

ALÉM DO GÊNERO BINÁRIO: REPENSANDO O DIREITO AO RECONHECIMENTO LEGAL DE GÊNERO¹

Jens T. Theilen *

Pesquisador Associado, Instituto
Walther Schücking de Direito
Internacional, Universidade de Kiel.

Tradução:

Leandro Reinaldo da Cunha

Professor Titular de Direito Civil da
Universidade Federal da Bahia. Líder do
Grupo de Pesquisa Direito e Sexualidade

Resumo: Sociedades ocidentais têm tradicionalmente reconhecido apenas dois gêneros, masculino e feminino. Contudo, como recente julgamento proferido pelo Tribunal Federal Constitucional alemão mostrou, isso vem começando a mudar e o pleito pelo reconhecimento legal do gênero por pessoas não-binárias vem crescendo de maneira considerável. Baseado na compreensão acerca do direito comparado, esse artigo argumenta que serem os movimentos legais que vão além do binarismo desejáveis ou não depende, em boa parte, da lógica que lhes dá sustentação, bem como examina inúmeras outras possíveis justificativas. No mínimo o reconhecimento legal de gênero de pessoas não-binárias deve se prestar a promover a autodeterminação dentro de um tecido social amplo de existência, apoiando pessoas não-binárias nas interações do dia-a-dia por desafiarem a auto-evidência do gênero binário. Com base na jurisprudência do Tribunal Europeu Direitos Humanos quanto aos direitos transgêneros, o artigo examina se essa lógica já se mostra latente na jurisprudência europeia.

Palavras-chave: Autonomia; Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; Redesignação de gênero; Autodeterminação; Identidade transgênero

INTRODUÇÃO

Em 10 de outubro de 2017 o Tribunal Constitucional alemão decidiu pela inconstitucionalidade da manutenção da legalidade de marcadores de gênero restritos apenas ao masculino e feminino, sem que houvesse a possibilidade de qualquer outra

¹ Artigo originalmente publicado na *European Human Rights Law Review*, número 3, sob o título *Beyond the Gender Binary: Rethinking the Right to Legal Gender Recognition*.

designação além dessas duas opções². Tal julgamento constitui uma intervenção particularmente enfática dentro de uma evolução mais ampla em sistemas legais por todo o mundo, visando verificar os limites do gênero binário. O reconhecimento explícito de pessoas não-binárias ou outras formas de variantes de gênero³ já se faz presente em alguns sistemas legais, como na Austrália, Bangladesh, Índia, Nepal, Nova Zelândia, Paquistão e partes dos Estados Unidos da América, em contraposição ou reforma ao sistema binário presente em muitos outros estados. Tais mudanças são, geralmente, bastante limitadas em extensão (restritas, por exemplo, a certas questões como passaportes, categorias censitárias ou certidões de nascimento) ou evitadas por uma falta de implementação adequada que ultrapassem manifestações iniciais, muitas vezes, judiciais – mas que, ainda assim, servem para mostrar que pessoas não-binárias estão, aos poucos, tendo sua existência legal reconhecida⁴.

Com o julgamento do Tribunal Constitucional alemão, bem como recentes mudanças políticas em Malta, o movimento para além do gênero binário chegou na Europa. Outros desafios por meio de procedimentos judiciais estão em andamento, por exemplo, na Áustria, Bélgica e Reino Unido⁵; e há a esperança que o julgamento da Alemanha pressione os tribunais que tratam desse tema por toda a Europa a repensar a premissa binária que vem sendo utilizada. No contexto dos desafios e questionamentos estabelecidos nos tribunais por toda a Europa, esse artigo refletirá sobre a lógica do reconhecimento legal para pessoas não-binárias com base na jurisprudência europeia quanto aos direitos dos transgêneros. Baseado no julgamento do Tribunal Constitucional alemão e em outros pronunciamentos judiciais em favor do reconhecimento não-binário fora da Europa, como também da jurisprudência da Corte

* Uma versão prévia desse artigo foi apresentada em um seminário de especialistas sobre direitos trans, organizado por Eva Brems e Pieter Cannoot no Centro de Direitos Humanos da Universidade de Ghent. Devo muita gratidão a todos os participantes deste seminário pelos comentários e discussões perspicazes, e também a Katharina Wommelsdorff, Felix Bieker, Damian Gonzalez-Salzberg and Kay Lalor pela leitura dos rascunhos do artigo em suas variadas etapas e oferecendo úteis comentários posteriores.

² Tribunal Constitucional Federal alemão, App. No. 1 BvR 2019/16, decisão de 10 de outubro de 2017; mais informações na nota 28 a seguir.

³ Daqui em diante usarei apenas a expressão “não-binário”. Nem todos que estão fora do gênero binário se identificam com tal termo (ou mesmo aceitam a dicotomia entre binário e não-binário); seu uso nesse momento não tem a intenção de ser impositivo.

⁴ Pegando emprestada uma frase de A. Sharpe, *Transgender Jurisprudence. Dysphoric Bodies of Law* (London and New York: Cavendish, 2002), p.80.

⁵ Para atualizações, consulte <https://elancane.livejournal.com> Acesso em 25 de maio de 2018.

Europeia de Direitos Humanos⁶, vou analisar se superar a visão do gênero binário constitui uma simples extensão da lógica para o reconhecimento legal de gênero, ou se é necessária uma mudança mais radical no raciocínio sobre como e por quê mantemos marcadores legais de gênero.

1. SEXO LEGAL OU GÊNERO LEGAL: CONFRONTO (BIO)LÓGICO

Na Europa, se considera como marco histórico para os direitos transgêneros o julgamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Goodwin*, que estabeleceu o direito ao reconhecimento legal de gênero como parte do direito à vida privada (art. 8 da CEDH), bem como a relevância do gênero assim reconhecido para fins de casamento (art.12 da CEDH)⁷. Embora tal decisão obrigue os Estados-Membros a estabelecer alguma sorte de reconhecimento legal de gênero, há que se considerar que os “meios apropriados” para tanto estão vinculados à sua discricionariedade⁸, devendo as decisões subsequentes mais do que simplesmente cancelar mas também, necessariamente, reconhecer a existência dos vários obstáculos impostos ao reconhecimento.

