A NECESSIDADE DE REPENSAR O PARADIGMA BINÁRIO DE GÊNERO

Monalisa Moraes Oliveira Reis[1]

RESUMO: A transexualidade é a constatação de que gênero não está necessariamente diretamente relacionado ao sexo morfológico e, no atual momento de evolução do tema, gênero não é compreendido apenas como masculino e feminino. O objetivo deste artigo, portanto, é apontar a necessidade de repensar o paradigma binário de gênero. Para isso, se partirá dos estudos feministas e "queer" para demonstrar que gênero é uma construção cultural desvinculado do sexo biológico e que a heteronormatividade é imposta em desrespeito a minorias que nela não se encaixam. Além disso, com a apresentação de casos estrangeiros e de medidas que alguns países já vêm tomando para o maior reconhecimento das pessoas trans, e amparado em declarações internacionais sobre direitos humanos que afirmam serem os direitos fundamentais assegurados a todos os seres humanos independente da identidade de gênero, será possível demonstrar a necessidade de superar esse binarismo para que não se legitime a marginalização, discriminação e a violação da dignidade humana dessas pessoas, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito, como é o Brasil.

Palavras-chave: Transexualidade. Diversidade de Gênero. Estado Democrático de Direito. Direitos Fundamentais.

RESUMEN: La transexualidad es el hallazgo de que el género no está necesariamente relacionado directamente con el sexo morfológico y, en el momento actual de la evolución del tema, el género se entiende no solo como masculino y femenino. El objetivo de este artículo, por lo tanto, es señalar la necesidad de repensar el paradigma de género binario. Para hacerlo, comenzaremos con estudios feministas y queer para demostrar que el género es una construcción cultural no relacionada con el sexo biológico y que se impone la heteronormatividad en la falta de respeto de las minorías que no encajan en ella. Además, con la presentación de casos extranjeros y las medidas que algunos países ya han tomado para un mayor reconocimiento de las personas trans, y apoyadas por declaraciones internacionales sobre derechos humanos, afirman que los derechos fundamentales están garantizados para todos los seres humanos, independientemente de la identidad de En cuanto al género, será posible demostrar la necesidad de superar este binarismo para que la marginación, la discriminación y la violación de la dignidad humana de estas personas no estén legitimadas, lo cual es inadmisible en un estado de derecho democrático, como Brasil.

Palabras-clave: Transexualidad. Diversidad de género. Estado Democratico de derecho. Derechos Fundamentales.

[1] Mestranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: monalisa_reis@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O tema “gênero” vem ganhando mais repercussão nos últimos tempos devida, especialmente, à maior visibilidade que as pessoas transgêneras estão tendo, mostrando que é uma realidade mais comum e mais próxima de nós do que podíamos imaginar.

A existência de pessoas que não se identificam com os gêneros masculino e feminino, ou que se identificam simultaneamente com ambos os gêneros, ou ainda de outras formas que podem vir a surgir, demonstra que a classificação binária de gênero vem se mostrando falha, ou ao menos ineficaz, para essas pessoas.

O Direito, por sua vez, não pode se manter inerte à esta realidade. Sua função é atender aos anseios da sociedade, amparar e resguardar os direitos de todos igualmente, sem qualquer tipo de discriminação, principalmente num Estado Democrático de Direito.

Assim, num primeiro momento, serão apresentados fundamentos feministas e do movimento “queer” para a compreensão de gênero enquanto construção cultural, em que se verificará a desvinculação com o sexo biológico, e que a imposição de uma heterormatividade nega o direito das pessoas de poderem ser diferentes.

Posteriormente, será apresentada a definição de “transexualidade” e os diferentes tipos de gêneros já existentes na sociedade, reconhecidos inclusive pela Comissão de Direitos Humanos de Nova Iorque.

E, em seguida, será feita uma análise jurídica dos direitos humanos fundamentais afirmados independente da identidade de gênero, em declarações internacionais e recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro, para, por fim, com a visualização de casos estrangeiros, demonstrar a necessidade de repensar o paradigma binário de gênero, uma vez que sua permanência legitima a exclusão, discriminação e a violação da dignidade humana de pessoas, ainda que minorias, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito, como é o Brasil.

2 COMPREENSÃO DE GÊNERO ENQUANTO CONSTRUÇÃO CULTURAL SOB OS FUNDAMENTOS FEMINISTAS E QUEER

Meados do século XX, num período em que as mulheres, subordinadas à dominação patriarcal, eram culturalmente mal ou sequer nem eram representadas, o

movimento feminista, sob uma teoria que presumia existir uma identidade única que definia a categoria das mulheres, defendia a necessidade de uma linguagem capaz de promover maior visibilidade e representação política das mulheres, tanto no sentido operacional (no seio de um processo político), de legitimá-las enquanto sujeitos políticos, quanto no sentido normativo da linguagem, de tecer esclarecimentos sobre essa categoria. (BUTLER, 2013).

