

A FLUIDEZ DO GÊNERO E O DIREITO À NÃO IDENTIFICAÇÃO DO SEXO BIOLÓGICO

George André Lando*

Elaine Ferreira do Nascimento**

Liana Maria Ibiapina do Monte***

Alessandro Pelópidas Ferreira de Queiroz****

Resumo

A presente pesquisa tem por finalidade estudar o direito das pessoas à não identificação pelo sexo anatômico. A identificação do sexo biológico é uma prática extremamente comum na sociedade. O primeiro ato jurídico realizado, após o nascimento com vida, é o registro público e a emissão da certidão de nascimento em que deve constar a identificação do sexo biológico. O gênero como construção histórica e cultural não deve ser entendido como determinante e permanente. A inspeção visual assim que determinada criança nasce não é suficiente para garantir a sua identidade de gênero, e a prova disso é a percepção do Supremo Tribunal Federal ao permitir que as pessoas transexuais possam alterar extrajudicialmente o registro civil modificando o nome civil e o sexo biológico sem a necessidade de intervenção cirúrgica. Contudo, tal faculdade não terá efeito para as pessoas de gênero fluido e para as sem gênero; o modelo de registro precisa refletir as múltiplas representações do sistema sexo/gênero para além de um binarismo.

Palavras - chave: Gênero; Fluides; Direito à não identificação.

Abstract

The purpose of this research is to study the right of people to non-identification by anatomical sex. Identification of biological sex is an extremely common practice in society. The first legal act, after the birth with life, is the public registry and the birth certificate in which the identification of the biological sex. Gender as a historical and cultural construction should not be understood as determinant and permanent. The visual inspection as soon as a given child is born is not enough to guarantee their gender identity, and the proof of this is the perception of the Supreme Federal Court (STF) by allowing transsexual people to extrajudicially alter the civil registry by modifying the civil and biological sex without the need for surgical intervention. However, such a faculty will have no effect for people of the fluid gender and no gender, the registration model needs to reflect the multiple representations of the sex/gender system beyond a binarism..

Key – words: Gender; Fluidity; Right to non-identification.

* Advogado e Professor Adjunto da Universidade de Pernambuco – UPE, Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP, Pós Doutorado em Direito pela Università degli Studi di Messina - Itália..

** Assistente Social, com Mestrado em Ciências pelo Instituto Fernandes Figueira/ Fundação Oswaldo Cruz (2002), Doutorado em Ciências pelo Instituto Fernandes Figueira /Fundação Oswaldo Cruz (2007) e pesquisadora da Fiocruz - Piauí.

*** Assistente Social, Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal do Pernambuco – UFPE e Coordenadora do Curso de Serviço Social da Faculdade de Ciências e Tecnologias do Maranhão - FACEMA.

**** Graduado em Engenharia Química pela Universidade Católica de Pernambuco, pesquisador colaborador do Laboratório de Saneamento Ambiental e Drenagem Agrícola do Departamento de Tecnologia Rural (DTR-UFRPE).

INTRODUÇÃO

Considerando o atual estágio de evolução da sociedade, reconhecidamente constituída por pessoas de gêneros diversificados, questiona-se se ainda é cabível a imposição do modelo sexual binário no registro de nascimento da pessoa, quando se sabe que as pessoas podem se autodeterminar como homo, trans e bissexual; podem se apresentar como homem em um dia e mulher no dia seguinte; ou nem mesmo ter um gênero definido.

A presente pesquisa tem por finalidade estudar o direito das pessoas à não identificação pelo sexo anatômico. A identificação do sexo biológico é uma prática extremamente comum na sociedade. As instituições exigem que as pessoas sejam identificadas pelo sexo biológico. O primeiro ato jurídico realizado, após o nascimento com vida, é o registro público e a emissão da certidão de nascimento em que deve constar a identificação do sexo biológico, estabelecido no artigo 54, 2.º da Lei n.º 6.015/73.

Para realizar a pesquisa será utilizado o método de revisão bibliográfica a partir da análise qualitativa de artigos científicos, diplomas legais brasileiros, pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário, além de outros documentos, para responder ao problema e alcançar o objetivo ora proposto.

O estudo está voltado para a construção e desconstrução da identidade de gênero, o conhecimento a respeito da contrassexualidade e a influência da teoria *queer*, perpassando pelos direitos da personalidade e o direito fundamental à identidade de gênero, recentes posicionamentos dos tribunais brasileiros e desenvolvimento do direito à não identificação do sexo anatômico no registro público de nascimento.

