

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS
BACHARELADO INTERDISCIPLINAR EM CIÊNCIAS HUMANAS

Luiza Cotta Pimenta

**UMA BREVE REVISÃO SOBRE A TUTELA JURÍDICA DOS TRANSEXUAIS: UMA ANÁLISE
ANTROPOLÓGICA SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO**

Artigo apresentado ao Bacharelado Interdisciplinar em Ciências Humanas, da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel (Trabalho de Conclusão de Curso).
Orientador: Prof. Dr. Raphael Bispo dos Santos

Juiz de Fora
2017

DECLARAÇÃO DE AUTORIA PRÓPRIA E AUTORIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO

Eu, **LUIZA COTTA PIMENTA**, acadêmica do Curso de Graduação Bacharelado Interdisciplinar em Ciências Humanas, da Universidade Federal de Juiz de Fora, regularmente matriculada sob o número 201672501A, declaro que sou autora do Trabalho de Conclusão de Curso intitulado UMA BREVE REVISÃO SOBRE A TUTELA JURÍDICA DOS TRANSEXUAIS: UMA ANÁLISE ANTROPOLÓGICA SOBRE A PERSPECTIVA DE GÊNERO, desenvolvido durante o período de 08/08/2017 a 25/11/2017 sob a orientação do Prof. Dr. RAPHAEL BISPO DOS SANTOS, ora entregue à UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA (UFJF) como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel, e que o mesmo foi por mim elaborado e integralmente redigido, não tendo sido copiado ou extraído, seja parcial ou integralmente, de forma ilícita de nenhuma fonte além daquelas públicas consultadas e corretamente referenciadas ao longo do trabalho ou daquelas cujos dados resultaram de investigações empíricas por mim realizadas para fins de produção deste trabalho.

Assim, firmo a presente declaração, demonstrando minha plena consciência dos seus efeitos civis, penais e administrativos, e assumindo total responsabilidade caso se configure o crime de plágio ou violação aos direitos autorais.

Desta forma, na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Juiz de Fora a publicar, durante tempo indeterminado, o texto integral da obra acima citada, para fins de leitura, impressão e/ou download, a título de divulgação do curso de Bacharelado Interdisciplinar em Ciências Humanas e ou da produção científica brasileira, a partir desta data.

Por ser verdade, firmo a presente.

Juiz de Fora, 05 de dezembro de 2017.

Luiza Cotta Pimenta

Marcar abaixo, caso se aplique:

Solicito aguardar o período de () 1 ano, ou () 6 meses, a partir da data da entrega deste TCC, antes de publicar este TCC.

OBSERVAÇÃO: esta declaração deve ser preenchida, impressa e **assinada** pelo aluno autor do TCC e inserido após a capa da versão final impressa do TCC a ser entregue na Coordenação do Bacharelado Interdisciplinar de Ciências Humanas.

UMA BREVE REVISÃO SOBRE A TUTELA JURÍDICA DOS TRANSEXUAIS: UMA ANÁLISE ANTROPOLÓGICA SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO

Luiza Cotta Pimenta¹

RESUMO

O trabalho apresenta uma breve exposição sobre a evolução da questão de gênero na antropologia desde Margareth Mead até o desenvolvimento da Teoria Queer por Judith Butler, quando a desconstrução das identidades atribuídas ao gênero conduz a um questionamento sobre a própria necessidade da dualidade entre homem e mulher. Nesse sentido, ao mesmo tempo em que verificamos que em disciplinas como a antropologia o sexo biológico não é mais a referência na totalidade da conformação sexual do indivíduo, no direito ainda se identifica um “atraso” tanto nas posições doutrinárias sobre o tema, quanto nas decisões judiciais que permeiam a realidade dos indivíduos transexuais. A situação do indivíduo transexual é usada como forma de situar o descompasso no tratamento da questão da identidade de gênero nas duas áreas supracitadas, principalmente quando se considera que a dignidade social do indivíduo transexual não deve ser valorizada apenas no plano abstrato, quando se tem em consideração uma coletividade, mas também no plano individual, naquele sujeito enquanto ser corporificado, real. A metodologia de pesquisa constitui-se de uma revisão bibliográfica de textos relacionados ao tema tanto na área da antropologia, quanto do direito.

PALAVRAS-CHAVE:

1. INTRODUÇÃO

A temática de gênero vem sendo cada vez mais discutida por vários setores da sociedade, e, ao mesmo tempo em que as possibilidades de reconhecimento das vivências de gênero para além da dicotomia homem/mulher se expandem em algumas cenas, ainda é possível encontrar setores de destaque para a coletividade que apresentam sérias limitações e mesmo “retrocessos” diante da questão.