Contudo, o próprio discurso feminista e, conseqüentemente, a estimada representação política, passaram a ser questionados no momento em que a compreensão do sujeito "mulher" não se apresentava mais estável, ou permanente, uma vez que o termo "mulher" não se esgota no conjunto de características predefinidas do gênero. Isso porque "gênero" passa a ser entendido e constituído através de um discurso que varia culturalmente, temporalmente, socialmente e historicamente. (BUTLER, 2013; CHIAROTTI, 2006). Explica Judith Butler:

> Se alguém "é" uma mulher, isso certamente não é tudo o que esse alguém é; o termo não logra ser exaustivo, não porque os traços predefinidos de gênero da "pessoa" transcendem a parafernália específica de seu gênero, mas porque o gênero nem sempre se constituiu de maneira coerente ou consistente nos diferentes contextos históricos, e porque o gênero estabelece interseções com modalidades raciais, classistas, étnicas, sexuais e regionais de identidades discursivamente constituídas. Resulta que se tornou impossível separar a noção de "gênero" das interseções políticas e culturais em que invariavelmente ela é produzida e mantida. (BUTLER, 2013, p. 20).

O que se percebeu, então, é que a noção binária masculino/feminino que constitui uma estrutura de reconhecimento exclusivo do que é "homem" e "mulher", não é conjugado com as demais modalidades que constituem a identidade, tais como classe, raça, etnia, sexo, região, etc., tornando equivocada a noção de identidade.

Essa crítica radical em relação à necessidade de construir um sujeito do feminismo único e permanente marcou o que muitos chamaram de período "pós-feminista", em que se almejou um novo tipo de política feminista que contestasse os conceitos unos que se tinha de gênero e identidade, isto é, a matriz heterossexual que reconhece apenas os gêneros masculino e feminino (BUTLER, 2013), buscando "a construção variável da identidade como um pré-requisito metodológico e normativo, senão como um objetivo político." (BUTLER, 2013, p. 23).

Foi, portanto, dentro do movimento feminista, perante essa necessidade de superar a ideia do sujeito enquanto unidade correspondente ao seu gênero devido à concepção aparente de ser o sexo binário, fixo e inquestionável, em termos biológicos, é que se iniciaram as discussões sobre a distinção entre sexo e gênero, partindo da tese de que gênero era uma construção cultural que possui interpretação múltipla e independente do sexo. Nota-se:

> Se o gênero são os significados culturais assumidos pelo corpo sexuado, não se pode dizer que ele decorra, de um sexo desta ou daquela maneira. Levada a seu limite lógico, a distinção sexo/gênero sugere uma descontinuidade radical entre corpos sexuados e gêneros culturalmente construídos. Supondo por um momento a estabilidade do sexo binário, não decorrente daí que a construção de "homens" aplique-se exclusivamente a corpos masculinos, ou que o termo "mulheres" interprete somente corpos femininos. Além disso, **mesmo que os sexos pareçam não problematicamente binários em sua morfologia e constituição** (ao que será questionado), **não há razão para supor que os gêneros também devam permanecer em número de dois**. A hipótese de um sistema binário dos gêneros encerra implicitamente a crença numa relação mimética entre gênero e sexo, na qual o gênero reflete o sexo ou é por ele restrito. Quando o *status* construído do gênero é teorizado como radicalmente independente do sexo, o próprio gênero se torna um artifício flutuante, com a conseqüência de que *homem* e *masculino* podem, com igual facilidade, significar tanto um corpo feminino como um masculino, e *mulher* e *feminino*, tanto um corpo masculino como um feminino. (BUTLER, 2013, p. 24-25). (grifo nosso).

Daí a frase de Simone de Beauvoir: "não se nasce mulher, torna-se mulher". A cultura constrói/estabelece forçosamente os seres mulher e homem, mas sem a garantia de que ser mulher seja necessariamente fêmea e ser homem seja necessariamente macho. O que leva a crer que estabelecer a dualidade do sexo num domínio pré-discursivo é a forma de impor compulsoriamente a estrutura binária de gênero e mantê-la estável e assegurada. (BUTTLER, 2013; LOURO, 2004).

Em paralelo ao movimento feminista, ocorria também, por volta dos anos 60, o movimento homossexual na luta pela desvinculação da sexualidade à reprodução e pelo rompimento da heterossexualidade compulsória, buscando uma maior aceitação e respeito às outras formas de relacionamento e prazer. Era um movimento em defesa da homossexualidade propriamente dita. Era a luta de homens e mulheres que desejavam ter o direito de sentir atração sexual por pessoas do mesmo sexo. (MISKOLCI, 2012; LOURO, 2004).

Diferente foi nos anos 80, com o surto da AIDS, quando um novo movimento social denominado *"Queer"* se instaurou contra a heteronormatividade - normas

regulatórias e convenções de gênero -. Esse movimento surgiu como crítica aos regimes de normalização que ditam e impõem o que é ser sujeito normal, e em prol do reconhecimento das diferenças (LOURO, 2004), do direto de ser diferente. Sobre essa expressão "*queer*", esclarece Guacira Lopes Louro:

> Queer é tudo isso: é estranho, raro, esquisito. Queer é, também, o sujeito da sexualidade desviante – homossexuais, bissexuais, transsexuais, travestis, *drags*. É o excêntrico que não deseja ser "integrado" e muito menos "tolerado". Queer é um jeito de pensar e de ser que não aspira o centro nem o quer como referência; um jeito de pensar e de ser que desafia as normas regulatórias da sociedade, que assume o desconforto da ambigüidade, do "entre lugares", do indecidível. Queer é um corpo estranho, que incomoda, perturba, provoca e fascina. (LOURO, 2004, p. 7-8).

