



DIREITO, IDENTIDADE DE GÊNERO E INCLUSÃO: A TRANSEXUALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Juliana Ribas¹
Anaise Severo²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o tratamento jurídico da identidade de gênero, representado pelos casos dos RE n. 670.422/RS e RE n. 845.799/SC em repercussão geral no Supremo Tribunal Federal. Considera o reconhecimento das repercussões e expectativa de julgamentos paradigmáticos como uma oportunidade para fixar novas premissas acerca do tratamento jurídico sobre o corpo e identidade de cada indivíduo. Procura pactuar epistemologicamente noções como sexo, gênero e identidade. Analisa os recentes avanços das políticas públicas com foco no cidadão transexual. Expõe os casos paradigmas citados e traça provocações e desafios hermenêuticos aos seus futuros julgadores. Conclui propondo a desconstrução de conceito estático da universalidade a fim de permitir a diferença e, dessa forma, a garantia da dignidade para a minoria transexual.

Palavras-Chave: Identidade de Gênero. Transexualidade. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: This article aims to analyze how Law treats gender's identity, a theme that is discussed in RE n. 670.422/RS e RE n. 845.799/SC, cases that will be judge by the Brazilian's Supreme Court. Consider these cases as an opportunity to secure new premises on the legal treatment of the body and identity of each individual. Searches epistemologically notions of sex, gender and identity. Reviews recent advances in public policy with a focus on transsexual citizen. Exposes paradigms cases cited and traces provocations and hermeneutical challenges to its future judges. It ends proposing the deconstruction of static concept of universality in order to allow the difference and thus the guarantee of dignity for the transsexual minority.

Keywords: Gender Identity. Transsexuality. Human Dignity.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS: DIREITO E INCLUSÃO SOCIAL

¹ Bolsista CAPES. Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, na área de Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado.

² Graduanda em Ciências Sociais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – VI Semestre.

A marginalização da comunidade transexual a expõe a uma situação de violência e indignidade intolerável para os padrões de humanização do século XXI. O Brasil é o país com mais assassinatos de transexuais femininas – transfeminicídios - no mundo: nos últimos 07 anos foram 689 mortes, do somatório de 1.700 no mundo inteiro³.

O sistema jurídico brasileiro vagarosamente reconhece e positiva temas de referentes às minorias, como direitos sexuais e de gênero; demandas que ganharam fôlego desde maio de 1968, a partir do crescimento da visibilidade de grupos homossexuais, travestis e transexuais.

Em novembro de 2014, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a Repercussão Geral do RE n. 670.422/RS, que analisará a *possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo*⁴. Um ano depois, a pauta dos direitos transexuais é trazida novamente à Corte através do RE n. 845.799/SC, que deverá agora analisar também a *possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente*⁵.

O reconhecimento expresso da repercussão geral desses casos nos provoca questionamentos: que parâmetros jurídicos devem ser aplicados? Afinal, o que é gênero? Gênero difere-se de sexo? Pode o Estado tratar um cidadão de forma diferente da qual ele se identifica?

As estruturas jurídicas ainda não positivaram respostas para questionamentos dessa ordem. Este trabalho se insere nessa lacuna, pretendendo auxiliar na explicitação de conceitos que entendemos melhor coadunar com o contexto constitucional brasileiro, através de uma abordagem interdisciplinar, em consonância com a dignidade da pessoa humana.

³ Pesquisa realizada pelo Transgender Europe's Trans Murder Monitoring (TMM) project. Disponível em < <http://tgeu.org/tmm-idahot-update-2015/> >, acesso em 23/11/2015, as 20h20min.

⁴ Tema 761 de Repercussão Geral, conforme sítio do Supremo Tribunal Federal, <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4192182&numeroProcesso=670422&classeProcesso=RE&numeroTema=761>, acesso em 05/10/2015 as 18h37min.

⁵ Tema 778 de Repercussão Geral, conforme sítio do Supremo Tribunal Federal, < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4657292&numeroProcesso=845779&classeProcesso=RE&numeroTema=778>>, acesso em 05/10/2015 as 18h46min.