Este trabalho foi estruturado tendo como paradigma uma evolução temporal dos conceitos de sexo e gênero no campo da antropologia, sendo que em um segundo momento são expostos certos posicionamentos do mundo jurídico que são incompatíveis com a noção de transexualidade enquanto uma das várias possíveis manifestações de gênero, e, que assim como todos os indivíduos integrantes da sociedade, merecem a devida tutela estatal fundamentada em motivos racionais e objetivos, para além da religião, da biologia e da dicotomia homem/mulher.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que ainda existem posicionamentos no campo do direito que são divergentes do que foi construído ao longo dos anos no campo da antropologia quando se considera a moderna teoria de gênero. Nesse sentido, considerando o conhecimento sobre sexo e gênero desenvolvido por relevantes autoras como Margareth Mead, Simone de Beauvoir e Judith Butler ao longo dos últimos quase 100 anos, é possível estabelecer um marco teórico que permite identificar posições no direito que não atendem satisfatoriamente ao público transexual em suas demandas judiciais.

O questionamento dos papéis até então atribuídos ao homem e à mulher na sociedade se inicia na antropologia a partir dos estudos promovidos por Margareth Mead que, ao adotar a metodologia da pesquisa de campo, investigando as sociedades tribais do Pacífico Sul, notou existir um fator cultural que supera o biológico quando se fala em “sexo” (quando ainda não existia a noção de gênero).

A contribuição de Simone de Beauvoir também permitiu a expansão da discussão sobre sexo e gênero e, mais tarde, Judith Butler - com a sua famosa obra “Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade” - superou todos os paradigmas, reposicionando a questão de gênero e situando os aspectos relativos ao sexo, gênero e sexualidade como chave de interpretação para os conceitos que formam a moderna Teoria de Gênero.

¹ Graduanda em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. E-mail: luizacpimenta@yahoo.com.br Artigo apresentado ao Bacharelado Interdisciplinar em Ciências Humanas como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Orientador: Prof. Dr. Raphael Bispo dos Santos

Em contraposição à notável evolução dos conceitos de sexo e gênero no último século nas ciências humanas e sociais e à própria superação do aspecto biológico como determinante da manifestação de gênero, ainda existem autores na área do direito que apresentam uma visão abstrata dos indivíduos enquanto meros receptores passivos dos comandos legais, assim como ainda persistem certos posicionamentos emanados por magistrados em suas sentenças e acórdãos que ainda se encontram refratários ao conhecimento adquirido em torno do gênero.

A escolha dos artigos jurídicos e decisões que integram este trabalho se deu a partir de uma busca nas bibliografias indicadas em programas de mestrado em direito civil da USP e da UERJ no ano de 2017, selecionando especificamente aqueles das áreas de direito de família, bioética, direitos de personalidade e direito civil-constitucional.

O que se busca concluir é que diante do que se conhece em antropologia sobre gênero e sexualidade ainda não foi absorvido totalmente por algumas áreas do direito, resultando em posicionamentos e decisões judiciais que não são compatíveis com as necessidades dos indivíduos transexuais, entendendo-se por transexuais aqueles que tem uma identificação e uma manifestação de gênero diversas do que foi estabelecido socialmente para o sexo biológico que ostentam.

Uma vez que a transexualidade nada mais é do que um ser, é apenas uma das infinitas formas de manifestação de gênero, o tratamento destes indivíduos como portadores de uma doença, a criação de empecilhos à modificação do seu nome e do seu sexo registral através de manifestações judiciais equivocadas e a negativa majoritariamente constante do direito em contribuir para o alcance da tão famigerada e aguardada dignidade humana (e social) a esses indivíduos, só reflete a heteronormatividade ainda vigente e a instrumentalização do direito à finalidades institucionais vem se demonstrando incapazes de proteger a todos os integrantes da coletividade de forma materialmente igual.

2. DO SEXO AO GÊNERO

2.1 Margaret Mead

Foi em 1935, a partir da publicação da obra “Sexo e Temperamento” escrita por Margaret Mead, que passou-se a questionar a posição e as funções exercidas pelo homem e pela mulher na sociedade na antropologia. Nesse período ainda era forte a presença do contexto canônico e não existia a noção de gênero, mas tão somente o termo “sexo”, que englobava todas as questões suscitadas por Mead em sua obra.

A superação do aspecto biológico para além dos elementos que identificam externamente um indivíduo como pertencente a um ou outro sexo, tendo em consideração a dualidade feminino e masculino predominante na época, permitiu que se questionasse quais são os comportamentos sociais esperados vindos daquela estrutura corporal que se manifestaria em um dos dois sentidos. Mead percebeu que os comportamentos sociais atribuídos ao sexo feminino e os comportamentos sociais atribuídos ao sexo masculino variavam de cultura para cultura, ou seja, que o sexo, além de biologia, também é cultura, o que posteriormente se revelaria na palavra gênero. Mead expressa bem a inserção da cultura como elemento a ser avaliado quando se fala em comportamento social de cada sexo:

Comparando o modo como dramatizaram a diferença de sexo, é possível perceber melhor que elementos são construções sociais, originalmente irrelevantes aos fatos biológicos do gênero de sexo. Nossa própria sociedade usa muito essa trama. Atribui papéis diferentes aos dois sexos, cerca-os desde o nascimento com uma expectativa de comportamento diferente, representa o drama completo do namoro, casamento e paternidade conforme os tipos de comportamento aceitos como inatos e, portanto, apropriados a um ou a outro sexo (MEAD, 1988, p. 22-23).