1. PROCESSOS SOCIAIS NAS (DES)CONSTRUÇÕES DAS IDENTIDADES DE GÊNERO

Devido à recente conquista legal de travestis e transexuais no que tange ao reconhecimento do nome social, nos tratos sociais, garantindo-lhes dignidade como pessoas, nos deparamos com algumas situações de complexidade no interior do próprio grupo de pessoas

que defendem o direito da não identificação do gênero, ou seja, pessoas que não querem ser identificadas nem como gênero feminino e nem pelo masculino e isso é uma questão de direito.

Após a luta dos movimentos sociais pelos direitos humanos, pessoas com identidade de gênero diversa do sexo anatômico começam a buscar seus direitos. Muitas/os destas/es sujeitas/os são levadas/os à marginalidade, sem direito a saúde, educação. Quando expulsas/os pelas suas famílias, na maioria das vezes, buscam na prostituição o único modo de sobrevivência sendo, por fim, julgadas/os por utilizar-se deste meio de sobrevivência.

O gênero aqui está sendo questionado para além de um sistema fechado de poder e de uma ideia que recai sobre a matéria passiva, mas o nome do conjunto de dispositivos sexopolíticos (da medicina à representação pornográfica, passando pelas instituições familiares) que serão o objeto de uma reapropriação pelas minorias sexuais, os sujeitos LGBT tomam para si o protagonismo em revelar a sua perspectiva dos processos históricos e sociais. Nessa perspectiva, na última década esse quadro começa a se reverter. A partir da I Conferência Nacional LGBT em 2008, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, começam a reconhecer os direitos de cidadãs/ãos LGBT.

Os brasileiros ainda estão presos a princípios judaico-cristãos que os levam a olhar as pessoas a partir de seus órgãos genitais, desconsiderando a construção sócio-histórica do feminino e do masculino e crêem nesses dogmas como se fossem parte das leis do país. Nesse processo, além de não admitirem a homossexualidade, não concebem a existência de pessoas com identidade de gênero diversa do sexo biológico, como é o caso das/os travestis e transexuais. É comum observarmos casos em que travestis e transexuais sofrem discriminações de professoras/es.

Na sociedade contemporânea, cada vez mais se tem observado que pessoas que apresentam incongruência entre o gênero com o qual se identificam e seu corpo biológico têm procurado tanto tratamentos hormonais quanto cirúrgicos para adequarem seu corpo à sua expressão de gênero. Tal condição é denominada, pelo Manual Diagnóstico e Estatístico das Desordens

Mentais (DSM IV), como Transtorno de Identidade de Gênero. Importa salientar que gênero é o comportamento de cada indivíduo frente à sociedade, conforme sua interpretação cultural do sexo, enquanto que sexo se refere ao padrão biológico binário feminino ou masculino.

2. A CONTRASSEXUALIDADE COMO UM CAMINHO NA CONTEMPORANEIDADE

A contrassexualidade é um construto teórico/reflexivo/analítico produzido pelo filósofo espanhol Paul Beatriz Preciado, nascido Beatriz Preciado. Neste documento é problematizado que a contrassexualidade se constitui em uma análise crítica da diferença de gênero e de sexo, a leitura sobre o gênero e o sexo enquanto relações são produtos do contrato social heterocentrado cujas performatividades normativas foram inscritas nos corpos como verdades biológicas (BUTLER, 2001).

Assim, a contrassexualidade aponta para a substituição desse contrato social percebido como natural por um contrato contrassexual. No âmbito do contrato contrassexual os corpos se reconhecem a si mesmos não como homens ou mulheres, e sim como corpos falantes, e reconhecem os outros corpos como falantes. Reconhecem em si mesmos a possibilidade de aceder a todas as práticas significantes, assim como a todas as posições de enunciação, enquanto sujeitos, que a história determinou como masculinas, femininas ou perversas. Por conseguinte, renunciam não só a uma identidade sexual fechada e determinada naturalmente, como também aos benefícios que poderiam obter de uma naturalização dos efeitos sociais, econômicos e jurídicos de suas práticas significantes. A perspectiva contrassexual se volta para provocar, através de resistências, uma contradisciplina sexual em que se reivindica uma equivalência de todos os corpos falantes que se comprometem nesse processo.

Seguindo nessa direção, a contrassexualidade se apresenta como uma teoria do corpo que contém diversos dispositivos tecnológicos voltados para a sexualidade, sendo a sexualidade uma própria tecnologia que se situa fora das oposições homem/mulher, feminino/masculino. E que todo o

sistema sexo/gênero seria produto fabricado com finalidades manipulatórias de uma sociedade ainda fechada numa perspectiva binarista e opressora, que cerceia os sujeitos em suas buscas do prazer-saber, reduzindo os sujeitos aos seus órgãos reprodutivos e sexuais, em detrimento da totalidade *self*.

