PABLO ANTONIO LAGO

**Estado e Moralidade Sexual: Respondendo aos Pleitos Jurídicos
de Pessoas Transgêneras**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Ronaldo Porto Macedo Junior

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2017

PABLO ANTONIO LAGO

**Estado e Moralidade Sexual: Respondendo aos Pleitos Jurídicos
de Pessoas Transgêneras**

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração em Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Professor Titular Dr. Ronaldo Porto Macedo Junior.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2017

Para meu amado pai, Antonio Lago.

AGRADECIMENTOS

Foi-me particularmente desafiador evitar que convicções filosóficas e políticas reduzissem o tema que estudo nesta tese a uma série de afirmações de cunho ativista. Isso não significa que tais afirmações sejam “erradas”, mas sim que são metodologicamente inadequadas, considerando os objetivos de uma pesquisa acadêmica que se pretenda analítica. Neste sentido, meus primeiros e principais agradecimentos vão para meu orientador, Ronaldo Porto Macedo Junior, quem me acompanha desde o mestrado. Sem seu auxílio, através da leitura crítica e atenta dos inúmeros textos que lhe encaminhei ao longo do doutorado, esta tese não seria possível. É sem dúvida um privilégio poder contar com um orientador e amigo cujas indagações enriquecem significativamente nosso trabalho.

José Reinaldo de Lima Lopes e Paulo Baptista MacDonald também contribuíram com o presente trabalho, através das relevantes observações que fizeram em minha banca de qualificação. A José Reinaldo agradeço, ainda, a constante amizade e consideração.

Quanto aos colegas e amigos da pós-graduação, agradeço especialmente a Leonardo Rosa, Horácio Neiva, Clarissa Gross e Daniel Murata. Com eles tive o prazer de compartilhar alguns semestres em frutíferas atividades de monitoria, e em vários momentos se mostraram importantes interlocutores. Sou grato pela amizade e companheirismo acadêmico.

Thales Coimbra tem sido um importante amigo, a quem agradeço os vários diálogos que contribuíram para esta tese, ressaltando ainda minha admiração por sua perseverança constante na luta em prol da população LGBT. A Cláudio Viegas devo a amizade e vários “debates filosóficos” que enriqueceram não apenas este trabalho, mas minha própria vida. Aos amigos Gabriel Viana e William Castanho agradeço o apoio e empatia nos vários momentos em que a vida acadêmica se mostrou difícil.

Faltam-me palavras para agradecer a Hilton de Castro Galvão Filho o companheirismo nestes últimos anos, em absolutamente todos os momentos. Nunca pensei que fosse encontrar alguém tão especial, que me faz tão feliz e por quem nutro a mais profunda admiração. Embora a vida acadêmica nos afaste em alguns momentos, considerando que somos de áreas tão distintas, a cumplicidade e amor nos mantêm sempre próximos. Sua presença foi fundamental para que eu tivesse a energia e perseverança necessárias para concluir este trabalho, que hoje representa o ápice das minhas conquistas. Ainda há muito pela frente, e as incertezas do destino não são nada diante da fé que tenho em seu amor.

Por fim, agradeço a meu pai, Antonio Lago, a quem também dedico esta tese. Devo-lhe absolutamente tudo. É a pessoa a quem mais admiro. É meu maior exemplo. Com ele aprendi e aprendo que devemos seguir sempre em frente, que as adversidades não são o bastante para nos impedir de realizarmos nossos sonhos, e que sempre há tempo para amar. Nunca me cansarei de repetir: orgulho-me em ser seu filho.

RESUMO

LAGO, Pablo Antonio. **Estado e moralidade sexual**: respondendo aos pleitos jurídicos de pessoas transgêneras. 2017. 242 p. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

A presente tese busca identificar e defender os principais direitos de pessoas transgêneras, particularmente aqueles ligados ao dever do Estado de tratar a todos os indivíduos com igual respeito e consideração. Para tanto, além de se basear nas diferentes acepções da expressão “direito” apresentadas por Ronald Dworkin e asseverar as distinções entre direitos morais e políticas (*policies*), é oferecida uma concepção do conceito jurídico de gênero marcada por dois elementos centrais: a expressão de determinado gênero (à luz do espectro masculino/feminino) e o reconhecimento social de que o indivíduo pertence a certa categoria de gênero. Sustenta-se que esta concepção do conceito jurídico de gênero é fundamental para a adequada interpretação e solução de questões jurídicas que levem em consideração o gênero da pessoa, como nas hipóteses da identificação civil (prenome e sexo/gênero), regime previdenciário, aplicação de medidas protetivas e ações afirmativas, dentre outras. Tais argumentos são precedidos de breve explanação sobre o fenômeno da transgeneralidade (que vai muito além do que é tipicamente analisado por juristas), bem como da análise das relações entre Estado e moralidade sexual, o que é feito sobretudo através da crítica à concepção apresentada pelos jusnaturalistas John Finnis e Christopher Tollefsen – a qual, em síntese, entende que o sexo biológico é determinante do gênero pelo qual o indivíduo deverá ser reconhecido socialmente. Em sentido contrário, esta tese defende a separação conceitual entre sexo biológico e gênero, sendo o último o elemento mais relevante para fins jurídicos e sociais. Além disso, a partir da teorização de Ronald Dworkin, argumenta-se que a liberdade de expressão de gênero corresponde a um dos principais direitos morais de pessoas transgêneras, direito este que é fundamental para o exercício da autonomia e independência ética de tais indivíduos. Conclui-se que os conceitos e a teoria defendidos nesta tese correspondem à *rationale* para se responder aos pleitos jurídicos de pessoas transgêneras, inclusive aqueles que não tenham sido expressamente analisados.

Palavras-chave: transgeneralidade; Estado; Direito; moralidade sexual; conceito jurídico de gênero.

ABSTRACT

LAGO, Pablo Antonio. **State and sexual morality**: answering the juridical claims of transgender people. 2017. 242 p. Doctorate Thesis – Faculty of Law, University of Sao Paulo, Sao Paulo, 2017.

This thesis aims to identify and defend the main rights of transgender people, particularly those related to the state's duty to treat all citizens with equal consideration and respect. To do that, this thesis is grounded on the different meanings of "right" presented by Ronald Dworkin, especially on the distinction between moral rights and policies. It is also based on a conception of the juridical concept of gender, which has two central dimensions: the expression of one's gender (on the masculinity/femininity spectrum) and the social recognition that one belongs to a certain gender category. It is argued that this conception of gender is fundamental for the proper interpretation and solution of legal issues involving gender, such as civil identification (name and sex/gender assignment), retirement scheme, protective laws and affirmative policies etc. These arguments are preceded by a brief explanation of transgenderism, which goes far beyond what is typically analyzed by jurists. An analysis of the state and sexual morality relations is offered as well, which is done mainly through the criticism of John Finnis and Christopher Tollefsen's conception of sex and gender. In short, Finnis and Tollefsen argue that one's gender should be determined by one's biological sex. Instead, this thesis defends the conceptual separation between biological sex and gender, considering gender the most relevant category for legal and social purposes. Moreover, based on Ronald Dworkin's theorization, it is argued that genders freedom of expression corresponds to one of the leading moral rights of transgender people, ensuring the autonomy and the ethical independence of such individuals. It concludes that the conceptions and theory defended in this thesis correspond to the rationale for answering legal problems of transgender people, even those that are not mentioned.

Keywords: transgenderism; state; law; sexual morality; juridical concept of gender.

RIASSUNTO

LAGO, Pablo Antonio. **Stato e morale sessuale**: rispondendo alle richieste giuridiche di le persone transgender. 2017. 242 p. Tesi di dottorato – Facoltà di Diritto, Università di San Paolo, San Paolo, 2017.