Essa causa simbolizava a luta pelo direito de não se enquadrar ao padrão hetero de normas criadas culturalmente[2] e pelo reconhecimento, inclusive, de outros tipos de gêneros e esteriótipos:

> [...] "o queer é uma nova política de gênero. Alguns tendem a ver essa realidade nos movimentos na entrada progressiva de travestis, transexuais, não brancos, todos os outros que antes não eram vistos como suficientemente dignos de participar da luta". [...] a luta é por desconstruir as normas e as convenções culturais que nos constituem como sujeitos. (MISKOLCI, 2012, p. 27).

A Teoria Queer, na verdade, é uma vertente do feminismo, pois também trata o gênero como decorrente da cultura que varia de acordo com cada sociedade e época. Logo, essa teoria "tem um duplo efeito: ela vem enriquecer os estudos gays e lésbicos com sua perspectiva feminista que lida com o conceito de gênero, e também sofistica o feminismo, ampliando seu alcance para além das mulheres." (MISKOLCI, 2012, p. 31).

3 OS DIVERSOS TIPOS DE GÊNEROS

[2] Válido conceituar três termos muito freqüentes em estudos de gênero que podem se confundir, quais sejam: *heterossexismo, heterossexualidade compulsória* e *heteronormatividade.* "Heterossexismo é a pressuposição de que todos são, ou deveriam ser, heterossexuais. Um exemplo de heterossexismo está nos materiais didáticos que mostram apenas casais formados por um homem e uma mulher. A heterossexualidade compulsória é a imposição como modelo dessas relações amorosas ou sexuais entre pessoas do sexo oposto. Ela se expressa, freqüentemente, de forma indireta, por exemplo, por meio da disseminação escolar, mas também midiática, apenas de imagens de casais heterossexuais. Isso relega à invisibilidade os casais formados por dois homens e duas mulheres. A heteronormatividade é a ordem sexual do presente, fundada no modelo heterossexual, familiar e reprodutivo. Ela se impõe por meio de violências simbólicas e físicas dirigidas principalmente a quem rompe normas de gênero". (MISKOLCI, 2012, p. 43-44).

Esse entendimento de que gênero é uma construção social que deve ser compreendido desvinculado do corpo sexuado, vem se tornando cada vez mais evidente nas sociedades contemporâneas quando passou a se falar mais abertamente sobre a transexualidade.

"Transexualidade" refere-se à condição do indivíduo que nasce com uma "dicotomia físico-psíquica, possuindo um sexo físico distinto de sua conformação sexual psicológica" (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 213), não se adequando à regra social simétrica de sexo-gênero masculino e feminino.

Assim, pessoas transexuais, relacionadas também como transgêneras, são aquelas que têm o sexo psicológico, isto é, o gênero com o qual elas se identificam, não coincidente com o sexo biológico/morfológico com o qual elas nasceram, e que buscam, geralmente, realizar a transição de gênero, passando do feminino para o masculino, ou vice-versa. Usualmente designados *"trans female-to-male"*, e *"trans male-to-female"*, em inglês.

Diferem-se, portanto, das pessoas cisgênero, as quais possuem o gênero correspondente ao sexo biológico. E não se confundem com os assexuais[3], homossexuais[4], bissexuais[5], intersexuais[6] (coloquialmente chamados de hermafroditas) e travestis[7], embora as pessoas transgêneras junto a estes últimos quatro integram a classe LGBTI.

---

[3] Assexual é a pessoa que não experiencia atração sexual. Essa é a definição mais utilizada entre as comunidades assexuais, que foi criada pela AVEN - Asexual Visibility and Education Network (Rede de Educação e Visibilidade Assexual). Embora haja alguns desdobramentos/classificações dos assexuais, essa é a definição principal. (CAPELL, 2016).

[4] Homossexual é aquele que tem atração por pessoa do mesmo sexo. Logo, tem a ver com a orientação sexual, isto é, o desejo de se relacionar sexualmente da pessoa é dirigido às pessoas do mesmo sexo que o dela. (FIGUEIREDO; FIGUEIREDO, 2015).

[5] Bissexual é aquela pessoa que tem a atração/desejo sexual direcionado tanto às pessoas do mesmo sexo, quanto do sexo oposto. (FIGUEIREDO; FIGUEIREDO, 2015).

[6] Intersexualidade é a "anomalia do desenvolvimento sexual" (ADS), ou também chamado de "distúrbio de diferenciação sexual" (DDS), e é classificada em 4 grupos: a) pseudo-hermafroditismo feminino (o sexo cromossômico é 46XX, o indivíduo possui ovário, mas a genitália externa é ambígua); b) pseudo-hermafroditismo masculino (o sexo cromossômico é 46XY, o indivíduo possui testículos, mas a genitália externa é feminina ou ambígua); c) disgenesia gonadal mista (o indivíduo possui gônadas constituídas apenas por tecido fibroso, sem função hormonal nem capacidade de produção de gametas, e sem estruturas que permitam caracterizá-las como ovários ou testículos); d) hermafroditismo verdadeiro (pessoas que possuem tanto tecido ovariano quanto testicular, em geral associada à ambigüidade genital interna e externa). (FRASER, LIMA, 2012).

[7] Travesti é a pessoa que se veste com roupas e se caracteriza como se do sexo oposto fosse, não necessariamente incorporando de forma definitiva uma mudança de sexualidade. Não há rejeição do próprio corpo em relação aos órgãos genitais e desejo de ser do sexo oposto. (FIGUEIREDO; FIGUEIREDO, 2015).

