mesmo sexo, a pátria potestade compartilhada e o Direito a licença de paternidade constituem alguns dos exemplos da progressiva indiferença do Direito com relação ao sexo das pessoas.

79 GOFFMAN, E. *Gender Advertisement*. New York: Harper & Row, Publishers, 1979.

classificação das personas físicas no Direito civil. Se as pessoas jurídicas (associações, fundações, cooperativas...) são neutras com relação ao gênero, os sujeitos continuam sendo nomeados como homens ou mulheres. Desde o nascimento, integramos uma das classes da *summa divisio* da humanidade. A categoria gênero aparece como o código fundamental a partir do qual se organizam as interações humanas e as estruturas culturais. Esta relação encontra sua origem nas raízes do pensamento judeu-cristão. A Bíblia conta que Deus criou o homem primeiro e, logo:

...Jeová Deus fez cair um profundo sono sobre o homem; e, enquanto este dormia, tirou-lhe uma das costelas e então cerrou a carne sobre o seu lugar. E Jeová Deus procedeu a construir uma mulher da costela que tomara do homem. Por isso, quando ela foi apresentada ao homem Adão, este disse: Até que enfim! Esta é osso dos meus ossos e carne da minha carne. Ela deve se chamar Mulher (Ishah), porque foi tirada do Homem (Ish). Portanto, o homem deve deixar seu pai e sua mãe e unir-se à sua mulher, e assim serão como uma carne só⁸⁰.

A antropóloga francesa Françoise Héritier resgata a história bíblica e dá um giro científico ao considerar que:

(...) a diferença sexuada e o papel diferente dos sexos na reprodução (...) constituem uma fronteira do pensamento na qual se funda uma oposição conceitual essencial: aquela que opõe o idêntico ao diferente; se trata de um desses *themata* arcaicos que encontramos em todo pensamento científico antigo e moderno e em todos os sistemas de representação⁸¹.

Nenhuma classificação é inocente, já que, quando catalogamos, organizamos a realidade de forma hierárquica. Seidman tem razão quando expressa que “as identidades são formas de controle social, pois elas distinguem entre populações normais e desviadas, reprimem a diferença e impõem avaliações normalizadoras do desejo”⁸². Ao encerrar os sujeitos em categorias rígidas, estamos atribuindo-lhes um lugar em que provavelmente não desejam permanecer e comportamentos que talvez não queiram assumir.

80 Libro del Génesis, 2:21-24.

81 HERITIER, F. *Masculin/Féminin: la pensée de la différence*. Paris: Odile Jacob, 1996.

82 SEIDMAN, S. *Queer Theory/Sociology*. Oxford, Blackwell, 1996.

Desde que se pôs fim à *apartheid*, nossas democracias não toleram mais a classificação das pessoas em função da cor da pele. Da mesma forma, a decadência da política colonial acabou com as categorias “indígenas, muçulmanos ou israelitas”, própria das colônias francesas do norte da África⁸³. Em virtude do princípio de separação da Igreja e o Estado, a religião some dos documentos de identidade e, desde a Revolução francesa, os cidadãos têm deixado de ter linhagem aristocrática reconhecida juridicamente. Em tanto que as adscrições de raça, religião e classe têm sido superadas, a identificação obrigatória com um ou outro sexo permanece vigente, pois se apresenta como evidente e natural. O gênero continua definindo qualidades e virtudes (ou defeitos), dependendo de raízes biológicas. A humanidade é concebida então como composta por dois corpos estáveis, definidos biologicamente por duas gramáticas distintas XY-XX que permitem uma escritura coerente do destino individual e social. A inscrição do sexo como modo de identificação das pessoas alimenta a ilusão da naturalidade da diferença entre homens e mulheres. A “história natural” da diferença entre os sexos não é outra coisa que a justificação da heterossexualidade como forma necessária de identidade sexual: machos e fêmeas organizam uma troca sexual estruturada numa ordem hierárquica com um fim reprodutivo que tem se nomeado como cultura heterossexual⁸⁴.

Os comportamentos esperados nesta nomenclatura sexual determinam as relações sociais de sexo, ou seja, os protótipos de masculinidade e feminidade construídos e a partir dos quais se medem os comportamentos humanos. Numerosas pesquisas revelam que poucas vezes a literatura infantil reflete um mundo paritário no qual meninos e meninas realizam atividades de maneira igualitária. Desta maneira, as histórias infantis preparam, juntamente com o universo dos brinquedos⁸⁵, o terreno de subjetivação e dominação social⁸⁶. A lei não faz mais do que consolidar este doutrinamento cultural. De fato, a lógica binária dos sexos aparece como o suporte do sistema jurídico tanto no nível

83 WEILL, P. *Qu'est-ce qu'un français? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*. Paris: Grasset, 2002.

84 TIN, L-G. *L'invention de la culture hétérosexuelle*. Paris: Autrement, 2008.

85 LYTTON, H.; ROMMEY, D. M.; "Parents' differential socialization of boys and girls: A meta-analysis". *Psychological Bulletin*, 109, 2, 1991.