Questa tesi intende individuare e difendere i principali diritti delle persone transgender, in particolare quelle relative al dovere statale di trattare tutti con uguale rispetto e considerazione. Per fare questo, questa tesi si fonda sui diversi significati di “diritto” presentata da Ronald Dworkin, specialmente sulla distinzione tra diritti morali e politiche. Inoltre si basa sul concetto giuridico di genere, che ha due dimensioni principali: l'espressione di un particolare genere (nell'ambito dello spettro maschio e femmina) e il riconoscimento sociale che l'individuo appartiene ad una categoria di genere. Si sostiene che questo concetto giuridico di genere è fondamentale per la corretta interpretazione e soluzione di questioni giuridiche che prendano in considerazione il genere della persona, come l'identificazione civile (nome e sesso/genere), piano previdenziale, misure di protezione e politiche affermative. Tali argomenti sono preceduti da una breve spiegazione sul fenomeno de la transgeneralità (che va oltre ciò che è tipicamente analizzato da giuristi) e l'analisi del rapporto tra lo Stato e la morale sessuale, che è fatto attraverso la critica della teoria presentata da John Finnis e Christopher Tollefsen. In breve, essi capiscono che il genere dovrebbe essere determinato dal sesso biologico. D'altra parte, questa tesi sostiene la separazione concettuale tra sesso biologico e genere, e quest'ultimo è il fattore più importante per scopi giuridici e sociali. Inoltre, dalla teoria di Ronald Dworkin, si sostiene che la libertà di espressione di genere corrisponde a uno dei principali diritti morali delle persone transgender, in relazione con l'autonomia e l'indipendenza etica di tali individui. Si conclude che i concetti e la teoria difeso questa tesi corrisponde alla logica per rispondere alle questioni giuridiche di persone transgender, anche quei questioni che non sono stati analizzati.

Parole chiave: transgeneralità; Stato; Diritto; morale sessuale; concetto giuridico di genere.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	12
 CAPÍTULO 1 – TRANSGÊNEROS: QUEM SÃO E O QUE QUEREM?	32
1. DEFININDO O SEXO	33
2. DETERMINANDO O GÊNERO	37
2.1. O conceito jurídico de gênero	45
3. A TRANSGENERALIDADE	50
3.1. Transgeneralidade e Medicina	57
4. POLÍTICAS SOCIAIS, AÇÕES AFIRMATIVAS E DIREITOS	60
 CAPÍTULO 2 – TRANSGENERALIDADE, ESTADO E DIREITO: UMA CONCEPÇÃO CONSERVADORA	67
1. A TEORIA DE DIREITO NATURAL DE JOHN FINNIS	69
1.1. Noções básicas de Direito Natural na teoria de John Finnis.....	71
1.2. Os limites do Estado: bem público, moralidade sexual e autenticidade	78
2. SEXO E GÊNERO NA CONCEPÇÃO JUSNATURALISTA DE CHRISTOPHER TOLLEFSEN	88
3. CRÍTICAS ÀS CONCEPÇÕES DE FINNIS E TOLLEFSEN	97
3.1. Críticas à concepção de sexualidade, gênero e bens básicos	97
3.2. Críticas com relação ao bem público e aos limites do Estado.....	103
 CAPÍTULO 3 – TRANSGENERALIDADE, ESTADO E DIREITO: UMA CONCEPÇÃO LIBERAL-IGUALITÁRIA	109
1. MORALIDADE PÚBLICA E O DEBATE HART-DEVLIN	110
2. DESACORDOS INTERPRETATIVOS.....	115

3.1. As duas dimensões da dignidade	121
3.2. A concepção liberal de igualdade	128
4. INDEPENDÊNCIA ÉTICA DE PESSOAS TRANSGÊNERAS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO DE GÊNERO	136
4.1. Independência e autonomia de crianças e adolescentes transgêneros	143

CAPÍTULO 4 – RESPONDENDO AOS PLEITOS DE INDIVÍDUOS TRANSGÊNEROS: A ALTERAÇÃO DE PRENOME E SEXO/GÊNERO DOCUMENTAIS

1. NOME, SEXO E GÊNERO: DIMENSÕES JURÍDICAS	152
1.1. O registro do sexo de recém-nascidos intersexuais	156
2. HIPÓTESES DE ALTERAÇÃO	160
3. TRANSGENERALIDADE, PRENOME E SEXO/GÊNERO DOCUMENTAIS	162
3.1. Posições e divergências jurisprudenciais	163
3.2. Fundamentos para a alteração de prenome e sexo/gênero de transgêneros binários	170
3.3. Como proceder no caso de indivíduos não-binários	179
3.4. As consequências para terceiros e o interesse público	187

CAPÍTULO 5 – RESPONDENDO AOS OUTROS PLEITOS DE PESSOAS TRANSGÊNERAS.....

1. CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA: CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL	195
2. ACESSO À SAÚDE	197
3. USO DE BANHEIROS	204
4. REGIME PREVIDENCIÁRIO	210
5. COMPETIÇÕES E PRÁTICAS ESPORTIVAS	214
6. SERVIÇO E ALISTAMENTO MILITAR	220
7. LEI MARIA DA PENHA E FEMINICÍDIO	221

8. DIVISÃO DE CELAS	224
CONCLUSÕES	226
BIBLIOGRAFIA	232

INTRODUÇÃO

Um dos momentos mais esperados por futuras mães e pais é descobrir o sexo do bebê, o que geralmente é “confirmado” através de exame de ultrassom ou após o nascimento – acompanhado da famosa exclamação médica “é menina/menino!”. O que poucos pais consideram, entretanto, é que em raras situações o sexo da criança poderá ser ambíguo, o que faz com que o bebê seja considerado hermafrodita ou intersexual. Além disso, mesmo quando o sexo é “perfeitamente constituído” (i.e., quando se trata de “menino” ou “menina” típicos), há casos onde a criança apresenta predileção por brinquedos, atividades e comportamentos que são convencionalmente atribuídos ao gênero oposto. É o caso do menino que prefere brincar com bonecas, ou da menina que prefere brincar com carrinhos. Embora em boa parte das situações a criança volte a se “desenvolver normalmente”, abandonando comportamentos estereotípicos do gênero oposto, em alguns casos o comportamento permanece e se solidifica ao longo da vida. Nestes últimos casos, podemos afirmar que estamos diante de um indivíduo *transgênero*.

Mas a transgenerabilidade não é algo que se manifesta apenas na infância. Há indivíduos que “mudam” de gênero durante a fase adulta, como é o caso célebre da cartunista Laerte Coutinho. Outras pessoas vão além e buscam mudanças de ordem física, através de cirurgias e tratamentos hormonais, como no caso da modelo Roberta Close, ou então do filho da cantora Gretchen, Thammy Miranda. Há até mesmo indivíduos que não se consideram propriamente “homens” ou “mulheres”, adotando classificações distintas. Convencionou-se chamar estes indivíduos de *não-binários*, e eles atendem por expressões tão diversas como “bigênero”, “agênero”, “*genderfluid*”, dentre outras. Em alguns casos, esta “indeterminação” dentro do sistema binário homem/mulher pode ser motivada pela intersexualidade (notadamente em indivíduos cuja morfologia é ambígua) ou, como tem ocorrido em grandes centros urbanos, possui uma conotação ideológica: há interesse em se subverter o sistema binário de gêneros que, segundo tais indivíduos, enclausura nossa potencialidade como seres humanos “fluídos”, capazes de manifestar nossa individualidade das mais diferentes maneiras.

Independentemente de como “ocorre” a transgenerabilidade, o fato é que a existência destas pessoas gera uma série de questões jurídicas importantes. Ao desafiar aquilo que é tido como “normal” ou “natural”, transgêneros nos forçam a refletir sobre o papel do Direito e do Estado na proteção de determinados “direitos” individuais, bem como sobre o

modo como devemos interpretar certas categorias e conceitos jurídicos os quais, em outras circunstâncias, não abririam margens para dúvidas.

Neste sentido, imagine as situações hipotéticas enfrentadas por Márcia, mulher transgênera (i.e., pessoa que nasceu com o sexo masculino, mas que se expressa, se identifica e é socialmente reconhecida como mulher). Márcia passa por inúmeros percalços em questões relativamente simples da vida civil, percalços estes que não enfrentaria caso tivesse nascido com o sexo feminino. O primeiro corresponde aos seus documentos civis, considerando que neles constam nome e sexo masculinos. Tais dados não condizem com sua aparência e com a forma como é reconhecida, o que lhe coloca em situações constrangedoras – como no dia em que teve que se explicar na polícia após a funcionária do banco suspeitar que seus documentos eram fraudados (e, uma vez na delegacia, teve que ouvir piadas dos próprios policiais). Diante destas circunstâncias, Márcia procurou um advogado para ingressar com pedido judicial de alteração de prenome e sexo/gênero documentais. Mas quais seriam os fundamentos do pedido? Como o juiz competente deveria julgar este caso? Qual o “direito” de Márcia nestas circunstâncias?