Dialogando ainda com Preciado (2011), os corpos da multidão *queer* são também as reapropriações e os desvios dos discursos da medicina anatômica e da pornografia. A multidão *queer* não tem relação com um “terceiro sexo” ou com um “além dos gêneros.” Ela se faz na apropriação das disciplinas de saber/poder sobre os sexos, na rearticulação e no desvio das tecnologias sexopolíticas específicas de produção dos corpos “normais” e “desviantes”, a ideia/paradigma *queer* borra todas as fronteiras identitárias.

A fluência *queer*, ela por si só é a própria negação dialética do consentimento para existir. É a criação e a rejeição de uma teoria epistemológica que produz um discurso saber/poder de verdade, existem verdades e qual delas sou eu? A dimensão *queer* nos coloca a possibilidade de: eu existo e exijo que você me reconheça aqui e agora e não depois, é a exigência de uma fluidez que quer ser anunciada, percebida, “legitimada” e que não aceita mais ser invisibilizada ou ignorada. Como bem colocado por Fauzi Arap, imortalizadas na voz de Maria Bethânia: “*Entre eu e você existe a notícia que nos separa. Eu quero que você me veja nu, eu me dispo da notícia. E a minha nudez parada te denuncia e te espelha. Eu me delato, tu me relatas. Eu nos acuso e confesso por nós. Assim me livro das palavras com as quais você me veste.*”

Entretanto, a adequação da imagem corporal ao gênero de identificação não é suficiente para que o indivíduo seja reconhecido como tal. A incongruência entre a imagem corporal representada pelo gênero de identificação e o nome que o indivíduo apresenta nos seus documentos também causa sérios constrangimentos e embaraços aos sujeitos transgêneros. Há a necessidade, primeiramente, da alteração do seu nome social e, posteriormente do nome civil, para que se sintam legítimos e adequados à sociedade heteronormativa no seu cotidiano.

E, em todo esse processo, o nome civil é aquele com que o indivíduo foi identificado no momento do seu registro e que consta na Certidão de Nascimento. E o nome social é aquele pelo qual o indivíduo deseja ser atendido, ou seja, aquele que identifica o gênero que ele expressa, independente do seu nome de registro civil, livrando-o, assim, de situações constrangedoras e vexatórias. Os locais que, atualmente, têm aderido ao uso do nome social são escolas e centros de saúde, buscando aproximar estas pessoas dos serviços, garantindo seu acesso e permanência.

Cabe considerar que a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 58, que dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências, abre a possibilidade para que as pessoas que possuem orientação de gênero travesti e/ou transexual, masculino ou feminino possam utilizar, ao lado do nome e prenome, um nome social que não os coloque em situação de constrangimento público. Em relação à mudança do nome civil, há ações que abrem jurisprudência para indivíduos que, independentemente de terem se submetido ou não à cirurgia de transgenitalização, possam solicitar judicialmente a mudança de prenome nos seus documentos. Enfim, evidencia-se que o uso do nome social é vital para que indivíduos pertencentes ao universo transgênero tenham reconhecida sua legitimidade humana no contexto onde vivem. Outro aspecto aponta que são diversas dificuldades encontradas por estes indivíduos, segundo a literatura investigada, sendo o nome social um dos fatores cruciais para a sua aceitação frente à sociedade, questão esta não legitimada até o momento, com caráter apenas de projetos de lei, já adotados em alguns estados do território nacional.

3. DIREITOS DA PERSONALIDADE: uma introdução sobre a construção da identidade de gênero

A (re)personalização do Direito Civil, bem como de toda ordem jurídica brasileira, implicou no fato da pessoa passar a ser compreendida como um ser concreto dentro das relações jurídicas. A nova face do Direito Civil é talhada no desenvolvimento da personalidade da pessoa humana. Conforme argumenta Lôbo (2006, p. 110): “A pessoa humana deve ser colocada como centro

das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo medida da propriedade, que passa a ter função complementar.”

Considerar a pessoa concretamente é, na verdade, respeitar suas necessidades, interesses e diferenças, o que significa permitir que esta pessoa possa exercer sua liberdade de escolha para viver de forma digna, sem sofrer nenhuma espécie de desconforto em razão do seu gênero ou falta de identificação do gênero, por exemplo.

Para tanto, na edição do Código Civil de 2002, observase, por intermédio dos seus paradigmas atualizados, a influência dos novos valores constitucionais, especialmente o princípio da dignidade humana, que é conteúdo presente nas diretrizes a serem perseguidas para a proteção da pessoa humana nas relações privadas.

