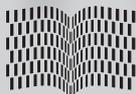


Daniel Borrillo
Fernando Seffner (org.)
Roger Raupp Rios (org.)

Direitos sexuais e direito de família em perspectiva *queer*



Editora da
UFCSPA

Daniel Borrillo
Fernando Seffner (org.)
Roger Raupp Rios (org.)

**Direitos sexuais e
direito de família em
perspectiva *queer***

Porto Alegre
Editora da UFCSPA
2018

Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre

Reitora

Lucia Campos Pellanda

Vice-reitora

Jenifer Saffi

Editora da UFCSPA

Diretora

Ana Carolina da Costa e Fonseca

Vice-diretor

Éder da Silveira

Conselho editorial

Alberto Antônio Rasia Filho, Ana Carolina Faedrich dos Santos, Ana Rachel Salgado, Cláudia de Souza Libânio, Katya Vianna Rigatto, Márcia Vignoli da Silva, Michely Lopes Nunes, Rodrigo de Oliveira Lemos

Edição geral e revisão

Olívia Barros de Freitas, Ana Carolina da Costa e Fonseca

Tradução

Traduzca.com

Revisão da tradução

Ana Boff de Godoy

Projeto gráfico

André Selbach Nasi (Ascom/UFCSPA)

Diagramação

Eduardo Coimbra Farias (Ascom/UFCSPA)

É permitida a reprodução sem fins lucrativos por meio digital desta obra, parcial ou total, desde que citada a fonte ou sítio da internet onde pode ser encontrada (www.ufcspa.edu.br).

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B737d Borrillo, Daniel.

Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer [recurso eletrônico] / Daniel Borrillo; organizadores: Fernando Seffner e Roger Raupp Rios. – Porto Alegre : Ed. da UFCSPA, 2018.

Recurso on-line (284 p.). : il.

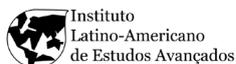
Modo de acesso: <http://www.ufcspa.edu.br/index.php/editora/obras-publicadas>
ISBN 978-85-92652-07-4

1. Direito. 2. Direito de família. 3. Direitos sexuais. I. Borrillo, Daniel. II. Seffner, Fernando. III. Rios, Roger Raupp. IV. Título.

CDD 344.6

CDU 347.6

A produção deste livro foi parcialmente financiada pelo projeto de pesquisa “Sentenças de conflitualidades de gênero e sexualidade: uma análise das fontes, dos argumentos jurídicos e da formação curricular dos operadores do direito no Rio Grande do Sul”, processo CNPq 404827/2012-8, coordenado pelo Prof. Dr. Fernando Seffner (UFRGS). Além disso, contou com o apoio das seguintes instituições:



SUMÁRIO

PREFÁCIO	7
<i>Gloria Careaga Pérez</i>	
APRESENTAÇÃO	19
<i>Mario Pecheny</i>	
INTRODUÇÃO	25
<i>Fernando Seffner, Roger Raupp Rios</i>	
PRIMEIRA PARTE: DIREITOS SEXUAIS E TEORIA <i>QUEER</i> . . .	43
1 - Por uma Teoria <i>Queer</i> do Direito das pessoas e das famílias	45
<i>Daniel Borrillo</i>	
2 - Por um direito democrático da sexualidade	79
<i>Roger Raupp Rios</i>	
3 - Uma perspectiva crítica do Direito, do gênero e das sexualidades no mundo latino.	119
<i>Daniel Borrillo</i>	

4 – Direitos sexuais: orientação sexual e identidade de gênero no direito brasileiro135

Roger Raupp Rios

SEGUNDA PARTE: DIREITO DE FAMÍLIA EM PERSPECTIVA
QUEER179

5 – Para uma teoria do direito das pessoas e da família emancipada do gênero. 181

Daniel Borrillo

6 – As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e de conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação215

Roger Raupp Rios

7 – A contratualização dos vínculos familiares: casais sem gênero e filiação unissexuada. 237

Daniel Borrillo

8 – Conclusão: direitos fundamentais, afeto e direito de família 275

Roger Raupp Rios

SOBRE OS AUTORES281

PREFÁCIO

DIREITO À SEXUALIDADE E SEUS CONTEXTOS

Gloria Careaga Pérez¹

O direito a um exercício pleno e livre da sexualidade tem demandado uma luta nada fácil. Ao longo da história, a sexualidade, como uma dimensão da vida das pessoas, tem enfrentado variadas concepções, orientadas principalmente pelo controle. Em distintas etapas, a sexualidade deixou de ser um pecado para ser uma doença, e até mesmo uma categoria de crime. Em grande parte, o que essas

¹ É mestra pela Faculdade de Psicologia da Universidade Nacional Autónoma do México (UNAM), professora de psicologia social na Faculdade de Psicologia Social da UNAM e pesquisadora no Programa de Estudos de Gênero, onde dirige diversos estudos sobre sexualidade. Coordena o Encontro Latinoamericano de Estudos sobre Sexualidade e Sociedade, realizado bianualmente. Organizou diversas antologias, entre elas *Los debates sobre masculinidades, poder, desarrollo, las políticas públicas y ciudadanía* (2006), *Sexualidades diversas, aproximaciones para su análisis* (2004) e *Poderes cuestionados: sexismo y racismo en América Latina* (2003), além de ter publicado vários artigos e capítulos de livro.

concepções têm buscado é a negativa do prazer sexual como um objeto legítimo da vida das pessoas.

A determinação que se impôs da sexualidade para a reprodução colocou em uma condição suspeita toda e qualquer manifestação sexual que se distancie dela. Entretanto, o lugar onde colocamos a sexualidade, tão próxima da reprodução e tão distante do prazer, acaba sendo incompreensível quando todos nós reconhecemos que é precisamente o prazer sexual o principal motivo para o exercício da nossa sexualidade.

Qualquer uma das expressões da sexualidade esteve sujeita ao escrutínio social e formal para o seu disciplinamento, em todas as etapas de vida das pessoas. Em muito essa condição tem levado ao reconhecimento da sexualidade legítima praticamente apenas no quadro reprodutivo, porém dentro do marco da heteronormatividade monogâmica e conjugal. Apesar das expressivas contribuições no desenvolvimento teórico em torno da sexualidade, de Freud e Kinsey, a partir do século XIX, às análises críticas de Foucault, no século XX, e não obstante a afirmação feminista da sexualidade como dimensão fundadora das relações de domínio-submissão, pouco se avançou para libertá-la do jugo da reprodução.

As tentativas de romper com esses limites têm sido permanentemente caladas. A possibilidade de reconhecimento de um movimento pela liberdade sexual como legítimo rapidamente encontra barreiras que impedem não apenas seu pleno desenvolvimento, mas também a possibilidade de um amplo e adequado conhecimento em torno da própria sexualidade. Como apontam Correa, Parker e Petchesky (2008), para os movimentos sociais contemporâneos os direitos são um âmbito necessário e de inegável expressão, sempre um âmbito inevitável da política. A defesa do direito à sexualidade, por estar atrelada a conotações morais, não pode ser a mesma em-

preendida quando se faz a defesa pela justiça social ou pelos Direitos Humanos em geral.

De fato, nos últimos anos o debate em torno do direito à sexualidade para todas as pessoas, independentemente de seu sexo, gênero, raça ou orientação sexual, tem sido uma constante nos espaços intergovernamentais. Mesmo com o panorama para o direito à sexualidade sendo hoje sombrio, é também verdade dizer que enfrentamos um complexo cenário paradoxal. Depois do que se denominou como década das mulheres nos anos 1990 – pelos avanços em seus direitos e nos debates que impulsionaram (GIRARD, 2007) – hoje os contextos sociopolíticos mudaram e não apenas os direitos sexuais estão longe das políticas dos governos de todos os tipos como se tem visto também um retrocesso no interesse em proteger os direitos reprodutivos. Principalmente por meio de reformas legais, criaram-se rupturas que permitiram avanços importantes nos direitos LGBT, mas, apesar disso, ao mesmo tempo, tem ocorrido reações muito fortes a essas mudanças, matizadas por polêmicas morais e sustentadas pelas profundas tensões entre o Norte e o Sul, entre o Oriente e o Ocidente.

Assim, a abordagem da sexualidade no debate dos Direitos Humanos acontece em um espaço altamente ruidoso, no qual os direitos sexuais são uma moeda de troca nas transações entre governos, sendo impedidos de ocupar o lugar central que necessitam. Tal espaço acaba permitindo que, em certas ocasiões, os governos simplesmente ignorem os consensos internacionais. Não obstante, as políticas de gênero e sexualidade – independentemente de os governos estarem ou não dispostos a lidar com elas diretamente em suas negociações – não podem ser ignoradas, pois são dimensões da vida social e política que afetam a vida das pessoas e o desenvolvimento dos países (CORREA; PETCHESKY; PARKER, 2008). Além disso, as consequências dessas políticas estão cada vez mais evidentes.

Entretanto, dentro de sua complexidade, teremos de considerar como o modelo econômico prevalecente e a falta de ações sociais para uma mudança cultural a favor dos Direitos Humanos têm aprofundado as fendas de desigualdade social entre países e entre suas regiões, bem como o tem feito até mesmo dentro dos movimentos sociais. A sexualidade é posta, assim, em uma posição lamentável diante da crucial urgência para enfrentar a pobreza, na qual amplos setores foram mergulhados, e para dismantelar a estrutura de discriminação que mantém muitos à margem. Não será possível ver a sexualidade articulada ao desenvolvimento enquanto se mantiverem as culturas machista, homofóbica e racista, nem se aqueles que tomam as decisões continuarem a não pensar nos significados do impacto da sexualidade nas distintas esferas da vida cotidiana. Assim, sem uma fundamentação clara a partir da estrutura dos direitos humanos, a tradução dessas demandas em ações sociais é impensável.

Por outro lado, as forças conservadoras, impulsionadas por distintas hierarquias religiosas, têm refinado suas estratégias não apenas para ampliar sua freguesia, mas também para se tornarem ativas no exercício de influência política sobre os governos. Essas forças encontram-se cada vez mais poderosas política e economicamente. O poder que as igrejas têm hoje é evidentemente gigantesco, e contam também com fortes recursos midiáticos e com uma rede de articulação social imensa, as quais perpassam os variados níveis econômicos colocando a sexualidade como uma ameaça social.

Essa ideia precisa ser desmanchada para que possamos afirmar que os direitos sexuais abrem a possibilidade de reconhecimento de uma dimensão a mais da vida, pois reconhecem, empoderam e apoiam identidades, condutas e expressões sexuais que têm sido mantidas marginalizadas pelo simples fato de serem expressões claras do prazer e que têm sido subordinadas a uma normalidade que privilegia um reduzido marco da sua ampla expressividade. Isso pre-

judica a compreensão de toda a dimensão da sexualidade e sua livre prática, como apontam os autores envolvidos nesta publicação. Os direitos sexuais garantem a legitimação do prazer e do desejo sexual, ao mesmo tempo em que abrem as condições sociais necessárias para se viver a sexualidade em um ambiente de consideração e respeito, sem a imposição de um modelo heterossexista e de dominação masculina como eixos fundamentais do relacionamento.

Um dos focos da polêmica atual sobre essas identidades sexuais não legitimadas é o casamento igualitário, uma luta de longa data que hoje se encontra no centro do debate. A revolução sociocultural de 1968, junto da pluralização das sociedades contemporâneas e do desenvolvimento de uma cultura global, foi cenário da reivindicação de diversas minorias raciais, étnicas e também sexuais (BARAJAS, 2015). A discussão sobre a necessidade de proteção dos direitos dos casais começou formalmente na década de 1980, quando a epidemia do HIV levou a um grande número de humilhações sofridas por casais homossexuais ao se verem diante de um diagnóstico de AIDS.

O mesmo estigma que acompanhou a epidemia naquele período frequentemente levou familiares a ocultarem a condição de saúde dos parentes enfermos e, principalmente, a sua homossexualidade. Os familiares dos pacientes os sequestravam e tiravam todos os direitos e propriedades de seus parceiros. Milhares de homens *gays* viveram o trauma da doença e da morte do cônjuge, além da negação de visitas hospitalares e de despejos de imóveis onde viviam por estarem registrados no nome do parceiro falecido. Ao mesmo tempo, algumas lésbicas lutavam para manter a custódia de seus filhos provenientes de uniões heterossexuais prévias, tendo sua sexualidade também sido usada como ferramenta de controle e agressão, que ameaçava também espoliá-las. Mesmo assim, a luta pelo reconhecimento legal dos casais de mesmo sexo não era uma constante

na agenda até alguns anos atrás, mas chegou até mesmo a se internacionalizar e a se converter em uma prioridade da agenda universal.

Apesar de podermos afirmar que a família é uma instituição que ao longo da história possuiu distintas configurações, produto dos interesses que a envolviam, o interesse pelo reconhecimento dos casais de mesmo sexo tem levado à reafirmação de modelos e concepções únicas de família, existindo pessoas que não estão dispostas a abrir as portas para novas configurações. Ao mesmo tempo, tal tema tem despertado um importante questionamento no interior do movimento lésbico-*gay*.

A monogamia, a heterossexualidade e a procriação constituíram-se como base moral do matrimônio civil e do religioso. O casamento igualitário chegou a romper com essa hegemonia, instalando uma mudança radical na família e no matrimônio, instituições sobre as quais se fundamenta a organização da sociedade. Assim, tais instituições têm sido reconfiguradas e resignificadas pelas identidades sexuais e de gênero não heterossexuais, que trouxeram rachaduras à moral heteronormativa e de legitimidade do mundo (BARAJAS, 2015). Ao mesmo tempo, esse desafio tem trazido à tona igrejas inclusivas, isto é, aquelas que, mesmo quando não surgem especificamente para as identidades dissidentes da normatividade sexual, implantam níveis distintos de inclusão.² Essa inclusão radical resulta no caso emblemático de outorgar os mesmos direitos às identidades sexuais e de gênero heterossexuais e não heterossexuais. Mesmo assim, a centralidade do matrimônio na agenda LGBT tem o seu lado incômodo. No início da luta pelos direitos LGBT nos anos 1970, o esforço de lideranças e de organizações era marcado e fundado

² As igrejas mencionadas não só têm aceitado a presença aberta de pessoas LGBT e seus parceiros nas suas celebrações, como também têm permitido acesso aos rituais de bênçãos de casais ou à celebração de rituais matrimoniais em igualdade aos das identidades heterossexuais.

nos princípios de esquerda. Suas reuniões e ações caracterizavam-se pela inclusão e pelos processos democráticos que impulsionaram um conjunto de demandas progressistas. Mas, a partir de finais da década de 1990, começaram a aparecer, bem como entre os governos, novos panoramas geopolíticos. O equilíbrio entre as forças LGBTs mudou dramaticamente a partir do novo milênio, quando posturas tradicionais e até mesmo conservadoras foram ganhando espaço (DRUCKER, 2015). Ainda que tenham ocorrido tentativas de recuperação daquela perspectiva, o movimento não conseguiu restaurar seu posicionamento original em relação ao trabalho de base e à intenção transformadora. Em sintonia com a vontade de muitos, a tendência hoje se orienta para uma acomodação no interior das estruturas do sistema dominante.

Ainda que a garantia de direitos que autoriza o casamento seja um importante avanço na luta, como pode ser visto nas discussões que os textos deste volume trazem, não podemos deixar de reconhecer que sua introdução leva casais de mesmo sexo a se manterem em relações estáveis, difíceis de dissolver, que fornecem o apoio que seus parceiros necessitariam em caso de desemprego, invalidez ou doença. Deixa-se de lado a exigência dos direitos individuais e da defesa da liberdade sexual. Mas, acima de tudo, se enfraquece o reconhecimento de formas alternativas de relação.

Alguns estudos iniciais têm mostrado que os casamentos de mesmo sexo ajudam a impulsionar as desigualdades nas comunidades LGBT. Os LGBTs mais favorecidos se beneficiam mais, especialmente devido a menos impostos sobre herança. Em média, as pessoas LGBT com menos recursos frequentemente perdem mais (DRUCKER, 2015), particularmente no que diz respeito aos benefícios sociais de pessoas pobres, que são a maioria e que estão associados ao seu parceiro assalariado.

Onde o casamento homossexual foi aprovado houve uma vitória pela igualdade e um incremento à desigualdade. É um triunfo porque possibilita a milhões de casais de mesmo sexo desfrutar dos mesmos direitos dos casais heterossexuais, como não ser despejado de casa quando o parceiro morre. Entretanto, contribui para a desigualdade porque permite ao Estado realizar a agenda neoliberal de transferência de suas responsabilidades sociais para as famílias de pessoas necessitadas.

Em muitos lugares surgiram vozes críticas à perspectiva unilateral de casamento dos ativistas e intelectuais LGBT progressistas. Na declaração feita em 2006, “Além do Casamento”, urgia “o reconhecimento de formas alternativas de convivência além de um casamento modelo”, o acesso para todos, independentemente de seu *status* civil ou cidadão, aos programas de apoio do governo, assim como o fim da regulação do Estado sobre a nossa vida sexual e o estímulo ao apoio às organizações sociais de cuidado, ao invés de privatizar os serviços sociais. Essas demandas, que se sustentam nas discussões dos artigos deste livro, querem lançar voz junto do movimento LGBT por uma sociedade livre e justa.

Recordemos também que muitas das aberturas sobre o tema ocorreram perante a desvalorização ou descrédito da condição. Longe de ser uma ameaça para o casamento tradicional, como afirmam os opositores religiosos, permitir que as pessoas LGBT se casem dá à instituição uma atualização muito necessária, até porque se aponta que as pessoas LGBT não representam uma ameaça para o *status quo* (POLLITT, 2015). O casamento igualitário remonta a amor, romance, compromisso, estabilidade e início de uma família, e as pessoas adoram o amor. Como questiona Borrillo, qual é o amor que estamos buscando? O casamento igualitário também significa ajustar o amor aos valores familiares, legitimar uma instituição conservadora que perdeu a maior parte de seu poder social coercitivo

para que possa ser uma opção a outros milhões. Os direitos sexuais, pelo contrário, são sobre o sexo, sobre a liberdade sexual; os quais contrastam com uma ideia irresponsável de matrimônio que coloca todas as relações entre pessoas no espectro da decência, de forma a reproduzir o sistema. Mas... quem quer ser “decente” hoje em dia?

Esses aspectos sempre vão levantar controvérsias e conflitos, mas o verdadeiro problema é que na nossa sociedade não há condições para o debate democrático real. Dificilmente espaços são abertos para se desenvolver uma conversa madura, cidadã e receptiva, que reconheça as diferentes posições. Ainda assim, temos de seguir falando publicamente dessas coisas para esclarecer nossas concepções, porque a qualidade de uma agenda política, seja de direitos ou de políticas públicas, não está isenta de perigos se não for concebida nem lutada com uma clareza conceitual. Vivemos em sociedades midiáticas nas quais temas de sexualidade facilmente tornam-se apelativos, e isso é muito perigoso, pois produz debates muito baseados em imaginação.

Como conclusão, digamos que os direitos humanos incluem a sexualidade como uma dimensão da vida das pessoas e que ao buscar o melhoramento social não se pode deixá-la de lado. Então, faz-se necessário que os governantes assumam um compromisso com a laicidade, com a pluralidade, e com a educação sexual, além de assegurar que nossas sociedades possam crescer e amadurecer em termos de deliberação democrática. A laicidade das instituições políticas do Estado e os Direitos Humanos continuam sendo parte fundamental para assegurar os direitos de maiorias e de minorias para, a partir da identidade e da alteridade, construir outras formas de união.

Hoje podemos nos alegrar pela ampliação da garantia de direitos que protegem a saúde e a moradia, as possibilidades de crédito conjunto, dentre outras coisas, para as pessoas em relações homoparentais. No entanto, necessitamos do desenvolvimento de uma pers-

pectiva de direitos humanos que possibilite a definição clara de uma agenda contra todas as formas de discriminação e que desenvolva mecanismos para o monitoramento estreito das ações do governo, das corporações privadas e das agências internacionais.

A realidade social atual e suas novas organizações políticas, econômicas e ideológicas têm desestabilizado os processos. Os questionamentos aqui colocados vão no sentido de identificar o significado dessas mudanças para os padrões de desenvolvimento, os acordos bilaterais e multilaterais e os sistemas de cooperação. Entre os atores da sociedade civil, também estão aparecendo expectativas e perguntas a respeito de como tais tendências afetam as atuais políticas globais e nacionais de gênero, de sexualidade e de direitos. Mas, faz-se necessário que esses debates não se restrinjam apenas ao âmbito político daqueles que decidem e daqueles que resistem, e sim também levar esses debates ao âmbito acadêmico.

A gestão a partir da sexualidade tem múltiplos custos: uma parte por carregar o estigma da defesa de direitos imorais e ilegítimos, e outra por contaminar a gestão das organizações sociais com o estigma da política que exige aprender e, em muitos casos, internalizar as regras e os procedimentos do sistema nos quais suas determinações estão inseridas. Entretanto, o seu êxito não será possível sem a sua institucionalização em processos democráticos formais, provavelmente resultado de gestões e denúncias em espaços intergovernamentais, ou até mesmo de mobilizações sociais amplas de demanda por um novo marco para sua compreensão e exercício.

A leitura deste livro, portanto, mostra-se fundamental para repensarmos os conceitos, já que estamos em um momento em que se pode ter um diálogo mais aberto para propor estilos de vida mais adequados para as necessidades da época em que vivemos. Longe de representar nichos de tensão, a leitura do livro deve contribuir para o desenvolvimento de um novo contexto social, democrático e plural.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARAJAS, Karina Bárcenas. Homoparentalidades: la familia como espacio de reconocimiento. *Revista Parteaguas*, Aguascalientes, a. 5, n. 34, p. 46-51, mar. 2015.

CORREA, Sonia. Potencias emergentes: ¿Puede la sexualidad y los derechos humanos ser un tema secundario? *Revista Internacional de Derechos Humanos*, São Paulo, v. 11, n. 20, p. 173-186, jun. 2014.

CORREA, Sonia; PARKER, Richard; PETCHESKY, Rosalind. *Sexuality Health and Human Rights*. New York-London:Routledge, 2008.

DRUCKER, Peter. *Same-sex marriage: an ambiguous victory*. 2015. Disponível em: <<http://newpol.org/content/same-sex-marriage-ambiguous-victory>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

GIRARD, Françoise. Negotiating sexual rights and sexual orientation at UN. In: PARKER, Richard; PETCHESKY, Rosalind; SEMBER, Robert (Org.). *SexPolitics: Reports from the front lines*. New York: Sexuality Policy Watch, 2007. p. 311-358. Disponível em: <<http://www.sxpolitics.org/frontlines/book/index.php>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

POLLITT, Katha. *There's a reason gay marriage is winning, while abortion rights are losing: Are these two "culture wars" issues really that similar?* 2015. Disponível em: <<https://www.thenation.com/article/theres-reason-gay-marriage-winning-while-abortion-rights-are-losing/>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

APRESENTAÇÃO

Mario Pecheny¹

O livro de Roger Raupp Rios, Daniel Borrillo e Fernando Seffner remete-me a Sócrates e a Platão por, pelo menos, três motivos: primeiramente, porque assim como os antigos filósofos gregos, os autores refletem sobre a articulação entre o amor (*eros*) e a justiça. Não há justiça na *pólis* nem felicidade possível se essa articulação não for pensada e praticada. Em segundo lugar, porque a forma de tal reflexão é o diálogo aberto e pedagógico. E em terceiro lugar, porque junto deles caminhei e caminhei por parques e outros lugares. Não sei se essas caminhadas foram filosóficas ou não, mas elas estimularam o “pensar juntos”, um velho e belo costume que se está perdendo no acelerado mundo neoliberal que por azar temos hoje.

¹ É doutor em Ciência Política pela Université Sorbonne – Paris 3. Especializou-se no estudo de políticas e direitos de saúde, gênero e sexualidade. Atualmente é Professor Titular Regular de Sociologia da Saúde da Cátedra de Sociologia na Faculdade de Ciências Sociais, e Professor Titular de Ciência Política no Ciclo Básico Comum, na Universidad de Buenos Aires (UBA). É Pesquisador Independiente do Conselho Nacional de Investigações Científicas e Técnicas (CONICET).

A sexualidade tem sido um fim e um meio de normalização social através do qual o Estado e as maiorias dominantes conseguiram por décadas e séculos construir um edifício normativo que privilegiou determinadas formas de sexualidade: práticas eróticas, identidades, relacionamentos e as unidades de convivência que os pressupõem. A heterossexualidade, por ser potencial e geralmente reprodutora, agrega ao componente erótico e relacional o aspecto filiatório, já que, em determinadas condições, as relações sexuais heterossexuais resultam em filhos e filhas. Também pode ocorrer de o sexual resultar do projeto de família (de desejar uma prole), ou seja, que o projeto por trás dos relacionamentos sexuais seja o de conceber uma família, com as consequências legais, de *status* e de patrimônio que essa forma social privilegiada traz consigo.

Que o sexual não é natural e sim construído histórica, política e socialmente é um assunto quase universalmente compartilhado no seio das ciências sociais. Na sua variante de sentido comum, o caráter contingente (não necessário) do sexual é um pressuposto que tem permitido por décadas questionar a ordem sexual, a estrutura esperada e premiada dos indivíduos e grupos humanos no quesito erotismo e relações amorosas, além daquilo que se castiga e estigmatiza.

Nos anos de 1960 e 1970, a linguagem do questionamento da ordem sexual foi a emancipatória: buscava se livrar das correntes da opressão sexual, da repressão, do controle, dos modelos únicos a se seguir (relacionar-se heterossexualmente, se possível dentro de um matrimônio legalmente sancionado, com o objetivo de ter filhos e formar uma família), da violência e da tradição. A energia sexual contida, as identidades invisibilizadas e perseguidas, os relacionamentos não reconhecidos, bem como as formas de opressão e exploração mais historicamente teorizadas e objeto de lutas – isto é, as ligadas à colonização, à dependência e ao imperialismo – tudo isso formava um universo político conceitualizável na linguagem da

libertação. Com a emancipação, não apenas se libertariam os povos e as forças produtivas, mas também as energias eróticas que lutavam para sair dos estreitos limites da norma. A libertação sexual e a libertação nacional e social não eram incompatíveis entre si, elas se pressupunham, já que ninguém colocaria em questão que a justiça social e a libertação dos projetos de felicidade individuais eram indissociáveis.

As ditaduras militares deixaram as agendas apontadas para outras urgências: a defesa da vida perante os crimes perpetrados ou consentidos pelo Estado, a demanda por um estado de direito, a exigência de regras democráticas de funcionamento político. Elas trouxeram à região, como reação ante tanta arbitrariedade, a linguagem e a mobilização em nome dos direitos humanos. As renascentes democracias dos anos 1980 retomaram então, pouco a pouco, as questões sexuais, não tanto na linguagem libertária anterior às ditaduras e sim mais na linguagem dos direitos.

Assim o sexual começou a se conceitualizar politicamente em termos de direitos: como reivindicações cujo processamento político exigia a formulação das aspirações políticas em forma de direitos. Direitos de sujeitos, sobre matérias específicas, direitos que o Estado deveria em princípio deixar de negar e começar a proteger e promover.

Um conceito útil para se pensar esses processos é o conceito de heteronormatividade. O termo refere-se ao privilégio dominante ou exclusivo de um tipo específico de sexualidade, a heterossexualidade, e de um tipo de vínculo, o monogâmico permanente – reconhecido pelo Estado através da figura do matrimônio, cuja finalidade principal seja conceber uma família (com filhos biológicos) e um patrimônio econômico compartilhado. Além disso, longe de ser um mero detalhe, no vínculo heterossexual entre um homem e uma mulher se pressupõe (na maioria das vezes de maneira explícita) a

hierarquia simbólica, política, econômica e legal do homem sobre a mulher, e dos pais sobre os filhos.

O modo heteronormativo de construir o sexual e todos os vínculos e formas sociais que dele derivam, que o pressupõem e que o reproduzem, foi questionado por uma grande quantidade de movimentos sociais: feministas, *gays* e lésbicos, trans, de pessoas com HIV, antiviolação, antitráfico de pessoas, etc. Esses movimentos historicamente desconfiaram, e com boas razões, do Estado. O Estado e suas agências (a polícia, as instâncias judiciais e punitivas, as médico-sanitárias, as educativas) eram e são os lugares e os atores privilegiados na produção da heteronormatividade, das práticas que a produzem e que a reproduzem, e do sofrimento diário e concreto que cada uma e cada um padece em tal marco institucional.

A desconfiança perante o Estado, na linguagem dos direitos e também na linguagem da libertação, se traduz na vontade política e no esforço teórico-conceitual de querer dar um fim à heteronormatividade. A heteronormatividade sancionada pelo Estado e o Estado inerentemente patriarcal e heteronormativo são o alvo e o terreno da luta por marcos mais justos para uma vida sexual e ativa.

Mas isto não é assim tão simples. Há um dilema que é tanto político como teórico, que coloco em forma de uma simples pergunta (mesmo que isso seja uma simplificação): dar fim à heteronormatividade implica acabar com qualquer normatividade ou implica acabar com o componente “hetero” da heteronormatividade?

Adianto uma visão, também simplificada, de momentos históricos (políticos e teóricos) em relação a essa pergunta. Em um primeiro momento, colocaram-se reivindicações de direitos com um pressuposto compartilhado, uma noção compartilhada de que qualquer normatividade é indesejável. Se o Estado sanciona uma normatividade sexual qualquer que seja, com esse gesto continua privilegiando determinadas formas, identidades e práticas sobre outras,

continua construindo fronteiras de inclusão e exclusão, e continua reproduzindo situações de diferença que não deixam de ser relações sociais de desigualdade.

Entretanto, em um segundo momento, o paradoxo se instala: a queda da heteronormatividade não dá lugar à ausência de normatividades impostas.

Ao se derrubar uma normatividade, duas coisas podem acontecer (também aqui, simplifico): que não se instale nada ou que se instale uma nova normatividade. A primeira opção, que não se instale nenhuma nova normatividade, é falsa: sem o Estado e sem regras se introduz um estado de natureza (uma situação em que prevalece a lei do mais forte, de quem possui mais recursos), se estabelecem modos de ser sociais cuja regulação não é inexistente, e sim objeto de autorregulação tal como é hoje, isto é, mercantilizada. Resumindo: a ausência de regulação ou de normatividade deixa as práticas e os vínculos à mercê da violência de quem é mais forte ou à mercê do mercado. A segunda opção é pensar novas formas de normatividade. Isso é menos excitante, mais difícil de colocar em termos libertadores, mais técnico e, sim, arriscado no sentido mencionado acima de criar novas formas de privilégio, exploração e exclusão.

Fazendo um pequeno jogo de palavras, passar do primeiro momento para o segundo momento implica passar da linguagem dos direitos à linguagem do direito. Palavras como as de Roger Raupp Rios, Daniel Borillo e Fernando Seffner expõem seu sentido nessa passagem.

Já faz anos que os autores deste livro se questionam, de maneira pioneira, qual seria um direito democrático da sexualidade. Ou, como eu diria, um direito sexualizado da democracia, capaz de dar conta de maneira ampla, erótica, justa e universal da imensa variedade de formas sexuais, identidades, relacionamentos e unidades sociais que existem e poderiam existir. São questões políticas, teóri-

co-conceituais e técnico-jurídicas, referentes à sexualidade e à não sexualidade. Visto que o sexual era e é tão central na estrutura do Estado, se as leis e o direito tocam no sexual, tudo se move: família e filiação, saúde, propriedade de bens, residência e cidadania, tudo.

Cada um dos capítulos nos permite conhecer e refletir sobre a diversidade de aspectos envolvidos em se sexualizar o direito e normatizar o sexual. Eu não classificaria tais esforços como *queer*, já que me parece que os capítulos vão além dessa perspectiva teórico-política, cuja tradução na América Latina ainda não consigo detectar plenamente. A meu ver, os autores dão conta de uma visão do direito e da sexualidade que é crítica no melhor e mais tradicional sentido. É crítica porque dá conta das condições de produção e circulação das discussões, porque é polêmica e polemista, porque se insere em uma análise da totalidade que não é redutível a alguma de suas dimensões, porque articula teoria e prática, prática e teoria.

Resumindo, cara leitora e caro leitor: caminhe junto com os capítulos e dialogue com eles.

INTRODUÇÃO

Fernando Seffner e Roger Raupp Rios

DIREITOS HUMANOS E DIREITOS SEXUAIS FRENTE À PRECARIEDADE DOS TEMAS SEXO E GÊNERO: A EDUCAÇÃO JURÍDICA COMO PROBLEMATIZADORA DAS FORMAS DE VIDA EM NOSSA SOCIEDADE

Muito conhecemos sobre uma sociedade examinando os sujeitos e seus modos de viver classificados como abjetos. O abjeto está ali, a demarcar melhor os contornos do que é tido como aceitável; é um exterior constitutivo das formas de vida consideradas viáveis. Mais ainda, a porosidade das fronteiras que demarcam o centro, onde habitam os modos de viver “adequados e saudáveis”, e as margens, onde estão os monstros que assombram a norma, dizem muito também sobre as conexões e os trânsitos entre desejo e proibição. O

viver de modo adequado está mais perto do que se imagina das formas consideradas pouco adequadas. Sobre os marcadores de gênero e sexualidade, temos notícias todos os dias de descaminhos. As travestis e transexuais são, ao mesmo tempo, objeto de manifestações de ódio e violência explícita, e a todo instante ficamos sabendo do profundo desejo erótico que despertam nos chamados “cidadãos de bem”, vez por outra flagrados em situações ditas constrangedoras. Todos esses desejos e proibições são construções sociais e políticas, aprendidos em modos formais ou não de educação, e regulados em leis.

Tudo isso diz muito respeito à Educação e ao Direito, campos que constroem e sustentam tipologias do aceitável e do não aceitável:

Pois, como se sabe, as tipologias são exatamente o modo pelo qual a abjeção é conferida: considere-se o lugar da tipologia dentro da patologização psiquiátrica. Entretanto, prevenindo qualquer mal-entendido antecipado: o abjeto para mim não se restringe de modo algum a sexo e heteronormatividade. Relaciona-se a todo tipo de corpos cujas vidas não são consideradas “vidas” e cuja materialidade é entendida como “não importante”. Para dar uma ideia: a imprensa dos Estados Unidos regularmente apresenta as vidas dos não ocidentais nesses termos. O empobrecimento é outro candidato frequente, como o é o território daqueles identificados como “casos” psiquiátricos. (BUTLER, 2002, p. 161-162, tradução nossa).

Este livro surge diante de um desafio. O ensino jurídico, em especial aquele desenvolvido nas faculdades de direito, acaba envolto em pressupostos normalizadores e familistas, colaborando para a reprodução dessas tipologias excludentes e incrementando a precariedade dos sujeitos. Ao disponibilizar reflexões conduzidas ao longo da carreira de dois professores de Direito que compartilham uma perspectiva crítica e dialogam entre si, no contexto do direito continental europeu e latino-americano, este trabalho pretende fornecer material para reflexão e elaboração de conteúdos que enfrentem esse quadro.

Estruturado em duas grandes seções e provocado pela teoria *queer*, relacionam-se a teoria geral do direito, sexualidade e gênero (primeira parte) e suas implicações no direito de família (segunda parte). Desse modo, apresentadas uma teoria *queer* do direito (capítulo 1), do gênero e das sexualidades (capítulo 3) e seus respectivos elementos no desenvolvimento do ordenamento jurídico positivo (capítulos 2 e 4), são lançadas as bases para um direito de família livre das amarras do assimilacionismo (capítulo 6), do familismo (capítulo 7) e da heteronormatividade (capítulos 5 e 8).

Se por um lado são o Direito e a Educação campos nos quais reina a preocupação com a norma, seja com seu aprendizado, seja com seu correto cumprimento, é inegável que esses campos operam com lógicas diversas. Também é inegável que neles há cada vez mais espaço para acolher as transgressões da norma e para buscar modalidades de convívio com os “diferentes”. Mas o diálogo entre os campos do Direito e da Educação tem zonas de conflito históricas. Basta lembrar um conjunto conhecido de ditos do senso comum que orbita em torno da afirmação de que é quando a educação falha que entra em cena a necessidade de aplicação dos princípios do direito, em geral, para punir o que foi indevidamente feito. E o que foi indevidamente feito o foi por culpa de algum processo educacional que falhou. Postos dessa forma, Direito e Educação ficam em posições quase antagônicas. O conflito se torna mais intenso quando pensamos estes dois campos, Direito e Educação, atravessados pelos temas de gênero e sexualidade.

Questões de gênero e sexualidade não são apenas objeto de investigação acadêmica, são também o motivo de poderosos movimentos sociais com todas as cores do espectro político, seja para manter, seja para modificar o que nos acostumamos a tomar como devido ou indevido. É sabido que na escola não apenas se faz um percurso de aprendizado dos conhecimentos científicos. A escola é

produtora de identidades, e as identidades de gênero e sexualidade estão nela incluídas. Em torno desse tópico assistimos ampla disputa no Brasil, da qual a retirada dos itens que lidam com gênero nos planos municipais e estaduais de educação é nada mais que a ponta do *iceberg*.¹ Mas os processos educativos que nos ensinam o que é considerado “correto” ou “indesejado” em termos de gênero e sexualidade não habitam apenas o território escolar. Eles estão amplamente disseminados na forma de pedagogias culturais (LOURO, 2000) em artefatos como novelas, filmes, propagandas de artigos de consumo, homilias religiosas, notícias de jornal, artigos em revistas, placas de anúncios, brinquedos para a infância e a adolescência, ritos de passagem, convites para festas, estilos de moda e vestuário, tecnologias para a vida cotidiana, romances e poesias, pintura e escultura, declarações de autoridades, desenho de estratégias empresariais, políticas públicas de saúde ou previdência, declarações de candidatos em campanhas eleitorais, estruturas de redes sociais, organização de agrupamentos familiares, distribuição de ganhos no mercado de trabalho, piadas e anedotas, etc.

A rigor, não há território da vida social que não esteja atravessado por diferenças e disputas de gênero e sexualidade, de modo explícito ou implícito. Não por acaso, os campos da Educação e do Direito são constantemente chamados a intervir nas questões de gênero e sexualidade, seja para mostrar o que é “correto”, seja para punir o que foi considerado uma “ofensa moral”, seja para ensinar crianças e adolescentes a respeitar as diferenças de gênero e sexualidade numa postura que valoriza a inclusão, seja para garantir direitos aos sujeitos portadores das novas identidades de gênero e sexualidade, como o acesso ao casamento, ao direito de guarda de filhos, etc.

¹ A posição do Ministério da Educação e de algumas entidades acerca do tema pode ser conferida em Tokamina, 2015.

Parte da discussão acerca do gênero e da sexualidade se alinha, tanto no Direito quanto na Educação, no território dos Direitos Humanos. Há um conjunto de disposições dos últimos anos que estruturou a área de Educação em Direitos Humanos no Brasil, a saber: em 2003, a criação do Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos – CNEDH (BRASIL, 2003); em dezembro de 2006 a edição do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos; em 2012 a edição das Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos (BRASIL, 2012). Afora esses marcos, temos inúmeras iniciativas nos níveis municipais e estaduais, e até mesmo na iniciativa privada, ampliando o alcance da educação em direitos humanos. Nela se alojaram não apenas as demandas de gênero e sexualidade, mas também aquelas relativas a raça e etnia, liberdade de pertencimento religioso, liberdades laicas e luta contra a intolerância religiosa, respeito aos diferentes modelos de família, luta contra o preconceito derivado da origem regional (no caso brasileiro, contra nordestinos, por exemplo), direitos das pessoas com deficiências ou necessidades especiais, respeito aos idosos, educação para a paz, estudo da questão da violência no país, debates sobre o consumo de drogas nas sociedades contemporâneas, o estudo das culturas juvenis, a questão do trabalho infantil, direito à memória, liberdade de expressão, modos de ampliação do regime democrático, denúncia dos crimes do período da ditadura militar, etc.² De modo sucinto, e pensando os sujeitos sociais marcados por gênero e sexualidade, nos valemos da noção de Direitos Humanos de Hannah Arendt, comentada por Judith Butler:

² Para conhecer um pouco a estruturação do campo e as pesquisas em andamento no âmbito acadêmico vale consultar <http://dhnet.org.br/index.htm> e <http://www.andhep.org.br/> (Acesso em: julho 2016).

Arendt diz coisas interessantes acerca do que crê que o homem necessita para sobreviver em sua humanidade. Há direito a um lar e direito a ter direitos, uma formulação muito interessante desde o momento em que são direitos básicos que não podem se fundamentar em nenhum governo estabelecido nem em nenhuma instituição social; nesse sentido, não são direitos positivos. Também parece haver direitos de pertencimento. Há o direito a ter uma textura social da vida.³ (BUTLER; SPIVAK, 2009, p. 76, tradução nossa).

Os pontos essenciais do excerto acima, que vamos retomar adiante, são o direito a ter uma textura social para o desenvolvimento da vida e o direito a ter direitos. Examinando programas e estratégias didáticas na Educação em Direitos Humanos no âmbito do estado do Rio Grande do Sul,⁴ com o recorte dos temas de gênero e sexualidade, tanto aqueles do ensino universitário quanto os praticados no ensino médio, é possível reconhecer uma variada topografia política. Tanto os direitos humanos são acionados para que as minorias tenham acesso a garantias legais já desfrutadas pela maioria heterossexual, quanto os direitos humanos podem servir para confinar as minorias em “programas especiais de educação” ou “legislações específicas”, onde se tornam prisioneiras das marcas identitárias de gênero e sexualidade, que, ao fim e ao cabo, não são vistas como “normais”, mas são “regularizadas” pela educação e pela lei. A luta

³ Texto original: “Arendt dice cosas interesantes acerca de lo que cree que el hombre necesita para sobrevivir en su humanidad. Hay derecho a un hogar y derecho a tener derechos, una formulación muy interesante desde el momento en que son derechos básicos que no pueden fundamentarse en ningún gobierno establecido ni en ninguna institución social; y en este sentido, no son derechos positivos. También parece haber derechos de pertenencia. Hay derecho a una textura social de la vida”.

⁴ Os dados resultam do projeto de pesquisa “Sentenças de conflitualidades de gênero e sexualidade: uma análise das fontes, dos argumentos jurídicos e da formação curricular dos operadores do direito no Rio Grande do Sul”, financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), chamada n. 2/2012, processo n. 404827/2012-8, e que teve como investigador principal Fernando Seffner. Parte do financiamento do presente livro é decorrente desse projeto.

pela igualdade pode tomar rumos inesperados e colaborar com a reificação da norma, mais “normalizando” as minorias do que lhes garantindo liberdade de expressão, além de produzir hierarquias no interior destes grupos, como verificamos com a homonormatividade, por exemplo: pode ser *gay*, sim, pode ser aceito, desde que seja jovem, branco, discreto, masculino, sem afetação, de classe média, com bom nível de escolaridade, que queira casar, servir à pátria, constituir família, ter filhos e viver de modo monogâmico o amor eterno.

Os procedimentos de exame que marcam nossa sociedade, em que a verdade final sobre cada um é extraída do sexo, nos levam à obra de Foucault. Ali se mostra a construção de uma história da sexualidade no mundo ocidental, não preocupada com a experiência do erótico e muito pouco com a qualidade dos prazeres, mas muito ocupada com a produção de verdades científicas, que dizem de nós, mas dizem também da sociedade em que vivemos. Segundo Foucault, em especial na Europa do século XVIII, trata-se de colocar o “sexo em discurso”: fazer falar para poder, então, classificar e intervir, constituindo aí o campo de conhecimento que nos acostumamos a reconhecer como “questões de sexualidade” (FOUCAULT, 1999, 2004). A heterossexualidade aparece como intrinsecamente vinculada à identidade dos sujeitos, é naturalizada, torna-se norma, e sobre ela cada vez menos se fala. Todas as luzes, o foco das atenções, concentram-se nos “desvios”, nas “fugas” da norma, nas transgressões, sejam elas a homossexualidade, o hermafroditismo, o travestismo, os maneirismos, e tudo mais que se inventou depois para capturar outras eróticas e outros desejos que não a heterossexualidade. Com isso, delimitam-se as fronteiras do possível em termos de experimentação sexual e constroem-se as identidades que serão precarizadas ou tornadas não viáveis de existir. Essa é a malha de poder-saber que Foucault analisa, no centro da qual o casal monogâ-

mico heterossexual reina como o legítimo e figura exemplar de como as coisas “deveriam ser”.

A norma legitima-se não apenas pelos procedimentos que marginalizam as diferenças do campo do possível, mas também por colocar a heterossexualidade como o pressuposto da “sexualidade verdadeira”. Temos a imagem de que a heterossexualidade existe desde sempre, nunca se modificou, e que é algo da natureza do mundo, confundida com a reprodução, portanto, um dado biológico da história humana. Todos os procedimentos que cercam a heterossexualidade estão entre a compulsoriedade e o silêncio. Fala-se muito da homossexualidade, das travestis e das transexuais, da intersexualidade, mas não se fala da heterossexualidade, porque parece que sobre ela não há o que falar, ela simplesmente existe e é aceita. O regime de heterossexualidade compulsória diz respeito à expressão da norma no campo da sexualidade e do gênero: “um conjunto de disposições (discursos, valores, práticas) por meio das quais a heterossexualidade é instituída e vivenciada como única possibilidade natural e legítima de expressão” (WARNER, 1993, apud JUNQUEIRA, 2013, p. 483).

Se o horizonte da Educação em Direitos Humanos está dado pelo que as maiorias já obtiveram, dificilmente se pode esperar dessa modalidade de educação um impacto muito profundo no enfrentamento da norma, para o caso do gênero e da sexualidade, a heterossexualidade compulsória. Vale lembrar que a escravidão, no Brasil ou nos Estados Unidos, já foi devidamente regulada e aceita na legislação, praticada de acordo com o código jurídico vigente. Foi necessário mais do que pensar na norma para vencer essa modalidade de trabalho, que se equiparou ao direito da maioria branca. O mesmo vale quando pensamos na maioria dos direitos conquistados pelas mulheres, a começar pelo voto. O fato de que as mulheres não podiam votar era algo legal e definido em lei, mas o voto estava aces-

sível aos homens. Novamente, o esforço foi equiparar com os direitos da maioria masculina, maioria aqui entendida não do ponto de vista numérico, mas do ponto de vista da força de representação política. Mas as mulheres também vêm conquistando um conjunto de direitos que diz respeito a seu corpo, como é o caso das legislações sobre o aborto, que são direitos novos. Da mesma forma, o movimento LGBT, ao reivindicar e obter em muitos países o direito de acesso ao casamento civil, tanto se equipara ao que a maioria heterossexual já tem, como em parte ultrapassa, ao permitir que se pense a família como algo que não se vincula de modo direto à procriação. Temos, portanto, movimentos de alcançar a igualdade, como de “ultrapassar” a igualdade, criando novos direitos, e, de certa forma, marcando a existência de diferenças:

Certa distância ou ruptura se torna condição de possibilidade da igualdade, o que significa que a igualdade não é um assunto de extensão ou de aumento da homogeneidade da nação. Claro está que se pode tratar apenas de um pluralismo que, como sabemos, reestabelece a homogeneidade depois de admitir em casa um pouquinho de complexidade.⁵ (BUTLER; SPIVAK, 2009, p. 86, tradução nossa).

Propomos pensar a conexão entre os direitos já alcançados pelas maiorias e os direitos que as minorias reivindicam a partir da noção de precariedade da vida, abordada por Judith Butler em *Vida precaria* (2006), juntamente com a noção de solidariedade, que orientou boa parte da resposta inicial à AIDS no Brasil. Nessa obra, Judith Butler discute a questão do valor da vida, em conexão com

⁵ Texto original: “Cierta distancia o fisura se vuelve la condición de posibilidad de la igualdad, lo que significa que la igualdad no es un asunto de extensión o de aumento de la homogeneidad de la nación. Por supuesto, puede tratarse tan solo de un pluralismo que, como sabemos, restablece la homogeneidad después de admitir en casa un poquito de complejidad”.

textos anteriores de sua autoria. Toda a argumentação se desenvolve em torno da ideia de que a vida está definida pela precariedade, e pode ser objeto de controle, violência e morte, mas também de ações de solidariedade. Mas a precariedade é diferencial, pois há vidas de sujeitos e grupos situadas em terrenos de alta vulnerabilidade, enquanto outras se situam em território de privilégios. A autora critica a noção de uma autonomia ou soberania irrestrita dos indivíduos (BUTLER, 2006, p. 15) que leva à noção de meritocracia, e aposta numa ética das relações humanas que privilegia pensar na dependência, na nossa vulnerabilidade de um outro anônimo que depende do sujeito e de quem o sujeito depende (BUTLER, 2006, p. 14).

Com isso, lançamos uma mirada nesse cenário que envolve direito, educação, gênero e sexualidade alimentados pelas teorias *queer* e por uma vertente de pensamento político brasileiro, e esforçamos-nos para alargar os limites do pensável e para problematizar as conexões entre margens e centro. Antes de pensar em direitos humanos, propomos pensar a vida, valendo-se de uma série de preceitos de Judith Butler, pondo-os em conexão com a questão da solidariedade, que também diz respeito à vida. Nosso modo de vida está profundamente relacionado com o modo de vida dos outros (BUTLER, 2006, p. 32), o que nos lembra da noção de interdependência, posta nas falas e nas ações marcadas pela solidariedade, princípio político que orientou boa parte da resposta brasileira à AIDS em seu início, bem como os primeiros projetos de erradicação da fome, todos de autoria de Herbert José de Sousa, o Betinho:

O Brasil, através de segmentos representativos, por suas características e potencialidades, pode se constituir num exemplo de mobilização. Difundindo uma outra visão sobre a epidemia que restaure a cura como perspectiva e a solidariedade como princípio de todo o trabalho de prevenção. (SOUZA, 1989, apud PARKER, 2016).

A vida é marcada por uma vulnerabilidade original, que é também uma vulnerabilidade diferencial, uma vez que, se por um lado, todos somos fundamentalmente vulneráveis, cada um de nós – e cada grupo social – o é de modos específicos, e o reconhecimento dessa marca da vida em sociedade é vital para conter a violência e o ódio (BUTLER, 2006, p. 58). É no encontro com o outro, com as demandas do outro, que também reconhecemos a precariedade que nos constitui,⁶ e é com os olhos postos nesse horizonte que se pode formular as ações para a vida em sociedade (BUTLER, 2006, p. 70). O diálogo com a noção de solidariedade aqui é perceptível quando se examina a compreensão de Paulo Freire a respeito do tema:

Gostaria de acrescentar a solidariedade como outra qualidade desejável. Solidariedade caminha lado a lado com o espírito crítico. Eu não posso imaginar o mundo tornar-se melhor se nós realmente não adotarmos este sentimento, se o mundo imediatamente não se tornar uma grande massa de solidariedade, se não lutarmos pela solidariedade.⁷ (FREIRE, 2014, p. 522, tradução nossa).

O viver em sociedade, pautado pela lembrança constante desse valor primário que é a precariedade da vida de cada um de nós, envolve o esforço constante em reconhecer e pensar do ponto de vista do outro, de se deixar contaminar pelo outro. Isso certamente vale para as questões de gênero e sexualidade. Se não fizermos esse movimento, estaremos de modo claro investindo em negar a precariedade da vida, e investiremos na dominação (em geral, violenta) e na ideia de que podemos ser completamente autônomos (se não dependemos

⁶ O que implica o ato concreto e simbólico de olhar no rosto do outro, como a imagem trazida nas reflexões de Emmanuel Levinas.

⁷ Texto original: “I would add solidarity as another desirable quality. Solidarity goes side by side with a critical mind. I cannot imagine the world getting any better if we really don’t adopt the feeling and immediately become a great mass of solidarity, if we don’t struggle for solidarity”.

dos outros para conduzir nossa vida, não temos necessidade de entender os problemas alheios) (BUTLER, 2006, p. 56). Essa noção dialoga com os valores da solidariedade postos anteriormente, que envolvem pensar a interdependência mútua, as obrigações e os interesses que compõem o que chamamos de humanidade.

Tudo trata da centralidade da precariedade em nossa vida social (BUTLER, 2006, p.46), da qual as marcas de gênero e de sexualidade são apenas mais uma das manifestações a reclamar ações de solidariedade. Deve-se pensar a vida em sociedade não a partir de uma ontologia individual liberal, não a partir da aposta no mérito e na autonomia individuais, mas pensar a vida como precária e produzida continuamente em sociedade, a partir da relação com outros atores, tendo como objetivo a diminuição da precariedade. Assim, a solidariedade é conceito, mas é também ação:

A solidariedade não é descoberta pela reflexão, mas sim criada. Ela é criada pelo aumento de nossa sensibilidade aos detalhes particulares da dor e da humilhação de outros tipos não familiares de pessoas. Essa maior sensibilidade torna mais difícil marginalizar pelo pensamento as pessoas diferentes de nós. (RORTY, 2007, p. 20).