1. UM PACTO SEMÂNTICO: SEXO, GÊNERO E IDENTIDADE

Corpos inconclusos, desfeitos e refeitos, arquivos vivos de histórias de exclusão. Corpos que embaralham as fronteiras entre o natural e o artificial, entre o real e o fictício, e que denunciam, implícita ou explicitamente, que as normas de gênero não conseguem um consenso absoluto na vida social (BENTO, 2003, p. 21)

Antes de relatarmos o cenário da transexualidade no Brasil e os casos que serão ventilados em nossa Corte Suprema, precisamos acordar alguns termos que serão utilizados ao longo do artigo: utilizaremos a expressão *transexual feminina*, bem como *artigos femininos* para denotar os indivíduos que se sentem e se identificam como mulheres; *transexual masculino* e *artigos masculinos* para indivíduos que se identificam como homens. Não distinguiremos, como o fazem parte da doutrina, travestilidades de transexualidade. Seguiremos as lições de Berenice Bento, que entende que *afirmar que as mulheres transexuais se diferenciam das travestis porque se sentem mulheres é tomar a categoria mulher como um dado que por si só evoca um conjunto de atributos que pertencem a todas mulheres* (BENTO, 2008:75).

Diferentes estudos sobre gênero e sexualidade iniciaram em 1960 e na década seguinte foram apropriados e expandidos pelas teorias feministas que exploravam os mecanismos da subordinação da mulher, procurando responder, em primeiro lugar, ao questionamento: o que é ser mulher? Era preciso – e ainda é, pois tal indagação ainda não foi superada – identificar as diferenças presentes no binômio feminino/masculino para reivindicar a igualdade de tratamento entre os dois – pauta do movimento feminista liberal, o primeiro identificado historicamente.

Esses aspectos possibilitam discussões plurais a respeito das relações entre sexo, gênero e sexualidade – portanto, discussões sobre identidade. Tais relações *estão diretamente implicadas nas maneiras como se estruturam, não somente as relações erótico-afetivas, mas também as relações de trabalho, as políticas públicas de saúde, educação* (NARDI, 2013: 16). O sistema social perpetua, quanto as questões em pauta, as relações de dominação social, reproduzindo a ideologia do corpo dominante, tanto cultural quanto socialmente. Uma vez dada as diferenças culturais do corpo abjeto em relação ao corpo cis, ignora-se a perspectiva da diferença, na qual ratificam-se desviantes tais como corpos de clausura.

Estruturalmente, as pessoas são identificadas enquanto homem ou mulher a partir de determinados signos inventados para a construção filosófica de um corpo que atenda à condição de habitual ao discurso inteligível de uma existência metafísica. Neste tentativa redutora ao binarismo, símbolos são incorporados enquanto regras dialéticas para cada qual: paixões, impulsos, cargas afetivas em suas diferentes velocidades tidas enquanto determinantes na constituição de um estereótipo de gênero. O corpo torna-se sujeito à adjetivação, pertencente a apenas uma propriedade dual, reduzido ao corpo apropriado.

Para melhor compreensão, sexo é uma definição biológica, construída a partir do órgão sexual que cada pessoa nasce. Gênero é uma definição social que depende da autodeterminação do indivíduo e sua performance social, convém ressaltar a diferenciação entre orientação sexual e gênero: distinguir homossexualidade de transexualidade é uma parte importante do discurso de demarcação de gênero. O que não significa que todo transexual é heterossexual.

Gênero é construção (BUTLER, 2003: 21), é a sinalização exterior de marcadores sociais estéticos - ressaltando a importância complexa do processo de subjetivação de determinados comportamentos; gênero é performance reiterada. Tal performance é socialmente aceita quando apresenta *relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo* (BUTLER, 2003: 38). Ou seja, quando segue estereótipos de gênero e noções de feminino e masculino predominantes.

Identidade pressupõe processos de subjetivação frente a diferença, envolvidos por relações sociais, genealogicamente marcados por práticas linguísticas sujeitas às relações de controle. *Elas [as identidades] não são simplesmente definidas; elas são impostas. Elas não convivem harmonicamente, lado a lado, em um campo sem hierarquias; elas são disputadas* (SILVA, 2009: 81).