Atualmente há novas tipificações de transexuais, como, por exemplo, os "**trans não-binários**", que são as pessoas que não se identificam exclusivamente nem com o gênero masculino e nem com o gênero feminino; e os "**trans nominários**", que ao contrário daqueles, se referem às pessoas que podem se identificar com ambos os gêneros, feminino e masculino, concomitantemente. Muitos destes trans se consideram "andróginos" devido a esta não definição específica de gênero. (BRASIL, 2016).

Vem se tendo, portanto, uma ideia mais ampla e irrestrita do assunto. Inclusive, recentemente, a Comissão de Direitos Humanos de Nova Iorque reconheceu 31 tipos diferentes de gêneros para serem usados em âmbitos profissionais e oficiais[8]**.**

Isso leva à confirmação da psicanálise de que a sexualidade, no que se refere ao sexo psicológico, gênero com o qual a pessoa se identifica, pode não corresponder ao sexo morfológico, estando, portanto, mais relacionada com o psíquico e a outros fatores externos, do que apenas com o órgão genital especificamente:

> A determinação do sexo humano não é baseada apenas na genitália, tendo em vista que, na espécie humana, o sexo da pessoa equivale a uma conjugação de fatores biológicos, psicológicos e sociais. A psicanálise demonstrou – com foros científicos – que o sexo de uma pessoa não tem relação, senão indireta, com seus genitais. Ser homem ou ser mulher para psicanálise é determinação psíquica de cada um (Frignet, 2002) [...]. (RABELO; VIEGAS; POLI, 2014, p. 13-14).

Importante esclarecer que a ideia que se possa ter da transexualidade com a recusa dos órgãos genitais não pode ser generalizada. Realmente é muito comum relacioná-la à realização da cirurgia de redesignação sexual, também chamada de cirurgia de mudança de sexo, de transgenitalização, ou cirurgia emasculatória, para que a pessoa trans se sinta de fato pertencente ao sexo psicológico com o qual se identifica, como expõe Tereza Rodrigues Vieira ao definir o transexual e seu anseio pela cirurgia:

---

[8] Os 31 tipos de gêneros para serem usados em âmbitos profissionais e oficiais, reconhecidos pela Comissão de Direitos Humanos de Nova Iorque são: 1.Bi-Gendered, 2.Cross-Dresser, 3.Drag-King, 4.Drag-Queen, 5.Femme Queen, 6. Female-to-Male, 7.FTM, 8.Gender Bender, 9.Genderqueer, 10.Male-To-Female, 11.MTF, 12.Non-Op, 13.Hijra, 14.Pangender, 15.Transexual/Transsexual, 16.Trans Person, 17.Woman, 18. Man, 19. Butch, 20.Two-Spirit, 21.Trans, 22.Agender, 23.Third Sex, 24. Gender Fluid, 25. Non-Binary Transgender, 26.Androgyne, 27.G0ender-Gifted, 28.Gender Bender, 29.Femme, 30.Person of Transgender Experience, 31.Androgynous. (GENDER, 2015).

> Transexual é o indivíduo que possui a convicção inalterável de pertencer ao sexo oposto ao constante em seu Registro de Nascimento, reprovando veemente seus órgãos sexuais externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia. Segundo uma concepção moderna, o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem. Um transexual feminino é, evidentemente o contrário. São, portanto, portadores de neurodiscordância de gênero. Suas reações são, em geral, aquelas próprias do sexo com o qual se identifica psíquica e socialmente. [...]. (VIEIRA, 2004, p. 47 apud RABELO; VIEGAS; POLI, 2014, p. 12).

> Um desejo imenso de viver e ser aceito como membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e o desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia, para seu corpo ficar tão congruente quanto possível com o seu sexo preferido. (VIEIRA, 2008, p. 220 apud FUSSEK, 2014, p. 57).

A cirurgia de mudança de sexo pode ser sim o desejo de muitos transexuais, contudo, “atualmente, muitos transexuais não desejam realizar a cirurgia, ainda que não sintam prazer sexual não sentem repulsa por seus órgãos genitais.” (DIAS, 2014, p. 268). Muitos trans vêm apontando que o problema não está com o corpo, mas sim com as pessoas que associam o corpo deles a um gênero determinado, e isso é o que causa frustração a eles. (ESPANHA, 2016).

4 ANÁLISE JURÍDICA EM DEFESA DOS DIREITOS FUDAMENTAIS DAS PESSOAS TRANS

Os temas sexualidade e gênero vêm sendo profundamente discutidos a nível internacional, em paralelo aos direitos humanos, no que se referem aos direitos à identidade e igualdade de gênero, e à orientação sexual, essenciais à dignidade humana.

Mais especificamente, se levanta o respeito aos direitos de autodeterminação e autonomia do ser humano de poder determinar seu gênero e seu estilo de vida, a fim de assegurar sua dignidade, princípio este reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Organização das Nações Unidas em 1948. Elucida Liane Maria Busnello Thomé:

> a dignidade, na condição de valor intrínseco de cada ser humano, gera para o indivíduo o direito de decidir de forma livre sobre os seus projetos existenciais e felicidade e mesmo onde faltar essa autonomia ainda assim deve ser respeitado e considerado pela sua condição humana. (THOMÉ, 2010, p. 49).