86 HOLLINDALE, P. *Ideology and the Children's Book*. Thimble Press in association with Westminster College, Oxford, 1988.

individual quanto familiar e social: durante séculos serviu para justificar a inferioridade da mulher, e, atualmente, esta lógica segue servindo para legitimar a desigualdade de lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transsexuais⁸⁷.

a) O sexo nas certidões de nascimento

No nível individual, o estado civil concretiza situações que estipulam qualidades da pessoa e predeterminam a capacidade de atuar do sujeito. O estado civil das pessoas envolve o sobrenome, os nomes, a data e o lugar de nascimento, as relações de parentesco e a filiação, a nacionalidade, o domicílio, a capacidade civil e o sexo. O artigo 57 do código francês estabelece: “Na certidão de nascimento se indicarão o dia, a hora e o lugar de nascimento, o sexo da criança, os nomes...”.

O exame dos órgãos genitais possibilita determinar, junto com as análises cromossômicas, o sexo do sujeito. Pode acontecer, não entanto, que o bebê possua os dois órgãos genitais ou que sejam ambíguos. Nomeadas tradicionalmente como hermafroditas (filhos do deus Hermes e da deusa Afrodita), estas pessoas têm sido consideradas ao longo da história como monstros e continuam provocando reações de horror⁸⁸ que deixam entrever a maneira como são tratados pela ordem jurídica.

A lei francesa que se refere às instruções gerais do estado civil determina no artigo 288 que:

(..) quando o sexo do recém-nascido é indeterminado, é conveniente evitar indicar sexo indefinido nas certidões de nascimento e o oficial do registro deve aconselhar aos pais que procurem um médico que possa informar-lhes o sexo mais provável, tendo em conta, caso não exista outra solução, os resultados previsíveis de um tratamento médico. Será este sexo o que se indique na certidão de nascimento, podendo ser corrigida posteriormente.

87 BORRILLO, D.; COLAS, D. *L'homosexualité de Platon à Foucault. Anthologie critique*. Paris: Plon, 2005.

88 BRISSON, L. *Le sexe incertain. Androgynie et hermaphroditisme dans l'Antiquité gréco-romaine*. Paris: Les belles lettres, 1997, p. 9.

Unicamente neste caso se podiam mudar os documentos de identidade. Assim, por muito tempo, os tribunais se negaram a trocar o estado civil dos transexuais, invocando a indisponibilidade do estado das pessoas. No caso *Botella c./França* de 25 de maio de 1992, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos determinou que existiu uma violação do artigo 8 da Convenção europeia (“Direito ao respeito da vida privada e familiar”), ao considerar que a menção do sexo nos múltiplos registros de organismos públicos franceses (certidões de nascimento, cédulas de identidade digitalizadas, passaportes, contracheques e registros de assistência social etc.) produz sérios prejuízos e situações inconvenientes no dia a dia da atriz. Hoje, a maioria dos países reconhece a troca de sexo e a modificação dos documentos de identidade como um Direito fundamental dos transexuais. Ainda que a operação cirúrgica não seja mais necessária em países como França ou Espanha para mudar o estado civil, é obrigatório comprovar um tratamento hormonal avançado que suponha uma esterilização. Argentina é o Estado que tem ido mais longe ao adotar uma lei da identidade de gênero⁸⁹, que em seu segundo artigo estabelece: “Se entende por identidade de gênero a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa a sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído no momento do nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo. Isso pode abarcar a modificação da aparência ou a função corporal através de meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra índole, sempre que isso seja livremente escolhido. Também inclui outras expressões de gênero, como a vestimenta, o modo de falar e os modos de comportamento”.

Embora os avances sejam significativos, muito poucos Estados têm questionado a categoria jurídica de sexo⁹⁰. As autoridades que têm ido mais longe são as de Austrália⁹¹, ao permitir a inscrição de uma terceira categoria “*not identified gender*” nos documentos de identidade. De fato, Norrie May-Welby, um cidadão transexual anglo-australiano, é a única persona que oficialmente não pertence nem ao gênero masculino nem ao gênero feminino. Aos 28 anos,

89 Lei n. 26.743 de 24 de maio de 2012.

90 Inclusive as legislações mais avançadas, como a argentina, que define a identidade de gênero como a “vivência interna e individual do gênero como cada pessoa sente, e que pode corresponder ou não com o sexo atribuído no momento do nascimento...”, conserva as categorias homem e mulher nas certidões de nascimento.