A dignidade tornou-se fundamento dos direitos da personalidade – os quais são caracterizados como espécies intransmissíveis e irrenunciáveis, para que a sua disposição seja considerada inválida, mesmo quando as pessoas queiram se desfazer deles.

Por tais razões é que se afirma que o Estado jamais poderá legislar a consciência ou a vontade das pessoas, as quais são livres. Contudo, o Estado deverá utilizar o seu poder para agir contra os erros da vontade humana na vida civil, reproduzindo sanção e reparação.

Portanto, considerando o atual estágio de evolução da sociedade, reconhecidamente constituída por pessoas de gêneros diversificados, questiona-se se ainda é cabível a imposição do modelo sexual binário (masculino ou feminino) no registro de nascimento da pessoa, quando, na verdade, sabe-se que as pessoas podem se autoidentificar como homo, trans e bissexual; podem, também, se apresentar como homem em um dia e mulher no dia seguinte; e podem nem mesmo ter um gênero definido. Sendo assim, cabe ao Estado, diante de tais circunstâncias, manter a imposição do dever de identificação do sexo biológico?

A liberdade de consciência e de manifestação de vontade, que é própria do ser humano, também é decorrência da personalidade jurídica que se atribui às pessoas. Não cabe ao Estado, ou a qualquer outro indivíduo, nem mesmo a própria pessoa, dispor de direitos oriundos da personalidade jurídica. É certo que se trata da competência do Estado regulamentar a

capacidade das pessoas naturais e, para isso, utiliza-se de critérios, como a idade, a saúde e o desenvolvimento mental ou intelectual. Ademais, tal regulamentação é feita com a finalidade de protegê-las, o que explica a classificação de capacidade de direito e de capacidade de fato. Contudo, o Estado não pode retirar do ser humano as atribuições e direitos decorrentes da personalidade jurídica, sob pena de ofender as garantias Constitucionais.

3.1. Pessoas e suas questões de gênero

A presente discussão destina-se ao tema efetividade dos direitos da personalidade, especificamente no que se refere ao direito de identidade de gênero e o respeito à dignidade de pessoas que não tem o gênero definido, ou porque lhes faltam ainda discernimento para realizar essa autoidentificação; ou, mesmo dotadas de consciência, a pessoa sofre diante da complexidade de sua condição, o que a impede de definir formalmente o seu próprio gênero; e ainda, pessoas que preferem não ser identificadas pelo sexo biológico e nem pelo gênero.

Contudo, o referido dever determinado pelo Estado e, por conseguinte, requerido pelas demais entidades públicas e privadas, implica em constrangimentos para pessoas que se apresentam com identidade de gênero distinta da identificação do sexo biológico, ou mesmo, que se identificam sem gênero. De outro modo, pode-se se afirmar, como fazem Smith e Santos (2017), que a identidade de gênero está muito mais ligada a um sentir-se homem e/ou mulher (ou nem um nem outro, como travestis, transexuais e homossexuais) do que ao fato biológico supostamente natural que advém da sequência genética herdada do pai e da mãe.

Ao impor a necessidade de identificação pelo sexo biológico, o Estado limita que as pessoas sejam identificadas pelo sexo masculino ou feminino, quando, na verdade, se conhece que a identidade de gênero se estende para além do binarismo homem ou mulher. Primeiro, faz-se necessário considerar a existência da “multidão *queer*”, ou seja, as minorias sexuais que se tornaram multidões (PRECIADO, 2011); e segundo, que a forma como as pessoas vivem e entendem a própria sexualidade é construída historicamente, através de um processo contínuo, do qual é construída a

identidade pessoal e sexual, que emerge nos desdobramentos históricos e culturais (SILVA, 2013).

De acordo com o entendimento seguido por Cardin e Gomes (2013), a sexualidade humana é um direito da personalidade e as garantias constitucionais (de liberdade, de igualdade e de dignidade da pessoa humana) é que asseguram o livre exercício da identidade de gênero do indivíduo. Desse modo, identificar as pessoas pelo sexo biológico, assim que nascem, equivale a uma violação da identidade de gênero, e portanto, dos direitos da personalidade.

Considerando que a identidade de gênero é uma construção social que se dá de forma contínua, a imediata determinação do sexo biológico pode prejudicar esse processo de construção do gênero. Haja vista que a prévia imposição da identificação do sexo biológico irá acarretar em desconforto às pessoas com identidade de gênero diferente. Portanto, entende-se, que identificar as pessoas pelo sexo biológico é atribuir maior importância à forma, e menos à dignidade humana.