Agregando os conceitos que desenvolvemos até aqui, o solo epistemológico de nossas reflexões é enfrentar a tarefa de pensar em vulnerabilidade/precariedade e violência/ódio como pontos de partida possíveis da vida política. Dito de outro modo, é deixar de pensar sobre a vida em uma ontologia individual liberal, cuja trajetória de cada um é marcada pelo mérito individual e pela pouca relação com os demais, mas pensar em uma ontologia social que enfatiza a interdependência dos seres humanos, a sua precariedade, a necessidade do exercício da solidariedade e a vital importância da construção de espaços públicos marcados pelos direitos humanos. É no eixo dessa tensão que podemos analisar quase todos os enfrentamentos sociais

e suas possíveis resoluções. Nos valemos da anotação em diário de campo de um evento cotidiano singular,⁸ mas que é rotineiro nas cidades brasileiras para refletir sobre os desfechos e sobre o papel dos direitos humanos definidos em articulação com a precariedade da vida:

Nesta quarta-feira um menino de 12 anos foi assassinado na rua, no começo da madrugada, no Bairro Restinga, em Porto Alegre.⁹ Seu assassinato logo foi atribuído a motivos ligados ao tráfico de drogas, explicação comum para quase todo tipo de crime envolvendo menores. Ninguém reclamou seu corpo, e a polícia custou a identificá-lo. Manifestações de assistentes sociais e comentários postados pelos internautas permitem saber com clareza a opinião geral que se formou sobre o menino: ele era um sujeito já irrecuperável, com sucessivas passagens policiais, vagando na rua, que não atendia aos pedidos para ficar no abrigo, e que se evadiu. A facilidade com que se declara que um menino de 12 anos (uma criança) é já um sujeito irrecuperável, e, portanto, uma morte anunciada, é bastante preocupante no Brasil. Os comentários dos internautas permitem também perceber as noções de vingança ao examinar a morte do menino – se ele não tivesse sido morto, teria matado alguém; hoje ele não estava armado, mas amanhã estaria e iria assassinar um trabalhador; é um a menos para nos ameaçar – bem como a completa ausência de luto no sentido político, expressa na reiterada afirmação “ele já era irrecuperável”. Com isso, joga-se sobre o sujeito, que em verdade é uma criança de 12 anos, toda a responsabilidade pelo sucesso na vida, enfatizando o conceito de vida autônoma. Considerar crianças de 12 anos como irrecuperáveis, não ver ali vidas viáveis, deveria ser tomado como sintoma social do momento em que vivemos, e não como explicação final para o assassinato do menino. O episódio deste menino se conecta com a impossibilidade crescente na sociedade brasileira de assumir como viáveis outras vidas, tais como aquelas de travestis e transexuais, de *gays*, lésbicas, portadores do HIV, jovens negros, etc. Todas estas pessoas não são necessariamente culpadas de algum crime, mas são ameaças às vidas de outros, são elementos das “classes perigosas”, cujo melhor fim é a eliminação. Pois elas são uma ameaça àquelas vidas que valem a pena ser vividas,

⁸ Agradecemos à professora Céli Regina Jardim Pinto que nos chamou a atenção para o episódio, bem como nos valemos de algumas considerações feitas por ela ao comentar o ocorrido.

⁹ As matérias de jornal que fornecem os elementos principais do acontecimento podem ser vistas em TORRES, 2015 e em TORRES; DORNELES, 2015. Valemos de comentários postados por internautas nessas páginas que revelam com clareza a noção de vida não viável, de ausência de luto e de aposta na morte como solução do “problema do menor”, em sintonia com o que aqui discutimos.

que são viáveis. Então, em sua morte, ressoa uma mescla de vingança e de limpeza social, porque enfim essas pessoas podem matar a qualquer um, ou elas simplesmente não são viáveis. Todo esse modo de perceber a questão vai no sentido contrário da solidariedade e da percepção da vida como precária. (PINTO, s.d.).

Um dos perigos dos termos vulnerabilidade ou precariedade é levar a pensar em grupos que têm predisposição ou inabilidade ao serem afetados por eventos externos, como se isso lhes fosse uma característica intrínseca, e não um problema social. A precariedade distribui-se por eixos de gênero, raça, sexualidade entre outros, produzindo corpos socialmente vulneráveis, com vidas intensamente precarizadas. A vulnerabilidade aparece no coração de uma ordem normativa que distribui poder e capacidade de ação de modo desigual. Vulnerabilidade não é fraqueza individual, é posição social. É difícil ingressar na cena pública para reivindicar algo sem falar de um sentido um tanto essencialista de vulnerabilidade, que aproxima a noção de vulnerável à noção de vítima. As minorias de sexo e gênero podem ser vistas como marginalizadas das ações do estado, mas nem por isso estão situadas em um terreno desatento da norma e do poder, pois:

as populações que estamos tratando de descrever, que têm estado efetivamente sem Estado, encontram-se ainda sob o poder do Estado. Carecem de proteção legal, mas de nenhuma maneira estão relegadas a uma vida nua: trata-se de uma vida saturada de poder. O que nos recorda, de modo crucial, que o poder não é o mesmo que a lei.¹⁰ (BUTLER; SPIVAK, 2009, p. 49, tradução nossa).

¹⁰ Texto original: “las poblaciones que estamos tratando de describir, que se han quedado efectivamente sin estado, se encuentran todavia bajo el poder del estado. Carecen de proteccion legal, pero de ninguna manera están relegadas a una nuda vida: se trata de una vida saturada de poder. Lo cual nos recuerda, de modo crucial, que el poder no es lo mismo que la ley”.

É importante assinalar que aquele que reivindica direitos iguais, em primeiro lugar, fala de uma ordem social injusta, mas, em geral, é entendido como o portador de uma vulnerabilidade individual. É necessário um trabalho de solidariedade com vigor político para mostrar que a vulnerabilidade surge do modo como organizamos o mercado financeiro, o sistema de saúde, as relações de trabalho onde o capital vale mais que o trabalho, etc. Estas questões podem ser observadas em cenas e situações cotidianas do enfrentamento em termos das diferenças de gênero e de sexualidade. A construção de respostas para cada uma delas está na dependência da compreensão dessa trama conceitual, que é também uma trama fortemente política, a indicar ou não caminhos possíveis para uma ação emancipatória.

Nesse contexto, este livro decorre de duas iniciativas e de projetos de pesquisa congregando o Programa de Pós-Graduação Mestrado Acadêmico em Direitos Humanos do Centro Universitário UniRitter (Grupo de Pesquisa Antidiscriminação, Igualdade e Diferença) e do Programa de Pós-Graduação em Educação/UFRGS (Grupo de Estudos de Educação e Relações de Gênero – GEERGE), cujo objetivo era disseminar o conhecimento e colaborar para a consolidação de uma cultura de Direitos Humanos, em especial na América Latina. Oferecemos aqui à comunidade acadêmica e à sociedade civil o seu resultado, disponibilizado-o gratuitamente na rede mundial de computadores pela Editora da UFCSPA, em duas versões, em espanhol e português.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDHEP. Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação. Disponível em: <<http://www.andhep.org.br/>>. Consulta: 7 maio 2016.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. Resolução CNE/CP1/2012 de 30 de maio de 2012. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 de maio de 2012, seção 1, p. 48.

_____. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Portaria nº 98 de 9 de julho de 2003. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 de julho de 2003, seção 1, p. 16.

BUTLER, Judith. Como os corpos se tornam matéria: entrevista com Judith Butler. Entrevista feita por Baukje Prins e Irene Costera Meijer *Revista Estudos Feministas*, v. 10, n. 1, janeiro 2002, p. 155-167. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2002000100009&script=sci_arttext>. Acesso em: 26 fev. 2016.

_____. *Vida precaria: el poder del duelo y la violencia*. Buenos Aires: Paidós, 2006.

BUTLER, Judith; SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *¿Quién le canta al estado-nación?* Lenguaje, política, pertenencia. Buenos Aires: Paidós, 2009.

DHNET. DHnet. Disponível em: <<http://dhnet.org.br/index.htm>>. Consulta: 7 maio 2016.

FREIRE, Paulo. Pedagogy of solidarity: a dialogue. In: FREIRE, Ana Maria Araújo; OLIVEIRA, Walter de (Org.). *Pedagogy of solidarity*. Paulo Freire: patron of Brazilian education. Walnut Creek: Left Coast Press, 2014.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

_____. *Michel Foucault, uma entrevista: sexo, poder e a política da identidade*. Verve, São Paulo, n. 05, p. 260-277, 2004. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/viewFile/4995/3537>>. Acesso em: 20 maio 2016.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Pedagogia do armário: normatividade em ação. *Retratos da Escola*, Brasília, v. 7, n. 13, p. 481-498, jul/dez 2013. Disponível em: <http://www.esforce.org.br/index.php/semestral/article/view/320/490>. Acesso em: 20 maio 2016.

LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da sexualidade. In: *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. p. 9-34.

PARKER, Richard. *A cura da AIDS*. 2014. Disponível em: <<http://www.abong.org.br/noticias.php?id=8190>>. Consulta em: 24 maio 2016.

PINTO, Céli Regina Jardim. *Considerações* [s.d.]. Notas.

RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TORRES, Eduardo. Menino morto na Restinga é identificado pelos exames periciais. *Diário Gaúcho*. Porto Alegre, 29 abr. 2015. Disponível em: <<http://diariogaucha.clicrbs.com.br/rs/policia/noticia/2015/04/menino-morto-na-restinga-e-identificado-pelos-exames-periciais-4750137.html>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

TORRES, Eduardo; DORNELES, Renato. Mãe do menino executado na Restinga: “Ele estava na Fase e não queria sair de lá”. *Diário Gaúcho*. Porto Alegre, 30 abr. 2015. Disponível em: <<http://diariogaucha.clicrbs.com.br/rs/policia/noticia/2015/04/menino-morto-na-restinga-e-identificado-pelos-exames-periciais-4750137.html>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

**PRIMEIRA PARTE: DIREITOS
SEXUAIS E TEORIA *QUEER***

1 POR UMA TEORIA *QUEER* DO DIREITO DAS PESSOAS E DAS FAMÍLIAS

Daniel Borrillo

A TEORIA *QUEER*

O termo *queer*, de origem inglesa, significa bizarro, estranho ou anormal. No início do século XX, começou a assumir uma nova conotação para se referir aos comportamentos que não correspondem à norma sexual e, de forma injuriosa, faz referência a *gays* e lésbicas – os quais mais tarde retomaram esse conceito para se autodefinir. Embora a palavra *gay* tenha substituído o termo *queer* posteriormente, esse ressurgiu em 1990, em Nova York, com o nascimento do grupo radical Queer Nation, que denunciou o conformismo das associações *gays* da classe média branca e propôs uma ação política mais ampla, na qual podiam se reconhecer todas as minorias sexuais (travestis, transexuais, loucas, afeminados, sadomasoquistas, lésbicas...). Como destaca Didier Eribon:

Queer é uma forma de buscar a dissolução das fronteiras para que tanto outras identidades (transgênero, bissexual, travestis...) quanto a multiplicidade de identidades gays e lésbicas (bichas, tias, caminhoneiras, *femmes...*) encontrem, todas elas, lugar em um movimento que contesta as normas sexuais, culturais e sociais (ERIBON, 2003, p. 394, tradução nossa).

Teresa de Laurentis foi a primeira a utilizar academicamente a palavra *queer* em um seminário da Universidade da Califórnia, em 1990, para denunciar o caráter heterossexista dos estudos sobre a homossexualidade (DE LAURENTIS, 1991). A Teoria *Queer* (as maiúsculas utilizadas pela professora de Laurentis são uma forma irônica de referir-se à pomposidade das teorias científicas) nutre-se de diferentes pesquisas que, desde os anos 1950, não pararam de analisar os mecanismos da dominação patriarcal. Duas décadas antes, a antropóloga norte-americana Margaret Mead, no seu conhecido livro *Coming of Age in Samoa: a Psychological Study of Primitive Youth For Western Civilisation* (1928), demonstrou que os comportamentos próprios do homem e aqueles atribuídos à mulher são o resultado de condicionamentos sociais. Conforme Mead, a natureza é maleável, pois obedece às pulsações que o corpo social comunica. Uma parte do feminismo não tardou em se apropriar dessa corrente culturalista e em denunciar a naturalização das características biológicas atribuídas às mulheres, principalmente os papéis psicológicos e sociais decorrentes dessa imputação natural.

Os primeiros trabalhos sociológicos sobre gênero advinham de intelectuais comprometidos com o movimento feminista e tinham em comum a crítica ao universalismo, apresentado até então como sendo pura e exclusivamente masculino. Os estudos de Jeanne Bouvier (1928) ou de Léon Abensour (1913; 1923), entre a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais, bem como a obra de Édith Thomas, nos anos 1950, para citar alguns exemplos, tentaram escrever a história a partir da perspectiva ignorada da mulher.

O feminismo permitiu trazer à tona uma metade oculta da humanidade. No entanto, não deixou de pensar em termos binários, ou seja, supondo a existência de dois gêneros estáveis. Conhecida como diferencialismo, essa corrente feminista sustentava que o acesso à igualdade deveria acontecer considerando a especificidade de um e outro gênero, baseando-se na contraposição entre o simbolismo fático e o simbolismo uterino polimorfo (cf. IRIGARAY, 1977).

O Direito é denunciado pelo feminismo como sendo um instituto masculino, argumentando-se que, para democratizá-lo, bastaria feminilizá-lo. Esse objetivo reivindicado por uma parcela do feminismo institucional põe em evidência a continuidade do pensamento binário, inclusive dentro da estrutura crítica produzida por esse movimento político (HALLEY, 2011, p. 109-132). Assim, pois, a contribuição do primeiro feminismo (ou feminismo clássico) não estava na contestação da categoria gênero como tal, mas na denúncia da dominação de um gênero sobre o outro.

O primeiro passo para pôr fim a essa dominação foi a dissociação entre sexualidade e reprodução, graças à legalização dos métodos contraceptivos, no final dos anos 1960. A legalização permitiu pensar a sexualidade como uma atividade importante por si mesma, independentemente das consequências que venha a provocar. Então, se não é mais a reprodução o que justifica a sexualidade, já que é legítimo manter relações não reprodutivas, a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo deixaria, *a fortiori*, de ser um tabu e, progressivamente, a sua estigmatização se fragiliza.

Sem renunciar ao aporte fundamental do feminismo, a nova teoria vai ainda mais longe. A partir da ideia que considera “anormal” aqueles comportamentos sexuais que se afastam da heterossexualidade, a Teoria *Queer* parte do seguinte pressuposto: o gênero é uma construção social que permite repensar as identidades independentemente da lógica binária dos sexos e da matriz heterosse-

xual da lei (BORRILLO, 2010, p. 289-321). A partir da obra de Simone de Beauvoir e da sua fórmula revolucionária “Não se nasce mulher, torna-se mulher”, a Teoria *Queer* prolonga os estudos da Michel Foucault e Jacques Derrida e se consolida com a publicação, em 1990, do ensaio *Gender Trouble*, de Judith Butler, e do livro *Epistemology of the Closet*, de Eve Kosofsky Sedgwick.

As categorias dualistas universais “homem/mulher” e “heterossexualidade/homossexualidade” são questionadas por esse autores. Não existem dois, mas uma multiplicidade de sexos, uma vez que não é a anatomia o que define a diferença, mas sim certos códigos culturais. A crítica radical do “sexo” proposta pela Teoria *Queer* consiste em desvendar o dispositivo metafísico (necessário, indiscutível e natural) que condiciona tanto os papéis quanto o desejo sexual. A força normativa da categoria “sexo” foi e continua sendo a de concebê-la como evidente (RICH, 1980), como algo substancial que determina naturalmente os papéis familiares e culturais (masculino e feminino), bem como a atração erótica normal entre indivíduos do sexo oposto (heterossexualidade obrigatória).

A Teoria *Queer* parte da hipótese de que o sujeito não preexiste à ação (retomando a premissa do existencialismo: a existência precede à essência) e, portanto, não há qualquer original verdadeiro (o sexo biológico) por trás do gênero (constituído socialmente). Judith Butler completa, dessa forma, a crítica à naturalização iniciada por Simone de Beauvoir, meio século antes. O sexo, o gênero e a sexualidade se retroalimentam produzindo, dessa forma, um dispositivo político que poderia ser assim resumido: a espécie humana está dividida em dois sexos (macho e fêmea), os quais têm características próprias (o masculino e o feminino) que os tornam complementares um do outro (desejo heterossexual). Ao evidenciar a dinâmica do dispositivo *sexo-gênero-(hétero)sexualidade*, a Teoria

Queer permite pensar esse dispositivo político como um todo sem isolar cada um dos seus componentes, como tinha feito o feminismo.¹

A Teoria *Queer* poderia ser definida como um gesto crítico que permite, a partir da desconstrução das categorias naturalizadas sexo, gênero e sexualidade, repensar a forma como são apresentados as normas e os mecanismos que as justificam. Utilizo a expressão “gesto crítico” uma vez que, na realidade, não se trata tanto de uma teoria (no senso clássico de um *corpus* acabado), mas de um grupo de estudos em formação que tenta problematizar não apenas os efeitos do dispositivo sexo-gênero-sexualidade, como também todas as categorizações que enclausuram os indivíduos em identidades fixas e imutáveis (LLAMAS, 1998).

Apesar de ter tido uma repercussão importante nas ciências sociais, o Direito ignorou a contribuição fundamental da Teoria *Queer*. A hegemonia do formalismo jurídico nas faculdades de Direito explica em grande medida a impermeabilidade das ciências jurídicas a outras ciências sociais. A situação é ainda mais surpreendente se pensarmos que, justamente, o positivismo e o formalismo contêm importantes elementos teóricos passíveis de deixarem entrar a Teoria *Queer* no campo jurídico. De fato, graças à ruptura com o jusnaturalismo, o Direito moderno não necessita mais justificar as suas instituições em princípios universais, inalteráveis e verdadeiros, nem procurar uma fundamentação da norma jurídica em outra instância que não seja a deliberação política. A técnica da “ficção jurídica” (FULLER, 1967) poderia ter constituído também um elemento favorável ao pensamento *queer* nas ciências jurídicas. De fato, quando

¹ A obra de Monique Wittig (1935-2003), mais especificamente o seu livro *The Straight Mind* (1992), propõe acabar, por meio da escrita, com “a naturalização e a universalização do pensamento heterossexual”: “O gênero, como conceito, diz a escritora francesa, justamente como sexo, como homem, como mulher, é um instrumento que serve para construir o discurso do contrato social como heterossexual” (p. 129, tradução nossa).

a norma do Direito resolve tomar por verdadeiro algo que não existe para justificar uma prerrogativa (por exemplo, a fundamentação da existência das pessoas jurídicas, a representação ou os direitos que podem ser reconhecidos a quem ainda não nasceu, o *infans conceptus pro nato habetur*), está, de alguma forma, produzindo um enunciado *queer*. A teoria da comoriência (ficção jurídica do Direito sucessório em virtude da qual, no caso de duas pessoas terem falecido sem que se possa estabelecer quem faleceu primeiro, por exemplo, em um acidente, pressupõe-se que ambas faleceram ao mesmo tempo) também constitui uma entidade *queer*. O Direito pressupõe a existência de algo que de fato não existe para obter determinados resultados e, nesse sentido, demonstra, por meio da sua intervenção, o caráter puramente convencional das normas que regem os comportamentos humanos e da representação dos fatos que as fundamentam.

Este texto propõe levar à esfera jurídica a reflexão realizada por um setor do pensamento crítico que, desde os anos 1970, vem questionando a categorização e a hierarquização dos indivíduos em função do sexo e da sexualidade. Tal como o feminismo fez, a Teoria *Queer* trata mais radicalmente das novas situações políticas que surgem da norma naturalizada. Uma Teoria *Queer* do Direito deve, pois, começar por desnaturalizar a norma jurídica por meio da crítica do conjunto dos elementos históricos e jusfilosóficos que participaram da sua naturalização.

Desnaturalizar o dispositivo metafísico sexo-gênero-sexualidade significa despojá-lo de evidência e olhá-lo de uma perspectiva nova, que nos permita, ao mesmo tempo, relativizar cada um dos conceitos que o compõem e propor uma definição da norma jurídica mais ampla e, principalmente, mais justa.

Se as teorias clássicas do Direito (tanto as liberais quanto as críticas) não questionaram a normatividade a partir da perspectiva do gênero-sexo-sexualidade, uma Teoria *Queer* do Direito parte

justamente das posições subjetivas que estão nos limites da norma social (*gays*, lésbicas, hermafroditas, travestis, transexuais, sadomasoquistas...) para criticar os dispositivos normativos (estado civil, matrimônio, filiação...) que negaram e ainda continuam negando entidade jurídica aos que, conforme essa lógica, estão nos limites da cidadania.

Uma Teoria *Queer* do Direito é uma teoria da justiça individual que integra no universo jurídico todas as pessoas sem considerá-las em função do seu sexo-gênero-sexualidade, categorias essas desprovidas de pertinência jurídica. Levada à esfera jurídica, a multiplicidade de gêneros proposta por Judith Butler, por meio da noção de *performativity*, apenas pode ser materializada no desaparecimento da categoria gênero como identificação obrigatória dos indivíduos. De fato, para que o ser humano possa adotar diferentes gêneros na sua vida privada, é necessário que o sujeito de direito se despoje publicamente dessa categoria. Do contrário, seria absurdo registrar nos documentos de identidade todas as subjetividades temporárias e passageiras que os indivíduos desejam dar às suas próprias subjetividades (homem, mulher, assexuado, trans, travesti, macho, fêmea, amo, escravo...). A proposta de Butler, de desnaturalizar o gênero para que os indivíduos que praticam uma sexualidade alternativa possam ter uma vida plena, concretiza-se juridicamente com a supressão da categoria como identificação pública e obrigatória das pessoas físicas.

DESSACRALIZANDO A SEXUALIDADE

A atividade sexual, como tantas outras ações humanas, é caracterizada pela sua variedade e complexidade. Inclui aqueles que encontram nela apenas uma forma de prazer, aqueles que renunciam ao sexo por abnegação religiosa (BROWN, 1988), aqueles que fazem dela uma atividade comercial e os que a vivem como uma obrigação

moral. Alguns a escolhem, e outros dela padecem. Existem aqueles que a desfrutam com pessoas do seu próprio sexo, aqueles que preferem o sexo oposto e os que praticam indistintamente com um ou outro sexo. Alguns o fazem apenas por amor, outros para sofrer, e outros não sentem nada com essa atividade (JOHNSON, 1977).²

Durante séculos, sexo e reprodução encontraram-se tão intimamente relacionados que não se compreendia um sem o outro. Embora o ideal sexual do cristianismo seja a abstinência, a visão pragmática de São Paulo e o seu pessimismo a respeito da natureza humana o levaram a pronunciar a célebre sentença “é melhor casar do que queimar-se” (1. Coríntios 7:9), fazendo do matrimônio o único lugar legítimo de desenvolvimento da sexualidade humana.

Os sexólogos, no seu delírio taxonômico, pregaram a noção de parafilia para patologizar os comportamentos sexuais que não encontram a fonte de prazer na cópula heterossexual clássica (pênis-vagina), mas em alguma outra atividade que possa substituí-la. Assim, a atração sexual por pessoas deficientes é denominada abasiofilia, e a ligofilia refere-se aos que se excitam em locais sórdidos e escuros. Sadomasoquistas, fetichistas, zoófilos, gerontófilos e pedófilos povoam as enciclopédias e outros tratados de sexologia. Existem libertinos e, inclusive, aqueles que, por respeito ao *debitum conjugalis*, copulam exclusivamente com o seu cônjuge no seio do matrimônio. Existem, pois, tantas sexualidades quanto indivíduos que as praticam.

Uma regulação justa da sexualidade deve colocar entre parênteses os diferentes significados que cada um imprime à sua vida erótica, a qual, ao ser realizada entre adultos, goza de plena legitimidade, independentemente do conteúdo que ela assuma. De tal forma

² Uma pesquisa sobre a propagação da AIDS realizada na Grã-Bretanha mostra que 1% das pessoas questionadas responderam não ter sentido qualquer atração sexual por ninguém (WELLINGS, 1994).

que, com a ausência de dano a terceiros, o consentimento livremente declarado constitui o único elemento de apreciação jurídica. Todo o resto é irrelevante, pois pertence ao âmbito da vida privada.³

Nesse contexto, a sexualidade não goza de especificidade alguma e, apesar do que afirmam psicanalistas e outros guardiões da ordem simbólica, o Direito não pode reservar um tratamento de exceção a uma atividade desprovida precisamente de excepcionalidade. Uma leitura da sexualidade emancipada da tradição religiosa (e da carga afetiva própria da visão romântica dominante) nos obriga a abandonar qualquer pretensão sacralizadora da atividade erótica (RUBIN, 2010).

Contrariamente à moral cristã, que impõe um sentido unívoco à sexualidade, o direito dos Estados laicos deve renunciar a tal pretensão. O abandono de um modelo erótico implica na constatação do pluralismo sexual e da equivalência de todas as manifestações sensuais, de tal forma que nenhuma sexualidade em especial deve ser promovida pelo Estado. Assim, o matrimônio e a prostituição, o amor romântico e o sadomasoquismo merecem ser tratados da mesma forma pela Ordem Jurídica, uma vez se tratando de atos livremente consentidos (BORRILLO, 2009b).

Embora não exista uma definição do consentimento no Código Civil, é nele que está delineado aquilo que pode produzir a sua alteração, nulidade ou inexistência. São vícios do consentimento o erro, o engano, a fraude, a violência física ou a intimidação e a dominação financeira (chamada de lesão: negócio jurídico lesivo ou usurário, pelo qual uma das partes sofre um prejuízo em virtude

³ O respeito pela vida privada constitui um direito fundamental no Código Civil francês (artigo 9), no Acordo Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (artigo 8) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo 12).

da desproporção entre as prestações).⁴ Um acordo de vontades entre pessoas capazes e sem vícios do consentimento produz os mesmos efeitos que a lei a respeito das partes.

Para garantir a pluralidade sexual, o Estado moderno baseia-se no princípio da neutralidade ética; vale dizer que o Direito é indiferente no que se refere às concepções substanciais de bem e se limita a garantir o respeito às condições antes mencionadas (capacidade plena, consentimento desprovido de erro, dolo, violência e lesão). O que torna um Estado justo não é o objetivo, o *télos*, a finalidade a alcançar, mas justamente a renúncia a escolher com antecedência entre objetivos e finalidades concorrentes (RAWLS, 1975). Todo ato sexual praticado livremente entre adultos, que não produz um dano a terceiros, fica fora da avaliação jurídica e deve, conseqüentemente, estar desprovido de sanção legal.

O Direito não pode promover uma moral sexual em especial, do contrário se transforma ele próprio 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 lhe convém sexualmente. A liberdade transforma-se em tirania quando o Estado pretende saber melhor que nós mesmos o que é bom para nós e tenta nos impor a sua visão (BERLIN, 1990).

Dessacralizar a sexualidade significa abandonar a sua leitura religiosa e também retirá-la do espaço da excepcionalidade, aplicando a ela as normas do Direito comum. Como o comércio, a navegação e o trabalho, a sexualidade submete-se aos mesmos princípios

⁴ O vício do consentimento é a ausência de uma vontade sadia com o objetivo de enganar, adular, anular essa vontade e alcançar objetivos desejados, o que compromete a sua eficácia. A vontade fica excluída quando o consentimento, na sua forma externa, está viciado.

que regulam essas outras atividades. Afinal, a sexualidade é mais um componente da vida humana.

DESSEXUALIZANDO O SUJEITO DE DIREITO

É o gênero, e não a religião, o ópio dos povos, afirma Goffmann no seu conhecido livro *Gender Advertisement* (1979). Embora existam contrastes mais significativos como as diferenças de classes, idade ou origem étnica, são os contrastes relativos ao gênero que continuam organizando a classificação das pessoas físicas no Direito Civil.

Se as pessoas jurídicas (associações, fundações, cooperativas...) são neutras a respeito do gênero, as pessoas físicas continuam sendo catalogadas como homens e mulheres. Desde o nascimento, o indivíduo integra uma das duas classes da *summa divisio* da humanidade. A categoria gênero aparece como o código fundamental a partir do qual são organizadas as interações humanas e as estruturas culturais. Essa visão encontra a sua origem nas raízes do pensamento judaico-cristão. A Bíblia conta que Deus criou o homem primeiro e, depois,

fez com que o homem caísse num sono profundo; e, enquanto dormia, tomou uma costela e fechou a carne em seu lugar. E da costela que o Senhor Deus retirou do homem, fez uma mulher e a levou para o homem. Então, disse para Adão: Esta agora é osso dos seus ossos e carne da sua carne; ela será chamada mulher, porque do homem foi tomada. Portanto, deixará o homem o seu pai e a sua mãe e se unirá à sua mulher, e serão uma única carne (Gênesis 2:21-24).

A antropóloga francesa Françoise Héritier retoma o relato bíblico e lhe confere um revestimento 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; trata-se de um desses *thematha* arcaicos que encontramos em todo pensamento científico antigo e moderno e em todos os sistemas de representação (HERITIER, 1996, p. 17-18, tradução nossa).

Nenhuma classificação é inocente, já que, ao catalogar, organizamos a realidade de forma hierárquica. Seidman tem razão quando diz que “as identidades são formas de controle social, uma vez que estabelecem diferenciação entre populações normais e desviadas, reprimem a diferença e impõem avaliações normalizadoras do desejo” (SEIDMAN, 1996, p. 20, tradução nossa). Ao encerrar os indivíduos em categorias pétreas, estamos impondo a esses indivíduos um lugar no qual provavelmente não desejam permanecer e comportamentos que, talvez, não queiram assumir.

Nossas democracias não toleram mais a classificação das pessoas em função da cor da pele (desde o fim do *apartheid*). A decadência da política colonial terminou com a categoria de “indígenas muçulmanos ou israelitas” própria das colônias francesas do norte da África (WEILL, 2002). Em virtude do princípio de separação da Igreja e do Estado, a religião desaparece dos documentos de identidade e desde a Revolução Francesa os cidadãos deixaram de ter a linhagem aristocrática reconhecida juridicamente. Enquanto os registros de raça, religião⁵, classe... foram superados, o registro obrigatório de um ou outro sexo permanece vigente, pois nos parece evidente e natural. O gênero continua definindo qualidades e virtudes (ou defeitos) em função de raízes biológicas. O ser humano, para essa ideologia, está constituído por corpos estáveis, definidos biolo-

⁵ No Antigo Regime, os judeus formavam um grupo à parte, tendo um estatuto jurídico próprio. Durante o período petenista, na França ocupada, foi criado o tristemente famoso Estatuto dos Judeus (3 de outubro de 1940).

gicamente por duas gramáticas diferentes, XY-XX, que permitem uma escritura coerente do destino individual e social. O registro do sexo como forma de identificação das pessoas alimenta a ilusão de uma naturalidade da diferença entre homens e mulheres. A “história natural” da diferença de sexos não é outra coisa que uma justificação da heterossexualidade como a forma necessária de identidade sexual: machos e fêmeas organizam um intercâmbio sexual estruturado em uma ordem hierárquica com uma finalidade reprodutora que podemos denominar, conforme a expressão de Louis-Georges Tin (2008), a “cultura heterossexual”.

Os comportamentos esperados por essa nomenclatura sexual determinam as relações sociais de sexo, ou seja, os protótipos de masculinidade e feminidade construídos; e com base neles são medidos os comportamentos humanos. Várias pesquisas demonstram que raramente a literatura infantil retrata um mundo paritário, no qual meninos e meninas exercem atividades de forma igualitária. Os contos, dessa forma, junto com o universo dos brinquedos (LYTTON; ROMMEY, 1991), preparam o terreno da subjetivação e a dominação social (HOLLINDALE, 1988).

A lógica binária dos sexos surge como o suporte do sistema jurídico, tanto em nível individual quanto familiar e social. De fato, durante séculos, essa foi a mesma lógica que serviu para justificar a inferioridade da mulher e, atualmente, continua servindo para legitimar a desigualdade de lésbicas, *gays* e transexuais (BORRILLO; COLAS, 2005).

Em nível individual, o estado civil cristaliza situações permanentes ou relativamente estáveis que determinam as qualidades da pessoa e pré-determinam a capacidade de atuação do indivíduo. O estado civil das pessoas compreende o nome, o sobrenome, a data e o local de nascimento, as relações familiares e a filiação, a nacionalidade, o domicílio, a capacidade civil e o sexo. O artigo 58 do

Código Civil argentino (inspirado no artigo 57 do Código francês) estabelece:

A certidão de nascimento será lavrada mediante a presença de duas testemunhas. Conterá a data e o local de nascimento, o sexo do registrado, o nome e os sobrenomes que lhe correspondem; também a condição de apresentado vivo ou morto; a impressão digital do apresentado. Se este é apresentado como filho de pais desconhecidos, o Juiz do Registro Civil escolherá o nome e os sobrenomes, fazendo constar tal circunstância na certidão (tradução nossa).

O exame dos órgãos genitais permite determinar, com testes cromossômicos, o sexo do indivíduo. No entanto, pode acontecer de o bebê possuir ambos os órgãos genitais, ou que estes sejam ambíguos.⁶ Chamadas tradicionalmente de hermafroditas (filhos do deus Hermes e da deusa Afrodite), essas pessoas foram consideradas ao longo da história como monstros e continuam causando reações de horror (BRISSON, 1997, p. 9).

A legislação francesa, no que se refere às instruções gerais do estado civil, determina que:

quando o sexo do recém-nascido é indeterminado, convém evitar indicar nas certidões de nascimento sexo indefinido, e o oficial do registro deve aconselhar os pais a procurarem um médico que lhes informe o sexo mais provável do bebê, considerando, em caso de não haver outra solução, os resultados previsíveis de um tratamento médico. Esse será o sexo registrado na certidão de nascimento, podendo ser posteriormente retificado em caso de erro (FRANÇA, 1999, tradução nossa).

Então, apenas em caso de erro seria possível retificar os documentos de identidade. Assim, durante muito tempo, os juizados

⁶ A Organização Mundial da Saúde define a intersexualidade como uma “condição hormonal-enzimática” de certas pessoas “que ao nascer apresentam, de forma simultânea, características sexuais masculinas e femininas”. Dados da OMS indicam que nessa condição nascem 1 a cada 2.000 pessoas no mundo todo.

se opunham a alterar o registro do estado civil dos transexuais,⁷ invocando a indisponibilidade do estado das pessoas. No caso “Botella contra a França”, de 25 de maio de 1992, o tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou que se produziu uma infração do artigo 8 da Convenção Europeia (“direito ao respeito da vida privada e familiar”), ao considerar que a menção do sexo em múltiplos registros de órgãos públicos franceses (certidões de nascimento, carteiras de identidade digitais, passaporte, contas da previdência social, contracheques e boletins de contribuição da previdência social, etc.) causa sérios prejuízos a inconvenientes na vida cotidiana da autora. Atualmente, a maioria dos países reconhece a mudança de sexo e a alteração dos documentos de identidade como sendo um direito fundamental dos transexuais. Embora a operação cirúrgica não seja necessária para alterar o estado civil em países como a França ou a Espanha, é obrigatório provar um grau avançado de hormonização, o qual leva à esterilização das pessoas transexuais.

Embora os avanços sejam significativos, nenhum Estado questionou ainda a categoria “sexo” como tal. As autoridades que foram mais longe são as da Austrália, ao permitir o registro de uma terceira categoria, *not identified gender* (gênero não identificado), nos documentos de identidade. De fato, Norrie May-Welby, um cidadão transexual anglo-australiano, é a única pessoa que oficialmente não pertence nem ao gênero masculino nem ao gênero feminino. Aos 28 anos de idade, Norrie May-Welby submeteu-se a uma cirurgia para

⁷ A Organização Mundial (OMS) da Saúde qualifica a transexualidade como sendo um transtorno de identidade sexual caracterizado pela incongruência entre o sexo anatômico e a identidade sexual (entende como tal a consciência de pertencer a um sexo determinado). A OMS vem definindo a transexualidade como a dissociação sexual concentrada na crença fixa de que as características sexuais externas não são as que correspondem à pessoa. Assim, tem-se como conduta resultante do sujeito a opção pela troca dos órgãos sexuais por meio de uma operação cirúrgica ou pela ocultação sexo operante adaptando o vestuário e os modais àqueles do sexo oposto.

transformar o seu corpo e tornar-se uma mulher (embora nunca tenha ingerido hormônios femininos), porém, mais tarde, tampouco se reconheceu no seu novo sexo. Assim sendo, resolveu solicitar às autoridades da Austrália (país no qual reside) que lhe permitissem não ter registro de gênero nos documentos de identidade. A província de New South Wales respondeu favoravelmente à demanda. A partir desse caso, o Departamento de Relações Exteriores da Austrália adotou novas diretrizes para a gestão dos documentos de identidade dos transexuais, os quais poderão optar por assinalar o seu sexo com um “xis” (“indeterminado”) no lugar dessa informação nos novos documentos a serem emitidos pela administração australiana (LA NACION, 2011).

Caso os Estados não se empenhassem em categorizar os indivíduos em função do sexo, esse tipo de problema deixaria de existir. Lembramos que, se não alterarem seu registro civil, na maioria dos países, os transexuais não podem se casar, não têm acesso às técnicas de reprodução assistida e, em muitos casos, nem mesmo conseguem adotar (ROMAN, 2010).

Com relação aos indivíduos intersexuados, ao deixar de registrar o sexo nas certidões de nascimento, imediatamente estaria resolvida a inscrição obrigatória em um gênero. Lembraremos que a intersexualidade é uma construção social que pretendeu ser resolvida com a designação obrigatória (desde a tenra infância) de um ou outro sexo. Em muitos casos, a precipitação nesse registro não fez mais do que produzir uma síndrome de transexualidade que se manifesta na puberdade.

Além disso, o abandono dessas categorias também colocaria fim aos brutais e mutiladores tratamentos aos quais são submetidos os transexuais para mudar o estado civil (operação cirúrgica, consumo de hormônios, esterilização). De forma mais geral, o fim da categorização ajudará a enfraquecer a determinação de papéis diferen-

ciados pelo simples fato de se possuir órgãos sexuais masculinos ou femininos. Também seria a solução para a discriminação dos casais homossexuais que desejam casar, pois a diferença de sexos deixaria de ser uma *conditio matrimonii*.

Na condição de categoria juridicamente irrelevante, o sexo dos indivíduos deve ser considerado, então, como uma simples informação pessoal de natureza privada, assim como a raça, a religião, e as opiniões políticas.

O abandono da categoria como identificação obrigatória dos indivíduos nos 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-proteção (BORRILLO, 2011, p. 41-51). De fato, é possível desenvolver políticas de igualdade racial e religiosa sem que, por isso, os indivíduos tenham de ser definidos, obrigatoriamente, por uma raça ou uma religião determinada nos seus documentos de identidade. Nesses programas, os indivíduos se autodefinem como membros de uma comunidade étnica, religiosa, outra minoria, ou se desejam se beneficiar de cotas ou de medidas corretivas próprias da igualdade material (CANADÁ, 2003), mas de forma alguma o Estado os classifica de ofício como o faz com relação ao gênero.

DESHETEROSSEXUALIZANDO O MATRIMÔNIO

A aprendizagem do gênero contribui para a construção de uma ideologia da complementaridade: cada um sabe qual é o seu lugar, o qual determina uma função social específica e uma identidade psicológica própria. Efetivamente, a identidade sexual constitui, no Ocidente, a mais potente das identificações (FINE, 2001, p. 61-76). Os ideais sexuais funcionam de tal forma que permitem a identidade subjetiva e a complementaridade “objetiva”. Assim, para essa

ideologia, a fragilidade feminina se ajusta à solidez masculina, e a propensão doméstica da mulher, à capacidade de realizar projetos, própria dos homens. O matrimônio surge, assim, como o teatro no qual são interpretados papéis de gênero e também como o lugar ideal de acolhimento de crianças, as quais, por sua vez, aprenderão na escola do gênero – que é a família – o que devem ser e como devem se comportar. Essa ideologia explica a resistência em deixar entrar na instituição matrimonial os casais do mesmo sexo, situação que chega a ser percebida como uma empresa de indiferenciação devastadora para a civilização:

Institucionalizar a homossexualidade com um estatuto familiar é colocar o princípio democrático a 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 nazismo (LEGENDRE, 2016, tradução nossa).

A lógica binária do gênero toma, nesse contexto homóforo, uma nova significação, reenviando a questão não mais a um estatuto específico próprio de um ou outro sexo, mas à sua necessária complementaridade, situação que remete, por sua vez, justamente à heterossexualidade (BORRILLO, 2007). O gênero refere-se, ao mesmo tempo, à condição da mulher e ao dispositivo da diferença de sexos, base do vínculo conjugal e parental, o que implica a preeminência da heterossexualidade nas instituições do direito de família.

O movimento LGBT (lésbico, *gay*, bissexual e transexual) produziu o triunfo de uma visão “contratualista” e dessacralizada da vida familiar, concebida desde então a serviço do indivíduo, e não pressupondo a ideia do indivíduo a serviço de tal visão. Se o feminismo colocou ponto final ao “contrato de gênero”, denunciado como a perpetuação da desigualdade social e política da mulher, o movi-

mento LGBT radicaliza essa evolução, pois rompe com a base própria da dualidade sexual como constitutiva do contrato matrimonial.

O fim da diferença de sexos como *conditio sine qua non* do matrimônio nas legislações de vários Estados corresponde à concepção moderna do casamento 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*) com vistas à reprodução da espécie, o Direito Civil deixa de impor essa condição e assume a dimensão abstrata do contrato, no qual apenas o encontro de duas vontades é relevante, e não mais a união de dois corpos. Assim, é o consentimento (vontade), e não mais a consumação (carne), que produz a legitimidade do ato matrimonial. A vontade não tem sexo (BORRILLO, 2006).

Se, como proponho nestas páginas, a referência ao sexo desaparece dos documentos de identidade, a dualidade sexual deixa de ser um elemento constituído do *ius connubii*. Afinal, se considerarmos o matrimônio como um contrato *intuitu personae* (celebrado em especial consideração da pessoa com quem se obriga) por antonomásia, o sexo das partes é um elemento unicamente importante para as mesmas, mas deixa de ter relevância para o Estado. A linguagem jurídica utilizada pelos novos códigos civis que reconhecem o matrimônio homossexual (Holanda, Bélgica, Espanha, Portugal, Canadá, África do Sul, Noruega, Suécia, Islândia, Argentina) mostra a dimensão assexuada do novo sujeito do direito matrimonial. De fato, não se referem mais aquelas leis ao “marido” e à “mulher” ou ao “pai” e à “mãe”, mas aos “cônjuges”, os “contraentes”, os “pais” ou os “progenitores”.

Desheterossexualizar o matrimônio também significa dessexualizá-lo. É surpreendente que muitos ordenamentos jurídicos modernos, como o francês, por exemplo, continuem considerando

que a fidelidade e as relações sexuais constituem obrigações pessoais dos cônjuges (artigo 212 do Código Civil). O adultério ou a ausência de sexualidade constituem faltas que podem levar ao divórcio por culpa de quem não cumprir com tais obrigações. Vestígio do Direito Canônico, o *debitum conjugalis*, continua sendo um poderoso instrumento de controle da sexualidade. Assim, quem por excesso ou por ausência se afastar da norma sexual matrimonial ou não respeitar a exclusividade erótica imposta pela lei assumirá as consequências patrimoniais e pessoais de um divórcio não consensual.⁸

DESBIOLOGIZANDO A FILIAÇÃO

O Direito nunca necessitou da verdade biológica para fabricar vínculos de filiação. Enquanto a reprodução é um fato da natureza, a filiação é um ato cultural: obviamente, é possível pertencer a uma família por vínculos biológicos, mas a institucionalização desses vínculos constitui uma convenção, e não o simples registro de um fato natural. O Direito não necessita da natureza para produzir vínculos familiares. A adoção é um exemplo paradigmático, mas também o são a presunção da paternidade ou a posse de estado. O desenvolvimento da ciência permitiu, inclusive, considerar como pai não o genitor (doador de esperma), mas o parceiro da mulher que se fez mãe graças a essa doação. A contracepção permitiu o sexo sem procriação, e as técnicas de procriação artificial tornaram possível a reprodução sem sexo. Refletir sobre a maternidade lésbica, por exemplo, permite também dissociar dois elementos que o senso comum continua associando: maternidade e homossexualidade (DESCOUTURES, 2010).

⁸ Artigos 242 a 246 do Código Civil francês.

A reprodução pode ser fruto de um ato espontâneo, de um estupro ou de uma relação consensual e planejada. Alguns sistemas jurídicos autorizam a mulher a interromper a gravidez e, inclusive, em última instância, a abandonar legalmente o recém-nascido. Nesse sentido, o artigo 326 do Código Civil Francês estabelece que “No momento do parto, a mãe pode solicitar que o sigilo da sua identidade seja preservado”.

Ao abandonar o seu filho, a mãe biológica permite a ele um novo nascimento, produto da futura adoção. Não podendo (ou não querendo) assumir a transmissão do vínculo familiar, a mulher oferece à sua descendência uma nova relação mais forte e mais estável. O abandono apenas é possível para a mãe (IACUB, 2004, p. 41-57). Ao contrário disso, um coito fecundado faz do homem um pai, independentemente da sua vontade. Essa dissimetria é contrária ao princípio da igualdade e não corresponde à concepção civilista do Direito que, como afirmamos anteriormente, não pode estar baseada exclusivamente em um fato biológico. Desbiologizar a filiação significa justamente assumir a dimensão convencional desse instituto. Garantir que a sua legitimidade não repousa exclusivamente no fato reprodutivo, mas, sim, principalmente, na vontade.

O pensamento ortodoxo tende a ver a filiação como consequência da reprodução. Assim, a procriação artificial se fundamenta em uma mentira para fazer acreditar que a causa da filiação é o ato sexual dos pais, quando, na verdade, trata-se de um procedimento completamente artificial, que inclusive pode fazer com que entre no jogo um terceiro (doador de esperma, por exemplo) que desaparecerá em benefício do cônjuge da mãe. Da mesma forma, a generalização de um teste de sangue e os testes genéticos utilizados nas disputas sobre filiação reforçam o modelo biológico (BORRILLO, 2010a, p. 121-136).

Em vez de copiar a natureza, uma Teoria *Queer* do Direito procede de forma inversa. Não é a biologia que serve de referência, mas a convenção, a qual, no Direito de Família, corresponde à figura jurídica da adoção. De fato, de origem exclusivamente voluntária, a adoção permite a constituição de vínculos familiares programados, baseados na reflexão e no cálculo, algo que não acontece com a espontaneidade do coito reprodutivo (BORRILLO; PITOIS-HTIENNE, 2004, p. 1035-1056).

A desbiologização da filiação não apenas permite resolver a questão da homoparentalidade ao integrar plenamente uma criança ao seio de um casal homossexual (BORRILLO, 2009a, p. 259-271), mas também põe fim à discriminação a respeito dos homens que não desejam assumir a paternidade. No caso dos países em que não há aborto, o abandono legal do recém-nascido pode contribuir especialmente para minimizar a questão da maternidade não desejada e colocar no circuito de adoção as crianças de idade mais tenra, facilmente adotadas. Na França, inclusive, com a lei de interrupção voluntária da gravidez, que tem quase quarenta anos, o *accouchement sous X* continua permitindo (como vimos anteriormente) que a mulher dê à luz, em um hospital público, de forma anônima e entregue a criança para adoção sem revelar a sua identidade.⁹ O Direito faz como se o fato (parto) nunca tivesse existido. O abandono de um filho é um tabu nas nossas sociedades, no entanto, poderíamos considerá-lo como um ato de amor, justamente quando é impossível dar ao menor as condições afetivas, materiais e morais necessárias para o seu desenvolvimento.

A generalização do abandono legal dos homens deixará claro que não é uma realidade biológica o que produz a filiação, mas a

⁹ Aproximadamente 600 bebês entram no circuito de adoção francês por meio desse sistema.

vontade. Os progenitores poderão, então, escolher abandonar a sua descendência ou assumi-la plenamente. De tal forma que não será mais a fatalidade o que definirá a condição parental, mas a vontade. De fato, a desnaturalização da filiação aplicada aos progenitores implicará que, ao poder eventualmente abandoná-los, estes teriam de adotar os seus próprios filhos biológicos se desejarem assumir a paternidade. Evidentemente, essa nova forma de adoção “intrafamiliar” gozaria de um regime menos burocrático que aquela relativa a terceiras pessoas e poderia se aproximar, do ponto de vista administrativo, das ações clássicas de reconhecimento de paternidade antes do nascimento ou por simples contrato homologado pelo juiz.

A desbiologização da filiação implica também legalizar a maternidade sub-rogada, tanto parcial (com o seu próprio óvulo) quanto plena (com óvulo alheio ou por transferência de embrião). Além de se fundamentar no princípio da livre disponibilidade do próprio corpo, o popularmente chamado “ventre de aluguel” permite quebrar o paradigma da maternidade associada ao vínculo biológico que se estabelece durante o período da gestação. Assim, não será o parto (*mater semper certa est*) o critério para designar a mãe, como no antigo regime de filiação, mas aquilo que as partes tiverem estabelecido no contrato (CASADO, 2007).

CONTRATUALIZANDO OS VÍNCULOS FAMILIARES

Jean-Jacques Rousseau, no *Contrato social*, constrói uma teoria da vida em sociedade baseada na vontade individual e coletiva, mas, curiosamente, considera a instituição familiar como pré-contratual. De fato, diz o filósofo que a família é o primeiro modelo das sociedades políticas, a mais antiga e natural, sendo o chefe a imagem do pai e o povo a imagem dos filhos. Ao deixar a família fora do contrato social, Rousseau naturaliza o poder patriarcal e explica a origem da

coesão familiar por um imperativo natural, pois a mais antiga de todas as sociedades e a única natural seria a família: os filhos não estão por acaso sob a tutela do pai enquanto necessitam dele para sobreviver. Mas, quando essa necessidade cessa, o vínculo natural se desfaz. Os filhos, emancipados da obediência que deviam ao pai, e o pai, isento dos cuidados que devia aos seus filhos, entram de forma igualitária na independência. Se continuam juntos não mais naturalmente, mas voluntariamente, a família se mantém exclusivamente pela convenção (ROUSSEAU, [1762], 1968).

Locke ([1690], 1980), por sua vez, vê na família a comunidade mais próxima do estado natural, e a ordem patriarcal lhe aparece como um modelo da organização social. A família, para Locke, é, se assim quisermos, o primeiro modelo das sociedades políticas: o chefe é a imagem do pai, o povo é a imagem dos filhos, e todos, nascidos iguais e livres, alienam a sua liberdade exclusivamente em favor da utilidade.

A ruptura com a visão naturalista não encontrou nos filósofos contratualistas um equivalente em matéria familiar. Nem Hobbes, Rousseau, Locke, Tocqueville ou Constant puderam tomar como objeto a família. Mais tarde, os demais filósofos contratualistas continuarão reproduzindo essa naturalização; nem mesmo John Rawls, o último grande expoente da teoria do contrato, ocupou-se das relações familiares. Os efeitos dessa situação não tardaram a ser sentidos: a família seria o espaço mais difícil de democratizar. Vemos, pois, quando se pensa a sociedade em termos contratuais, até que ponto é difícil conceber a família como uma construção social, fruto da negociação individual. No entanto, o seu caráter histórico foi amplamente demonstrado desde o século XIX por todas as correntes sociológicas. Engels (1884) explicava as relações familiares a partir das relações sociais de produção. A família estendida, de origem rural, deixa de ser a norma no final do século XIX, período em que

surgirá a família moderna do tipo nuclear (PERSONS, 1955) e depois será incerta, segundo o sociólogo Louis Roussel (1989).

A democratização da vida privada necessita, como preâmbulo de qualquer reflexão futura, de uma reformulação dos vínculos familiares que permita tirá-los do processo de naturalização, próprio à ideologia familiarista (LENOIR, 2003). Essa última, ao colocar o pai no cume da hierarquia familiar, legitima a visão holística fundada no matrimônio indissolúvel e na divisão sexual dos papéis: a mulher ocupa-se do espaço doméstico, o homem governa e se compromete a sustentar o lar (COMMAILLE; MARTIN, 1998).

O processo de desinstitucionalização da concepção tradicionalista de família começa com o surgimento do Direito Civil Laico, do início do século XIX. A partir da ruptura com o Direito Canônico, o Direito Civil tenta fundar a organização da vida familiar não na instituição, mas no contrato. O divórcio constitui uma prova desse processo (pois a qualquer momento as partes podem deixar sem efeito o negócio matrimonial), bem 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 de vida conjugal, como a união estável, os casais de fato, os casais que coabitam, responde a essa exigência de igualdade, bem como o acesso à adoção para os casais do mesmo sexo. As famílias sem nome, retomando a expressão de Pierre Bourdieu (1996, p. 3-5), começam a ser reconhecidas pelo Direito, primeiro em nível de aliança e, depois, de filiação. O movimento LGBT assume plenamente a cultura política da pós-modernidade, na qual prevalece a lógica da escolha, inclusive nas relações familiares.

Fundada na vontade, a adoção é uma instituição mais apta que a verdade biológica para garantir a estabilidade dos vínculos familiares, tanto homossexuais quanto heterossexuais. Contrariamente à filiação carnal, a filiação adotiva encontra a sua legitimidade na

liberdade não apenas de acolher os filhos biológicos dos demais, mas também na liberdade de abandonar a sua própria prole. A generalização da adoção (inclusive para os filhos biológicos) permitirá colocar a autonomia da vontade e não a heteronomia da natureza no centro do dispositivo familiar. A partir daí, o vínculo filial deixa de depender da simples capacidade reprodutiva dos indivíduos e repousa exclusivamente na vontade dos progenitores que entregam as crianças à adoção e dos adotantes que as acolhem.

A filiação, claramente dissociada da reprodução, permite justificar um sistema jurídico fundado não mais na verdade biológica, mas, sim, no projeto parental. Esse novo paradigma corresponde a uma visão de família na qual não são mais a autoridade paterna e a divisão dos papéis que caracterizam a organização da vida privada, mas a comunicação, a autonomia e a negociação.

Pouco importa que a organização familiar seja tradicional, monoparental, reconstituída ou homoparental, o que realmente conta é que o interesse do menor seja garantido e que as premissas do contrato sejam respeitadas. Nesse caso, o Estado deve tratar igualmente todas as formas familiares. Mas, para isso, é necessário previamente fazer o luto do dogma paterno e da consequente visão vertical da família (TORT, 2005) e repensar as regras que regem as famílias (no plural) a partir da negociação e da contratualização próprias à visão horizontal das mesmas.

Assumir uma teoria contratualista dos afetos, tanto em nível de matrimônio quanto de filiação, não significa se desinteressar pelos mais vulneráveis (os menores, os idosos, os animais, o pessoal de serviço...). Pelo contrário, a técnica contratual bem conhecida do equilíbrio das prestações e a proteção da parte vulnerável (contrato de adesão, contrato de consumo, cláusula leonina, teoria da lesão...) permitem garantir eficazmente a liberdade e a igualdade de todos os membros dessa comunidade afetiva e patrimonial.