O outro problema enfrentado por Márcia diz respeito à sua aposentadoria. Após completar 60 anos de idade, Márcia procurou a Previdência Social e requereu a aposentadoria prevista para mulheres, argumentando que, embora tenha nascido com o sexo masculino, expressa o gênero feminino e é reconhecida socialmente como mulher. Neste caso, Márcia faz jus ao regime mais favorável? O que importa para o Direito e a legislação previdenciária: a expressão de gênero ou o sexo biológico? Como devemos interpretar juridicamente o conceito de “mulher”? Qual o “direito” de Márcia nesta situação?

Esta tese gravita ao redor destas e de outras questões envolvendo direitos e transgêneralidade. Meu objetivo geral é identificar os *direitos* de pessoas transgêneras, o que passa pela análise crítica não apenas das intrincadas relações entre Estado, Direito, e moralidade sexual, mas também das demandas específicas que são levantadas por transgêneros. Antes, porém, é importante responder ao menos duas questões fundamentais. Em primeiro lugar, qual a natureza e sentido dos “direitos” demandados por pessoas transgêneras? E, em segundo lugar, como interpretar os conceitos de sexo e gênero, na forma como se apresentam em nosso Direito?

Saber ao que corresponde um “direito” é uma das questões que mais intriga filósofos do Direito. Neste sentido, “direito” pode significar muitas coisas, e as pessoas podem utilizar

a expressão das mais diversas maneiras¹. Não é sem razão que Ronald Dworkin, ao longo de sua obra, trabalhou com ao menos três acepções distintas deste vocábulo.

A primeira corresponde aos *direitos legais*. Os direitos legais, em síntese, são os direitos estabelecidos pelo Legislativo através dos procedimentos pertinentes, e que podem ser demandados judicialmente. Assim, por exemplo, o herdeiro que pagar o imposto sobre transmissão *causa mortis* no Estado de São Paulo em até noventa dias da abertura da sucessão (i.e., falecimento do *de cujus*) tem *direito* a desconto de 5% sobre o valor devido². O “direito”, aqui, só existe em razão de previsão legislativa específica. Da mesma forma, se sou injustamente lesado por terceiros tenho um *direito* à indenização, delineada nos termos da legislação referente à responsabilidade civil e “especificada”, por assim dizer, através de sentença judicial condenatória³.

Os direitos legais não se confundem com os direitos que decorrem daquilo que Dworkin denomina *concepção liberal de igualdade*. Esta concepção, segundo Dworkin, corresponde ao *dever do Estado em tratar toda e qualquer pessoa com igual consideração e respeito* (DWORKIN, 1978, pp. 272-273)⁴. A ideia, que abordarei com mais profundidade no terceiro capítulo deste trabalho, implica no reconhecimento de um campo de independência e responsabilidade ética individual que o Estado deve respeitar, sob pena de agir de forma injusta e ilegítima. Neste sentido, utilizamos a expressão “direito” em um sentido muito mais forte: falamos em *direito como um trunfo*, o que corresponde a um interesse individual que se sobrepõe a eventuais considerações de ordem utilitária ou a convicções éticas e morais de outros indivíduos⁵.

¹ Como ressalta Ronald Dworkin, “We must be careful because people use the word ‘right’ in so many different senses. We speak of the ‘right’ agricultural policy, for example, or the ‘right’ to approach to global warming. Politicians often say that people have a ‘right’ for something – a more restrictive immigration policy, for instance – when they mean only that the public wants that policy or that, in the politician’s view, the public would be better off having it. Sometimes, however, people use the idea of a political right in a stronger and more discriminating way: to declare that some interests particular people have are so important that these interests must be protected even from policies that would indeed make people as a whole better off” (DWORKIN, 2011, p. 329).

² No caso, o valor do desconto está previsto no Decreto nº. 46.655/02 (especificamente no art. 31, §1º, 2), em regulamentação ao previsto no §2º do art. 17 da Lei Estadual nº. 10.705/00.

³ Nas palavras de Dworkin, “Legal rights are those that people are entitled to enforce on demand, without further legislative intervention, in adjudicative institutions that direct the executive power of sheriff or police” (DWORKIN, 2011, p. 406)

⁴ Em síntese, trata-se alguém com *consideração* quando se leva em conta que o indivíduo, como qualquer ser humano, é capaz de sofrimento e frustração. O *respeito*, por sua vez, envolve tratar o indivíduo como alguém que é capaz de refletir e agir à luz de concepções sobre como se deve viver a própria vida (DWORKIN, 1978, pp. 272-273).

⁵ Logo no primeiro parágrafo do texto *Rights as Trumps* (DWORKIN, 1984, pp. 153-167), Dworkin afirma que “Rights are best understood as trumps over some background justification for political decisions that states a goal for the community as a whole. If someone has a right to publish pornography, this means that it

Considerando este sentido forte, podemos pensar em outras duas acepções da palavra “direito”. De forma mais geral, podemos falar em *direitos morais*, que decorrem do reconhecimento da *dignidade individual*. A dignidade, segundo Dworkin, possui duas dimensões ou princípios: o *valor intrínseco de cada vida humana*⁶ e a *responsabilidade ética* de cada indivíduo em decidir qual caminho trilhar para a própria vida⁷. Enquanto algo que é devido universalmente, a dignidade dos indivíduos poderá ser desrespeitada em várias situações, e é a partir daí que podemos pensar em direitos morais específicos, como o direito de não ser torturado, ou ainda no direito de constituir uma família com quem bem entender – o que nos permite falar em um *direito moral ao casamento*, tanto heterossexual como homossexual⁸.

Ainda em atenção a este sentido forte, mas de maneira ligeiramente distinta dos chamados direitos morais, podemos pensar no que Dworkin denomina *direitos políticos*: são direitos oponíveis especificamente ao Estado e à comunidade política em geral⁹. Exemplo clássico é o da liberdade de expressão, enquanto manifestação política. Mesmo alguns direitos considerados “morais” podem vir a ser políticos, como é o caso da chamada “liberdade religiosa” – o direito de professar uma crença ou fé particular deve ser livre de qualquer interferência ou proibição estatal. Nestes casos, o Estado será, por excelência, o titular do dever de tratar a todos com igual consideração e respeito¹⁰.

is for some reason wrong for officials to act in violation of that right, even if they (correctly) believe that the community as a whole would be better off if they did” (DWORKIN, 1984, p. 153).

⁶ “*The first principle – which I shall call the principle of intrinsic value – holds that each human life has a special kind of objective value. It has value as potentiality; once a human life has begun, it matters how it goes. It is good when that life succeeds and its potential is realized and bad when it fails and its potential is wasted. This is a matter of objective, not merely subjective value; I mean that a human life’s success or failure is not only important to the person whose life it is or only important if and because that is what he wants. The success or failure of any human life is important in itself, something we all have reason to want or to deplore” (DWORKIN, 2006a, pp. 9-10).*

⁷ “*The second principle – the principle of personal responsibility – holds that each person has a special responsibility for realizing the success of his own life, a responsibility that includes exercising his judgment about what kind of life would be successful for him” (DWORKIN, 2006a, p. 10).*

⁸ Abordei este tema em específico em minha dissertação de mestrado, publicada sob o título *Casamento entre Indivíduos do Mesmo Sexo: uma questão conceitual, moral e política* (LAGO, 2016).

⁹ Direitos políticos são, por excelência, “trunfos” que protegem o cidadão diante do Estado e da comunidade política, ideia esta que é similar àquela que utilizamos no âmbito de algumas de nossas relações interpessoais (como no caso das promessas que fazemos a terceiros). Neste sentido, Dworkin afirma que “*this trump sense of a right is the political equivalent of the most familiar sense in which the idea is used in personal morality. I might say ‘I know you could do more good for more people if you broke your promise to me. But I have a right that you keep it nevertheless’” (DWORKIN, 2011, p. 329).*

¹⁰ Do contrário, o Estado não tem qualquer poder moral para criar e exigir obrigações de seus cidadãos. Como afirma Dworkin: “*A political community has no moral power to create and enforce obligations against its members unless it treats them with equal concern and respect; unless, that is, its policies treat their fates as equally important and respect their individual responsibilities for their own lives” (DWORKIN, 2011, p. 330).*

Todas estas acepções de direito, na prática, acabam se entrelaçando. Alguns direitos morais e políticos podem ser objeto de legislação constitucional ou infraconstitucional, o que significa que também serão direitos legais. Exemplo disso é o direito à vida, que encontra previsão no art. 5º de nossa Constituição. Mas nem todos os direitos legais serão direitos morais ou políticos – alguns direitos legais não corresponderão a princípios associados às ideias de justiça, igualdade ou liberdade, mas serão fruto de medidas *políticas*, entendidas como aquelas medidas que objetivam alguma melhoria econômica, política ou social da comunidade (DWORKIN, 1978, p. 22)¹¹.