91 Logo seguiram a Alemanha, a Índia e a Suíça.

Norrie May-Welby fez uma cirurgia para transformar seu corpo, convertendo-se em uma mulher (apesar de que nunca ingeriu hormônios femininos), mas depois também não se reconheceu no seu novo sexo. Diante desta situação, decidiu solicitar às autoridades Australianas (país onde reside) que deixassem de colocar um gênero nos seus documentos de identidade. A província de *New South Wales* respondeu favoravelmente. A partir deste caso, o Departamento de Relações Exteriores da Austrália tem adotado novas diretrizes para a gestão dos documentos de identidade dos transexuais, os que poderão optar por indicar seu gênero com uma letra “X” (“indeterminado”) na caixa com essa informação nos novos documentos que emitirá a Administração australiana⁹². O tribunal de primeira instância de Tours na França ordenou ao serviço de estado civil da prefeitura da cidade a alteração da certidão de nascimento dum pessoa intersexual – registrada no nascimento como sendo do gênero masculino – e colocação da menção “gênero neutro”, numa sentença datada de 20 de agosto de 2015. Esta é a primeira vez que uma jurisdição francesa autoriza a uma pessoa a sair do sistema binário masculino/feminino. Mas a decisão sofreu apelação, e a Corte de Orléans rejeitou, em 21 de março de 2016, a sentença, considerando que não é possível a inscrição “sexe neutre”.

Se os Estados não se obstinassem em categorizar os sujeitos em função do sexo, este tipo de problemas desapareceria. Lembremos que, se não mudam de estado civil, na maioria dos países, os transexuais não podem se casar, também não têm acesso às técnicas de reprodução assistida e em muitos casos nem sequer conseguem adotar crianças⁹³.

Com relação aos sujeitos intersexuados, ao terminar de inscrever o sexo nas certidões de nascimento, se resolveria de imediato a adscrição forçosa num gênero. Não podemos esquecer que a intersexualidade é uma construção social que se tem pretendido resolver com a designação obrigatória (desde o nascimento) de um ou outro sexo. Em muitos casos, a precipitação na designação não tem feito mais que gerar uma síndrome de transexualidade que emerge na puberdade.

92 <http://www.lanacion.com.ar/1406366-autorizan-un-nuevo-pasaporte-en-australia-ni-masculino-ni-femenino>

93 ROMAN, D. “Droits de l’homme et identité de genre: le transsexualisme, une (future) question constitutionnelle?”. *Chronique Droit des personnes*. Paris: Dalloz. fr 19/3/2010.

Além disso, o abandono destas categorias terminaria também com os tratamentos brutais e mutiladores que fazem os transexuais para mudar o estado civil (operação cirúrgica, ingestão de hormônios, esterilização...). De um modo mais geral, o fim da categoria contribuirá para debilitar a imputação de papéis diferenciados pelo simples fato de possuir órgãos sexuais masculinos ou femininos. Também se resolveria a discriminação dos casais homossexuais que desejam se casar, pois a diferença de sexos deixaria de ser uma *conditio matrimonii*.

Como categoria juridicamente irrelevante, o sexo dos sujeitos deve ser considerado como uma simples informação pessoal de natureza privada. O ordenamento jurídico argentino é um dos mais avançados na matéria. A Lei n. 26.743 de 24 de maio de 2012 compreende o pertencimento a um ou outro sexo como uma questão que depende da apreciação do sujeito. Assim, segundo o artigo terceiro da lei, “toda pessoa poderá solicitar a retificação do sexo, e a mudança de nome e imagem, quando não coincidam com sua identidade de gênero autopercebida” sem necessidade de intervenção médica alguma, nem de ato judicial. Contudo, a lei argentina não renuncia à categoria, senão que a coloca totalmente disponível ao nível individual. O exemplo argentino é paradigmático de adesão “natural” do Direito a dita ideologia de gênero...

O abandono da categoria como identificação obrigatória dos sujeitos em seus documentos de identidade do Estado não significa renunciar às políticas de luta contra a discriminação. Uma coisa é o gênero-identificação e outra é o gênero-proteção⁹⁴. De fato, podem-se desenvolver políticas de igualdade racial e religiosa sem que por isso se prescreva obrigatoriamente aos sujeitos uma raça ou religião determinada. Nestes programas, os sujeitos se autodefinem como membros de uma comunidade étnica, religiosa ou outra minoria se desejam se beneficiar de quotas ou de medidas corretivas próprias da igualdade material, mas de nenhuma maneira o Estado os classifica de ofício, como faz com relação ao gênero⁹⁵.