Em última análise, a contratualização da família é o resultado lógico da democratização da vida privada (GIDDENS, 1992) e a vitória de uma concepção nova de indivíduo emancipado, definido em função de si mesmo, capaz de escolher o rumo da sua vida e de analisar as consequências dos seus atos (FOUCAULT, 1984, p. 322-346). Se a Teoria *Queer* nos ensinou a construir novas subjetividades, uma Teoria *Queer* do Direito nos propõe desenhar, de forma mais livre, os contornos do sujeito de Direito e as suas relações familiares e sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABENSOUR, Leon. *Le féminisme sous le règne de Louis-Philippe et en 1848*. Paris: Plon, 1913.

_____. *La femme et le féminisme avant la Révolution*. Paris: E. Leroux, 1923.

BERLIN, Isaiah. *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1990.

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

_____. La parenté et la parentalité dans le droit: conflits entre le modèle civiliste et l'idiologie naturaliste de la filiation. In:

DORLIN, Elsa; FASSIN, Eric. (Org.). *Reproduire le genre*. Paris: Editions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010a, pp. 121-136.

_____. La vérité biologique contre l'homoparentalité: le statut du beau-parent ou le PaCS de la filiation, *Droit et Société*, v. 2, n. 72, p. 259-271, 2009a.

_____. *Le droit des sexualités*. Paris: Presses Universitaires de France, 2009b.

_____. La luxure ou l'orthodoxie matrimoniale comme remède contre les errances de la passion. In: FORTIN, Véronique; JEZEQUEL, Myriam; KASIRER, Nicholas (Org.). *Les sept péchés capitaux et le Droit Privé*. Montréal: Les Éditions Thémis, 2007.

_____. Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité: un révélateur de notre capacité à assumer la modernité. In: *Homoparentalités*. Approches scientifiques et politiques. Paris: PUF, 2006.

_____. 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, jul.-dez., p. 289-321, 2010b.

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

BORRILLO, Daniel; PITOIS-ETIENNE, Thierry. Différence des sexes et adoption: la psychanalyse administrative contre les

droits subjectifs de l'individu. *Revue de Droit de McGill*, vol. 49, n. 4, p. 1035-1056, octobre, 2004.

BOURDIEU, Pierre. Des familles sans nom. In: *Actes de la recherche en sciences sociales*, La famille clans tous ses états, vol. 113, p. 3-5, jun. 1996.

BOUVIER, Jeanne. *Histoire des dames employées dans les postes, télégraphes et téléphones de 1714-1929*. Paris: Presses Universitaires de France, 1930.

_____. *La lingerie et les lingères*. Paris: Gaston Doin et Cie Éditeurs, 1928.

BRISSON, Luc. *Le sexe incertain*. Androgynie et hermaphrodisme dans l'Antiquité Gréco-Romaine. Paris: Les belles lettres, 1997.

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

BUTLER, Judith. *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. New York: Rout-leclge, 1990.

CANADÁ. Ministério da Indústria. *Statistique Canada 2003*. Enquête sur la diversité ethnique: portrait d'une société multiculturelle. Ottawa: Ministère de L'industrie, 2003.

CASADO, Maria. (Org.) *Nuevos materiales de Bioética y Derecho*. Doctrina Jurídica Contemporánea. Cidade do México: Fontamara, 2007.

COMMAILLE, Jacques; MARTIN, Claude. *Les enjeux politiques de la famille*. Paris: Bayard, 1998.

DE LAURENTIS, Teresa. Queer Theory, Lesbian and Gay Studies: An Introduction. *Differences: A Journal of Feminist Cultural Studies*, 3/2, special issue, p. III-XVIII, summer, 1991.

DESCOUTURES, Virginie. *Les mères lesbiennes*. Paris: Presses Universitaires de France, Le Monde, 2010.

ENGELS, Friedrich. *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*. [El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado]. Hottingen-Zürich: Schweizerische Genossenschaftsdruckerei, 1884.

ERIBON, Didier (Org.). *Dictionnaire des cultures gays et lesbiennes*. Paris: Larousse, 2003.

FINE, Agnes. Maternité et identité féminine. In: KNIBIEHLER, Yvonne (Org.), *Maternité, affaire privée, affaire publique*. Paris: Bayardp, 2001. p. 61-76.

FOUCAULT, Michel. 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, Hubert; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: un parcours philosophique*. Paris: Gallimard, 1984.

FRANÇA. Instrução Geral, de 19 de maio de 1999. Regroupe en un seul document les dispositions législatives et réglementaires, circulaires et décisions jurisprudentielles relatives à l'état civil. Instruction Générale Relative à L'état Civil du 11 Mai 1999. *JORF* n. 172.

Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cid-Texte=JORFTEXT000000647915>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

FULLER, Lon L. *Legal Fictions*. California: Stanford University Press, 1967.

GIDDENS, Anthony. *The transformation of intimacy: sexuality, love and eroticism in modern societies*. Cambridge: Polity Press, 1992.

HALLEY, Janet. *Le genre critique: comment (ne pas) genrer le droit?*, Jurisprudence Revue Critique, n. 2, 2011.

HERITIER, Françoise. *Masculin/féminin: la pensée de la différence*. Paris: Odile Jacob, 1996.

HOLLINDALE, Peter. *Ideology and the Children's Book*. Oxford: Thimble Press/Westminster College, 1988.

IACUB, Marcela. Naître sous X. *Savoirs et clinique*, Paris, v. 1, n. 4, 2004.

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

JOHNSON, Myra T. Asexual and Autoerotic Women: Two Invisible Groups. In: GOCHROS, Harvey L. GOCHROS, Jean S. (Org.) *The Sexually Oppressed*. New York: Associated Press, 1977.

LA NACIÓN. Autorizan un nuevo pasaporte en Australia: ni masculino ni femenino. *La Nación*. Disponível em: <<http://www.lanacion.com.ar/1406366-autorizan-un-nuevo-pasaporte-en-australia-ni-masculino-ni-femenino>>. Acesso em: 14 fev 2016.

LEGENDRE, Pierre. Entretien avec Pierre Legendre: Nous assistons à une escalade de l'obscurantisme". Entrevista por Antoine SPIRE. *Le Monde* [on line], 2001. Disponible em: <<http://sauv.free.fr/archives2/0,9187,3230--236120,00.html>>. Consulta: 18 fev. 2016.

LENOIR, Rémi. *Généalogie de la morale familiale*. Paris: Editions du Seuil, 2003.

LOCKE, John. *The Second Treatise on Civil Government* [1690]. Indianapolis: Hackett, 1980.

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

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

PARSONS, Talcott. The American Family: Its Relations to Personality and the Social Structure. In: PARSONS, Talcott; BALES, Robert Freed. *Family Socialization and Interaction Process*. New York: Free Press, 1955.

RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1975.

RICH, Adrienne. Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, v. 5, 1980.

ROMAN, Diane. Droits de l'homme et identité de genre: le transsexualisme, une (future) question constitutionnelle? *Constitutions: revue de droit constitutionnel appliqué*, Dalloz, p. 79-81, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Aubier-Montagne, 1968.

ROUSSEL, Louis. *La famille incertaine*. Paris: Odile Jacob, 1989.

RUBIN, Gayle. *Surveiller et jouir: anthropologie politique du sexe*. Paris: Epel, 2010.

SEDGWICK, Eve Kosofsky. *Epistemology of the Closet*. Los Angeles: University of California Press, 1990.

SEIDMAN, Steve. *Queer Theory/Sociology*. Oxford: Blackwell, 1996.

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

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

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

WITTIG, Monique. *The Straight Mind and Other Essays*. Boston: Beacon Press, 1992.

2 POR UM DIREITO DEMOCRÁTICO DA SEXUALIDADE

Roger Raupp Rios

Esta análise tem como objetivo o desenvolvimento de uma abordagem jurídica que leve a sério a perspectiva dos direitos humanos na seara da sexualidade. Trata-se de um esforço de sistematização que propõe lançar bases para uma discussão jurídica mais abrangente e coerente dos direitos sexuais entre nós, a partir da enunciação de princípios jurídicos fornecidos pelos direitos humanos aplicáveis às questões trazidas pelos direitos sexuais.

Nesse contexto, a sexualidade e os direitos sexuais que a ela se associam não serão abordados como objetos carentes de disciplina ética ou de intervenção terapêutica, para as quais o ordenamento jurídico seria um dos instrumentos privilegiados de formulação e de legitimação, ao lado de áreas de conhecimento tais como a medicina, a psicanálise ou o pensamento religioso. Tampouco serão abordados como elementos cujo significado apenas teriam sentido caso atrelados à família, às relações de parentesco, à constituição da subjetividade individual ou da realidade social (LOYOLA, 1999).

Diversamente, a sexualidade e os direitos sexuais serão tratados como elementos cujo influxo dos princípios fundamentais são fornecidos pelos Direitos Humanos, devendo-se pautar, em uma sociedade democrática, nos olhares das diversas ciências e dos saberes que deles se ocupam

Desenvolver a ideia de direitos sexuais na perspectiva dos direitos humanos aponta para a possibilidade do livre exercício responsável da sexualidade, criando as bases para uma regulação jurídica que supere as tradicionais abordagens repressivas que caracterizam as intervenções jurídicas nesses domínios. Implica, por assim dizer, uma compreensão positiva dos direitos sexuais, na qual o conjunto de normas jurídicas e sua aplicação possam ir além de regulações restritivas, forjando condições para um direito da sexualidade que seja emancipatório em seu espírito.

Para tanto, é preciso buscar princípios capazes de abarcar, simultaneamente, os grandes eixos¹ que têm estruturado o debate corrente sobre os direitos sexuais, a saber, as questões identitárias vinculadas à expressão da sexualidade (onde se inserem, principalmente, os temas das homossexualidades), as relações sexuais propriamente ditas e suas consequências (campo que alcança matérias diversas como consentimento, violência e aborto) e a busca da fundamentação dos direitos sexuais (historicamente atada à ideia de saúde sexual).

A construção desta abordagem exige que se considere a relação entre democracia, cidadania, direitos humanos e direitos sexuais, bases a partir das quais será proposto um modelo de compreensão

¹ Esses eixos foram listados por Sérgio Carrara, em palestra no seminário "Homossexualidades: identidade, política e produção cultural", realizado pela ABIA – Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS, no Rio de Janeiro, em 29 de outubro de 2002.

democrático dos direitos sexuais, que denomino *direito democrático da sexualidade*.

Democracia e cidadania são ideias centrais na pauta dos diversos movimentos sociais contemporâneos. Por meio de sua articulação, uma gama variada de reivindicações tem sido levada adiante, abrangendo os mais diversos setores da vida individual e coletiva. Um dos efeitos da conexão entre democracia e cidadania é a compreensão, cada vez mais difundida, das múltiplas dimensões requeridas para a construção de uma sociedade democrática, as quais incluem demandas por inclusão social, econômica, política e cultural. Tais dimensões também marcam uma ampliação do conceito de cidadania, uma vez que este, tradicionalmente, associava-se somente ao *status* jurídico adquirido em virtude da pertinência nacional.

A ideia de direitos humanos, como entendida nos ordenamentos jurídicos internacionais e nacionais, também reflete essa dinâmica. A evolução dos instrumentos internacionais de reconhecimento e de proteção dos direitos humanos, desde a declaração universal de 1948 até a afirmação de direitos econômicos, sociais e culturais, passando pela atenção a questões concretas relacionadas, por exemplo, ao gênero e à infância, permite tal constatação. Mais e mais o ser humano é visto como sujeito de direitos que vão muito além do mero pertencer a uma nacionalidade. Dentre os aspectos implicados nessas dimensões, a sexualidade aparece como um dos mais polêmicos e de difícil progresso. Apesar das lutas cada vez mais visíveis e articuladas dos movimentos feministas, *gays*, lésbicos, transgêneros e de profissionais do sexo, ainda falta muito para a participação em igualdade de condições desses grupos na vida social. Apesar da aprovação, aqui e ali, de legislação protetiva de certos direitos, ainda falta muito para a sua efetivação e para a sua expansão em domínios importantes. Muitos fatores concorrem para a situação de privação

de direitos e limitação de oportunidades, objeto de atenção de variadas perspectivas.

Do ponto de vista jurídico, os conceitos de direitos reprodutivos e direitos sexuais têm traduzido esse esforço. Não obstante os avanços obtidos, por razões de ordem teórica e de ordem prática, deve-se avançar mais. Para tanto, é preciso desenvolver um *direito democrático da sexualidade*, vale dizer, um exame, na perspectiva dos direitos humanos e dos direitos constitucionais fundamentais, das diversas normas jurídicas, cujo âmbito de proteção atente para as diversas manifestações da sexualidade humana.

A importância dessa tarefa vai além da coerência teórico-científica e do cultivo do saber intelectual. Construir, na medida do possível, uma abordagem jurídica mais sistemática possibilita a profissionais do direito e a movimentos sociais um instrumento de intervenção mais eficaz, além de exigir o aprofundamento de debates de modo coerente, possibilitando a democratização da discussão e, conseqüentemente, do sistema jurídico e político como um todo.

Este capítulo pretende contribuir com tal abordagem; é importante situar este trabalho no contexto das grandes tradições jurídicas ocidentais contemporâneas. A proposição de um direito democrático da sexualidade nutre-se da experiência e do debate no sistema romano-germânico (de onde se originam os sistemas jurídicos nacionais da Europa continental e da América Latina) e na *Common Law* (presente na Inglaterra, nos Estados Unidos e nos países de colonização anglo-saxã). Essa abordagem não só é compatível, como deflui diretamente das respostas que, num e noutro sistema jurídico, vem sendo construídas. De fato, parlamentos e tribunais, cada um a seu modo, têm reagido às demandas que o exercício da sexualidade produz nos dias de hoje. A análise dessas respostas, sem depender da tradição jurídica de onde brotam e do predomínio parlamentar (romano-germânica) ou jurisprudencial (*Common Law*) na produção

do direito em cada uma delas, são a base deste estudo; os princípios jurídicos ora propostos e sistematizados são os pilares e as chaves para a atualização de tradições jurídicas em face da sexualidade.

DIREITOS REPRODUTIVOS E SEXUAIS NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

No âmbito da sexualidade, os instrumentos internacionais de direitos humanos têm evoluído para o reconhecimento da situação de vulnerabilidade das mulheres, tendo como ponto de partida a ideia de direitos reprodutivos (CABAL, ROA, LEMAITRE, 2001; VARGAS, 1996). Com efeito, após as proclamações genéricas e abstratas relativas ao direito à vida, à saúde, à igualdade e à não discriminação, à integridade corporal, à proteção contra violência, ao trabalho e à educação (inscritos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e na Convenção Americana de Direitos Humanos), sucederam-se documentos internacionais e conferências preocupadas especificamente com a reprodução e, nesse contexto, com a condição feminina.

A Primeira Conferência Internacional de Direitos Humanos (Teerã – 1968) reconheceu a importância dos direitos humanos da mulher e decidiu pela necessidade de medidas para promover tais direitos (art. 15). A Assembleia Geral das Nações Unidas declarou 1975 como Ano Internacional da Mulher, bem como estabeleceu o decênio 1976-1985 como especialmente voltado para a melhoria da condição das mulheres, realizando dentro desse período duas conferências mundiais: 1980, em Copenhague, na Dinamarca, e 1985, em Nairobi, no Quênia. Antes dessas datas, em 1979 é promulga-

da a importante Convenção, a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

Em 1993, a Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, na Áustria, declarou que os direitos humanos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos, devendo-se garantir a sua participação, em igualdade de condições sociais, e a erradicação de todas as formas de discriminação baseadas no sexo e de todas as formas de violência contra a mulher.

Em 1994, a Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento no Cairo, Egito, estabeleceu um programa de ação que afirmou os direitos reprodutivos como categoria de direitos humanos já reconhecidos em tratados internacionais, incluindo o direito à escolha livre e responsável do número de filhos e de seu espaçamento, dispondo de informação, educação e meios necessários para tanto. Importante para os fins deste estudo foi a declaração de que a saúde reprodutiva implica a capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem riscos. O documento, como um todo, reafirma a importância de relações de gênero mais igualitárias, com maior liberdade para a mulher, livre de discriminação e violência. Relevante também é a menção ao direito de homens, mulheres e adolescentes de obter informação e de ter acesso a métodos seguros, eficazes, aceitáveis e de sua eleição para a regulação da fecundidade. Dessa conferência decorreu o Plano de Ação do Cairo, que, além de introduzir o conceito de direitos reprodutivos, sinalizou para o reconhecimento de direitos sexuais, destacando o direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminações, coerções e violências. Na mesma oportunidade, também foi assentado que os Estados-Partes, além de estimular e promover o relacionamento respeitoso e igualitário entre homens e mulheres, deveriam: (1) atentar para as necessidades dos adolescentes, capacitando-os a melhor decidir sobre o exercício de

sua sexualidade e (2) dedicar atenção especial a segmentos populacionais mais vulneráveis a violações de direitos humanos nos campos da reprodução e da sexualidade (VENTURA, 2003, p. 14).

Em 1995, a Quarta Conferência Mundial da Mulher foi realizada em Pequim, China, confirmando as diretrizes definidas no Cairo. Nela, reforçou-se a necessidade da proteção dos direitos estreitamente ligados aos direitos reprodutivos, tais como direitos sexuais, direito à saúde, à integridade, à proteção contra violência, à igualdade e à não discriminação, ao matrimônio, à educação e à proteção contra exploração sexual. Importante salientar que a Plataforma de Pequim, no capítulo “Mulher e Saúde”, tratou de questões fundamentais como o reconhecimento de direitos sexuais e reprodutivos, afirmando o direito ao livre exercício da sexualidade, através, principalmente, da ênfase na saúde sexual.²

De âmbito regional, especialmente importante para a América Latina foi a Convenção de Belém do Pará (1994), destinada a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, salientando-se a explícita preocupação com a violência perpetrada no âmbito doméstico e a responsabilidade estatal não só pelos atos de violência estatal, como também pela tolerância de atos privados contra a mulher.

Nesses diversos instrumentos normativos, ressaltava-se: a subsunção da violência doméstica e as altas taxas de mortalidade

² Reza o item 30 da Declaração da Conferência Mundial sobre a Mulher: “Assegurar a igualdade de acesso e a igualdade de tratamento de mulheres e homens na educação e saúde e promover a saúde sexual e reprodutiva das mulheres e sua educação”. Por sua vez, o item 97 da Plataforma de Ação estabelece: “os direitos humanos da mulher incluem seu direito a ter controle sobre aspectos relativos à sexualidade, incluída sua saúde sexual e reprodutiva, e decidir livremente a respeito destas questões, sem estarem sujeitas a coerção, discriminação ou violência. As relações sexuais e a reprodução, incluindo o respeito à integridade da pessoa, exigem o respeito e o consentimento recíprocos e a vontade de assumir conjuntamente a responsabilidade quanto a consequências do comportamento sexual.”.

materna ao direito à vida, à proteção da integridade física e às proibições de tratamentos desumanos, degradantes e da tortura; o acesso a serviços de saúde reprodutiva sem discriminação de gênero ao direito genérico à saúde; a violação sexual como tortura; as violações sexuais durante conflitos armados como crimes contra a humanidade e crimes de guerra (conforme os tribunais *ad hoc* para Iugoslávia e Ruanda e o Estatuto da Corte Penal Internacional); o obstáculo ao controle de sua fecundidade pela mulher como violação à autonomia reprodutiva, assim como esterelizações involuntárias e a imposição de métodos contraceptivos; a denúncia médica de prática de aborto como violação à intimidade, direito que também abrange a tomada de decisões reprodutivas sobre o corpo.

No contexto desses instrumentos internacionais, o direito à igualdade e à não discriminação se desenvolveu de forma abrangente. Além de suas relações com muitos dos direitos acima indicados, seu mandamento de igualdade de condições para o exercício dos diversos direitos e de superação das barreiras discriminatórias aponta, na interpretação corrente, para a prevenção e repressão de condutas discriminatórias, a adoção de medidas positivas dada a situação de desvantagem da mulher, a proteção relativa ao assédio sexual, à gravidez ou sua possibilidade e o igual acesso a um sistema de ensino atento à educação sobre saúde reprodutiva.

Outro aspecto importante, desenvolvido no contexto do direito internacional dos direitos humanos, diz respeito ao direito ao matrimônio e à fundação de uma família. Ele implica o direito a contrair o matrimônio livremente, a dissolvê-lo, à igual capacidade e idade para com ele consentir.

Considerado o objetivo deste artigo, é de ressaltar: (1) que a sexualidade foi abordada nos instrumentos internacionais a partir da legítima e necessária preocupação com a situação da mulher; (2) que essa preocupação engendrou, a partir do espectro dos direitos repro-

ditivos, a noção de direitos sexuais e (3) que, todavia, essa perspectiva necessita ser alargada para o desenvolvimento de um direito da sexualidade (MILLER, 2000). Tudo isto sem esquecer que, mesmo na Conferência de Pequim, onde a ideia de direitos sexuais começa a aparecer de modo mais claro, tais direitos ainda estavam muito proximamente associados à ideia de saúde sexual.

É preciso, portanto, diante do fenômeno da desassociação entre sexualidade e reprodução, realizar, no campo jurídico, o movimento verificado nas ciências sociais, dotando de legitimidade e dando consistência a um saber jurídico sobre a sexualidade, esfera da vida fundamental no contexto da sociedade ocidental contemporânea (HEILBORN, BRANDÃO, 1999, p. 7).

DOS DIREITOS REPRODUTIVOS E SEXUAIS AO DIREITO DA SEXUALIDADE

Na abordagem jurídica da sexualidade, seus conteúdos são geralmente articulados a partir das demandas envolvendo situações específicas representativas das lutas e das reivindicações dos movimentos feministas, desde as realidades sociais da discriminação sexista e da violência até questões relativas à saúde reprodutiva, especialmente no que diz respeito ao acesso às técnicas contraceptivas e ao aborto.

Essa dinâmica engendra uma compreensão da temática dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos por meio de uma perspectiva centrada na situação da violação de direitos experimentada pelas mulheres, compreendidas tanto como vítimas de discriminação ou de violência, ou também como seres humanos direta e especialmente envolvidos com a reprodução.

Sem subestimar em nenhum momento tais realidades, avançar na compreensão dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos no quadro maior dos direitos humanos implica um alargamento de perspectiva. Isto porque os direitos sexuais e os direitos reprodutivos são categorias jurídicas vocacionadas a problematizar fenômenos e relações sociais entabuladas não só por mulheres, mas também por homens. Tais direitos se fazem necessários, de modo proeminente, nas discussões a respeito da expressão sexual, aqui entendida na sua forma mais ampla, abarcando orientação sexual homossexual, heterossexual, bissexual, transexualidade e travestismo. A eles também não pode se furtar o debate sobre o acesso às diversas modalidades técnicas de reprodução assistida.

Efetivamente, todas essas situações, aqui apenas enumeradas, dizem respeito à pretensão do ordenamento jurídico de conformar uma série de relações sociais nas quais aspectos relacionados à sexualidade apresentam-se de modo direto e decisivo. Para tanto, é necessário atribuir ao conceito de direitos sexuais e de direitos reprodutivos um espectro mais amplo, capaz de responder a tão distintas e variadas demandas.

Fixar a compreensão desses direitos exclusivamente às mencionadas realidades, vinculadas particularmente a certos aspectos da condição feminina, portanto, produziria lacunas diante da diversidade das questões envolvidas. Ademais, poder-se-ia correr o risco de reduzir a operacionalidade dessas categorias jurídicas, inclusive no que respeita ao universo feminino, num enfraquecimento indesejável e desnecessário.

Não se pode esquecer que os direitos humanos, especialmente quando reconhecidos constitucionalmente de modo amplo e extenso, em um texto jurídico fundamental aberto a novas realidades históricas, têm a vocação de proteger a maior gama possível de situ-

ações. Nesse ponto, por exemplo, a Constituição brasileira de 1988 consagra sem dúvidas tal abertura, seja pela quantidade de normas constitucionais expressas, definidoras de direitos e garantias individuais e coletivos, seja pela explícita cláusula de abertura a novos direitos humanos, segundo a qual “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (art. 5º, parágrafo 2º). A essa cláusula explícita de abertura constitucional ao reconhecimento de outros direitos humanos deve-se acrescentar a enumeração constitucional de direitos nos artigos 5º, 6º e 7º, bem como a previsão de outros tantos direitos humanos individuais e coletivos ao longo do texto, tais como os direitos relativos à seguridade social e à comunidade familiar (artigos 194 e 226, respectivamente). Dispositivos constitucionais dessa espécie fornecem bases sólidas e terreno fértil para o reconhecimento dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos, na perspectiva aqui defendida. Todavia, para sua concretização e efetividade, tais dispositivos fundamentais, nacionais e internacionais, precisam ser objeto de estudo e sistematização, demandando reflexão teórica na academia e compromisso por parte dos operadores do direito.

Nesse contexto, afirmar-se-á, mais e mais, a ideia de um *direito democrático da sexualidade* frente à difundida expressão *direitos sexuais*. Uma abordagem jurídica da sexualidade, radicada nos princípios da igualdade, da liberdade e do respeito à dignidade, de fato, revela-se mais apta a responder aos desafios teóricos e práticos que as orientações, expressões, práticas e identidades associadas à sexualidade produzem no contexto das sociedades democráticas contemporâneas. Não se trata de dissolver qualquer rol de direitos sexuais, nem de invalidar o esforço de enumerá-los mais concretamente; ob-

jetiva-se, sim, alargar e aprofundar sua compreensão por meio de referenciais principiológicos mais coerentes e sistematizados.

ELEMENTOS BÁSICOS PARA O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DA SEXUALIDADE

O ordenamento jurídico, entendido como conjunto de normas (princípios e regras jurídicas), é um processo de regulação social. Sua matéria-prima são as relações sociais, cujos diversos conteúdos (econômico, social, religioso, moral, sexual e assim por diante) são considerados (ou não) na elaboração da norma, visando à obtenção de um certo resultado, orientado por certos valores, que podem ser uma ação, uma omissão, a imposição de uma penalidade, a premiação de determinadas condutas. Os conteúdos a que me refiro podem ser os mais diversos em cada relação social juridicizada: às vezes, a norma considera certa condição pessoal como pressuposto para o reconhecimento de um benefício (ser um cidadão de certo país para acesso a um determinado benefício público) ou prejuízo (ter sido condenado criminalmente para a privação de certo direito); outras vezes vislumbra somente certas condutas, tentando abstrair da condição pessoal do agente.

Assim estruturado, o ordenamento jurídico atento para determinadas esferas da vida gera diversos ramos, cuja construção, afirmação e consagração acadêmica dependem de inúmeros fatores relacionados aos momentos históricos em que cada um desses ramos se desenvolve. As revoluções burguesas construíram na Europa continental um sistema jurídico centrado no Código Civil, concebido como uma verdadeira “constituição da vida privada”, atento para a regulação da propriedade, da herança, dos negócios, do comércio e da família. O paradigma de sujeito de direito era claro: masculino,

branco, europeu, cristão, heterossexual. A difusão desse paradigma também alcançava o direito público, sendo fácil entender porque as proclamações constitucionais de um sujeito de direito universal e abstrato operavam de modo tão excludente diante de mulheres e outros grupos sociais.

A elaboração desses direitos nos inúmeros documentos internacionais é fruto da evolução do direito internacional público gestado após a II Guerra Mundial. O direito, partindo da necessária afirmação da dignidade de todos os seres humanos como reação às consequências dos totalitarismos, racismos “científicos” e à presença dos neo-colonialismos, foi tendo de reconhecer as especificidades, abrindo espaço para o reconhecimento de minorias étnicas, linguísticas e religiosas, chegando então à situação particular de vulnerabilidade feminina, como atestam os diversos encontros, conferências e instrumentos.

Os marcos da construção histórica dos conceitos de direitos reprodutivos e sexuais, portanto, tornam necessário o alargamento dessas noções, possibilitando postular um direito da sexualidade cujo âmbito de proteção reflita a amplitude da compreensão contemporânea dos direitos humanos e dos direitos constitucionais fundamentais.

ÂMBITO DE PROTEÇÃO

Com base no contexto anteriormente historiado, a relação íntima entre a categoria dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos torna-se muito compreensível e positiva. Todavia, é preciso avançar. As concepções de direitos sexuais/direitos reprodutivos assim desenvolvidas acabam por concentrar o tratamento jurídico da sexualidade sob a condição pessoal de um determinado grupo de seres humanos (as mulheres), agrupando normas de distintos ramos do ordenamen-

to jurídico a fim de proteger esse grupo da discriminação, promover sua condição, possibilitar o mais amplo gozo e exercício dos direitos e liberdades fundamentais. Nessa dinâmica, ficam sem a devida atenção – quando não em situação de confronto – outros dados fundamentais para o desenvolvimento de um direito da sexualidade.

Com efeito, um direito da sexualidade deve cuidar não só da proteção de um grupo sexualmente subalterno em função do gênero e do sexo. Outras identidades reclamam essa proteção, como ocorre com *gays*, lésbicas e transgêneros. Mais além: o direito da sexualidade não pode se esgotar na proteção identitária, seja de que grupo for. A proteção jurídica de condutas e preferências sexuais não necessariamente vinculadas a identidades aponta para isto, como demonstra o sadomasoquismo ou outras formas de erotismo “não convencional” (TAYLOR, 1997, p. 106).

A proposição segundo a qual o direito da sexualidade não deve se fixar somente em identidades e práticas sexuais pré-definidas, evitando rótulos e imposições heterônomas, atenta para o perigo de que classificações rígidas, fundadas em distinções sexuais monolíticas, acabem reforçando a lógica que engendra o machismo ou o heterossexismo no direito vigente (CALHOUN, 1993). Isso sem falar do papel do sistema jurídico na construção dessas identidades, em regra no sentido da marginalização, decorrente da imposição de uma determinada visão sobre tal ou qual grupo. Trata-se, portanto, de elaborar um direito da sexualidade que tente evitar tais perigos, norteado pelos princípios da liberdade e da igualdade, como será visto a seguir. Sua aplicação, diante de cada caso concreto, deve promover um acerto de contas entre as identidades e as práticas em questão e seus princípios.

O direito da sexualidade também não pode desconsiderar atividades social e economicamente relacionadas ao exercício da sexualidade, como acontece com os profissionais do sexo. Como será

visto adiante, quando explanarei sobre a prostituição, trata-se de um dos temas sensíveis para a elaboração de um direito democrático da sexualidade.

Assim concebido, o direito da sexualidade pode propiciar proteção jurídica e promoção da liberdade e da diversidade sem fixar-se em identidades ou condutas meramente toleradas ou limitar-se às situações de vulnerabilidade social feminina e suas manifestações sexuais. É necessário invocar princípios que, velando pelo maior âmbito de liberdade possível e igual dignidade, criem um espaço livre de rótulos ou menosprezos a questões relacionadas a homossexualidade, bissexualidade, transgêneros, e profissionais do sexo.

Quando se fala na regulação jurídica de certa esfera da vida - como, no caso, a sexualidade - é preciso averiguar a extensão que se quer atingir ou, dito de outro modo, o objeto de regulação. O direito da sexualidade, em suma, alcançaria as mais diversas identidades, condutas, preferências e orientações relacionadas àquilo que socialmente se estabelece como sexual em cada momento histórico (WEEKS, 1986, p. 25). Numa perspectiva alinhada ao construtivismo social, cuida-se de nunca esquecer que a sexualidade está impregnada de convenções culturais que modelam as próprias sensações físicas (PARKER, 1994).

No desenvolvimento do direito da sexualidade, é mister também salientar a diversidade de perspectivas como elemento essencial a tal elaboração. Assim como no direito da antidiscriminação, no qual a interseccionalidade da discriminação (GRILLO, 1995) não se reduz à mera soma de situações discriminatórias (mulheres negras sofrem uma espécie de discriminação qualitativamente diversa do sexismo sofrido por mulheres brancas ou do racismo sofrido por homens negros, irreduzível a um “somatório dos prejuízos”), um direito democrático da sexualidade deve ir além do catálogo das identidades e práticas sexuais. De fato, estas não existem como entidades abs-

tratas, sem raça, classe, cor, etnia, idade e assim por diante. Como estruturar um direito da sexualidade nesses termos?

PRINCÍPIOS BÁSICOS: LIBERDADE, IGUALDADE E DIGNIDADE

Assentado o âmbito de proteção do direito da sexualidade, necessita-se explicitar seus princípios fundamentais. Liberdade e igualdade, princípios básicos das declarações de direitos humanos e do constitucionalismo clássico, são fundamentais, e sua afirmação implica o reconhecimento da dignidade de cada ser humano de orientar-se, de modo livre e merecedor de igual respeito, na esfera de sua sexualidade.

Como consequência, o direito da sexualidade democrático rompe, por princípio, com o tratamento subalterno reservado a mulheres, homossexuais, soropositivos, crianças ou adolescentes percebidos pela visão tradicional mais como objetos de regulação que como sujeitos de direitos (COLLIER, 1995). Ao adotar tal perspectiva e se dedicar sobretudo a situações de vulnerabilidade, tal direito também não se compatibiliza com a vitimização, nutrida pela inferioridade e animada pela teatralização da infelicidade (ROSANVALLON, 1998, p. 64). A situação de vulnerabilidade, diferentemente da vitimização, assume a perspectiva da igualdade e da dignidade, contextualizando-as nos cenários de injustiça, discriminação, opressão, exploração e violência que assolam inúmeras identidades e práticas sexuais subalternas ou em outras condições a estas associadas, como a soropositividade para HIV-AIDS (PARKER, 2000, p. 103; DINIZ, 2001, p. 27).

Corolário dessa postura é a efetivação do princípio democrático na esfera da sexualidade. Tal princípio, na seara dos direitos sexuais, assim como nos direitos reprodutivos, aponta para a garantia

da participação dos beneficiários e destinatários das políticas públicas a serem desenvolvidas, participação que abrange a identificação dos problemas, a eleição de prioridades, a tomada de decisões, o planejamento, a adoção e a avaliação de estratégias.

Liberdade e igualdade, nesta perspectiva, são proteções e garantias da dignidade que se sobrepõem como argumentos de “pura liberdade”, “interferência discriminatória na liberdade” e “pura igualdade” (WINTEMUTE, 1995, p. 185; TRIBE, DORF, 1990, p. 1094). Exemplifico com a homossexualidade: livre desenvolvimento da personalidade e privacidade sexual como “pura liberdade”, tem proibição de manifestação pública de afeto restrita somente a certos grupos como “interferência discriminatória na liberdade” e restrição a certos empregos públicos ou privados como “pura igualdade”.

Liberdade e igualdade desdobram-se em inúmeros direitos, manifestações mais concretas de seus conteúdos na esfera da sexualidade. Tal perspectiva, efetivamente, agrega a esses direitos conteúdo jurídico suficiente para enfrentar uma série de situações envolvendo relações individuais e sociais, nas quais a sexualidade e a reprodução humanas estão envolvidas de modo significativo.

Essa aptidão depende da compreensão jurídica, principalmente daquela disseminada entre os operadores jurídicos, relativa às consequências jurídicas de muitos direitos humanos clássicos, bem como do nível de informação acerca da vigência e da eficácia jurídicas dos instrumentos internacionais de direitos humanos incorporados aos direitos nacionais. Um bom exemplo da necessidade de tal compreensão pode ser fornecido pelos princípios vigentes no direito internacional dos direitos humanos, também aplicáveis diante das realidades da sexualidade e da reprodução: o direito à igualdade se desdobrou na proteção das diferenças dos diversos sujeitos de direito, vistos em suas peculiares circunstâncias e particularidades que

demandam respostas e proteções específicas e diferenciadas, consagrando o princípio da diversidade.

LIBERDADE E IGUALDADE COMO DEFESAS NO DIREITO DA SEXUALIDADE

Os direitos humanos de primeira geração, reconhecidos desde os primórdios do constitucionalismo liberal (identificados como direitos negativos, de defesa contra intromissões abusivas), registram liberdades individuais cuja dimensão contemporânea alcança diversas esferas constitutivas da sexualidade. Conteúdos jurídicos pertinentes a liberdades clássicas, tais como o direito à privacidade ou à liberdade de ir e vir, podem ser eficazmente concretizados em face de fenômenos como a prostituição ou ao exercício da autonomia reprodutiva.

Toda a compreensão jurídica sedimentada na doutrina e na jurisprudência constitucional pertinente às dimensões formal e material do princípio da igualdade, por sua vez, fornece diretrizes jurídicas sólidas em face da discriminação fundada no sexo ou na orientação sexual.

Diversas questões relativas à regulação da transexualidade podem encontrar suas diretrizes fundamentais na conjugação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e do direito à igualdade, este concebido inclusive como direito à diferença; sem falar em uma interpretação atualizadora da teoria geral dos direitos de personalidade, inicialmente desenvolvida no campo civilista em nossa tradição jurídica.

Trata-se, pois, do reconhecimento e do desenvolvimento do conteúdo jurídico dos princípios básicos de direitos humanos e dos diversos direitos constitucionais clássicos, tarefa apta a constituir

formas de convívio diversificadas e renovadas. Nelas, a afirmação da autonomia e da liberdade nas esferas da sexualidade e da reprodução podem se concretizar, como ilustram as decisões judiciais tratando da proibição de discriminação por motivo de sexo e de orientação sexual e também as recomendações provenientes do Ministério Público brasileiro em programas de saúde reprodutiva.

Direito à liberdade sexual; direito à autonomia sexual, integridade sexual e à segurança do corpo sexual; direito à privacidade sexual; direito ao prazer sexual; direito à expressão sexual; direito à associação sexual; direito às escolhas reprodutivas livres e responsáveis; direito à informação sexual livre de discriminações: estes são alguns dos desdobramentos mais importantes dos princípios fundamentais da igualdade e da liberdade que regem um direito da sexualidade. Liberdade, privacidade, autonomia e segurança, por sua vez, são princípios fundamentais que se conectam de modo direto ao direito à vida e ao direito a não sofrer exploração sexual.

LIBERDADE E IGUALDADE COMO MEIOS POSITIVOS DE PROMOÇÃO DO DIREITO DA SEXUALIDADE

Um direito da sexualidade, na esteira do debate contemporâneo sobre as dimensões dos direitos humanos, avança para a consideração dos direitos sociais e econômicos, tidos como segunda geração de direitos humanos e qualificados na doutrina constitucional como direitos positivos, direitos a prestações, vocacionados para a promoção da liberdade e da igualdade fáticas. A proteção contra despedida arbitrária, o direito à seguridade social, ao acesso ao sistema de saúde sem discriminação e de forma integral, ao sistema público ou privado de pensões e as aposentadorias, são todos exemplos da concretização positiva desses princípios fundamentais que o direito brasileiro tem desenvolvido.

Nessa linha, uma variada gama de prestações tem sido arrolada nos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, tais como: (1) acesso a informações e educação sexual e reprodutiva; (2) serviços de saúde sexual e de saúde reprodutiva acessíveis, seguros e adequados a toda população, incluindo o acesso ao progresso científico através da oferta de tratamentos e medicamentos que garantam o controle por homens e mulheres de sua fecundidade; (3) serviços social e legal de suporte para o exercício desses direitos; (4) políticas de segurança para coibir e eliminar todo o tipo de violência; (5) políticas que promovam e garantam a igualdade e a equidade entre os sexos, não permitindo a submissão de mulheres e meninas, eliminando toda e qualquer discriminação sexual; (6) políticas que promovam e estabeleçam a responsabilidade pessoal e social dos homens em relação ao seu comportamento sexual, a sua fertilidade e ao bem-estar de suas companheiras e filhas (VENTURA, 2003, p. 51).

De fato, direitos sociais de cunho prestacional, tais como os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, mostram-se aptos a abarcar uma série de situações pertinentes ao exercício da sexualidade e da reprodução. Em sua implementação através de políticas públicas, a qualificação pela perspectiva de direitos humanos fornece bases para evitar o predomínio da medicalização ou o influxo do discurso religioso.

Sobre esse ponto, vale registrar como o direito brasileiro tem desenvolvido a proteção jurídica contra a discriminação por orientação sexual a partir, precisamente, dos direitos econômicos e sociais. Ao contrário do que se costuma esperar, como em legislações nas quais as liberdades negativas são mais facilmente (ou menos dificilmente) reconhecidas como “sexualidades desviantes” (exemplo disso é a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Comitê de Direitos das Nações Unidas, que afirmaram inicialmente a proibição de discriminação por orientação sexual em casos discu-

tindo a criminalização da sodomia), o direito brasileiro tem evoluído a partir de casos em que a discriminação por orientação sexual implicou a negativa de direito a tratamento de saúde e a benefícios de seguridade social. Baseados em uma jurisprudência firmada em 1996, relativa à inclusão de companheiro do mesmo sexo em plano de saúde federal, os tribunais federais e estaduais têm mais e mais acolhido demandas sancionando discriminação por orientação sexual (inclusive, há pouco tempo atrás, o próprio Presidente do Supremo Tribunal Federal, em decisão inicial, confirmou liminar obrigando a Seguridade Social pública a não discriminar homossexuais em seu regime de benefícios).

A RESPONSABILIDADE NO LIVRE EXERCÍCIO DA SEXUALIDADE

O exercício dos direitos de liberdade e de igualdade pelos diversos sujeitos nas mais diversificadas situações, manifestações e expressões da sexualidade, em igual dignidade, requer a consideração da dimensão da responsabilidade. Afirmada em convenções internacionais sobre direitos reprodutivos e sexuais, a responsabilidade traduz o dever fundamental do cuidado, do respeito e da consideração aos direitos de terceiros (sejam estes indivíduos ou a comunidade), quando do exercício livre e em igualdade de condições da sexualidade. Não se trata simplesmente da imposição do dever de reparar danos ou de preveni-los em face de bens jurídicos individuais e coletivos. Cuida-se, sim, da tentativa de conformar as relações sociais vivenciadas na esfera da sexualidade do modo mais livre, igualitário e respeitoso possível.

De fato, o exercício da sexualidade alcança a esfera jurídica alheia, dado que sua vivência requer, no mais das vezes, o concurso de terceiros. Situações como o sadomasoquismo e a idade de con-

sentimento para a participação em relações sexuais, por exemplo, perguntam sobre a liberdade e as condições de discernimento dos indivíduos, bem como sobre as posições de poder e os papéis desempenhados pelos partícipes nas relações sexuais.

O exercício da sexualidade pode, ainda, repercutir além dos indivíduos, numa esfera transindividual, como notadamente se preocupa a saúde pública. Cuida-se, aqui, de aquilatar os deveres decorrentes do exercício responsável da sexualidade diante da comunidade, titular de direitos difusos e coletivos. Desde, por exemplo, a tradicional repressão penal das condutas objetivando a disseminação de doenças venéreas até a promoção de campanhas midiáticas de prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, não há dúvida a respeito da posição responsável que se requer dos indivíduos em face à comunidade.

Afirmar o lugar da responsabilidade no seio de um direito democrático da sexualidade não significa adotar uma perspectiva repressiva, calcada no moralismo ou na exclusão das sexualidades estigmatizadas pelos grupos majoritários. O exercício responsável da sexualidade, informado pelos princípios jurídicos da liberdade, da igualdade e da dignidade, reforça uma compreensão positiva da sexualidade e de suas manifestações na vida individual e social, cuja realidade exige a consideração da pessoa em suas simultâneas dimensões individual e social. Sem essa percepção, o desenvolvimento do direito democrático da sexualidade padeceria de uma visão individuocêntrica incompatível com a reciprocidade e com o caráter dos direitos fundamentais que o informam.

RECONHECIMENTO E DISTRIBUIÇÃO NO DIREITO DA SEXUALIDADE

Um direito democrático da sexualidade, enraizado nos princípios dos direitos humanos e nos direitos constitucionais fundamentais, deve atuar simultaneamente no sentido do reconhecimento do igual respeito às diversas manifestações da sexualidade e do igual acesso de todos, sem distinções, aos bens necessários para a vida em sociedade. Reconhecimento e distribuição, nas palavras de Nancy Fraser, são categorias fundamentais para a compreensão dos paradigmas da justiça socioeconômica e da justiça cultural ou simbólica (FRASER, 1997), universos habitados por diversos direitos sexuais.

No primeiro, a injustiça relaciona-se à estrutura econômica da sociedade, preocupando-se com situações de exploração (apropriação do trabalho alheio em benefício de outros), de marginalização (confinamento a situações de baixa remuneração e impossibilidade de melhoria de condições) e de privação de condições de vida materialmente adequadas – circunstâncias relacionadas à sexualidade de muitas maneiras, tais como sexismo no mercado de trabalho, violência doméstica, reações diante do estupro, negativa de direitos previdenciários a homossexuais, prostituição, acesso ao sistema de saúde por soropositivos de HIV, etc.

No segundo, a injustiça diz respeito a padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, exemplificados por situações de dominação cultural (sujeitar-se a padrões de interpretação e de comunicação próprios de outra cultura, alheios e hostis à cultura do grupo dominado), não reconhecimento (práticas culturais dominantes que tornam invisível e irrelevante certo grupo) e desrespeito (ser cotidianamente injuriado ou menosprezado por meio de estereótipos presentes na cultura dominante e nas interações cotidianas).

Dessa caracterização decorrem os remédios apropriados para tais tipos de injustiça, cuja relação com questões do direito da sexualidade é direta: enquanto a injustiça econômica, ao reclamar redistribuição dos bens materiais, aponta para esquemas igualitários e universalistas, a injustiça cultural ou simbólica exige o reconhecimento dos grupos estigmatizados, numa dinâmica diferenciadora e particularizante. Dessa distinção surge o dilema e a complementariedade entre reconhecimento e distribuição. Dilema, porque, enquanto a primeira demanda tende a produzir diferenciação e particularismo, a segunda tende a enfraquecê-los; enquanto medidas redistributivas propõem esquemas universalistas e igualitários, políticas de reconhecimento tendem a condená-los. Complementariedade, porque remédios redistributivos geralmente pressupõem uma subjacente concepção de reconhecimento (por exemplo, alguns proponentes de redistribuição socioeconômica igualitária fundam suas reivindicações no “igual valor das pessoas”; assim, eles consideram redistribuição econômica como uma expressão de reconhecimento), bem como os remédios de reconhecimento algumas vezes pressupõem uma subjacente concepção de redistribuição (por exemplo, certos proponentes de reconhecimento multicultural fundamentam suas reivindicações em imperativos de uma justa distribuição dos “bens primários” de uma “estrutura cultural intacta”; eles portanto consideram reconhecimento cultural como uma espécie de redistribuição) (FRASER, 2003).

Tal esquema explicativo é importante para a construção do direito da sexualidade, dada a diversidade de situações enfrentadas e a necessidade de sua sistematização. A conjugação e a ênfase entre medidas de reconhecimento e de distribuição dependem de cada caso. Veja-se, por exemplo: para *gays* e lésbicas, a ênfase é no reconhecimento; para a educação sexual, na necessidade de informação e de meios, no reforço do acesso ao conhecimento e às técnicas con-

trapeativas; para a situação feminina, por sua vez, parece haver uma hipótese bastante equilibrada, na qual reconhecimento e distribuição se equivalem. Como dito, não se trata de defender a exclusividade de reconhecimento ou distribuição, mas de perceber a dinâmica apropriada para cada situação, sem menosprezar nenhuma das necessárias dimensões.

UM ESTUDO DE CASO: UNIÕES HOMOSSEXUAIS NO DIREITO DA SEXUALIDADE

O caso do reconhecimento jurídico de uniões de pessoas do mesmo sexo possibilita refletir sobre as dimensões de reconhecimento e distribuição e suas dinâmicas.

Alguns defendem a necessidade do “casamento *gay*” por razões distributivas contraditórias aos direitos de reconhecimento. Uma primeira versão diz que se trata simplesmente de regular algo que já existe, que estaria inscrito até na biologia, apesar de ser minoritário. Outra versão, mais radical, e por isso mesmo mais palatável ao senso comum, parte da naturalização do modelo de família heterossexual pequeno-burguesa, procedendo a uma “domesticação heterossexista” de todas as formas de sexualidade diversas desse modelo. Desde que adaptadas ao esquema geral de tais regras, sexualidades alternativas serão toleradas.

Comum a essas duas proposições é a preocupação com a distribuição socioeconômica (eles ou elas consomem, pagam impostos, podem ser afetivos) e a pouca ênfase, na prática, no reconhecimento da igualdade e da liberdade, até mesmo na esfera das relações mais íntimas, de tudo que seja visto como “minoritário” (daí a enorme dificuldade diante de travestis, transgêneros, sadomasoquistas, profissionais do sexo, liberdade sexual, etc, quando não a expressa avaliação de que se trata de uma sexualidade minoritária, fruto não da

doença ou do pecado, mas de algum desenvolvimento incompleto, merecedor, portanto, de compaixão e tolerância, desde que se esforce para bem se comportar). As duas versões, portanto, enfatizam distribuição, mas acabam por enfraquecer a demanda de reconhecimento. Ao subentenderem, de forma consciente ou não, normalidades estatísticas ou normalidades afetivo-comportamentais, tais versões implicam, na prática, a capitulação da demanda por igual respeito, simbólico e cultural. Projetos de lei ou formulações jurídicas do direito de família fundadas nessas versões, portanto, contradizem um direito da sexualidade democrático, fundado nos direitos humanos e nos direitos constitucionais fundamentais.

De outro lado, há propostas que compatibilizam ou tentam romper com essa tendência. De modo geral, o desenho jurídico dos chamados “pactos de solidariedade” pode ser utilizado como exemplo. Com efeito, trata-se de uma legislação que estabelece liberdade, independente de orientação sexual, para parceiros autodeterminarem a dinâmica de suas vidas afetivas e sexuais, fornecendo-lhes um instrumento pelo qual o valor de tal união é reconhecido e respeitado juridicamente. Além da vantagem de assegurar proteção e reconhecimento estatal para a união, um pacto de solidariedade assim delimitado evita a estigmatização decorrente de uma “regulação da exceção”, como ocorre nas propostas originais da parceria civil registrada brasileira ou, de certo modo, na inclusão das uniões homossexuais na categoria das “uniões estáveis” no direito brasileiro, na medida em que essa categoria, por mais comum que seja, está prevista como uma espécie de “casamento de segunda classe”, como se pode facilmente inferir da redação da Constituição brasileira de 1988.

Ainda que apresentado de modo esquemático e simplificado, o debate sobre uniões homossexuais permite contextualizar, a partir das categorias reconhecimento e distribuição, os conteúdos e premissas presentes no direito da sexualidade. Daí se pode constatar

a relevância dessas categorias para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade, bem como o risco da adoção de alternativas equivocadas.

MINORIAS E DIREITOS ESPECIAIS NO DIREITO DA SEXUALIDADE

O rol de direitos sexuais pode ser visto como desdobramentos dos direitos gerais de privacidade, liberdade, intimidade, livre desenvolvimento da personalidade, igualdade, bases sobre as quais se tem desenvolvido a proteção jurídica da sexualidade das chamadas “minorias”. Este é um ponto importante: focalizados sob essa perspectiva, questões tidas como específicas, minoritárias, vistas como exceções quase intoleráveis, porém admitidas, perdem a conotação pejorativa. Assim contextualizadas, discussões sobre direitos de *gays* e de lésbicas são concretizações de princípios fundamentais e de direitos humanos de todos (assim como a discriminação por motivo de sexo, cor ou religião), não exceções a minorias toleradas.

O debate apresenta-se vivo na polêmica entre “direitos iguais x direitos especiais”. Direitos especiais seriam todas as previsões protetivas de discriminação, elaboradas pela legislação ordinária e não previstas expressamente na Constituição. Se atentarmos, todavia, à situação de privilégio de certos grupos (por exemplo, o privilégio branco, masculino, cristão e heterossexual), revela-se a impossibilidade de neutralidade sexual ao aplicar-se a Constituição diante de situações concretas, pois na vida em sociedade há grupos privilegiados e grupos oprimidos. Esse dado aponta para o caráter conservador de certas formulações em torno da ideia de minorias, pois no debate “direitos iguais x direitos especiais” elas conduzem para o equívoco de se tachar pejorativamente certos direitos protetivos contra a discriminação como “direitos especiais”.

Nesse horizonte, a utilização das categorias “direitos especiais (indesejados) x direitos iguais (desejados)” revela uma manifestação do privilégio de certos grupos, confundindo a necessidade de concretizar o princípio geral da igualdade de acordo com as circunstâncias históricas da realidade dada (por exemplo, a existência do machismo e suas consequências no mercado de trabalho para a mulher) com a sua subversão.

O ALCANCE DO DIREITO DA SEXUALIDADE: A DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO

É mister ressaltar os âmbitos em que o direito da sexualidade atua, pois são dados fundamentais para a efetividade deste direito na medida em que, dentre as diversas manifestações da sexualidade por ele protegidas, muitas ocorrem no âmbito privado. Assim, cuida-se de prover ao direito da sexualidade um alcance que é, de modo geral, evitado pela doutrina tradicional dos direitos humanos.

As formulações mais tradicionais restringem a eficácia jurídica dos direitos humanos e dos direitos constitucionais às violações cometidas por agentes estatais, deixando à sua margem as violações cometidas por agentes privados. Nesses casos, reserva-se a intervenção jurídica para normas de direito penal ou direito civil, aplicadas somente em casos extremos e concebidas de modo muito condescendente com as estruturas tradicionais de família e com as relações entre os gêneros. No caso gravíssimo do estupro, por exemplo, percebe-se uma abordagem exclusiva de direito penal, descontextualizada do paradigma dos direitos humanos. Tende-se, então, a se preocupar mais com a punição de um ato disfuncional, grave para a vida em sociedade, do que com a dignidade e a cidadania da vítima (PIMENTEL, SCHRZITZMEYER, PANDJIARJIAN, 1988, p. 205).

O direito da sexualidade não pode se restringir assim, sob pena de se tornar inócuo diante de situações nas quais a opressão sexual é corriqueira e violenta. Essa é uma das principais lições do movimento feminista para a elaboração deste direito e para a discussão constitucional mais geral sobre a eficácia dos direitos fundamentais em relação a agentes privados. É preciso romper as fronteiras estanques, cujos limites acabam consentindo a violência doméstica, o estupro conjugal e o desrespeito ao desenvolvimento da sexualidade de adolescentes por parte de pais e educadores.