As associações em relação ao sexo são culturalmente criadas, e nesse sentido, Mead destaca que a atribuição de determinado comportamento a um gênero é equivocada, isso porque o “padrão cultural” adotado por cada sociedade é arbitrário, trata-se de um processo que envolve não só o método de educação, mas também o “temperamento dominante”, seguindo os termos da autora. O papel da educação é parcela determinante na transmissão cultural, principalmente quando se trata da atribuição de comportamentos sociais adequados ou inadequados a cada gênero.

A autora também percebe que “cada tribo tem certas atitudes definidas em relação ao temperamento, uma teoria de como são os seres humanos naturalmente, sejam homens, mulheres ou ambos, uma norma pela qual julgar e condenar os indivíduos que se desviam” (MEAD, 1988, p. 26), ou seja, existem os indivíduos

considerados “inadaptados”, que não receberam o carimbo cultural, que não se comportam da forma esperada daquele gênero. Nas culturas americana e europeia, os desvios nos papéis socialmente atribuídos a cada gênero eram considerados como resultado de: “anormalidade de origem congênita, ou amadurecimento precoce”, situação que ainda hoje persiste, principalmente quando, ainda hoje, a transexualidade é rotulada como uma doença, como quando se deseja adequar a genitália de um indivíduo intersexo para que ele se encaixe em um ou outro sexo, e, também, quando se considera que o transexual é obrigado a passar pela cirurgia de redesignação sexual para ter direito a alteração de seu sexo registral.

A obra de Mead foi relevante para que se estabelecesse uma primeira definição de gênero, que para além dos determinismos biológicos reservados a cada sexo, também se constrói a partir da realidade social vivida por cada indivíduo.

2.2 Judith Butler

A partir da obra “Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade”, escrita por Judith Butler, a noção de gênero estabelecida pela teoria feminista passa a ser questionada. Até então, com a publicação em 1949 de “O Segundo Sexo” de Simone de Beauvoir, adquiriu relevo a “teoria construcionista”, a partir da qual a autora percebia o gênero como uma elaboração cultural que, atribuindo o aspecto biológico reservado ao sexo, considerava que existia uma construção em volta desses termos que implicava numa modificação proporcionada pela cultura.

A obra de Simone de Beauvoir se fundava na dicotomia sexo/gênero, atribuindo ao sexo aspecto meramente biológico, enquanto que o gênero refletia uma construção social e cultural em torno de uma corporeidade. A obra de Beauvoir tem um salto em relação à obra de Mead, pois inclui no tratamento da posição da mulher na sociedade a noção de gênero, enquanto que a citada obra de Mead ainda situava toda a questão em torno do sexo e de variações comportamentais e culturais na distribuição dos papéis entre os seus integrantes. Nesse sentido, a afirmação de Carla Rodrigues expressa bem esse contexto: “O par sexo/gênero foi um dos pontos de partida fundamentais (talvez fosse melhor dizer fundacionais) da política feminista” (RODRIGUES, 2005, p. 179). Mas Judith Butler percebe que em verdade existe uma descontinuidade na distinção entre sexo e gênero, na medida em que sendo o gênero culturalmente construído, não poderia ser o resultado causal do sexo (BUTLER, 2012, p.25-26).

A introdução do desejo enquanto manifestação da sexualidade ao lado do sexo e do gênero propõe uma nova forma de conexão entre esses fatores, uma vez que os coloca no mesmo nível de análise, permitindo que se coloque em cheque a própria coerência e causalidade de tais elementos. No Ocidente existiria uma naturalidade em relação ao sexo, uma vez que quando se pensa em desejo, já se presume que se trata de diferentes gêneros, seguindo as expectativas socialmente esperadas e, para Butler, trata-se de uma “ficção regulatória”, uma vez que se sabe que sexo/gênero/desejo não ocorrem sempre juntos, eles se misturam e se confundem.

A partir do momento em que se percebe que sexo/gênero/desejo nem sempre ocorrem juntos e em apenas um sentido, permite-se questionar o próprio movimento feminista, uma vez que a própria definição de mulher da forma como o feminismo o faz termina por ser excludente, como percebe Butler em sua supracitada obra:

A discussão que abre esse capítulo argumenta que esse gesto globalizante gerou um certo número de críticas da parte das mulheres que afirmam ser a categoria das “mulheres” normativa e excludente, invocada enquanto as dimensões não marcadas do privilégio de classe e de raça permanecem intactas. Em outras palavras, a insistência sobre a coerência e unidade da categoria das mulheres rejeitou efetivamente a multiplicidade das interseções culturais, sociais e políticas em que é construído o espectro concreto das “mulheres” (BUTLER, 2012, p. 34-35).