94 BORRILLO, D. “Est-il juste de diviser le genre humain en deux sexes?”. In: SCHUSTER, A. (dir.). *Equality and Justice Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century*. Udine: Forum, 2011, p. 41-51.

95 BORRILLO, D. “Pour une théorie du droit des personnes et des familles émancipée du genre”. In: GALLUS, N. (dir.). *Droit des familles, genre et sexualités*. Bruxelles/Paris: LGDJ/Anthémis, 2012.

5. A ORIENTAÇÃO SEXUAL: ENTRE A RAÇA E A CLÍNICA

O termo orientação sexual (*sexual orientation*) foi utilizado pela primeira vez nos Estados Unidos em 1973 (lei antidiscriminatória do distrito de Columbia). A generalização do termo corresponde a uma estratégia política do coletivo *gay* estadunidense que se inspirou no movimento dos *Civil Rights*: a homossexualidade, como a raça, é representada como condição inata, estável e permanente. Um século antes, o inventor do termo *homosexualität*, Karl Maria Kertbeny, numa carta ao ministro da justiça prussiano em 1869, tinha utilizado esta expressão para demonstrar o absurdo que era penalizar uma condição sexual não escolhida. A estratégia determinista de Kertbeny não demorou em dar frutos. Rapidamente o termo homossexualidade começa a tomar uma dimensão clínica, principalmente depois que o sexólogo alemão Krafft-Ebing a introduziu na enciclopédia *Psychopathia Sexualis* em 1887. Esta concepção essencialista e de origem clínica, mesmo que tente se apresentar como universal, corresponde, primeiramente, a um espaço específico relacionado com a burguesia do norte europeu, e mais tarde com as alianças estratégicas dos *gays* da *middle class* dos Estados Unidos com outros movimentos sociais. Contrariamente ao sodomita ou invertido, o homossexual não se refere a uma depravação moral (ou a uma alteração da ordem sexual), senão a uma classificação médica. Enquanto nos países do sul da Europa permaneceu a distinção entre os ativos (pouco ou quase não condenados, pois não eram considerados *gays*) e os passivos (objeto de piadas e opróbrios), o Norte começou a construir uma identidade, um ser com uma história psicológica específica, como tem mostrado magistralmente Michel Foucault.

Podemos dizer que a noção de orientação sexual é herdeira da categoria raça de um modo indireto e diretamente da categoria homossexualidade. De fato, o termo heterossexual aparece como contrapartida de homossexual. Antes da invenção da homossexualidade, a sexualidade das pessoas heterossexuais não se definia de maneira genérica, reagrupando uma realidade única. Pouco têm a ver a sexualidade do marquês de Sade e a da rainha Victória, mesmo que ambos sejam heterossexuais. Do mesmo modo, a orientação sexual tende a uniformizar os desejos e comportamentos sexuais de forma reducionista em três categorias: heterossexualidade, homossexualidade e bissexualidade. Esta tripar-

tição se funda na visão binária do gênero, mas, uma vez que se estende esta evidência, é lógico que se multipliquem as possibilidades, porque seria pouco sério reduzir o desejo somente a três possibilidades.

6. A DIFERENÇA DE SEXOS COMO *CONDITIO MATRIMONII*

A aprendizagem de gênero condiciona a construção de uma ideologia da complementaridade: cada um sabe qual é o seu lugar, o que, ao mesmo tempo, determina uma função social específica e uma identidade psicológica própria. Efetivamente, a identidade sexual constitui, no Ocidente, a mais potente das identificações⁹⁶. Os ideais sexuais funcionam de tal maneira que possibilitam a constituição da identidade subjetiva e da complementaridade objetiva. Assim, nesta ideologia, a fragilidade feminina combina com a solidez masculina, e a propensão doméstica da mulher com a capacidade dos homens de realizar projetos. O matrimônio aparece então como o teatro no qual se interpretam os papéis de gênero e como o lugar ideal de acolhida das crianças que também aprenderam, na escola de gênero, o que é a família, o que devem ser e como se devem comportar. Esta ideologia explica a resistência em deixar entrar aos casais do mesmo sexo na instituição matrimonial, situação que podemos entender como uma empresa de indiferenciação devastadora para a civilização:

Institucionalizar a homossexualidade com um estatuto familiar é colocar o princípio democrático ao serviço de um fantasma. Isso é fatal, na medida em que o Direito, fundado no princípio da genealogia, é substituído por uma lógica hedonista herdeira do nazismo⁹⁷.