Do ponto de vista de um direito democrático da sexualidade, a esfera privada, especialmente familiar, não pode se converter em refúgio para o machismo ou o heterossexismo, implicando a desvalorização cultural e econômica, feminina, infantil, adolescente ou homossexual. De fato, no seio familiar tais desigualdades atuam de modo decisivo e contínuo para a restrição da autonomia e da igualdade de oportunidades entre os sexos e entre pais e filhos.

Aliás, para esse sentido aponta a literalidade dos instrumentos internacionais de direitos humanos. Nas palavras do artigo 5º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, o compromisso assumido pelos Estados inclui a modificação dos padrões socioculturais de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou funções estereotipadas de homens e mulheres” (NAÇÕES UNIDAS, 1998).

Essa perspectiva de direitos humanos e de direitos constitucionais fundamentais, portanto, necessita ultrapassar a barreira tradicional que proscreve sua penetração na esfera privada, possibilitando que abordagens meramente condescendentes ou preocupadas com a funcionalidade da vida em sociedade sejam superadas. Tal dado

conduz à consideração das funções de reconhecimento e distribuição a serem desempenhadas por um direito democrático da sexualidade.

OBJEÇÕES AO DIREITO DEMOCRÁTICO DA SEXUALIDADE

A afirmação de um direito da sexualidade concebido conforme exposto enfrenta, basicamente, três grandes objeções. A primeira diz respeito à legitimação democrática de juízes e legisladores para proferirem decisões e medidas protetivas da “sexualidade desviantes” contrárias à opinião pública majoritária, provendo identidades e práticas sexuais socialmente estigmatizadas de proteção jurídica, garantindo-lhes um espaço livre para a discriminação. A segunda objeção invoca razões morais para se opor a tal direito da sexualidade. Advogando uma determinada moralidade relativa à relação entre os sexos e o exercício da sexualidade pelos indivíduos, ela qualifica tais direitos como deturpações violadoras da moralidade. A terceira objeção aduz razões médicas, segundo as quais certas identidades e certas condutas na vida sexual não são mais que desvio, degeneração ou subdesenvolvimento.

A primeira objeção apresenta um argumento procedimental, *o argumento majoritário*. Como a maioria dos indivíduos de determinada sociedade rejeita e estigmatiza certas identidades e práticas sexuais, uma decisão em contrário seria uma usurpação do processo democrático, um desrespeito à vontade popular, configurando um ato arbitrário por parte do órgão legislativo ou judicial que assim decida. Do ponto de vista dos direitos humanos, esse argumento não prospera. Ele é refutado por uma das características fundamentais dos direitos humanos, especialmente quando inseridos em

Constituições nacionais, qual seja, sua função de proteção de indivíduos e grupos contra violações perpetradas por maiorias.

De fato, na própria gênese da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do constitucionalismo está a afirmação de certos direitos invioláveis e garantidos inclusive contra deliberações majoritárias. No caso da sexualidade, identidades e práticas estigmatizadas, uma vez subsumidas aos princípios básicos da igualdade e da liberdade, estão protegidas contra deliberações majoritárias que as violem. Nessa tradição do constitucionalismo e dos direitos humanos, inclusive, uma condição para a vida democrática é a preservação deste núcleo fundamental, já que sua afirmação não subverte a vida democrática; ao contrário, tal proteção é exigida pela democracia, regime que não se resume à vontade da maioria.

A segunda objeção invoca razões morais, *o argumento moralista*. Tais direitos, simplesmente, não seriam direitos, pois, sendo contrários à moral, seriam deturpações valorativas. Esse argumento se aproxima do anterior na medida em que associa à dinâmica majoritária das democracias a defesa de uma moralidade também majoritária. A resposta a tal objeção, numa perspectiva que privilegia liberdade e igualdade, vem de John Stuart Mill (2015): a única moralidade que a democracia pode acolher é a moralidade crítica, em que os argumentos do gosto, da tradição, do nojo e do sentimento de repulsa da maioria não podem ser finais, sob pena das ameaças do integrismo, do fundamentalismo das tradições, do autoritarismo vindo daqueles que se considerem iluminados.

Com efeito, os critérios da (1) ausência de dano relevante a terceiros e (2) existência de livre e espontâneo consentimento fornecem as bases para o pensamento democrático responder à objeção moral diante da liberdade sexual. Assim como uma pessoa religiosa deve aceitar a liberdade de crença e a sua decorrente possibilidade de ateísmo como a melhor forma de garantir sua vivência religiosa, uma

pessoa moralmente conservadora pode admitir as garantias de liberdade sexual, a fim de que o Estado, por meio de seus agentes, não tenha a possibilidade de interferir no exercício de sua moralidade. A ideia central formadora desses critérios é precisamente o respeito à dignidade humana: as regulações seriam incompatíveis com o respeito igual a todos, pois quando interferem nas escolhas pessoais, acabam por considerar os indivíduos incapazes de decidir por si mesmos (NUSBAUMM, 1999, p. 22).

O argumento moralista, muitas vezes, expressa-se de modo religioso. Diante disto, um direito democrático da sexualidade implica refutar discursos fundados em premissas religiosas, uma vez que a “juridicização” dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos na tradição dos direitos humanos coloca esse debate na arena mais ampla do Estado laico e democrático de direito, em sintonia com ideais republicanos. Concebidos a partir desses marcos fundamentais, os direitos sexuais podem se constituir como espaços nos quais a sociedade civil e o Estado se mantêm autônomos diante das instituições religiosas, preservando o pluralismo e o respeito à diversidade.

A terceira e última objeção, *o argumento biomédico*, relaciona-se com o discurso médico, que patologiza identidades e práticas sexuais socialmente estigmatizadas. Além de inexistir consenso ou muito menos reconhecimento oficial no meio científico acerca do caráter patológico de muitas das identidades e práticas sexuais estigmatizadas, o desenvolvimento do direito da sexualidade, em bases democráticas e atento aos direitos humanos, não pode se deixar dirigir por postulados médicos ou biológicos, cujo papel como instrumento de controle social e político tem sido há muito tempo desvelado. Essa dimensão, longe de constituir um truísmo, implica na “desmedicalização” do discurso e das práticas a respeito dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos, num movimento de genuína

democratização dos temas relacionados à sexualidade, especialmente das políticas públicas.

Nessa linha, numa combinação que geralmente agrega ao argumento médico conteúdos moralistas, alerta-se para o perigo da exposição de menores a ambientes de liberdade e igualdade sexuais. Sem adentrar na valoração negativa que está implícita nessa objeção, nem nos males causados aos jovens por essa posição (LEVINE, 2002), a preocupação com a “contaminação dos jovens” traz à tona os benefícios e os riscos da experiência democrática. O convívio com protestantes, judeus e muçumanos pode parecer arriscado para famílias católicas tradicionais, na medida em que esse contato pode redundar na conversão de seus filhos; todavia, abolir tal possibilidade importaria na supressão da dignidade humana de cada um, que ficaria não só impedido de reconhecer o valor da alteridade, como também de escolher por si mesmo suas convicções e práticas religiosas.

ALGUNS TEMAS SENSÍVEIS NO DIREITO DA SEXUALIDADE

Dentre vários temas particularmente sensíveis do direito da sexualidade, destacarei três: sua relação com os direitos reprodutivos, com a prostituição e com a pornografia.

Como visto, a ideia de direitos sexuais está vinculada de modo íntimo à afirmação dos direitos reprodutivos. É necessário, portanto, fortalecer o direito da sexualidade fazendo ir além da esfera reprodutiva, todavia, sem se esquecer de que violações a direitos sexuais estão frequentemente associadas à reprodução, tendo como vítimas as mulheres em situações de vulnerabilidade.

Assim como o direito da sexualidade não pode se reduzir a um direito da reprodução (o que deixaria de fora, inclusive, práticas

não procriativas heterossexuais) ele não deve se restringir a um direito da sexualidade não reprodutiva. Esse dado é ainda mais importante diante do desafio que é desenvolver um direito da sexualidade em face dos enfrentamentos ao machismo predominante nas relações de gênero, ao moralismo e às ideologias religiosas hegemônicas.

A prostituição é outro tema difícil. Ela desafia a ponderação da liberdade de emprego do próprio corpo em atividades econômicas (relacionada ao exercício da autonomia sexual) com um histórico de inegáveis danos (principalmente às mulheres) decorrentes da exploração sexual, que atua num contexto em que o consentimento é, na prática, muitas vezes, inexistente, dado o emprego da ameaça e da violência ou situações de absoluta necessidade. Nesse campo, a legislação internacional de direitos humanos enfatiza, de modo muito claro, a intolerabilidade da exploração sexual e de todas suas atividades preparatórias e correlatas, como a capacitação, o transporte, a acolhida, o pagamento e o tráfico de mulheres, todos visando à exploração da prostituição.

Do ponto de vista de um direito da sexualidade informado pelos princípios da liberdade e da igualdade, a prostituição reclama o combate às situações de vulnerabilidade feminina, seja cultural ou econômica. Isso pressupõe uma melhoria das condições sociais, propiciando a todos um leque maior de oportunidades – circunstância na qual a designação “profissionais do sexo” adquire seu sentido mais preciso. Dentre as discussões recorrentes, surgem a criminalização ou não da prostituição e a legitimidade de exames de saúde compulsórios. Tais tópicos, envolvendo o debate entre proibicionistas, regulamentaristas e abolicionistas (CARRARA, 1996), encontrou solução na não criminalização e na não regulamentação, conforme a Convenção Internacional para Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio – diretriz que se coaduna à preocupação com a melhoria

das condições sociais, principalmente de mulheres pobres, situação que a criminalização parece somente agravar.

Outro aspecto digno de nota para a elaboração de um direito da sexualidade nas bases propostas é a prostituição masculina. Ela traz à tona, mais uma vez, a necessidade de construir o direito da sexualidade a partir de uma perspectiva mais ampla, considerando situações de homens e mulheres. O tratamento da prostituição na prática jurídica brasileira é ilustrativo. No Brasil, a prostituição, em si mesma, não é crime, tão somente a exploração da prostituição (o chamado rufianismo). Todavia, quando se trata de prostituição masculina, diferente do que ocorre em regra com a feminina, a polícia e os operadores jurídicos subsumem-na, juridicamente de modo incorreto, ao delito de vadiagem. Na prática, isso redundará em ainda maior estigmatização de michês e travestis.

A pornografia é outra área sensível para a elaboração de um direito da sexualidade. Essa atividade apresenta possíveis danos causados a terceiros e a pessoas envolvidas, tais como a “objetificação” feminina e o reforço do machismo, com todos os efeitos colaterais decorrentes, do estímulo à violência e ao desrespeito. Sua proibição generalizada, todavia, sem critérios mais precisos relacionados à qual espécie de manifestação deve ser considerada danosa, pode causar restrições indesejáveis à liberdade de expressão, principalmente a artística.

Com efeito, da correta e necessária condenação da violência e da humilhação que decorrem de certas manifestações pornográficas, não se pode, todavia, deduzir que toda pornografia assim opere. Essa realidade aponta para a necessidade da análise, caso a caso, do contexto em que cada particular manifestação pornográfica se apresenta, banindo-se somente àquelas capazes de provocar efetivamente tal espécie de danos. Trata-se, neste ponto, de inserir o debate sobre a pornografia no contexto mais geral do conteúdo e dos limites da

liberdade de expressão, que, mesmo não sendo absoluta, admite restrições em determinados casos, cuja presença efetiva de relevantes danos fica patente (NUSBAUMM, 1999, p. 249).

Liberdade, igualdade e dignidade são os princípios estruturantes, derivados da ideia dos direitos humanos e dos direitos constitucionais fundamentais, para a construção de um direito democrático da sexualidade. Neste capítulo, sob seu influxo, procurei contribuir para sistematizar alguns dos debates mais importantes para a elaboração dessa área do conhecimento e para a prática jurídica.

Para a consecução desta tarefa, muito ainda há de ser ponderado, criticado e acrescentado. A partir deste esforço, pelo menos uma certeza fica: a da relevância do desenvolvimento, dadas as necessidades, presentes e futuras, que a construção da democracia exige diante da diversidade sexual presente em nossas sociedades e dos desafios dela decorrentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALHOUN, Cheshire. Denaturalizing and Desexualizing Lesbian and Gay Identity. *Virginia Law Review*, Symposium on Sexual Orientation and the Law, vol. 79, nº. 7, p. 1859-1875, out. 1993.

CARRARA, Sérgio. A luta antivenérea no Brasil e seus modelos. In: PARKER, Richard; BARBOSA, Regina Maria (Org.). *Sexualidades brasileiras*. Rio de Janeiro: Relume Dumará/ABIA/IMS/UERJ, 1996.

COLLIER, Richard. *Masculinity, Law and Family*. Londres: Routledge, 1995.

DINIZ, Débora. A vulnerabilidade na bioética. In: COSTA Sérgio Ibiapina F.; DINIZ, Débora (Org.). *Bioética: ensaios*. Brasília: Letras Livres, 2001.

FRASER, Nancy. *Justice Interruptus: critical reflections on the 'postsocialist' condition*. New York: Routledge, 1997.

_____. *Social Justice in the Knowledge Society: Redistribution, Recognition, and Participation*. Disponível em: <<http://wissensgesellschaft.org/themen/orientierung/socialjustice.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

GRILLO, Trina. Anti-essentialism and intersectionality: tools to dismantle the master's house. *Berkeley Women's Law Journal*, n. 16, 1995.

HEILBORN, Maria Luíza; BRANDÃO, Elaine Reis. Ciências Sociais e Sexualidade. In: _____. (Org.). *Sexualidade: o olhar das ciências sociais*. org. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

LEVINE, Judith. *Harmful to Minors: the perils of protecting children from sex*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2002.

LOYOLA, Maria Andréa. A sexualidade como objeto de estudo das ciências humanas. In: HEILBORN, Maria Luíza (Org.). *Sexualidade: o olhar das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

MILL, John Stuart. *On Liberty, Utilitarianism, and Other Essays*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

NAÇÕES UNIDAS. Convenção (1979). *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher*. Nova Iorque: Unesco, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139389por.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

NUSSBAUM, Martha. *Sex and Social Justice*. New York: Oxford University Press, 1999.

PARKER, Richard. *Na contramão da AIDS: sexualidade, intervenção, política*. Rio de Janeiro: ABIA/Editora 34, 2000.

PIMENTEL, Silvia; SCHRZITZMEYER, Ana Lúcia; PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro: crime ou "cortesia" – abordagem sociojurídica de gênero*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

ROSANVALLON, Pierre. *A nova questão social: repensando o Estado Providência*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

TAYLOR, Wilson. The discursive construction and regulation of dissident sexualities - The case of SM. In: USHER, Jane M. (org). *Body Talk - the Material and Discursive Regulation of Sexuality, Madness and Reproduction*. New York: Routledge, 1997. p. 106-130.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Levels of Generality in the definition of rights*. University of Chicago Law Review, n°. 57, 1990.

VENTURA, Miriam (Org.). *Direitos sexuais e direitos reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Advocaci, 2003.

WEEKS, Jeffrey. *Sexuality*. London: Tavistock Publications, 1986.

WINTEMUTE, Robert. *Sexual Orientation and Human Rights: the United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

3 UMA PERSPECTIVA CRÍTICA DO DIREITO, DO GÊNERO E DAS SEXUALIDADES NO MUNDO LATINO

Daniel Borrillo

Inicialmente, para descartar qualquer mal-entendido, é necessário assinalar que o conceito de latinidade não se refere exclusivamente a uma tradição cultural relacionada à herança greco-romana, ao Renascimento, ao Humanismo e, a partir da perspectiva do Direito, a certos princípios como a preeminência da lei, à lógica dedutiva, à arte da retórica, ou a certas expressões artísticas como ao Barroco ou à Ópera. O conceito comporta também a relação permanente com as principais culturas que o enriqueceram e que lhe deram o seu atual contorno: o mundo judeu-cristão, o mundo árabe, a cultura africana e os povos originários da América.

A latinidade, então, é diálogo e mestiçagem¹. Não se trata de uma identidade fixa, mas de um ponto de apoio flexível que nos per-

¹ Ver a palestra de 2003 de MORIN (2016).

mite nos localizar sem a necessidade de nos arraigar. Como destaca Edgard Morin (2016), o termo “latino” deve ser empregado como um adjetivo, e não como um substantivo.

A globalização é um fenômeno habitual para o mundo latino no qual, desde o império romano, os impérios pré-colombianos e os impérios coloniais da França, da Espanha e de Portugal outorgaram, para o bem ou para o mal, o caráter (ou a pretensão) universal às referidas civilizações.² Porém, a globalização atual, devido às novas tecnologias da comunicação, surge como potencialmente uniformizadora e enfraquecedora da diversidade cultural. Assim, acreditamos ser oportuno abrir um espaço de reflexão no qual as línguas e as culturas latinas surjam como pano de fundo dos nossos intercâmbios. A língua constitui o principal elemento, uma vez que, ao transmitir um universo de representações e de valores, desenha o espaço cultural da latinidade delimitado por todos os dialetos contemporâneos do latim. Por isso, tem-se o francês, o espanhol, o italiano e o português como principais idiomas de comunicação, sem que isso signifique descartar qualquer outra língua latina.³

O MUNDO LATINO E O DIREITO

Do ponto de vista jurídico, os países latinos da Europa e da América caracterizam-se por terem um lugar de destaque no estudo da Filosofia do Direito nas universidades. A supremacia da lei, como expressão da vontade do povo, e a necessidade de desenvolver os mecanismos de debate e deliberação democrática que permitam

² O édito de Caracala, de 212, outorga a nacionalidade a todos os homens do Império Romano.

³ Uma experiência enriquecedora ocorrida no encontro em Jaén foi a possibilidade de nos expressarmos nas nossas línguas e poder, dessa forma, comunicar todas as nuances e as sutilezas do pensamento sem a necessidade de tradução sistemática.

esclarecer os diferentes argumentos necessários para a adoção de leis representativas do sentimento popular também são elementos característicos da cultura jurídica latina. O gosto pela filosofia jurídica e o lugar que a lei ocupa nas fontes do Direito não podem ser compreendidos sem a vocação universalista do pensamento jurídico latino. A separação do domínio público e do domínio privado constitui um outro princípio político da latinidade que, junto da laicidade, permitiu deixar os atos privados das pessoas e as suas convicções mais íntimas fora da autoridade dos magistrados (cf. ATIENZA, 2007).

No seio da tradição continental, também nascem, embora mais tarde, as teorias críticas do Direito⁴ que permitem revelar os interesses e as contradições ocultas por trás do formalismo jurídico. A crítica constitui um elemento necessário para que, por exemplo, a igualdade não se transforme em uniformização e a liberdade em justificação da dominação.

Trata-se, assim, de questionar, a partir do âmbito acadêmico, as categorias jurídicas que organizam as relações pessoais e sociais. Ao tomar como objeto de análise as sexualidades e as normas que as governam a partir de uma perspectiva crítica,⁵ tentarei propor alguns

⁴ As teorias críticas do Direito têm a sua origem no pensamento marxista e na Escola de Frankfurt. Mais tarde, na França, desenvolveram-se principalmente com os trabalhos de Michel Miaille, Antoine Jammeaud e Jacques Derrida. Neste capítulo, a teoria crítica não se refere tanto ao marxismo como explicação global, mas sim à metodologia que consiste em evidenciar o sentido político oculto das categorias jurídicas. A respeito da sexualidade, os trabalhos de Simone de Beauvoir e Michel Foucault constituem os pilares do pensamento crítico, embora mais tarde muitas dessas ideias tenham sido difundidas sob a denominação de Teoria *Queer*.

⁵ Este capítulo é uma versão reformulada e completa de um artigo publicado na revista *Direito, Estado e Sociedade* n° 39 sob o título “Escapar del género: por una teoría *Queer* del Derecho de las personas y las familias”. O termo *queer* foi substituído neste capítulo pela expressão “teoria crítica”, ou simplesmente “crítica”. O emprego do vocábulo *queer* (bizarro, estranho, anormal, torto, maricas...) eclipsou o conteúdo dessa teoria que, inventada pela professora italiana Teresa de Lauretis, está fundamentada 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 escala, de Jacques Laca. A

elementos para o debate da nossa rede sobre o gênero e as sexualidades no mundo latino. Em primeiro lugar, analisarei a questão da liberdade sexual e a necessidade de pensar a neutralidade ética do Estado laico em matéria sexual. Depois, a partir da crítica das instituições sexuais e de uma visão pós-estruturalista e pós-feminista do Direito, tratarei da pertinência do gênero como categoria de identificação imposta pelo Estado. Também a orientação sexual será submetida a uma análise crítica, a fim de estabelecer os limites da sua capacidade emancipadora. Como a sexualidade foi interpretada como sendo o que fundamenta as relações familiares e filiais, é necessário repensá-la de forma autônoma, ou seja, fora da ordem hierárquica do gênero e independentemente da sua finalidade reprodutiva. Para tanto, a velha figura latina do contrato, revisitada e atualizada pelos imperativos da igualdade, constitui um elemento vital para pensar um direito da sexualidade de caráter individual e, ao mesmo tempo, integrador da diversidade e emancipador a respeito de certas identidades não escolhidas que, com frequência, encerram as pessoas em categorias rígidas.

A LIBERDADE SEXUAL

A liberdade sexual é a capacidade de agir eroticamente, sem coação, e de se expressar sexualmente conforme escolha própria. A vontade e o consentimento constituem os pilares nos quais se fundamenta a liberdade sexual. Como qualquer outra liberdade, compõe-se de dois elementos indissociáveis: o direito do indivíduo

crítica às formas institucionais de subjetivação e a todas as formas de essencialismos foi retirada desses autores, razão pela qual, no campus americano, foi chamada de “Teoria *Queer*”; mas como, conforme a própria inventora, atualmente “*queer* não é mais do que uma criatura da indústria editorial conceitualmente vazia”, o melhor é voltar o olhar para os autores europeus que lhe deram o seu conteúdo e o seu sentido verdadeiramente crítico.

a exercê-la e a obrigação de todos os membros da sociedade de absterem-se de interferir. O único limite dessa liberdade deveria ser aquele de não prejudicar o próximo. No entanto, quando pensamos na sexualidade como expressão da liberdade, deparamo-nos com o seguinte paradoxo: as sociedades modernas que não deixam de festejar a autonomia do indivíduo e que proclamam a separação da Igreja e do Estado continuam, no entanto, abordando a moral sexual a partir de uma perspectiva religiosa.

Admite-se unanimemente que a própria natureza da nossa democracia nos conduz à proteção de todas as formas de liberdade (expressão, comércio, imprensa, circulação, etc.). Apesar disso, a liberdade sexual é sistematicamente apresentada sob uma perspectiva negativa e, enquanto nos afastamos daquilo que é considerado como sexualmente normal, as noções de “dignidade humana” ou de “corpo fora do comércio” servem para justificar os limites à liberdade de dispor de si mesmo, do seu próprio corpo e da sua sexualidade. É como se, ao evocar a sexualidade, a liberdade fosse encoberta pelo abuso, pela exploração ou pela alienação que essa sexualidade necessariamente implicaria.

A falta de capacidade de pensar o exercício da sexualidade como qualquer outra liberdade tem a sua origem na cultura erótica ocidental. O cristianismo, sem dúvida alguma, desempenhou o principal papel na representação social da sexualidade. Se o matrimônio é apresentado atualmente como o espaço da sexualidade legítima, na realidade o ideal sexual da Igreja continuou sendo a abstinência. Manifestação por antonomásia do pecado, o sexo deve ser evitado, exercitando-se constantemente o espírito. Não podemos esquecer que a vida monástica foi, durante séculos, o modelo a ser imitado. Mas isso, na realidade, pertence ao universo teológico. Em uma sociedade democrática, a neutralidade moral do Estado deveria constituir a principal condição para garantir a liberdade individual.

A INDIFERENÇA MORAL DO ESTADO

A indiferença moral do Estado, sobre a qual trataremos mais amplamente adiante, está fundamentada na ideia de que o Estado deve se abster de nos dizer o que é bom e o que mau para nós mesmos e se limitar estritamente a punir os comportamentos prejudiciais ao próximo. Contrariamente ao Estado paternalista, o Estado democrático não substitui as escolhas dos indivíduos; estes últimos são os únicos capazes de determinar aquilo que lhes convém.

Como manifestação da vida privada, a liberdade sexual deveria implicar, então, a possibilidade de termos relações sexuais com quem desejarmos e nas condições pré-estabelecidas com o parceiro. A liberdade sexual também implica o direito de escolher manter relações sexuais com uma ou várias pessoas, esporádica ou regularmente, gratuita ou onerosamente. Além disso, cada um deve se sentir livre para se expressar eroticamente como quiser: a carícia e a surra (livremente consentida) constituem duas formas legítimas das manifestações sexo-afetivas.

Lamentavelmente, esse paradigma que deveria constituir a base do nosso sistema moral e jurídico está em profunda crise. Assim, em relação à entrega a jogos eróticos de natureza sadomasoquista, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos dá a razão àqueles Estados europeus que penalizam esses atos em nome da integridade física de quem livremente os pratica. Uma resolução de 1997 confirmou a sentença de um tribunal britânico que tinha condenado um grupo de homossexuais a quatro anos de prisão por lesões corporais produzidas por práticas sadomasoquistas.⁶ Apesar de os rituais de flagelação com cera quente, anzóis e agulhas serem realizados em um clube privado e embora nunca tenha sido necessário solicitar a intervenção de

⁶ Ver Laskey, Jaggard e Brown contra o Reino Unido (UNIÃO EUROPEIA, 1997).

um médico, um tribunal do Reino Unido condenou os participantes, que foram obrigados a recorrer ao Tribunal Europeu, esperando anular a decisão inglesa. Surpreendentemente, o Tribunal Europeu justificou a legislação inglesa e respaldou o governo daquele país ao considerar que o sadomasoquismo não constitui uma “expressão sexual”, mas, sim, um “ato de violência” e que, apesar do consentimento das pessoas que o praticam, esses atos “podem ser comparados a torturas genitais”. Para as autoridades britânicas e para o Tribunal de Estrasburgo, o sadomasoquismo “atenta contra o respeito que os seres humanos devem uns aos outros”. Em nome da “proteção da moral”, os juízes confirmaram a proibição do sadomasoquismo no Reino Unido. Mas, a que moral se referem os juízes de Estrasburgo? Em qualquer caso, não à moral laica e democrática. Como vimos, a moral sexual do Estado democrático está baseada na capacidade para consentir, vale dizer que, se o indivíduo é maior de idade, não está sob pressão física ou psíquica e não foi induzido ao erro, não há razão alguma para que o Estado proíba as práticas sadomasoquistas. Se, além disso, tratava-se de feridas leves, que de forma alguma representavam danos irreparáveis para a saúde ou para a integridade física, o que é imoral nesse caso em análise é justamente que o Estado condene essas práticas, uma vez que se trata de uma invasão abusiva na vida privada.

Progressivamente, a noção de dignidade humana é invocada como base na argumentação para proibir determinadas práticas sexuais. De natureza emancipadora quando se refere à proteção de terceiros, a noção de dignidade humana aplicada à proteção do indivíduo pode se transformar 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 indivíduos. Conforme essa ideologia,

a pessoa participa da humanidade, e é em nome dessa parte da humanidade que o Estado tem o direito de intervir, mesmo contra a vontade do indivíduo. A fim de defender a dignidade humana contra a liberdade sexual, estabeleceu-se 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 de Reagan, constitui um exemplo paradigmático dessa associação (GAUDREULT-DESBIENS, 2001).

O PÂNICO MORAL

Depois dos Estados Unidos, uma onda de penalização da sexualidade começa a surgir nas legislações e jurisprudências dos países europeus. Na França, a prostituição foi indiretamente penalizada e, na Suécia, não apenas as prostitutas e os prostitutos, mas também os clientes são perseguidos pela lei. Em nome da dignidade humana, multiplicam-se os relatórios oficiais que tendem a censurar a pornografia, inclusive aquela consumida por adultos.

Outra questão relacionada às práticas sadomasoquistas chegou aos Tribunais europeus.⁷ Assim como os *gays* ingleses, um casal belga foi condenado por lesões e feridas causadas pelas sessões sadomasoquistas que consistiam em “bater na vítima, pendurá-la pelos bicos dos seios e introduzir na sua vagina e no ânus vibromassageadores, o punho da mão, pinças e pesos...” A mulher declarou ser consciente dos seus atos e afirmou que havia sido ela quem havia solicitado ao seu marido que a levasse a clubes privados sadomasoquistas. No entanto, o Tribunal Europeu considerou que a interferência dos poderes públicos não era contrária ao direito à vida pri-

⁷ Ver K.A. e A.D. contra Bélgica (UNIÃO EUROPEIA, 2005).

vada, protegido pelo Acordo Europeu, uma vez que existem “razões particulares graves” que a justificavam.

Embora o motivo invocado sistematicamente pelas autoridades seja a lesão física (que não pode ser justificada pela aplicação do princípio do direito penal, segundo o qual o consentimento da vítima não elimina o crime), na realidade o que está em jogo é o estatuto do sexo e do erotismo extremo. Ao final, as lesões físicas voluntárias foram apresentadas inúmeras vezes perante os tribunais, especialmente com relação à prática esportiva do box ou à prática religiosa da flagelação. Da mesma forma, as intervenções cirúrgicas, as tatuagens e o body piercing constituem ingerências na integridade física que não produzem efeitos penais. De fato, nesses casos, os juízes não hesitaram em considerar que as lesões provocadas por essas práticas constituíam uma exceção e que não podiam ser penalizadas como se se tratassem de lesões comuns. Então, por que não aplicar esse raciocínio também ao sadomasoquismo?

A resposta parece ser bastante simples: porque não se trata de esporte, religião, medicina ou estética (atos valorizados socialmente), mas de sexo. Esse último continua sendo um tabu na nossa sociedade e os juízes reproduzem a ideologia antisssexual que caracteriza a nossa cultura. A sexualidade não é pensada a partir do prazer ou do desejo, mas a partir da norma monogâmica reprodutora fundamentada no amor. O sadomasoquismo questiona os nossos valores, uma vez que subverte, embora ludicamente, as representações nas quais está fundamentada a moral sexual ocidental. Ao colocar em cena a dominação e fazer desta uma prática controlável e negociável por parte dos indivíduos que livremente participam dela, não apenas ridiculariza o romanticismo amoroso como também “esmaga” os órgãos genitais (em vez de celebrá-los, como o faz o modelo erótico dominante). Diferentemente das relações eróticas consideradas como normais, vale dizer fundamentadas no amor e potencialmente repro-

dutoras, o sadomasoquismo não tende a ocultar a dominação sexual por trás do véu romântico do amor, mas, pelo contrário, manifesta essa dominação da forma mais crua. Sua representação, frequentemente com elevado conteúdo estético, subverte os valores dominantes por meio da paródia do poder masculino. Inclusive, vai mais longe, uma vez que, em muitos casos, o sadomasoquismo minimiza a sexualidade para instaurar no seu lugar uma forma de prazer sem intercâmbio genital.

Para Michel Foucault, o exercício do prazer físico pode constituir a base de um processo de subjetivização alternativo. Assim, podemos inventar novas formas de nos relacionarmos com os demais e conosco. Para Foucault, o sadomasoquismo é um exemplo de subjetivização. Segundo o filósofo francês, tal prática não pode ser vista como uma forma violenta do ato sexual, mas, sim, como algo que representa uma possibilidade de criação de novos prazeres:

No sadomasoquismo existe um tipo de criação que se caracteriza pelo que eu chamo de dessexualização do prazer. Considero muito equivocada a ideia segundo a qual o prazer corporal deveria provir sempre do prazer sexual e a ideia de que o prazer sexual é a base de qualquer prazer possível. As práticas sadomasoquistas mostram que podemos produzir prazer com coisas estranhas, com partes estranhas do nosso corpo, em situações peculiares (FOUCAULT, 1999, p. 419-420, tradução nossa).

O sadomasoquismo cria, segundo David Halperin, uma nova cartografia corporal do prazer, na qual os órgãos genitais deixam de ser a capital do prazer (HALPERIN, 2000).

Considerando a crítica de Foucault, vemos então que, além do sexo, o que os juízes realmente condenam é o exercício do prazer, de um prazer pelo próprio prazer, sem mais finalidade que o êxtase do desejo. De um desejo que não nasce do ideal romântico, do amor espiritual que se encarna no corpo dos amantes, mas da prática extrema de corpos que se encontram em comunicação graças a uma

linguagem pouco convencional. O que se castiga é justamente essa linguagem, considerada equivocadamente pela cultura sexual dominante como violência.

O sadomasoquismo é uma representação da dominação, mas nada tem a ver com a dominação real. Os rituais de submissão não são mais do que formas litúrgicas do prazer.

Em nome da proteção dos indivíduos, o que os juízes fazem é impedir a livre circulação do prazer e, em vez de condenar o sadomasoquismo (comparando-o à agressão física), deveriam ter se dado ao trabalho de compreender essa forma de expressão do prazer humano. Em vez de garantir os espaços de liberdade sexual construídos por indivíduos autônomos, os juízes impõem uma visão normalizadora da sexualidade.

A prostituição e o sadomasoquismo são figuras interessantes, uma vez que nos permitem refletir sobre a liberdade sexual de uma forma radical. Se somos livres para dispor dos nossos corpos para estabelecer relações sexuais fundamentadas no amor e na ternura, também deveríamos sê-lo para todas as outras formas de expressão sexual, embora sejam socialmente menos valorizadas.

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 antidiscriminação do Distrito de Colúmbia). A generalização da expressão corresponde a uma estratégia política do coletivo *gay* dos Estados Unidos, inspirado no movimento dos *Civil Rights*: a homossexualidade, tal como a raça, é representada como condição inata, estável e permanente. Um século antes, o inventor do termo *homosexualität*, Karl Maria Kertbeny, em uma carta ao ministro da justiça prussiano, em

1869, tinha utilizado a expressão para demonstrar o absurdo que era penalizar uma condição sexual não escolhida. A estratégia determinista de Kertbeny não demorou a dar frutos. Rapidamente, o termo homossexualidade começa a adquirir uma dimensão clínica, principalmente depois que o sexologista alemão Krafft-Ebing o introduziu na sua enciclopédia *Psychopathia Sexualis*, em 1886. Essa concepção existencialista e de origem clínica, embora tenha a tendência a se apresentar como sendo universal, corresponde a um espaço específico, relacionado à burguesia do norte europeu primeiro e, mais tarde, com as alianças estratégicas dos *gays* da *middle class* dos Estados Unidos com outros movimentos sociais. Contrariamente ao sodomita ou ao invertido, o homossexual não se refere a uma depravação moral (ou a uma alteração da ordem sexual), mas a uma classificação médica. Enquanto nos países do Sul da Europa se manteve a diferenciação entre os ativos (pouco ou quase não condenados, pois não eram considerados *gays*) e os passivos (objetos de zombarias e ofensas), o Norte começa a construir uma identidade, um ser à parte, com uma história psicológica específica, como Michel Foucault demonstrou magistralmente.

Podemos afirmar que a noção de orientação sexual é herdeira da categoria raça de uma forma indireta e direta da categoria homossexualidade. De fato, o termo heterossexualidade aparece como contrapartida ao homossexual. Antes da invenção da homossexualidade, a sexualidade das pessoas heterossexuais não era definida de forma genérica, reagrupando uma realidade única. De fato, ela pouco tem a ver com a sexualidade do Marquês de Sade e com a da rainha Vitória, embora os dois fossem heterossexuais. Da mesma forma, a orientação sexual tende a uniformizar os desejos e os comportamentos sexuais de forma reducionista em três categorias: heterossexualidade, homossexualidade e bissexualidade. Essa tripartição está fundamentada na visão binária do gênero, mas, uma

vez que se rompa com essa evidência, é lógico que se multipliquem as possibilidades, já que seria pouco sério reduzir o desejo a apenas três possibilidades.

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 das suas relações familiares e sociais emancipado da carga multissecular do gênero. Reapropriar-se da tradição universalista e formalista do Direito continental carrega em si, de forma paradoxal, um gesto crítico, uma vez que ao reivindicar a tradição para incluir os “hereges”, estamos denunciando o confisco do universalismo por parte de uma minoria (heterossexual, masculina, branca, burguesa, europeia) englobando nele todos os outros partícipes do mundo comum, como propunha Hannah Arendt (2005).

Com relação ao formalismo jurídico, uma vez purificado da sua dimensão pretensamente apolítica e neutra, permite-nos pensar o sujeito de Direito sem contexto psicológico-sexual, ou seja, sem as amarras do gênero e da orientação sexual que, com frequência, constituem perigosos moldes uniformizadores nas mãos do Estado.

Finalmente, a reapropriação do contrato permite deixar nas mãos dos indivíduos - e apenas nelas - a delimitação das fronteiras que desejam estabelecer nas suas relações individuais, familiares e sociais. Um pensamento crítico das sexualidades no mundo latino não é definitivo, mas permite que cada indivíduo escolha o lugar e os papéis que deseja interpretar no amplo teatro do Direito.

Contrariamente à tradição anglo-saxã, que tende a fazer do gênero e da sexualidade uma categoria política com efeitos tutelares,⁸ a tradição latina não necessita dessa categorização para enviar a questão de gênero e a sexualidade para a intimidade da vida pri-

⁸ Como se vê na noção de categoria suspeita da Suprema Corte dos Estados Unidos.

vada. O Estado jamais deve se interessar pelos nossos órgãos genitais, menos ainda pelos nossos desejos e fantasmas sexuais, pelo que fazemos com eles e por como nos definimos sexualmente. Trata-se de situações juridicamente irrelevantes, que não podem nem devem condicionar a cidadania.

Para libertar-se pessoalmente de estereótipos e preconceitos do gênero, devemos começar a denunciar a categoria cristalizada na lei. Para promover uma política de igualdade entre todos os indivíduos, o Estado deve tender à indiferenciação, para tratar com indivíduos e não com grupos de homens e mulheres.

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABENSOUR, Leon. *Le féminisme sous le règne de Louis-Philippe et en 1848*. Paris: Plon, 1913.

_____. *La femme et le féminisme avant la Révolution*. Paris: E. Leroux, 1923.

ARENDT, Hannah. *La condición humana*. Barcelona: Paidós, 2005.

ATIENZA, Manuel. Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino. *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30, p. 661-663, 2007.

BERLIN, Isaiah. *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1990.

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

BOUVIER, Jeanne. *La lingerie et les lingères*. Paris: Gaston Doin et Cie Éditeurs, 1928.

BROWN, Peter. *The Body and Society: men, women, and sexual renunciation in early Christianity*. New York: Columbia University Press, 1988.

FOUCAULT, Michel. Michel Foucault, una entrevista: sexo, poder y política de la identidad. In: _____. *Estética, ética y hermenéutica*. Barcelona: Paidós, 1999.

GAUDREAUULT-DESBIENS, Jean-François. *Le sexe et le droit*. Sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon. Québec: Liber, 2001.

HALPERIN, David. *Saint Foucault*. Paris: Epel, 2000.

JOHNSON, Myra T. Asexual and Autoerotic Women: Two Invisible Groups. In: GOCHROS, Harvey L. GOCHROS, Jean S. (Org.) *The Sexually Oppressed*. Associated Press, 1977.

MORIN, Edgard. *La latinité* [2003]. Disponível em: <<http://archive.mcxapc.org/docs/conseilscient/latinite.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de cultura económica, 1979.

RUBIN, Gayle. *Surveiller et jouir: anthropologie politique du sexe*. Paris: Epel, 2010.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Acórdão. *Processos n.º 21627/93; 21628/93; 21974/93*. Laskey, Jaggard e Brown contra o Reino Unido. Presidente: R. Bernhardt. Strasbourg, França, 17 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://worldlii.org/eu/cases/ECHR/1997/4.html>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Acórdão. *Processos n.º 42758/98 e 45558/99*. K.A. e A.D contra Bélgica. Presidente: C.L. Rozakis. Strasbourg, França, 17 de fevereiro de 2005. Disponível em <http://www.rtdh.eu/pdf/20050217_ka-ad_c_belgique.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2016.

4 DIREITOS SEXUAIS: ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO NO DIREITO BRASILEIRO

Roger Raupp Rios

Este capítulo objetiva fornecer um panorama dos direitos sexuais no direito brasileiro a partir da perspectiva dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Neste esforço, toma como referência o tratamento jurídico e o debate contemporâneo brasileiros diante das demandas jurídicas articuladas pelo denominado movimento LGBTT.

Assim, após uma breve notícia histórica do tratamento da homossexualidade no direito brasileiro, busca-se identificar as principais tendências e tensões que caracterizam o desenvolvimento dos direitos sexuais no país,¹ com os olhos atentos às questões de orientação sexual e identidade de gênero. A seguir, destacar-se-á o

¹ Sobre o quadro mais amplo da reflexão sobre os direitos, objeto deste trabalho, considerando o cenário latino-americano, ver o artigo “Sexual Rights of Gays, Lesbians, and Transgenders Persons in Latin America: a Judge’s View” (RIOS, 2010).

conteúdo da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca das uniões de pessoas do mesmo sexo, cuja importância e influência no quadro jurídico brasileiro atual são inquestionáveis. Ao final, indicar-se-á os temas mais urgentes e disputados nessa arena, com destaque para a criminalização da homofobia e as ameaças à laicidade estatal.

NOTÍCIA HISTÓRICA DO TRATAMENTO JURÍDICO DA HOMOSSEXUALIDADE NO BRASIL: DA REPRESSÃO COLONIAL À DESCRIMINALIZAÇÃO IMPLÍCITA EM 1988

O direito brasileiro tem suas raízes históricas no direito colonial português. Com a chegada dos portugueses nas terras coloniais, em 1500, passou a vigorar o direito lusitano, acompanhado das regulações eclesiásticas católicas, conforme a área do direito e a questão envolvida. Comportamentos dissociados da moral vigente, que qualificava como pecado e como ilícito jurídico tudo que destoasse do coito vaginal entre pessoas de sexos opostos, eram submetidos à forte repressão, sendo considerados, ainda, causadores de desgraças naturais, tais como terremotos, enchentes e dilúvios. Sejam atos sexuais praticados entre nativos, sejam praticados por colonizadores portugueses, entre homens ou entre mulheres, uniam-se, na apuração dos delitos e na execução das penas, o tribunal do Santo Ofício, a justiça eclesiástica e a justiça secular (TREVISAN, 2000, p. 67). Tudo em um sistema punitivo animado pela prática premiada da delação e pela punição daqueles que, comprovadamente sabendo, não denunciavam às autoridades a prática da sodomia.

Além dos açoites e do degredo, a pena indicada aos praticantes do “vício nefando” chegava à morte, com a entrega do corpo à fogueira e o corpo reduzido a pó, “para que dele nem de sua sepultura pudesse ser ouvida memória”, como consta no texto das *Ordenações*

Afonsinas, de 1446 (ORDENAÇÕES AFONSINAS, 1984, p. 54). Os termos das *Ordenações Filipinas* de 1603 eram ainda mais graves, mediante a imposição de penas além do condenado e, inclusive, com a menção explícita às mulheres como possíveis agentes do “vício italiano” (ORDENAÇÕES FILIPINAS, 1985).

A criminalização da sodomia perdurou no direito brasileiro até o Código Penal do Império, de 1830. Promulgado no ambiente ideológico do iluminismo liberal, e influenciado pelo Código Criminal napoleônico de 1810 e pelo Código Napolitano de 1819, o primeiro código penal do Brasil independente acabou por influenciar a legislação espanhola e latino-americana.

Não obstante a descriminalização havida no Código Criminal do Império, as práticas homossexuais voltam a ser criminalizadas, no âmbito militar, em 1891, (como constava no artigo 148 do Decreto nº 18, de 7 de março de 1891, do Código Penal da Armada), sendo-lhe cominada a pena de “prisão com trabalho por um a quatro anos” a quem estivesse a serviço da marinha de guerra e atentasse “contra a honestidade de pessoa de um ou outro sexo por meio de violência ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas, ou por depravação moral, ou por inversão de instinto sexual”.

Hoje vigora, desde 1969, Código Penal Militar que tipifica o ato libidinoso, com o destaque explícito ao ato homossexual e, mais ainda, com a inserção do *nomen juris* de “pederastia”. Essa regra prevaleceu até o advento do Código Penal Militar de 1944 (Decreto Lei nº 6.227, de 24 de janeiro de 1944), que determinava a pena de “detenção, de seis meses a um ano” a quem praticasse a conduta mencionada no referido decreto, no capítulo sobre crimes sexuais, que previa: “praticar ou permitir o militar que com ele se pratique um ato libidinoso no recinto sob a administração militar”. Se tratava de uma norma criminal que, sem se destinar a uma orientação sexual específica, era claramente dirigida contra os homossexuais.” Desse modo,

ao menos até a promulgação da Constituição Federal de 1988, que importou revogação implícita da norma penal incriminadora de atos homossexuais, subsistiram normas jurídicas criminais repressivas da homossexualidade.²

DIREITOS FUNDAMENTAIS, ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO A PARTIR DE 1988: TENDÊNCIAS E TENSÕES DESDE AS PRIMEIRAS DEMANDAS ATÉ A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2011)

A Constituição de 1988 representa não somente um rompimento com o autoritarismo marcante da ditadura militar iniciada em 1964; do ponto de vista jurídico, ela é um marco na afirmação da proeminência dos direitos humanos e dos direitos fundamentais na ordem jurídica nacional. A lista de direitos fundamentais inscritos no Título II do documento constitucional, juntamente com a estatura privilegiada dos direitos humanos veiculada na ordem internacional e incorporada à legislação brasileira, possibilitou a tradução normativa das demandas democráticas por indivíduos e grupos no cenário nacional. As demandas pelo reconhecimento de direitos humanos relacionados à orientação sexual e à identidade de gênero se inscrevem neste contexto. A partir de meados dos anos 1990, aportam aos tribunais brasileiros os primeiros litígios judiciais desafiando a discriminação sexual. Numa retrospectiva histórica, pode-se afirmar que, a partir de então, e até a decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada em 2011, o direito brasileiro experimentou uma fase de afirmação de direitos sexuais, em especial voltados contra a dis-

² A propósito, ao julgar a ADPF n. 291, o Supremo Tribunal Federal declarou a incompatibilidade das referências à homossexualidade e à pederastia no tipo legal.

criminação por motivo de orientação sexual. Já as demandas relacionadas à identidade de gênero (relativas, em especial, à alteração de nome e de sexo no registro civil), passam a se apresentar de modo mais significativo e a suscitar debate mais intenso somente a partir da segunda década deste século (OLIVEIRA, 2012).

No plano constitucional, o direito brasileiro registra, além da existência de projeto de emenda constitucional arquivado que visava à inclusão da orientação sexual como explícito critério proibitivo de discriminação,³ previsões constitucionais estaduais específicas em alguns estados da federação (Mato Grosso⁴, Sergipe⁵, Piauí⁶ e no Distrito Federal⁷).

No plano legislativo interno, há duas referências na legislação federal: a Lei n. 9.612, de 1998⁸ (que trata da proibição de discriminação por motivo de “preferências sexuais” na programação da radiodifusão comunitária), e a Lei n. 11.340, de 2006 (que combate a violência doméstica e familiar contra a mulher, sem distinção de orientação sexual).⁹ Nos âmbitos estadual e municipal, mais de uma centena de localidades brasileiras e alguns estados federados sancionaram leis, de cunho administrativo, proibindo discriminação por motivo de orientação sexual (CEZÁRIO; KOTLINSKI; NAVARRO, 2007).

Nesse conjunto de normas, merece destaque o Programa Brasil sem Homofobia (Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra LGTB – lésbicas, *gays*, transgêneros e bisse-

³ Ver a Proposta de Emenda Constitucional nº 67, de 30 de junho de 1999 (BRASIL, 1999).

⁴ Ver a Constituição do Estado do Mato Grosso (MATO GROSSO, 2011).

⁵ Ver a Constituição do Estado de Sergipe (SERGIPE, 2012).

⁶ Ver a Constituição do Estado do Piauí (PIAUI, 2011).

⁷ Ver a Lei Orgânica do Distrito Federal (DISTRITO FEDERAL, 2011).

⁸ Ver BRASIL, 1998.

⁹ Ver BRASIL, 2006.

xuais – e de Promoção da Cidadania de Homossexuais), lançado em 2004, pela Secretaria Especial de Direitos Humanos (CONSELHO, 2004). É, em suas palavras, um programa composto por diferentes ações, visando: (a) apoio a projetos para fortalecer instituições públicas e não governamentais que atuam na promoção da cidadania homossexual e/ou na luta contra a homofobia; (b) treinamento de profissionais e representantes do movimento homossexual que atuem na defesa dos direitos humanos; (c) divulgação de informações sobre os direitos, e a promoção da auto-estima homossexual; e (d) um incentivo para denunciar violações de direitos humanos LGBT. Antes do Programa, as duas versões do Plano Nacional de Direitos Humanos (1996 e 2002) mencionavam o combate à discriminação com base na orientação sexual, sem, no entanto, desenvolver principalmente esse item.

A inserção da proibição de discriminação por orientação sexual iniciou-se em virtude de demandas judiciais, a partir de meados dos anos 1990, voltadas para as políticas de seguridade social (LEIVAS, 2003, p. 111). Sucederam-se logo, concentradas nos primeiros anos do terceiro milênio, decisões judiciais e iniciativas legislativas – municipais e estaduais –, disseminadas por diversos estados da Federação.

Um exame do conteúdo dessas iniciativas chama a atenção para duas tendências: a busca por direitos sociais como reivindicação primeira, na qual a diversidade sexual se incluiu, e a utilização do direito de família como argumentação jurídica recorrente. Tais tendências caracterizam uma dinâmica peculiar do caso brasileiro, dado que, em outros países, em regra, a luta por direitos sexuais inicia-se pela proteção da privacidade e da liberdade negativa e tem como etapa final a caracterização jurídico-familiar das uniões de pessoas do mesmo sexo. Além dessas tendências, a inserção da diversidade sexual, assim como manifestada na legislação existente, revela a tensão

entre as perspectivas universalista e particularista no que diz respeito aos direitos sexuais e à diversidade sexual, de um lado, e à luta por direitos específicos de minorias sexuais, de outro.

A primeira tendência a ser examinada é a utilização de demandas reivindicando direitos sociais como lugar onde se defendeu a diversidade sexual. Como referido, enquanto em países ocidentais de tradição democrática a luta por direitos sexuais ocorreu, inicialmente, pelo combate a restrições legais à liberdade individual, no caso brasileiro o que se percebe é a afirmação da proibição da discriminação por orientação sexual como requisito para o acesso a benefícios previdenciários. Tal é o que revela, por exemplo, a superação no direito europeu da criminalização do sexo consensual privado entre homossexuais adultos – a chamada sodomia – com fundamento no direito de privacidade, ao passo que, no caso brasileiro, desde o início, o combate à discriminação foi veiculado em virtude da exclusão discriminatória contra homossexuais do regime geral da previdência social, quando se tratava de pensão e auxílio-reclusão para companheiro do mesmo sexo.

Uma hipótese para a compreensão desse fenômeno vem da gênese histórica das políticas públicas no Brasil. Gestadas em suas formulações pioneiras em contextos autoritários, nos quais os indivíduos eram concebidos muito mais como objetos de regulação estatal do que sujeitos de direitos, essas dinâmicas nutrem concepções frágeis acerca da dignidade e da liberdade individuais. Alimentadas pela disputa política entre oligarquias e pelo referencial do positivismo social, as políticas públicas no Brasil caracterizaram-se pela centralidade da figura do trabalhador como cidadão tutelado, caracterizando um ambiente de progresso econômico e social autoritário, sem espaço para os princípios da dignidade, da autonomia e da liberdade individuais (BOSI, 1992). Daí a persistência de uma tradição que privilegia o acesso a prestações estatais positivas em detrimento

da valorização do indivíduo e de sua esfera de liberdade e respeito à sua dignidade, dinâmica que se manifesta na história das demandas por direitos sexuais mediados pelos direitos sociais no Brasil.

A segunda tendência é a recorrência aos argumentos do direito de família. De fato, não é difícil perceber que a inserção de conteúdos antidiscriminatórios relativos à orientação sexual valeu-se de argumentos de direito de família, o que se manifesta de modo cristalino na extensão do debate jurídico – dos tribunais e daqueles que se dedicam a estudar direitos sexuais – acerca da qualificação das uniões de pessoas do mesmo sexo. A par da polêmica sobre a figura jurídica adequada a essas uniões, é comum a associação, de modo necessário, entre o reconhecimento da dignidade e dos direitos dos envolvidos à assimilação de sua conduta e de sua personalidade ao paradigma familiar tradicional heterossexual.

As razões disso podem ser buscadas na já registrada fragilidade dos princípios da autonomia individual, da dignidade humana e da privacidade que caracterizam a cultura brasileira. Fora da comunidade familiar, na qual o sujeito é compreendido mais como membro do que como indivíduo, mais como parte, meio e função, que como fim em si mesmo, não haveria espaço para o exercício de uma sexualidade indigna e de categoria inferior.

Além disso, uma rápida pesquisa sobre as respostas legislativas estaduais e municipais revela a predominância de duas perspectivas quanto à diversidade sexual. De um lado, diplomas legais de cunho mais particularista, nos quais uma categoria de cidadãos é identificada como destinatária específica da proteção, como é o caso, por exemplo, da legislação paulista sobre combate à discriminação por orientação sexual, Lei n.º 10.948 de 2001 (SÃO PAULO, 2001). De outro lado, tem-se diplomas mais universalistas, destacando-se a lei gaúcha, Lei n.º 11.872 de 2002, que “dispõe sobre a promoção e reconhecimento da liberdade de orientação, prática, manifesta-

ção, identidade, preferência sexual e dá outras providências” (RIO GRANDE DO SUL, 2002).

Enquanto os primeiros referem-se a “qualquer cidadão homossexual (masculino ou feminino), bissexual ou transgênero”, conforme o art. 1º da lei do município de Juiz de Fora – MG (2000), no Estado do Rio Grande do Sul se

reconhece o direito à igual dignidade da pessoa humana de todos os seus cidadãos, devendo para tanto promover sua integração e reprimir os atos atentatórios a esta dignidade, especialmente toda forma de discriminação fundada na orientação, práticas, manifestação, identidade, preferências sexuais, exercidas dentro dos limites da liberdade de cada um e sem prejuízo a terceiros (RIO GRANDE DO SUL, 2002, art. 1º).