Nesta tese, tratarei de demandas levantadas por pessoas transgêneras que poderão corresponder tanto a demandas por direitos em sentido forte (mais especificamente, direitos morais), quanto à forma mais adequada de se interpretar e aplicar certas políticas públicas (que poderão, eventualmente, importar em direitos legais). No primeiro caso, o não atendimento de certas demandas envolve tratar pessoas transgêneras de forma injusta, desigual, enquanto no segundo caso o atendimento ou não das demandas dependerá da interpretação de lei previamente existente, em atenção aos seus objetivos e finalidades. Mas adiante, retomo a importância prática desta distinção

Em qualquer caso, os pleitos jurídicos de pessoas transgêneras que pretendo tratar envolvem considerações sobre o *conceito jurídico de gênero*. Isso significa que não abordarei determinadas questões apenas porque uma das partes é transgênera (e.g., relações contratuais, como um conflito locatício), mas sim aquelas nas quais o gênero do indivíduo é elemento que deve ser levado em consideração – como nas situações enfrentadas por Márcia. Sendo assim, quando defendo um conceito *jurídico* de gênero, minha intenção é evitar confusões com o conceito de gênero pensado dentro de outros campos, notadamente na Psicologia – os critérios para a “determinação” do gênero, no âmbito jurídico, são específicos e não se confundem com aqueles que se apresentam em outros contextos.

Do ponto de vista jurídico, defendo que o gênero pode se apresentar em ao menos duas categorias: mulher (ou feminino) e homem (ou masculino). Identificar alguém como “mulher” ou “homem” não se confunde com a identificação de seu *sexo* (que por sua vez é determinado à luz dos critérios que nos permitem diferenciar machos e fêmeas no âmbito

¹¹ Neste sentido, em seu texto seminal *The Model of Rules I*, Dworkin sustentará a distinção entre políticas e princípios: “I call ‘policy’ that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community (though some goals are negative, in that they stipulate that some present feature is to be protected from adverse change). I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality” (DWORKIN, 1978, p. 22).

biológico). Mas o que faz com que alguém seja identificado ou reconhecido como mulher ou homem para fins jurídicos? Embora se admita que os conceitos de mulher e homem não tenham um sentido unívoco em nossas práticas sociais, há dois critérios que precisam ser observados para a determinação jurídica do gênero. O primeiro corresponde à *expressão de gênero*, entendida como a expressão de masculinidade ou feminilidade por parte do indivíduo, o que se observa em aspectos como vestimenta, tom de voz, modo de se portar, trejeitos, dentre outros. O segundo, e mais relevante, corresponde ao *reconhecimento social* de que o indivíduo é homem ou mulher: além do fato de se “expressar” de um modo ou de outro, o indivíduo precisa ser identificado como homem ou mulher pelas pessoas que componham seu círculo social. É neste sentido que o gênero não se refere apenas a uma questão “interna” do indivíduo, mas é algo que lhe é *atribuído* na medida em que responde positivamente as expectativas sociais referentes ao gênero.

E como ficam os indivíduos que não se apresentam ou se identificam como homens e mulheres, como é o caso das pessoas que se consideram “não-binárias”? Este é um dos grandes desafios enfrentados por esta tese. Como afirmei no início desta introdução, há indivíduos cuja expressão de gênero mistura elementos de masculinidade e feminilidade. Muitos destes indivíduos, considerados “andróginos”, ainda assim se consideram homens ou mulheres e não pretendem alterar sua documentação civil. Outros, entretanto, se afirmam “não-binários” ou pertencentes a uma espécie de “terceiro gênero”.

As razões que levam tais pessoas a não se considerarem homens ou mulheres são as mais variadas possíveis: podemos incluir neste grupo indivíduos que nasceram intersexuais e não conseguem se identificar plenamente com homens ou mulheres, ou mesmo aqueles que tentaram “mudar” de sexo e de gênero, mas que não ficaram satisfeitos com os resultados – de modo a se perceberem e serem vistos como um “meio termo” entre a masculinidade e feminilidade. Em alguns casos, é possível que o indivíduo requeira a alteração de seu sexo/gênero documental para nele constar algo distinto do binômio masculino/feminino. No Brasil, desconheço qualquer pedido judicial neste sentido. Contudo, casos deste tipo já foram julgados procedentes em países como Austrália, Índia e Estados Unidos. E outros países, como é o caso da Alemanha, admitem que crianças nascidas intersexuais sejam registradas em atenção a esta condição, o que significa que em seus documentos consta o registro de sexo “indefinido” (que só poderá ser alterado quando o indivíduo atingir a maioridade e se assim o desejar). Nesta tese, argumento que as razões que fundamentariam eventual registro

de termos como “não-binário” ou “outro” nos campos referentes ao sexo/gênero de documentos pessoais e públicos são semelhantes aos presentes em casos onde se opera a “mudança” do masculino para o feminino, ou vice-versa¹².

Seja como for, todas as ideias já apresentadas (envolvendo direitos, políticas e o conceito jurídico de gênero) ficam mais claras quando retomamos as situações hipotéticas enfrentadas por Márcia e suas demandas principais: a mudança de prenome e sexo/gênero documentais, e a aposentadoria em determinado regime previdenciário.

No caso envolvendo a mudança de prenome e sexo/gênero documentais, não é difícil perceber que Márcia, enquanto alguém que expressa o gênero feminino e é socialmente reconhecida como mulher, passa por situações constrangedoras ao apresentar documentos onde é identificada como alguém de sexo masculino. Tal constrangimento é análogo ao enfrentado por indivíduos com nomes vexatórios: em cada ocasião em que são “chamados”, tais indivíduos são alvo de piadas que prejudicam seu bem-estar e, em última análise, são afrontosas à dignidade. O caso de pessoas transgêneras é particularmente relevante porque tais pessoas são objeto de estigma e podem ser vítimas de agressões verbais e físicas. Sendo assim, a “revelação” da transgeneralidade do indivíduo é algo que poderá colocá-lo em sérios apuros, a depender do contexto em que se encontrar. Disso se segue que a alteração do prenome e do sexo/gênero documentais de pessoas transgêneras corresponde a uma questão de *direito moral*, ou direito em sentido forte, que não leva em consideração a transgeneralidade em si, mas sim a dignidade da pessoa. Na maioria dos casos, não alterar o prenome e sexo/gênero de tais indivíduos ferirá seus direitos morais e corresponderá a tratamento injusto e desigual. Logo, o Estado estaria descumprindo com seu dever de tratar a todos os cidadãos com igual respeito e consideração.

Quanto à nossa legislação previdenciária, tem-se como certo que o regime previsto para mulheres é mais favorável do que o estabelecido para homens – em regra, mulheres se aposentam com 60 anos de idade ou 30 anos de contribuição, ao passo em que homens só podem se aposentar após os 65 anos ou 35 anos de contribuição¹³. Neste caso, ainda que não tenha nascido com o sexo feminino, Márcia teria “direito” ao regime previsto para mulheres?

¹² Trato deste tema no capítulo quarto. No caso específico de pessoas não-binárias, as razões consistem, em síntese: a) no eventual constrangimento decorrente da apresentação dos documentos, algo que seria sanado com a retificação do registro para “não-binário” ou “outro” (constrangimento este que precisa ser provado pelo indivíduo); b) no interesse social na identificação mais coerente possível do indivíduo, à luz da forma como ele expressa seu gênero e é reconhecido (i.e., se a pessoa não é lida, propriamente, como homem ou mulher, a identificação como “não-binário” se mostra mais adequada), e c) na ausência de custos sociais significativos, pois o número de pedidos seria consideravelmente pequeno (a maioria significativa das pessoas, sejam ou não transgêneras, se identificam dentro da binariedade homem/mulher).

¹³ As regras específicas para aposentadoria por idade e tempo de contribuição estão previstas na Lei 8.213/91.