A lógica binária do gênero adquire, nesse contexto homóforo, uma nova significação, reenviando a questão da preeminência da heterossexualidade⁹⁸.

96 FINE, A. "Maternité et identité féminine". In: KNIBIEHLER, Y. (org.). *Maternité, affaire privée, affaire publique*. Paris: Bayard, 2001, p. 61-76.

97 LEGENDRE, P. *Le Monde*, 23/10/2001, p. 21.

98 BORRILLO, D. "A luxure ou l'orthodoxie matrimoniale comme remède contre les errances de a passion". In: FORTIN, V.; JEZEQUEL, M.; KASIRER, N. (dirs.). *Les sept péchés capitaux et le Droit privé*. Montréal: Les Éditions Thémis, 2007.

Desta maneira, o gênero faz referência ao mesmo tempo à condição da mulher e ao dispositivo da diferença dos sexos, base do vínculo conjugal e parental, o que conduz ao privilégio da heterossexualidade nas instituições do Direito de família.

Os países da Europa latina, inclusive a Itália, têm reconhecido o Direito ao matrimônio (ou união civil com efeitos análogos) para os casais do mesmo sexo, desestabilizando o monopólio heterossexual.

a) A vontade não tem sexo

O movimento LGBT tem radicalizado a visão contratual da vida familiar concebida ao serviço do sujeito e do sujeito ao serviço da família. Se o feminismo deu fim ao contrato de gênero, denunciado como a perpetuação da desigualdade social e política da mulher, o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo pode ser interpretado como uma ruptura com a base da dualidade sexual como constitutiva do contrato matrimonial. O fim da diferença de sexos como *conditio sine qua non* do casamento nas legislações de vários Estados corresponde com uma concepção moderna do matrimônio baseado exclusivamente na vontade individual daqueles que o celebram. Se para o Direito canônico a diferença de sexos é constitutiva do matrimônio, pois o sacramento implica a união dos corpos (*copula carnalis*) para a reprodução da espécie, o Direito civil deixa de impor esta condição e assume a dimensão abstrata do contrato, no qual somente é relevante o encontro de duas vontades e não a união de duas carnes. Desta forma, é o consentimento (vontade), e não a consumação (carne), o que produz a legitimação do ato matrimonial: a vontade não tem sexo⁹⁹.

Se, como proponho nestas páginas, a referência ao sexo desaparecesse dos documentos de identidade, a dualidade sexual deixaria de ser um elemento constitutivo do *ius connubii*. Afinal, se consideramos o matrimônio como o contrato *intuitu personae* por antonomásia, o sexo das partes é um elemento unicamente importante para as mesmas, mas deixa de ter relevância alguma para o Estado. A linguagem jurídica utilizada pelos novos códigos civis que reconhecem o matrimônio homossexual (Holanda, Bélgica, Espanha, Portugal,

99 BORRILLO, D. "Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité: un révélateur de notre capacité à assumer la modernité". In: CADORET, A.; GROSS, M.; MECARY, C.; PERREAU, B. (dirs.). *Homoparentalités. Approches scientifiques et politiques*. Paris: PUF, 2006.

Canadá, África do Sul, Noruega, Suécia, Islândia, Argentina, Dinamarca...) confirma a dimensão assexuada do novo sujeito de Direito matrimonial. Em efeito, aquelas leis não se referem mais ao “marido” e a “mulher” ou ao “pai” e a “mãe” senão aos “cônjuges”, os “contraentes”, os “pais” ou os “progenitores”.

Des-heterossexualizar o matrimônio significa também des-sexualizá-lo. Resulta surpreendente que muitos ordenamentos jurídicos modernos, como o francês, por exemplo, continuam considerando que a fidelidade e as relações sexuais constituem obrigações pessoais dos cônjuges (art. 212 do Código Civil). O adultério ou a ausência de sexualidade são situações que podem levar ao divórcio por culpa daquele que não cumpra ditas obrigações. Vestígio do Direito canônico, o *debitum conjugalis* continua sendo um poderoso instrumento de controle da sexualidade. Assim, aquele que por excesso ou por defeito fique longe da norma sexual matrimonial ou não respeite a exclusividade erótica imposta pela lei, carregará com as consequências patrimoniais e pessoais do divórcio não consensual.

7. A FILIAÇÃO NÃO É UM FENÔMENO NATURAL

O Direito nunca precisou da verdade biológica para fabricar vínculos de filiação. Enquanto a reprodução é um fato da natureza, a filiação é um ato cultural: obviamente, pode-se pertencer a uma família por laços biológicos, mas a institucionalização destes vínculos constitui uma convenção que vai além da simples transcrição de um fato natural. O Direito não precisa da natureza para produzir vínculos familiares. A adoção é o exemplo paradigmático, mas também a presunção de paternidade e a posse do Estado. A contracepção permitiu o sexo sem procriação, e as técnicas de procriação artificial têm possibilitado a reprodução sem sexo. O reconhecimento jurídico da maternidade lésbica tem permitido também dissociar os elementos que o sentido comum continua relacionando: maternidade e homossexualidade¹⁰⁰.