Se gênero é construção, é ação reiterada de estereótipos, pode mudar? Pode ser de forma diferente? Pode fugir desse fenômeno de genitalização? Berenice Bento relembra que *as performatividades de gênero que se articulam fora dessa amarração são postas às margens, analisadas como identidades transtornadas, anormais, psicóticas, aberrações da natureza, coisas esquisitas* (BENTO, 2008: 45).

Em resposta ou fuga à uma ação teórica, que busca delimitar os nuances nocivos de uma cultura *trans*, procuramos considerar a complexidade histórica presente nos corpos em questão, e assim compreender os processos de fixação da

identidade, bem como os processos que impedem tal fixação (SILVA, 2009: 84). Diferentes práticas foram-se criando em torno do assunto, emergindo a possibilidade de um discurso desviante, tal como na teoria *queer*, que supera as diferenciações entre sexo e gênero, ou corpo e cultura, natureza e cultura. *Se o gênero são significados culturais assumidos pelo corpo sexuado, não se pode dizer que ele decorra, de um sexo desta ou daquela maneira* (BUTLER, 2003: 24).

A transexualidade é a materialização dessa possibilidade de construção alternativa de gênero, eis que o sexo designado no nascimento – a genitália do indivíduo – se apresenta como obstáculo para o corpo desejado. Berenice Bento sugere que *a transexualidade é uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito de normas de gênero* (BENTO, 2008: 18). A autora continua:

A experiência transexual destaca os gestos que dão visibilidade e estabilidade aos gêneros e estabelece negociações interpretadas, na prática, sobre o masculino e feminino. Ao mesmo tempo quebra a causalidade entre sexo/gênero/desejo e desnuda os limites de um sistema binário assentado no corpo-sexuado (o corpo-homem e o corpo-mulher) (BENTO, 2008: 21).

Nesse processo significativo de desnudar o sistema binário, não mais encontramos o que significa ser diagnosticado com transtorno de identidade de gênero, porém uma desorganização enquanto potência para, uma emergente despatologização do corpo e do sistema de símbolos que o mutam. Essa normalização⁶ do cisgênero⁷ – naturalização do indivíduo que se identifica com o gênero que lhe foi atribuído ao nascimento – fundamenta-se em um sistema cissexista, que impõe o corpo abjeto tal como identidade passível ao diagnóstico.

Berenice Bento descreve que *receber o diagnóstico de transtorno de identidade de gênero – TIG – é ser, de certa maneira, considerado doente, errado, disfuncional, anormal e sofrer uma certa estigmatização em consequência do diagnóstico* (BUTLER, 2009: 95). Sujeitar a experiência transexual enquanto patologia remete a afirmações excludentes, nas quais os processos de constituição do corpo não compõe certa singularidade, inviabilizando sua articulação aos tentames e vivências.

⁶ Para Tomaz Tadeu da Silva: *Normalizar significa eleger – arbitrariamente – uma identidade específica como o parâmetro em relação ao qual as outras identidades são avaliadas e hierarquizadas.* (SILVA, 2009: 83)

⁷ O cisgênero é o binário do transgênero, são criados em conjunto. Só há transgênero se for possível distinguí-lo de algo – o indivíduo que se identifica com o sexo que lhe foi atribuído ao nascer. O cisgênero é a criação linguística que identifica o transgênero através da diferenciação.

A opressão aparece cruelmente na linguagem, no sufixo *ismo* de *transexualismo*, sufixo utilizado para designar doença, conduta perversa. A Teoria *queer* nasce a partir dessa concepção do errado, do *ismo*, da perversidade, com um discurso desse *estranho*⁸, que assume essa diferença marginalizada e não procura normatizá-la, não busca seu retorno ao centro, ao aceito. Recusa-se a ser corrigido, adequado. Esse empoderamento a partir do insulto, essa apropriação do *estranho*, constrói uma concepção pós-identitária (BENTO, 2008: 54).