Para responder esta questão será necessário analisar o que vem a ser uma “mulher” para fins previdenciários, ou seja, interpretar o *conceito jurídico* de mulher. Antes, porém, é curioso notar que a norma mais favorável para mulheres não corresponde a um direito em sentido forte (i.e., direito moral). Parece-me factível imaginar um mundo onde não haja mais motivos para se manter regimes previdenciários distintos entre homens e mulheres. O propósito da norma mais benéfica leva em consideração uma situação de fato a qual, por questões de ordem *política* (e.g., redução de desigualdades sociais, notadamente no mercado de trabalho), é endereçada através de leis e normas jurídicas pensadas pelo legislador. A legislação poderia prever tratamento diferenciado não apenas para mulheres, mas para outros grupos estigmatizados, como é o caso de negros¹⁴. Logo, da mesma forma como há bons argumentos que justificam a adoção de várias ações afirmativas em prol de alguns grupos sociais, como é o caso de cotas em universidades, pode-se dizer que alguns dispositivos de nossa legislação previdenciária correspondem a verdadeiras “políticas públicas” que visam reduzir as desigualdades entre homens e mulheres no mundo laboral.

Disso se segue que o indivíduo que se expressa e é reconhecido como mulher (ainda que não seja de sexo feminino) poderá vir a ter “direito” à aposentadoria prevista para mulheres, mas o direito em questão não corresponde a um direito moral ou em sentido forte, e sim à interpretação de um direito legal, que consiste em uma medida de política pública. Embora seja possível refletir sobre a existência de um possível direito moral à aposentadoria em geral (i.e., um “direito a se aposentar”), disso não se segue que mulheres tenham, necessariamente, algum direito moral de se aposentar mais cedo – só se fala neste “direito” na medida em que existe uma medida política, na forma de lei, que garante este benefício. A situação é análoga às cotas para indivíduos negros: negros não tem um “direito moral” às cotas, muito embora é possível afirmar que tenham um “direito legal” em atenção à legislação estabelece o sistema de cotas.

As diferenças entre direitos morais e políticas são muito sutis, mas as consequências para o raciocínio jurídico são significativas. Enquanto no caso de direitos morais a atuação do Judiciário está respaldada em concepções de dignidade, justiça e igualdade que fundamentam e justificam a própria existência do Estado (marcado pelo dever de tratar a todos com igual consideração e respeito), o mesmo não se passa em casos como o da legislação

¹⁴ Pesquisa realizada pelo IBGE e divulgada em janeiro de 2016 revela que trabalhadores negros ganham, em média, 59,2% do rendimento de pessoas brancas no ano de 2015. A pesquisa foi objeto de matéria junto ao site do UOL Economia, em 28 de janeiro de 2016. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2016/01/28/diferenca-cai-em-2015-mas-negro-ganha-cerca-de-59-do-salario-do-branco.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

previdenciária ou de ações afirmativas em geral. Nestes últimos casos, o que se tem é um conjunto de medidas políticas que objetivam melhorias de ordem social e/ou econômica, e as demandas por tais melhorias não são dirigidas aos juízes, mas sim aos legisladores e administradores públicos. Juízes serão competentes para, no máximo, determinar a interpretação mais adequada das normas jurídicas resultantes de tais políticas (como no caso de saber o que é uma “mulher” para fins previdenciários)¹⁵.

O argumento em cada caso é distinto. Quando uma mulher transgênera pleiteia juridicamente a aposentadoria como mulher, ainda que tenha nascido com sexo masculino, o juiz provavelmente interpretará juridicamente o conceito de “mulher” e verificará se a pessoa se enquadra nesta categoria. Quando o juiz afirma que determinada pessoa é uma mulher para fins previdenciários, por tais e tais razões, pode-se dizer que ele está argumentando juridicamente. Diferente seria se, desconsiderando o conceito jurídico de gênero, o juiz argumentasse que transgêneros sofrem tanto estigma no mercado de trabalho quanto mulheres e, conseqüentemente, estendesse a medida mais benéfica para toda e qualquer pessoa transgênera. Talvez esta decisão seja considerada por muitos como “justa” e “correta”, mas o fato é que ela não terá mais uma natureza propriamente jurídica ou legal – antes disso, terá uma clara conotação *política*. Afinal, por esta linha de raciocínio, nada impediria que o juiz estendesse a norma para outros grupos estigmatizados e que se encontrassem em pior situação no mercado de trabalho, como negros ou imigrantes, independentemente do gênero destas pessoas.

É certo que muitos poderão considerar decisões judiciais de cunho “político” como decisões boas e acertadas, mas é inegável que elas levantam difíceis questões referentes à legitimidade democrática. Não estaríamos, nestas hipóteses, diante de um perigoso quadro de ativismo judicial? Se o juiz cria novas categorias para além do previsto no texto da lei não estaria interferindo indevidamente na esfera do Legislativo? Em síntese, onde encontraríamos os limites do Judiciário?

¹⁵ Analisarei esta distinção com mais vagar no primeiro capítulo. Entretanto, desde logo é importante notar que, embora certas classes sejam beneficiadas com ações afirmativas e outras medidas políticas semelhantes, o que fundamenta tais medidas não é o benefício específico de uma classe, nem qualquer crença de que alguns indivíduos são melhores ou piores que outros. O fundamento de medidas políticas, como se viu, é uma melhoria política, social ou econômica da comunidade como um todo – eventual “benefício” para uma classe ou grupo específico não significa que o Estado está endossando determinada concepção de bem, ou considerando que alguns indivíduos sejam mais ou menos valiosos que outros.

Estas são questões difíceis e importantes, mas extrapolam os limites do presente trabalho. Meu principal interesse está em analisar argumentos de cunho jurídico ou, mais precisamente, argumentos de princípio que venham a justificar as demandas de pessoas transgêneras. Não é sem razão, como sustenta Dworkin, que podemos distinguir entre argumentos políticos e argumentos de princípio. *Argumentos políticos* (*policies*) justificam decisões que visam promover ou proteger algum objetivo coletivo da comunidade ¹⁶, enquanto os *argumentos de princípio* justificam decisões na medida em que tais decisões respeitam ou protegem algum direito individual ou coletivo (DWORKIN, 1978, p. 82). Na elaboração de leis e políticas públicas, o Legislativo (e, em alguns casos, o Executivo) pode se valer de argumentos políticos e de princípio. Entretanto, quando se trata do Judiciário, entende-se que este não poderá se valer de argumentos políticos – uma das razões levantadas por Dworkin diz respeito à própria estrutura e natureza do sistema político, considerando que em uma democracia representativa a tomada de decisões políticas não compete aos juízes, que não foram eleitos e, conseqüentemente, não possuem a mesma responsabilidade que legisladores possuem frente ao eleitorado (DWORKIN, 1978, pp. 84-85)¹⁷.

Seja como for, esta análise envolvendo ideias abstratas como “direitos” e o “conceito jurídico de gênero”, ainda que breve, demonstra que o objeto desta tese não é tão amplo como poderia parecer em um primeiro momento. O foco em uma ideia de “direitos em sentido forte”, em atenção à mencionada concepção dworkiniana de dignidade, sugere que as respostas para as demandas jurídicas de pessoas transgêneras tratadas nesta tese não dependerão de algum tipo especial de “reconhecimento” de certos grupos identitários – argumento relativamente comum em outros trabalhos que visam garantir a proteção estatal a grupos estigmatizados. Por certo, “reconhecimento” pode significar muitas coisas; entretanto, se em algum momento desta tese utilizo a expressão, quero ressaltar que transgêneros são pessoas que devem ser respeitadas em atenção ao valor intrínseco de suas vidas e às suas responsa-

¹⁶ Por se referir a um objetivo social ou coletivo, um argumento político (*policy*) não se confunde com a atividade política em si, correspondente às atividades de governos e indivíduos visando influenciar o modo como o governo é exercido (o que equivale a *politics*).

¹⁷ Dworkin ressalta, entretanto, que em muitas circunstâncias (notadamente nos chamados “casos difíceis”) juízes se valem de argumentos de princípio. Isso porque princípios, em última análise, acabam descrevendo direitos (em sentido forte; morais e/ou políticos) e fazem parte de nossa argumentação jurídica – princípios, e não apenas regras, fazem parte do Direito e vinculam decisões judiciais. Esta é uma das teses mais famosas defendidas por Dworkin, notadamente em seu artigo *The Model of Rules I* (DWORKIN, 1978, pp. 14-45), originalmente publicado em 1967.

bilidades éticas (i.e., as duas dimensões da dignidade). Se há algum tipo de “direito ao reconhecimento”, este direito nada mais é do que o direito moral de ser tratado com igual respeito e consideração¹⁸.