Nesse contexto de crítica às teorias feministas, e demonstrando que existe uma maleabilidade dentro da heterossexualidade, é que a teoria *queer* defendida por Butler adquire centralidade, trazendo os movimentos gays, lésbicos e transgêneros como novo foco da discussão da identidade enquanto performaticamente construída. A noção de que o sujeito não é preexistente permite uma formulação que percebe a formação da identidade enquanto um processo de desconstrução e reconstrução, não podendo se resumir a divisão binária entre macho e fêmea, homem e mulher, reconhecendo a presença de uma verdadeira *zona gris*, na qual as fronteiras demarcatórias desejadas pelas estruturas de poder sejam questionadas e reformuladas com vistas ao reconhecimento da existência e atribuição de dignidade social aos indivíduos integrantes dessas áreas onde as categorias sexo, gênero e sexualidade são constantemente reformuladas.

A obra de Butler, inicialmente publicada nos anos de 1990, foi um marco na medida em que ao reposicionar o sexo e o gênero, também inseriu o elemento da sexualidade como diretamente conectado aos dois primeiros. Esta realocação de conceitos permitiu o reconhecimento de que existe uma variabilidade sexual, que é muito mais comum do que se imaginava e, que essa maleabilidade que não se restringe aos pólos do que é reconhecido como padrão de comportamento social masculino ou feminino, ela viabiliza o estabelecimento de configurações até então rejeitadas.

Butler também trata do corpo e o seu papel na manifestação do gênero e da sexualidade. Até então prevalecia a posição de que o corpo é um elemento passivo, a partir do qual se inscreve determinado comportamento relacionado a manifestação de gênero. Como a autora observa, tal concepção se funda em: “ (...) precedentes cristãos e cartesianos, os quais, antes do surgimento da biologia vitalista no século XIX, compreendiam “o corpo” como matéria inerte que nada significa ou, mais especificamente, significa o vazio profano (...)” (BUTLER, 2012, p. 186).

A relevância da abordagem do corpo é dada não só por ele ser tratado como um elemento passivo, sobre o qual se inscrevem construções sociais, mas como um objeto sujeito de destruição paulatina de seus limites e composição, como forma de delimitação dos comportamentos. Butler, se baseando na obra de Mary Douglas, explicita bem a questão quando diz:

Purity and Danger, de Mary Douglas, sugere que os próprios contornos do “corpo” são estabelecidos por meio de marcações que buscam estabelecer códigos específicos de coerência cultural. Todo discurso que estabelece as fronteiras do corpo serve ao propósito de instaurar e naturalizar certos tabus concernentes aos limites, posturas e formas de troca apropriados, que definem o que constitui o corpo (BUTLER, 2012, p. 188).

As diferenças estabelecidas entre os indivíduos e demarcada em seus corpos é uma forma de determinação do que é considerado aceito e do que é rejeitado socialmente, ou seja, o limite do corpo é significado por tabus e transgressões antecipadas, “as fronteiras do corpo se tornam os limites do social *per se*” (BUTLER, 2012). É facilmente perceptível que em nossa sociedade existem os mais diversos grupos de corpos que são considerados marginais e transgressores das inscrições sociais, é o caso dos indivíduos transexuais, dos homossexuais, e como cita Butler, dos portadores de AIDS; “o repúdio de corpos em função de seu sexo, sexualidade e/ou cor é uma “expulsão” seguida por uma “repulsa” que fundamenta e consolida identidades culturalmente hegemônicas em eixos de diferenciação de sexo/raça/sexualidade” (BUTLER, 2012, p. 189).

Pela própria força dos tabus estabelecidos pela sociedade, os indivíduos passam a manifestar na superfície de seus corpos uma “performance de gênero” que o inclui no padrão esperado pela ordem heteronormativa, logo, o corpo não pode ser considerado uma inscrição cultural, mas sim um sistema culturalmente mantido. O corpo se manifesta de forma variada e o gênero é variável dentro do espectro socialmente regulado e essa institucionalização do padrão esperado termina por criar uma diferença entre os “corpos que importam” e os “abjetos”, sendo que os corpos “abjetos” são tidos como não-vidas, como desvios dentro da tríade sexo/gênero/desejo, incoerentes e desestabilizadores do sistema, como diz Butler:

A construção da coerência oculta as descontinuidades do gênero, que grassam nos contextos heterossexuais, bissexuais, gays e lésbicos, nos quais o gênero não decorre necessariamente do sexo, e o desejo, ou a sexualidade em geral, não parece decorrer do gênero – nos quais, a rigor, nenhuma dessas dimensões da corporeidade significativa expressa ou reflete outra. Quando a desorganização e desagregação do campo dos corpos rompe a ficção reguladora da coerência heterossexual, parece que o modelo expressivo perde sua força descritiva. O ideal regulador é então denunciado como norma e ficção que se disfarça de lei do desenvolvimento a regular o campo sexual que se propõe descrever (BUTLER, 2012, p. 194).

É visível a diferença de tratamento conferida aos desviantes da performance de gênero esperada pela sociedade, principalmente quando se tem em consideração que a violência contra os indivíduos transexuais não gera a mesma comoção do que aquela vista quando se trata de “corpos que importam”, de pessoas normais e coerentes. Tal diferenciação não fica evidenciada apenas pela violência física, mas também na atuação das instituições, principalmente o judiciário, quando se está diante de um indivíduo transexual que deseja mudar seu nome, mudar o seu sexo registral, ou que apenas busca a autorização para dispor de seu corpo de acordo com sua consciência pessoal.