Não se questiona, em nenhum momento, a intenção antidiscriminatória presente nesses dois modelos de respostas. No entanto, é necessário estar atento às vantagens, às desvantagens e aos riscos de cada um deles.

A adoção de estratégias mais particularistas expõe-se a riscos importantes: reificar identidades, apontar para um reforço do gueto e incrementar reações repressivas (basta verificar o contra-discurso conservador dos “direitos especiais” e a ressurgência de legislação medicalizadora “curativa” de homossexuais). Isso sem se falar dos perigos de limitar a liberdade individual na potencialmente fluida esfera da sexualidade (preocupação expressa pela Teoria *Queer*) e de requerer, quando acionados os mecanismos de participação política e de proteção estatal, definições identitárias mais rígidas acerca de quem é considerado sujeito da proteção jurídica específica. Nesse contexto, mostra-se preferível a adoção de estratégias mais universalistas. Elas parecem ser capazes de suplantar as dificuldades de uma concepção meramente formal de igualdade, desde que atentas às diferenças reais e às especificidades que se constroem a cada momento,

sem nelas se fechar; trata-se de reconhecer a diferença sem canonizá-la, trabalhar com as identidades autoatribuídas sem torná-las fixas e rejeitar a reificação do outro.

A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A UNIÃO DE PESSOAS DO MESMO SEXO

Sem dúvida, a decisão do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, de que a união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo constitui entidade familiar, como união estável, dando interpretação conforme a Constituição ao Código Civil, art. 1273 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, decisão conjunta¹⁰) repercutiu de forma muito intensa no desenrolar dos direitos sexuais no Brasil.

Esta seção enfoca a repercussão jurídica dessa decisão. Ainda assim, em relação aos demais, vale registrar, ainda que brevemente, que a manifestação do tribunal impacta na saúde psíquica de muitos indivíduos e famílias, ajudando-os a se perceberem de maneira mais tranquila e menos atormentada, dada a força simbólica que carrega, visto que muitos coexistem intimamente de uma maneira conturbada com sua própria sexualidade e com a sexualidade de seus próximos.

A repercussão política da decisão judicial tampouco é questionada. Pouco depois da decisão tomada, militantes e ativistas religiosos vieram a público, manifestando-se nos meios de comunicação, em passeatas, em púlpitos e até mesmo no Parlamento, clamando contra o “ativismo” judicial do STF, contra a “usurpação” “da competência do Parlamento e até mesmo exigindo o “direito”

¹⁰ Ver Brasil, 2011.

dos religiosos de exercer a sua influência, como porta-vozes de uma crença estatisticamente majoritária, nos assuntos do Estado.

Registradas essas repercussões, a presente análise se concentra no âmbito propriamente jurídico, dividindo-se em dois tempos. Inicialmente, serão listadas algumas das mais importantes e diretas repercussões jurídicas da histórica decisão do STF, bem como seu significado imediato para o debate, inclusive enfrentando a objeção da “usurpação” e do “ativismo” de que é acusado o Supremo Tribunal Federal. A seguir, serão destacados alguns argumentos trazidos nos votos já divulgados, considerando seu impacto para o fortalecimento ou não dos direitos humanos e dos direitos sexuais.

REPERCUSSÕES JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Muito se pode perguntar acerca do significado e da repercussão imediatos da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal. Destacarei alguns tópicos: Qual o seu significado? Qual a repercussão para outras áreas do direito? O STF legislou, atropelando o Congresso Nacional? Quais as suas consequências práticas?

O significado é inestimável para a consolidação da democracia e dos direitos fundamentais. Afirmaram-se direitos básicos, a todos reconhecidos, como a liberdade sexual, a proibição de discriminação sexual, a privacidade, a intimidade, o respeito à dignidade da pessoa humana, a diversidade e o pluralismo.

A afirmação sobre a existência e as consequências desses direitos, especialmente na esfera da sexualidade, na qual as minorias sexuais são discriminadas, deixa claro o dever de respeito e a dignidade constitucional de que são merecedores os homossexuais - mesmo que eventuais majorias, por sondagens de opinião ou por representantes eleitos, tentem impor seus preconceitos. Nesse senti-

do, nunca será demasiado salientar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, categórica e explicitamente, no rol de discriminações constitucionalmente censuradas, a discriminação homofóbica. Tal passo é de suma importância para o desenvolvimento e a consolidação do direito antidiscriminatório brasileiro, pois se trata de enfrentar uma espécie de preconceito que, ainda nos dias de hoje, não só atua concreta e injustamente na vida de indivíduos e de grupos, como teima em se justificar.

A repercussão dá-se em vários campos. A partir do incontestável dever de respeito às minorias sexuais e da relevância dos direitos sexuais, ficam superadas posturas que tentam justificar discriminações no trabalho, na educação, na saúde e nas mais diversas relações sociais. Fica clara a urgência e a necessidade de medidas antidiscriminatórias, como a criminalização da homofobia. Ganha-se certeza sobre muitos temas, como, por exemplo, a possibilidade de postulação de adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo em união estável. Abrem-se caminhos para levar a igualdade mais a sério, inclusive no direito de família, com o reconhecimento do direito ao casamento, como fez a Corte Constitucional da África do Sul.

O tribunal não legislou. Ele aplicou a própria Constituição, que já protege a todos de discriminação sexual, especialmente aqueles que são vítimas de preconceito. Outros direitos também foram aplicados, especialmente a liberdade sexual e o respeito à dignidade humana. Daí a conclusão de que excluir as uniões homossexuais é restrição indevida, contra a Constituição, deixando claro que o parágrafo 3º do art. 226 da CF/88 não torna a união estável exclusiva para heterossexuais.

Nessa linha, cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal tratou seriamente dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos pela Constituição, que são os valores do pluralismo e da diversidade, agora concretizados na esfera da sexualidade, com impacto direto

no direito da família, e cujos conteúdos centrais foram dispostos no texto constitucional.

As consequências são práticas e efetivas. Todos os juízes brasileiros estão vinculados à decisão, não podendo mais rejeitar a união estável pelo fato de serem os nubentes pessoas do mesmo sexo. Vários direitos daí decorrem, tais como: inclusão em planos de saúde, previdência, associação como dependente em clubes e sociedades, dever de alimentos em caso de necessidade, divisão de bens adquiridos na constância da união, direito à herança, usufruto dos bens do falecido e acompanhamento de parceiro em instituições hospitalares.

Cientes dessa posição judicial, os indivíduos não podem mais justificar tratamento prejudicial ao prestar serviços ao público, e muito menos sustentar a persistência de preconceitos enraizados.

A ARGUMENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: PERSPECTIVAS E TENSÕES DIANTE DOS DIREITOS SEXUAIS

Os argumentos trazidos à discussão no julgamento, ainda que unânimes quanto à qualificação jurídica das uniões homossexuais como uniões estáveis, revelam múltiplas facetas, cujo conteúdo faz refletir sobre o desenvolvimento dos direitos sexuais, tanto em relação à sua consolidação, quanto em relação às tensões e aos desafios que enfrentam.

Inicia-se esta análise pelas perspectivas da argumentação contida no julgamento, tendo em vista a afirmação dos direitos sexuais entre nós. Ponto central, a merecer intenso destaque, é a relação entre os direitos fundamentais e a sexualidade. Foi assentada, de modo muito claro e direto, a pertinência da sexualidade ao âmbito dos direitos fundamentais. Esse raciocínio pode ser salientado, pelo menos, por duas vias: a ênfase na relação entre o direito de liberdade

e a liberdade sexual e o dever de proteção constitucional, derivado dos direitos fundamentais, à discriminação por orientação sexual.

O voto do relator é preciso e enfático na relação entre o direito geral de liberdade e o direito fundamental de liberdade sexual. Além disso, aponta como diversos desdobramentos da liberdade constitucional promovem a proteção do exercício igual deste direito por todos, sem depender de orientação sexual. Assim, pode-se entender a concretização, colocada no voto do relator, da liberdade sexual em outras esferas, tais como direito à intimidade sexual e o direito à privacidade sexual.

Outro tópico notável foi a compreensão da proibição de discriminação por motivo de sexo. Conforme desenvolveu o tribunal, tal norma de direito fundamental abarca a proibição de discriminação em função da “preferência sexual” (registre-se que, noutros momentos, fez-se alusão às expressões “opção sexual” e “orientação sexual”). Foi explicitada a existência de um direito constitucional à isonomia também entre heterossexuais e homossexuais. Mesmo que a compreensão da proteção antidiscriminatória por motivo de sexo não tenha alcançado naquele julgamento as hipóteses de identidade de gênero (transexualidade e travestilidade), não há dúvida de que o Tribunal formulou, de modo claro e exposto, a abrangência do conceito constitucional de “sexo” para as hipóteses de discriminação por orientação sexual.

O julgamento também salienta o dever estatal, decorrente do conteúdo dos direitos fundamentais, de prover o exercício desses direitos com medidas de proteção. Foi mencionado que a inexistência de qualquer instituto jurídico, na hipótese, produz uma situação em que não há proteção minimamente adequada em face da discriminação. Trata-se, nesse contexto, de uma verdadeira obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças e à liberdade de orientação. A ausência da proteção esta-

tal, consubstanciada no reconhecimento jurídico familiar das uniões homossexuais configura, portanto, violação de direito fundamental à proteção.

Outro aspecto digno de nota é a afirmação da laicidade como princípio a reger a conduta estatal diante da discriminação por orientação sexual. Ela impede que concepções morais religiosas particulares detenham o Estado em seu dever de proteção aos direitos fundamentais, como acontece no direito à liberdade de orientação sexual.

A relação com o respeito à dignidade humana também foi registrada. Com fundamento nesse dispositivo constitucional, salientou-se o respeito devido aos diversos projetos de vida por parte do Estado em relação aos indivíduos, o que fica prejudicado quando se trata do não reconhecimento da forma jurídica familiar em virtude de preconceito por orientação sexual.

A invocação da categoria dos direitos de reconhecimento constitui outro aspecto de relevância no julgado. Com efeito, ele inscreve o respeito à autonomia individual, ao livre desenvolvimento da personalidade e à diversidade de projetos de vida como uma questão de justiça simbólica, e dá concretude à ideia de dever de respeito à dignidade humana.

Por fim, destaco a afirmação clara acerca do direito à igual proteção por parte do direito, de que são titulares os homossexuais, não podendo o Estado adotar medidas que provoquem a exclusão desse grupo. De forma explícita, o Tribunal assentou a censura constitucional à discriminação contra homossexuais, incluindo, assim, de forma expressa, a homofobia com uma das manifestações discriminatórias constitucionalmente vedadas.

Ao lado dessas perspectivas para o desenvolvimento dos direitos sexuais, há que se registrar também pontos de tensão para o desenvolvimento dos direitos sexuais. Sem adentrar na análise mi-

nuciosa de tais aspectos em face de vários argumentos trazidos à tona durante o julgamento, concentro-me nas consequências e riscos decorrentes da moldura jurídica em que a controvérsia foi apresentada ao tribunal, qual seja, o direito de família.

O fato de se tratar de um direito de família constitucional, por si só, torna necessário enfatizar certos conteúdos do direito de família, cuja presença desafia de modo particular a consolidação dos direitos sexuais. Isto porque a extensão dos direitos sexuais vai muito além das questões abordadas pelo direito da família.

Com efeito, os direitos sexuais dizem respeito à concretização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais na esfera da sexualidade, cujo âmbito não se confunde nem se limita àquele peculiar à realidade dos agrupamentos familiares. Se é verdade que alguns direitos sexuais podem fundamentar a pertinência das uniões homossexuais ao conceito jurídico familiar de união estável (como fez o STF a partir da liberdade sexual), também é verdade que essa relação nem sempre será adequada e corretamente compreendida quando o que está em jogo é o conteúdo jurídico do direito sexual invocado.

Tome-se a liberdade sexual como demonstração emblemática dessa tensão e dos riscos que ela encerra para a afirmação dos direitos sexuais. O conteúdo jurídico da liberdade sexual vai muito além da possibilidade de manter uma vida familiar com uma pessoa do mesmo sexo e de receber proteção adequada, por parte do Estado, para a vivência dessa espécie de relação conjugal. O direito de liberdade sexual inclui esferas da intimidade (note-se que o Ministro relator foi explícito no ponto, nele incluindo o “solitário desfrute”, ilustrado pelo onanismo), que independem da conjugalidade familiar; inclui a busca do prazer sem qualquer projeto de conjugalidade afetiva; inclui a prestação de serviços sexuais a título oneroso; inclui a prática sexual simultânea com mais de um parceiro ou parceira; inclui também

práticas sexuais consideradas não convencionais, como o sadomasoquismo, por exemplo.

Em virtude dessa moldura limitadora de direito de família, a partir da qual, por razões de técnica processual, se desenrolou o julgamento, corre-se o risco de, numa leitura mais apressada ou conservadora, condicionar-se a compreensão do conteúdo jurídico dos direitos sexuais à convivência familiar. O risco desse viés conservador, longe de ser mera especulação teórica, pode se cristalizar numa tendência que designo de assimilacionismo familista. Tal tendência se caracteriza pela conjugação de duas ideologias: o assimilacionismo, no qual membros de grupos subordinados ou tidos como inferiores adotam padrões oriundos de grupos dominantes, em seu próprio detrimento; e o familismo, aqui entendido como a tendência a subordinar o reconhecimento de direitos sexuais à adaptação a padrões familiares e conjugais institucionalizados pela heterossexualidade compulsória.

No campo da diversidade sexual, o assimilacionismo manifesta-se por meio da legitimação da homossexualidade mediante a reprodução, afora o requisito da oposição de sexos, de modelos aprovados pela heteronormatividade. Vale dizer, a homossexualidade é aceita desde que nada acrescente ou questione os padrões heterossexuais hegemônicos, desde que anule qualquer pretensão de originalidade, transformação ou subversão do padrão heteronormativo. Nessa dinâmica, a esses arquétipos são associados atributos positivos, cuja reprodução se espera por parte de homossexuais, condição *sine qua non* para sua aceitação.

No assimilacionismo familista, a dimensão mais palatável, e cuja adaptação mais facilmente pode ocorrer, verifica-se nas relações familiares, dada a predominância, na dogmática contemporânea do direito de família, das realidades existenciais em detrimento do formalismo nos vínculos jurídicos, diretriz antes predominante. Nesse

contexto, a identificação do “afeto” como fator distintivo dos relacionamentos e identificador dos vínculos familiares, cumpre função anestésica e acomodadora da diversidade sexual às normas da heterossexualidade compulsória, na medida em que propõe a “aceitação” da homossexualidade sem qualquer questionamento mais intenso dos padrões sexuais hegemônicos. Isso porque a “afetividade” acaba funcionando como justificativa para a aceitação de dissonâncias à norma heterossexual, servindo como um mecanismo de anulação, por compensação, de práticas e preferências sexuais heterodoxas, cujo desvalor fica equilibrado pela “pureza dos sentimentos”. Dessa forma, opera-se uma assimilação pelo mesmo padrão que se buscava enfrentar, produzindo a partir daí um novo rol de exclusões.¹¹

Não obstante, a afirmação nos diversos votos que instruíram o julgamento, às vezes rigorosa e contínua, da pertinência da liberdade sexual e do respeito à orientação sexual no campo dos direitos fundamentais, é impossível não perceber os riscos inerentes à exaltação do afeto e à sublimação da sexualidade.

Nesse sentido, sem deixar de reconhecer as intenções anti-discriminatórias presentes na cunhagem do termo, não é por acaso que se disseminou o uso do termo “homoafetividade”. Trata-se de expressão familista que muito dificilmente pode ser apartada de conteúdos conservadores e discriminatórios, por nutrir-se da lógica assimilacionista, sem o que a “purificação” da sexualidade reprovada pela heterossexualidade compulsória compromete-se gravemente, tudo com sérios prejuízos aos direitos sexuais e à valorização mais consistente da diversidade sexual. Registre-se, por fim, que, em sua manifestação mais direta, esse discurso tangencia o conservadorismo, na medida em que a orientação sexual necessita ser “higienizada” de conteúdos negativos (promiscuidade e falta de seriedade)

¹¹ Ver Rios, 2013.

que, *a contrario sensu* da hegemonia heterossexual, se associam à homossexualidade.

Os riscos inerentes à perspectiva fraca dos direitos sexuais têm relação direta com o contexto jurídico em que foi proferido o julgamento. Os riscos são colocados pelo modo como os operadores jurídicos, os acadêmicos e a sociedade em geral receberão as conclusões do julgado, mais do que dos termos em que estão expressos os diversos votos, ainda que, em alguns deles, essa tensão se apresente.

A breve e recente história dos direitos sexuais no Brasil revela a recorrência ao direito de família como fundamentação para o reconhecimento de direitos de homossexuais, fenômeno que designo como “familismo jurídico”. Não é difícil perceber que, em muitos casos, o sucesso de demandas relativas à orientação sexual valeu-se de argumentos do direito de família, o que se manifesta de modo cristalino pela extensão do debate jurídico – nos tribunais e naqueles que se dedicam a estudar direitos sexuais – acerca da qualificação das conjugalidades homoeróticas. Ao discutir-se sobre a figura jurídica adequada a essas uniões, é comum associar-se de modo necessário o reconhecimento da dignidade e dos direitos dos envolvidos à assimilação de sua conduta e de sua personalidade ao paradigma familiar tradicional heterossexual. É o que sugere, por exemplo, a leitura de precedentes judiciais que deferem direitos sob o argumento de que, afora a igualdade dos sexos, os partícipes da relação reproduzem em tudo a vivência dos casais heterossexuais – postura nitidamente nutrida da lógica assimilacionista.

No assimilacionismo, o reconhecimento dos direitos depende da satisfação de predicados como comportamento adequado, aprovação social, reprodução de uma ideologia familista, fidelidade conjugal como valor imprescindível e reiteração de papéis definidos de gênero. Daí, inclusive, a dificuldade de lidar com temas como

prostituição, travestilidades, liberdade sexual, sadomasoquismo e pornografia.¹²

Como dito anteriormente, a formulação de expressões como “homoafetividade”, revela uma tentativa de adequação à norma que pode dar a ver uma subordinação dos princípios de liberdade, igualdade e não discriminação, centrais para o desenvolvimento dos direitos sexuais a uma lógica assimilacionista, o que produziria um efeito contrário, revelando-se também discriminatória, pois, na prática, distingue uma condição sexual “normal”, palatável e “natural” de outra assimilável e tolerável, desde que bem comportada e “higienizada”. A sexualidade heterossexual não só é tomada como referência para nomear o indivíduo “naturalmente” detentor de direitos (o heterossexual, que nunca necessitou ser heteroafetivo para ter direitos reconhecidos), enquanto a sexualidade do homossexual é expurgada pela “afetividade”, numa espécie de efeito mata-borrão.

Assim, pode ser compreendida a tensão, do ponto de vista dos direitos sexuais, decorrente da inclusão das uniões homossexuais como nova espécie de comunidade familiar, diversas das uniões estáveis, em virtude da analogia. A analogia é uma forma de raciocínio que parte da consagração da regulação de determinadas hipóteses, consideradas como parâmetro, e da diversidade dessas hipóteses com outras, excepcionais, que estão fora do âmbito da normalidade do parâmetro consagrado. Diante da lacuna, a analogia identifica, ainda que se trate de situações diversas, semelhanças relevantes, justificadoras da aplicação do mesmo tratamento normativo conferido à hipótese paradigmática para a hipótese excepcional.

A aplicação desse raciocínio, reservando às “uniões homoafetivas” uma espécie de regulação da exceção pela submissão ao pa-

¹² A fim de sistematizar uma compreensão da relação entre direito e sexualidade, numa perspectiva democrática, ver “Apuntes para un derecho democratico de la sexualidad” (RIOS, 2013).

radigma heterossexual, acaba por contrariar a ideia de diversidade sexual. Com efeito, na perspectiva da diversidade sexual, que informa a ideia de direitos sexuais, as diversas manifestações sexuais são tomadas em pé de igualdade, o que não se compatibiliza com as premissas do procedimento análogo empregado.

DESAFIOS EM MATÉRIA DE ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO: CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA, DESPATOLOGIZAÇÃO E AFIRMAÇÃO DA LAICIDADE

A necessidade de uma abordagem mais forte contra a discriminação por orientação sexual fica patente em face dos desafios atuais no contexto brasileiro. Os debates sobre criminalização da homofobia, a proposta de disponibilização pública de tratamentos terapêuticos para reversão da homossexualidade e a tendência à patologização da transexualidade deixam claro quanto o heterossexismo reage diante do reconhecimento de direitos sexuais e quão ameaçados estão os direitos até agora conquistados.

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

A prevenção e a repressão de condutas homofóbicas caminham lado a lado do reconhecimento dos direitos fundamentais vinculados à orientação sexual e à identidade de gênero. Assim, uma vez afirmado o direito à liberdade de expressão sexual, exige-se a adoção de medidas de proteção frente à separação que ameaça e viola esse direito. Deve-se responsabilizar os culpados, nas esferas civil, trabalhista e administrativa, por condutas homofóbicas; a partir disso, dá-se a interpretação, de acordo com a Constituição feita pelo Supremo

Tribunal Federal, no reconhecimento constitucional da união de fato também às pessoas do mesmo sexo.

Diante da intensidade da violência homofóbica no Brasil, mostra-se necessária uma reação mais forte, que inclua, no seio da legislação antidiscriminatória, proteção de natureza criminal. Com efeito, um dos desafios básicos para a democracia no Brasil é a construção de uma sociedade sem discriminações, em que a liberdade de cada um por conduzir sua vida de modo autônomo seja respeitada. Para tanto, é preciso agir em várias frentes: medidas educativas, oportunidades de participação política e serviços públicos de saúde, segurança e justiça preparados para lidar com a diversidade.

Nesse contexto, a legislação antidiscriminatória revela-se um dos instrumentos mais importantes. Não é por acaso que, desde o final do nazi-fascismo, preconceito e discriminação têm sido criminalizados. No Brasil, por exemplo, a lei nº 7.716/1989 define como crime tratamentos prejudiciais por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional; ao seu lado, há projetos legislativos visando a acrescentar a essa lista a proibição de práticas homofóbicas. As funções que a legislação penal cumpre são insubstituíveis: além de possibilitar a punição de atentados graves contra a vida, a liberdade, a igualdade e a dignidade humana, a lei penal tem caráter pedagógico e simbólico. Ela aponta quais são os bens jurídicos mais relevantes, dentre os quais se inclui, sem dúvida, numa sociedade democrática e pluralista, o respeito à diversidade.

Tudo isso se torna urgente quando preconceitos, costumes e visões de mundo se voltam contra os cidadãos pelo simples fato de não se identificarem ou não serem percebidos como heterossexuais (homofobia). Há bastante tempo homossexuais, bissexuais, travestis e transexuais sofrem agressões físicas e morais intensas: assassinatos, espancamentos, ofensas verbais, demissões de emprego e exclusão escolar são vergonhosamente frequentes e terríveis. Essa dinâmica é

alimentada, direta e indiretamente, por opiniões intolerantes e atitudes frente a tudo o que contrarie a mentalidade heterossexista.

A inclusão da homofobia entre as formas de discriminação penalmente puníveis é justa e necessária. Necessária porque, além de ter caráter repressivo pela punição de atos homofóbicos, atua preventivamente, evitando e desencorajando tais práticas. Justa porque fortalece o respeito à diversidade e à dignidade humana, sem o que não há garantias para a igual liberdade de todos, independentemente de cor, origem, religião, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou outras formas de discriminação.

Deixar a homofobia fora da lista de discriminações que a lei penal sanciona é relegar um sem-número de cidadãos a uma cidadania de segunda classe. Ao mesmo tempo, é minar o convívio pluralista e tolerante, sem que ninguém possa se sentir seguro de que não será discriminado em virtude de sua identidade ou de questões relacionadas a cor, origem, religião, raça, sexo, gênero, orientação sexual, deficiência ou idade.

No caso da homofobia, ainda há muito a se avançar, pois os homossexuais, travestis e transexuais ainda são estigmatizados e subjugados como seres abjetos. Não se trata de cerceamento das liberdades de opinião ou de religião. Assim como na proibição do racismo, o que se quer evitar é que a injúria e a agressão, fomentadoras do ódio e da violência, campeiem sem restrições, pondo em risco e ofendendo a vida e a dignidade. A proibição de discursos e práticas discriminatórias não inviabiliza as liberdades de opinião, crença e manifestação. Ao contrário, a prática das liberdades no mundo plural requer seu exercício sem violência ou intolerância (como, aliás, legitimamente ocorre na criminalização do escárnio público de alguém por crença religiosa).

Fornecer ao Brasil instrumentos para combater a homofobia é necessário na medida em que os indivíduos e os grupos mais vul-

neráveis ainda estão sujeitos aos preconceitos e à discriminação. O combate à homofobia não decorre somente de uma imposição constitucional ou de um compromisso democrático, mas também do respeito que se deve a todos os seres humanos, independentemente de identidade, preferência ou orientação sexual.

TRATAMENTOS TERAPÊUTICOS DE “REVERSÃO DA HOMOSSEXUALIDADE”

Se a omissão legislativa quanto à criminalização da homofobia acaba por enfraquecer o enfrentamento das violações por motivo de orientação sexual e de identidade de gênero, ainda mais flagrante é a ameaça aos direitos humanos e fundamentais representada pela tentativa de institucionalizar, no sistema público de saúde, terapias de “reversão da homossexualidade”.

É o que ocorre no parlamento federal brasileiro, onde desde as últimas legislaturas surgem projetos objetivando anular resolução do Conselho Federal de Psicologia, que proíbe o oferecimento de tratamentos psicológicos desenvolvidos sob a premissa de que a homossexualidade seria uma doença. Sob o pretexto de garantir a liberdade de profissão e de consciência titularizadas pelos profissionais psicólogos, tais projetos esquecem que a resolução atacada dispõe, na verdade, sobre ética na profissão psicológica, ao dispor que, efetivamente, psicólogos não podem tratar como se fosse doença aquilo que não é (a orientação sexual homossexual). Com efeito, não há “liberdade de diagnosticar”, como doença, aquilo que o conhecimento científico consolidado já demonstrou não ser doença, ainda mais quando motivações preconceituosas se fazem presentes, nutridas por convicções desprovidas de qualquer base científica.

Não bastasse isso, a pura e simples disseminação da ideia da “cura *gay*” é discriminatória e danosa, em especial para (a) pessoas que sofrem grave preconceito e discriminação homofóbicas e não encontram condições de reagir e para (b) crianças, adolescentes e jovens cujas famílias se deixam contaminar pelo preconceito, estando em especial posição de vulnerabilidade, inclusive no espaço familiar. A ideia de “cura *gay*”, em si mesma, deixa inquestionada e naturaliza um lugar privilegiado para a heterossexualidade em detrimento de todas as demais expressões da sexualidade, configurando verdadeiro heterossexismo. Nessa linha, mostra-se inadequada, portanto, qualquer perspectiva que objetive criticar a “cura *gay*” com argumentos buscando justificar a “normalidade” da homossexualidade, pois heterossexualidade e homossexualidade são expressões sociais, culturais, históricas e políticas de modos de existir como indivíduo e de organizar a sociedade.

O espaço público democrático, em especial a esfera estatal, não admite desrespeito ou considerações pejorativas e negativas, por palavras e atos, em desfavor de cidadãos, com motivação discriminatória, tais como comparar condutas homossexuais a atos legalmente ilícitos (“não desrespeitamos homossexuais, mas sim condutas homossexuais, pois ilegítimas, porque são como roubar ou ofender alguém”). Isso sem falar no risco de alguns defenderem tais posições com objetivos econômicos, como ter à disposição recursos públicos da saúde, a serem utilizados por instituições privadas, de modo contrário ao conhecimento científico e com propósito discriminatório.

ABORDAGENS BIOMÉDICA E DE DIREITOS HUMANOS DIANTE DA IDENTIDADE DE GÊNERO

As demandas envolvendo identidade de gênero revelam outros desafios brasileiros contemporâneos em matéria de direitos sexuais. Elas podem ser agrupadas conforme o direito disputado¹³ (retificação de nome civil, retificação de sexo no registro civil mediante procedimento médico de mudança de sexo; retificação de nome e de sexo no registro civil sem a necessidade de procedimento médico¹⁴) e conforme a argumentação invocada para sustentar o pedido (argumentos biomédicos e argumentos de liberdade, autonomia, privacidade, respeito à dignidade e igualdade).¹⁵

Articulando esses dois grupos, podem-se examinar os direitos disputados a partir da argumentação desenvolvida.¹⁶ Em um grupo, constata-se demandas por retificação de nome e de sexo com a necessidade de aprovação e procedimentos médicos; no segundo grupo, tais direitos não dependem da aprovação biomédica, muito menos da submissão do indivíduo a procedimentos terapêuticos, sejam eles cirúrgicos ou não. Nessa análise, a abordagem do primeiro grupo recebe o nome de abordagem biomédica, ao passo que a abordagem do segundo grupo denomina-se abordagem de direitos humanos (SUIAMA, 2011).

¹³ Conforme se constata pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, responsável pela unificação jurisprudencial e pela última palavra quanto à interpretação da legislação civil, são as demandas mais recorrentes e relevantes nos tribunais brasileiros (BOLETIM JURÍDICO, 2014).

¹⁴ Tramita no Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 42751, objetivando interpretação conforme a Constituição da legislação civil, facultando a mudança de nome e de sexo sem a necessidade de procedimento cirúrgico.

¹⁵ Ver Rios, 2012.

¹⁶ Nessa linha, ver a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pela inclusão no sistema público de saúde nacional dos procedimentos para mudança de sexo: Brasil, 2007.

A abordagem biomédica das questões jurídicas de identidade de gênero privilegia a perspectiva da doença e do distúrbio psíquico-orgânico (a transexualidade como disforia de gênero, popularizada na expressão “erro da natureza”). Nessa linha, desenvolve-se uma argumentação jurídica centrada no exercício do direito à saúde, entendido como acesso a uma prestação de saúde. Tal abordagem carrega consigo a patologização como estratégia de legitimação do direito pleiteado: sem o reconhecimento do defeito da natureza, não há aprovação social, moral e jurídica. A premissa de seu raciocínio é o binarismo de gênero e, mais ainda, a conformidade do sexo biológico ao gênero assinado pelo tratamento médico. Sua lógica é normalizadora, vale dizer, submissão aos padrões vigentes e reificados nas identidades masculina e feminina, experimentadas como manifestações das duas únicas possibilidades de corpo sexual: macho e fêmea, homem e mulher.

A abordagem de direitos humanos diante das demandas de identidade de gênero, a seu turno, vislumbra a existência concreta dos indivíduos a partir de um amplo leque de possibilidades, isto é, da diversidade sexual. Assim, estrutura sua argumentação mediante a concretização dos direitos humanos e fundamentais de liberdade, privacidade, respeito à dignidade humana e igualdade, compreendido como proibição de discriminação por motivo de sexo e de gênero.

Por essa via argumentativa, parte-se do reconhecimento e da aceitação da diversidade como um fato e como algo a ser valorizado e promovido, sem a necessidade de legitimar os diversos modos de estar no mundo e de vivenciar a sexualidade pela conformidade ao binarismo de gênero. É importante registrar a existência, no parlamento federal brasileiro, de projeto de lei sobre identidade de gênero, elaborado de acordo com essa perspectiva.¹⁷

¹⁷ Trata-se do projeto de lei n. 5002/2013 (BRASIL, 2013).

Do ponto de vista dos direitos humanos, a dianteira de uma ou outra perspectiva não é irrelevante. Ao contrário, a força normativa da Constituição e o conseqüente dever de adotar a compreensão que maior eficácia empreste aos direitos fundamentais requer a prevalência da interpretação que harmonize, se necessário, o direito à saúde a partir da perspectiva da liberdade, da igualdade e da proteção da dignidade humana. Não se trata de hierarquizar direitos fundamentais, privilegiando direitos de liberdade negativa sobre direitos prestacionais positivos. O que está em jogo é como dar concretude à noção da indivisibilidade e da interdependência entre os vários direitos humanos fundamentais, de modo a alcançar a maior eficácia jurídica de todos os direitos fundamentais.

O fenômeno da transexualidade é emblemático para se demonstrar a dinâmica entre os vários direitos fundamentais. Isso porque a medicalização é a abordagem que predomina quando o assunto é transexualidade, no qual há ênfase no debate sobre o direito à intervenção cirúrgica, instrumento apto a reparar o “erro da natureza”. Como acima referido, a essa perspectiva biomédica subjaz o chamado “binarismo de gênero”, vale dizer, a concepção segundo a qual as identidades sexuais masculina e feminina correspondem a certos padrões pré-determinados, resultantes de uma série de elementos e características. Quem define esta combinação é, basicamente, a atuação combinada de duas ordens de saberes e de crenças: o poder que os profissionais da saúde detêm (vistos como guardiões do saber biomédico) de definir “cientificamente” quem é homem e quem é mulher e, a seu lado, a prevalência de determinadas percepções, socialmente dominantes, sobre o que é ser masculino e o que é ser feminino. Tanto é verdade, que, para a apropriação médica da transexualidade como algo reservado à atuação e ao saber médicos, foi necessário separar os “verdadeiros” transexuais (mediante a enumeração de sintomas determinados, acima referidos) dos “falsos” transexuais.

Se tal binarismo for adotado no enfrentamento jurídico das questões relacionadas à identidade de gênero, estar-se-á reforçando a rigidez e a determinação por terceiros (os detentores do saber médico e das crenças majoritárias sobre o que significa ser verdadeiramente feminino e masculino) acerca da identidade sexual e de gênero que cada indivíduo experimenta e desenvolve em sua vida; o que se estará enfraquecendo, quando não comprometendo mortalmente, é o conteúdo jurídico dos direitos de liberdade, de igualdade, de não discriminação e do respeito à dignidade humana.

Nesse contexto, no qual a autonomia e a igualdade, que são os valores básicos do constitucionalismo democrático, serão eclipsadas pelo poder alheio da medicalização e de opiniões socialmente dominantes, só restará uma alternativa aos seres humanos: deixar-se enquadrar no processo classificatório imposto por tais forças, nas quais o ser homem e o ser mulher, o ser masculino e o ser feminino, dependerão sempre do atestado alheio, que exige e impõe o enquadramento segundo um processo classificatório heterônomo, no qual um conjunto de características é avaliado, abrangendo fatores genético, gonadal, endócrino, genital e psíquico.

Caso seja adotada uma perspectiva que assuma a crítica ou ingenuamente o binarismo de gênero, perpetrar-se-á uma série de restrições a diversos direitos fundamentais. Isso porque uma solução que se fundamente exclusivamente numa concepção biomédica e limitada conduz não só à limitação da esfera de autodeterminação de indivíduos “heterossexuais normais” (homens heterossexuais dotados de modos mais delicados e temperamento mais sensível, por exemplo, são excluídos em testes psicotécnicos para cargos públicos policiais por não atenderem à “escala de heterossexualidade”) e de transexuais (que podem pleitear judicialmente, já tendo obtido sucesso, alteração de nome e registro civil sem submeter-se à cirurgia

de transgenitalização), como também produz e legitima graves violações de direitos fundamentais de mulheres, travestis e homossexuais.

Para os direitos das mulheres, uma solução orientada por tal binarismo rígido reforça dinâmicas históricas de subordinação feminina, reproduzindo situações e ideologias nas quais às mulheres são reservados o domínio do lar e um papel secundário na vida pública, social e econômica.

Isso porque o reforço do binarismo de gênero tende a comprometer os diferenciais sexuais que diminuem o espaço de construção de novas relações entre homens e mulheres, capazes de romper com os privilégios e a dominação masculinos. Em um dos exemplos mais evidentes, as repercussões jurídicas desse modelo chegaram, até bem pouco tempo atrás, a alimentar argumentos jurídicos que justificavam o estupro doméstico de esposas pelos maridos sob o pretexto de cumprir os deveres conjugais, o assassinato de esposas pelos maridos em nome da legítima defesa da honra e a não caracterização do estupro como um “crime hediondo”, ou seja, com a mesma gravidade de um sequestro ou um assassinato, quando não houvesse violência ou séria ameaça, como se fosse possível estuprar uma mulher sem violência grave.

Com relação à homossexualidade, uma perspectiva que reforça o binarismo de gênero é devastadora. No horizonte dessa dinâmica binária, a atração ou as condutas sexuais de alguém em direção a indivíduos do mesmo sexo são consideradas anormais e intoleráveis. Tanto que a proposta daqueles a quem mais incomoda e os quais menos toleram a diversidade sexual (que é o oposto do binarismo) é, pura e simplesmente, a eliminação da homossexualidade mediante a sua cura, através da inclusão de tratamentos médicos ou de rituais e de práticas religiosas comunitárias, quando não a criminalização.

Para os direitos das travestis, o reforço do binarismo de gênero é ainda mais violento. As travestis, encarnando quiçá a expe-

riência mais radical da autonomia individual diante das convenções sociais sobre o que é padronizado como “natural” quanto ao sexo e sobre o que é tolerável pelos padrões tradicionais e dominantes de convívio entre homens e mulheres, ousam inventar um novo modo de ser em termos de gênero, transitando verdadeiramente nas “fronteiras do gênero”. Trata-se de uma peculiar e original construção de si na qual, do ponto de vista do gênero, os indivíduos travestis se constroem pelo feminino. Nas palavras de Marcos Benedetti “as travestis”, as quais “ao mesmo tempo que produzem meticulosamente traços e formas femininas no corpo, estão construindo e recriando seus valores de gênero, tanto no que concerne ao feminino como ao masculino.” (BENETTI, 2005, p. 131). Como alertei antes, o reforço do binarismo de gênero no caso das travestis incentiva todo o tipo de violência contra esses indivíduos: as travestis são as principais vítimas da violência discriminatória, desde a desqualificação moral mais intensa até o frequente assassinato.

Nessa perspectiva, fundamentalmente jurídica, o que se tem de evitar para superar a ideia da disforia sexual é afirmar que somente é masculino e somente é feminino aquele que atenda a uma determinada, rígida, fixa e excludente combinação de características, impostas pelas convenções sociais da maioria ou pela pretensão de um saber médico neutro e objetivo. Tal percepção, intransigente e inflexível, gera violações de direitos fundamentais e é fruto de um fechar de olhos para a realidade: a sexualidade e a vida humana não se deixam fixar em padrões historicamente definidos por profissionais da saúde ou por representantes da opinião da maioria. A vida humana e suas manifestações são um *continuum* e não se deixam aprisionar em polaridades opostas e em compartimentos fechados.¹⁸

¹⁸ É importante registrar que o Supremo Tribunal Federal decidiu que “O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da mani-

LAICIDADE E DIREITOS SEXUAIS

Sem perder de vista a diversidade de questões e a originalidade de cada um destes desafios (criminalização da homofobia, propostas de tratamentos terapêuticos e a necessidade de uma abordagem de direitos humanos diante da identidade de gênero), há um pano de fundo no cenário brasileiro atual que perpassa todos esses debates e reivindicações. Cuida-se da consolidação da laicidade estatal como princípio organizador das políticas públicas, legislação e jurisprudência, diretriz que se encontra ameaçada por projetos de poder levados a cabo por forças políticas, presentes na sociedade brasileira, representantes de um pensamento cristão de matriz fundamentalista e com explícita militância política (CUNHA, 2012).

Com efeito, a relação entre o conteúdo jurídico desse princípio e a proteção dos direitos humanos e fundamentais relacionados à orientação sexual e à identidade de gênero pode ser afirmada pelos elementos destacados pelo Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência vem salientando a laicidade como princípio organizador da vida política nacional, como proteção relacionada ao direito fundamental de liberdade religiosa e como conteúdo jurídico protetivo da autonomia privada.

Em primeiro lugar, a laicidade foi afirmada como princípio constitucional organizador da vida política nacional.¹⁹ Qualificando o Estado brasileiro como laico, secular e democrático, o Supremo Tribunal Federal vislumbra na laicidade um postulado essencial da organização institucional do Estado, decorrente de uma decisão po-

festação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa" (RE n. 670.422).

¹⁹ Saliento as manifestações do Ministro Celso de Mello, em especial na ADPF nº 132 e na ADI nº 3510. Ver Brasil, 2011; e Brasil, 2010.

lítica fundamental, que demarca domínios próprios de atuação e de incidência do poder civil (secular).

Para tanto, identificam-se, ao menos, duas direções. A primeira direção atenta para a conduta estatal perante as instituições religiosas e as respectivas crenças. Trata-se da vedação de interferência estatal no espaço privado onde se insere e se organiza a fé religiosa, defendendo a liberdade religiosa de indivíduos e de grupos, assim como as instituições religiosas que se formam nesse contexto. A outra direção cuida do eventual movimento das instituições religiosas em face do Estado. A laicidade requer que o Estado, diante de tal espécie de pretensão, não se deixe contaminar, nas suas ações ou omissões, nem por princípios teológicos nem por razões de ordem confessional, ainda que provenientes de setores majoritários na sociedade. Aqui, portanto, se insere a resistência que é exigida pelo Estado diante de iniciativas fundamentalistas que objetivam se apropriar das estruturas estatais. Desta primeira dimensão, onde a atenção se volta para a laicidade como princípio organizador da vida política, deflui a interdição de que concepções morais de cunho religioso guiam a conduta estatal quando estão em causa direitos fundamentais.

Em segundo lugar, e em estreita relação com a dimensão organizativa, a laicidade apresenta-se como princípio que objetiva proteger a liberdade religiosa em particular na sociedade democrática e plural (dimensão também sublinhada pelo Ministro Celso de Mello, nos precedentes referidos). Tanto assim que se indicam, dentre o conteúdo material da laicidade, as liberdades de crença, de culto e de organização religiosa, em respeito ao pluralismo. O mandamento de neutralidade axiológica presente na laicidade é compreendido como uma exigência que tem por finalidade preservar a integridade da liberdade religiosa dos cidadãos.

Se a relação entre laicidade e liberdade religiosa (que é uma liberdade fundamental específica) é direta e explícita, vale destacarmos, num terceiro momento e de modo ainda mais amplo, a relação existente entre a laicidade e o direito fundamental geral de liberdade. A laicidade do Estado, conjugada com a autonomia privada, conduz à proteção da liberdade individual de agir, por exemplo, em matéria reprodutiva, de acordo com seus valores e convicções.²⁰

Mediante a enumeração de alguns aspectos da laicidade, sublinhados pelo Supremo Tribunal Federal em precedentes discutindo direitos sexuais (reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo) e reprodutivos (destino de células fecundadas na utilização de técnicas de fertilização artificial e interrupção de gestação de fetos em caso de anencefalia), pode-se adentrar na relação entre a laicidade e os direitos sexuais e reprodutivos em geral, com os olhos voltados para os deveres fundamentais de proteção.

Com efeito, tanto direitos constitucionais que garantem posições jurídicas fundamentais a seus titulares (como ocorre nos direitos de liberdade sexual e reprodutiva, assim como na liberdade religiosa, por exemplo), quanto princípios fundamentais organizadores da vida política (como é o caso da laicidade, no primeiro aspecto destacado nos julgamentos referidos), exigem ações e omissões estatais, ambas em favor da proteção, promoção e concretização dos seus respectivos objetos de proteção. Omissões, a fim de que o ente estatal não invada espaço de liberdade garantido aos indivíduos; e ações, como imperativos de tutela dos bens da vida (liberdade sexual e reprodutiva), considerados fundamentais pela ordem constitucional.

Como visto na primeira parte, a laicidade apresenta-se (WEINGARTNER NETO, 2010, p. 170), objetivamente, como princípio constitucional fundamental, como “princípio da separa-

²⁰ Voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADIN nº 3.510. Ver BRASIL, 2010.

ção das confissões religiosas do Estado” (superação dos modelos de união político-religiosa) e como “princípio da não confessionalidade” (apartamento estatal das matérias e sujeitos religiosos, que age submetido à não confessionalidade). Ao mesmo tempo, ela se conecta, de modo íntimo, a direitos subjetivos constitucionalmente previstos, em especial à liberdade geral, à liberdade sexual e reprodutiva, à liberdade religiosa e ao direito de igualdade - este enquanto mandamento que proíbe a discriminação por motivos religiosos.

Assim, pode-se estabelecer uma relação de mão dupla entre a laicidade e os direitos fundamentais. Considerar tanto o que a laicidade contribui para a compreensão e o exercício de direitos fundamentais, quanto aquilo que a previsão de direitos fundamentais (em especial, sexuais e reprodutivos) aponta para a compreensão da laicidade e dos deveres de proteção a ela associados.

De um lado, a laicidade é um princípio organizativo que se radica e que pode ser visto como uma emanção do direito fundamental de liberdade religiosa, servindo a essa liberdade e concretizando-a. Desse modo, ao concretizar os direitos fundamentais, a laicidade exige que o Estado não adote nenhuma perspectiva religiosa, que não se utilize de diretrizes religiosas ao agir, que não discrimine indivíduos e grupos em virtude da presença ou da ausência de crenças religiosas.

De outro lado, os variados direitos fundamentais previstos na ordem constitucional, a que estão associados deveres constitucionais de proteção por parte do Estado, obrigam este não somente a abster-se de agir informado por diretrizes religiosas, como também a tomar medidas positivas e concretas quando pretensões religiosas tentarem, valendo-se ou não do aparato estatal, criar obstáculos para o exercício dos direitos fundamentais. Assim, omitindo-se de modo inconstitucional, o Estado compactua com violações a direitos fundamentais, precisamente por não se comprometer com a laicidade,

que não é somente organizativa e manifestação da dimensão objetiva da liberdade religiosa, mas também se relaciona com a proteção da liberdade, de modo amplo, e com outros direitos fundamentais. Esse descompromisso, do ponto de vista jurídico, pode ser traduzido como omissão (relativa ao dever constitucional de proteção) contrária ao princípio constitucional fundamental que é a laicidade, compreendido de modo global.

Em outras palavras, tendo em mente o objeto desta reflexão: a laicidade e os direitos fundamentais sexuais têm seu próprio entendimento, no contexto da Constituição de 1988, por meio de uma consideração conjunta e sistemática. O sentido próprio de cada um requer atenção para essa relação de complementação. Nela, a laicidade informa direitos sexuais e reprodutivos, deixando claro que, em seu desenvolvimento e exercício, apresenta-se um espaço livre de interferências religiosas.

A laicidade apresenta-se como liberdade, tanto de modo negativo (ausência de interferência indevida), como positivo (condições possibilitadoras do exercício dos direitos). No primeiro sentido, de modo negativo, impedindo que o Estado (em toda sua gama de atividades, legislativa, executiva e judiciária) se valha de diretrizes religiosas ao concretizar esses direitos; no segundo sentido, de modo positivo, obrigando que o Estado atue, a fim de proteger os direitos sexuais de indivíduos e de grupos, sempre que interferências religiosas intentem tomar ou restringir as condições para o reconhecimento e para o exercício, nos espaços públicos, de tais direitos.

Tome-se a hipótese dos direitos sexuais. O Estado, organizado sob a égide da laicidade, tem de desenvolver legislação, jurisprudência, administração e políticas públicas que, no âmbito da saúde, não somente evitem a adoção de diretrizes religiosas, mas que não se omitam caso pretensões ou iniciativas religiosas disseminem a subordinação feminina ou a homofobia.

Nessa linha, pode-se refletir, por exemplo, a partir da decisão prolatada na ADPF nº 132. A conclusão é a de que o Estado brasileiro se omite, de modo inconstitucional, ao não disciplinar legalmente a união estável homossexual, e se omite quanto a seus deveres constitucionais de proteção dos direitos fundamentais de liberdade sexual e de não discriminação por motivo de orientação sexual, o que demonstra que o direito fundamental de não discriminação por motivo de orientação sexual dá a ver a laicidade. Como constitucionalmente prevista, a laicidade concretiza-se como um dever de agir para que razões religiosas não triunfem no espaço público e, desse modo, para que não se imponham restrições inconstitucionais ao exercício da liberdade sexual e da não discriminação por motivo de orientação sexual.

Mais do que isso: apenas se alcança o sentido constitucional da laicidade com a complementação dos direitos sexuais e reprodutivos, cujo conteúdo, estabelecido a partir dessa relação, exige uma ação positiva que garanta o reconhecimento e o exercício desses direitos. Uma ação positiva, como requerida ante ao Supremo Tribunal Federal, compreende uma manifestação estatal capaz de proteger, por meio de um recurso judicial vinculante, os direitos sexuais dos detentores destes direitos fundamentais.

O cenário jurídico brasileiro contemporâneo, em matéria de direitos humanos relativos à orientação sexual e à identidade de gênero, caracteriza-se pelo avanço de determinadas demandas, resistência a medidas de proteção e, ao mesmo tempo, a riscos concretos de retrocesso.

De fato, é inegável a importância e o peso, no mundo jurídico, da decisão do Supremo Tribunal Federal, referente à união estável de pessoas do mesmo sexo. Ao afirmar o *status* de direito fundamental à liberdade sexual e à proibição de discriminação por motivo de orientação sexual, e ao reconhecer a diversidade sexual como um

dato relevante e protegido pelo direito constitucional, a atuação do Tribunal acabou por consolidar uma trajetória jurisprudencial de reconhecimento de direitos, em especial quanto à orientação sexual. Oxalá o posicionamento jurisprudencial igualmente fortalecedor dos direitos humanos e fundamentais se verifique quando o Tribunal vier a apreciar a ação de inconstitucionalidade que diz respeito à identidade de gênero, cuja fundamentação reflete uma abordagem de direitos humanos.

Há resistência cada vez maior diante das propostas legislativas que instituem respostas criminais para o enfrentamento da homofobia, articulada em especial por setores que investem na contaminação do debate público democrático mediante a invocação de razões religiosas, em nítida afronta à laicidade estatal.

Nesse contexto, a luta contra a homofobia e o heterossexismo, que engendram a discriminação por orientação sexual sofrida por *gays*, lésbicas, travestis e transexuais, é arena decisiva. Ela permite, ao mesmo tempo em que os direitos sexuais são desenvolvidos, superar graves injustiças e construir padrões mais democráticos e pluralistas no convívio social nos quais a diversidade e o respeito são valores básicos e necessários para todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENEDETTI, Marcos Renato. *Toda feita: o corpo e o gênero das travestis*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

BOSI, Alfredo. *A dialética da colonização*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1992.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5002*, de 20 de fevereiro de 2013. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Projeto de Lei 5002/2013. Brasília, DF, 20 fev. 2013. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>. Acesso em: 28 ago. 2016.

_____. Congresso. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda Constitucional nº 67*, de 30 de junho de 1999. Altera os artigos 3º e 7º da Constituição Federal. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 14 set. 1999. n. 148, p. 40955-409558. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14330>. Acesso em: 28 ago. 2016.

_____. *Lei nº 9.612*, de 19 de fevereiro de 1998. Institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária e dá outras providências. Lei 9.612/98. Brasília, DF, 19 fev. 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9612.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

_____. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal, e dá outras providências. Brasília, DF, 07 ago. 2006.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 28 de maio de 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 29 maio 2008. p. 134-659. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental nº 132*. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 13 out. 2011. n. 198. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Acórdão nº 2001.71.00.026279-9/RS*. Apelante: Ministério Público Federal. Apelada: União Federal. Relator: Juiz Federal Roger Raupp Rios. Porto Alegre, RS, 14 de agosto de 2007. *Apelação Cível 2001.71.00.026279-9/RS*. Porto Alegre, 14 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/dsexuaisreprod/Acordao-transgenitalizacao-transsexuais-TRF4.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

CEZÁRIO, Joelma; KOTLINSKI, Kelly; NAVARRO, Melissa (Org.). *Legislação e jurisprudência LGBTTT*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: <<http://>

bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf. Acesso em: 28 ago. 2016.

CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil sem homofobia*: programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2016.

CUNHA, Christina Vital da. *Religião e política*: uma análise de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Boll, 2012.

DISTRITO FEDERAL (Estado). *Lei Orgânica do Distrito Federal*, de 20 de dezembro de 2011. Lei Orgânica do DF. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70442>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Os homossexuais diante da Justiça: relato de uma Ação Civil Pública. In: GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *A justiça e os direitos de gays e lésbicas*: jurisprudência comentada. Porto Alegre: Sulina, 2003.

MATO GROSSO (Estado). *Constituição* (2011), de 5 de outubro de 2011. Constituição do Estado do Mato Grosso. Cuiabá, MT, 01 set. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70444>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. *Direitos sexuais de LGBTTTT no Brasil*: jurisprudência, propostas legislativas e normati-

zação federal. Brasília: Ministério da Justiça/Secretaria da Reforma do Judiciário, 2012.

PIAUI (Estado). *Constituição* (2011), de 27 de outubro de 2011. Constituição do Estado do Piauí. Teresina, PI, 01 set. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70447>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). *Lei Estadual nº 11.872*, de 19 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a promoção e reconhecimento da liberdade de orientação, prática, manifestação, identidade, preferência sexual e dá outras providências. Lei nº 11.872/02: Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul. 245. ed. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legis>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

RIOS, Roger Raupp. Apuntes para un derecho democratico de la sexualidad. In: BORRILLO, Daniel; CASTILLO, Víctor Luis Gutiérrez. *Derecho y política de las sexualidades: una perspectiva latino-mediterránea*. Barcelona: Huygens, 2013. p. 73-94.

_____. As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/as-unioes-homossexuais-e-a-familia-homoafetiva/>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

_____. Direito da Antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero – a compreensão constitucional de discriminação por motivo de sexo. In: COUTO, Edvaldo Souza; GOELLNER, Silvana (Org.).

O triunfo do corpo: polêmicas contemporâneas. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. p. 85-118.

_____. Direitos sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF n. 132-RJ e ADI 4.277). In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (Org.). *Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF*. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 69-114.

_____. Sexual rights of gays, lesbians, and transgenders persons in Latin America: a judge's view. In: CORRALES, Javier; PECHENY, Mario (orgs). *The politics of sexuality in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2010. p. 251-258.