Ann Ferguson, ao dialogar com tal perspectiva, descreve o indivíduo como uma consciência complexa que se constrói, mas que sempre é moldada por um corpo. Nasce-se em um corpo e durante o processo de experiência corporal, identificação e coerência interna, identifica-se psiquicamente com uma ou mais imagens corporais. Dentro desse processo de corporalidade e psicologização, Ferguson (1996:113) defende que para além da performance presente no gênero, um processo de criação o envolve. Ainda, é na experiência da infância, na qual a criança pode se identificar com as expressões binárias de gênero (masculino/feminino) que o aprendizado se dá frente à repressão de identificações corporais psíquicas referentes ao sexo oposto ao seu.

No efeito do múltiplo, a transexualidade se faz na expressão de um corpo que recusa a delimitação imposta, desorganizando-se em uma constituição binária para que sua individuação se construa desviante. Constrói sua subjetividade – o seu *eu* –, identificando-se com o corpo e a conduta atribuídos ao sexo oposto ao pertencente do nascimento, ainda que essa oposição não seja uma aceitação de essência irreduzível, porém de fragmentos de um processo emergente de constituição para com este corpo híbrido.

O fato de que a patologização do corpo está enquanto consenso, resigna-o a um abjeto em busca de cura, marcado por disfunções biológicas e psicoafetivas. Entretanto, a atual politização do gênero reivindica novas formas de agir com os padrões empíricos dessa opressão que tenta catalogá-lo.

2. TRANSEXUALIDADE E POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

⁸ Tradução para o português do substantivo *queer*.

A experiência na construção de um corpo expressa a formulação de uma existência singular. Nesse modo de expressão em meio a uma realidade sensível, todo corpo é circunscrito em contrapartida à exclusão de algo. E é neste algo que o consenso opera, considerando que a arte presente no corpo-híbrido não é tida enquanto concepção original, porém como construção destoante de um determinismo biológico, e por isso inválida. Tais corpos manifestam a ausência de modos além binários.

A partir daí, a introdução de políticas públicas ao debate torna-se imprescindível, posto que constituem o espectro que justapõe o conhecimento científico às produções empíricas do Estado, ressaltando determinados grupos de atores sociais, enquanto questões públicas. Para tanto, faz-se necessário a definição do papel do Estado para com as demandas emergentes do mundo moderno, uma vez que estas políticas redirecionam o coletivo em detrimento do interesse de determinados grupos para que dada demanda social venha a ser atendida em uma perspectiva de governo democrático, ora não mais marcado em razão de coletivo sobrepondo o particular, porém enquanto reconhecimento de novos processos de subjetivação.

Os primeiros trabalhos acerca da transexualidade foram publicados em 1950 e multiplicaram-se nas décadas subsequentes. Em 1973, a transexualidade passou a ser considerada disforia de gênero, entendimento que permanece até hoje. Em 1980, o *transexualismo* foi incluído no DSM como distúrbio de identidade de gênero. Em 1994, o termo foi substituído por Transtorno de Identidade de Gênero.

A partir de 1990, a temática transexual ganhou maior visibilidade nas pesquisas brasileiras nas obras de Hélio Silva, Don Kulick e Marcos Benedetti. Com o tempo, a pauta transexual foi ampliada a partir da politização do grupo. O indivíduo politizado *passa a perceber que enquanto as normas de gênero não forem questionadas, os discursos hegemônicos localizados nas instituições continuarão seu trabalho de produção de seres abjetos* (BENTO, 2008: 78).

A partir de 1997, o Conselho Federal de Medicina autorizou e regulou as cirurgias de redesignação sexual, as quais são realizadas apenas por hospitais universitários públicos. Até 2013, havia uma cisão na comunidade *trans* acerca da despatologização da transexualidade – entre aqueles que acreditam na importância e necessidade do CID-10 para garantia da cirurgia de redesignação pelo Sistema Único de Saúde e outros que se opõem, defendendo sua capacidade de

autodeterminação de gênero. Um debate entre legitimação jurídica pra assistência médica e a noção de autonomia. Em 2013, o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM 5) retirou a patologia de *disforia de gênero* de seu catálogo.

Em 2001, foi criado o Conselho Nacional de Combate à Discriminação, que fomentou a criação de políticas públicas para promoção de cidadania e direitos humanos, com o apoio do movimento LGBT, superando o monopólio da pauta da prevenção de HIV/AIDS identificado desde 1980. Em 2003, foi criado o Disque 100, serviço de atendimento de situações de violação de direitos humanos e discriminação.