A reprodução pode ser fruto de um ato consentido espontâneo, de um estupro ou de uma relação planejada. Alguns sistemas jurídicos autorizam a mulher para interromper a gravidez e inclusive abandonar legalmente o recém-

100 DESCOUTURES, V. *Les mères lesbiennes*. Paris: Presses universitaires de France/Le Monde, 2010.

-nascido. Nesse sentido, o artigo 326 do código civil francês estabelece que: “No momento do parto, a madre pode solicitar que o segredo de sua identidade seja preservado”.

Ao abandonar o filho, a mãe biológica permite um novo nascimento produto da futura adoção. Ao não poder (ou não querer) assumir a transmissão do vínculo familiar, a mulher oferece à criança uma nova relação mais forte e mais estável.

O abandono só é possível para a mãe¹⁰¹. Um coito fecundo faz do homem um pai, independentemente da sua vontade. Esta dissimetria contradiz o princípio de igualdade e não corresponde com a concepção civilista do Direito, que, como indicamos anteriormente, não pode estar baseado exclusivamente num fato biológico. Desbiologizar a filiação significa precisamente assumir a dimensão convencional deste instituto e assegurar que sua legitimidade não repouse exclusivamente num fato reprodutivo senão na vontade.

O pensamento ortodoxo tende a destacar a filiação da reprodução. Por isso, a procriação artificial se funda numa mentira para fazer acreditar que a causa da filiação é o ato sexual dos pais quando em realidade se trata de um procedimento completamente artificial no qual pode entrar um terceiro (doador de esperma, por exemplo) que desaparecerá em benefício do cônjuge da mãe. Do mesmo modo, a generalização do exame sanguíneo e os testes genéticos utilizados nos contenciosos da filiação reforçam o modelo biológico¹⁰².

a) A convenção (e não a natureza) como base da filiação

Em lugar de copiar a natureza, uma teoria crítica do Direito procede de maneira inversa. Não é a biologia quem serve de referência senão a convenção, a qual, no Direito de família, corresponde à figura jurídica da adoção. Efetivamente, de origem exclusivamente voluntária, a adoção permite a constituição

¹⁰¹ IACUB, M. “Naître sous X”. *Savoirs et clinique*. Paris n. 4, 1/2004, p. 41-57.

¹⁰² BORRILLO, D. “La parenté et la parentalité dans le droit: conflits entre le modèle civiliste et l’idiologie naturaliste de la filiation”. In: DORLIN, E.; FASSIN, E. (dirs.). *Reproduire le genre*. Paris: Editions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010, p. 121-136.

de vínculos familiares programados, baseados na reflexão e no cálculo, coisa que não sucede com a espontaneidade do coito reprodutivo¹⁰³.

A desbiologização da filiação não só permite resolver o problema da homoparentalidade ao integrar plenamente uma criança com um casal homossexual¹⁰⁴, também possibilitaria terminar com a discriminação dos homens que não desejam assumir a paternidade. No caso dos países onde não existe o aborto, como Brasil ou Argentina, o abandono legal do recém-nascido pode contribuir particularmente a superar o problema da maternidade não desejada e oferecer a possibilidade de adoção de crianças na primeira infância facilmente adotáveis. Na França, inclusive com uma lei de interrupção voluntária da gravidez de quase quarenta anos, o *accouchement sous X* continua permitindo às mulheres (como observamos anteriormente) ter o parto num hospital público, de forma anônima, e entregar a criança em adoção sem revelar sua identidade. O Direito faz como se o fato (parto) nunca tivesse existido. O abandono de um filho é um tabu em nossas sociedades, mas poderia ser considerado um ato de amor, justamente quando é impossível dar ao menor as condições afetivas, materiais e morais necessárias para seu desenvolvimento.