Todas estas considerações delimitam e esclarecem o objeto da presente tese, mas não são o bastante para solucionar as demandas jurídicas de pessoas transgêneras. Afinal, o simples fato de se afirmar que pessoas transgêneras devem ser tratadas com igual respeito e consideração não responde automaticamente questões mais concretas envolvendo a transgêneralidade. Assim, por exemplo, haveria ou não limites para a expressão de gênero no meio público? Qual a relação entre regras convencionais de gênero, padrões de decência no espaço público, e as liberdades e direitos individuais? Professores transgêneros poderiam ser impedidos de dar aulas no ensino fundamental de escolas públicas? Tal impedimento seria ou não ofensivo à dignidade de tais pessoas?

Tais questionamentos são respondidos de diversas maneiras, a depender das concepções de moralidade de cada indivíduo. Sendo assim, é possível afirmar com certa segurança que ninguém discorda que transgêneros devam ser tratados com igual consideração e respeito – a questão a saber o que corresponde, na prática, ao tratamento igualitário.

Neste sentido, há uma concepção influente que se recusa a atender boa parte das demandas de pessoas transgêneras. Tal concepção, muito comum em nossos meios sociais e políticos, considera existir uma relação de dependência entre as ideias de sexo e gênero: para que alguém seja adequadamente considerado como homem ou mulher deverá, previamente e respectivamente, ser identificado como macho ou fêmea. Do ponto de vista acadêmico, algo semelhante é defendido por autores como John Finnis e Christopher Tollefsen.

Em síntese, Finnis e Tollefsen consideram que a correta identificação do gênero do indivíduo é relevante para a proteção e promoção da família, marcadamente heterossexual e representada pelo casamento (visto como um bem humano básico e autoevidente). Proteger e promover o bem do casamento é obrigação do Estado, que deve zelar por um ambiente

¹⁸ Esta ideia de “reconhecimento” se aproxima daquilo que Stephen Darwall, em seu texto *Two Kinds of Respect* (DARWALL, 1977), denominou *respeito por reconhecimento* (*recognition respect*). Em síntese, o respeito por reconhecimento corresponde ao respeito que devemos a toda e qualquer pessoa, indistintamente, em reconhecimento ao seu valor intrínseco (DARWALL, 1977, p. 38). Este tipo de respeito se distingue do chamado *respeito por apreço* (*appraisal respect*), que decorre da avaliação positiva de uma pessoa ou de suas qualidades, que são apreciadas e admiradas – correspondendo, portanto, à estima que temos por alguém (DARWALL, 1977, p. 39). Disso se segue que o respeito por reconhecimento é devido universalmente, independentemente de qualquer traço ou identidade que o indivíduo venha a ter.

moralmente adequado que beneficiará a todos, notadamente crianças e adolescentes¹⁹. Esta concepção assume uma postura perfeccionista, muito embora considere que o Estado não tenha a obrigação de transformar seus cidadãos em indivíduos completamente virtuosos²⁰. Finnis e Tollefsen, neste sentido, defendem a existência de um claro limite à atuação estatal: condutas privadas e consensuais, ainda que imorais, não poderão ser objeto de sanção por parte do Estado. Ele não poderá, por exemplo, criminalizar a homossexualidade (FINNIS, 2011d, p. 334)²¹. Contudo, disso não se segue que o Estado deva ser neutro à luz de diferentes concepções de bem: considerando seu dever de combater a imoralidade no ambiente público, o Estado poderá recorrer a diversos expedientes visando a promoção ou desencorajamento de certas condutas²².

Não é difícil notar que a concepção de Finnis e Tollefsen, por se apegar a uma concepção de família marcadamente heterossexual (i.e., dependente pela distinção macho/fêmea), vê com maus olhos o atendimento da maioria das demandas de pessoas transgêneras. Qualquer compreensão plausível de autonomia e independência ética, para esta concepção, não inclui a possibilidade de se “mudar de sexo e/ou gênero”. Embora admita que seja difícil traçar uma linha entre o que é ou não é uma manifestação legítima de masculinidade e feminilidade, esta concepção entende que pessoas transgêneras estão “transmitindo uma imagem falsa” sobre seus respectivos sexos, induzindo terceiros a erro e contrariando os bens da

¹⁹ Há vários textos nos quais Finnis desenvolve esta concepção. Com relação específica ao papel do Estado na promoção de um ambiente moral adequado para a formação dos cidadãos, merece destaque seu texto *Law, Morality, and 'Sexual Orientation'* (FINNIS, 2011d, pp. 334-352). Tollefsen, por sua vez, endossa a visão finnisiana e a amplia para tratar especificamente das questões envolvendo pessoas transgêneras, o que faz nos textos *Gender Identity* (TOLLEFSEN, 2015a) e *Sex Identity* (TOLLEFSEN, 2015b).

²⁰ Isso acontece porque o Estado, na concepção de Finnis e Tollefsen, e dentre outras razões, tem sua ação limitada pela ideia de *bem público*, que abrange apenas as relações interpessoais e não envolve as disposições internas dos indivíduos. Nas palavras de Tollefsen, “*What people can be made, or coerced, to do is merely what is external to their will (or their will can be broken, as by torture). This itself would suffice to limit the state's scope of action to the external: the state cannot make anyone just*” (TOLLEFSEN, 2013, p. 216).

²¹ Este ponto corresponde ao que Finnis denomina “posição moderna padrão”: “*On the one hand, the state is not authorized to, and does not, make it a punishable offence for adult consenting persons to engage, in private, in immoral sexual acts (for example, homosexual acts). On the other hand, states do have authority to discourage, say, homosexual conduct and 'orientation' (that is, overtly manifested active willingness to engage in homosexual conduct)*” (FINNIS, 2011d, p. 334).

²² Poderá, por exemplo, proibir coercitivamente o ensino para crianças e adolescentes de que o sexo homossexual possa ser racional ou “moral”, dentre outros pontos: “*Parents and others responsible for the education of children are entitled to assistance in fulfilling their responsibilities in justice. It is a fundamental responsibility of the state's government and law – here Aristotle was correct – to afford them its assistance, by coercively prohibiting, for example, every kind of paedophilia, any kind of publication or distribution of pornography to children, any teaching by public employees or agencies that non-marital (for example, homosexual) sex can be reasonable, and any maintenance of places of resort arranged for non-marital sex, places whose public and deliberate availability for that purpose would suggest to children that such activities are approvable*” (FINNIS, 2011e, p. 137).

família constituída por um homem e uma mulher (TOLLEFSEN, 2015a)²³. Nos casos onde a transgeneralidade envolve realização de cirurgias e tratamentos hormonais, a imoralidade ficaria ainda mais evidente: estes atos implicam, na maioria das vezes, na esterilização do indivíduo, que fica impossibilitado de “participar” do bem do casamento. Isso ocorre porque o casamento não é constituído apenas pela amizade entre os cônjuges, mas sobretudo pela *união biológica* – entendida como o sexo reprodutivo, marcado pela cópula pênis-vagina e considerada por tais autores como o único meio moralmente correto de se fazer sexo (FINNIS, 2011d, p 340). Ao deliberadamente alterarem seus caracteres sexuais, transgêneros estariam “instrumentalizando” seus corpos e precluindo a possibilidade de união biológica com indivíduos do sexo oposto.

Já trabalhei boa parte destes pontos em minha dissertação de mestrado. As críticas que podem ser dirigidas a tal concepção, em síntese, envolvem sua compreensão equivocada sobre nossa sexualidade, o que fica evidente quando observamos que ela leva em consideração fatos falsos e implausíveis. Não há razão para se limitar o ato sexual à união biológica com fins procriativos, pois simples binariedade macho/fêmea não possui qualquer tipo de valor intrínseco. A transgeneralidade, conseqüentemente, não ofende qualquer tipo de bem básico. O contato com formas diversas de expressão de gênero, antes de induzir indivíduos à imoralidade, abre espaço para novos modos de vida e de expressão de nossa individualidade, enriquecendo nossa experiência como seres humanos. Logo, se alguns indivíduos “fogem ao padrão”, isso por si só não é motivo para críticas – e o Direito Natural que Finnis e Tollefsen afirmam defender não é, necessariamente, comprometido com esta visão limitada da experiência sexual humana.