O tratamento do transexual como uma pessoa doente, portador de uma deformidade psicológica, é por si só uma violência e a imposição da realização da cirurgia de redesignação sexual como condição para a alteração do sexo registral só reforça essa reiterada necessidade da sociedade de impor regras para que os

indivíduos sejam considerados como tais, como sujeitos de direitos e de dignidade social, como “corpos que importam”, como fica evidente no item a seguir.

3. A TRANSEXUALIDADE NO MUNDO JURÍDICO

A partir de 1990, desde a publicação da obra de Butler e de vários outros autores que comungam da mesma perspectiva nas ciências humanas em geral, conferiu-se uma nova significação para a palavra gênero, que, ao estabelecer a tríade sexo, gênero e desejo como variantes possíveis para um mesmo sujeito, também identifica no corpo um meio complexo de troca estabelecida entre a individualidade e as normas culturais e sociais. Diante disso, espera-se que áreas como a medicina e principalmente, o direito, consigam acompanhar a evolução na discussão da teoria de gênero, afastando julgamentos excludentes como o que atribui uma doença ao indivíduo transexual ou àquele que exige a mudança corporal como condição para o câmbio de sexo, fundada na dicotomia homem/mulher.

Neste contexto de crítica, não se pode ignorar que o direito, em sua formação recebeu enorme influência das normas de caráter religioso, principalmente no direito de família, onde ainda é possível encontrar resquícios desta ordem. Na medicina ocidental a consolidação do tratamento psiquiátrico para os “transtornos de identidade sexual” também é obstáculo a modificação deste conhecimento consolidado e cientificamente reafirmado. O próprio direito e a medicina são áreas que ainda recebem muita influência estatal, o que obsta ou pelo menos dificulta a tutela dos elementos e pessoas que divergem das orientações dominantes. Neste sentido, a relação estabelecida por Laura Carone Rachid Domith é esclarecedora:

Percebe-se uma estreita ligação entre as idéias de Judith Butler e as de Michel Foucault no sentido de que tanto os Estados quanto os sistemas jurídicos produzem os sujeitos que pretendem representar e regular sob o argumento de verdades absolutas e excludentes, restringindo as possibilidades de realização dos indivíduos que não se enquadram nos padrões de “normalidade” pré-estabelecidos (DOMITH, 2014, p.14-15).

A OMS ainda mantém em seu Código Internacional de Doenças (CID), toda uma gama de doenças psiquiátricas atribuídas a indivíduos que não se encaixam nos padrões impostos pela heteronormatividade dominante. Quando se adentra no campo do direito, tanto em sua aplicação quanto doutrina, pode-se vislumbrar que a heteronormatividade, ainda que não defendida abertamente, funciona como ponto de apoio para a construção de pré-conceitos sobre os indivíduos transexuais, principalmente por meio da sustentação da presença de um transtorno mental naqueles que não se encaixam na tríade socialmente coerente de sexo/gênero/desejo, e como autorização conferida pela coletividade para a interferência na esfera de liberalidade do sujeito, que por seu turno deseja apenas existir e se movimentar na sociedade sem que a sua manifestação de gênero implique em restrições ao seu cotidiano.

A legitimidade da ordem heteronormativa encontra respaldo no direito, como pode se depreender de artigos jurídicos e decisões judiciais que situam a questão de gênero sob a ótica da patologia, da biologia, da dicotomia homem/mulher e até de normas de influência religiosa. Alguns dos autores que ainda defendem este posicionamento são consagrados e de leitura obrigatória em concursos de mestrado em direito civil, sendo este o caso de Carlos Alberto Maluf e Adriana Maluf, ambos especialistas em direito de família e que tem diversas obras publicadas na área. Em seu artigo “A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos” os autores Carlos Alberto Maluf e Adriana Maluf,, indicados como bibliografia de referência para o concurso de pós-graduação em direito civil pela USP, abordam a transexualidade da seguinte forma:

No que tange à família formada nos estados intersexuais, esta abrange os indivíduos transexuais e intersexuais, mostrando a problemática da identidade de Gênero – no caso dos transexuais, e na identidade sexual de cunho anatômico e biológico – no caso dos intersexuais. (...) Procede-se ao diagnóstico da síndrome transexual, o tratamento feito por uma equipe multidisciplinar e a consequente submissão à cirurgia redesignatória, amparada pela Resolução n.1.652/02 e pela Resolução ambas do Conselho Federal de Medicina. Após o diagnóstico de transexualismo, o preenchimento dos requisitos legais para a realização da cirurgia redesignatória e o procedimento cirúrgico em si, as questões legais envolvendo os transexuais- entre elas a alteração do nome- determinam fortemente a sua inclusão social e afetiva. (MALUF; MALUF, 2013, p. 230-231).