Atualmente o foco principal está sendo o direito de pessoas trans alterarem o prenome e sexo no registro civil, em concordância à sua identidade de gênero, independente da realização da cirurgia de transgenitalização[9], sob alegação de que a negação a este direito viola direitos fundamentais básicos amparados em convenções internacionais, sendo, portanto, inadmissível um Estado Democrático de Direito, que se destina a assegurar os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos[10], inviabilizar o pleno desenvolvimento da personalidade de uma pessoa humana e o gozo de uma vida saudável e feliz da forma que ela estabelecer para si.

Nesse ínterim, portanto, a defesa do direito das pessoas trans alterarem o prenome e o sexo no registro civil se baseia nos direitos fundamentais afirmados no Pacto São José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 - tais como: ao nome (art. 18); ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3°); à integridade física, psíquica e moral (art. 5°); à liberdade pessoal (art. 7°); à honra e à dignidade (art. 11); à não discriminação, seja ela por raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (art. 1); e à igualdade perante a lei (art. 24).

Da mesma forma, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, prevê nos artigos 2°, 3° e 6° a igualdade e liberdade, vedando qualquer tipo de discriminação.

---

[9] No Brasil ainda não há previsão legal expressa do direito à retificação do prenome e gênero no registro civil motivado por esta questão de identidade de gênero, mas na jurisprudência esse já tem sido um entendimento consolidado principalmente depois do julgamento do STF, em sede da ADI 4275/DF, em março de 2018. Em 2014, o tema também foi abordado na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, sendo elaborados, nesse sentido, os Enunciados n° 42 e 43. O art. 58 da Lei de Registros Públicos - Lei 6.015/73 -, dispõe que a retificação o nome deverá ser requerida em processo judicial. Estava em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 5.002/2013, denominado “Lei de Identidade de Gênero”, propondo a alteração do referido artigo e outras disposições de modo que a retificação do nome e sexo no registro civil fosse possível diretamente em cartório. Contudo, tal Proposta foi arquivada em janeiro de 2019. Nas ações de alteração de registro civil movidas por transexuais, costumam ser exigidos laudos médicos, prova pericial psiquiátrica, documental e testemunhal, que comprovem a identidade de gênero. Ademais, existe também o Decreto 8.727/2016, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas “trans” no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

[10] Vide Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse sentido, em março de 2018, o Supremo Tribunal Federal do Brasil decidiu, em sede da ADI 4275/DF, pela possibilidade da alteração do prenome e do sexo no registro civil independente da realização da cirurgia de transgenitalização ou de tratamentos hormonais ou patologizantes[11], em respeito, além desses direitos fundamentais citados, principalmente ao direito à identidade pessoal - ao qual se inserem a identidade sexual e de gênero -, através da qual a pessoa se faz reconhecer e desenvolver sua personalidade, essencial à dignidade humana:

> Direito à identidade pessoal, que compreende a identidade sexual e de gênero, é um dos direitos fundamentais da pessoa humana. Melhor explicando, o direito à identidade pessoal é o direito dos direitos da pessoa humana, porquanto apenas a partir do reconhecimento da identidade é que o indivíduo pode desenvolver sua personalidade, autonomia e lugar na comunidade a qual pertence. (BRASIL, 2018, p. 75).

Já identidade de gênero, segundo a Carta dos Princípios de Yogyakarta, de 2006, se consolida de acordo com a experiência íntima vivida por cada indivíduo. Nos termos da Carta, significa a

> experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos. (ONU, 2006, p. 9-10).

Isto é, a identidade de gênero não corresponde necessariamente ao sexo biológico, como já verificado neste estudo e claramente exposto no referido julgamento do STF: “sexualidade não pode ser mais compreendida, no estágio atual evolutivo cultural da sociedade e de seus valores, apenas no seu aspecto anatômico-biológico, mas, antes, a partir do aspecto psicossocial.” (BRASIL, 2018, p. 76). Nesse diapasão também foi o relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos acerca do problema da violência contra pessoas LGBTI em 2015. (OEA, 2015).

[11] Neste julgamento, o STF faz menção à outras legislações estrangeiras que subsidiam esse entendimento, como na Grã-Bretanha, o Gender Recognition Act, de 2004; na Espanha, a Lei n. 3, de 15/3/2007; em Portugal, a Lei n. 7, de 15/3/2011; na Argentina, a Lei n. 26.743, de 23/5/2012. E na Alemanha, em janeiro de 2011, o Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) declarou inconstitucional a exigência de prévia submissão a cirurgia de mudança de sexo (1BvR 3295/07).

A referida Carta de Yogyakarta afirma que os direitos humanos básicos, como à saúde, educação, trabalho, seguridade social, de constituir família, de participar da vida pública e cultural, etc., devem ser garantidos independente da identidade de gênero ou orientação sexual. Devendo os Estados investir em fortes políticas públicas para o maior reconhecimento e não discriminação de pessoas trans, tomarem medidas legislativas, administrativas e todas as demais necessárias, inclusive permitir as mudanças nos documentos de identidade, para assegurar tais direitos e promover maior diálogo e respeito mútuo na sociedade. (ONU, 2006). Assim também é estabelecido pela Declaração dos Direitos Sexuais, de 1997.