⁶ Para uma visão mais acurada para além do binário no amplo sistema do Conselho Europeu, consulte a Assembleia Parlamentar, Resolução 2048 (2015), 6.2.4. Outra referência possível é a ordem jurídica da UE, que - semelhante à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos - atualmente é redigida ou interpretada, predominantemente, sob a perspectiva do gênero binário, mas, contudo, apresenta potencial para tal subversão. Em ambos os aspectos (no contexto da intersexualidade), consultar, por exemplo, M. Travis, “Accommodating Intersexuality in European Union Anti-Discrimination Law” (2015) 21 *European Law Journal* 180. No entanto, deixarei aqui de lado a legislação da UE - é difícil discernir razões claras para o reconhecimento legal de gênero na jurisprudência no tribunal Europeu, vez que lida com a lei civil do estado apenas de forma indireta, pelas lentes de outras áreas do direito (por exemplo, nos casos relacionados à igualdade nas pensões). Claramente, nesse sentido, veja a recente opinião do Advogado-Geral Bobek em MB contra Secretário de Estado do Trabalho e Pesões (C-451/16), 5 de dezembro de 2017, particularmente nos itens [22]-[29], [76], [79] e [98].

⁷ *Goodwin* contra Reino Unido (2002) 35 E.H.R.R. 447.

⁸ *Goodwin* (2002) 35 E.H.R.R. 447 no item [93]; ver J.T. Theilen, “The Long Road to Recognition: Transgender Rights and Transgender Reality in Europe”, em G. Schreiber (ed.), *Transsexualität in Theologie und Neurowissenschaften. Ergebnisse, Kontroversen, Perspektiven* (Berlin, Boston: de Gruyter, 2016), p.378; P. Dunne, “‘Recognizing Identities, Denying Families’: Conditions for the Legal Recognition of Gender Identity in Europe”, em C. Casonato and A. Schuster (eds), *Rights On The Move—Rainbow Families in Europe* (Trento: University of Trento, 2014), p.296.

Para os propósitos atuais, é particularmente relevante notar que, no caso Goodwin, o próprio Tribunal restringiu sua decisão a “transexuais operados”⁹. Em outras palavras, embora considere a identidade de gênero da pessoa como fator determinante para o reconhecimento de gênero, tal reconhecimento ainda depende de uma modificação corporal por meio de terapia hormonal ou cirurgia. Segundo tal abordagem, o reconhecimento legal do gênero mantém-se vinculado a uma perspectiva anatômica que Alex Shape chamou de (bio)lógica¹⁰. Conforme Damian Gonzalez-Salzberg resumiu em relação à posição do Tribunal à época, o sexo legalmente relevante “não mais é determinado por uma verdade ‘biológica’ imutável do corpo, mas é encontrado na anatomia cirurgicamente modificada da genitália transexual”¹¹.

Uma preocupação similar à (bio)lógica pode ser encontrada em vários casos ostensivamente estabelecidos de reconhecimento legal de gênero para pessoas não-binárias – embora mantenha o foco na anatomia, seria mais adequado falar em “sexo legal” do que “gênero legal”¹². Talvez isso esteja mais evidenciado no caso *Norrie*, no qual o Supremo Tribunal da Austrália entendeu pela admissibilidade da mudança do sexo legal do requerente de “masculino” para “não-específico”¹³. Isso se deu com base no pedido formulado pelo requerente de que o “objetivo do Registro é demonstrar a verdade sobre os assuntos consignados no Registro da melhor maneira possível” e que, à luz do sexo “ambíguo” do requerente, “isso seria levar desinformação ao Registro ao classificá-lo como masculino ou feminino”¹⁴. Conforme sustentado por Neuman Wipfler, o Supremo Tribunal entende o gênero legal como

⁹ Goodwin (2002) 35 E.H.R.R. 447, por exemplo, nos itens [90], [100], e [108]; confirmado em Stella Nunez contra France (App. No.18367/06), decisão de 27 de maio de 2008; em sentido contrário Opinião Consultiva OC 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 24 de novembro de 2017, por exemplo, nos itens [127] e [146].

¹⁰ Sharpe, *Transgender Jurisprudence. Dysphoric Bodies of Law* (2002), particularmente capítulos 3 e 4.

¹¹ 10 D.A. Gonzalez-Salzberg, “The Accepted Transsexual and the Absent Transgender: A Queer Reading of the Regulation of Sex/Gender by the European Court of Human Rights” (2014) 29 *American University International Law Review* 797, 817; veja também R. Sandland, “Crossing and Not Crossing: Gender, Sexuality and Melancholy in the European Court of Human Rights” (2003) 11 *Feminist Legal Studies* 191, 200.

¹² Enquanto eu considero o sexo socialmente construído (ver, por exemplo, SJ Kessler, *Lessons from the Intersexed* (New Brunswick, NJ: Rutgers University Press, 1998)), eu o uso aqui como uma referência à biologia (e à anatomia em particular) no sentido que o discurso legal normalmente faz.

¹³ Suprema Corte da Austrália, *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie* [2014] HCA 11.

¹⁴ *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages contra Norrie* [2014] HCA 11 no item [30].

uma forma de reconhecimento da verdade, enquanto “coloca a verdade quanto ao gênero nos genitais da pessoa”¹⁵.