Para tanto, diante da evolução do pensamento a respeito da identidade de gênero, bem como o surgimento de novos seguimentos denominados de gênero fluido e sem gênero, exige-se, que as pessoas não sejam, assim que nascem com vida, imediatamente identificadas pelo sexo biológico, sendo esta uma medida de respeito à dignidade, a liberdade e a igualdade para o desenvolvimento da personalidade da pessoa. A identidade de gênero deve ser exercida livremente pela própria pessoa, sem que seja obrigada a fazer o registro público do sexo biológico.

3.2. Posicionamentos dos tribunais sobre a identidade de gênero

Se a arte imita a vida, o que dizer das primeiras estrofes da música “Totalmente Demais” lançada em 1986 pela Banda pop rock brasileira Hanói-Hanói: “Linda como um neném/ que sexo tem, que sexo tem/ namora sempre com gay/ que nexo faz tão sexy gay/ [...]”. Os tempos mudaram de lá para cá, e a sexualidade se mantém como uma incógnita, que o Estado insiste em dar uma solução simplista com a imposição do binarismo masculino ou feminino. Diz na Constituição Federal que respeita a

dignidade da pessoa humana, mas na prática não respeita.

Todavia, as formalidades do Estado não conseguem mais calar a natureza humana de ser quem se é, e os exemplos disso estão chegando nos noticiários e nos judiciários no mundo todo: em 2017, a mídia divulgou a notícia de que o documento de identificação de um bebê, de origem canadense, foi emitido sem identificação do seu sexo biológico, para que desse modo, ele possa decidir o gênero quando tiver consciência para isso. Segundo relata a BBC Brasil (2017) o documento foi emitido pelo governo da Província de Colúmbia Britânica com a letra “U” no espaço reservado para “sexo”. Em inglês a vogal “U” pode ser interpretada como *undetermined* (indeterminado) ou *unassigned* (não atribuído).

O documento em questão é na verdade o cartão de saúde da criança. O genitor não conseguiu a emissão da certidão de nascimento do bebê sem a identificação do sexo biológico, pois da mesma forma que ocorre no Brasil, também no Canadá, só é permitido emitir certidão de nascimento com a limitação em masculino ou feminino. Todavia, o genitor do bebê pretende judicializar a demanda e demonstrar que a simples inspeção visual realizada pelo médico, logo que o bebê nasce, não é suficiente para determinar o seu gênero.

O fato é que a identificação sexual deixou de ter a importância que já teve um dia. No Brasil, a identidade sexual não é mais um impeditivo para a celebração de casamentos ou constituição de união estável. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011, restou pacificado que independentemente de existir ou não diversidade sexual, os casais ou pares podem formar famílias conjugais protegidas pelo Estado.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF, 2018) surpreendeu a todos ao decidir por unanimidade autorizar transexuais e transgêneros a alterarem o nome e o sexo no registro civil sem a necessidade de realização de cirurgia de mudança de sexo. A Corte julgou as seguintes medidas judiciais: a ADI 4275 referentes a inconstitucionalidade do artigo 58 da Lei de

Registro Público exigir justificativa e decisão judicial para a alteração do nome civil; e o Recurso Extraordinário contra a decisão judicial mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de somente permitir a mudança do nome no registro civil para os transexuais após realização de cirurgia para a mudança do sexo.

De acordo com a decisão do STF sobre o caso, as pessoas transexuais e transgêneros poderão se dirigir até um Cartório de Registro Civil e solicitar a mudança do nome civil e sexo, sem a imposição de se submeter a intervenção cirúrgica para readequação do sexo. O que significa afirmar que a identidade psicossocial deve prevalecer em relação à identidade biológica.

O nome social já era uma realidade regulamentada pelo ordenamento jurídico brasileiro desde a vigência do Decreto n.º 8.727/2016, e aceita pela Ordem dos Advogados do Brasil, pela administração pública federal e estadual, e demais entidades públicas e privadas, contudo, embora em expansão, o referido direito para pessoas trans é limitado a identificações não oficiais. A então decisão do STF correspondente a possibilidade de mudança do nome e sexo através de procedimento extrajudicial sem a necessidade de intervenção cirúrgica e extensivo a transexuais e transgêneros deve ser considerada um grande avanço na luta contra o binarismo absoluto.

Outra importante decisão a favor da identidade de gênero foi proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE, 2018) que passou a entender que as cotas de candidatos dos partidos políticos são de gênero, e não de sexo biológico. Ou seja, a cota mínima de 30% prevista no artigo 10, § 3.º da Lei n.º 9.504/97, considerada a efetivação de uma política pública para a inserção das mulheres na vida política, passa a ter uma interpretação mais ampla, desconsiderando o sexo biológico e valorizando a identidade de gênero, para que, assim, ocorra a inserção, também, de transgêneros nos partidos políticos e candidaturas.