Em 2006, o Ministério da Saúde adicionou na Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde uso do nome social em todos os âmbitos do SUS. Em 2014, foi aprovada a possibilidade de transexuais utilizarem seu nome social como identificação formal no Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM. Naquele ano, foram 102 inscritos que requereram tal identificação, já em 2015, foram 278 – um aumento de 172% em apenas um ano⁹.

Na esfera judicial, percebemos o ativismo de vanguarda do Tribunal de Justiça de São Paulo, que tem avançado na legitimação da transexualidade. No ano de 2015, garantiu a uma adolescente transexual que cumpre medida socioeducativa na Fundação Casa o direito de ser transferida para uma unidade feminina da instituição. Ainda, a 9ª Câmara Criminal determinou que medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha sejam aplicadas em favor de uma transexual ameaçada pelo ex-companheiro¹⁰.

O Superior Tribunal de Justiça julgou três casos acerca do tema¹¹, nos quais autorizou a alteração do sexo e do pronome na Certidão de Nascimento. Há ainda uma Ação Direta de Inconstitucionalidade tramitando no Supremo Tribunal Federal questionando o Art. 58, da Lei nº 6015, de 1973, na redação que lhe foi conferida pela Lei nº 9708, de 1998¹², defendendo a legitimidade do Nome Social.

⁹Conforme < <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/10/uso-do-nome-social-no-enem-por-transexuais-cresce-172> > acesso em 10/11/2015, as 15h37min.

¹⁰Processo n. 2097361-61.2015.8.26.0000Relator(a): Ely Amioka; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 08/10/2015; Data de registro: 16/10/2015.

¹¹ RE 678933/RS, RE 737993/MG e RE 1008398/SP.

¹² Art. 058 - O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

A discussão acerca do tratamento jurídico da transexualidade é por demais tímida na sociedade brasileira ainda. A visibilidade das representantes deste debate é obscurecida pelas bancadas conservadoras de direita no Congresso. Ocorre que a proteção e a legitimidade das transexuais não se trata de debate entre ideologias de esquerda e direita: é um pleito sobre dignidade e igualdade material de tratamento e reconhecimento. Toneli e Amaral acrescentam:

Além disso, o preconceito e a violência contra a identidade de gênero dessa população têm ao longo dos anos legitimado práticas transfóbicas de violência e de exclusão incidindo particularmente sobre o corpo das travestis e transexuais e sobre as possibilidades de acesso delas ao mercado de trabalho formal e à qualificação escolar e profissional (TONELLI, 2013: 34).

Retratado o cenário institucional de recepção aos transexuais no Brasil, é preciso salientar que tais demandas governamentais são associadas a estigmas de marginalização – de prevenção às drogas, DST's, HIV/AIDS e criminalidade (NARDI, 2013: 38). Não há políticas públicas específicas para a comunidade transexual no que tange ao seu desenvolvimento e acesso ao mercado de trabalho ou à educação.

É preciso também interpretar sistematicamente o fundamento do Estado brasileiro da dignidade com seu primeiro objetivo, o desenvolvimento social. Desenvolvimento este traduzido como liberdade, seguindo Amartya Sen¹³. O Direito insere-se no papel de proteção dessas liberdades.

3. DISCRIMINAÇÃO NO REGISTRO CIVIL E BANHEIROS PÚBLICOS EM REPERCUSSÃO GERAL

A necessidade da realização de cirurgia de redesignação do sexo feminino para o sexo masculino para o deferimento de alteração de nome no Registro Civil de Pessoas Naturais é a pauta do Recurso Extraordinário n. 670.422/RS. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento a apelação da parte autora, optando pelo entendimento de que os princípios da publicidade e da veracidade deveriam *corresponder à realidade fenomênica do mundo, sobretudo para resguardo de*

¹³ Amartya Sen apresenta a possibilidade de análise da liberdade sob a perspectiva instrumental, dividindo-a em política, econômica, oportunidades sociais, garantias de transparência e em segurança protetora. Nesse escopo, o papel das políticas públicas seria o de aumentar tais liberdades, que, à medida em que inter-relacionadas, funcionam como promoção de liberdades substantivas em geral. (SEN, 2010: 25).