Tal abordagem apresenta uma série de retrocessos. Deixe-me destacar apenas um: a conexão com a terminologia utilizada para a opção não-binária. Antes do recurso ao Supremo Tribunal, o Tribunal de Apelação de Nova Wales do Sul tinha decidido que além do “não específico”, outras “identificações adequadas como ‘intersexo’, ‘andrógino’ ou (sic) ‘transgênero’, bem como outras palavras que surgem como designação da identidade sexual reconhecidas, podem ser registradas”¹⁶. Em que pese se tratar de uma manifestação relativamente vaga, a referência a “identificações” e “designação de *identidade* sexual”, bem como a menção ao termo “transgênero”, que é normalmente mais relacionado à identidade e expressão de gênero do que a biologia e anatomia¹⁷, introduz um elemento baseado na identidade autodeclarada na abordagem do Tribunal de Apelação. A decisão do Supremo Tribunal, por outro lado, mantém-se firmemente baseada na perspectiva inteiramente (bio)lógica. Consequentemente, rejeita a multiplicidade de possibilidade de termos proposta pelo Tribunal de Apelação e, em sentido contrário, apenas permitiu o termo “não-específico” para abranger todas aquelas pessoas cujo sexo seja considerado “ambíguo”¹⁸. Algumas pessoas não-binárias podem aceitar ou mesmo preferir tal designação, contudo conforme o desenvolvimento do sistema legal alemão que será trazido a seguir vai demonstrar, muitos entenderão que isso não é suficiente, conforme observou Wallbank, pois sua vagueza faz com que não se pareça tanto com “um ‘terceiro’ Sexo Legal, mas como um Sexo Legal abrangente que não indica qualquer indicação de Sexo Legal ou um Sexo Legal não-sexual”¹⁹.

¹⁵ 4 A.J.A. Neuman Wipfler, “Identity Crisis: The Limitations of Expanding Government Recognition of Gender Identity and the Possibility of Genderless Identity Documents” (2016) 39 Harvard Journal of Law and Gender 491, 514; veja também R. Wallbank, “Australia”, in J.M. Scherpe (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons* (Cambridge et al.: Intersentia, 2015), p.518.

¹⁶ NSW Court of Appeal, *Norrie v NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages* [2013] NSWCA 145 at [205] (per Beazley ACJ, grifos no original).

¹⁷ Veja, por exemplo, a definição do termo trazida por S. Stryker, “My Words to Victor Frankenstein above the Village of Chamounix: Performing Transgender Rage”, em S. Stryker and S. Whittle (eds), *The Transgender Studies Reader* (New York: Routledge, 2006), pp.254–255; e, em relação ao termo “intersex”, P. Currah, R.M. Juang and S. Price Minter, “Introduction”, em P. Currah, R.M. Juang and S. Price Minter (eds), *Transgender Rights* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006), p.xv

¹⁸ Supremo Tribunal da Austrália, *Norrie* [2014] HCA 11 no item [31] e [35]

¹⁹ Wallbank, “Australia”, in Scherpe (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons* (Cambridge et al.: Intersentia, 2015), p.520.

À luz dos recentes julgados parece improvável que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos venha realmente a ter por base essa “classificação sexual” ao estabelecer o reconhecimento legal do gênero para pessoas não-binárias. Ainda que nunca tenha formalmente abandonado sua crença no (bio)lógico, em seu julgamento no caso *AP, Garçon e Nicot* entendeu pela violação ao art. 8 da CEDH já que o reconhecimento legal do gênero estava condicionado à “cirurgia de esterilização ou a tratamento que, ante a sua natureza e intensidade, implicava em uma alta probabilidade de esterilidade”²⁰. A intervenção cirúrgica em geral não é discutida explicitamente, nem mesmo a relação do julgamento com a noção de “transexuais pós-operados” como se encontra no caso Goodwin – contudo a importância da integridade física é amplamente enfatizada ao longo do julgamento²¹, sendo difícil se imaginar como a abordagem anterior poderia ser mantida sem o risco de inconsistência. A menos que o Tribunal adote uma postura altamente conservadora não poderá replicar o caso Norrie na perpetuação do (bio)lógico e tratando o registro da “verdade” anatômica como a justificativa do reconhecimento legal de gênero das pessoas não-binárias.

2. DE UMA "POSIÇÃO ANÔMALA" A UMA "DESIGNAÇÃO AFIRMATIVA"

Embora a decisão do caso Goodwin se mantenha atrelada à concepção (bio)lógica, ela também trouxe outros elementos para o reconhecimento do gênero legal, que vão além do reconhecimento anatômico da “verdade”. Uma das passagens mais frequente e entusiasticamente citadas desse julgamento afirma que a falta de reconhecimento legal do gênero leva a um “conflito entre a realidade social e a legal” que “coloca o transexual em uma condição anômala, na qual ele ou ela pode

²⁰ AP, Garçon e Nicot contra França (App. Nos 79885/12, 52471/13 e 52596/13), julgamento de 6 de abril de 2017 [120].

²¹ AP, Garçon e Nicot contra França (App. Nos 79885/12, 52471/13 e 52596/13) no item [123], [127] e [131]-[133]; veja também item [130] que trata de “tratamento médico” em geral, e considera que não é “o objeto de consentimento genuíno” quando aplicado como uma condição prévia para o reconhecimento legal de gênero; ainda, a restrição clara e presumivelmente deliberada do julgamento à questão da esterilização, por exemplo no item [120] e [135], deixa dúvidas quanto a futura abordagem do Tribunal.

experimentar sentimentos de vulnerabilidade, humilhação e ansiedade”²². Além de observar o uso dos pronomes "ele ou ela", que confirmam a perspectiva binária do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, também podemos considerar a referência à "realidade social". Para muitos homens e mulheres trans, esse é um conceito compreensível - eles, em algum momento durante ou após a transição, serão reconhecidos como homens ou mulheres, respectivamente, e, obtendo reconhecimento legal de seu gênero, a chance de não serem identificados como tais (e sim como transexuais) se faz bastante reduzida. Dessa maneira, como coloca Paul Kavanagh, eles podem alcançar "a liberdade, como todo mundo, de transitar tranquilamente na multidão"²³.