_____. Uniões homossexuais: adaptar-se ao direito de família ou transformá-lo? Por uma nova modalidade de comunidade familiar. In: GROSSI, Miriam; UZIEL, Anna Paula; MELLO, Luiz (Orgs.). *Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p. 109-30.

RIOS, Roger Raupp; SANTOS, Wederson. Diversidade sexual, educação e sociedade: reflexões a partir do Programa Nacional do Livro Didático. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Debora (Org). *Homofobia e educação: um desafio ao silêncio*. Brasília: Letras Livres/EdUnB, 2009.

RIOS, Roger Raupp; SCHÄFER, Gilberto; BORBA, Felipe. Direito da antidiscriminação e a criminalização da pederastia pelo Código Penal Militar. In: *Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, a. 26, n. 127, p. 311-330, 2012.

SÃO PAULO (Estado). *Lei Estadual nº 10.948*, de 05 de novembro de 2001. Dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual e dá outras providências. Lei nº 10.948/01. São Paulo, SP, 05 nov. 2001. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10948-05.11.2001.html>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

SERGIPE (Estado). *Constituição* (1989), de 05 de outubro de 1989. Constituição do Estado de Sergipe. Aracaju, SE: 01 set. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70454>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

SUIAMA, Sérgio. Em busca de um modelo autodeterminativo para o direito de transgêneros. In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (Org.). *Homossexualidade e direitos sexuais*: reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 166-207.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso*: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. Rio de Janeiro: Record, 2000.

VIANNA, Adriana. *Direitos e políticas sexuais no Brasil*: mapeamento e diagnóstico. Rio de Janeiro: CEPESC, 2004. p. 51-62.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

**SEGUNDA PARTE: DIREITO DE
FAMÍLIA EM PERSPECTIVA *QUEER***

5 PARA UMA TEORIA DO DIREITO DAS PESSOAS E DA FAMÍLIA EMANCIPADA DO GÊNERO

Daniel Borrillo

Na França, o termo “gênero”, como sinônimo de sexo, é desprovido de existência jurídica. O vocábulo “gênero” aparece, sobretudo, nos textos relacionados ao direito de autor para designar o “gênero literário, artístico ou um tipo de indústria”. Em direito das obrigações, o gênero remete à classificação das coisas. Assim, o adágio latino *genera non pereunt* (as coisas de gênero nunca perecem) indica que o devedor não poderia se considerar liberado do fato da perda de uma coisa de gênero. A linguagem jurídica confunde-se aqui com o coloquial: o gênero faz referência ao conjunto de seres ou objetos de mesma origem ou ligados pela similitude de um ou vários caracteres (pertencer a um gênero, ingressar num gênero).

É sob o vocábulo “sexo” que a categoria sociológica de gênero aparece no direito francês. O direito positivo faz referência ao sexo como sendo uma realidade natural, a tal ponto que, segundo Michèle-Laure Rassat, “a lei não definiu o sexo por não lhe caber de-

fini-lo. O sexo é uma noção científica. Às ciências cabe [...] dizer em que consiste e ao direito ratificar suas revelações” (RASSAT, 1985, p. 655, tradução nossa).

Se o termo “sexo” (ainda que ele nunca tenha sido definido) é consagrado em nível nacional, é em nível internacional, depois da conferência de Pequim de 1995, que emerge juridicamente o termo “gênero” para se referir às relações sociais do sexo e, sobretudo, à discriminação para com as mulheres. É, então, pelo direito internacional que a categoria se tornará conhecida no direito francês. No entanto, mesmo que vários relatórios europeus façam referência ao gênero,¹ os textos jurídicos em língua francesa da União Europeia utilizam o vocábulo “sexo” (“igualdade ou discriminações fundamentadas no sexo”) ou “homens e mulheres” (“igualdade entre homens e mulheres”) para designar o gênero. Assim, as diretrizes relativas às discriminações referem-se a qualquer “situação, disposição, critério ou prática capaz de prejudicar ou colocar em desvantagem pessoas de um sexo diante de pessoas do outro sexo” (UNIÃO EUROPEIA, 2004).² A ação positiva é definida pelo direito europeu como “medidas destinadas a facilitar o exercício de uma atividade profissional pelo sexo sub-representado ou para prevenir ou compensar desvantagens na carreira profissional”. O assédio é “a situação na qual um comportamento indesejado, ligado ao sexo de uma pessoa, ocorre com objetivo ou efeito de atingir a dignidade de uma pessoa e criar

¹ Ver, por exemplo, *Différences entre les genres en matière de réussite scolaire: étude sur les mesures prises et la situation actuelle en Europe* (Diferenças entre os gêneros em matéria de sucesso escolar: estudo sobre as medidas tomadas e a situação atual na Europa), relatório da Agência executiva Education, Audiovisuel et Culture (COMISSÃO EUROPEIA, 2010).

² Diretriz 2004/113/CE de 13 de dezembro de 2004, estabelece o princípio da igualdade entre as mulheres e os homens quanto ao acesso a bens e serviços e ao fornecimento de bens e serviços.

um ambiente intimidador, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo” (UNIÃO EUROPEIA, 2004).

É sobretudo pelos trabalhos das feministas anglo-saxônicas (BELLEAU, 2001) que a palavra “gênero” faz irrupção na doutrina dos juristas, mesmo que a lei francesa nunca a utilize e nenhum dicionário ou vocabulário jurídico a introduza em seu repertório.³

Além dessa questão terminológica, ligada frequentemente à tradução do termo inglês *gender*, é imprescindível constatar que os dispositivos jurídicos, tanto nacionais, europeus, quanto internacionais, baseiam-se na existência pressuposta de dois sexos juridicamente estabelecidos. Os indivíduos encontram-se, assim, designados para uma ou outra destas duas categorias distintas e estáveis: homens e mulheres. Nada surpreendente, o direito só reflete aqui uma tradição multissecular que naturalizou o arranjo binário do gênero humano fundamentado nas características biológicas dos sexos (BORRILLO, 2011).

O conteúdo do termo “sexo” aparece no direito interno como atribuição a uma categoria de uma parte e como injunção à não discriminação de outra parte. O sexo é, então, ao mesmo tempo, identificação e proteção. E ademais, o direito, alimentando-se de outras disciplinas, vê igualmente no sexo as relações sociais de gênero e a diferença dos sexos, ou seja, a repartição complementar das funções socialmente sexuadas. Assim, o sexo designa os homens e as mulheres (sexo biológico), os comportamentos esperados de cada categoria (sexo social ou gênero propriamente dito) e o desejo sexual e afetivo de uns para com os outros (heterossexualidade).

³ É em vão que procuraremos a palavra “gênero” nos dicionários jurídicos. Em contrapartida, o termo “sexo” (CORNU, 2007, p. 864) indica “no homem ou na mulher, os órgãos da reprodução e da sexualidade”. Assim como “cada uma de duas metades do gênero humano, conjunto das mulheres (sexo feminino), conjunto dos homens (sexo masculino)”.

Num primeiro momento, nós apresentaremos as implicações jurídicas da tripla significação do vocábulo para, posteriormente, testar sua pertinência jurídica.⁴ Em outras palavras, é necessário que o sujeito de direito seja sexuado para que a imputação dos direitos e obrigações possa ser defendida na justiça?

Embora o termo “gênero” não seja pacífico no plano jurídico, nós o utilizaremos neste capítulo (ao menos formalmente) como sinônimo de sexo biológico, como categoria de identificação das pessoas físicas, como função social e sexual, assim como dispositivo antidiscriminatório. Todavia, tal similitude semântica não implica absolutamente uma sinonímia substancial, como tentaremos demonstrar nas páginas que se seguem.

O GÊNERO: UM MONSTRO DE TRÊS CABEÇAS

Como o cão Cérbere, guardião dos infernos na mitologia, o gênero é um monstro de três cabeças. Desde seu nascimento, os indivíduos são juridicamente classificados na categoria macho ou fêmea. Essa designação identitária encontra sua origem no âmago de nossa cultura. Assim, o relato bíblico do livro do Gênesis conta que Deus criou o primeiro o homem e, depois,

o Senhor Deus fez cair pesado sono sobre o homem, e este adormeceu; tomou uma das suas costelas e fechou o lugar com carne. E a costela que o Senhor Deus tomara ao homem, transformou-a numa mulher e lha trouxe. E disse o homem: Esta, afinal, é osso dos meus ossos e carne da minha carne; chamar-se-á mulher, porquanto do homem foi tomada. Por isso, deixa o homem pai e mãe e se une à sua mulher, tornando-se os dois uma só carne. (BIBLIA, 2015, Gênesis, 2:21-2:24).

⁴ Como o cita Danièle Lochak, “não é porque os homens e as mulheres existem como categorias biológicas, sociais ou antropológicas que devem necessariamente existir como categorias jurídicas” (LOCHAK, 2011, p. 44, tradução nossa).

A evidência de uma humanidade binária encontra suas origens na Bíblia e na maioria das narrações míticas,⁵ a tal ponto que a antropóloga Françoise Héritier chegará até a afirmar que se refere

à diferença sexuada e ao papel diferente dos sexos na reprodução. [...] Trata-se aí de um limite último do pensamento, sobre o qual está fundamentada uma oposição conceitual essencial: a que opõe o idêntico ao diferente, um desses *thematha* arcaicos que se encontram em todo pensamento científico, tanto antigo quanto moderno, e em todos os sistemas de representação (HÉRITIER, 1996, p. 20, tradução nossa).

Essa forma de transcendência antropológica, para retomar a expressão de Éric Fassin, vem reforçar o pensamento bíblico:

assim como a religião podia outrora colocar-se acima do político, da mesma forma hoje, numa sociedade democrática e laica, alguns gostariam de pôr a antropologia sob o político. A diferença de sexos teria assim um fundamento não suprapolítico, mas infrapolítico – não teológico, mas antropológico (FASSIN, 2001, p. 97, tradução nossa).

Desde a origem, portanto, a designação sexuada dos indivíduos não possui apenas uma finalidade reflexiva, ou seja, relacionada ao indivíduo face a ele próprio, mas também uma finalidade relativa ao outro. A diferença de sexo faz referência tanto à relação de subordinação entre os gêneros quanto à relação de complementaridade que eles supostamente mantêm entre si. Trata-se, ao mesmo tempo, de uma maneira de definir e designar a alteridade para melhor descrever a necessária complementaridade (subordinação ou supremacia) sexual. Philippe Malaurie o explica nos seguintes termos: “Desde o começo da Gênese, é dito que Deus criou o homem e a mulher.

⁵ Todavia, alguns relatos são bem menos heterossexistas do que o do Antigo Testamento, como se vê em *O banquete*, de Platão [380 a.C].

Logo, na sua própria origem – para os que acreditam, na sua divina origem –, o ser humano foi criado para fundir-se a um outro: para doar-se” (MALAURIE, 1999, p. 18-19, tradução nossa).

O sexo indica, ao mesmo tempo, a natureza biológica dos seres sexuados (macho e fêmea) e as relações familiares e sociais que mantêm os gêneros masculino e feminino entre si. Essa visão relacional do sexo supõe uma ideologia que é não apenas a da subordinação das mulheres, mas também, e sobretudo, a da necessária complementaridade entre as sexualidades, ou seja, a heterossexualidade obrigatória, para retomar a expressão de Adrienne Rich (1980). Nesse contexto, não é surpreendente que os principais representantes da doutrina dos juristas que consideram o sexo como “a imagem jurídica da pessoa” (LAROCHE-GISSEROT, 1997, p. 461, tradução nossa), a “divisão primordial” (CARBONNIER, 2000, tradução nossa) da humanidade e a prova da coexistência de “dois estados primeiros” (BRUNETTI-PONS, 2004, p. 589, tradução nossa) sejam frequentemente os mesmos que se opuseram ardentemente ao reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo (BORRILLO, 1999).

Logo, o sexo faz referência, ao mesmo tempo, a um *status* e a uma função. O pertencer às classes macho ou fêmea constitui o sexo-*status* ou o sexo-identidade. Os comportamentos sociais que se presume corresponderem a um ou outro sexo (masculino/feminino), assim como a hierarquia das sexualidades, (heterossexualidade/homossexualidade) designam o sexo-função (COOK; CUSACK, 2009).

A diferenciação do sexo-*status* e do sexo-função é puramente analítica. Todavia, ela permite compreender melhor a complexidade e a dimensão polifuncional da categoria assim como seu caráter eminentemente político.

O GÊNERO-IDENTIDADE

Os indivíduos que entram no seu nascimento nas categorias sexuadas só muito dificilmente podem escapar de seus grupos ou desistir de seus alinhamentos (apenas com autorização do médico e do juiz, sempre no âmbito de um procedimento administrativo) em vista da permanência do sinal biológico da diferença de sexo. De fato, o sexo aparece como o caso mais estrito de designação identitária. Trata-se de uma divisão irremediável da humanidade, já que fixada de maneira definitiva. A possibilidade de um gênero neutro foi evocada no final do século XIX pelo fundador da medicina legal, Alexandre Lacassagne, que “requer uma reforma do artigo 57 do Código civil para impor um exame médico na puberdade que decidirá o sexo e a inscrição como homem, mulher ou neutro nos registros de estado civil” (1887, p. 91).

Se a lei não define o sexo, uma velha jurisprudência da Corte de Cassação relativa ao casamento dá como critério definidor a aparência externa dos órgãos genitais.⁶ Roger Nerson tem razão ao afirmar que “a legislação francesa não precisou a definição do sexo, e é na jurisprudência relativa ao casamento que podemos deduzir a definição estabelecida pelo direito positivo francês” (1966, p. 74, tradução nossa). Na sua redação atual, a alínea primeira do artigo 57 do Código Civil dispõe: “a certidão de nascimento enunciará o dia,

⁶ *Cass. fr., ch. civ.*, 6 de abril de 1903, D.P., 1904, 1, p. 395, concl. Baudouin. Essa teoria do sexo aparente foi confirmada pela Corte de Cassação depois da condenação pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Com efeito, no seu acórdão de 11 de dezembro de 1992, a alta jurisdição (FRANÇA, 1992) decide: “quando, após um tratamento médico – cirúrgico aplicado com fim terapêutico, uma pessoa que apresenta a síndrome da transsexualidade deixa de possuir todas as características de seu sexo de origem e assume uma aparência física que a aproxima de outro sexo, ao qual corresponde seu comportamento social, o princípio devido à vida privada justifica que seu estado civil indique doravante o sexo que ela aparenta”.

a hora e o lugar do nascimento, o sexo da criança e os nomes que lhe serão dados [...]” (FRANÇA, 2017, tradução nossa).

Segundo a jurisprudência estabelecida pela Corte de Cassação, é o exame dos órgãos genitais externos do recém-nascido que determina: se o indivíduo pertence a um ou outro sexo;⁷ o reconhecimento desse estado pela sociedade (estado civil); e a atribuição de prenomes, frequentemente sem ambiguidade quanto ao sexo daquele ou daquela que o usa. De acordo com a Corte de Apelação de Paris, “todo indivíduo, mesmo que apresente anomalias orgânicas, deve ser obrigatoriamente ligado a um dos dois sexos, masculino ou feminino, o qual deve ser mencionado na sua certidão de nascimento” (FRANÇA, 1974, p. 196, tradução nossa). O artigo 55 do Código Civil enuncia na sua alínea primeira que “as declarações de nascimento devem ser feitas até três dias após o parto ao oficial do estado civil do lugar” (FRANÇA, 2017, tradução nossa). Antigamente, era o próprio oficial de registro civil quem constatava *de visu* (de vista) o sexo da criança que lhe era apresentada (BRANLARD, 1993, p. 45).

A instrução geral, relativa ao registro civil, esclarece também que

quando o sexo do recém-nascido é incerto, convém evitar o uso da indicação *sexo indeterminado* e o oficial de registro civil deve aconselhar aos pais a perguntarem ao seu médico qual o sexo que parece mais provável considerando, eventualmente, os resultados previsíveis de um tratamento médico. É este sexo que será indicado na certidão, podendo ser retificado judicialmente no futuro em caso de erro. (FRANÇA, 1999, art. 288, grifo do original, tradução nossa).

⁷ Na ausência de uma definição legal, é necessário recorrer à jurisprudência. O Tribunal Grande Instance de Nanterre, numa decisão de 21 de abril de 1983, constatou que “no atual estado da ciência, o sexo é definido com a ajuda de vários elementos: cariótipo, fisiologia, aparência, sexo cerebral, comportamento. É preciso considerar cada um desses elementos para ligar uma pessoa a um dos dois sexos” (FRANÇA, 1983, tradução nossa).

No que concerne a tal instrução, a Corte de Apelação de Versailles acolheu o pedido de retificação do registro civil e a mudança de nome de uma criança que apresentou, desde seu nascimento, órgãos masculinos extremamente insuficientes, já que, finalmente, o sexo indicado originariamente revelou-se errôneo (FRANÇA, 2001, p. 10595). É necessário lembrar que se os pais se recusam a declarar o sexo da criança, sua responsabilidade penal pode ser considerada.⁸

Chamada antigamente de hermafroditismo (filho de Hermes e de Afrodite),⁹ essa realidade é conhecida cientificamente hoje sob o termo de intersexualismo.¹⁰ Em caso de força maior, tal situação permite uma modificação do sexo declarado, considerado como resultante de um erro material causado pela incerteza inicial. O artigo 288 da Instrução Geral relativa ao Registro Civil é complementado como segue:

Se, em certos casos excepcionais, o médico estimar não poder dar imediatamente qualquer indicação sobre o sexo provável de um recém-nascido, mas se este sexo puder ser determinado definitivamente num prazo de um ou dois anos após um tratamento apropriado, poder-se-ia admitir, com a concordância do procurador da República, que nenhuma menção sobre o sexo da criança fosse inicialmente inscrita na certidão de nascimento. Nesta hipótese, é conveniente que todas as medidas úteis sejam tomadas para que, mais tarde, a certidão de nascimento possa ser efetivamente completada por decisão judicial. Em todos os casos de ambiguidade sexual, deve ser aconselhado aos pais escolher para a criança um nome que possa ser usado tanto por uma menina quanto por um menino. (FRANÇA, 1999, tradução nossa).

⁸ Com efeito, o artigo R.645-4 atribui uma contravenção de classe 5 a qualquer pessoa que, tendo assistido a um parto, não fizer a declaração de nascimento prevista no artigo 55 do Código Civil (FRANÇA, 2017).

⁹ O mito de Hermafrodite narrado por Ovídio no livro IV das *Metamorfoses* é a primeira explicação para esses indivíduos que parecem não ter nenhum sexo ou ter todos os dois.

¹⁰ Sobre a evolução da terminologia, ver Picquart (2009, p. 109).

Salvo em casos de intersexualidade, a Corte de Cassação adotava uma posição restritiva e só aceitava os pedidos de retificação do registro civil em algumas circunstâncias excepcionais. De fato, durante muito tempo a justiça francesa permaneceu surda diante das demandas dos transexuais,¹¹ e se a operação de redefinição sexual fosse tolerada, a modificação de sexo nos documentos de identidade lhes era recusada em nome da indisponibilidade do estado das pessoas, princípio de ordem pública em virtude do qual apenas a administração tem qualidade para fixar e autenticar o registro civil do indivíduo sujeito de um direito.¹²

A intersexualidade e a transexualidade evidenciam a complexidade do sexo: sexo genotípico, sexo fenotípico, sexo endocrínico, sexo psicológico, sexo cultural e sexo social são diferentes aspectos de uma mesma realidade. Quando não há concordância entre os aspectos biológicos e os aspectos psicológicos do sexo, algumas pessoas se veem diante de uma situação de perturbação e de confusão de identidade de gênero. Com frequência, elas desejam submeter-se a uma intervenção cirúrgica para corrigir sua anatomia¹³ e mudar de registro civil. A recusa em conciliar os documentos de identidade com o novo sexo foi considerada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos contrária ao respeito pelo direito à vida privada, provocan-

¹¹ Diferentemente dos intersexuais, nos transexuais não existe nenhuma ambiguidade física, trata-se então de uma questão puramente psicossocial.

¹² Segundo Vincent Calais, “esta concepção francesa do estado das pessoas, marcada pela herança católica e pela preponderância política e cultural do Estado, distingue-se de outras tradições, como a do direito britânico, por exemplo. Na Grã-Bretanha, os registros civis são documentos históricos, que descrevem acontecimentos fundamentais da vida do sujeito, sem adotar o caráter de um discurso determinante da identidade individual. As mudanças de nome e sobrenome, por exemplo, estritamente regulamentadas na França, são muito mais fáceis na Grã-Bretanha.” (2007, p. 134, tradução nossa).

¹³ As primeiras operações de mudança de sexo ocorreram durante o século I e II antes de Cristo (ANDROUTSOS; PAPADOPOULOS; GEROULANOS, 2001).

do uma reviravolta na jurisprudência francesa.¹⁴ No caso Goodwin, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou que o direito ao desenvolvimento pessoal deveria, doravante, primar e observar que a recusa em autorizar os transexuais a mudarem de sexo não era equitativa e que constituía uma violação de sua vida privada. Da mesma forma, “A Corte não está convencida de que se possa hoje continuar a admitir que os termos do artigo 12 da convenção (direito de casamento) impliquem em que o sexo deva ser determinado segundo critérios puramente biológicos.” (UNIÃO EUROPEIA, 2002, tradução nossa). A Corte considerou também que pertence ao estado determinar as condições e as formalidades concernentes ao casamento dos transexuais, mas que “não vê nenhuma razão que justifique que os transexuais sejam privados em qualquer circunstância do direito de casar”.

Na França, depois da Circular de 14 de maio de 2010, não é mais necessário ter feito uma operação de redefinição sexual (ou seja, de ablação dos órgãos genitais): os tratamentos médico-cirúrgicos, tendo acarretado mudanças irreversíveis, já podem ser suficientes para justificar o pedido de mudança de sexo (FRANÇA, 2010). Na ausência de modificação física e fisiológica, fruto de pelo menos uma hormonioterapia responsável pela esterilidade, o indivíduo não pode requerer a retificação de seu registro civil. Em outras palavras, não há salvação para aqueles e aquelas que desejam uma mudança de gênero social sem se submeterem ao dispositivo clínico.¹⁵ Como

¹⁴ Cass. fr., ass. plen., 11 de dezembro de 1992, dois decretos: J.C.P., ed. G, 1993, II, 21991, concl. JEOL e obs. G. MEMETEAU, R.T.D. civ., 1993, p. 92, obs. J. HAUSER.

¹⁵ Em conformidade com a Resolução nº 1728 do Conselho da Europa, relativa às discriminações fundadas na orientação sexual e na identidade de gênero, a deputada Michèle Delaunay apresentou, em 22 de dezembro de 2011, a proposta de lei nº 4127 visando à simplificação do procedimento de mudança da menção do sexo no registro civil.

o demonstrou Elsa Dorlin (2008), não são as feministas, mas o aparelho médico-psiquiátrico que inventou o gênero para apoderar-se de questões como o hermafroditismo e o transexualismo. O Estado, depois disso, refugia-se por trás da autoridade médica para regular os conflitos ligados ao pertencimento a uma ou outra das categorias sexuais.

O GÊNERO-FUNÇÃO

O sexo aparece não apenas como um *status* (atributo da personalidade), mas também como uma função que remete aos papéis sociais esperados de um e outro sexo. O gênero-função é o aspecto dinâmico do gênero-identificação. Durante muito tempo, o sexo-função organizou juridicamente a subordinação das mulheres. Assim, do direito constitucional ao direito civil, do direito do trabalho ao direito da família, as leis excluía as mulheres dos direitos fundamentais, tais como o direito ao voto ou o direito de dispor de seu patrimônio, da igualdade no seio da família. As teorias feministas do direito (BELLEAU, 2001) epigrafaram o caráter político e a dimensão arbitrária da suposta naturalidade da diferença sexual que serviu para hierarquizar os sujeitos de direito e a discriminar “legalmente” as mulheres.

a) O *gender-blind* do direito europeu

Alguns vestígios da concepção paternalista do direito acabaram por cair graças ao direito europeu, que se torna progressivamente indiferente ao gênero. De fato, a Corte de Luxemburgo recusou alguns benefícios reservados às mulheres de uma maneira geral sem justificação específica. Era o caso da Lei Roudy, de 13 de julho de 1983, que outorgava principalmente uma extensão da licença ma-

ternidade e uma redução do tempo de trabalho para as mulheres, quando tais benefícios também deveriam referir-se às funções paternas e não serem reservados apenas às mães (COMUNIDADES EUROPEIAS, 1988). Efetivamente, a associação da feminilidade com a maternidade só reforça um estereótipo de gênero. É a qualidade de genitor e não a categoria mulher que justifica algumas disposições. Uma abordagem relacional do gênero permite, como o propõe Martha Minow (1990), tratar a gravidez como uma questão que diz respeito não apenas às mulheres grávidas, mas a todos os indivíduos, pois, no aguardo de um útero artificial, este é, por agora, o único modo de reprodução da espécie humana (ATLAN, 2005).

A interdição do trabalho noturno para as mulheres também foi questionada pelo juiz europeu e levou à derrogação do capítulo III da Lei de 9 de maio de 2001. Seguindo essa mesma lógica de indiferença ao gênero, a Lei de 26 de julho de 2005, que formula diversas medidas de transposição do direito comunitário à função pública, amplia o benefício para que este chegue aos empregos públicos (limite de idade, condição de diploma imposta aos outros candidatos...) e igualmente aos homens pais de três filhos. Da mesma forma, a Corte de Justiça da União Europeia entende como discriminatórias as operações das companhias de seguro que consideram o sexo para o cálculo dos prêmios e prestações do seguro automotivo: o gênero não seria mais, a partir de 21 de dezembro de 2012, um critério de determinação da tarifa deste tipo de seguro.

b) A função heterossexual do gênero

A consideração do sexo pelo direito serviu durante muito tempo para justificar a exclusão e a inferiorização das mulheres. Hoje, o fato de ser pertencente a um ou outro sexo não aparece mais

como um elemento formal, determinando a fruição dos direitos. Por que então continuar a fazer do gênero um elemento de registro civil?

A única razão para tal persistência parece ser, de acordo com a análise da jurisprudência francesa desde 1903, a relativa à instituição matrimonial, considerada pelos juízes como necessariamente heterossexual.

Mas, além das interpretações da jurisprudência, forçoso é constatar que as principais convenções relativas aos direitos humanos são redigidas de uma maneira neutra face ao gênero. Os capítulos começam da seguinte forma: “toda pessoa tem o direito...”, “cada um tem o direito...” ou ainda “ninguém pode ser...”, mas quando se trata do direito fundamental ao casamento, os credores do dito direito tornam-se sujeitos sexuados: “Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família”.¹⁶ Todavia, conscientes dessa situação, os redatores da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia não definiram o casamento, mas limitaram-se a proclamar que “O direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício”.¹⁷

O gênero como categoria identificatória do registro civil serve para definir o casamento como uma instituição heterossexual e, conseqüentemente, para impedir o casamento entre pessoas de mesmo sexo. Assim, o Tribunal Correccional de Brest, numa decisão de 15 de dezembro de 2011, recusou mudar o registro civil de Chloé, nascida Wilfrid, após uma operação de reconversão sexual alegando que alterar o sexo mencionado na certidão de nascimento de uma pessoa

¹⁶ Artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹⁷ Artigo 9º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

casada findaria por criar uma situação de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Além disso, esses exemplos evidenciam o fato de que o sexo-função (no plano jurídico) não é apenas um instrumento da dominação sobre as mulheres (mesmo que no plano sociológico as discriminações permaneçam), mas uma categoria que produz igualmente a exclusão dos(das) homossexuais: nenhum direito ao casamento para os casais de mesmo sexo, nenhuma sucessão *ab intestat*, nenhuma reversão de pensão, nenhuma filiação adotiva ou por procriação artificial.

Com o fim de restituir sua plena capacidade protetora, a categoria sexo, na sua dimensão relacional, deveria fazer referência não apenas às “relações sociais de sexo”, mas também às “relações sociais de sexualidades”. A dimensão protetora da categoria encontraria, assim, toda sua faculdade de adaptação sociológica e todo seu sentido jurídico.

O GÊNERO-PROTEÇÃO

A análise do direito positivo revela que o fato de pertencer a um ou outro sexo motiva cada vez menos a aplicação de um *status* específico. Com efeito, a maioria das regras que atribuíam à mulher um *status* jurídico inferior ao do homem desapareceram ao longo do século XX graças às políticas antidiscriminatórias e de proteção da igualdade que fizeram do “sexo” uma categoria não mais de dominação, mas de emancipação. Ao contrário de gênero-identificação, o gênero-proteção é uma categoria provisória que responde a uma necessidade pontual: a igualdade material. Trata-se de uma medida corretiva que, uma vez atingido o objetivo, não tem nenhuma razão para perdurar.

a) O gênero como categoria antidiscriminatória

A igualdade dos sexos está consagrada em nível constitucional desde o preâmbulo da Constituição francesa de 1946. Ela figura igualmente entre as missões fundamentais da Comunidade Europeia (artigo 2 do tratado CE). A Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ratificam a igualdade dos sexos e combatem as discriminações fundadas no gênero. Em Direito Civil, nenhuma disposição faz da mulher um ser inferior submisso ao poder do marido, e em matéria de autoridade parental, o princípio é o do exercício comum pelo pai e pela mãe. Em direito do trabalho, é afirmado o princípio da igualdade de tratamento entre os homens e as mulheres, que se manifesta principalmente no acesso a certas profissões que antes eram interditas às mulheres e na igualdade das remunerações. Os princípios de igualdade dos sexos e de não discriminação constituem a regra, ao ponto de terem acarretado, em 2011, no desaparecimento da interdição do trabalho noturno das mulheres ou, também, na redução dos prêmios de seguros automotivos, como já o havíamos ressaltado.

Sob o ângulo do direito convencional dos direitos humanos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou que o termo “sexo” do artigo 14 da Convenção (não discriminação) devia ser interpretado como inclusivo da orientação sexual. Com efeito, enunciou-se no decreto do caso “Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal”, de 21 de dezembro de 1999, que a orientação sexual é uma noção “coberta, indubitavelmente, pelo artigo 14 da Convenção” (UNIÃO EUROPEIA, 1999). Da mesma forma, a Suprema Corte do Havaí, em 1993, tinha considerado que a impossibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo constituía uma discriminação fundamentada no sexo do requerente: os juízes consideraram que é

porque o requerente é um homem que o direito de se casar com um homem lhe é negado, ao passo que uma mulher teria podido casar-se com aquele homem (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1993, p. 60-63).

Se para algumas jurisdições a categoria sexo pode compreender a sexualidade, os juízes do direito comunitário fazem uma interpretação diferente. Em 30 de abril de 1996, uma mulher transexual conseguiu convencer a Corte de Luxemburgo de que seu licenciamento constituía uma discriminação baseada no seu sexo (UNIÃO EUROPEIA, 1996). Se a noção de discriminação baseada no sexo protege os transexuais,¹⁸ poder-se-ia ter imaginado que tal proteção estender-se-ia a *gays* e lésbicas. Esse foi o argumento desenvolvido pelo advogado de Lisa Grant, uma mulher lésbica que decidiu recorrer à Corte de Justiça de Comunidades Europeias (C.J.C.E.), invocando o artigo 119 do tratado de Roma sobre a igualdade de tratamento dos sexos. O advogado geral da Corte, seguindo os argumentos do advogado da requerente, considerou que a noção de discriminação baseada no sexo podia compreender igualmente a discriminação fundamentada na orientação sexual. Logo, comparando a situação de Lisa Grant à de um homem heterossexual, o advogado geral concluiu que é o sexo da Sra. Grant que está na origem da discriminação e não o fato de ela ser lésbica. Efetivamente, se a requerente tivesse sido um homem e não uma mulher, ela poderia ter se beneficiado das vantagens decorrentes de sua vida de casal com uma mulher. Tratar-se-ia então de uma discriminação fundada no sexo

¹⁸ Tanto em nível europeu quanto em nível nacional, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (*Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 de julho de 2002) e do Tribunal de Justiça da União Europeia (*P. v. S. and Cornwall County Council*, 30 de abril de 1996, C 117/01) e a HALDE consideraram igualmente que a discriminação para com as pessoas transexuais constitui uma discriminação baseada no sexo (ver, principalmente, as decisões número 2008-28 e 2008-29 de 18 de fevereiro de 2009).

que entraria no domínio de competência da Corte. Embora a CJCE siga geralmente a opinião de seu advogado, no caso Grant, os juízes de Luxemburgo divergiram decidindo que não havia discriminação fundada no sexo, mas na orientação sexual, separando, assim, sua jurisdição. Tal interpretação da Corte revelou a necessidade de instrumentos específicos de proteção contra a discriminação envolvendo os *gays* e as lésbicas. Essa é a via seguida pelo tratado de Amsterdã de 20 de outubro de 1997, que introduziu a categoria “orientação sexual” num novo artigo. É, portanto, devido a uma visão do sexo limitado a sua dimensão de *status*, e não de função, que a Corte de Luxemburgo levou o legislador europeu a criar a categoria “orientação sexual” (BORRILLO, FORMOND, 2007).

b) O gênero como categoria de promoção da diversidade

O sexo é não apenas uma categoria antidiscriminatória, mas também uma categoria de promoção da diversidade. Com efeito, no fim dos anos 1990, pela primeira vez na França, as leis sobre a paridade marcaram a emergência de uma política pública voluntarista em favor das mulheres na representação política. A lei constitucional de 8 de julho de 1999 acrescentou ao artigo 3 da Constituição uma alínea estipulando que “a lei favorece o acesso igual das mulheres e dos homens aos mandatos eleitorais e às funções eletivas”. Um ano mais tarde, a lei eleitoral de 6 de junho de 2000 fixou as modalidades práticas para supostamente “favorecer” esse acesso igual das mulheres e dos homens no campo da representação política. Enquanto instrumento favorecedor da igualdade material, a paridade tende a corrigir uma situação política historicamente desfavorável às mulheres.

Mesmo sem nos pronunciarmos sobre os benefícios de tal política, nos é permitido questionar se, seguindo a lógica corretiva que esta comporta, a paridade não deveria beneficiar igualmente

os homossexuais? Com efeito, assim como as mulheres, os *gays* são nitidamente sub-representados nas assembleias eletivas localmente e nacionalmente. Aliás, as lésbicas podendo invocar a paridade, a situação cria uma desigualdade entre os homens homossexuais e as mulheres homossexuais.

O GÊNERO-IDENTIDADE: UMA BARREIRA PARA A IGUALDADE DAS PESSOAS

Na sua dimensão identitária e funcional, a categoria sexo constitui uma barreira para a igualdade das pessoas. Como critério de Estado que tem parte na identificação oficial dos indivíduos, o gênero jurídico alimenta a ilusão natural da existência de duas realidades sociais claramente distintas. Ora, a sociologia ressalta o fato de que a distinção entre os homens e as mulheres provêm antes das construções ideológicas e sociais do que das características invariáveis e naturais. É nas relações históricas de dominações que se forjaram os caracteres femininos e masculinos, de tal forma que o sexo é o resultado dessa história, e não na expressão espontânea de uma concordância com a realidade biológica macho/fêmea. Os intersexuais são as primeiras vítimas da lógica binária dos gêneros. Não tendo um sexo claramente definido, estas pessoas são destinadas prematuramente no cartório a uma ou outra das categorias.

No que diz respeito aos transexuais, apesar do relatório do Comissário para Direitos Humanos¹⁹ e da recomendação da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa convidando os

¹⁹ Em 29 de julho de 2009, em seu relatório temático intitulado “Droits de l’homme et identité de genre” (Direitos humanos e identidade de gênero), o Comissário recomendava “cessar de subordinar o reconhecimento da identidade de gênero de uma pessoa a uma obrigação legal de esterilização e de submissão a outros tratamentos médicos” (COMISSÁRIO PARA DIREITOS HUMANOS, 2009, tradução nossa).

Estados membros a garantir, na legislação e na prática, os direitos das pessoas transgêneras, em que se tenha documentos oficiais refletindo a identidade do gênero ao qual se sentem pertencentes, sem a obrigação prévia de se submeter a uma esterilização ou a outros procedimentos médicos, como uma operação de conversão sexual ou uma terapia hormonal (CONSELHO DA EUROPA, 2010), a administração continua a exigir uma esterilização como prévia à modificação das certidões de registro civil. A aparente desmedicalização do transexualismo efetuada na França²⁰ em 2010 nada mais é do que uma simples modificação burocrática da atribuição financeira concedida pela previdência social. O transexualismo continua a ser considerado uma doença da competência da psiquiatria e é por essa razão que só o psiquiatra pode decidir institucionalmente quem sofre ou não da síndrome do transexualismo.

Numa proposta de lei apresentada em 22 de dezembro de 2011, a deputada socialista Michèle Delaunay propõe uma revisão completa do processo de modificação da menção do sexo no registro civil, completamente livre de qualquer obrigação de intervenção médica.²¹

²⁰ Decreto nº 2010-125 de 8 de fevereiro de 2010, referente à modificação do anexo do artigo D. 322-1 do Código da Previdência Social, relativo aos critérios médicos utilizados para a definição da afecção de longa duração: “afecções psiquiátricas de longa duração”.

²¹ Trata-se da introdução de um só artigo após o artigo 99-1 do Código Civil, redigido conforme segue: “Artigo 99-2. A petição da retificação da menção do sexo é apresentada ao presidente do Tribunal de Grande Instância na presença de no mínimo três testemunhas capazes, sem laço nem de ascendência nem de descendência com o interessado. Elas testemunham de boa fé sobre o fundamento da petição. O abuso manifesto do requerente fundamenta a intervenção do Ministério Público. O tribunal ordena, salvo abuso manifesto, a retificação da menção do sexo. A retificação é definitiva, sob reserva da não introdução de uma nova solicitação do interessado a título da alínea primeira do presente artigo. Sem prejuízo das disposições do artigo 101, os atos relacionados ao registro civil devem, sob pena da multa editada no artigo 50, integrar a retificação ordenada na data da retificação.”

O GÊNERO-FUNÇÃO: UMA BARREIRA PARA A IGUALDADE DAS FAMÍLIAS

Na sua dimensão identitária e funcional, o gênero constitui uma barreira para a igualdade das famílias. De fato, o modelo da família conjugal organizada em torno da complementaridade dos papéis masculinos e femininos, da subordinação das mulheres e das crianças (filhos) e da supremacia do *pater familias* impediu, por um longo período, o reconhecimento de outras formas de vida familiar.

As feministas materialistas assinalaram a exploração econômica das mulheres que o dito modelo comporta. Durante muito tempo, a naturalização dos gêneros no seio da família justificava a subordinação da mulher casada ao seu esposo, assim como o monopólio da instituição matrimonial no que concerne à filiação legítima. Se o gênero identificação não constitui mais uma barreira para o acesso aos direitos familiares (os transexuais desfrutam do direito ao casamento²² e as mulheres são formalmente iguais aos homens), em compensação, o gênero como elemento remetendo à necessária diferença dos sexos, *conditio sine qua non* do direito ao casamento e à filiação, permanece o principal obstáculo à igualdade formal de gays e lésbicas.²³

A retificação da menção do sexo confere os direitos e obrigações do novo sexo ao interessado sem prejuízo das obrigações contratadas sob o domínio do antigo com respeito a terceiros e sob reserva dos direitos ligados ao sexo anterior.

O casamento preexistente deve ser dissolvido no dia da introdução da petição de retificação.

A filiação estabelecida antes da retificação não sofre nenhuma modificação. Após a retificação, a filiação pode ser estabelecida, no que se refere ao interessado, conforme as disposições do título sétimo do presente Código”.

²² Novamente, ver o caso “Christine Goodwin c. Reino Unido” (UNIÃO EUROPEIA, 2002).

²³ A revisão das leis de bioética de 2011 assim como as decisões da Corte de Cassação e do Conselho Constitucional o demonstram sem ambiguidades.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos estimou que não há um direito fundamental ao casamento para os casais de mesmo sexo²⁴; o Conselho Constitucional considerou que a interdição ao casamento homossexual não é contrária à Constituição;²⁵ e a Corte de Cassação lembrou que, no atual estado da lei francesa, o casamento só é possível entre um homem e uma mulher.²⁶ Todavia, nenhuma explicação é apresentada pelos juízes para justificar a diferença de sexos como *conditio sine qua non* do direito ao casamento. Para encontrar uma resposta, é necessário olhar em outro lugar. Segundo a socióloga Irène Théry, abrindo o casamento aos casais de mesmo sexo, a “diferenciação simbólica” dos gêneros femininos e masculinos desapareceria (THÉRY, 1997b).²⁷ Com efeito, além de ser uma relação sexual, o casal seria “uma união sexuada por inscrever-se nesta ordem simbólica da diferença dos sexos que nomeamos a diferença dos gêneros”; logo, cessando-se a discriminação no direito de casais - ou seja, a hierarquização - de acordo com sua orientação sexual, artificializa-se o gênero, desorganizando “[...] o masculino e o feminino construídos pela cultura dos sexos – macho e fêmea – que são seu suporte vivo”. Por fim, a autora teme que essa destruição da simbolização leve nossa sociedade “de maneira radical a um reducionismo biológico”. Pois segundo ela, “uma certa normalização da homossexualidade participa da fragilização das modalidades de instituição da diferença dos gêneros na cultura ocidental” (THÉRY, 1997, p. 24-25, tradução nossa), o que justificaria, desde então, a ma-

²⁴ Ver o caso “Shalk e Kopf c. Áustria” (UNIÃO EUROPEIA, 2010).

²⁵ Ver o caso “Corinne C. e Sophie H.” (FRANÇA, 2011).

²⁶ Ver França, 2007.

²⁷ Esse argumento foi mais amplamente difundido ao viés de uma entrevista concedida ao jornal *Le Monde* (THÉRY, 1997a, p. 16). O argumento vale tanto para a hipótese do casamento quanto para a de uma associação, de um compartilhamento, indiferentemente acessível aos casais homo ou heterossexuais (na época do contrato de união social – C.U.S.). Substituiu explicitamente esse argumento: Brunetti-Pons, 2004; ver também Théry; Labrusse-Riou, 1998.

nutrição de uma hierarquia das sexualidades simbolizada, principalmente, pela impossibilidade de acesso dos casais de mesmo sexo ao casamento civil. Théry justifica igualmente a manutenção da discriminação para “o desafio da filiação”. De acordo com a socióloga, “o casamento não é a instituição do casal, mas a instituição que liga a diferença dos sexos à diferença das gerações”; por esse ângulo, “o direito concebe a ordem genealógica que inscreve cada ser humano na sua dupla linhagem paterna e materna”. Ora, “aí, continua ela, enraíza-se a diferença do masculino e do feminino, que não é natural [...], mas cultural” (THÉRY, 1997, p. 24-25, tradução nossa). Eis aí como o argumento cultural vem ao encontro da tese naturalista da diferença dos sexos como um dado invariável cristalizado na norma jurídica.²⁸

LIVRAR-SE DO DISPOSITIVO GÊNERO-IDENTIDADE PRESERVANDO O GÊNERO-PROTEÇÃO

O problema posto pelo sexo como categoria jurídica é o da essencialização de tipos biológicos para uma classificação que busca legitimar sua organização ou sua hierarquia, apoiando-se sobre distinções inscritas na natureza das coisas e dos seres. A indicação de outras categorias, tais como a raça ou a religião, não apenas é proibida nas certidões de registro civil francesas, mas também, quando um estrangeiro é proveniente de um país onde esse tipo de informação é admissível, as autoridades francesas não devem considerá-la (FRANÇA, 1999, tradução nossa): “Como o conteúdo das certidões de registro civil é determinado pela lei do lugar onde são estabelecidas, o oficial de registro civil francês não pode introduzir nas certi-

²⁸ Para uma crítica sobre os efeitos conservadores da ordem simbólica, ver Lochak, 2011, p. 51.

dões de registro civil dos estrangeiros na França enunciados previstos pela lei nacional dos interessados se não o são pela lei francesa (exemplo: nacionalidade, religião, raça...).”²⁹

Como para a raça, o traço orgânico do sexo consigna a diferença nos corpos e nas psiques dos indivíduos que não podem escapar a esse destino biológico e cultural. A utilização da categoria “sexo” nos registros civis pressupõe uma realidade biológica primeira, o que implica reconhecer esse aprisionamento dos indivíduos e garantir a perenidade das identidades obrigatórias.

Enquanto categoria explícita, o sexo como elemento identificatório das pessoas conserva a ilusão da naturalidade da diferença entre os homens e as mulheres e, sobretudo, da necessária complementaridade. A história natural dos sexos nada mais é do que a justificação da heterossexualidade como identidade numa perspectiva de identificação com os valores metafísicos que fundam a família e a filiação – lembremos os gritos de alerta dos antropólogos, psicanalistas e outros peritos anunciando o fim da civilização se o PaCS³⁰ nunca fosse adotado (BORRILLO; LASCOUMES, 2002).

Contudo, como ressaltamos anteriormente, quando é usada para fins identificatórios, a categoria sexo não produz os mesmos efeitos de quando é usada para fins de proteção. A inscrição da pertinência sexuada no direito como elemento de identificação acarreta uma irrefutabilidade das características ligadas ao gênero. O indivíduo não teria como, a partir daí, escapar da categoria fatal pela a qual é designado com base em sua aparência fisiológica. Essa utilização

²⁹ “Instruction générale relative à l'état civil” (Instrução geral relativa ao registro civil), título III, “Règles particulières aux divers actes de l'état civil” (Regras particulares para as diversas certidões de registro civil), capítulo III, “État civil des étrangers en France” (Registro civil dos estrangeiros na França), artigo 529, alínea 2 (FRANÇA, 1999).

³⁰ Do francês “Pacte Civil de Solidarité”. Na França é um tipo de união civil, sobre a qual discorreremos mais adiante.

da categoria intervém primeiramente na percepção e na representação da diferença, o sexo biológico (e, *a fortiori*, a heterossexualidade), manifestando-se sob o signo da evidência. A seguir, instala-se um modo particular de funcionamento social, na medida em que a diferença de sexo remete historicamente à subordinação da mulher e, hoje, à heterossexualidade obrigatória (pelo menos em nível do casal e da filiação). A diferença de sexos é uma realidade simbólica fundamentada na crença da supremacia cultural da heterossexualidade. Seria preciso então, em conformidade com a tradição republicana francesa, banir o “sexo” (como categoria de identificação) de todos os documentos de identidade, a começar pela certidão de nascimento e pelo número da previdência social.

Em compensação, o sexismo e o heterossexismo devem continuar a ser combatidos pela lei. Em outras palavras, as categorias “sexo” e “orientação sexual” encontram-se justificadas, enquanto medidas provisórias, quando têm por finalidade não enclausurar os indivíduos em categorias identitárias, mas lhes permitir justamente que se emancipem.

Como para as estatísticas étnicas e as políticas de afirmação da igualdade e da diversidade, poder-se-ia aplicar ao sexo um método de autoidentificação, que consiste em classificar os indivíduos de acordo com seu sentimento de pertencimento a um grupo. Para fazer isto, é permitido fornecer uma lista de modalidades preestabelecidas (homem, mulher, sexo neutro...) que os respondentes são convidados a selecionar, ou deixar em aberto a resposta, o que supõe que a formulação da pergunta utilize termos não equívocos para os inquiridos.

Eis o paradoxo do qual não se pode escapar sob pena de fazer desaparecer o sustentáculo da mudança social: recusar a categoria gênero em nível identificatório para reivindicá-la melhor no plano antidiscriminatório. Todavia, o paradoxo é fortemente atenuado

quando se está consciente de que a categoria protetora nunca é definitiva e que ela responde a uma necessidade pontual, orientada pela vontade de corrigir uma desigualdade material.

A sujeição dos indivíduos a um gênero é o resultado de uma norma de leitura social duplamente fragmentada pelo peso identitário do sexo. O gênero aparece como sendo o primeiro dos comunitarismos, e o mais dissimulado, pois apresentado como universal e natural. É precisamente essa ideologia (formulação repetitiva de um estado de fato não questionado e formulado também como estado de direito) que estabeleceu a neutralidade e a objetividade do lado masculino. O verdadeiro universalismo só pode, então, se fundamentar sobre um sujeito de direito neutro diante do gênero.

Enquanto em matéria de emprego ou no acesso a bens e a serviços, a cegueira de gênero pode acarretar discriminações, em matéria de direitos das pessoas e direito da família, é justamente a sujeição ao gênero que produz a discriminação. Parece, então, ser pertinente por fim à imputação identitária do sexo como categoria de Estado, ou seja, cristalizando um *status* permanente nas certidões de registro civil. Em contrapartida, quando o sexo se torna categoria de proteção contra as discriminações e medida corretiva favorecendo a diversidade dos grupos minoritários (mulheres, homossexuais, transexuais, intersexuais...), a categoria deve perdurar. Todavia, o Estado não tem nenhuma necessidade de inscrever os indivíduos numa identidade cristalizada nas certidões de registro civil para protegê-los. Lutar contra as discriminações não implica absolutamente em renunciar ao princípio de cegamento quanto ao sexo e ao gênero. A raça, a religião, a classe social, a profissão e o estado de saúde não estão inscritos nos documentos de identidade, e isto nunca impediu a implantação das políticas de luta contra o racismo ou o antisemitismo, da assistência social para as pessoas precárias ou, simplesmente, da previdência social universal.

O fim da inscrição do gênero nas certidões de registro civil permitirá, ao mesmo tempo, questionar a naturalidade da classificação sexuada e pôr fim às discriminações voltadas aos intersexuados, aos *gays*, às lésbicas e aos transgêneros. Dissolver a sexuação jurídica permitirá enfraquecer os estereótipos sociais ligados à feminilidade e à masculinidade. Além disso, lutar contra o sexismo e a homofobia, sem por isso submeter os indivíduos a um gênero, permitiria estabelecer uma política antidiscriminatória na qual a questão da sexuação não remeta mais necessariamente às mulheres. A indiferenciação de gênero em direito permitiria, assim, a realização do gênero humano universal, ou seja, para além da condição sexuada dos indivíduos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATLAN, Henri. *Lutérus artificiel*. Paris: Le Seuil, 2005.

ANDROUTSOS, G.; PAPADOPOULOS, M; GEROULANOS, S. *Les premières opérations de changement de sexe dans l'Antiquité*. *Andrologie*, 11, n. 2, p. 89-93, 2001.

BELLEAU, Marie-Claire. Les théories féministes: droit et différence sexuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. 100, nº. 1, p. 1-40, 2001.

BÍBLIA, Português. *A Bíblia Sagrada: Antigo e Novo Testamento*. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atual. no Brasil. Brasília: Sociedade Bíblia do Brasil, 2015.

BORRILLO, Daniel. Fantômes des juristes *vs* Ratio juris: la doxa des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe. In: BORRILLO, Daniel; FASSIN, Éric; IACUB, Marcela Paris (Dir.). *Au-delà du PaCS: l'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*. Paris: PUF, 1999.

_____. Le sexe et le droit: de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi. *Jurisprudence Revue Critique*, n. 2, p. 263-274, 2011.

BORRILLO, Daniel; FORMOND, Thomas. *Homosexualité et discrimination en droit privé*. Paris: La Documentation Française, 2007.

BORRILLO, Daniel; LASCOUMES, Pierre. *Amours égales*. Le PaCS, les homosexuels et la gauche. Paris: La Découverte, 2002.

BRANLARD, Jean-Paul. *Le sexe et l'état des personnes*. Paris: L.G.D.J., 1993.

BRUNETTI-PONS, Clotilde. La distinction de l'homme et de la femme: approche pluridisciplinaire. *Revue de la Recherche Juridique*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, n° 2, 2004.

CALAIS, Vincent. Choisir son sexe, un droit de l'homme? *La Revue Lacanienne*, n. 4, p. 133-140, 2007.

CARBONNIER, Jean. *Les personnes, la famille, les incapacités*. 21 ed. Paris: PUF, 2000.

COMISSÃO EUROPEIA. *Différences entre les genres en matière de réussite scolaire: étude sur les mesures prises et la situation actuelle en Europe*. Bruxelas: Agence Exécutive Éducation, Audiovisuel et Culture, 2010. Disponível em: <http://eacea.ec.europa.eu/education/eurydice/documents/thematic_reports/120fr.pdf>. Acesso em: 02 fev 2016.

COMISSÁRIO PARA DIREITOS HUMANOS do Conselho da Europa (União Europeia). *Droits de l'homme et identité de genre*, de 29 de julho de 2009. Strasbourg: Commdh/Issuepaper, 2009. Disponível em: <<https://rm.coe.int/16806da5d0>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

COMUNIDADES EUROPEIAS. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. *Acórdão de 25 de outubro de 1988*, relativo ao Processo 312/86. Comissão das Comunidades Europeias vs. República Francesa. Presidente: O. Due. Recueil de Jurisprudence. Paris, 1988. p. 06315.

CONSELHO DA EUROPA. *Recomendação CM/Rec(2010)5* do Comitê de Ministros aos Estados -Membros sobre medidas para o combate à discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero. Adotada pelo Comitê de Ministros em 31 de março de 2010. Strasbourg: Conselho da Europa, 2010. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/sogi/rec-2010-5>>. Acesso em: 02 fev. 2016

COOK, Rebecca J.; CUSACK, Simone. *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2009.

CORNU, Gérard (Dir.). *Vocabulaire juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 2007.

DORLIN, Elsa. *Sexe, genre et sexualités: introduction à la théorie féministe*. Paris: PUF, 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte do Hawai. Hawai'i Supreme Court. *Acórdão nº 74* Haw. Baehr c. Lewin, 645, 852 P.2d 44, de 05 de maio de 1993. Presidente: J. Levinson. Honolulu. 05 maio 1993.

FASSIN, Éric. La voix de l'expertise et les silences de la science dans le débat démocratique. In: BORRILLO, Daniel; FASSIN, Éric. *Au-delà du PaCS: l'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*. Paris: PUF, 2001.

FRANÇA. Código Civil, de 02 de março de 2017. Le Code Civil des Français. *Code Civil*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acesso em: 03 ago. 2017.

_____. Corte de Apelação de Paris. Cour D'appel de Paris. *Acórdão*. Relator: Me. Granjon. Paris, França, 18 de janeiro de 1974.