Nesse caso, não só a transexualidade continua a ser tratada como doença, assim como os indivíduos que se manifestam dessa forma são tratados como “portadores de anomalias de diferenciação sexual”, em conjunto com os indivíduos que compõem o intersexo. Existe uma necessidade premente de “adequação do

sexo”, de “inserção” do indivíduo “no mundo jurídico”, de desfazimento de uma possível “confusão dos papéis familiares”, evitar a “paternidade incerta (garantindo a biparentalidade), de discussão da licitude ou ilicitude de “conceber um filho já sem pai” (MALUF; MALUF, 2013, p.233). É patente a relação de interdependência entre direito e medicina no sentido de indicar e patologizar os desvios, incoerentes com o que se considera socialmente e institucionalmente como padrão e consagrando a heterossexualidade como normalidade que deve ser seguida, evitando-se assim a “destruição” dos laços familiares.

A autora Paula Sandrine Machado ao tratar da “produção do sexo” em relação aos indivíduos situados no intersexo, faz uma importante observação sobre essa necessidade interventiva da medicina na busca pelo encaixe sexual do indivíduo dentro da dualidade homem/mulher, e que muitas vezes, esse processo acaba não sendo bem-sucedido, situação semelhante àquela vivida pelos transexuais que não desejam alterar sua genitália por meio da cirurgia de redesignação:

Conforme discuti ao longo deste artigo, ainda que o sexo seja, às vezes literalmente, construído através de intervenções médicas e psicológicas, na perspectiva dos médicos, trata-se de restaurar uma natureza incompleta. O sucesso terapêutico está em atingir uma harmonia minimamente satisfatória entre o sexo construído e o sexo verdadeiro localizado em algum lugar do corpo. Entre outros aspectos, essa harmonia será avaliada através de uma série de elementos socialmente visíveis e significativos, como os traços físicos, os gestos e as condutas. Esse projeto, entretanto, nem sempre é bem sucedido (...) (MACHADO, 2005, p.280).

É relevante observar que no direito existe uma idealização da condição do indivíduo que se afasta cada vez mais da realidade social em prol de uma teorização exagerada sobre as condições perfeitas que tornariam o ser humano um sujeito digno de ter seus direitos respeitados. A questão de gênero quando situada pelo direito em áreas como a dos “direitos de personalidade” ou do “direito de família” não oferece uma solução ideal para o real problema que ronda os indivíduos “abjetos”, uma vez que a realidade não pode ser moldada por discursos de como deveria ser, como o ser humano deve ser tratado, quais são os limites da interferência institucional, quando, em verdade o que é produzido na teoria muitas vezes não se reflete em melhorias reais da condição humana dos indivíduos “desviantes” da tríade sexo/gênero/desejo.

A interferência na realidade dos indivíduos transexuais não se resume apenas a atribuição de uma enfermidade a eles, como também abrange uma gama de ações que tem por fim impor uma modificação por vezes indesejada ao seu corpo ou até vetar a alteração do nome e sexo registral em suas certidões de nascimento. O que se observa é que a sociedade considera o corpo do transexual como um objeto passivo de mudanças, como uma corporeidade coletiva, que a partir do seu ingresso no universo desviante, também torna-se um indivíduo coletivo, sujeito a livres interferências externas.

É extremamente complexo compatibilizar a moderna concepção de autonomia privada do direito com a forma como essa autonomia se manifesta na realidade vivida pelos indivíduos transexuais, principalmente quando se tem em consideração sua corporeidade. Vários são os casos em que, apesar de autores como Luiz Edson Fachin, identificarem que o limite da autonomia privada encontra-se no ordenamento jurídico, que “decorrem objetivamente da racionalidade sistemática do Direito, logo não se confundem com limites de cunho moral e religioso” (FACHIN, 2014, p.42-43), verifica-se que na prática, como esse mesmo autor demonstra, existem sim, normas morais e de cunho religioso que limitam o espectro de ações que podem ser empreendidas pelos indivíduos transexuais no sentido de alcançar a sua plena vivência como pessoa humana.

Em seu supracitado artigo, Luiz Edson Fachin, defendendo a possibilidade de alteração do registro do transexual, pois para ele “um direito deve ser apenas reconhecido e declarado” (FACHIN, 2014, p.52), cita algumas decisões judiciais que são contrárias ao reconhecimento do direito a mudança do nome e do sexo, que assim dispõem:

RETIFICAÇÃO NO REGISTRO CIVIL. MUDANÇA DE NOME E DE SEXO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. O homem que almeja transmutar-se em mulher, submetendo-se a cirurgia plástica reparadora, extirpando os órgãos genitais, adquire uma ‘genitália’ com similitude externa ao órgão feminino, não faz jus à retificação de nome e de sexo porque não é a medicina que decide o sexo e sim a natureza. Se o requerente ostenta aparência feminina, incompatível com a sua condição de homem, haverá de assumir as conseqüências, porque a opção foi dele. O Judiciário, ainda que em procedimento de jurisdição voluntária, não pode acolher tal pretensão, eis que a extração do pênis e a abertura de uma cavidade similar a uma neovagina não tem o condão de fazer do homem, mulher. Quem nasce homem ou mulher, morre como nasceu. Genitália similar não é autêntica. Autêntico é o homem ser do sexo masculino e a mulher do feminino, a toda evidência (TJRJ, Ap. Cível 1993.001.06617, Rel. Des. Geraldo Batista, DJ 18/03/1997).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO QUANTO AO NOME E SEXO DO AUTOR. TRANSEXUALISMO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL INVIABILIDADE DA ALTERAÇÃO DO REGISTRO, UMA VEZ NÃO PREVISTA CIRURGIA PARA MUDANÇA DE SEXO, NEM MESMO PROVA ROBUSTA ACERCA DA ABRANGÊNCIA DO TRANSTORNO SEXUAL. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJRS, Apelação Cível Nº 70056132376, Sétima Câmara Cível, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 13/11/2013).