Essa é uma lógica importante, pois conseguir se misturar na população sem ser notado certamente deve ser uma possibilidade a quem assim o desejar. No entanto, mesmo dentro do gênero binário essa lógica tampouco cobre todos os homens e mulheres trans, particularmente aqueles cuja “realidade social” é menos clara já que eles não se ajustam aos estereótipos de gênero quanto à sua conduta e aparência²⁴. A maioria dos regimes jurídicos, incluindo os tribunais que tradicionalmente se mostram bastante ativos no combate a regimes restritivos de reconhecimento legal de gênero, continuam aceitando pré-condições relacionadas à aparência visual das pessoas trans como legítimas²⁵, forçando-as, assim, a criar uma “realidade social” ostensivamente condizente, a qual se revela conflitante com a classificação legal a eles atribuída antes de que consigam alterá-la.

Concentrar-se especificamente no reconhecimento de pessoa não-binária confere aos problemas relacionados a essa abordagem grande relevância. Considerando que a perspectiva binária continua profundamente gravada na maioria das sociedades (ocidentais), podemos imaginar como seria uma “realidade social” culturalmente clara para pessoas não-binárias? Mesmo nas raras hipóteses em que a apresentação de gênero de uma pessoa se mostra tão diferente do ordinariamente esperado, a ponto de não poder ser facilmente identificada como homem ou mulher,

²² Goodwin (2002) 35 E.H.R.R. 447 no item [77].

²³ P. Kavanagh, “Slipping Quietly into the Crowd—UK Transsexuals Finally out of Exile” (2005) 9 Mountbatten Journal of Legal Studies 21, 42.

²⁴ Veja criticamente Sharpe, *Transgender Jurisprudence. Dysphoric Bodies of Law* (2002), p.78.

²⁵ Tribunal Constitucional Federal Alemão, decisão de 11 de janeiro de 2011, BVerfGE vol.128, 109, 130.

ainda assim elas serão considerados segundo a concepção binária, levando à confusão, na melhor das hipóteses - “Quase vos tomara por mulheres; no entanto vossas barbas não me permitem dar-vos esse nome”²⁶, ou à violência, na pior²⁷. Improvável, portanto, que pessoas não-binárias sejam capazes de “transitar tranquilamente na multidão”.

Para ser claro, ao adaptar sua apresentação de gênero em alguma medida, algumas pessoas não-binárias podem apresentar-se como pessoas do gênero masculino ou feminino. Contudo o ponto central é que a constituição de um gênero legal não-binário tornará isso ainda *mais difícil*, vez que os mostrará como uma variação do gênero binário naquelas hipóteses em que o gênero legal se faz relevante, o que os deixará ainda mais expostos²⁸. Em outras palavras, ao contrário do argumento da Corte Europeia de Direitos Humanos de que o reconhecimento do gênero legal (dentro da concepção binária) permite que pessoas trans passem por cisgêneros e evita uma “posição anômala”, o reconhecimento de legal de gênero para pessoas não-binárias expõe, confirmando sua *diferença* ante ao entendimento dominante quanto ao gênero. Longe de permitir “transitar tranquilamente na multidão”, acaba por transforma-se, em certo sentido, na confirmação de um posicionamento involuntário de desafio perante o gênero binário.

O julgamento do Tribunal Constitucional alemão é particularmente útil para ilustrar essa mudança na perspectiva. O ponto crucial desse caso era se um espaço em branco, como já previsto na legislação alemã, para designar pessoas intersexo²⁹, conferiria reconhecimento legal de gênero bastante. O Tribunal Constitucional declarou que não:

“O espaço em branco mantém o modelo exclusivamente binário de gênero e cria a impressão de que o reconhecimento legal de uma identidade de gênero adicional não é uma opção, com o campo de gênero legal

²⁶ William Shakespeare, Macbeth, I.3.

²⁷ Veja, genericamente, V. Namaste, Invisible Lives: The Erasure of Transsexual and Transgendered People (Chicago: University of Chicago Press, 2000), ch.6, especialmente p.144 no gênero binário.

²⁸ Daí a importância de evitá-lo para aqueles que não o desejam; veja nota 57 abaixo.

²⁹ Parágrafo 22(3) da Lei de Personalidade Civil (PStG), inserido pela emenda de 7 de maio de 2013, Bundesgesetzblatt 2013 I, p.1122: “Se a criança não puder ser designada como do sexo feminino nem masculino, a entrada no registro de nascimento deve ser feita sem essa especificação”. Devo observar que, embora meu foco aqui seja o reconhecimento não-binário, seja para as pessoas intersexuais que se identificam como tais ou para as pessoas trans, esse problema não pode resolver a preocupação mais premente de muitos ativistas intersexuais: impedir cirurgias não consensuais em bebês intersexuais; veja R. Hupf, “Allyship to the Intersex Community on Cosmetic, Non-Consensual Genital ‘Normalizing’ Surgery” (2015) 22 William & Mary Journal of Women and the Law 73.

que se mostra apenas vazio, não resolvido ou esquecido. Isso não caracteriza o reconhecimento da experiência de gênero do requerente”³⁰

O legislador foi instruído a adaptar o regime de gênero legal adequadamente. Renunciar à noção de gênero legal em sua totalidade seria uma opção permitida³¹, contudo caso venha a ser mantida tal noção de gênero legal, todas as opções atuais (homem, mulher e espaço em branco) haveriam de remanescer³², contudo haveria de ser complementada por uma alternativa adicional de “designação uniforme afirmativa” (einheitliche positive Bezeichnung)³³.