A extensão do abandono legal aos homens evidenciaria que não é o biológico o que produz a filiação e sim a vontade. Os progenitores poderiam então escolher entre abandonar a descendência ou assumi-la plenamente. Deste modo, será a vontade e não a fatalidade o que determina a condição parental. De fato, a desnaturalização da filiação aplicada aos progenitores significaria que, ao poder eventualmente abandoná-los, estes teriam que adotar os seus próprios filhos biológicos caso desejem assumir a paternidade. Evidentemente, esta nova forma de adoção intrafamiliar estaria caracterizada por um regime menos burocrático que aquela relativa a terceiras pessoas e poderia se aproximar, do ponto de vista administrativo, com as ações clássicas de reconhecimento de paternidade antes do nascimento ou pela simples declaração homologada por um juiz. Dita faculdade não estaria restrita aos pais. Os filhos, uma vez que

103 BORRILLO, D.; PITOIS-ETIENNE, T. "Différence des sexes et adoption: a psychanalyse administrative contre les droits subjectifs de l'individu", *Revue de Droit de McGill*, Montréal, n. 4, vol. 49, octobre 2004, p. 1035-1056.

104 BORRILLO, D. "La vérité biologique contre l'homoparentalité: le statut du beau-parent ou le PaCS de a filiation", *Droit et société*, n 72, p. 259-271, 2/2009.

possuam legalmente a maioria de idade, também poderiam renunciar aos seus progenitores e desvincular-se de suas famílias de origem.

A desbiologização da filiação abrange ademais legalizar a maternidade sub-rogada tanto parcial (com o próprio óvulo) quanto completa (com óvulo de outra pessoa ou por transferência embrionária). Além de se fundar no princípio da livre disponibilidade do próprio corpo, o vulgarmente nomeado “barriga de aluguel” permite desmoronar o paradigma da maternidade associada ao vínculo biológico que se estabelece durante o período da gestação. Não seria então o parto (*Mater semper certa est*) o critério para designar a mãe, como no antigo regime de filiação, senão o que as partes tenham definido no projeto parental.

8. A FAMÍLIA É TAMBÉM UMA CONSTRUÇÃO ARTIFICIAL

a) O contratualismo no âmbito familiar

O processo de des-institucionalização da concepção tradicionalista de família começa com o advento do Direito civil laico de princípios do século XIX. A partir da ruptura com o Direito canônico, o Direito civil tem tentado fundar a organização da vida familiar no contrato e não na instituição. O divórcio constitui uma evidência deste processo (pois em qualquer momento as partes podem deixar sem efeito o negócio matrimonial), assim como todas as reformas que promovem a igualdade da mulher e dos filhos dentro e fora do matrimônio. A coexistência do matrimônio com outras formas, como a união civil, a união consensual e os casais coabitantes, responde a dita exigência igualitária assim como a possibilidade de adoção para os casais do mesmo sexo. As famílias sem nome¹⁰⁵, resgatando a frase de Pierre Bourdieu, começam a ser reconhecidas pelo Direito primeiramente no nível da aliança e logo da filiação. O movimento LGBT assume plenamente a cultura política da pós-modernidade na qual prevalece a lógica da escolha do projeto parental.

Fundada na vontade, a adoção é um instituto mais apto que a verdade biológica para assegurar a estabilidade dos vínculos familiares, tanto homossexuais

105 BOURDIEU, 1996, p. 3-5.

quanto heterossexuais. Contrariamente à filiação carnal, a filiação adotiva encontra legitimidade na liberdade de acolher os filhos biológicos dos outros e de abandonar a própria descendência. A generalização da adoção (inclusive para os filhos biológicos numa forma simplificada como o reconhecimento) privilegiará a autonomia da vontade e não a heteronomia da natureza no centro do dispositivo familiar. O vínculo filial não dependerá mais da simples capacidade reprodutora dos sujeitos e sim exclusivamente da vontade dos progenitores que entregam em adoção e dos adotantes que acolhem.

A filiação claramente dissociada da reprodução permite justificar um sistema jurídico fundado no projeto parental e não na verdade biológica. Este paradigma corresponde com uma ideia nova de família onde não é mais a autoridade paterna e a divisão de papéis o que caracteriza a organização da vida privada, senão a comunicação, a autonomia e a negociação entre iguais.

Uma teoria crítica do Direito das pessoas supõe a banalização da atividade sexual e a desapropriação do sexo como categoria jurídica identificadora dos sujeitos. Mesmo que seja importante se definir como homem ou como mulher, o enquadramento na condição feminina ou masculina deixa de ter relevância jurídica. Portanto, a diferença de sexos cessaria de ser uma condição do matrimônio, e as personas teriam o Direito fundamental de mudar de sexo tal qual é garantido nas principais convenções e nos tribunais internacionais de Direitos Humanos.