Mesmo após os estudos de Margareth Mead que já no início do século XX observou a presença de um fator cultural na configuração dos papéis sociais atribuídos ao homem e a mulher na sociedade e que a variedade cultural superava o aspecto biológico e muito mais tarde, ao final deste mesmo século, Judith Butler quebrou os paradigmas do conceito de gênero, equiparando a tríade sexo/gênero/desejo como passível de variação de indivíduo para indivíduo e que o corpo não é só um objeto passivo de mudanças, mas sim o meio para as trocas culturais, sociais e políticas entre indivíduo e sociedade.

A permanência destes elementos limitadores da realidade transexual, também deve ser pensada do ponto de vista das relações de poder, nesse sentido, Foucault evidencia que a repressão às manifestações de gênero decorre de uma regulação promovida pelos discursos:

Através de tais discursos multiplicaram-se as condenações judiciárias das perversões menores, anexou-se a irregularidade sexual à doença mental; da infância à velhice foi definida uma norma do desenvolvimento sexual e cuidadosamente caracterizados todos os desvios possíveis; organizaram-se controles pedagógicos e tratamentos médicos; em torno das mínimas fantasias, os moralistas e, também e sobretudo, os médicos trouxeram à baila todo o vocabulário enfático da abominação (...) (FOUCAULT, 1999, p. 37).

Diante de tantas interferências indevidas, não só nos corpos dos indivíduos transexuais, mas também como ocorreu e ocorre historicamente com as mulheres, cabe citar a indagação proposta pelo grande civilista Stefano Rodotà, responsável por estabelecer grandes discussões entre os direitos civis e constitucionais, com foco no sujeito concreto e real de direitos, que em sua obra “La vita e le regole: Tra diritto e non diritto”, situa a questão da propriedade do corpo de forma muito direta: “Di chi è il corpo? Della persona interessata, della sua cerchia familiare, di un Dio che l’ha Donato, di una natura che lo vuole inviolabile, di un potere sociale che in mille modi se ne impadronisce, di un medico o di un magistrato che ne stabiliscono il destino? E di quale corpo stiamo parlando? (RODOTÀ, 2006, p.73). Assim como Judith Butler percebeu que a realidade do indivíduo é fabricada internamente e que “essa própria interioridade é efeito e função de um discurso decididamente social e público, da regulação pública da fantasia pela política de superfície do corpo, do controle da fronteira do gênero que diferencia interno e externo (...) (BUTLER, 2012, p.195)”, Rodotà também percebe o corpo como um objeto de ingerência de vários sujeitos: da família, de Deus, dos médicos, dos magistrados, do poder social.

O ordenamento jurídico acaba não sendo o único limitador da autonomia da pessoa sobre o seu corpo, mas por meio do magistrado, das normas biológicas, políticas, religiosas, e da própria heteronormatividade de forma mais ampla, terminam por exercer uma restrição à normal circulação do indivíduo transexual na sociedade, restringindo a diversificação das manifestações sexuais. Nesse sentido, percebe Butler que:

A desconstrução da identidade não é a desconstrução da política; (...) Se as identidades deixassem de ser fixas como premissas de um silogismo político, e se a política não fosse mais compreendida como um conjunto de práticas derivadas dos supostos interesses de um conjunto de sujeitos prontos, uma nova configuração política surgiria certamente das ruínas da antiga. As configurações culturais do sexo e do gênero poderiam então proliferar ou, melhor dizendo, sua proliferação atual poderia então tornar-se articulável nos discursos que criam a vida cultural inteligível, confundindo o próprio binarismo de sexo e denunciando sua não inaturalidade fundamental (BUTLER, 2012, p. 213-214).

O estabelecimento de barreiras jurídicas ao transexual também é elemento criador de uma vulnerabilidade para estes indivíduos, pois, quando se inviabiliza a compatibilização do seu registro com a sua identidade de gênero mantém-se uma situação de marginalidade social que direciona estas pessoas a uma restrição do convívio social, ao surgimento de situações constrangedoras que dificultam o seu acesso à educação e ao mercado de trabalho, estabelece ambientes que não podem ser frequentados, serviços que não podem ser fornecidos. O respeito à individualidade e a concessão da individualização através do nome e gênero com o qual se identifica são elementos mínimos na criação e manutenção da própria dignidade humana dos transexuais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta breve análise teve como objetivo promover um diagnóstico, ainda que resumido, das limitações impostas pelo direito a manifestação de gênero e dignidade dos indivíduos transexuais. Seja na teoria, seja na prática, ainda existe muito retrocesso no atendimento das demandas relacionadas ao gênero e a sexualidade. Apesar dos avanços verificados nos estudos ligados à sexualidade, da constatação há quase 100 anos de que os papéis sociais do homem e da mulher devem ser questionados, e, posteriormente, com a aquisição do conhecimento de que o viver cultural e social também são determinantes na conformação dos elementos ligados ao gênero, deparar-se com um atraso tão evidente na área do direito, é algo por certo chocante, pois, cada pedido julgado improcedente fundado em opiniões de caráter biológico, religioso e até de um padrão socialmente e politicamente construídos sob a dominância da ordem heteronormativa, terminam por dificultar e em muitos casos comprometer a própria existência do indivíduo transexual.