_____. Corte de Apelação de Versailles. Cour D'appel de Versailles. Nota: Guez. Versailles, 22 de junho de 2000. JCP. Versailles, 2001. v. II, p. 10595.

_____. Corte de Cassação. Cour de Cassation. Assembleia Plenária. *Acórdão n° 1*, Processo n°. 91-11900. Presidente: M. Draï. Paris, 11 de dezembro de 1992. Bulletin. Paris, França, n. 13, p. 27.

_____. Corte de Cassação. Cour de Cassation. Primeira Câmara Cível. Anulação, *Arrêt n° 511*, de 13 de março de 2007. Stéphane C. e Bertrand C.. Presidente: Jean-Pierre Ancel. Paris, 13 de março de 2007.

_____. Conselho Constitucional. Le Conseil Constitutionnel. *Decisão n° 2010-92 QPC*, de 28 de janeiro de 2011. Caso Corinne C. e Sophie H. Presidente: Jean-Louis Debré. JORF. Cscx1102828s. Paris, 29 jan. 2011. n. 0024, p. 1894. Recueil, p. 87.

_____. *Instrução Geral*, de 19 de maio de 1999. Regroupe en un seul document les dispositions législatives et réglementaires, circulaires et décisions jurisprudentielles relatives à l'état civil. Instruction Générale Relative à L'état Civil du 11 Mai 1999. JORF n. 172. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cid-Texte=JORFTEXT000000647915>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. Ministério da Justiça e das Liberdades. Ministère de la Justice et des Libertés. *Bulletin Officiel*. Circulaire de la DACS CIV/07/10 du 14 mai 2010, relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil. Paris, 14 de maio de 2010.

_____. Tribunal Grande Instance. *Jurisprudence*. Nanterre, França, 21 de abril de 1983. Nanterre, 1983.

HÉRITIER, Françoise. *Masculin/féminin*: la pensée de la différence. Paris: Odile Jacob, 1996.

LACASSAGNE, Alexandre. *Les actes de l'état civil*. Paris: A. Storck, 1887.

LAROCHE-GISSEROT, Florence (Ed.). *Leçons de droit civil: les personnes*. t. I, vol. 2, 8^a ed. Paris: Montchrestien, 1997.

LOCHAK, Danièle. *Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques*. *Jurisprudence Revue Critique*, n. 2, 2011.

MALAURIE, Philippe. Couple, procréation et parenté. In: BRUNETTI-PONS, Clotilde. *Notion juridique de couple*. Paris: Economica, 1999. p. 18-19.

MINOW, Martha. *Making all the Difference*. Ithaca/London: Cornell University Press, 1990.

NERSON, Roger. *Jurisprudence*. *Revue trimestrielle de droit civil: RTDC*, n. 5, 1966.

PICQUART, Julien. *Ni homme, ni femme: enquête sur l'intersexuation*. Paris: La Musardine, 2009. RASSAT, Michèle-Laure. Sexe, médecine et droit. In: RAYNAUD, Pierre. *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*. Paris: Dalloz, 1985. p. 651-674.

RASSAT, Michèle-Laure. Sexe, médecine et droit. In: RAYNAUD, Pierre. *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*. Paris: Dalloz, 1985. p. 651-674.

RICH, Adrienne. Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence. *Signs*. *Journal of Women in Culture and Society*, vol. 5, 1980.

THÉRY, Irène. Entretien. *Le Monde*. Paris, 25 nov., p. 16. 1997a.

_____. *Le contrat d'union sociale en question*. Paris: Fondation Saint-Simon, 1997b.

THÉRY, Irène; LABRUSSE-RIOU, Catherine. PaCS: les pièges d'un nouveau jeu de loi. *Le Monde de l'éducation*, dossier "Famille, le grand chambardement", n. 264, p. 43-45, novembro de 1998.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretriz do Conselho nº 113/CE*, de 13 de dezembro de 2004. Aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32004L0113>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Acórdão*. Processo nº 28957/95. Christine Goodwin contra o Reino Unido. Grande Câmara, Presidente: Luzius Wildhaber. Strasbourg, França, 11 de julho de 2002.

_____. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Acórdão*. Processo 33290/96. Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal. Presidente: Matti Pellompa. Strasbourg, França, 21 de dezembro de 1999.

_____. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Acórdão*. Processo 30141/04. Schalk e Kopf contra Áustria. Presidente: Christos Rozakis. Strasbourg, França, 24 de junho de 2010.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Acórdão*. Processo C-13/94. P. contra S. e Cornwall County Council. Presidente: G.

C. Rodríguez Iglesias. Luxemburgo, 30 de abril de 1996. European Court Reports. Luxenburgo, 1996. v. 1, p. 2143.

6 AS UNIÕES HOMOSSEXUAIS E A “FAMÍLIA HOMOAFETIVA”: O DIREITO DE FAMÍLIA COMO INSTRUMENTO DE ADAPTAÇÃO E DE CONSERVADORISMO OU A POSSIBILIDADE DE SUA TRANSFORMAÇÃO E INOVAÇÃO

Roger Raupp Rios

Uma das questões mais disputadas no debate envolvendo as uniões entre pessoas do mesmo sexo é sua caracterização jurídica como comunidade familiar. Este capítulo tem por objetivo refletir sobre as implicações da eleição das categorias jurídicas acionadas para esse reconhecimento (casamento, união estável ou uma nova modalidade de comunidade familiar) e suas consequências para tais uniões e para o próprio direito de família. Para tanto, é necessário examinar, além das tendências que marcam a evolução do conceito jurídico de família e dos fundamentos normativos que fundamentam a consideração de tais uniões no ordenamento jurídico, a resposta constitucional a este tema diante do texto promulgado em 1988.

TENDÊNCIAS NA COMPREENSÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE FAMÍLIA E AS UNIÕES HOMOSSEXUAIS

Como escrevi alhures,¹ Valerio Poncar e Paola Ronfani (1998) historicam a existência, no Ocidente, de duas grandes tradições jurídicas formadoras da concepção de família. Na Europa continental a compreensão jurídica da família radica-se na codificação napoleônica; o direito da *Common Law* construiu seu modelo a partir da assim chamada “família vitoriana”. Enfatizarei a tradição continental, não obstante refira a discussão do âmbito da *Common Law*, tendo em vista a extensão do debate sobre o conceito jurídico de família e sobre a união de pessoas do mesmo sexo.

O primeiro aspecto a ser salientado em uma exposição da concepção de família no Código Civil Napoleônico é a relação entre a configuração jurídica da família e o modelo de Estado.² Entre eles há estreita conexão, assinalando-se à família uma relevância política e uma função de formação dos futuros cidadãos e proprietários. Tratava-se de fundar a ordem pública sobre a ordem privada, a ordem social sobre a ordem doméstica, a grande pátria sobre a pequena. Nesse contexto, devem ser salientados o reforço drástico do poder marital, a supremacia absoluta da família legítima, a condição jurídica submissa da mulher e a criminalização do adultério feminino. Além disso, a hierarquia familiar repousava em uma disciplina machista do pátrio poder, reforçada por seu controle público. Tal “poder-dever” orientava-se para a consecução de fins públicos, daí a possibilidade de intervenção estatal quando inadequadamen-

¹ Ver Rios, 2001, cap. 4.

² Valho-me, nesta exposição, de Poncar e Ronfani, 1998 (já citados nos capítulos I, II e III deste livro).

te desempenhado. Essa configuração, marcadamente individualista, representou um modelo de regulação jurídica da família forjado de cima para baixo, alicerçado na concepção do cidadão-proprietário, em ruptura com o particularismo jurídico que caracterizava a França (TARELLO, 1976, p. 28).

Assim regulada, a família era entendida como um complexo de indivíduos hierarquicamente ordenados, formando uma “teoria institucional”³ da família e do matrimônio, “no sentido do direito público, porque vai além da autonomia das vontades individuais frente a um objetivo superior: o bem da família e, por meio dele, a ordem social” (MEULDERS-KLEIN apud PONCAR; RONFANI, 1998, p. 9, tradução nossa). Dentre os traços característicos desse modelo institucional, devem ser salientados a percepção da família como uma entidade fechada, a ser considerada em si mesma, permanente no tempo independente da mutação de seus componentes individuais, voltada para a consecução de objetivos econômicos e afetivos internos e para a realização de finalidades externas e superiores, relacionadas à manutenção e ao progresso da sociedade. Nesse modelo hierárquico, no qual os indivíduos são concebidos numa “regulação piramidal complexa” e assimétrica, sem a previsão da paridade de direitos entre os cônjuges, delineou-se uma estrutura familiar de tipo forte e autoritário, prevalecendo as relações de hierarquia sobre as de autonomia. Assim, não causa qualquer surpresa a negativa absoluta de consideração da união de pessoas de mesmo sexo no âmbito do direito de família. De fato, num contexto político e ideológico nos quais os gêneros estão rigidamente definidos e orientados para necessidades de produção e para o fortalecimento de certos padrões morais confirmatórios dessa cosmovisão, não há espaço para a acei-

³ Milton C. Regan, ao estudar a evolução do conceito de intimidade no direito de família anglo-saxão, demonstra a prevalência, também nessa tradição jurídica, da regulação institucional da família (1993, p. 6).

tação de qualquer espécie de relacionamento destoante do padrão da família institucional.

As causas desse fenômeno são de muitas ordens, ultrapassando os limites deste estudo. Segundo David Greenberg (1990, p. 347-368), com a ascensão das economias de mercado e o acirramento da competição entre os agentes econômicos, o ideal de eficiência gerou uma valorização da poupança e da economia em detrimento do consumo e do gasto, culminando em uma busca por autocontrole e por disciplina — um quadro geral de austeridade reprovador de todo excesso, especialmente sexual. Daí, portanto, a proibição das práticas homossexuais, a emergência da literatura antimasturbação e a condenação à prostituição.⁴

Nesse contexto, não há espaço para as uniões de pessoas do mesmo sexo, uma vez que elas contrariam a lógica informadora da família enquanto figura jurídica. A contradição não se limita aos rumos da economia e de suas necessidades; a homossexualidade atinge e confronta também ditames religiosos dominantes (POSNER, 1992) e informadores da legislação civil. Nas palavras de Michel Foucault,

Até o final do século XVIII, três grandes códigos explícitos — além das regularidades devidas aos costumes e das pressões de opinião — regiam as práticas sexuais: o direito canônico, a pastoral cristã e a lei civil. Eles fixavam, cada qual à sua maneira, a linha divisória entre o lícito e o ilícito. Todos estavam centrados nas relações matrimoniais: o dever conjugal, a capacidade de desempenhá-lo, a forma pela qual era cumprido, as exigências e as violências que o acompanhavam, as carícias inúteis ou indevidas às quais servia de pretexto, sua fecundidade ou a maneira empregada para torná-lo estéril, os momentos em que era solicitado (períodos perigosos da gravidez e da amamentação, tempos proibidos da quaresma ou das abstinências), sua frequência ou raridade: era sobretudo isso que estava saturado de prescrições. O sexo dos cônjuges era sobrecarregado de regras e recomendações. A

⁴ Relacionando a condenação dos excessos e a virtude da austeridade com os fatores religiosos presentes no desenvolvimento do capitalismo, ver Weber, 1987, p. 110-132.

relação matrimonial era o foco mais intenso das constrações; era sobretudo dela que se falava; mais do que qualquer outra tinha que ser confessada em detalhes. Estava sob estreita vigilância: se estivesse em falta, isso tinha que ser mostrado e demonstrado diante de testemunha. O “resto” permanecia muito mais confuso: atentemos para a incerteza do *status* da “sodomia” ou a indiferença diante da sexualidade das crianças. (FOUCAULT, 1988. p. 38).

Se a concepção jurídica tradicional do conceito de família não continha espaço para a consideração das uniões de pessoas do mesmo sexo, abriram-se novas perspectivas a partir da segunda metade do século XX, dadas as transformações desde então verificadas. De fato, o modelo de família institucional declinou na segunda metade do século XX: diversas inovações legislativas, refletindo as profundas mudanças na dinâmica familiar daquele período, (GIDDENS, 1993) foram paulatinamente enfraquecendo o modelo institucional hierárquico e patriarcal, dentre as quais merecem destaque a nova compreensão do divórcio e a igualdade de direitos entre os cônjuges. Primeiramente, observou-se a instauração de um tipo de relação familiar que privilegiava a satisfação afetiva conjunta dos cônjuges, informado pelas aspirações de intimidade e reciprocidade no seio familiar – o advento da “família fusional”. A partir da década de 1980, essa configuração altera-se mais ainda, caminhando para a “família pós-moderna”, caracterizada pela valorização da individualidade de cada um dos seus membros sobre a comunidade familiar. Segundo F. Singly, “o que muda é o fato de que as relações sejam menos valorizadas por si mesmas e mais pelas gratificações que devem trazer a cada um dos componentes da família. Hoje, a ‘família feliz’ atrai menos, o que conta é ser feliz por si mesmo.” (SINGLY apud PONCAR; RONFANI, 1998, p. 54).

A percepção dessas mudanças é essencial para a adequada concretização do direito de família contemporâneo. Tais transfor-

mações provocaram, no ordenamento jurídico brasileiro,⁵ quando da promulgação da Constituição da República de 1988, a inserção de diversas normas a respeito da família, formando todo um capítulo na Ordem Social constitucional. Nele, é de registrar, primeiramente, a superação da visão que subordinava a dinâmica familiar à consecução de determinados fins sociais e estatais, estabelecidos no interior de uma única e determinada cosmovisão estatal. De fato, desde o reconhecimento da dignidade constitucional de outras formas de vida diversas da tradicional família legítima⁶ até a igualdade de direitos e de deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal, o regime jurídico da família constitucionalmente vigente rompe com o paradigma institucional. Esse aspecto é muito importante, uma vez que, em virtude dessa nova disciplina constitucional, pode-se conferir ao ordenamento jurídico a abertura e a mobilidade que a dinâmica social lhe exige sem a fixidez de um modelo único que desconheça a pluralidade de estilos de vida e de crenças e o pluralismo que caracterizam nossos dias.⁷

Nesta linha, a atualização do direito de família aponta para, além do paradigma da família institucional, o reconhecimento dos novos valores e das novas formas de convívio constituintes das concretas formações familiares contemporâneas que alcançam não só a citada “família fusional”, mas também a “família pós-moderna”. Nesse sentido, aliás, poder-se-ia melhor explorar e refletir a respeito do §8º do artigo 226 da Constituição de 1988, no qual ficam claras a relevância e a autonomia de cada indivíduo participante da comuni-

⁵ Ver, para uma história do direito de família brasileiro, Rodrigues, 1993.

⁶ Conforme o artigo 226, também são reconhecidas como entidade familiar a união estável entre homem e mulher (§3º), bem como a comunidade monoparental (§4º).

⁷ Ver, a respeito desta preocupação na interpretação do direito de família na Constituição, Rios, 1998.

dade familiar, sem se adotar uma visão “institucional” ou “fusional” da família.⁸

Diante desse quadro, no qual somam-se a emergência de novas dinâmicas familiares e um ordenamento jurídico constitucional aberto (que acolhe, dentre outros elementos, o pluralismo no direito de família), quais são os rumos do debate sobre o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo?

FUNDAMENTOS PARA A CONSIDERAÇÃO DAS UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO DIREITO DE FAMÍLIA

O debate sobre a pertinência das uniões entre pessoas do mesmo sexo no direito de família tem como premissa a especificidade e a diferença entre estas uniões e aquelas tradicionalmente reconhecidas pela legislação civil (principalmente o casamento e a união estável, que são as mais importantes figuras reconhecidas pelo direito brasileiro). Outra premissa que permeia o debate é, conforme a opinião esposada pela doutrina familista simpática às uniões homossexuais e pela corrente majoritária do movimento LGBT, a insuficiência do mero reconhecimento jurídico obrigacional, vale dizer, a limitação de tais uniões como associações meramente econômicas,⁹ sem conferir relevância ao elemento afetivo, que diferencia a união estável constitucionalmente protegida, pertinente ao direito de família, da sociedade de fato, prevista no direito obrigacional (COUTO E SILVA, 1979, p. 14).

⁸ Diz o dispositivo: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

⁹ Registre-se, todavia, que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 148.897-MG, decidiu pelo enquadramento das uniões de pessoas de mesmo sexo sob a configuração jurídica de sociedade de fato.

Como visto, o direito de família caminha cada vez mais em direção ao reconhecimento da natureza familiar de relações humanas, estáveis e duradouras, fundadas na sexualidade e no afeto, com a intenção de se estabelecer uma plena comunhão de vida. Aí a tendência que fez adentrar no texto constitucional a enumeração das comunidades familiares acima mencionadas. Nesse rumo, foram superados antigos dogmas relativos às finalidades reprodutivas de tais comunidades, antes apresentadas como condições necessárias para o reconhecimento da entidade familiar; também foram ultrapassadas exigências formais, antes satisfeitas unicamente pela celebração do casamento civil ou religioso. As chamadas “uniões homossexuais”, cujos vínculos afetivos e sexuais constroem uma comunhão de vida estável e durável, enquadrar-se-iam, portanto, nas notas distintivas requeridas pela regulação jurídica da família estampada na Constituição de 1988. Diante do perfil dessas relações, postula-se o seu enquadramento no âmbito do direito de família. Como apontou Luiz Edson Fachin (1997), no direito de família a afetividade sobrepuja a patrimonialidade. Para ilustrar a diferença radical produzida pelas abordagens ora discutidas (do direito de família ou do direito obrigacional), basta imaginar as diferentes repercussões jurídicas de uma sociedade de fato e de uma união estável nas situações de internação hospitalar: enquanto a relação obrigacional limita substancialmente o “parceiro de negócios” nas visitas e no acompanhamento hospitalar, o “companheiro em união estável” ocupa posição diametralmente oposta em tal circunstância.

Com efeito, pode-se afirmar que, assim como nas uniões heterossexuais, as relações homossexuais, fundadas no afeto e na sexualidade, de forma livre e autônoma, dizem respeito à proteção da dignidade humana. Um outro raciocínio poderá deixar mais clara a

defesa do estatuto jurídico familiar para as uniões homossexuais.¹⁰ Para tanto, valho-me das reflexões de Hannah Arendt a respeito da proibição legal de casamentos inter-raciais, até bem pouco tempo atrás presente no ordenamento jurídico estadunidense. Segundo Arendt, “o direito de esposar quem se deseja é um direito elementar do homem” (ARENDRT apud ERIBON, 1999, p. 490), perante o qual discriminações raciais no âmbito escolar ou comercial revelam-se “questões menores”. A propósito, Celso Lafer (1988, p. 266-268) salientou os prejuízos à dignidade humana quando o ordenamento jurídico não protege a esfera de vida íntima dos indivíduos, desprezando o princípio da exclusividade, que rege essa esfera, trazendo exatamente a reflexão de Hannah Arendt sobre a proibição dos casamentos mistos, pois tal restrição afeta diretamente a intimidade, na qual as escolhas afetivas devem competir somente ao indivíduo.

Como visto, a negativa do *status* familiar às uniões homossexuais acaba, de modo efetivo, fragilizando a intimidade, na medida em que sua privação, de forma indireta, mas muito concreta, dificulta gravemente a construção de uma relação afetiva e o seu desenvolvimento (HARVARD LAW REVIEW, 1990, p. 96). Todo esse raciocínio revela, cabalmente, o quanto o princípio constitucional da igualdade fica violado pela exclusão da igual proteção pelo direito das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Concorrem, ainda, para o reconhecimento familiar das uniões homossexuais o princípio da sociabilidade e o respeito ao pluralismo, elementos da concepção contemporânea de Estado Democrático de Direito intimamente relacionados à proteção da dignidade humana. Com efeito, a compreensão contemporânea do Estado Democrático de Direito requer não só a ausência de invasões ilegítimas das esferas

¹⁰ Ver Didier Eribon a respeito da discriminação de homossexuais quanto ao direito de contrair núpcias, expostas em anexo à obra *Réflexions sur la question gay*, 1999.

individuais, mas reclama a promoção positiva da liberdade, destinada a criar as condições de desenvolvimento da liberdade e da personalidade (NOVAIS, 1987, p. 210-212).

Outro valor constitucional que informa e resguarda a proteção da dignidade humana e a relaciona com o caráter familiar das uniões homossexuais é o pluralismo (PÉREZ-CANOVAS, 1999, p. 236). Com efeito, o respeito ao pluralismo é condição necessária para a preservação da dignidade humana e para o desenvolvimento pessoal, na medida em que sem o respeito às diferenças individuais desaparece a possibilidade da construção de um mundo onde haja espaço para a subjetividade e para a constituição das identidades pessoais (KAPLAN, 1997, p. 154). Relacionando sociabilidade e pluralismo, verifica-se que a intimidade requer não apenas o direito negativo de estar só, mas também a possibilidade de estabelecer espaços de privacidade e condições sociais para o exercício das escolhas pessoais sobre com quem se firmará e se manterá relações sexuais e afetivas.

Aliás, Laurence Tribe (1988, p. 1434) salienta que a autonomia individual sexual e o respeito ao desenvolvimento da personalidade são de particular importância para *gays* e lésbicas, uma vez que a expressão de suas vidas e a vivência de suas uniões é constantemente ameaçada, desafiando-os constantemente na tarefa da afirmação pessoal. Alerta o constitucionalista norte-americano que os sentimentos disseminados de anormalidade não podem fornecer justificativa constitucional para a exclusão dessas uniões do âmbito de proteção jurídica. Essa observação se aplica a muitos domínios, especialmente quando são invocadas concepções religiosas para fundamentar tal exclusão. De fato, tendo em vista a laicidade que caracteriza o Estado Democrático de Direito, não há como fazer prevale-

cer no direito estatal convicções religiosas¹¹ sobre o reconhecimento de direitos a homossexuais, que constituem um grupo socialmente discriminado, sem relação necessária com a possibilidade de sua inserção positiva na comunidade maior.

Em suma, inúmeros fundamentos de ordem constitucional apontam para a consideração das relações entre pessoas do mesmo sexo no âmbito do direito de família. Tal reconhecimento, inclusive, já foi manifestado de forma expressa em decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Ao rejeitar, por razões puramente procedimentais, uma ação constitucional discutindo o tema, o Ministro Celso de Mello registrou que, no debate, estão em jogo princípios fundamentais “como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade” (BRASIL, 2006).

Esses fundamentos, de modo explícito ou implícito, têm orientado alguns diplomas legislativos e precedentes judiciais que reconhecem uniões entre pessoas do mesmo sexo. Não tendo a pretensão nem o objetivo de inventariar a legislação e a jurisprudência de modo exaustivo, mas sim de contribuir para a reflexão sobre as tendências gerais, os fundamentos e as implicações de tal reconhecimento, desenvolvo, a seguir, a análise do enquadramento constitucional no direito de família de tais uniões e algumas de suas implicações.

¹¹ Essa situação dominou o cenário jurídico nacional desde as Ordenações Filipinas até a promulgação do Código Criminal do Império, em 1830.

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E AS UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Na Constituição brasileira de 1988, a regulação constitucional da família contempla explicitamente três espécies de família: a família derivada do casamento, a família decorrente da união estável e a família monoparental. Diante disso, problematiza-se a possibilidade do reconhecimento das uniões homossexuais, uma vez que ausente qualquer referência expressa. Praticamente sem nenhuma exceção, a pesquisa sobre as uniões homossexuais no direito de família conduz à pergunta a respeito da qualificação destas uniões em uma das três espécies familiares dispostas no texto constitucional; não se considera, por exemplo, a hipótese da configuração de uma outra espécie de comunidade familiar, ainda que não prevista explicitamente.¹²

A primeira questão a ser enfrentada, antes do exame da compatibilidade das uniões homossexuais às espécies de comunidades familiares expressamente enumeradas pela Constituição, é precisamente o caráter dessa enumeração. Com efeito, alguns juristas¹³ sustentam que a Constituição, ao enumerar tais e quais são as espécies de comunidade familiar, não admite o reconhecimento de outras comunidades familiares. A interpretação da Constituição, em face desse problema, todavia, deve ser conduzida de outro modo. Na verdade, colocar o problema nesses termos em nada colabora para

¹² Frise-se que o reconhecimento judicial de outras comunidades familiares, não previstas explicitamente no texto constitucional, não é nenhuma novidade no direito brasileiro. Ver, por exemplo, no Superior Tribunal de Justiça, os Recursos Especiais nº 159.851/SP (Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar), nº 205.170/SP (Relator Min. Gilson Dipp), nº 57.606/MG (Rel. Min. Fontes de Alencar), nº 182.223/SP, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro) e nº 226.101/CE (Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

¹³ Ver, por exemplo, o parecer elaborado por Sérgio Ferraz diante do Projeto de Lei nº 1.151/1995, que trata dos efeitos jurídicos das uniões de pessoas do mesmo sexo (FERRAZ, 1996).

sua elucidação, na medida em que perquirir a natureza taxativa ou enumerativa das comunidades familiares previstas no texto constitucional seria concebê-lo de acordo com o dogma da completude,¹⁴ isto é, com a ideia de que a Constituição já tenha definido de antemão a resposta para o problema. No entanto, na interpretação constitucional a premissa é outra: a Constituição caracteriza-se por sua abertura e amplitude, não se propondo de antemão “à pretensão de ausência de lacunas ou até de unidade sistemática” (HESSE, 1998, p. 61-70).

Nessa linha, a interpretação constitucional é, em primeiro lugar, concretização. Vale dizer, “exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob a inclusão da ‘realidade’ a ser ordenada.” (HESSE, 1998, p. 31). Desse modo, a interpretação constitucional possui uma nota criadora, pois o conteúdo da norma objeto de interpretação só pode ser concluído pela interpretação – tudo sem abandonar a vinculação à norma. Para tanto, assinala o jurista alemão, é necessário o “entendimento” da norma a ser concretizada, num proceder essencialmente ligado à (pré)compreensão do intérprete e ao problema concreto. Não se pode imaginar, assim, uma compreensão distanciada da existência histórica, concretamente situada, a partir da qual são determinados os conteúdos de pensamento e determinados seu saber e seu (pré)juízo. Assim, a unidade de sentido produz-se como resultado de um processo de aproximação que tem como ponto de partida a (pré)compreensão, a qual, diante da situação concreta, formula um anteprojecto que se coloca ao início do exame do problema. É a partir da confirmação, correção e revisão desse anteprojecto que se chegará à aludida unidade de sentido. A decisão acerca do conteúdo normativo, nesse processo, exsurge mediante o relacionar da norma com vista ao pro-

¹⁴ Ver, sobre o dogma da completude como atributo do ordenamento jurídico relacionado intimamente com o absolutismo jurídico inspirador da codificação, Bobbio, 1994, p. 119-122.

blema concreto; cuida-se de um procedimento que não é resultante de uma aplicação posterior de algo antecipadamente entendido e só a seguir “aplicado” a um certo fato. Nas palavras do próprio Konrad Hesse, “não existe interpretação constitucional independente de problemas concretos” (HESSE, 1998, p. 62). A proteção contra preconceitos e juízos equivocados, ainda que arraigados no senso comum, obtém-se por tornar conscientes e fundamentadas tais antecipações e conclusões. Essa proteção, como se sabe, é tanto mais necessária quanto maiores e mais intensos os preconceitos e os estereótipos negativos dirigidos contra um grupo ou contra um indivíduo. Quando o assunto é a homossexualidade, portanto, nunca será demasiado o cuidado, tendo em vista a intensidade dos preconceitos e dos estereótipos que envolvem o tema.

Assim colocada a hermenêutica constitucional, definem-se as bases para a consideração das uniões homossexuais no direito constitucional de família. Ao invés de se procurar no respectivo capítulo da Ordem Social, que trata da família como um rol exemplificativo ou taxativo de espécies de comunidades familiares, importa perguntar quais os princípios diretivos ali presentes, cuja concretização poderá fornecer uma resposta para o problema ora estudado. Esse deve ser o procedimento para o exame das uniões homossexuais diante de cada uma das espécies de comunidade familiar enumeradas no texto constitucional, notadamente do casamento e da união estável.

O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOSSEXUAIS COMO COMUNIDADES FAMILIARES: ADAPTAR-SE AO DIREITO DE FAMÍLIA OU TRANSFORMÁ-LO?

Do exposto até aqui, fica constatada a tendência contemporânea de enquadramento das uniões homossexuais no âmbito do direito de família. Diante desta realidade, muitas questões se colocam. Dentre elas, trago à reflexão algumas considerações, em virtude da necessidade de aprofundamento, pela doutrina jurídica e jurisprudência, pelos indivíduos e pelo movimento social, das implicações dessa dinâmica. Tais preocupações giram ao redor do modo pelo qual as uniões entre pessoas do mesmo sexo inserem-se nas tendências do direito de família, que transita desde um modelo institucional e hierárquico até um modelo pós-moderno, passando pelo modelo fusional de família. Também deve-se refletir sobre a modalidade de comunidade familiar que melhor se aproxima da realidade das uniões entre pessoas do mesmo sexo, notadamente as figuras do casamento e da união estável. Finalizarei apontando para as virtudes e potencialidades da inclusão das uniões entre pessoas do mesmo sexo como uma modalidade de comunidade familiar diversa e original diante do casamento e da união estável.

Com efeito, é necessário refletir sobre o lugar das uniões entre pessoas do mesmo sexo no contexto das tendências reguladoras do direito de família desde o Código Napoleônico. Como visto, dentre as configurações jurídicas da família sucederam-se três modelos: a família hierárquica, a família fusional e, nos dias atuais, a família pós-moderna. Uma mirada rápida e esquemática revela, *grosso modo*, o predomínio, em cada um desses modelos, de atributos dominantes. Na família hierárquica: forte institucionalização, diminuto (quase inexistente) grau de autonomia dos membros da família diante de papéis social e juridicamente definidos, função patrimonial eviden-

te e hierarquização das relações interpessoais; na família fusional: predomínio da institucionalidade, relativo grau de autonomia dos indivíduos – especialmente dos cônjuges – na definição dos papéis sociais e jurídicos, repercussões patrimoniais pressupostas e valorização do bem-estar do grupo em detrimento dos indivíduos; na família pós-moderna: a institucionalização cede espaço para à autonomia, pelos partícipes do grupo familiar, no desenho do regime de direitos e deveres, envolvimento e repercussão patrimonial entre os membros do grupo, na valorização e da relevância e autonomia individual diante do grupo familiar.

Nessa linha, as figuras jurídicas que exemplificam tais tendências são, respectivamente, o casamento, a união estável e os pactos civis de solidariedade. Quanto a essa consideração, chamo a atenção para o perigo de as uniões entre pessoas do mesmo sexo, contagiadas por um certo romantismo um tanto ingênuo, deixarem-se subsumir num modelo fusional, cujas consequências deixam praticamente intocados e absorvem arranjos machistas e heterossexistas que costumam apresentar-se nas uniões estáveis; tudo sem esquecer do caráter patrimonial que caracteriza a prática dos indivíduos envolvidos nessas relações, caráter este referendado e estimulado pela legislação e jurisprudência das uniões estáveis. Outro aspecto relacionado ao modo de inclusão nessas tendências é o risco de uma inclusão de terceira classe, na qual, abaixo do casamento (de primeira classe, com sua heterossexualidade pressuposta e inquestionada) e da união estável “normal” (de segunda classe, que é heterossexual), surgiria uma terceira classe (a união homossexual). Além disso, não é difícil identificar, subjacente a esse movimento, a consequência de uma certa “naturalização” do modelo de família heterossexual pequeno-burguês, procedendo a uma “domesticação heterossexista” de todas as formas de sexualidade diversas desse modelo (daí a enorme

dificuldade diante de travestis, transgêneros, sadomasoquistas, profissionais do sexo e, de um modo geral, da liberdade sexual).

Por outro lado, parece-me que as propostas dos pactos de solidariedade podem tentar reduzir ou diminuir essas implicações. Com efeito, é a legislação que estabelece a liberdade, independentemente da orientação sexual, para que os casais autodeterminem a dinâmica de suas vidas afetivas e sexuais, fornecendo-lhes um instrumento pelo qual o valor de tal união é legalmente reconhecido e respeitado. Além da vantagem de assegurar a proteção do Estado e do reconhecimento da união, um pacto de solidariedade assim delineado evita a estigmatização resultante de uma “exceção regulamentar”, como acontece com as propostas originais da união civil brasileira registrada ou, de certa forma, com a inclusão de uniões homossexuais na categoria de “uniões estáveis” na legislação brasileira, na medida em que esta categoria, por mais comum que seja, seja vista, como já foi dito, como uma espécie de “casamento de segunda classe”, como pode ser facilmente inferido a partir da redação da Constituição Brasileira de 1988.

Dada a novidade do pacto civil de solidariedade diante das configurações já tradicionais do direito de família (casamento e união estável), é preciso registrar que o impacto das experiências legislativas concretas envolvendo pactos de solidariedade no âmbito do direito de família é uma experiência contemporânea muito atual e, portanto, longe de conclusão e balanço definitivos. Independente do debate sobre um ou outro caso concreto (por exemplo, sobre esse impacto no direito francês¹⁵), minha intenção aqui é demonstrar a possibilidade real de avanços na concretização jurídica (legal e juris-

¹⁵ Assinalo, dentre a extensa literatura existente em torno do PaCS francês, Bach-Ignasse, 1998.

prudencial) de novas modalidades de comunidade familiar, além das figuras do casamento e da união estável.

O caminho percorrido ao longo deste livro aponta que apresentam-se às uniões entre pessoas do mesmo sexo, diante da regulação jurídica familista, ao menos duas alternativas: deixar-se assimilar (com o risco da aceitação mediante a anulação do universo de possibilidades de novos arranjos interpessoais, além do patrimonialismo, da generificação das relações sociais e de moralismos hegemônicos) ou cumprir a função de transformação, pelo acréscimo de novas alternativas e fundamentos, ao conhecimento e à prática do direito de família.

Sem depender da sujeição aos tradicionais esquemas de casamento, união estável ou de concubinato, tais relações podem trazer as notas distintivas do fenômeno humano captado pelo direito de família. Sua concretização, iniciada pela jurisprudência, reclama a adequada intervenção legislativa, criadora de um regime jurídico familiar peculiar. Diante destas uniões, mais que repetir os esquemas tradicionais dos modelos institucionais de família, hoje em constante tensão com o idealismo ingênuo da “família fusional” ou com o risco da reprodução da família institucional, abre-se a possibilidade de transformar o direito de família.

Até que ponto estão a prática e a compreensão da doutrina familista e da jurisprudência, bem como dos indivíduos e dos movimentos homossexuais, preparados para isso? Tal questão só será respondida historicamente. Para essa tarefa, todos precisamos, como diz Pierre Bourdieu, “reconstruir a história do trabalho histórico de des-historicização” (BOURDIEU, 1999, p. 100), vale dizer, tomar consciência das concepções que forjaram historicamente os tradicionais modelos de casamento e de união estável. Só a superação dessas bases construirá as condições para um efetivo desenvolvimento do

direito de família, abrindo caminhos para as múltiplas possibilidades da existência humana, levadas a cabo individual e coletivamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACH-IGNASSE, Gerard. Familles et homosexualités. In: BORRILLO, Daniel (Org.). *Homosexualités et Droit*. Paris: PUF, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 119-122.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3300-DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 3 de fevereiro de 2006. *Diário de Justiça da União*. Brasília, DF, 9 de fevereiro de 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COUTO E SILVA, Clóvis do. Direito Patrimonial de família no projeto de Código Civil Brasileiro e no direito português. *Revista dos Tribunais*, ano 68, vol. 520, fevereiro de 1979.

ERIBON, Didier. *Réflexions sur la question gay*, Paris: Fayard, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FERRAZ, Sérgio. Parecer. *Projeto de Lei nº 1.151/1995*. Boletim OAB Urgente, ano I, n. 56, 1996.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. 7. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

GREENBERG, David. *The Construction of Homosexuality*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

HARVARD LAW REVIEW. *Sexual Orientation and the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KAPLAN, Morris B. *Sexual Justice: Democratic Citizenship and the Politics of Desire*. London: Routledge, 1997.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado Social e democrático de Direito*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 1987.

PÉREZ-CANOVAS, Nicolas. *Homosexualité et unions homosexuelles dans le droit espagnol*. In: BORRILLO, Daniel (org.). *Homosexualités et droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

PONCAR, Valerio; RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*. Roma: Editori Laterza, 1998.

POSNER, Richard. *Sex and Reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

REGAN, Milton C. *Family Law and the Pursuit of Intimacy*. New York: NYU Press, 1993.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direitos humanos, homossexualidade e uniões homossexuais. In: DORA, Denise D.; SILVEIRA, Domingos D. da (Org.). *Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos*. Porto Alegre: Themis, 1998.

_____. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o Direito de Família nos últimos 100 anos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, nº 88, jan/dez 1993.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Mulino, 1976.

TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 2ª ed. Mineola: The Foundation Press, 1988. p. 1434.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 5ª ed. São Paulo: Pioneira, 1987. p. 110-132.

7 A CONTRATUALIZAÇÃO DOS VÍNCULOS FAMILIARES: CASAIS SEM GÊNERO E FILIAÇÃO UNISSEXUADA

Daniel Borrillo

A família é uma construção social. Suas diversas formas adotadas ao longo da história fazem com que devamos utilizar o termo no plural (famílias) para expressar a ausência de um modelo único. O incremento do número de casais de fato, o uso corrente do divórcio, a multiplicação dos casais que optam por uma união civil, as famílias recompostas (DAMON, 2012), monoparentais (ALGAVA, 2002) ou homoparentais (FRAÏSSÉC, 2012), bem como os filhos nascidos fora do matrimônio, fizeram da família uma realidade complexa e diversa. No entanto, no singular, como ideal de organização da vida privada, a família se impõe frequentemente como algo óbvio, apesar dos diferentes contornos que adquire na vida real.

Na França, nas manifestações contra o “matrimônio para todos”, era possível ler nas faixas uma concreta quantidade de *slogans* que destacavam o caráter natural dos vínculos familiares:

“matrimônio = um homem e uma mulher”, “Todos nascidos de um homem e uma mulher”, “1 pai + 1 mãe = é elementar”, “1 papai, 1 mamãe, não vamos mentir para os filhos”, “Não há óvulos nos testículos”.

A ruptura com o naturalismo no âmbito político não encontrou entre os grandes teóricos do contrato um equivalente em matéria familiar. Tanto Hobbes, quanto Rousseau, Locke, Tocqueville, Benjamin Constant, e, mais recentemente, Rawls,¹ não tomaram como objeto da sua análise as dinâmicas familiares. No entanto, não falta bagagem intelectual para desenvolver uma aproximação crítica às mesmas. A questão foi considerada, sem dúvidas, como menor, muito “doméstica”, se comparada às grandes teorias sobre a Política, com letra maiúscula. No entanto, é no seio do modelo de família que se articulam as formas mais arcaicas do poder. Reenviando a família ao espaço natural, esses grandes teóricos se privaram de um terreno particularmente fecundo de observação e análise. Tão surpreendente é essa situação que resultaria legítimo nos perguntarmos se tal naturalização da família constitui efetivamente o limite do seu próprio pensamento.

As consequências dessa “negligência” (voluntária ou involuntária) não demoraram em se manifestar: a família se transformaria no espaço que mais tardiamente seria politizado e o mais difícil de democratizar. No entanto, o caráter evolutivo da família é um fato que foi demonstrado por todas as correntes sociológicas desde o século XIX. Engels explicava as dinâmicas familiares a partir das relações sociais de produção (ENGELS, 1884). A família grande, de origem rural, deixou de ser a norma no final do século XIX, momento no qual se produziu o nascimento da família moderna do tipo nu-

¹ No seu artigo “¿Debe abolirse la familia?” [1987] (traduzido e publicado na *Comprender*, 2001), Rawls apresenta a família como algo inevitável ou, pelo menos, como uma manifestação necessária.

clear (PARSONS, 1937); depois seria indeterminada (ROUSSEL, 1989). Em menos de um século, todas as concepções modelares de família saltaram pelos ares. No Ocidente, as famílias são nucleares, monoparentais, recompostas, homoparentais, integradas por filhos biológicos, adotivos ou provenientes de técnicas de reprodução assistida. As ciências humanas mostraram a evolução e as transformações das famílias, bem como a forma com que o Estado acompanhou ou não tais mudanças sociais (BURGUIÈRE; KLAPISCH-ZUBER; MARTINE-SEGALEN, 1994).

Não espere, leitor, encontrar neste capítulo uma história das famílias. Também não se trata de um ensaio de sociologia familiar, menos ainda de um estudo de políticas familiares. Dedicamo-nos simplesmente a explicar como as relações familiares liberam-se (ou não) de qualquer forma de naturalismo, dando origem, assim, à ruptura com a ordem tradicional (ou a sua extensão). Tal ruptura, quando acontece, possibilita a desinstitucionalização da família. O indivíduo não se encontra mais a serviço da família, agora é ela que está a serviço dele (DÉCHAUX, 2009).

A consideração da vida a dois como um capítulo da vida privada é algo óbvio na França desde a aprovação da lei do divórcio no ano de 1975. A contratualização dos vínculos conjugais manifesta-se não apenas como o fruto da evolução dos costumes, mas também como a afirmação dos valores de autonomia e de igualdade (DE SINGLY, 1993). Pelo contrário, na opinião de certa quantidade de especialistas, os vínculos de parentesco deveriam resistir a esse processo em nome dos princípios antropológicos e em virtude do interesse superior da criança.² Tudo acontece como se, em um universo em plena mutação, só a institucionalização da filiação pudesse garantir

² Uma crítica ao “familiarismo”, bem como uma análise do lugar que ocupam os diferentes especialistas na naturalização da família, pode ser vista em Lenoir, 2003.

a estabilidade dos vínculos familiares e sociais. Como adverte um psicanalista próximo a essa concepção: “Nessa família pós-moderna, uma constatação chama muito a atenção: é a linha reta, a da descendência, da filiação, que se transformou no cavalo de batalha em meio aos acontecimentos que cercam a vida das pessoas...” (DELAISI DE PARSEVAL, 2008, p. 16, tradução nossa). Nessa mesma linha de pensamento, Irène Théry afirma que o princípio de indissolubilidade do vínculo familiar se transferiu do casal para a filiação (THÉRY, 1993). Essa corrente opõe a necessária institucionalização da relação, que se mantém com a descendência, à progressiva contratualização da relação de casal.

Agora, vejamos, uma teoria política da organização familiar, fundamentada na vontade e na autonomia individual, longe de se desvincular do interesse do menor e de ignorar a responsabilidade dos adultos, permitiria preservar melhor, em um marco mais democrático, os direitos e as obrigações de cada um dos membros da família.

A contratualização também não implica a desigualdade, como tentaremos demonstrar mais adiante. De fato, não devemos esquecer que, desde o final dos anos 1970, as teorias que propuseram uma nova institucionalização da família estavam acompanhadas, frequentemente, da progressiva desafetação do Estado em matéria social. De forma que apenas as famílias que dispusessem de maior capacidade econômica poderiam suprir as carências do Estado de bem-estar, ainda mais quando, na prática, transformavam-se nas suas últimas beneficiárias. Os trabalhos de Jacques Commaille e de Claude Martin (1998) demonstraram o caráter profundamente desigual das nossas sociedades, nas quais todos os indivíduos – seguindo a sua vinculação familiar ou o seu sexo – não contam com os mesmos recursos para se incorporar positivamente a elas. A família institu-

cional surge, assim, como o principal motor da desigualdade social (BOURDIEU, 1979).

Longe de se desentender com esses efeitos econômicos, uma teoria política da família fundada no contrato coloca a questão familiar no próprio seio da questão social. A assunção da responsabilidade por parte das pessoas seria, então, acompanhada da assunção de responsabilidade pelo próprio Estado como garantia da igualdade dos indivíduos. De outro lado, a corrente institucionalista (perante as aparências) poderia ser interpretada como um movimento dirigido a amenizar a responsabilidade do Estado mediante um retorno ao modelo clássico de solidariedade intrafamiliar.

Propõem-se aqui alguns elementos de reflexão que permitam estudar de uma forma diferente a nossa relação com o casal, a procriação, a filiação, a paternidade e a família, localizando as instituições na sua dimensão histórica, lembrando, para tanto, das principais normas do Direito Civil na matéria. A civilização tira o indivíduo da natureza, permitindo-lhe assumir plenamente a sua condição humana, histórica e cultural.

A contratualização dos vínculos familiares possibilita deixar nas mãos dos principais interessados a organização da sua própria comunidade de vida, sem necessidade de se remeter a um suposto modelo natural. As novas formas de intimidade – essas novas formas de relação tão apreciadas por Foucault – podem encontrar no marco do contrato uma concretização política. Assim, a vida a dois deixa de se limitar à relação heterossexual, e a filiação abre-se para a paternidade unissexuada. Daí em diante, o que conta é o indivíduo e a sua capacidade de compromisso na vida conjugal e no projeto parental.

DA INSTITUIÇÃO AO CONTRATO

Nas sociedades tradicionais, o matrimônio tinha como finalidade a união de clãs, e o intercâmbio de mulheres constituía um elemento essencial nessa forma antropológica de comércio. O desejo dos membros do casal não era, de forma alguma, levado em consideração. Assim, tratava-se, em princípio, de garantir a manutenção do patrimônio e a continuidade da linhagem. Essas funções econômicas e procriadoras articularam o modelo de matrimônio que, sem pressupor um afeto recíproco, era regido a partir de uma estrita distribuição dos papéis em virtude da qual a mulher era submetida à autoridade incontestável do homem. Enquanto no Ocidente a organização da família se afasta dessa concepção holística e se estrutura progressivamente em torno do matrimônio individual, outras civilizações continuam a concebê-lo como um pacto entre clãs. Assim, na maioria das sociedades tradicionais do tipo patriarcal, o intercâmbio de irmãs de um grupo de homens com outro grupo de homens organiza o comércio marital. Pelo contrário, nas sociedades matriarcais, o homem goza de uma função reprodutiva, e a paternidade, puramente simbólica, é assumida frequentemente pelo irmão da mãe (HUA, 1997; BACHOFEN, 1996; CARRER, 1994; MAGLI, 1983).

Os trabalhos de Edward Evan Evans-Pritchard (1937) mostram que entre os Azande, um povo da África Central, os homens casavam com meninos, mesmo quando dispunham de mulheres, e nos períodos de guerra partiam com eles ao campo de batalha. A hierarquia, aqui, era estabelecida não em função do sexo, mas da idade.

Na origem do direito ocidental, o matrimônio romano organizava a sociedade de homens livres sob o poder do *pater familias*. Apesar de estarem regulamentados pelo Direito privado, os casamentos transformaram-se em uma questão pública. De fato, a

aliança organizava o modelo de unidade social e de tutela dos incapazes: mulheres, crianças ou escravos. Em Roma, eram adotadas várias formas de relações de casal. A união legítima, o matrimônio *cum manu* (*confarreatio, coemptio e usus*) ocupava o cume da hierarquia conjugal. O *matrimonio sine manu*, o *more uxorio* (concubinato) e o *contubernium* constituíam formas satélites, mais ou menos afastadas da estrita formalidade do matrimônio legítimo, e permitiam a criação de vínculos de casal entre pessoas que não tinham cidadania. Essa ordem conjugal continuou se justificando ao longo de toda a Alta Idade Média, devido à escravidão. Foi necessário esperar uma condenação do Papa, em 1095, para pôr fim ao *contubernium* que, no entanto, organizava a vida familiar dos servos da plebe. Não é demais lembrar que, até a Revolução Francesa, apenas era reconhecido o matrimônio religioso.³ Os registros das paróquias funcionavam como registro civil. Finalmente, a Lei de 20 de setembro de 1792 instaurou o casamento civil, celebrado na Prefeitura, que se transformaria no único válido perante a lei. Dali em diante, na França, o ato civil do matrimônio deveria preceder qualquer celebração religiosa, sujeitando-se às penalidades da lei.⁴

A VITÓRIA DA CONCEPÇÃO LAICA DO MATRIMÔNIO

A competência exclusiva do poder do Estado em matéria matrimonial não é, no entanto, uma inovação doutrinária do constituinte ou do legislador revolucionário. Trata-se do fruto de uma

³ No entanto, cabe destacar que o matrimônio não religioso foi possível para os protestantes franceses a partir de 1787, graças ao *Edito da Tolerância*, assinado por Luís XVI.

⁴ O artigo 433-21 do Código Penal francês estabelece que quem realizar de forma habitual uma celebração religiosa de matrimônio, sem constatar que o matrimônio civil tenha sido previamente realizado nas condições previstas pela lei, será punido com seis meses de prisão e 7.500 euros de multa.

longa evolução que permite fazer referência à Escolástica tardia e à Segunda Escolástica. Assim, a competência exclusiva do poder civil em matéria matrimonial, segundo Alfred Dufour (1997), vinha da convergência entre a afirmação do princípio da autonomia do poder legislativo próprio da sociedade civil perante a sociedade eclesíastica, de um lado, e a espiritualização do poder da Igreja perante os poderes temporários, de outro. A Revolução Francesa arrematou esse processo fazendo do matrimônio um contrato *sui generis*, laico e exclusivo.

Durand de Maillance, representante da Assembleia Nacional Francesa em 17 de maio de 1791, afirmava que

o matrimônio pode subsistir e, inclusive, deve subsistir como contrato civil e para todos os efeitos civis, independentemente da bênção eclesiástica que o transforma em um sacramento. Assim, o contrato do matrimônio e o ritual eclesiástico que o torna um sacramento são duas questões que nunca deveriam ser confundidas, a fim de que ambos os poderes conservem os direitos que lhes são próprios (DURANT DE MAILLANE, 1791, p. 166-167, tradução nossa).

Em uma intervenção na Assembleia Legislativa, de setembro de 1792, Sédillez, referindo-se ao divórcio, disse:

O matrimônio é um contrato civil. A sua natureza é a dos contratos que se resolvem da mesma forma com o que foram celebrados. Criado a partir da vontade de duas pessoas, é natural que o matrimônio possa ser dissolvido mediante a vontade contrária. (SÉDILLEZ 1792, p. 610, tradução nossa).

Embora desde 1685 o Rei tolerasse o matrimônio entre protestantes celebrado perante um ministro do seu culto, constituíam uniões precárias, desprovidas de efeitos jurídicos. A primeira versão secularizada do matrimônio ocorreu sob o governo de Luís XVI, fruto do Edital de 1787, que outorgou aos protestantes a possibilidade de se beneficiarem do *ius conubii*. Tem razão Jean-Claude

Bologne quando afirma que “esse edital de tolerância institui, de fato, uma alternativa civil ao matrimônio religioso: se o sacerdote se recusa a casar um casal, o juiz poderá fazê-lo no seu lugar”. A celebração do matrimônio sempre deveria ser realizada perante o sacerdote, testemunha privilegiada do compromisso, mas, se ele não lavrasse uma ata, “o oficial público poderia inscrever o matrimônio” (BOLOGNE, 2005, p. 169, tradução nossa). Desde a Concordata de 1801, assinada entre Pio VII e Bonaparte, os contratantes estavam livres para outorgar a sua união de forma religiosa, embora o Estado francês não reconhecesse outro ato além do celebrado pelo oficial do Estado Civil. Mais tarde, dando continuidade ao que estabelecia o direito canônico, o Código de Napoleão institucionalizaria a inferioridade da mulher casada. Declarando a sua incapacidade, submeter-se-ia a mulher ao poder absoluto do *pater familias*. “A mulher foi entregue ao homem para procriar. É, pois, da sua propriedade, assim como uma árvore frutífera pertence ao jardineiro”, declarou o Imperador. Até que, em 1938, a mulher se separa da tutela do marido mas, apenas a partir de 1970, o pai deixa de ser o detentor exclusivo da *patria potestad*.

A partir da secularização do matrimônio e, principalmente, da consolidação da igualdade da mulher, o seio do Direito de Família passa por importantes mudanças. Como advertimos antes, a introdução do divórcio de comum acordo coloca o destino da união nas mãos dos esposos. Em consequência, a instituição matrimonial perde o monopólio da filiação legítima na medida em que, depois da reforma de 1972, os filhos nascidos fora do matrimônio são beneficiários, em plano de igualdade, dos mesmos direitos que os nascidos dentro do matrimônio. Essa modificação jurídica também teve as suas consequências na ordem reprodutiva, concretamente depois da liberação do acesso aos meios contraceptivos, em 1967, e da interrupção voluntária da gravidez, a partir de 1975. A autoridade patriarcal

perdia o seu poder e abria espaço à negociação e ao diálogo. Assim, a família transformou-se em um espaço no qual a liberdade individual de escolha deslocou os imperativos morais e sociais, um espaço em que os filhos são tratados em pé de igualdade.

O MATRIMÔNIO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

A reivindicação do matrimônio entre lésbicas e *gays* tornou a colocar as fronteiras da família na mesa de debate. Na realidade, todos os “marginalizados” da história transformaram o matrimônio e lhe deram contornos mais flexíveis. De fato, podemos pensar no povo romano, que reivindicava a *confarreatio*, forma de união reservada inicialmente apenas aos patrícios; ou podemos pensar também nos servos da plebe que, em 1095, depois de incontáveis conflitos, obtiveram autorização do Papa para ter acesso ao sacramento do matrimônio.

Mais tarde, no âmbito da luta contra os protestantes, Luís XIV proclamou o Edital de 1680, pelo qual proibia aos católicos casarem-se com membros da “religião pretensamente reformada”, regra derrocada por Luís XVI, um século mais tarde. Escravos, protestantes, judeus, mas também comediantes, viúvas e muçulmanos foram excluídos do matrimônio antes da sua secularização.