Os exemplos até agora mencionados demonstram a pouca ou nenhuma relevância do registro da identificação do sexo biológico na certidão de nascimento, tanto é assim que esta pode ser alterada em procedimento administrativo. No Canadá, onde já se

observa movimentos no sentido de retirar por completo a identificação do sexo biológico da certidão de nascimento, ainda são levantados argumentos como a necessidade da referida identificação para a análise de dados estatísticos sobre a população. Argumento que se apresenta insignificante quando comparado com o exercício de direitos fundamentais. Certamente, haverá de se obter tais dados por outros meios sem precisar fazer imposição tão degradante como a identificação da pessoa incompatível com a sua autodeterminação de gênero.

3.3. Sobre a fluidez de gênero e o direito à não identificação do sexo biológico

O gênero como construção histórica e cultural não deve ser entendido como determinante e permanente. Logo, a inspeção visual assim que determinada criança nasce não é suficiente para garantir a sua identidade de gênero, e a prova disso é a percepção do STF ao permitir que as pessoas transexuais e transgêneros possam alterar o registro civil modificando o nome civil e o sexo biológico sem a necessidade de intervenção cirúrgica.

Ponto unânime nos votos dos ministros do STF diz respeito ao reconhecendo da possibilidade de alteração do nome e do sexo no registro público sem a necessidade de cirurgia de transgenitalização. Tal reconhecimento é muito bem-vindo, porque a pessoa transexual, até então, era considerada doente, sendo a cirurgia de mudança de sexo o tratamento adequado para a cura. As pessoas transexuais ficavam condicionadas a uma cirurgia extremamente invasiva e, segundo relatos de pessoas que se submeteram ao tratamento, com implicações relacionadas ao prazer. De modo manifestamente controverso, as pessoas transexuais eram submetidas a tamanha “tortura” para ver seus direitos fundamentais atendidos.

A nova concepção de transexualidade desconectada do sexo biológico modifica o entendimento anterior vinculado a doença e, por conseguinte, necessidade de tratamento com cirurgia. A transexualidade é uma condição, jamais uma doença. A pessoa transexual faz jus a todos os direitos e garantias iguais a qualquer outra pessoa, independente de fazer ou não a mudança de sexo biológico (a cirurgia é facultativa e eletiva), pois quanto

ao gênero, este é autodeterminado pela própria pessoa. Por sorte, finalmente restou compreendido que não se deve negar direitos as pessoas transexuais pelo simples fato delas terem escolhido não fazer a cirurgia de transgenitalização.

Nesse sentido, o voto do Ministro Edson Fachin (2018) é bastante oportuno, especialmente ao traçar três importantes premissas: primeira, o direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero; segunda, a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la; terceira, a pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental.

O Ministro Edson Fachin (2018), no mesmo voto, amplia o reconhecimento de direitos de mudança do nome e sexo também aos transgêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

O voto do Ministro Edson Fachin vai muito além da visão essencialista do gênero, já ultrapassada, que reduzia o gênero a uma compreensão fundamentalmente biológica e binária de identidades encerradas, muito distante dos próprios movimentos feministas que há pelo menos 40 anos lutam por uma perspectiva não essencialista e muito menos patologizante do gênero. Tanto o sexo quanto o gênero, são constructos socioculturais, convenções, que não negam a biologia, mas se relacionam com ela não como essência determinística, mas como materialidade, sempre inquirindo sobre as relações de poder que ela constitui, e sobre as quais é constituída, ao descrever-prescrever o mundo da vida (VIANA, 2018).

O fundamento para assegurar os mesmos direitos para as pessoas transexuais e transgêneros está calcado no artigo 5.º, *caput*, da Constituição Federal (1988), correspondente a cláusula de igualdade entre todas as pessoas. Todavia, a igualdade estampada no dispositivo deve ser interpretada substancialmente, ou seja, deve garantir o respeito as diferenças das pessoas, com a

finalidade de proibir qualquer tipo de discriminação, como disposto no artigo 3.º, IV da Constituição Federal brasileira (1988), no artigo 2.º, 1 e 26, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), e artigo 1 do Pacto de São José da Costa Rica (CONVENÇÃO DE AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969), pois todos apresentam dispositivos legais proibindo discriminação seja por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

O reconhecimento da existência do direito fundamental à identidade de gênero demanda da reunião e interpretação dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, *caput*), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, IV), da liberdade (art. 5º, *caput*), e da privacidade (art. 5º, X). Todavia, considerando o entendimento de Fachin e Pianovski Ruzik (2011), a dignidade da pessoa humana é o embasamento constitucional dos direitos da personalidade e estes não tem por fundamento o dado abstrato da personalidade jurídica, mas, sim, a personalidade como dado inerente ao sujeito concreto, o direito fundamental à identidade deve alcançar também as pessoas de gênero fluido e as sem gênero, uma vez compreendido que o gênero não está limitado a uma visão essencialmente biológica e binária.