José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo consideram ser os direitos fundamentais como “direitos humanos positivados em uma determinada constituição.” (2014, p. 49). Dessa forma, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, antevê no art. 1°, III, como princípio basilar, a dignidade humana, e, ao longo do seu art. 5º, os direitos fundamentais, dispondo, no §2º, que os direitos fundamentais firmados neste preceito não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal, ou dos tratados internacionais assinados pela República Federativa do Brasil. Logo, não há como negar os direitos das pessoas transgêneras perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Obviamente que da alteração do registro civil decorrerão diversas conseqüências jurídicas[12] que o Direito deverá prever e tratar com as devidas cautelas e precauções de modo a resguardar o interesse público e de terceiros em relação ao estado das pessoas, garantindo a segurança jurídica das relações e negócios jurídicos contraídos com e por pessoas transgêneras, sem, contudo, causar constrangimentos e discriminação a estas. E, caso isto ocorra, que o instituto da Responsabilidade Civil também esteja apto a reparar os danos causados por terceiros às pessoas trans. Afinal, a sociedade está evoluindo e Direito tem o dever de acompanhar essa evolução e atender aos anseios da sociedade na atual realidade:

[12] Como a forma que se dará a alteração do nome e gênero no registro civil, se judicialmente ou administrativamente; a forma que serão dirimidas as questões no âmbito do direito das famílias, como a filiação; a forma que se darão os regimes de alistamento militar, previdenciário, trabalhista, carcerário, desportivo, dentre os muitos outros impossíveis de serem listados exaustivamente e tratados com a devida atenção e precisão em estudo tão simplificado como este, sendo merecedores de um estudo mais amplo à parte. Até mesmo porque não será de imediato que o próprio Poder Legislativo irá conseguir disciplinar todas essas situações, cabendo ao Judiciário enfrentar eventuais conflitos, como já vem ocorrendo.

> o direito, enquanto sistema jurídico aberto, não está preso às formas abstratas da ciência; o direito é feito para a sociedade e não a sociedade para o Direito.
> [...] Até porque, o Direito não é uma "ciência exata"; o Direito não é imutável, ele varia no tempo e no espaço moldando-se às transformações sociais e caso não haja esta variação, o Direito corre o risco de ficar, trôpego, inútil frente à realidade social vivenciada. (POLI; SÃO JOSÉ, 2017, p. 211-212).

5 A NECESSIDADE DE REPENSAR A CLASSIFICAÇÃO BINÁRIA DE GÊNERO

Ante todo o exposto, nota-se que enquanto o "problema" gira em torno "apenas" do desejo do transgênero ser reconhecido como do gênero masculino ou feminino e ser-lhes assegurados seus direitos fundamentais, o Direito, instituições e a sociedade vêm dando grandes passos para que isto ocorra, a exemplo da brasileira Tifanny Abreu ser a primeira jogadora transexual a atuar na Superliga Feminina de Vôlei. (BOTTA, 2017).

Contudo, os desafios ainda são muitos e enormes a serem enfrentados. Como já mencionado no item 3, existem hoje outros tipos gêneros que não se encaixam na classificação binária de gênero a exemplo dos trans nominários e não-binários.

O noticiário internacional *"BBC News"* divulgou recentemente o caso do bebê canadense, Searyl Atli, nascido em novembro de 2016, na Província de Colúmbia Britânica. Segundo a fonte, este provavelmente é o primeiro caso no mundo de um recém-nascido com um documento oficial, no caso o cartão de vacina, sem a identificação de gênero específico. A letra "U" foi inserina no espaço reservado para "sexo", que pode ser interpretado em inglês como *"undetermined"* (indeterminado) ou *"unassigned"* (não atribuído).

O pai/mãe, Kori Doty, por ser transgênero não-binário, deseja que o filho descubra por conta própria seu gênero quando crescer. Por isso sua luta continua perante o órgão responsável pelos registros civis públicos, para que seja omitido o gênero da criança também da sua certidão de nascimento.

A possibilidade de se incluir uma terceira opção de gênero nos documentos oficiais já vem sendo discutida em outras Províncias do Canadá, como Ontário e Alberta. No entanto, Kori não considera ser esta a solução ideal. Ele integra a "Coalizão de Identidade sem Gênero", ONG que defende a retirada da categoria "sexo" de todos os documentos oficiais dos cidadãos, e argumenta que isso evitaria os vários problemas que as pessoas trans enfrentam ao tentarem mudar seus

documentos mais tarde na vida, razão pela qual Kori e outras oito pessoas instauraram uma ação perante o Tribunal de Direitos Humanos de Colúmbia Britânica pedindo a omissão do gênero em documentos emitidos em todo o Canadá. (BBC News, 2017).

Por outro viés tem sido o clamor de ativistas por uma categoria diferente de homem e mulher para aqueles que não se identificam com estes gêneros, ou que se identificam com ambos os gêneros, ou que simplesmente se identificam apenas como transexuais, como verificado nos estudos de Maria Berenice Dias e Letícia Zenevich:

> [...] em vez de reduzir a experiência da transexualidade a um “corpo desajustado” (um homem em um corpo de mulher), os ativistas pleiteiam que se lhe considere simplesmente como mais um ajuste possível das relações dinâmicas entre sexo e gênero, adicionando mais uma categoria à típica divisão binária entre homem e mulher.
> Nessa linha, vários cidadãos trans declaram que não querem eliminar o *trans*, essa travessia identitária, esse conjunto ambivalente entre o masculino e o feminino, de sua identidade. Não se vêm, ao contrário de outros *trans*, como homens ou mulheres, mas como transexuais per se. (DIAS; ZENEVICH, 2014, p. 19).