Uma teoria crítica do Direito das famílias abandona o conceito modelo tradicional e parte do pluralismo da vida familiar. De agora em diante, pouco importará que a organização familiar seja tradicional, monoparental, reconstituída ou homoparental, o que realmente será relevante é que o interesse do menor esteja garantido¹⁰⁶ e que as premissas do contrato sejam respeitadas. O Estado deverá tratar do mesmo modo todas as formas familiares, para o que será necessário renunciar ao dogma paterno (e à conseqüente visão vertical da família)¹⁰⁷ e repensar as normas que governarão as famílias (em plural) de maneira horizontal, ou seja, a partir da negociação e da contratualização.

106 As principais pesquisas científicas revelam que não existe problema algum para os menores não serem acolhidos nas famílias homoparentais. Muitas destacam, inclusive, que estas famílias educam melhor que as famílias tradicionais. Ver GONZÁLEZ RODRIGUEZ, LOPEZ GAVINO e GOMEZ. *Familias Homoparentales*. Desarrollo Psicológico en las Nuevas Estructuras Familiares. Madrid: Ediciones Pirámide, 2010.

107 TORT, M. *La fin du dogme paternel*. Paris: Flammarion, 2005.

Assumir uma teoria contratual da vida familiar, tanto no nível do matrimônio quanto na filiação, não significa se desentender com os mais frágeis (os menores, os idosos, os animais, os empregados...). Pelo contrário, a técnica contratual do equilíbrio dos benefícios e a proteção da parte débil (contrato de adesão, contrato de consumo, cláusula leonina, teoria da lesão...) permite garantir eficazmente a liberdade e a igualdade de todos os membros dessa comunidade afetiva e/ou patrimonial.

Em última instância, a contratualização da família é o resultado lógico da democratização da vida privada¹⁰⁸ e a vitória de uma concepção nova do indivíduo emancipado, definido em função de si mesmo, capaz de escolher o curso de sua vida e julgar as consequências de seus atos¹⁰⁹.

CONCLUSÃO

Se uma perspectiva crítica é o pressuposto para pensar novas subjetividades, uma teoria crítica das sexualidades propõe desenhar os contornos do sujeito de Direito e de suas relações familiares e sociais, emancipado da carga multissecular de gênero. Reapropriar-se da tradição universalista e formalista do Direito continental abarca, paradoxalmente, um gesto crítico, pois ao reivindicar a tradição para fazer entrar os “hereges” estamos denunciando a confiscação do universalismo por parte de uma minoria (heterossexual, masculina, branca, burguesa, europeia...), englobando nele todos os outros partícipes do mundo comum, como propôs Hannah Arendt¹¹⁰.

Com relação ao formalismo jurídico, uma vez purgado de sua dimensão apolítica e neutra, nos permitirá pensar no sujeito de Direito sem fundo psicológico-sexual, ou seja, sem as algemas de gênero e da orientação sexual que frequentemente constituem modelos perigosos uniformizadores nas mãos dos Estados.

Portanto, a reapropriação do contrato permite deixar nas mãos dos sujeitos, e só nelas, a definição das fronteiras que desejam estabelecer nas suas rela-

108 GIDDENS, A. La transformación de la intimidad. Sexualidad, amor y erotismo e las sociedades modernas. Madrid: Cátedra, 1995.

109 FOUCAULT, M. “À propos de la généalogie de l'éthique: un aperçu du travail en cours”. Entrevista com H. Dreyfus et P. Rabinow (trad. G. Barbedette), in DREYFUS, H.; RABINOW, P. Michel Foucault: un parcours philosophique. Paris: Gallimard, 1984, p. 322-346.

110 ARENDT, H. La condición humana. Barcelona: Paidós, 2005.

ções individuais, familiares e sociais. Um pensamento crítico das sexualidades no mundo latino possibilitará, em definitivo, que cada qual possa escolher o lugar e os papéis que deseja interpretar no vasto teatro social.

Contrariamente à tradição anglo-saxônica que tende a fazer do gênero e da sexualidade uma categoria política com efeitos tutelares¹¹¹, a tradição latina não precisa desta categorização ao colocar a questão de gênero e da sexualidade na intimidade da vida privada. Nada deve lhe interessar ao Estado sobre nossos órgãos genitais e menos ainda nossos desejos e fantasmas sexuais, o que fazemos com eles e como nos definimos sexualmente. Trata-se de situações juridicamente irrelevantes que não podem nem devem condicionar a cidadania.

Para se livrar pessoalmente dos estereótipos e preconceitos de gênero, devemos começar por denunciar a categoria consolidada na lei. Para promover uma política de igualdade entre todos os sujeitos, a tendência do Estado tem que ser a indiferença para tratar com sujeitos e não com grupos de homens e mulheres.

O gênero humano é, em definitivo, o único gênero significativo para a linguagem universal do Direito.

¹¹¹ Como a noção da categoria suspeita do Tribunal Supremo dos Estados Unidos.