Embora as mulheres livres sempre tenham tido acesso ao matrimônio, é dentro dessa instituição que elas se encontravam mais dependentes dos homens. O Código de Napoleão, de 1804, consagrou a incapacidade da mulher casada, e elas tiveram de esperar uma lei de 1907 para poderem dispor do seu próprio salário. Posteriormente, algumas reformas jurídicas permitiram às francesas reencontrar a igualdade no seio do casal. Se, como advertimos antes, a Lei de 1938 proclamou a capacidade da mulher casada, a verdadeira mudança aconteceu somente em 13 de junho de 1965,

depois da reforma do regime econômico matrimonial, ao ser abolida definitivamente a tutela marital. Um ano antes, a Lei de 14 de dezembro de 1964 já tinha concedido à mulher a capacidade para ser tutora, sem prévia autorização do seu marido. A partir de então, a esposa podia agir livremente, podendo abrir uma conta bancária em seu nome e recorrer perante tribunais para conseguir a adoção de medidas urgentes voltadas a impedir ações que pudessem colocar em risco os interesses familiares. A reforma de 1970 sobre o exercício conjunto da autoridade parental (*patria potestad*) constitui, também, uma prova do processo de igualdade de direitos no seio da família. Mediante a Lei de 11 de julho de 1975, foi abolido o domicílio legal da mulher casada como sendo na residência do marido. Assim, o artigo 215 estabelecia que “o lugar de residência da família será aquele que ambos escolham de comum acordo”. A Norma de 4 de julho de 1975 realizou a última grande reforma do Direito de Família, com a intenção de simplificar a filiação e aperfeiçoar a igualdade entre os filhos. Por essa última reforma, a determinação da filiação foi submetida a normas praticamente iguais, independentemente da situação matrimonial dos pais, unificando, também, o regime de contestação da filiação.

Essa breve recapitulação da história jurídica francesa nos mostra de que forma diferentes grupos sociais puderam, progressivamente, ter acesso primeiro ao sacramento e, posteriormente, uma vez secularizado, ao contrato matrimonial. Nessa história se inscreve a reivindicação pela igualdade dos casais do mesmo sexo. Tal reivindicação não é mais do que a radicalização da modernidade da família, concretamente mediante a afirmação da liberdade de todos os indivíduos de organizarem a sua vida familiar com a pessoa de sua escolha. A aprovação do Pacto Civil de Solidariedade (PaCS), em 1999, constituiu uma nova etapa na contratualização das relações íntimas e no reconhecimento dos casais do mesmo sexo (BORRILLO;

LASCOUMES, 2002). Mas não se trata, na realidade, mais que de um ponto de partida. De fato, catorze anos mais tarde, graças ao debate aberto por um matrimônio ocorrido em Bègles, em 7 de novembro de 2012, o Parlamento Francês adotou a Lei “de abertura do matrimônio aos casais do mesmo sexo”. A Lei de 18 de maio de 2013 altera essencialmente o Código Civil em matéria de matrimônio, nome e sobrenomes, e adoção; e também o Código da Previdência Social, do Trabalho e muitas outras leis. Antes de tudo, trata-se de harmonizar o conjunto de normas jurídicas que permitirão aos casais do mesmo sexo o exercício do direito ao matrimônio e à filiação adotiva (BORRILLO; RODRIGUEZ 2013).

Em matéria de filiação, a reivindicação *gay* radicaliza também a dissociação entre reprodução e filiação, porque, dali em diante, a diferença de sexos deixou de ser uma exigência para a realização do projeto de paternidade. O acesso às técnicas de reprodução assistida (*assistance médicale à la procréation*, AMP) por casais de mulheres não foi permitido na nova lei. O governo francês retomará esse assunto para quando for tratar de uma futura norma de caráter mais geral.

A VERDADE BIOLÓGICA DA FILIAÇÃO

Enquanto a reprodução é um fato biológico, a filiação manifesta-se como um ato jurídico e, por conseguinte, cultural. A delimitação das fronteiras familiares e nacionais constituiu a todo momento um dilema político capital. Assim, os indivíduos podem ser designados a uma sociedade por direito de sangue (*ius sanguinis*) ou por direito de solo (*ius soli*), conforme se opte pela herança biológica ou pelo lugar de nascimento como mecanismos de pertinência nacional.

Desde a Revolução, o “imaginário” francês de pertencimento à República tem sido alimentado pela ideia da “comunhão teleoló-

gica”, segundo a qual é o fato de compartilhar determinados valores que define a comunidade, e não a tradição ou a designação de uma identidade (FASSIN, 2010).

Nem a raça, nem a língua, nem os interesses, nem a religião constituem elementos suficientes para definir a nação que, segundo Ernest Renan (1882), é antes de tudo uma comunidade de indivíduos livres que escolheram viver juntos, compartilhando determinados valores passados e futuros. No entanto, a questão da identidade nacional nunca deixou de alimentar o debate político e de configurar a situação “étnica” como ligada ao pertencimento nacional. Como a família, a naturalização da nação constitui o *leitmotiv* do pensamento conservador.

A inscrição a uma família pode se derivar, da mesma forma, de vínculos biológicos ou da vontade individual. É claro que o Direito pondera um e outro conteúdo, mas, segundo a concepção filosófica adotada – natureza ou convenção – a expressão da família não terá os mesmos contornos.

Se a concepção pertence ao ato biológico, a filiação constitui um acontecimento eminentemente convencional. Na realidade, a filiação pode levar em consideração o fato natural, mas, como dispositivo de designação de parentesco, responde às suas normas próprias, desvinculadas da natureza.

No Ocidente, a moral dos bárbaros (ordálias) e o direito canônico (*copula carnalis*) têm em comum a verdade do corpo como fundamento do vínculo jurídico, contrariamente à civilização romana, para a qual a vontade constituía a pedra angular do seu sistema jurídico (BAUD, 1993). O Direito moderno volta o olhar às regras do Direito Romano, outorgando à vontade um lugar central na determinação dos vínculos de filiação e concedendo à *factio legis* – como promoção da justiça – um lugar de destaque. Dali em diante, não eram tanto as raízes naturais da instituição que contavam,

mas os instrumentos jurídicos capazes de obter resultados concretos (por exemplo, a paz da família ou a solidariedade entre as sucessivas gerações).

A filiação outorga a cada pessoa uma situação civil determinada, a qual se associam importantes efeitos jurídicos, tanto na esfera patrimonial (obrigações alimentares, direito das sucessões) quanto extrapatrimoniais (atribuição do nome e sobrenome, *patria potestad*). A filiação apenas existe quando determinada nas condições e em conformidade com os modos previstos em lei. Dito de outra forma, a filiação é determinada pela norma jurídica, e não pela lei da natureza. Para tanto, o Direito levará em consideração vários fatos fundamentais: a biologia (a filiação sanguínea), a vontade (adoção), a presunção (a suposta paternidade do marido em relação com a mãe) e a convivência (posse de estado).

A era moderna, depois do surgimento das técnicas de reprodução artificial,⁵ permitiu a dissociação entre sexualidade e reprodução. O avanço científico, com a doação de esperma, o congelamento de ovócitos, a fecundação *in vitro* e a identificação genética dos pais, causou um “pânico moral” (OGIEN, 2004), amplificado pelos meios de comunicação e explorado pelas correntes conservadoras. Para tranquilizar a opinião pública, em vez de assumir os princípios jurídicos do Direito Civil de Família, o aparelho político preferiu se proteger sob a sombra tranquilizadora dos especialistas (psicanalistas, geneticistas, antropólogos, teólogos...) a fim de que fossem eles os que concedessem as licenças ou dispusessem as proibições em matéria de filiação (FASSIN, 1999). Assim, a biologia começou a se transformar no fundamento real ou simbólico do sistema de pater-

⁵ Na França, o acesso às novas técnicas (fecundação *in vitro*, inseminação artificial...), conhecidas com o termo geral de *assistance médicale à la procréation* (AMP), fica reservado aos casais heterossexuais inférteis. A gestação por substituição (*gestation pour autrui*) é uma prática proibida a todos os casais.

nidade, contra a modernidade que tempos antes tinha instaurado a vontade no núcleo desse sistema (BORRILLO, 2009, p. 361-371).

O lugar preponderante da verdade biológica na determinação de vínculo de filiação foi confirmado pelos magistrados em uma conhecida sentença da Corte de Cassação de 28 de março de 2000. A distinção tradicional entre reprodução (fato biológico) e filiação (fato cultural), fundamento do Direito Civil Moderno, foi questionada, não mais a partir dos clássicos argumentos procedentes do Direito Canônico, mas apelando para uma dupla retórica que, de um lado, faz da diferença de sexos *conditio sine qua non* da filiação e, de outro, localiza o exame de sangue e o teste de DNA no centro do dispositivo jurídico da paternidade.

As leis da bioética, antecipando-se à reivindicação de futuros pais *gays* e mães lésbicas, tiveram o cuidado de reservar para o casal heterossexual o acesso às técnicas de reprodução assistida. O temor da filiação unissexuada, fruto do reconhecimento do direito à filiação plena dos casais do mesmo sexo, teve como resultado uma radical subjetivação da noção jurídica de filiação concebida, de agora em diante, como um acontecimento natural, ou, pelo menos, naturalizável (FASSIN, 2002). O temor à institucionalização da homoparentalidade e a fé na prova biológica (sanguínea ou genética) enfraquecem os demais supostos de filiação que repousam sobre a vontade e a vivência. Os grandes princípios em torno dos quais se articula o Direito Civil, como a autonomia, o respeito pela vida privada, a igualdade ou a livre disposição de si mesmo, estão, assim, enfraquecidos em benefício de novas fórmulas (alheias ao Direito) baseadas na ordem simbólica, na estruturação psíquica das crianças ou na diferença de sexos.

Agora, vejamos, essa tensão entre verdade objetiva e afetiva não corre o risco de também colocar em análise outras formas de filiação como a adoção plena, as técnicas de reprodução assistida

mediante doador ou, simplesmente, as famílias homoparentais? A naturalização da ordem simbólica não é um novo dogma capaz de influenciar o debate democrático? A exigência da diferença de sexos não oculta uma forma inconfessável de homofobia? A prevalência do fator biológico não favorece uma nova hierarquia das filiações? Pode a biologia dar conta da complexidade da filiação? Perante o surgimento das novas formas de paternidade, não corremos o risco de buscar nos refugiar por trás de certezas biológicas? Poderia chegar a ser admissível que a pessoa construa a sua identidade principalmente sobre a base do seu patrimônio genético? Pode a diferença de sexo ou a verdade biológica configurar um estado simbólico superior ao da vontade e das presunções? Muitos são os questionamentos que se apresentam no atual debate sobre matrimônio e filiação homoparental, aos quais a nova lei deu uma resposta parcial, pois apenas se permite a adoção para os casais do mesmo sexo casados.

Apenas a prevalência da vontade e a introdução da verdade biológica no âmbito de uma disputa pareciam assumidas até o dia em que os homossexuais começaram a reivindicar os seus direitos reprodutivos. Quando os casais do mesmo sexo desejaram se transformar em pais de pleno direito (acedendo às diferentes formas de filiação), um conjunto de novas normas (como a Lei de Bioética, a Normativa de 2005, a jurisprudência da Corte de Cassação...) vieram para introduzir, progressivamente, a exigência da heterossexualidade para a instauração do vínculo de filiação.⁶ O intenso debate originado pela Lei de abertura do matrimônio para os casais do mesmo sexo e, principalmente, a emenda proposta pelos parlamentares socialistas

⁶ Em um relatório de 1988, a pedido do Primeiro-Ministro Guy Braibant, faz-se referência à “afirmação do valor das estruturas naturais da paternidade”. Em 1994, a Lei da Bioética definiu o casal, juridicamente, como sendo a união de um homem e uma mulher. Em 1995, o Conselho de Estado fala também, pela primeira vez, da ausência de referente paternal no caso de uma adoção por uma pessoa solteira, inclusive quando essa referência não está contemplada na lei.

com relação ao acesso às técnicas de reprodução assistida para casais de mulheres, dão testemunho da dificuldade que representa pensar os vínculos familiares à margem do senso comum heterossexual, até o ponto em que aqueles parlamentares se viram forçados a abandonar a referida emenda.

No estado atual do Direito, o problema não se apresenta para os homossexuais que conceberam um filho por meios naturais (ou por inseminação artificial, apesar de ser ilegal na França). Nesse caso, a pessoa goza da paternidade e da autoridade sobre a criança (ou é pai ou é mãe e, portanto, goza do direito de exercer a *patria potestad*). No que se refere ao casal de um pai ou uma mãe homossexual, até mesmo os conservadores concordam sobre a necessidade de encontrar uma solução jurídica adequada (estatuto do pai social, por exemplo), e a Justiça admite hoje a delegação do exercício da *patria potestad* à parceira de uma mãe lésbica. No entanto, embora algumas funções parentais tenham sido reconhecidas aos homossexuais, o estado do pai de pleno direito apenas é possível com a nova lei mediante a adoção. O acesso às técnicas por reprodução assistida, a presunção de paternidade e a maternidade da substituição continuam vedados aos casais do mesmo sexo. Como acabamos de demonstrar, o modelo civilista pode funcionar perfeitamente nos casais do mesmo sexo. De fato, esse modelo coloca a vontade no núcleo da filiação e permite ocultar a identidade dos progenitores (parto sem revelar a identidade da mãe,⁷ doador anônimo, adoção plena, etc.); em suma, o modelo civilista aceita o reconhecimento voluntário expresso, *a priori*, na presunção da paternidade que pesa sobre o esposo da mãe. O modelo civilista autoriza a criação de um vínculo de filiação legal simplesmente por quem se comportou como pai (posse do estado).

⁷ Esse sistema permite que a mulher dê à luz sem se identificar e entregue a criança aos serviços sociais.

Para esse modelo, no fundo, a vontade não tem sexo. Por que pretender, então, sexualizá-la para alguns vínculos de filiação?

A dificuldade de admitir uma maternidade exclusivamente feminina ou uma paternidade exclusivamente masculina – de acordo, no entanto, com o espírito do Direito Civil⁸ – levou ao questionamento desse modelo em benefício de uma visão naturalista da filiação: a prova biológica se impõe nos processos de contestação da paternidade, a investigação das origens é objeto de reivindicação social, a diferença de sexo se transforma num valor; em suma, a verdade biológica é evidenciada como argumento último, não apenas para se opor à filiação homoparental e, portanto, para criar um tipo de hierarquia entre filiações (que, dali adiante, deverão estar baseadas na paternidade natural), mas também para colocar as famílias monoparentais como as responsáveis pela desordem individual e social.

Para alguns autores, a lei francesa foi muito longe na “negação” da verdade biológica. Assim, Agnès Fine propõe o reconhecimento da pluriparentalidade, que

não está associada apenas ao lugar cada vez mais importante que as famílias recompostas ocupam na nossa sociedade. Ela tem sido induzida pela crescente consideração da questão identitária que se manifesta na forma de reivindicação do direito da criança a conhecer as suas origens, dos filhos adotados ou dos que nasceram mediante técnicas de reprodução assistida (FINE, 2002, p. 21, tradução nossa).

A autora lamenta que, “contrariamente à Inglaterra ou à Alemanha, a França se encontra à margem do modelo da *open adoption*”, ou seja, sem ruptura com a filiação biológica. Esse ponto de vista implica questionar a Lei de 1966, que autoriza a adoção monoparental, e também constitui uma crítica ao parto sem revelar a

⁸ A adoção plena por um único indivíduo foi autorizada na França apenas em 1966.

identidade da mãe (*accouchement sous X*) e ao anonimato no caso de doação de esperma, bem como ao desaparecimento da origem biológica na certidão de nascimento, no caso de adoção plena. O acesso às origens, para essa ideologia, não aparece tanto como um direito subjetivo do indivíduo de conhecer os seus progenitores, mas como o direito da humanidade à “não falsificação da filiação” (THÈRY, 1993, tradução nossa).

Para limitar os efeitos da homoparentalidade, a nova ideologia biologizante não hesita em questionar o sistema do Direito Civil. De fato, preserva, em certa medida, a supremacia procriadora da heterossexualidade, uma vez que a homossexualidade poderia, por conseguinte, demandar a sua inscrição na ordem de parentesco. A questão biológica retoma, dessa forma, um vigor renovado, garantindo, de um lado, o lugar da heterossexualidade no próprio seio da homoparentalidade (ou pluriparentalidade, se retomarmos a expressão de Agnès Fine) e, de outro lado, baseando a norma não mais na vontade, mas na essência das origens (chamada doravante “ordem geracional”, “ordem simbólica” ou “história narrativa”) (BORRILLO, 2011a). O acesso à origem biológica permite outorgar um estatuto simbólico aos progenitores e resguardar a diferença de sexos na montagem da filiação.

DO STATUS À FUNÇÃO: PATERNIDADE E PARENTALIDADE

Os termos paternidade e parentalidade (*parenté* e *parentalité*) não têm existência jurídica. Reencaminham à etnologia e à sociologia da família. Essas noções foram apresentadas, principalmente, nos trabalhos de Durkheim, Mauss, Lévi-Strauss, Malinowski, Margaret Mead ou Ruth Benedict. A paternidade (*parenté*) designa as regras de descendência aplicadas a cada indivíduo e, de forma

mais geral, o vínculo que une a criança a um ou ambos os adultos (pai e mãe). A parentalidade (*parentalité*) faz referência à educação dos filhos, bem como aos direitos e obrigações que surgem em consequência do seu exercício (intervenções pedagógicas, domésticas, educativas, de cuidado, direito de moradia, de visita, etc.). Uma pesquisa sobre essas palavras nos códigos e nas leis seria infrutífera. O termo paternidade (*parenté*) é conhecido no Direito como “filiação”, enquanto o equivalente jurídico da parentalidade é a *patria potestas*, chamada mais tarde de autoridade parental ou responsabilidade parental (em Direito espanhol: *patria potestad*). A filiação remete a um *status*, enquanto a autoridade parental faz referência a uma função. A filiação refere-se a algo estático, designa um local, uma posição determinada de uma linhagem ou descendência. Já a *patria potestad* faz referência a algo dinâmico; de fato, fala-se do exercício da autoridade parental. Assim, é possível privar da *patria potestad* (por maus-tratos, consumo de drogas ou álcool, falta de cuidado, por pôr a criança em situação de risco, etc.) justamente porque se trata do exercício, mas não é possível despojar alguém de uma filiação juridicamente estabelecida. Os piores pais (criminosos ou pedófilos) nunca deixam de ser juridicamente pais. A sua posição, o seu *status*, não muda, mesmo quando perdem a autoridade parental (*patria potestad*). A paternidade e a parentalidade respondem a regras diferentes: o Código Civil francês trata da filiação no título VII e regula a autoridade parental no título IX.

A filiação é um vínculo jurídico que gera uma relação de ascendência familiar entre duas pessoas, designando-as como filho, por um lado, e como pai e mãe por outro (filiação propriamente dita, ou paternidade, antropologicamente falando), para transformá-los em credores e devedores de obrigações mutuas ou recíprocas (consequência da filiação ou, em termos antropológicos, parentalidade). Por outro lado, a filiação outorga a cada pessoa uma situação civil

determinada, à qual se associam importantes efeitos jurídicos, tanto na esfera patrimonial (obrigações alimentares, direito de sucessões) quanto extrapatrimoniais (atribuição do(s) sobrenome(s), autoridade sobre os menores). No Direito, a parentalidade é consequência, em princípio, da paternidade. Mas, como veremos adiante, ambas podem coexistir perfeitamente dissociadas.

A filiação apenas existe quando originada em determinadas condições e em conformidade com os modos previstos em lei. Dito de outra forma, a filiação é determinada pela norma jurídica, e não pela lei da natureza. A princípio, a questão da filiação aparece no Código Civil francês como um elemento que permite definir o pertencimento à nação (arts. 16 a 30, *grosso modo*), para, a seguir, regular o pertencimento à família (a partir do art. 310). Assim, presume-se que a criança nascida na França seja francesa (a princípio), presume-se que a mulher que a deu à luz seja a sua mãe, e que o seu cônjuge, se ela for casada, seja o pai, sempre que a criança tiver nascido dentro dos 179 primeiros dias do matrimônio. Mas, como qualquer presunção, essa pode ser destruída. A questão da filiação é, pois, uma questão de aparências, de indícios, de evidências, mas não da verdade. Com respeito a essa questão, o artigo 310-1 do Código Civil francês diz:

A filiação será legalmente estabelecida, nas condições previstas no capítulo II do presente título, por efeito da lei, por reconhecimento voluntário ou pela posse do estado, comprovado mediante ata de notoriedade. Também poderá ser determinada por sentença judicial nas condições previstas no capítulo III do presente título. (tradução nossa).

Como adverte François Terré, “em qualquer idade, a relação de filiação cria entre o indivíduo e os seus autores um vínculo biológico, afetivo, espiritual, que o Direito assume, modela, copia, às vezes deforma” (TERRÉ, 1996, p. 545). Trata-se, pois, de uma

questão eminentemente cultural e, por isso, passível de evoluir com o tempo. Assim, a filiação agnática (ou patrilinear) do Direito romano supôs um modelo de paternidade exclusivamente masculina que não tinha necessariamente uma origem fisiológica e que repousava essencialmente sobre a vontade do *pater familias*.

Vale lembrar que o Direito Canônico proibia a adoção e que o antigo direito francês determinava a maternidade e a paternidade pelo parto, ficando esta última reservada ao homem, unindo-se, dessa forma, a procriação carnal e espiritual na figura do marido. Pelo contrário, o filho gerado fora do casamento (bastardo) não tinha mais do que um progenitor.

O Código de Napoleão reservava os seus favores ao filho legítimo, ou seja, àquele que nasceu no seio do casal unido em matrimônio. Desde 1972, as sucessivas reformas eliminaram a diferença entre filho legítimo e filho natural. Como destacamos anteriormente, a filiação leva em consideração não apenas a realidade biológica e a vontade, mas também o tempo (posse de estado). Concretamente, com relação a esse último caso, o artigo 311-1 do Código Civil (tradução nossa) estabelece que:

A posse de estado acontece mediante a reunião de suficientes fatores que revelem o vínculo de filiação e de parentesco entre uma pessoa e a família à qual se diz pertencer. Desses fatos, os principais são: 1º que essa pessoa tenha sido tratada como filho pela pessoa, ou pessoas, da família à qual considera pertencer e as trate como seus próprios pais; 2º que, com essa mesma condição, essas pessoas tenham contribuído para a sua educação, a sua manutenção e bem-estar; 3º que essa pessoa seja reconhecida como filho próprio pela sociedade e pela família; 4º que essa pessoa seja reconhecida como tal pela autoridade pública; 5º que essa pessoa sempre tenha levado o sobrenome daqueles de quem diz ter nascido.

Tal como adverte Gerard Cornu (2006), o direito de filiação não é apenas um direito da verdade (biológica), mas sim um direito

da vida, do interesse da criança, da paz da família, dos afetos, dos sentimentos morais, da ordem estabelecida, do tempo que passa.

Quando o Direito assimila a filiação e a procriação, o faz com muita prudência. De fato, o acesso à certeza biológica está estritamente enquadrado e delimitado. Com respeito a essa questão, o artigo 16-11 do Código Civil francês diz (tradução nossa):

No âmbito civil, a identificação mediante a impressão genética não poderá ser investigada senão em execução ou em cumprimento de uma resolução judicial, em consequência de uma ação com vistas à determinação ou à contestação do vínculo de filiação, ou à obtenção ou suspensão de subsídios. O consentimento do interessado deverá ter sido manifestado prévia e expressamente.

A prova científica da análise de sangue é admitida no Direito (desde a sentença de 28 de março de 2000, da Corte de Cassação), mas não pode ser acrescentada ao processo a não ser que existam presunções ou indícios graves. Para a determinação de filiação, não é necessária a diferença de sexos, nem a verdade biológica. De fato, a adoção plena pode ser individual ou feita por um casal em matrimônio (por um ou por dois progenitores). Na adoção simples, permite-se criar um vínculo de filiação entre quatro pessoas (os pais originários e os pais adotivos). Temos de acrescentar que uma pessoa pode adotar sozinha, e a progenitora pode optar por não revelar a sua identidade no ato do parto (*accouchement sous X*), assim como o doador anônimo de esperma nunca se transformará no pai da criança no caso de utilização de técnicas de reprodução assistida (AMP).

A PATERNIDADE DOS CASAIS DO MESMO SEXO

Enquanto até os anos 1990 o conjunto de especialistas de Direito de Família concordava com a dimensão eminentemente so-

cial da filiação (modelo civilista), desde que emergiu na cena pública a reivindicação homoparental, começou a vir à luz uma redefinição do tipo naturalista.

Os posicionamentos liberais de vários magistrados ao longo dos anos 1980, com relação às condições de acesso às técnicas de reprodução assistida, deram testemunho – se considerarmos as características tradicionais do direito de filiação – da lógica da imposição de um modelo parental fundamentado sobre a diferença de sexos. Ou, dito de outra forma, na hora de criar um vínculo de filiação, o modelo civilista permitia a autonomia do Direito perante a natureza. Na sua condição de Ministro da Justiça, Robert Badinter preconizava em 1985 uma grande margem de liberdade nessa matéria, justificando, perante o Direito, a liberdade da mulher sozinha recorrer ao uso de técnicas de reprodução assistida e denunciando, na sua ausência, uma discriminação em virtude da sua situação marital, bem como um atentado à sua vida privada. Também se manifestou contrário à proibição do recurso para as mães substitutas. O seu raciocínio estava baseado no respeito aos direitos fundamentais e, concretamente, no “essencial de dar à vida, de preencher mais intensamente o seu destino humano e garantir a sua descendência”. Em sua opinião, tratava-se de “um direito que o ser humano deve ter reconhecido e garantido por lei para, dessa forma, esperar alcançar o desenvolvimento da sua personalidade, que, na democracia, é o objetivo de toda organização social” (BADINTER, 1985, p. 4-14, tradução nossa). Efetivamente, se uma mulher pode abortar legalmente, não há razão para que não possa gestar no seu ventre uma criança para outra mulher ou concretizar um projeto de maternidade por meio da técnica reprodutiva.

Da mesma forma, um juiz conservador como François Terré afirmava que:

a proibição do acesso às técnicas de reprodução assistida para aqueles que desejam ter filhos, que não obedeça a uma razão terapêutica, seria pouco satisfatória e constituiria uma interferência na vida privada, contrária à liberdade de procriação, embora seja motivada por preferências pessoais (TERRÉ, 1987, tradução nossa).

Com relação ao argumento da necessidade de impor uma filiação bissexuada (materna ou paterna), isso continuava sendo uma exclusividade dos juízes católicos, apegados à visão naturalista do Código Canônico.

O que aconteceu para provocar essa mudança?

Em primeiro lugar, o funcionamento do Comitê de Ética das Ciências da Vida e da Saúde, que permitiu a entrada no debate sobre a futura Lei da Bioética dos representantes das religiões e dos psicanalistas. Desse modo, a dimensão prática do Direito viu-se “contaminada” por uma aproximação ideológica alimentada pelo senso comum, que associa a filiação à biologia.

Em 1988, em um relatório ao Primeiro-Ministro Guy Braibant fez referência, pela primeira vez, à necessária “afirmação do valor das estruturas naturais do parentesco”. Em 1994, também pela primeira vez, a Lei da Bioética definiu juridicamente o casal como a união de um homem e uma mulher. Em 1995, o Conselho de Estado aludiu à ausência de referente paterno no caso de uma adoção por uma pessoa solteira, apesar de esse referente não ser exigido pela lei. Esse processo político-jurídico produziu uma “naturalização” do casal heterossexual como base da filiação: como uma ordem simbólica à qual o Direito deveria se submeter. A “heterossexualização” da filiação existia (e ainda assim permanece) no senso comum (vinculado a uma visão biológica), mas não existia no senso jurídico (vinculado a uma concepção civilista). O discurso religioso e a versão psicanalítica, dessa forma, vieram para confortar a *doxa*.

Assim, o acesso às técnicas de reprodução assistida não está pensado politicamente, nem construído juridicamente sobre a base de um direito subjetivo ou de uma liberdade individual (como a interrupção voluntária da gravidez ou o uso de anticoncepcionais), ou de um projeto parental da pessoa ou do casal (como a adoção), mas, sim, como um ato médico que serve para minimizar a esterilidade ou evitar uma doença grave. De certa forma, a AMP constitui uma renúncia da esfera política em favor da “razão clínica”. A esse imperativo médico se acrescenta a promoção de um tipo de organização da família: o casal de pais (heterossexual) em idade de procriar. Na França, a legislação sobre a AMP está legitimada por uma concepção da paternidade “natural”, baseada na ideia, pretensamente universal, de que o interesse da futura criança implica o direito em ter uma mãe e um pai biológicos. Esses valores, descritos como naturais, estão na origem da inclusão da AMP entre os serviços que a Previdência Social oferece, justificando a regra pela qual apenas um casal estável, integrado por “um homem e uma mulher em idade de procriar” teriam o direito de ter acesso a essa técnica. O que atualmente está em jogo é não apenas deixar para trás essa concepção da AMP e abri-la aos casais de lésbicas em nome do princípio da igualdade, mas, também, e principalmente, pensar as técnicas de procriação independentemente da justificação médica e do imperativo biparental e heteroparental.

O modelo civilista outorga um papel principal à vontade permitindo o anonimato dos progenitores, colocando, no caso da adoção, a paternidade social acima da verdade biológica.

É no núcleo desse modelo civilista que se inscreve a Lei de abertura do matrimônio aos casais do mesmo sexo e a adoção homoparental. É no centro dessa concepção contratualista da família, na qual o acesso às técnicas de reprodução assistida por parte das mulheres solteiras ou por parte dos casais de mulheres, bem como a

legislação relativa à gestação por substituição (GPA) destinada aos casais de homens, fazem-se igualmente possíveis.

OS EFEITOS DA CONTRATUALIZAÇÃO

Uma vez apresentadas a origem e as implicações teóricas da contratualização da família, vejamos quais são as suas principais consequências práticas, tanto em nível do casal quanto da filiação nos âmbitos patrimonial e extrapatrimonial.

Como tínhamos destacado no início deste capítulo, o divórcio aparece nos princípios do Direito moderno como sendo um contrato, uma vez que as partes podem resolver de comum acordo colocar fim no matrimônio. O principal efeito da contratualização é o divórcio. No entanto, ainda se exige a presença do juiz para validar esse contrato de ruptura. Se não há conflito algum entre as partes, a assinatura do contrato de divórcio e um simples registro administrativo deveriam ser suficientes para produzir efeitos entre as partes e sobre terceiros. Nada justifica a intervenção do juiz se não há disputa alguma ou risco de abuso por alguma das partes ou com respeito aos menores. Há tempos os diferentes ministros de justiça, tanto de direita quanto de esquerda, indistintamente, têm tentado criar na França um divórcio administrativo, mas o *lobbying* dos advogados faz dele uma tarefa impossível.

Além do divórcio, há vários empecilhos para uma plena contratualização, tanto em nível horizontal quanto vertical.

A respeito do casal, a principal barreira está na concepção vigente (embora, ao meu modo de ver, pré-moderna) do matrimônio como sendo uma união não apenas de duas pessoas, mas também de duas famílias. Assim, as relações de aliança (ou de parentesco por afinidade, como se diz na Espanha) geram obrigações patrimoniais (alimentos, assistência...) e extrapatrimoniais com a família política.

O casamento como aliança de famílias não guarda correspondência com a realidade social nem com o sentimento dos cônjuges que, de forma alguma, entendem estar se unindo com a família do outro cônjuge.

Da mesma forma, ainda há muitos imperativos públicos que diminuem a capacidade das partes. O primeiro é a limitação do contrato matrimonial a duas pessoas. Tratando-se de pessoas maiores de idade e capazes, não deveria existir impedimento algum para que contraiam matrimônio mais do que dois indivíduos livres e que consintam nisso. Se a poligamia pode ser considerada um contrato nulo, uma vez que está fundamentada na inferioridade da mulher e na correlativa dominação de um homem sobre várias mulheres, nada impede que, em situação de igualdade, sejam celebrados contratos matrimoniais entre vários homens e uma mulher ou entre várias pessoas, independentemente do gênero e da sua orientação sexual. Além disso, a obrigação de fidelidade, como princípio de ordem pública e, portanto, irrevogável pelas partes, resulta ser contrária à liberdade contratual. De fato, a obrigação de fidelidade aparece como a condição da presunção de paternidade, presunção que, por sua vez, também é contrária ao princípio da contratualização, segundo o qual nenhum elemento alheio à vontade deveria gerar efeitos jurídicos.

Como dissemos anteriormente, a contratualização da filiação passa pelo reconhecimento dos menores (filhos biológicos ou não) e não pela presunção de ser genitor. A obrigação de fidelidade surge como um dever moral (condenação do adultério) que, no caso de não cumprimento, leva a sérios prejuízos, como o divórcio culposo, na França, ou a perda de herança e do direito de alimentos, na Espanha.

Da mesma maneira, nenhum regime automático de tutela é compatível com a autonomia da vontade, portanto, outro efeito da preeminência das regras dispositivas sobre as regras imperativas é

terminar com a referida tutela involuntária dos cônjuges entre si ou dos pais com respeito aos filhos.

Sem dúvida alguma, é no nível patrimonial que se tem realizado a maior parte do processo de contratualização. Assim, os cônjuges podem optar por diferentes formas de organizar o seu patrimônio, e não deve ser o regime de comunhão de bens, mas o regime de separação de bens (regime legal supletório) que deve ser o presumido no caso de ausência de contrato específico. A solidariedade por dívidas relativas às despesas familiares também deve ser considerada como limitada exclusivamente à separação de bens. Novamente, as maiores resistências estão em nível vertical. De fato, a reserva patrimonial que resulta do regime de bens reduz substancialmente a capacidade dos indivíduos para disporem do seu patrimônio *mortis causa*. Frequentemente se argumenta que o regime de bens permite proteger os membros da família, mas, na verdade, esse sistema perpetua situações de desigualdade, já que são as famílias com maiores recursos as que mantêm no seu seio o patrimônio. Outra opção socialmente mais justa seria aquela que, no caso de ausência de testamento, constitua como beneficiárias instituições públicas de assistência social, por exemplo.

Na esfera extrapatrimonial, um sistema de contratualização permite também dispor livremente dos sobrenomes, tanto da quantidade e da ordem que os pais pretendem transmitir aos filhos quanto da possibilidade de que estes últimos alterem essa ordem ou resolvam, quando maiores de idade, utilizar apenas um sobrenome se assim o desejarem.

A respeito da filiação, a preeminência das regras dispositivas faz emergir a figura da adoção como modelo, pois é nessa forma de organização parental que a vontade unilateral dos futuros pais permite criar o vínculo filial, contrariando o sistema biológico, que cria vínculos familiares inclusive contra a vontade dos progenitores,

especialmente dos homens. Ao contrário da mulher, que na França pode optar por abandonar a criança no momento do nascimento (*accouchement sous X*), basta uma relação sexual fecunda para fazer do homem um pai, com todas as implicações jurídicas do caso.

O abandono legal do filho biológico para as mulheres e a sua possível extensão para os homens constituem uma garantia para o menor. Ao ter a possibilidade de abandoná-lo, os pais se sentirão mais livres para reconhecê-los e, se eles não o fizerem, esses filhos poderão ser adotados por pessoas que desejarem assumir plenamente um projeto parental. Abandonar a prole é considerado, pela moral cristã, como um ato aberrante, no entanto, podemos ver nesse gesto o contrário, ou seja, podemos vê-lo como um gesto de amor para com alguém a quem se dá a possibilidade de ser acolhido por uma família que poderá sustentá-lo, tanto material quanto moralmente, melhor do que o progenitor.

Da mesma forma, o menor, ao chegar à idade adulta, deveria poder abandonar legalmente os seus pais e, eventualmente, mudar de sobrenome, se for adotado por outras pessoas. Forçar os indivíduos a manter relações não desejadas e criar obrigações entre elas é a melhor forma de alimentar a violência psicológica e social, situações contrárias aos objetivos de liberdade, igualdade e solidariedade que devem ser incentivados por qualquer ordem jurídica.

RUMO A UM NOVO PARADIGMA FAMILIAR

Como afirmamos, enquanto Rousseau, ao construir uma teoria política da vida em comum sobre a base da vontade (individual e, principalmente, coletiva), deixa a família de fora do contrato social: “a família é o primeiro modelo das sociedades políticas, a mais antiga e natural: o chefe é a imagem do pai, o povo é a imagem dos filhos” (ROUSSEAU, 1762). É assim que a metáfora da família per-

mite justificar a ordem patriarcal como um fato natural. A democratização da vida privada necessitava de uma reformulação prévia dos vínculos familiares que permitisse fugir da multissecular influência da naturalização. Esse foi o longo trabalho do Direito Civil desde a sua secularização. A contestação da ordem familiar “natural” não é, em definitivo, mais do que radicalização da modernidade, conforme a qual a vontade, e não a diferença de sexos, constitui a base da instituição matrimonial e da paternidade. A filiação, dissociada da reprodução, permite justificar um sistema jurídico fundado não mais na verdade biológica, mas, sim, no projeto de paternidade responsável. Pouco importa, pois, a organização da família (monoparental, homoparental, nuclear, recomposta, tradicional...), se as premissas do contrato, bem como os seus efeitos, são respeitadas (igualdade na união matrimonial e na filiação).

O Estado, então, deveria tratar em condições de igualdade o conjunto de famílias, como qualquer outra forma de intimidade. Para realizar essa tarefa, é preciso sepultar um Direito de Família único, baseado no dogma paterno (TORT, 2005), e repensar as normas que regem a família a partir da negociação e da contratualização. A conveniência do matrimônio, do PaCS e do concubinato como opções de todos os casais responde a essa exigência, assim como o reconhecimento do direito à adoção, o acesso às técnicas de reprodução assistida e à maternidade por substituição para além dos casos de esterilidade. Baseada na vontade, a adoção é uma instituição mais adequada que a biologia para garantir a estabilidade dos laços familiares. Ao contrário da filiação carnal, a filiação eletiva (adoção) encontra o seu fundamento na liberdade não apenas de acolher os filhos dos outros, mas também de abandonar os seus próprios filhos biológicos, o que apenas é possível para as mulheres (no parto anônimo ou *accouchement sous X*), mas que, no futuro, deveria ser estendido aos homens por meio de uma declaração formal de reconhecimento

de paternidade, em cuja ausência o vínculo jurídico da filiação não deveria existir. A generalização da filiação adotiva (compreendida nela, inclusive, a dos seus próprios filhos) permitiria colocar a vontade no centro do dispositivo parental. Daí em diante, esse dispositivo estaria baseado exclusivamente na vontade do(s) progenitor(es) que entrega(m) a criança e na dos adotantes que a acolhem. Temos de acrescentar que a adoção é uma instituição concebida a partir do direito da criança de ter uma família, ao contrário da família biológica, que se declara mais como um recurso do direito sobre a criança (BORRILLO, 2011b, p. 263-274).

Assumir uma teoria contratualista dos afetos – tanto horizontalmente, na esfera do matrimônio, quanto verticalmente, com o objetivo de estender os casos de adoção ao nível da filiação –, não implica de forma alguma deixar de lado os mais vulneráveis (os menores, os idosos, os animais, etc.). Pelo contrário, a técnica particularmente contrastada do equilíbrio das prestações e da proteção dos mais vulneráveis (contrato de adesão, contrato de consumo, cláusula leonina, teoria da lesão...) permite garantir mais eficazmente os grandes princípios internacionais e constitucionais de igualdade do conjunto dos membros dessa comunidade afetiva e patrimonial. Da mesma forma, a adoção como modelo universal da filiação, e não a capacidade reprodutora, torna possível basear a paternidade na responsabilidade e em um projeto meditado, o que possibilita, dessa forma, evitar os tristes casos de maternidade ou paternidade indesejadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALGAVA, Elisabeth. Les familles monoparentales en 1999. *Population*, vol. 57, p. 733-758, 4/2002.

BADINTER, Robert. Discours devant le Conseil de l'Europe. *Le Débat*, Paris, n. 36, 1985.

BACHOFEN, Johann Jakob. *Le droit maternel: recherche sur la gynécocratie de l'antiquité dans sa nature religieuse et juridique*. Paris: Ed. Age d'Homme, 1996.

BAUD, Jean-Pierre. *L'affaire de la main volée: une histoire juridique du corps*. Paris: Le Seuil, 1993.

BOLOGNE, Jean-Claude. *Histoire du mariage en Occident*. Paris: Hachette, 2005.

BORRILLO, Daniel. *Bioéthique*. Paris: Dalloz, 2011a.

_____. Le sexe et le droit: de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi. *Jurisprudence Revue Critique*, Le genre: une question de droit? n. 2, p. 263-274, 2011b.

_____. La vérité biologique contre l'homoparentalité: le statut des beaux-parents ou le PaCS de la filiation. *Droit et Société*, Paris, n. 72, 2009.

BORRILLO, Daniel; LASCOUMES, Pierre. *Amours égales*. Le PaCS, les homosexuels et la gauche. Paris: La Découverte, 2002.

BORRILLO, Daniel; RODRIGUEZ, Jesus Flores. La reforma del Derecho de familia en Francia: a propósito del Proyecto de Ley nº 344, de 7 de noviembre de 2012, de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo. *Actualidad Civil*, n. 4, sección A Fondo, t. 1, Editorial La Ley, abril, 2013.

BOURDIEU, Pierre. *La Distinction*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979.

BURGUIÈRE, André; KLAPISCH-ZUBER, Christiane; SEGALÉN, Françoise Martine. *Histoire de la famille*. Paris: Armand Colin, 1994.

CARRER, Philippe. *Le matriarcat psychologique des bretons: essais d'ethnopsychiatrie*. Paris: Payot, 1994.

COMMAILLE, Jacques; MARTIN, Claude. *Les enjeux politiques de la famille*. Paris: Bayard, 1998.

CORNU, Gerard. *Droit civil: la famille*. 9^a ed. Paris: Montchrestien, 2006.

DAMON, Julien. *Les familles recomposées*. Paris: PUF, 2012.

DÉCHAUX, Jean-Hugues. *Sociologie de la famille*. Paris: La Découverte, 2009.

DELAISI DE PARSEVAL, Genevieve. *Famille à tout prix*. Paris: Seuil, 2008.

DE SINGLY, François. *Sociologie de la famille contemporaine*. Paris: Nathan, 1993.

DUFOUR, Alfred. *Mariage et société moderne, les idéologies du droit matrimonial moderne*. Fribourg: Editions Universitaires, 1997.

DURAND DE MAILLANE, Pierre-Toussaint. *Archives Parlementaires* (1791). Paris: t. XXVI, 1887. p. 166-167.

ENGELS, Friedrich. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Zurich, 1884.

EVANS-PRITCHARD, Edward. *Sorcellerie, oracles et magie chez les Azandé* [1937]. Paris: Gallimard, 1972.

FASSIN, Eric. La voix de l'expertise et le silence de la science dans le débat démocratique. In: BORRILLO, Daniel; FASSIN, Eric. *Au-delà du PaCS*, Paris: PUF. 1999.

_____. La nature de la maternité. Pour une anthropologie de la reproduction. *Journal des anthropologues*, numéro spécial Médecine et biologie: chimères et production du social, n. 88-89, p. 103-122, 2002.

_____. Naturalisation. Filiation, famille et nationalité. In: DORLIN, Elsa; FASSIN, Eric. (Org.). *Reproduire le genre*. Paris: Editions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010.

FINE, Agnès. Qu'est-ce qu'un parent ? Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales. *Spirale*, n. 21, v. 1, 2002.

FRAÏSSÉC, Christèle. La famille homoparentale, une représentation sociale émergente. *Bulletin de Psychologie*, n. 520, p. 337-350, 2012.

HUA, Cai. *Une société sans père ni mari: les Nas de Chine*. Paris: PUF, 1997.

LENOIR, Remi. *Généalogie de la morale familiale*. Paris: Editions du Seuil, 2003.

MAGLI, Ida. *Matriarcat et pouvoir des femmes*. Paris: Ed. Des Femmes, 1983.

OGIEN, Ruwen. *La panique morale*. Paris: Grasset, 2004.

PARSONS, Talcott. The American Family: its relations to personality and the social structure. In: Parsons, Talcott; BALES, Robert Freed. (Org.). *Family Socialization and Interaction Process*. New York: Free Press, 1955.

RAWLS, John. ¿Debe abolirse la familia? [1987]. *Comprender*, n. 2, 2001.

RENAN, Ernest. *Qu'est-ce qu'une nation?* Conférence. Sorbonne, 11 de março de 1882.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique* [1762]. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/contrat_social/Contrat_social.doc>. Acesso em: 02 fev 2016.

ROUSSEL, Louis. *La famille incertaine*. Paris: Odile Jacob, 1989.

SEDILLEZ. *Archives Parlementaires* [1792]. Paris, t.XLIX, p. 610, 1896.

TERRÉ, François. *L'enfant de l'esclave*. Paris: Flammarion, 1987.

TERRÉ, François; FENOUILLET Dominique. *Droit Civil*. Les personnes. La famille. Les incapacités. Paris: Dalloz, 1996.

THÉRY, Irène. *Le démariage: justice et vie privée*. Paris: Odile Jacob, 1993.

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

8 CONCLUSÃO: DIREITOS FUNDAMENTAIS, AFETO E DIREITO DE FAMÍLIA

Roger Raupp Rios

A afetividade é cada vez mais difundida no direito brasileiro contemporâneo. Ora como valor jurídico relevante para o reconhecimento de comunidades familiares, ora como fundamento jurídico para a imposição de condutas que induzam sua presença em determinadas relações interpessoais, e até mesmo na formulação de um direito ao afeto, mais e mais encontram-se aplicações e consequências jurídicas a ela relacionadas.

Ninguém duvida da importância das vivências afetivas na vida individual e social. Todavia, uma compreensão inadequada da função desempenhada pelo reconhecimento do afeto na história recente do direito de família, aliada à supervalorização do afeto, resultam, com frequência, em restrições indevidas ao direito de liberdade e à dignidade dos indivíduos, além de reproduzir a discriminação.

O AFETO ENTRA EM CENA: DIREITO DE FAMÍLIA E DIREITOS DE PERSONALIDADE

O reconhecimento do afeto adentra no direito de família, em sua história recente, como fator preponderante para a superação do formalismo e do conservadorismo, os quais só admitiam como comunidade familiar a decorrente da celebração do casamento civil. Passo a passo, a valorização do fenômeno existencial da vida em comum, no qual o afeto é traço marcante, superou as categorias da sociedade de fato e da prestação de serviços domésticos, do direito obrigacional, até desembocar na união estável, modalidade do direito de família (PONCAR; RONFANI, 1998).

A relevância do afeto não se limita à esfera conjugal, mas atinge também a individualidade. Por meio da relação da afetividade com os direitos de personalidade, associou-se o desenvolvimento pessoal à proteção de certos afetos, daí se extraindo, como consequência jurídica, até mesmo o dever de indenizar monetariamente, decorrente do inadimplemento de um “direito ao amparo afetivo” (SANTOS, 2011).

AFETO E DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE E DE RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA

O direito se vale de conceitos práticos para regular a vida, que podem ser deontológicos (ordens, proibições e permissões, na esfera do dever ser), axiológicos (aquilo que é bom em si mesmo, variando conforme as concepções de vida) e empírico-antropológicos (vontade, interesse, decisão, ação) (ALEXY, 1997). A afetividade indica um estado psíquico, referente à vida individual e de relação. O afeto é, conforme Laplanche e Pontalis (2008), um estado, penoso ou

agradável, vago ou qualificado; é a expressão qualitativa da quantidade de energia pulsional e de suas variações.

Assim, o afeto não pode ser tomado como um valor ou princípio jurídico, nem como um direito subjetivo, suscetível de impor deveres correlatos. Não se pode obrigar, juridicamente, alguém a experimentar um estado psíquico sobre o qual não tem controle. Tampouco vislumbrar nele valor ou princípio jurídico, tomados como realidade a ser observada ou objetivo oponível aos indivíduos.

O afeto não pode ser imposto como um ideal de vida e de felicidade, sem violação à dignidade humana, a não ser que o indivíduo seja considerado um meio para a realização de uma determinada experiência de vida, escolhida pela ordem jurídica. Não pode ser reclamado como prestação relativa a um direito ao afeto, titularizado por alguém em face de outrem. Além de inexigível, seria uma intromissão grave e indevida na liberdade. Muito menos seria como algo devido a quem quer que seja, por força de lei. O que se sente e se almeja experimentar emocionalmente não só é incontrolável, como configura exercício de liberdade, já que o sujeito é livre para se relacionar.

Assim, dignidade e liberdade atuam no respeito à privacidade, entendida como esfera resguardada de objetificação (dignidade), como espaço de autonomia (liberdade) e como âmbito cujas escolhas e estilos de vida em face de terceiros, não importando discriminação.

DIREITO DE FAMÍLIA, AFETIVIDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO

Há outros riscos pela inadequada compreensão do afeto no direito de família. Tomá-la além de elemento relevante para superar

o formalismo jurídico, e, ainda mais, fora do contexto dos direitos fundamentais, produz desrespeito ao direito de igualdade.

A ênfase na afetividade como fundamento para o reconhecimento jurídico de uniões entre pessoas do mesmo sexo (“homoafetividade”) demonstra esse perigo. De fato, a lógica que alimenta a qualificação dessas uniões como “homoafetivas” mostra-se discriminatória e conservadora. Discriminatória, porque assimilacionista, isto é, admite a inclusão desde que os membros de grupos subordinados ou tidos como inferiores adotem padrões apreciados pelos grupos dominantes, em seu próprio detrimento; conservadora, porque familista, vale dizer, tendente a subordinar o apreço de identidades, preferências e práticas sexuais à adaptação e à reprodução de padrões conjugais institucionalizados pela heterossexualidade hegemônica (RIOS, 2008).

Com efeito, assume-se certa condição sexual como parâmetro “normal, palatável e natural”, diante de outra, assimilável e tolerável, desde que docilizada e “higienizada”. Os direitos fundamentais, em especial a liberdade, a dignidade e a igualdade, quando do reconhecimento jurídico de grupos humanos como entidade familiar, não se atrelam necessariamente ao afeto. Tanto que a manifestação da vontade na celebração do casamento pode nutrir-se de fatores e motivações distantes do afeto (conveniência, reconhecimento e prestígio por parte de terceiros, interesses patrimoniais) e o vínculo jurídico familiar persiste independente de afeto (como ocorre no parentesco biológico). Neste domínio, em vez da imposição de um valor ou princípio jurídico reitor, tudo deve ficar aberto às circunstâncias da vida e à liberdade dos indivíduos, ensejando várias possibilidades de convívio, em respeito à dignidade, sem a veiculação de projetos e ideais heterônomos, diminuindo espectros discriminatórios.

O regime das conjugalidades no ordenamento jurídico, ao invés de um assimilacionismo conservador, engendrado pela ênfase

na afetividade, requer formulação diversa, na qual a conjugalidade seja uma modalidade possível de vida comum, cujas motivações e realidades existenciais não dependam necessariamente da presença da afetividade – isto sem mencionar o sem-número de estilos de vida e de projetos pessoais. A família, nesse contexto, deve estar a serviço da realização daqueles que a compõem, não o inverso. Não é dado ao Estado ou à sociedade a imposição de determinado estilo ou motivação para a vida em comum, nem a idealização desta ou daquela concepção de afeto ou de felicidade. Se assim não for, o reconhecimento familiar trará consigo o imperativo de determinado projeto de família, de específica vivência do afeto, de certa dinâmica conjugal, com violação da autonomia e instrumentalização dos sujeitos.

Do exposto, fica patente a necessidade da adequada compreensão e contextualização da afetividade enquanto elemento da realidade e da possibilidade de experiência individual e comunitária nos diversos domínios da vida, em especial quando objeto de regulação jurídica. Sem que se atente para tanto, corre-se o risco de carretar, ao ordenamento jurídico, e ao direito de família em particular, sérios prejuízos em detrimento dos direitos fundamentais mais caros ao regime democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1997.

LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean-Bertrand. *Vocabulaire de la psychanalyse*. 2ª ed. Paris: PUF, 1998.

PONCAR, Valério; RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*. Roma: Laterza, 1998.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANTOS, Romualdo B. *A tutela jurídica da afetividade*. Curitiba: Juruá, 2011.

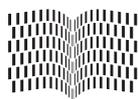
SOBRE OS AUTORES

DANIEL BORRILLO é professor de Direito Privado, pesquisador do Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS) em Paris e advogado da Universidade de Buenos Aires (UBA). É doutor pela Universidade de Estrasburgo e Pós-doutor pelo Centro de Investigaciones Cientificas (Madrid). Atuou como professor visitante nas seguintes instituições: Universidade de Bologna, McGill University, Massachusetts Institute of Technology (MIT), Universidade de Buenos Aires (UBA), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Carlos III de Madrid. É autor de vários livros e artigos científicos sobre Direito da Sexualidade, Bioética e Direito de Família.

FERNANDO SEFFNER é doutor em Educação, docente e orientador junto ao Programa de Pós-Graduação em Educação (PPGEDU) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) na linha de pesquisa Educação, Sexualidade e Relações de Gênero, com ênfase temática nas pedagogias de construção das masculinidades. É também docente e orientador no curso de

Mestrado Profissional em Ensino de História - PROFHISTÓRIA, pólo UFRGS. Atua em pesquisas e orientações investigando situações de vulnerabilidade à AIDS; respostas religiosas à AIDS; conexões entre direitos humanos e políticas públicas de gênero e sexualidade, teorizações *queer*, interseccionalidade e marcadores da diferença. É líder do Grupo de Estudos em Educação e Relações de Gênero (GEERGE PPGEDU) da UFRGS e integrante da equipe do Laboratório de Ensino de História e Educação (LISTHE – FACED IFCH CAP) UFRGS e do Núcleo de Estudos e Pesquisas em AIDS (NEPAIDS) USP, todos registrados no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ).

ROGER RAUPP RIOS é pós-doutor em Direito (Universidade de Paris), mestre e doutor em direito (UFRGS) e desembargador federal em Porto Alegre. Pesquisa temas relacionados a direito da antidiscriminação e direitos sexuais, entre outros. Participou da pesquisa “Qual diversidade sexual dos livros didáticos brasileiros?” (2007-2009). Foi pesquisador visitante na Universidade do Texas – Austin, e na Universidade Columbia – NYC. É autor, dentre livros e artigos, do livro *Direito da antidiscriminação* (2008) e é coautor de *Homofobia & educação: um desafio ao silêncio* (2009) e *Em defesa dos direitos sexuais* (2007).



Editora da
UFCSPA