Assim foi o primeiro caso da Austrália em 2010, talvez primeiro do mundo. Norrie May-Welby, na época com 48 anos, foi considerado sem sexo pelo governo do Estado de New South Wales, sendo-lhe emitida uma certidão de "Gênero Não-Específico".

Norrie se considera andrógino, tendo sido registrado como homem quando nasceu. Aos 23 anos, passou por um tratamento hormonal e cirurgias para mudar de sexo, conseguindo se registrar como mulher na Austrália. Contudo, insatisfeito com a mudança, interrompeu o tratamento, preferindo denominar-se "neutro", por não se encaixar nos conceitos de homem e mulher.

E assim foi a declaração dada pelos médicos ao portal “*The Scavenger”*, de não conseguirem determinar o sexo de Norrie nem fisicamente, nem em função do seu comportamento. A certidão de gênero não-específico foi dada de acordo com uma recomendação da Comissão de Direitos Humanos da Austrália de 2009. (BBC News, 2010).

Já na Alemanha, a Lei de Processo Civil, o *Personenstandsgesetz (PStG)* permite que a definição de sexo das pessoas intersex seja declarado tardiamente, como explicam José Medina e Fábio Araújo:

> [...] Há possibilidade de indeterminação inicial quanto ao sexo, como na hipótese de hermafroditismo [...]. Nessa situação especial, o procedimento cirúrgico deverá adaptar o sexo predominante, sendo que a correção realizada tardiamente deverá levar em consideração os aspectos psicossociais. Na Alemanha, para se resolver tal situação, admite o *Personenstandsgesetz (PStG)* o registro de nascimento sem definição de sexo [...], podendo ser realizada a declaração posterior do sexo da criança. (MEDINA; ARAÚJO, 2014, p. 65).

Em 2013, a Alemanha se tornou o primeiro país na Europa a oficializar o terceiro gênero, designado como “indefinido”, como uma solução mais efetiva para os casos de bebês hermafroditas. Assim, a nova legislação permite a essas crianças escolher só mais tarde, na fase adulta, não só se preferem ser definidas como homem ou mulher, como também seguir com o sexo indefinido pelo resto da vida.

O grupo que luta pelos direitos de pessoas transgêneros na Europa, “*Trangender Europe”,* admitiu ser a legislação alemã um progresso, mas critica o fato de contemplar expressamente apenas os bebês que tiverem diagnóstico médico de hermafroditismo, reivindicando o direito de deixar a opção de gênero em branco, sem precisar se declarar "indefinido". (BBC News, 2013).

Ademais, poucos países no mundo têm avançado em relação à criação de um terceiro sexo, a exemplo da Austrália e da Nova Zelândia que, desde 2011 e 2012 respectivamente, permitem a identificação como sexo "X" no passaporte. (BBC News, 2013).

Logo, resta inequívoca a necessidade de repensar o paradigma binário de gênero que, embora tenha sido culturalmente consolidado há séculos e funcione para a maioria da população mundial, vem se mostrando cada vez mais falho, ou no mínimo ineficaz, para uma parcela minoritária de pessoas que não podem, por essa razão, terem seus direitos humanos fundamentais ignorados e, conseqüentemente, violada a sua dignidade humana. Assim afirma Martin Kriele:

> O respeito à dignidade humana [...] *carrega um fim em si mesmo*. Quando se caracteriza os **Direitos humanos fundamentados na dignidade humana** como Direitos intocáveis, isso significa que eles **exigem respeito incondicional em sua essência – independentemente das conseqüências para os fins externos a eles. Mesmo que sua violação possa ser útil para fins bem-intencionados: o Direito da pessoa como pessoa exige sua inviolabilidade incondicional.** (KRIELE, 2009, p. 289). (grifo nosso).

E porque, afinal, negar o reconhecimento de outras pessoas que fogem à classificação binária de gênero, que fogem à heteronormatividade, é legitimar a discriminação, exclusão e marginalização de seres humanos, o que é constitucionalmente inaceitável em um Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Tendo em vista que o tema sobre gênero vem evoluído muito, em muito pouco tempo, quebrando diversos ideias construídos culturalmente no seio de diferentes sociedades ao longo dos séculos, demonstrando a existência de pessoas transgêneras que não se encaixam às normas heteronormativas compulsórias, nasce para o Direito uma nova realidade que antes não estava inserida no seu campo de previsão, devendo, portanto, os Estados promoverem meios eficazes que garantam à essas pessoas o pleno reconhecimento e gozo dos direitos humanos fundamentais que decorrem da dignidade humana - inerente a todos seres humanos sem distinção e que é inviolável -, como aconselham as declarações de direitos humanos internacionais.

E, sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, que tem como princípio basilar a dignidade humana e que visa assegurar a igualdade, liberdade, bem-estar e desenvolvimento dos seus cidadãos como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, comprometida na ordem interna e internacional, a fim de alcançar uma harmonia e justiça social, imprescindível se torna a necessidade de repensar o paradigma binário de gênero que, frente à existência de novos tipos de gêneros, sua permanência só contribui para a marginalização e discriminação de uma parcela da sociedade, ainda que minoritária, o que é constitucionalmente inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

Sem dúvidas, repensar o paradigma binário de gênero é quebrar muitos tabus; é readequar todo um ordenamento jurídico devido às diversas conseqüências jurídicas que disso irá decorrer; é reeducar uma sociedade inteira para aprender a lidar e respeitar as diferenças através de fortes políticas públicas e de todas as demais medidas legislativas e administrativas para isso, etc. É reconhecer uma única raça que engloba todos igualmente, a raça humana.