O Brasil é um dos países que mais mata indivíduos LGBT e, apesar da subnotificação, os números são crescentes, não se resumindo apenas aos homicídios, mas também às causas que conduzem estes indivíduos a cometer suicídio. A atribuição de uma doença psíquica ao indivíduo transexual perpetua o preconceito tanto no seio familiar quanto na sociedade e desloca a sua vivência para uma situação de marginalidade social. Além disso, a negativa em conferir a estes indivíduos o direito de alterar o seu nome e o seu sexo registral, ainda que não tenham se submetido a cirurgia de redesignação, também contribui para o isolamento social do transexual e a perpetuação do preconceito.

Ainda que o corpo dos indivíduos seja um meio de trocas de simbólicas com a sociedade e suas normas sociais, quando se fala em gênero, é preciso perceber que cada corporeidade pertence ao próprio indivíduo que a ostenta, sendo a expressão subjetiva de sua humanidade e, nesse sentido, não pode o direito se constituir como um limite à sua liberdade e autodeterminação. Os indivíduos não podem ser pensados como meras abstrações, mas sim como sujeitos materialmente diversos entre si e com as suas necessidades para o estabelecimento de um livre câmbio entre a sociedade e suas normas.

A resposta para essas questões perpassa pela construção de um diálogo entre as ciências sociais e o próprio direito, enquanto ciência social aplicada. Nesse sentido, como ensina Schreiber e Konder: “A afirmação epistemológica da autonomia e independência da ciência jurídica, embora fundamental, acarretou historicamente em voltar os olhos dos juristas apenas para a teoria abstrata, desligada da realidade a que se destina e desconsiderando que o próprio direito é, também, uma experiência social, que se realiza na prática (Schreiber; Konder, 2016, p.16)”.

O direito deve servir como um instrumento de equilíbrio de forças dentro da sociedade. A extrema teorização e abstração do indivíduo afasta o direito da realidade e o distancia do que já se conhece em teoria de gênero. A aliança do direito com a medicina na manutenção deste status normatizador e institucionalizante da vida social, principalmente quando se trata da interferência excessiva sobre a vivência e a corporeidade dos indivíduos transexuais, contribui para o desequilíbrio nas relações e uma igualdade meramente formal, que não atende aos anseios daqueles que não fazem parte do grupo dos “corpos que importam”.

É nesse sentido que deve se promover um diagnóstico profundo da questão, inserindo o diálogo interdisciplinar entre direito e teorias de gênero nos programas de graduação e pós-graduação em direito, mas também na própria formação dos magistrados, permitindo uma reflexão sobre a realidade dos indivíduos transexuais e por fim, viabilizando a sua existência, liberdade e permanência na sociedade, enquanto digno de ‘ser’ humano.

REFERENCIAS

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade**. 4.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

DOMITH, Laira Carone Rachid. “**Lutemos, mas só pelo direito ao nosso estranho amor**” – **Da legitimidade da família poliafetiva**. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1d98e6ad3ed4f30a>. Acesso em: 20/10/2017.

FACHIN, Luiz Edson. O corpo do registro no registro do corpo; mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. **Revista Brasileira de Direito Civil**. v.1, p.36-60, jul./set. 2014. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/pdf/03---rbdcivil-volume-1---o-corpo-do-registro-no-registro-do-corpo;-mudanuca-de-nome-e-sexo-sem-cirurgia-de-redesignaucueo.pdf>. Acesso em: 02/08/2017.

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

MACHADO, Paula Sandrine. O sexo dos Anjos: um olhar sobre a anatomia e a produção do sexo (como se fosse) natural. **Cadernos Pagu**, Campinas, n.24, jan./jun. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332005000100012&lng=pt&tng=PT. Acesso em: 09/10/2017.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A Família na Pós-Modernidade: aspectos civis e bioéticos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 108, p.221-242, jan./dez. 2013.

MEAD, Margaret. **Sexo e Temperamento**. 3.ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1988.

RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole: Tra diritto e non diritto**. Milão: Feltrinelli, 2006.

RODRIGUES, Carla. Butler e a desconstrução do gênero. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v.13, n. 1, p. 179-183, jan./abr. 2005.

SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil**. v.10, p. 9-27, out./dez. 2016. Disponível em: https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume10/rbdcivil_vol_10_02_doutrina-nacional_uma-agenda.pdf. Acesso em: 02/08/2017.