*direitos e interesses de terceiros*¹⁴. Ou seja, o Tribunal entendeu como *realidade* o *órgão sexual* da parte apelante e ainda defendeu a inclusão do termo transexual no documento de registro.

Em 2014, o STF, por maioria – vencido o ministro Teori Zavascki, reconheceu a existência de repercussão geral. Nas razões da decisão, o Ministro Dias Toffoli defendeu a repercussão da decisão para todos os transexuais que desejam *adequar sua identidade de sexo à sua identidade de gênero*¹⁵, ventilando os princípios da personalidade, dignidade da pessoa humana, intimidade e saúde e publicidade e veracidade dos registros públicos.

Já em 2015, um novo caso chegou à apreciação da Corte Suprema. O caso se refere a suposto ato discriminatório ocorrido em *shopping center* (recorrido) em que uma transexual feminina adentrou no banheiro feminino e teve sua presença barrada por funcionários do local, que alegaram que a sua presença seria constrangedora para as outras mulheres presentes. Impedida de usar o banheiro e estando por demais nervosa, acabou por aliviar-se em suas vestes diante das pessoas que transitavam por ali.

A autora pleiteou dano moral, o qual em primeira instância foi acolhido e conferida indenização no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Já o Tribunal de Justiça de Santa Catarina deu provimento à apelação da ré, eis que identificou um mero dissabor da autora na situação narrada. Importante notar que o acórdão reconhece a autora como transexual feminina, porém se refere no relatório e razões à autora como sujeito masculino, utilizando seu nome de registro civil e artigos masculinos.

O Tribunal ainda negou o seguimento do Recurso Extraordinário, sob o entendimento de que discutiria questões fático-probatórias, porém este teve seu cabimento e repercussão geral¹⁶ reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal por maioria – vencidos os ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki.

O Recurso Extraordinário tem como fundamentos legais o art. 102, III, a da Constituição e alega a violação aos artigos 1º, III, 5º, V, X, XXXII, LIV e 93, da Constituição. Ou seja, fundamenta-se na violação da dignidade da pessoa humana,

¹⁴ Conforme ementa do acórdão da AC 70041776642, do TJRS.

¹⁵ RE 670422 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 11/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 20-11-2014 PUBLIC 21-11-2014.

¹⁶ RE 845779 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 13/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2015 PUBLIC 10-03-2015

do direito a indenização por dano moral, defesa do consumidor, e no devido processo legal.

A decisão que reconheceu a repercussão geral do recurso de pronto afastou a aplicação da Súmula 279 para o caso, tendo em vista que o fato do impedimento de entrada no banheiro feminino por funcionário da ré é incontroverso, ou seja, a autora não deseja rediscutir matéria com necessidade fático-probatória, apenas discutir seu mérito, qual seja, o vexatório e discriminatório.

O julgamento deste caso iniciou no dia 19/11/2015, com as sustentações orais da procuradora da agravante, dos representantes da *Amici Curiae*, da vice-procuradora geral da República, do voto do relator Min. Barroso, prosseguido pelo voto do Min. Fachin e debates no plenário. O voto do Relator foi pelo provimento do Recurso Extraordinário, resgatando os termos da sentença de primeiro grau. Suas razões serão analisadas nos itens ulteriores. O Ministro Luiz Edson Fachin foi acompanhando o relator pelo provimento do recurso extraordinário, bem como majorando a indenização de R\$ 15.000,00 para R\$ 50.000,00. Ao final, o Ministro Luiz Fux pediu vista dos autos.

4. DESAFIOS E PROVOCAÇÕES AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A sociedade brasileira ainda não debateu com fôlego o tema da identidade de gênero. Essa ausência de debate, de representatividade da realidade transexual, é causa e consequência de sua invisibilidade, na medida em que o direito se apresenta como estrutura e instrumento de planejamento social (LUHMANN, 1985).

Daí a essencialidade da apreciação do tema pela Corte Suprema do país: repercutir a necessidade do tratamento digno e não discriminatório ao cidadão brasileiro que, dentre tantos outros marcadores, identifica-se como transexual; ecoando e condenando essa realidade de marginalização que viabiliza a violação dos direitos fundamentais dessa minoria.