Nesse sentido, restou concluído que não existiriam essências de um gênero ou de outro, de um sexo ou de outro, porque essas próprias noções não são naturais, mas, em certa medida, performativas, construídas ao longo da história e apagadas enquanto culturais pela sua própria reiteração que produziria a aparência de serem inatas aos sujeitos. Ou seja, não existe um original-anterior da mulher ou de feminino, assim como não existe um original-anterior do homem ou do masculino, o gênero e o sexo são construídos pelas próprias expressões que são tomadas enquanto seus resultados (VIANA, 2018).

Portanto, embora a solução apresentada pelo judiciário seja um grande avanço, ainda não resolve todas as questões que envolvem a identidade de gênero, especialmente, com relação as pessoas de gênero fluido e sem gênero. O que se quer dizer é que a faculdade de

alterar extrajudicialmente a certidão de nascimento para essas pessoas será sem efeito, haja vista que não se identificam com um único gênero, ou seja, a fluidez significa que o seu gênero pode ser modificado de tempos em tempos. Da mesma forma, não será interessante para as pessoas sem gênero, a possibilidade de mudar o registro civil para colocar um outro gênero diferente do que já está previsto quando nenhum deles representa a identidade da pessoa.

O direito fundamental à identidade de gênero tem em seu conteúdo que a “identidade de gênero” como estando referida à 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 (PRINCÍPIOS YOGYAKARTA, 2007, p. 9-10).

Logo, se o direito fundamental à identidade de gênero garante a todos a liberdade de autodeterminar-se e escolher livremente suas opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme as suas próprias convicções, deve assegurar, também, o direito à não identificação do sexo biológico para as pessoas de gênero fluido ou as sem gênero, para que então possam alterar o registro civil para colocar no lugar do “sexo” uma letra que identificasse a inexistência de gênero determinado, como feito no cartão de saúde do bebê canadense. E para evitar constrangimentos futuros, que tal prática fosse adotada pelos Cartórios de Registro Civil de não mais registrar o sexo biológico dos recém-nascidos, uma vez que nem sempre há uma coincidência entre o sexo e o gênero.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, por ocasião da sua promulgação, estabeleceu um novo fundamento para o ordenamento jurídico brasileiro, ao inserir a dignidade humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. O princípio da dignidade da pessoa humana representou a repersonalização do

direito, ou seja, passou a considerar a pessoa concretamente como sujeito de direitos, garantindo-lhes os direitos da personalidade.

A dignidade humana é o fundamento constitucional dos direitos da personalidade, o que significa que todas as pessoas têm direitos iguais, liberdade de exercê-los, privacidade, afastados qualquer tipo de discriminação, seja por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Nesse pensamento de aplicação do princípio da dignidade para desenvolvimento da personalidade das pessoas, o artigo 58 da Lei n.º 6.015/73 passou a ser interpretado pelo STF no sentido de possibilitar as pessoas transexuais e transgêneros a modificação do nome e do gênero pela via extrajudicial, independente da realização de cirurgia de transgenitalização. A nova interpretação representa o reconhecimento da existência do direito fundamental à identidade de gênero e também assegura sua eficácia ao garantir a qualquer pessoa trans a liberdade de escolher o que lhe for mais conveniente.

Todavia, a contemporaneidade da nova interpretação ainda precisa de certos ajustes para alcançar aquelas pessoas que se autodeterminam de gênero fluido e as sem gênero. O reconhecimento do direito fundamental a identidade de gênero é uma vitória para a multidão *queer*, porém, a visão essencialista do gênero, que reduzia o gênero a uma compreensão fundamentalmente biológica e binária de identidades encerradas está ultrapassada. As pessoas de gênero fluido e as sem gênero não tem interesse de retificar o registro público de nascimento para alterar o sexo anatômico, lá consignado, por qualquer outro gênero, uma vez que não há “um” gênero definido.

Para garantir a eficácia do direito fundamental à identidade de gênero para as pessoas de gênero fluido e as sem gênero, deveria ser permitida a retificação do registro público de nascimento para retirar a informação a respeito do sexo biológico, bem como a inserção de letra que representasse a indeterminação do gênero. Afinal, a identificação biológica deixou de ter importância jurídica e social, em outras palavras, qual a relevância de saber se uma pessoa é do sexo masculino

ou feminino? Se para as entidades familiares, casamento e união estável, a diversidade sexual deixou de ser um elemento para a sua existência, não há mais motivos para exigir da pessoa a identificação sexual no preenchimento de ficha cadastral em qualquer órgão ou instituição na sociedade.