É, portanto, uma medida que já vem se mostrando necessária com diversos casos que vem ocorrendo ao redor do mundo e que estão ficando à mercê do

judiciário ou de órgãos administrativos decidir, uma vez que não há legislações específicas que regulamentem o fato, gerando uma enorme insegurança jurídica para as relações que envolvem pessoas trans e instisfação pessoal para estas.

REFERÊNCIAS

BBC News. **Alemanha cria 'terceiro gênero' para registro de recém-nascidos**. BBC News, 2013. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130820_alemanha_terceirosexo_dg>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BBC News. **Austrália reconhece pessoa sem sexo pela 1ª vez**. BBC News, 2010. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2010/03/100315_sem_sexo_dg.shtml> Acesso: 01 jun. 2019.

BBC News. **Bebê terá documento sem identificação de sexo para 'decidir gênero quando crescer'**. UOL, 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/bbc/2017/07/04/bebe-tera-documento-sem-identificacao-de-sexo-para-decidir-genero-quando-crescer.htm?utm_source=facebook.com&utm_medium=social&utm_campaign=fb-noticias&utm_content=geral>. Acesso: 01 jun. 2019.

BOTTA, Emílio. **Primeira trans na Superliga**, **Tiffany estréia e São Caetano bate Vôlei Bauru**. Globo.com: Globoesporte. Bauru, SP, 2017. Disponível em: <https://globoesporte.globo.com/sp/tem-esporte/volei/noticia/em-dia-historico-tiffany-estreia-e-sao-caetano-bate-volei-bauru-pela-superliga.ghtml>. Acesso em: 23 mai. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019.

BRASIL. **Liberdade de Gênero**. Temp 1. Ep 4: Não binários. Documentário, 2016, 21 min. BRA. Direção: João Jardim. Disponível em: <https://globosatplay.globo.com/gnt/v/5435639/>. Acesso em 10 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADI 4275/DF**, Relator Min. Marco Aurélio, DJ 01/03/2018.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução, Renato Aguiar. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CAPELL, Shanna. **Definição de Assexualidade**, 2016. Disponível em: <https://www.assexualidade.com.br/2016/11/definicao-de-assexualidade.html>. Acesso em: 02 jun. 2019.

CHIAROTTI, Susana. **Aportes al Derecho desde la Teoría de Género**. IN: Otras Miradas. Vol. 6, N. 1, junio, 2006. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=18360102 f>. Acesso em 02 mai. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice; ZENEVICH, Letícia. **Um histórico da patologização da transexualidade e uma conclusão evidente: a diversidade é saudável**. IN: Gênero e Família. Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito. N. 2 – 2º semestre de 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/index>. Acesso em 20 mai. 2019.

ESPANHA. **Crianças Transgênero**. Documentário, 2016, 51 min.ESP. Direção: Lluís Montserrat, Rose Oliver. Disponível em: <http://philos.tv/video/criancas-transgenero/245869/>. Acesso em: 13 mai. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. Vol. 1 - 12ª Ed. rev., amp. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014.

FIGUEIREDO, Luciano L; FIGUEIREDO, Roberto Lima. **Coleção Sinopses para Concursos. Direito Civil: parte geral**. 5. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

FRASER, Roberta Tourinho Dantas; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. **Intersexualidade e direito à identidade: uma discussão sobre o assentamento civil de crianças intersexuadas**. IN: Journal of Human Growth and Development, 2012; 22(3): 358-366. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v22n3/pt_12.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

FUSSEK, Lygia dos Santos. **Os Direitos Civis do Transexual em Relação à Mudança de Gênero e Prenome**. IN: Revista Síntese Direito de Família. V. 15, N. 82, fev./mar. 2014, p. 54-77.

GENDER **Identity Expression**. NYC Commission onHuman Rights, 2015. Disponível em: <https://www1.nyc.gov/assets/cchr/downloads/pdf/publications/GenderID_Card2015.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático**. Tradução da 6ª edição alemã, refeita e aumentada, de Prof. Urbano Carvelli, LL.M. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho – ensaios sobre sexualidade e teoria queer**. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código Civil Comentado**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças**. Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal deOuro Preto, 2012.

OEA. **Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo nas Américas**. IN: OAS/Ser.L/V/II.Doc. 36/15, rev.1 12, novembro 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019.

ONU. **Declaração dos Direitos Sexuais, de 1997**. Disponível em: <http://www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/DSR-Portugese.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.

ONU. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 13 abr. 2018.

ONU. **Princípios de Yogyakarta, de 2006**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.

POLI, Leonardo Macedo; SÃO JOSÉ, Fernanda Moraes de. **Impedimentos Matrimoniais: uma análise crítica**. IN: Direito Civil na Contemporaneidade. Vol. 3. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p.199-221.

RABELO, César Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. **O Direito do Transexual de Alterar o Prenome, o Gênero e Exercer sua Autodeterminação**. IN: Revista Síntese Direito de Família. V. 15, N. 82, fev./mar. 2014, p. 9-45.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

UNAIDS. **Declaração das Nações Unidas no Brasil por ocasião do Dia Nacional da Visibilidade Trans**, **2014**. Disponível em: <https://unaids.org.br/wp-content/uploads/2016/11/Declaracao_ONU_Visibilidade_Trans.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.