No momento dos julgamentos, o Plenário do STF encontrará inúmeros desafios: alguns gerais, no plano do discurso, e outros específicos, naturais da apreciação de casos difíceis.

No plano discursivo, nossa preocupação está no tratamento digno as transexuais durante os julgamentos, nas sustentações orais e votos. É preciso atentar para pronomes de tratamento, utilização correta e precisa de conceitos como

gênero, identidade e sexo. É preciso reconhecer e respeitar os sujeitos aos quais as decisões terão eficácia.

Utilizar artigos masculinos para se referir à recorrente é negá-la em seu discurso; é negá-la materialmente, ainda que se defenda posteriormente a defesa de seu direito. A igualdade precisa ultrapassar a dimensão formal e se materializar na atitude de cada ministro do pleno.

Os debates travados na sessão de julgamento do dia 19/11/2015 materializaram a importância dos questionamentos e críticas traçados neste trabalho.

O Superior Tribunal Federal deverá responder perguntas como: i) quem são os indivíduos transexuais, titulares dos direitos pleiteados em Repercussão Geral? Todos os indivíduos que se apresentarem como transexuais serão contemplados? ii) pode o Estado tratar um cidadão de forma diferente da qual ele se identifica?

Se os ministros entenderem por superar a exigência de cirurgia para retificação de pronome na certidão de nascimento, como entenderão a performance social do gênero feminino e do gênero masculino? Eis um problema gerado pelo estruturalismo de gênero e a pela exclusão resultante da normatividade. É possível permitir a alteração do nome com a inclusão do termo transexual na certidão, conforme entendimento do TJRS?

Seria possível exigir critérios de aferição de transexualidade para entrada no banheiro feminino como mudança de nome e cirurgia? Seria possível criar um terceiro banheiro exclusivo para transexuais?

A Corte Suprema possui vários exemplos alienígenas para se inspirar. Em abril de 2015, Malta foi o primeiro país europeu que aprovou a inclusão da identidade de gênero como garantia protegida pela Constituição. O Parlamento ainda introduziu a igualdade de direitos entre uniões civis de casais homossexuais e casais casados civilmente. Transgêneros que contestaram seu gênero registrado legalmente podem casar depois dessas alterações constitucionais. A Suprema Corte italiana, em julho de 2015, decidiu que a cirurgia de redesignação sexual não é necessária para alteração do nome e gênero no registro civil. É possível se amparar ainda nos preceitos positivados nas legislações de identidade de gênero de Portugal, Inglaterra, Malta e Argentina.

A realidade brasileira de violência e preconceito enseja a aplicação de medidas protetivas à minoria transexual, que se coloca em risco ao adentrar num

banheiro designado para gênero oposto ao seu, bem como ao se apresentar com nome diverso do gênero com o qual se identifica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção discursiva em torno do corpo pressupõe uma subordinação política e filosófica acerca de estruturas. As associações culturais de mente-corpo elaboram um paradoxo, ora pois quem seria o ídolo de tal relação. Nesse sentido, tanto para instauração quanto para a perpetuação, um algo simbólico prevê antíteses e oposições para a delimitação já marcada.

A oposição enraíza uma simples perspectiva binária de que não há possibilidades desviantes. Não há corpo desviante, tampouco direito ou lugares desviantes em uma realidade redutora na possibilidade de ascensão a novos signos. Contudo, atender às novas demandas sociais tais como as supracitadas - das quais se exigem maior atenção das questões de políticas públicas -, implica uma ruptura com inúmeras interpretações estabelecidas. O nome civil é o primeiro passo para reconhecimento num ordenamento, um passo parao transexual não se tornar objeto, mas *titular* de direitos e garantias.