O direito à não identificação do sexo biológico deve ser compreendido como um desdobramento do direito fundamental à identidade de gênero, para que qualquer pessoa possa se valer da liberdade de autodeterminação do gênero e fazer *jus* a alteração do nome e gênero no registro público, extrajudicialmente, se assim desejar, permitindo, também, que a modificação do registro possa ter a finalidade de retirar a informação sobre o sexo biológico do titular do direito, como medida de evitar discriminações odiosas.

Ademais, considerando que a simples inspeção visual não é suficiente para a identificação do gênero; que esta é decorrente de uma construção cultural que se dá ao longo da vida do ser humana; e que cabe ao Estado apenas o papel de reconhecer o gênero, nunca de constituí-la, as crianças nascidas em território nacional não deveriam ser identificadas pelo sexo biológico ao fazer o assento do registro público de nascimento, como medida de dignidade, pois assim não estaria à mercê de comportamentos preconceituosos durante a infância e adolescência. Contudo, teria a liberdade de alterar o registro público a partir da sua autodeterminação, cabendo ao Estado apenas o dever de declara-lo.

REFERÊNCIAS

BBC Brasil. **Bebê terá documento sem identificação de sexo para ‘decidir gênero quando crescer’**. 4 julho 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/geral-40497693>> Acesso em: 13.05.2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10.05.2018.

BRASIL. **Dec. n. 8.727/2016 (Decreto do Executivo) 28/04/2016**. Ementa: Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e

fundacional. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm> Acesso em: 10.03.2018.

BRASIL. Lei n. 6.015/1973 (Lei ordinária)

31/12/1973. Ementa: Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015origin.htm> Acesso em: 10.03.2018.

BRASIL. Lei n. 9.504/97 LEI 9.504/1997 (Lei ordinária)

30/09/1997. Ementa: estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm> Acesso em: 10.03.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>> Acesso em: 10.03.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Disponível em:

<redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acesso em: 10.03.2018.

BUTLER, Judith. *Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do sexo.* Tradução de Tomaz Tadeu da Silva. In: LOURO, Guacira Lopes (Org.). **O corpo educado.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2001. p. 151-172.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; GOMES, Luiz Geraldo do Carmo. Da livre orientação sexual como um direito da personalidade por intermédio da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LOIS, Cecilia Caballero; MARQUES, Gabriel Lima (Orgs.). **Democracia e Jurisdição: novas configurações brasileiras.** Rio de Janeiro: Imo's Gráf. e Ed., p. 93-114, 2013

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). **Pacto de san José da costa rica.** Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 10.05.2018.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Princípio da Dignidade Humana (no Direito Civil). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Orgs.).

Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

HANÓI-HANÓI. **Totalmente Demais.** São Paulo: RCA, 1986. Disponível em:

<<https://www.letras.mus.br/hanoi-hanoi/138002/>> Acesso em: 14.04.2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In **Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao professor José Russo.** DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. **Adoptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela Resolução N.º 2200-A (XXI), de 16 de Dezembro de 1966.** Disponível em:

<http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2p_idcp.html> Acesso em: 10.05.2018.

PRECIADO, Beatriz. **MANIFESTO CONTRASSEXUAL: práticas subversivas da identidade sexual.** Madrid. Anagrama, 2017.

PRECIADO, Beatriz. *Multidões queer: notas para uma política dos "anormais".* **Estudos Feministas,** Florianópolis, 19(1): 11-20, janeiro-abril/2011.

PRINCÍPIOS YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.** 2007. Trad. Observatório de Sexualidade e Política (Sexuality Policy Watch) Disponível em:

<www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf> Acesso em: 12.05.2018.

SILVA, Ariana Kelly Leandra Silva da. Diversidade sexual e de gênero: a construção do sujeito social. **Rev. NUFEN [online].** v.5, n.1, Janeiro-Julho, 12-25, 2013.

SMITH, Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira; SANTOS, Jorge Luiz Oliveira dos. *Corpos, identidades e violência: o gênero e os direitos humanos.* **Rev. Direito e Práx.,** Rio de Janeiro, v. 08, n. 2, p.1083-1112, 2017.

VIANA, Igor Campos. **Supremo Tribunal Federal: entre o importante avanço para a cidadania trans no Brasil e a permanência de uma visão essencialista do gênero.** Sexuality Policy Watch. 21.03.2018. Disponível em: <http://sxpolitics.org/ptbr/8257-2/8257#_ftn4> Acesso em: 12.04.2018.

VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN NA ADI

4275. Disponível em: <<https://goo.gl/FTCGPL>>

Acesso em: 18.03.2018.