Essa noção de uma designação *afirmativa* (ou “terminologia empoderadora”, nos termos utilizados por um relatório australiano³⁴) no lugar de um espaço em branco torna particularmente claro o ponto do reconhecimento legal do gênero para pessoas não-binárias. O Tribunal Constitucional argumentou ainda que a falta dessa designação “torna mais difícil para os interessados em estar em um local público e ser percebido pelos outros como alguém do gênero ao qual pertencem” e que isso contribui, nas relações cotidianas influenciadas pelo gênero legal, a uma falta de reconhecimento com a “auto-evidência” (Selbstverständlichkeit) como alguém do gênero masculino ou feminino³⁵. Uma designação afirmativa, pode-se concluir por contraste, seria um passo no sentido de capacitar pessoas não-binárias, interrompendo a auto-evidência do gênero binário – o reconhecimento proativo pela lei “poderia ter um poderoso efeito de validação pessoal e de autorização social”³⁶. Tal

³⁰ Tribunal Constitucional Federal alemão, App. No.1 BvR 2019/16 no item [43]. (tradução do autor)

³¹ Tribunal Constitucional Federal alemão, App. No.1 BvR 2019/16 no item [50], [52] and [65]; quanto aos méritos dessa opção, veja Grietje Baars, “The Politics of Recognition and the Limits of Emancipation through Law” (29 de novembro de 2017), <http://verfassungsblog.de/the-politics-of-recognition-and-the-limits-of-emancipation-through-law/> [Acesso em 25 de maio de 2018].

³² Tribunal Constitucional Federal alemão, App. No.1 BvR 2019/16 no item [51] e [65].

³³ Tribunal Constitucional Federal alemão, App. No.1 BvR 2019/16 no item [65].

³⁴ Comissão australiana de Direitos Humanos, “Sex Files: The Legal Recognition of Sex in Documents and Government Records” (The Sex and Gender Diversity Project, Concluding Paper, 2009), pp.3 and 33–34.

³⁵ Tribunal Constitucional Federal alemão, App. No.1 BvR 2019/16 no item [48]; veja também, quanto às relações cotidianas, J.T. Theilen, “Intersexualität bleibt unsichtbar: Kritische Anmerkungen zum Beschluss des Bundesgerichtshofs zu nicht-binären Eintragungen im Personenstandsrecht” (2016) 69 Das Standesamt 295, 299–300, relativo aos debates legislativos quanto ao §.22(3) PStG.

³⁶ T. Bennett, “No Man’s Land’: Non-Binary Sex Identification in Australian Law and Policy” (2014) 37 UNSW Law Journal 847, 866–867; veja também Theilen, “Intersexualität bleibt unsichtbar: Kritische Anmerkungen zum Beschluss des Bundesgerichtshofs zu nicht-binären Eintragungen im Personenstandsrecht” (2016) 69 Das Standesamt 295, 299–300; G. Schreiber, “Geschlecht als

como se dá com os homens e mulheres trans que não são vistos como inseridos, sem qualquer ambiguidade, como pertencentes ao gênero masculino ou feminino, respectivamente, o reconhecimento legal de gênero para pessoas não-binárias acaba por "colocar o peso do estado atrás da pessoa trans" nas interações cotidianas³⁷, e fornece "uma base legal a ser aplicada em situações de erro quanto ao reconhecimento de gênero percebido"³⁸.

3. AUTODETERMINAÇÃO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

Deixe-me aprofundar o assunto por meio de um prisma diferente. Outra lógica que muitas vezes se tem por subjacente ao reconhecimento legal de gênero é a autonomia pessoal ou a *autodeterminação*. Por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos citou essas noções tanto no caso *Goodwin* quanto em vários julgamentos subsequentes³⁹. Da mesma forma, foi adotado por outros tribunais como o princípio comum subjacente ao reconhecimento legal de gênero de qualquer tipo, incluindo o reconhecimento de pessoas não-binárias. O Tribunal Constitucional alemão baseou seu argumento no direito geral à autodeterminação da personalidade, indissociável do reconhecimento legal da identidade de gênero⁴⁰, enquanto o Supremo Tribunal da Índia, no julgamento da NALSA⁴¹ de reconhecimento de um "terceiro gênero", referiu-se repetidamente a princípios como autonomia pessoal e autodeterminação ao longo de seu raciocínio⁴².

Leerstelle? Zur Verfassungsbeschwerde 1 BvR 2019/16 gegen die Versagung eines dritten Geschlechtseintrags" (2017) *Ethik und Gesellschaft* 1, 22.

³⁷ Veja Neuman Wipfler, "Identity Crisis: The Limitations of Expanding Government Recognition of Gender Identity and the Possibility of Genderless Identity Documents" (2016) 39 *Harvard Journal of Law and Gender* 491, 541.

³⁸ D. Cooper and F. Renz, "If the State Decertified Gender, What Might Happen to its Meaning and Value?" (2016) 43 *Journal of Law and Society* 483, 496.

³⁹ *Goodwin* (2002) 35 E.H.R.R. 447 at [90]; *van Kück v Germany* (2003) 37 E.H.R.R. 51 no item [73]; *YY contra Turquia* (App. No.14793/08), julgamento de 10 de março de 2015 no item [102]; *AP, Garçon e Nicot contra França* (App. Nos 79885/12, 52471/13 e 52596/13), julgamento de 6 abril de 2017 no item [93]; Veja também Corte Interamericana de Direitos Humanos, opinião consultiva OC-24/17, especialmente no item [88] e [127]

⁴⁰ Tribunal Constitucional Federal alemão, App. No.1 BvR 2019/16 no item [45].

⁴¹ National Legal Services Authority (NALSA), Autoridade Nacional de Serviços Jurídicos - Nota do tradutor.

⁴² Supremo Tribunal da Índia, National Legal Services Authority (NALSA) v Union of India, Writ Petition (Civil) No.400 de 2012, esp. No item [74]; veja também, por exemplo, nos itens [20], [61], [67]-[68] e [70] (per K.S. Radhakrishnan, J) e nos itens [114], [121] e [123] (per A.K. Sikri, J).