A divisão de espaços públicos e privados por gênero, como banheiros, não é uma norma constitucional, um direito, ou uma garantia de ninguém. Essa prática advém do costume, é um fato social que hoje é incluído em pauta de discussão, eis que está excluindo ativamente um grupo que não é devidamente respeitado socialmente. Essa discussão que não somente estigmatiza um corpo, mas reifica enquanto elemento abjeto, pressupõe um novo discurso, não mais pautado somente na tenuida presente entre privado e público para tal espaço, porém como a emergência de uma nova conceitualidade desviante, tal como nos possibilitou pensar Derrida (1990): uma aporia para o banheiro. Considerá-lo não enquanto espaço consolidado, mas um não-caminho para desorganizar o dado, um desvio no experimentar o desejo, a exigência e as próprias estruturas presentes.

Partindo da percepção da posituação no Direito como decisão (no presente) acerca de como deve ser o futuro, a multiplicidade de possibilidades futuras depende unicamente das estruturas de expectativas atuais (LUHMANN, 1985).

O critério de universalidade, ventilado pelos casos em repercussão geral, é harmônico à diferença, não afasta a polivalência cultural, visa a comunicação em

sociedade, permitindo que todos os cidadãos *prossigam por caminhos diferentes* (BAUMAN, 2000: 204).

O paradigma moderno de igualdade acaba por invisibilizar as singularidades de cada ser humano (BITTAR, 2015). O Supremo Tribunal Federal possui duas oportunidades para visualizar e decidir novos horizontes para a realidade transexual e superar as estruturas sociais de patologização e intolerância percebidas no presente.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da Política**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BENTO, Berenice. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. Diálogo, Consciência Cosmopolita e Direitos Humanos: Os Rumos e Limites das Lutas Identitárias no Mundo Contemporâneo. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 7, nº 22, p. 98-123, Jan./Mar. 2013.

BITTAR, Eduardo C. B. Recognition and the Right to Difference: Critical Theory, Diversity and the Human Rights Culture. *In*: OLIVEIRA, Nythamar [et. al] (Orgs.). **Justice and Recognition: On Axel Honneth and Critical Theory**. Porto Alegre: PUCRS, 2015.

BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o gênero. Tradução André Rios; Revisão Técnica Márcia Arán. **Physis Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, 19 [1] : 95-126, 2009.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

DERRIDA, J. Force de loi: le 'fondement mystique de l'autorité'. Deconstruction and the Possibility of Justice. **Cardozo Law Review**, v. 11, n. 5-6:919-1046, 1990.

FERGUSON, Ann. Can I Choose Who I Am? And How Would That Empower Me? Gender, Race, Identities and the Self. *In*: GARRY, Ann; PEARSALL, Marilyn. **Women, Knowledge and Reality: Explorations in Feminist Philosophy**. 2. ed. New York: Routledge, 1996.

FERNANDES, Idília. O lugar da identidade e das diferenças nas relações sociais. **Revista Virtual Textos & Contextos**. n. 6, ano V, dez. 2006.

FOUCAULT, Michael. **História da Sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Maria Theresa da Costa Albuquerque e J. A Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988.

GUARANHA, Camila; LOMANDO, Eduardo. “Senhora, essa Identidade não é sua!”: Reflexões sobre a transnomeação. *In*: NARDI, Henrique C.; SILVEIRA, Raquel da Silva; MACHADO, Paula Sandrine (Orgs.). **Diversidade sexual, relações de gênero e políticas públicas**. Porto Alegre : Sulina, 2013.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf> >. Acesso em 28/10/2015 as 20h.

NARDI, Henrique Caetano. Relações de gênero e diversidade sexual: compreendendo o contexto sociopolítico contemporâneo. *In*: _____; SILVEIRA, Raquel da Silva; MACHADO, Paula Sandrine (Orgs.). **Diversidade sexual, relações de gênero e políticas públicas**. Porto Alegre : Sulina, 2013.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo W. **Curso de direito constitucional**. _____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão Técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Tomaz Tadeu da. **Identidade e diferença : a perspectiva dos estudos culturais**. Stuart Hall, Kathryn Woodward. 9. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009,

TONELI, Maria Juracy Figueiras; AMARAL, Marília dos Santos. Sobre Travestilidades e Políticas Públicas: Como se Produzem os Sujeitos em Vulnerabilidade. *In*: NARDI, Henrique C [et. al] (Orgs.). **Diversidade sexual, relações de gênero e políticas públicas**. Porto Alegre : Sulina, 2013.