Mas o que mais me interessa é a concepção finnisiana sobre os limites do Estado em questões atinentes à liberdade individual. Afinal, o Estado pode promover ou desencorajar condutas levando em consideração, exclusivamente, determinadas concepções de bem? Poderia, por exemplo, desencorajar a homossexualidade ou transgeneralidade por entender que são modos de vida intrinsecamente ruins? Entendo que não. O problema desta concepção é que ela, invariavelmente, considerará que certas concepções de bem são intrinsecamente

²³ Disso se segue que, embora não seja possível “mudar de sexo”, é possível “mudar de gênero” – situação na qual o indivíduo está transmitindo uma ideia falsa sobre sua realidade biológica: “*Can one change one’s gender? It may surprise some that I think the answer is yes. One may, for example, take as a mask some new gender persona, adopting and shaping cultural materials to signify some truth or falsehood about one’s sex. That falsehood might be willing, as many characters in Shakespeare who adopt the persona of a member of the opposite sex for comic and dramatic purposes. More dangerously, the falsehood might be willingly communicated, and the persona willingly adopted precisely in order to reject the goods and norms that sex and its truthful communication makes possible. A change in gender would thereby be a form of rebellion*” (TOLLEFSEN, 2015a).

mais valiosas, o que implica em uma concepção de autonomia e independência ética excessivamente fraca – pois os únicos limites da ação estatal seriam a privacidade e eventual consensualidade dos indivíduos envolvidos no ato considerado “imoral”. Desta forma, nada impediria que o Estado proibisse certas formas e expressões de gênero em meio público, da mesma forma como poderia impedir manifestações pró-LGBTI e até mesmo simples beijos entre duas mulheres ou dois homens na rua. Em última análise, como afirmou Brian Coleman, a concepção de Finnis não é muito diferente da política do “*don’t ask, don’t tell*” que marcou as Forças Armadas americanas no período Bill Clinton: o militar pode até ser homossexual, mas não pode agir e se expressar como tal (COLEMAN, 2006, p. 15).

A análise crítica da posição de Finnis e Tollefsen é relevante porque o tema da transgeneralidade ainda se apresenta de forma muito controvertida para o público. Na prática, boa parte das pessoas concorda com Finnis e Tollefsen, e acreditam que o gênero é uma “decorrência natural” do sexo (ainda que seja possível separá-los analiticamente). Se não bastasse, muitas atribuem um caráter normativo ao gênero: defendem que a expressão “falsa” do gênero constitui uma imoralidade que deve ser combatida pelo Estado. Ao contestar estas concepções, abro espaço para uma defesa muito mais sólida dos interesses de pessoas transgêneras, em particular os apresentados nos capítulos quatro e cinco, e esclareço os fundamentos teóricos mais relevantes para a solução de outras questões que venham a ser levantadas. Não pretendo que meu “público alvo”, por assim dizer, corresponda apenas às pessoas que já aceitam a transgeneralidade como algo normal.

Finnis e Tollefsen não foram escolhidos à toa para representar o que denomino “concepção conservadora” sobre moralidade sexual e gênero. John Finnis foi orientado por Herbert Hart e o sucedeu na cadeira de Teoria do Direito na Universidade de Oxford, lecionando também na Universidade de Notre Dame. Finnis corresponde ao meu principal oponente teórico: não apenas por sustentar uma visão considerada “conservadora” em temas típicos de moralidade sexual, mas sobretudo porque sua teoria busca dar ares minimamente “liberais” para uma concepção perfeccionista de Estado. Entendo que muitas das considerações finnisianas sobre Direito Natural estão corretas, e embora ele caia em equívocos ao analisar questões substantivas como o casamento ou a homossexualidade, ainda assim o faz de forma clara e fundamentada²⁴. Entretanto, Finnis diz muito pouco sobre questões envolvendo a

²⁴ Não é sem razão que muitos consideram Finnis e outros autores relacionados ao chamado *New Natural Law Theory*, como Germain Grisez e Robert George, os mais refinados defensores de posições contrárias à homossexualidade, casamento entre pessoas do mesmo sexo, pornografia, dentre outros. Neste sentido, Stephen

ideia de gênero – a relação entre estes temas e a transgeneralidade fica a cargo de Christopher Tollefsen, professor de Filosofia na Universidade da Carolina do Sul, Estados Unidos, e assíduo defensor da teoria finnisiana²⁵. A posição de Tollefsen sobre as ideias de sexo e gênero, e a forma como o Estado deve tratar a transgeneralidade, se encontram em dois textos curtos (e densos) publicados na revista eletrônica *The Public Discourse*, vinculada ao *The Witherspoon Institute*²⁶: *Sex Identity* (TOLLEFSEN, 2015b) e *Gender Identity* (TOLLEFSEN, 2015a). Ao analisar criticamente as posições de Finnis e Tollefsen, não pretendo apontar apenas seus equívocos teóricos, mas ressaltar que uma boa concepção de Direito Natural pode abranger as demandas apresentadas pela população LGBTI, algo que já defendi em minha dissertação de mestrado.

Mas além destes oponentes, o leitor já deve ter percebido que conto com um importante aliado: Ronald Dworkin. Dworkin, que também foi orientado por Hart, é reconhecido mundialmente por seus estudos no âmbito da Teoria do Direito e, no Brasil, é associado à “teoria dos princípios”. Sua trajetória acadêmica passa por universidades tão prestigiosas como Harvard, Oxford e Yale, sendo coroada, pouco tempo antes de sua morte em 2013, com um livro que condensa sua teoria sobre a justiça – *Justice for Hedgehogs* (DWORKIN, 2011). Esta é uma obra que considero de fundamental importância e que apresenta os principais alicerces que embasam esta tese, na medida em que condensa toda a obra política, moral e jurídica de Dworkin. Sendo assim, ela apresenta de forma clara e analítica os principais argumentos de toda a teorização dworkiniana, variando desde sua teoria da interpretação, até a distinção metodológica entre os campos ético e moral, relevante para a compreensão que temos da intersecção entre a responsabilidade que assumimos com nossa própria vida (responsabilidade ética) e a responsabilidade que assumimos perante outras pessoas (responsabilidade moral). Infelizmente, Dworkin não analisou em nenhum de seus textos o tema da transgeneralidade, o que faz com que muitos dos argumentos que defendo nesta tese

Macedo ressalta a “longa tradição” destes autores na teorização sobre temas de moralidade sexual: *If an account of the immorality of homosexual acts as such is to be found, one might reasonably expect to find it articulated by those who carry on the long tradition of natural law theorizing about sexual morality*” (MACEDO, 1995, p. 6). Posição semelhante é defendida por Andrew Koppelman em seu texto *Is Marriage Inherently Heterosexual?* (KOPPELMAN, 1997, p. 2).

²⁵ Tollefsen endossa expressamente a concepção de perfeccionismo defendida por Finnis em seu artigo *Pure Perfectionism and the Limits of Paternalism* (TOLLEFSEN, 2013), publicado na coletânea *Reason, Morality, and Law: the Philosophy of John Finnis* (KEOWN; GEORGE, 2013).

²⁶ Trata-se de página mantida e editada por Ryan T. Anderson, um dos novos nomes da teoria de Direito Natural, e que possui vários artigos e obras sobre temas de moralidade sexual, notadamente sobre casamento (em parceria com Robert George). A página pode ser acessada no seguinte link: <<http://www.thepublicdiscourse.com/>> Acesso em: 30 nov. 2016.

correspondam à articulação da teoria dworkiniana em relação às demandas de pessoas transgêneras

Já ressaltai nesta introdução algumas concepções de Dworkin que considero relevantes, em especial sua concepção de direitos e de política. Outra ideia fundamental, que mencionei brevemente, corresponde à sua *concepção liberal de igualdade*, que estipula o dever do Estado em respeitar um campo de autonomia e independência ética dos indivíduos como forma de garantir o exercício de direitos e/ou liberdades individuais. Neste sentido, somos capazes de identificar uma série de “liberdades” que o Estado não pode impedir, mas cujo exercício poderá ser regulamentado em atenção ao contexto e demais interesses envolvidos. Assim, por exemplo, Dworkin sustenta que a pornografia não pode ser censurada, mas sua disponibilização pode ser restringida a certos bairros ou zonas urbanas, em atenção aos interesses daqueles indivíduos que não desejam sair de casa e se deparar com imagens pornográficas. Ainda assim, consumir ou não pornografia é uma escolha ética do indivíduo, e o Estado perde legitimidade e age injustamente se criminaliza ou impede a produção e o consumo de material pornográfico, sob o fundamento de que se trata de um modo de vida intrinsecamente “ruim”²⁷. Neste sentido, a posição de Dworkin se opõe frontalmente à defendida por Finnis e Tollefsen, que defendem expressamente a proibição da produção e venda de pornografia no espaço público – na medida em que ela tende a corromper e depravar os indivíduos (FINNIS, 2011b, p. 318; TOLLEFSEN, 2013, p. 215).