Se parece existir um consenso geral sobre a importância da autodeterminação como uma justificativa para o reconhecimento legal de gênero, muito se deve sobre a forma como esse conceito é entendido. Judith Butler fez a distinção entre dois conceitos distintos: um que é “individualista, se não libertário⁴³”, e um que é mais sensível ao contexto social. Ela se mostra favorável a este último, sustentando que “devemos fazer parte de um tecido social maior de existência para criar quem somos⁴⁴ e que “a autodeterminação se torna um conceito plausível apenas no contexto de um mundo social que apoia e permite [um] exercício de autonomia⁴⁵. De fato, ambas as abordagens discutidas na seção anterior - permitindo que homens e mulheres trans “transitem tranquilamente na multidão”, além de conferir a declaração legal às pessoas não-binárias, em alguma medida, levam em consideração o contexto cotidiano no qual as pessoas trans estão situadas, ou seja, suas interações com outras pessoas que tenham uma compreensão de gênero. Nesse sentido, as duas abordagens são estruturalmente semelhantes, ainda que depois essas interações entre um indivíduo e a sociedade em geral caminhem em direções muito diferentes (a possibilidade de passar e a afirmação da diferença, respectivamente).

Essas diferenças se tornam mais evidentes quando ampliamos nossa perspectiva para incluir as implicações de um entendimento contextualizado da autodeterminação. Assumindo que a autodeterminação só é possível dentro de "um tecido social maior de existência", Judith Butler argumenta que "mudar as instituições pelas quais a escolha humanamente viável é estabelecida e mantida é um pré-requisito para o exercício da autodeterminação" e, portanto, que "a autonomia individual está ligada à crítica social e à transformação social"⁴⁶. Noutras palavras: se a autodeterminação depende do contexto da sociedade, torna-se crucial alterar o referido contexto de forma a possibilitar cada vez mais a autodeterminação.

Esse aspecto se faz totalmente ausente na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que aceita o direito ao reconhecimento legal de gênero

⁴³ J. Butler, “Undiagnosing Gender”, in *Undoing Gender* (New York and London: Routledge, 2004), p.85.

⁴⁴ Butler, “Undiagnosing Gender”, in *Undoing Gender* (2004), pp.100–101.

⁴⁵ J. Butler, “Introduction: Acting in Concert”, em *Undoing Gender* (New York and London: Routledge, 2004), p.7.

⁴⁶ 4 Butler, “Introduction: Acting in Concert”, em *Undoing Gender* (2004), p.7

em alguns contextos, mas apenas de forma a *não desafiar normas sociais de gênero mais amplas, como o gênero binário*⁴⁷. A título de contraposição, considere o julgamento NALSA: o juiz Sikri do Supremo Tribunal Federal indiano, em particular, argumentou que o reconhecimento legal do "terceiro gênero" pode apenas constituir o "começo" de um movimento mais amplo para "uma vida digna de pessoas transgênero"⁴⁸. Às vezes, ele observa, "uma mudança na lei precede a mudança social e até mesmo objetiva estimulá-la"; visando trazer uma "completa mudança de paradigma" – ou seja, ir além do gênero binário em um contexto social mais amplo – a lei deve exercer um "papel mais predominante"⁴⁹. O juiz Radhakrishnan do Supremo Tribunal Federal indiano, de maneira similar, argumentou no primeiro parágrafo do julgamento que "a falha moral repousa na relutância da sociedade em adotar ou abraçar a ideia de diferentes identidades e expressões de gênero, *uma mentalidade que precisamos mudar*"⁵⁰.

Unindo essas várias vertentes argumentativas, eu poderia propor que uma importante lógica de reconhecimento legal de gênero para pessoas não-binárias que se extrai dos diversos julgamentos em nível nacional é a ideia de se promover a autodeterminação naquilo que Butler chama de "um tecido social maior de existência"⁵¹. Nessa abordagem, o reconhecimento legal de gênero constitui uma

⁴⁷ Veja Gonzalez-Salzberg, "The Accepted Transsexual and the Absent Transgender: A Queer Reading of the Regulation of Sex/Gender by the European Court of Human Rights" (2014) 29 American University International Law Review 797, 826; Sandland, "Crossing and Not Crossing: Gender, Sexuality and Melancholy in the European Court of Human Rights" (2003) 11 Feminist Legal Studies 191 and 201; E. Bjorge, "Sexuality Rights under the European Convention on Human Rights" (2011) 29 Nordic Journal of Human Rights 158, 183; veja também, mais genericamente, S. Cowan, "Looking Back (To)wards the Body: Medicalization and the GRA" (2009) 18 Social and Legal Studies 247, 248; L. Westbrook and K. Schilt, "Doing Gender, Determining Gender: Transgender People, Gender Panics, and the Maintenance of the Sex/Gender/Sexuality System" (2014) 28 Gender and Society 32, 52; Travis, "Accommodating Intersexuality in European Union Anti-Discrimination Law" (2015) 21 European Law Journal 180, 191.

⁴⁸ Supremo Tribunal da Índia, NALSA Writ Petition (Civil) No.400 de 2012 no item [114] (per A.K. Sikri, J); o requerente no processo judicial perante os tribunais alemães confirmou da mesma forma que o reconhecimento legal de gênero "é, obviamente, apenas um primeiro passo" "Ich bin weder Mann noch Frau". Vanja über die Kampagne für eine dritte Option" (5 de janeiro de 2015), <http://www.taz.de/!5024783/> [Acesso em 25 de maio de 2018].

⁴⁹ Supremo Tribunal da Índia, NALSA Writ Petition (Civil) No.400 de 2012 item [119] (per A.K. Sikri, J)

⁵⁰ NALSA Writ Petition (Civil) No.400 de 2012 item [1] (per K.S. Radhakrishnan, J; grifos nossos); essas declarações estão alinhadas com (e sem dúvida o resultado da) autopercepção ativista do Tribunal (veja, por exemplo, M. Guruswamy and B. Aspatwar, "Access to Justice in India: The Jurisprudence (and Self-Perception) of the Supreme Court", in D. Bonilla Maldonado (ed.), Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia (Cambridge: Cambridge University Press, 2013)), mas sua essência poderia muito bem ser aplicada a reformas legais sem contribuição judicial.

⁵¹ Veja nota 42 acima.

afirmação legal de identidades não-binárias, mesmo que compreenda que sua luta não termina com a lei⁵², mas que a autodeterminação só pode ocorrer dentro de um contexto social mais amplo com normas de gênero que a impõe. Uma “designação afirmativa” para as pessoas não binárias que desejarem, como proposto pelo Tribunal Constitucional alemão, idealmente os apoiaria nas interações cotidianas nas quais o gênero legal se torna relevante e, ao fazê-lo, serve para desafiar o gênero binário e trazer mudanças sociais de forma mais geral.

4. AS IMPLICAÇÕES DE DIFERENTES LÓGICAS

Tratei separadamente de diferentes lógicas para o reconhecimento legal de gênero de pessoas não-binárias por uma questão de clareza analítica, mas é importante observar que, na prática, elas geralmente não aparecem de maneira tão clara. Por exemplo, enquanto no caso *Norrie* se enfatiza mais fortemente a lógica de registrar a "verdade" anatômica, elementos (bio)lógicos também se destacam nos julgamentos do Supremo Tribunal da Índia e do Tribunal Constitucional alemão. O primeiro classificou as hijras como “terceiro gênero” em parte porque elas “não têm capacidade de reprodução como homens ou mulheres”⁵³ que, como observou Aniruddha Dutta, “homogeneiza a comunidade hijra em termos biológicos redutivos” e apresenta questões de super e sub-inclusão⁵⁴, em que pese em outras passagens

⁵² Veja também Currah, Juang and Price Minter, “Introduction”, em Currah, Juang and Price Minter (eds), *Transgender Rights* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006), p.xxiii; L.M. Giosa, M.V. Schiro and P. Dunne, “Argentina”, in J.M. Scherpe (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons* (Cambridge et al.: Intersentia, 2015), p.584; ACT Law Reform Advisory Council, “Beyond the Binary: Legal Recognition of Sex and Gender Diversity in the ACT” (2012), pp.48–49.

⁵³ Supremo Tribunal da Índia, NALSA Writ Petition (Civil) No.400 de 2012 no item [11] (per K.S. Radhakrishnan, J).

⁵⁴ A. Dutta, “Contradictory Tendencies: The Supreme Court’s NALSA Judgment on Transgender Recognition and Rights” (2014) 5 *Journal of Indian Law and Society* 225, 230; por esse motivo e por outros, o julgamento foi recebido muito criticamente pelos ativistas locais: veja, por exemplo, Gee Imaan Semmalar, “Gender Outlawed: The Supreme Court Judgment on Third Gender and Its Implications” (19 de abril de 2014),

https://roundtableindia.co.in/index.php?option=com_content&view=article&id=7377:because-we-have-a-voice-too-the-supreme-court-judgment-on-third-gender-and-its-implications&catid=120&Itemid=133 [Acesso em 25 de maio de 2018]. Veja também, mais genericamente, E.B. Towle and L.M. Morgan, “Romancing the Transgender Native: Rethinking the Use of the ‘Third Gender’ Concept”, em S. Stryker and S. Whittle (eds), *The Transgender Studies Reader* (New York: Routledge, 2006).

do mesmo julgamento mostrar uma retórica forte a favor da autodeclaração, independentemente do status biológico⁵⁵. O raciocínio do Tribunal Constitucional alemão refere-se de maneira semelhante a noções gerais de autodeterminação que se baseiam em sua jurisprudência anterior sobre pessoas trans e, portanto, podem ser lidas de maneira abrangente – contudo, à luz dos fatos do caso, a decisão é formalmente restrita a pessoas intersexuais ou, como o Tribunal coloca, “pessoas cujo desenvolvimento sexual apresenta variações em relação ao desenvolvimento sexual masculino ou feminino”⁵⁶. Resta, portanto, ver quão inclusiva será a resposta do legislador⁵⁷.

Apesar dessas fusões, eu argumentaria que o reconhecimento legal de gênero para pessoas não-binárias assumirá uma forma diferente, dependendo, principalmente, de qual(is) justificativa(s) a(s) fundamenta(m). Das possíveis lógicas analisadas acima, por exemplo, o foco no registro da "verdade" anatômica levará a um sistema relativamente estático, exclusivo para aquelas pessoas não-binárias com genitália que não possa ser lida como "ambígua" – e na pior das hipóteses, uma categoria não-binária ou “não-específica” que é *super-inclusiva* de algumas pessoas intersexuais e trans com base em sua anatomia mesmo que eles se identifiquem como homem ou mulher⁵⁸. É importante manter o foco na possibilidade de “transitar tranquilamente na multidão”, como encontrado em *Goodwin*, para quem deseja⁵⁹, mas é improvável que vá além do gênero binário, dada a mudança que isso causaria. Por fim, uma forma de reconhecimento que busca promover a autodeterminação em um tecido social mais amplo de existência deve ser mais fluída e focar mais fortemente em formas empoderadoras de “designação afirmativa”, além de buscar ir além da lei de registro civil para reformar outras áreas do direito e afastar ainda mais a auto-evidência do gênero binário⁶⁰.

⁵⁵ Particularmente o Supremo Tribunal da Índia, NALSA Writ Petition (Civil) No.400 de 2012, quinta diretiva.

⁵⁶ Tribunal Federal Constitucional alemão, App. No.1 BvR 2019/16, primeiro parágrafo dispositivo.

⁵⁷ Veja também Chris Ambrosi, “Die Dritte Option: Für wen?” (29 de novembro de 2017), <http://verfassungsblog.de/die-dritte-option-fuer-wen/> [Acesso em 25 de maio de 2018].

⁵⁸ Neuman Wipfler, “Identity Crisis: The Limitations of Expanding Government Recognition of Gender Identity and the Possibility of Genderless Identity Documents” (2016) 39 Harvard Journal of Law and Gender 491, 514; Bennett, “No Man’s Land’: Non-Binary Sex Identification in Australian Law and Policy” (2014) 37 UNSW Law Journal 847, 859.

⁵⁹ Veja genericamente S. Ahmed, *Queer Phenomenology* (Durham, NC: Duke University Press, 2007), p.177.

⁶⁰ Veja, por exemplo, Supremo Tribunal da Índia, NALSA Writ Petition (Civil) No.400 de 2012 item [75] (per K.S. Radhakrishnan, J) em contraposição com s.32J(1) do New South Wales Births, Deaths and

As diferentes lógicas tornam-se, talvez, ainda mais evidentes se considerarmos quando o reconhecimento legal de gênero deve ocorrer. Enquanto o registro da “verdade” anatômica continuar sendo um objetivo do estado, o sistema de registro atualmente mais utilizado de se registrar logo após o nascimento – geralmente com base em sexo físico – pode-se dizer que contribui para esse objetivo. No entanto, se a lógica do reconhecimento legal de gênero é promover a autodeterminação dentro de um tecido social maior de existência, a classificação por outros critérios, antes que o gênero legal possa ser auto-designado, simplesmente não faz sentido⁶¹ - ao contrário, essas classificações impostas externamente constituem uma desnecessária "marca legal numa criança", como Darren Rosenblum colocou memoravelmente⁶². Assim, se for para levar a sério a lógica de promover a autodeterminação, é indiscutível que não deve haver a discussão de gênero legal quando do nascimento, mas em um momento posterior, quando se puder ter por base a identidade de gênero e não o sexo.

CONCLUSÃO

Resta ver, é claro, como os vários tribunais por toda a Europa se sairão quando confrontados com requerentes não-binários – ou se reformas legislativas se mostrarão o terreno mais fértil. No que diz respeito à proteção regional dos direitos humanos, o artigo 8 da CEDH é certamente amplo o suficiente para acomodar reivindicações de requerentes não-binários⁶³. Argumentei que a recente jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos lançou as bases para que se supere a perspectiva (bio)lógica e que, mesmo no caso *Goodwin*, se fez referência à noção de autodeterminação, demonstrando-se sensível ao contexto social. Tais elementos poderiam ser construídos, contudo a noção de contexto social precisa ser

Marriages Registration Act 1995; na difícil questão do gênero legal “tonar possível”, veja Cooper and Renz, “If the State Decertified Gender, What Might Happen to its Meaning and Value?” (2016) 43 *Journal of Law and Society* 483, 500 (grifos no original).

⁶¹ Neuman Wipfler, “Identity Crisis: The Limitations of Expanding Government Recognition of Gender Identity and the Possibility of Genderless Identity Documents” (2016) 39 *Harvard Journal of Law and Gender* 491, 529.

⁶² Darren Rosenblum, “For Starters, ‘Unsex’ the Birth Certificate” (3 November 2015), *New York Times*, <https://www.nytimes.com/roomfordebate/2014/10/19/is-checking-the-sex-box-necessary/for-starters-unsex-the-birth-certificate> [Acesso em 25 de maio de 2018].

⁶³ Como evidenciado por sua interpretação preliminar nos processos austríacos em andamento: veja Tribunal Constitucional austríaco, decisão de 14 de março de 2018, E 2918/2016-29.

repensada no sentido de ir além da ênfase de apenas permitir que pessoas trans "transitem tranquilamente na multidão" mas que, além disso, também garanta uma forma de "designação afirmativa" que realmente desafie o gênero binário.

À luz da abordagem, geralmente cautelosa, do Tribunal de Estrasburgo nos últimos anos para assuntos delicados que envolvam mudanças estruturais, pode parecer improvável que seja adotada uma postura tão progressista: como Merris Amos colocou recentemente em um contexto diferente, o Tribunal "não está disposto a ser o catalisador da mudança"⁶⁴. Ter no consenso europeu um método interpretativo torna as coisas ainda mais complicadas. No caso *AP, Garçon e Nicot*, por exemplo, o Tribunal reconheceu os graves problemas relacionados ao tratamento de identidades transgêneros como um distúrbio psicológico⁶⁵, mas mesmo assim observou que "a existência de um diagnóstico psiquiátrico apresenta-se como um dos pré-requisitos necessários ao reconhecimento legal da identidade de gênero de pessoas transgênero na grande maioria dos quarenta Estados Membros que permitem tal reconhecimento" e sem vislumbrar qualquer infração⁶⁶. Dada a relativa escassez de reconhecimento legal de gênero para pessoas não-binárias na Europa até agora, há uma chance de que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos faça uso de um argumento similar para negar tal reconhecimento, ou restringi-lo a um lógica minimalista para voltar ao (bio)lógico.

Espero ter deixado claro que tal abordagem não seria satisfatória. Na melhor das hipóteses, o reconhecimento legal de gênero para pessoas não-binárias pode promover a autodeterminação dentro de um tecido social de existência mais amplo. Na pior das hipóteses, no entanto, pode ser usado como "uma maneira de purificar" as categorias pré-existentes, em vez de desafiá-las⁶⁷, e contribuir ainda mais para a estigmatização de pessoas trans, intersexuais e não-binárias. Nem todo movimento legal para além do gênero binário é progressivo: alguns podem ser prejudiciais.

⁶⁴ M. Amos, "Can European Consensus Encourage Acceptance of the European Convention on Human Rights in the United Kingdom?", em P. Kapotas and V. Tzevelekos (eds), *Building Consensus on European Consensus: Judicial Interpretation of Human Rights in Europe and Beyond* (Cambridge: Cambridge University Press, forthcoming 2018), ms p.30.

⁶⁵ Veja J.T. Theilen, "Depathologisation of Transgenderism and International Human Rights Law" (2014) 14 *Human Rights Law Review* 327.

⁶⁶ *AP, Garçon and Nicot contra França* (App. Nos 79885/12, 52471/13 e 52596/13), julgamento de 6 de abril de 2017 item [139].

⁶⁷ Gina Wilson, "On *Norrie v NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages*" (22 de junho de 2013), *Intersex Human Rights Australia*, <http://oii.org.au/22681/norrie-v-nsw-registrar-of-births-deaths-and-marriages/> [Acesso em 25 de maio de 2018].