Considero a concepção de Dworkin mais adequada porque ela envolve uma compreensão mais rica da relação entre liberdades individuais e interesses de terceiros. Devemos atentar aos princípios e valores que compartilhamos, que se relacionam e se sustentam mutuamente, à luz dos objetivos e finalidades de nossas práticas coletivas. Esta abordagem corresponde à ideia de atitude *interpretativa* (ou “interpretiva”, como prefere Dworkin), e fica evidente em contextos onde há desacordos morais e jurídicos²⁸.

Solucionar tais desacordos nem sempre é tarefa simples. O que a atitude interpretativa ressalta é a impossibilidade de buscarmos tais soluções à luz de algum “algoritmo” ou valor de natureza autoevidente, o que fica claro no caso da regulamentação da pornografia

²⁷ Dworkin desenvolve esta ideia em seu texto *Do We Have a Right to Pornography?* (DWORKIN, 1985, pp. 335-372).

²⁸ É curioso notar que Dworkin utiliza a expressão *interpretive* ao invés de *interpretative*, que é mais comum na língua inglesa. Entendo que a intenção de Dworkin ao adotar este vocábulo é, justamente, ressaltar que a interpretação que temos de práticas sociais propositadas tem algumas particularidades, não se confundindo com uma interpretação em sentido lato.

(DWORKIN, 1985, pp. 530-531). Ainda assim, é importante notar que alguns direitos e liberdades são *fundacionais* (i.e., direitos morais, em sentido forte), como é o caso do direito à integridade física, que impossibilita terminantemente práticas como a tortura. Nestas hipóteses, não há que se falar em “regulamentação”: a tortura é inadmissível em qualquer circunstância.

A possibilidade de regulamentação surge quanto notamos que nem todas as escolhas éticas ou liberdades são consideradas fundacionais. Isso fica evidente quanto pensamos na legislação que regulamenta o uso de capacetes ou cintos de segurança: dificilmente alguém diria que a obrigatoriedade destes acessórios é injusta ou ilegítima, e ninguém argumenta em favor de algum “direito fundamental” a dirigir motos ou carros sem capacete ou cinto de segurança. Tais regulamentações, ainda que limitem uma escolha individual, não infringem qualquer tipo de liberdade fundacional. Além disso, somos capazes de imaginar justificativas plausíveis que apoiem a regulamentação, como a diminuição dos custos relacionados aos acidentes de trânsito. Tais justificativas são legítimas e não se confundem com argumentos fundamentados exclusivamente em determinadas concepções de bem (e.g., afirmar que um estilo de vida que corteja com o perigo seja “intrinsecamente” ruim) (DWORKIN, 2011, pp. 369-370).

Quando sustento que devemos analisar nossas liberdades e direitos de forma interpretativa, quero chamar a atenção para o fato de que não podemos escapar das circunstâncias onde estas liberdades e direitos são exercidos. Assim, se em algum momento motociclistas começarem a se rebelar insistentemente contra a norma referente aos capacetes, e cientistas demonstrarem o intenso sofrimento e danos psicológicos causados pelo seu uso, então teremos bons motivos para considerar que a norma que obriga ao uso de capacetes é afrontosa à dignidade, ainda que fundamentada em bons argumentos de política. Algo semelhante aconteceria se a pornografia explícita no espaço público fosse, de fato, imprescindível para a realização ética dos indivíduos, o que inviabilizaria qualquer tipo de regulação. Mas note que, nestas hipóteses, estamos diante de novas circunstâncias e contextos. O mundo deveria ser um lugar diferente daquilo que apreendemos em nossa experiência cotidiana, de modo a justificar o uso livre de capacetes ou o consumo de pornografia como liberdades fundacionais.

Defendo que a mesma linha de raciocínio deve ser aplicada para se responder adequadamente às demandas de pessoas transgêneras. Os pleitos de mudança de prenome e sexo/gênero documentais fundados no constrangimento diário, que analiso no capítulo quarto, exemplificam este ponto. Argumento que o Estado descumpra seu dever de tratar as

pessoas transgêneras com igual respeito e consideração quando lhes exige a apresentação de pareceres ou laudos médicos que “atestem” a transgeneralidade, considerados como pré-condição para análise e deferimento dos pedidos. Ora, se a situação de transgêneros neste caso é análoga à de pessoas com prenome reconhecidamente vexatório, por que são exigidos atestados clínicos no primeiro caso, mas não no segundo? Na ausência de razões concretas que justifiquem a diferenciação, estamos diante de uma exigência que trata pessoas transgêneras de forma desigual, desrespeitando sua dignidade. O fato é que transgêneros, como quaisquer outras pessoas, são indivíduos cuja independência ética, autenticidade e autonomia devem ser respeitadas pelo Estado.

Todas estas considerações ressaltam que minha preocupação não é apenas teórica, mas prática. Neste sentido, elegi as questões referentes às demandas de mudança de prenome e sexo/gênero registrais de pessoas transgêneras como as principais a serem solucionadas. Isso porque, ao menos em princípio, a alteração do prenome e sexo no assento de nascimento e demais documentos destes indivíduos já resolve uma série de problemas práticos que eles enfrentam no dia-a-dia, além de facilitar a reflexão sobre as outras demandas que analiso no capítulo quinto: constituição de família através de casamento e união estável, acesso à saúde (através do custeio de cirurgias e tratamentos hormonais), uso de banheiros, regime previdenciário, competições esportivas, ingresso nas Forças Armadas (e alistamento militar), aplicação de medidas protetivas como a Lei Maria da Penha e divisão de celas.

Resta claro o objetivo central desta tese: distinguir e delimitar quais são os direitos de pessoas transgêneras, o que nos permite responder adequadamente suas demandas. Isso envolve analisar criticamente o conceito jurídico de gênero, os limites do Estado frente aos direitos individuais, e as relações entre gênero, Estado e moralidade sexual à luz de algumas questões práticas. Percebe-se, portanto, que este trabalho é inovador na medida em que analisa as relações entre transgeneralidade e Direito sob a ótica da Filosofia Moral e Política, distinguindo-se dos estudos meramente dogmáticos (i.e., pautados na interpretação da legislação e em princípios constitucionais expressos) ou sociológicos (i.e., fundamentados exclusivamente nas chamadas teorias de gênero) sobre o tema. Além disso, ao contrário de outros estudos jurídicos, esta tese compreende a transgeneralidade como um fenômeno complexo, indo além dos casos típicos de transexualidade. Neste sentido, é o primeiro trabalho de que tenho conhecimento que se propõe a analisar, por exemplo, casos de alteração de sexo/gênero documental de pessoas não-binárias.

Divido a presente tese em cinco capítulos. No primeiro capítulo, analiso a distinção entre sexo e gênero, e apresento minha concepção sobre o conceito jurídico de gênero. Também exploro diferentes espécies de transgeneralidade e expressões de gênero, como transexualidade, travestilidade, *cross-dressing* e pessoas que se consideram não-binárias, e retomo a distinção entre direitos e políticas para tratar de pleitos tipicamente políticos do movimento transgênero, como são os que envolvem as chamadas ações afirmativas.

No segundo capítulo trato da concepção finnisiana de Direito Natural, abordando seus principais fundamentos, como a ideia de razão prática, os bens humanos básicos e sua teoria sobre os limites do Estado – em particular a ideia de bem público, o bem comum da comunidade política. Relaciono estes pontos com sua concepção de casamento, que é complementada pela teorização de Tollefsen sobre sexo e gênero, o que nos permite construir uma concepção conservadora sobre sexualidade, gênero e transgeneralidade. Apresento críticas a esta concepção, notadamente pelo fato de se basear em uma visão empobrecida de nossa realidade, pautada em uma análise incoerente e implausível dos fatos, bem como em seu aspecto totalizante – que se mostra incapaz de responder às concepções divergentes. Ressalto, ainda, as incongruências da concepção finnisiana de Estado e bem público, que por seu teor perfeccionista revela uma ideia muito enfraquecida e limitada de autenticidade e autonomia individual.

No terceiro capítulo apresento a concepção dworkiniana, que considero a mais adequada para fundamentar as demandas jurídicas de pessoas transgêneras. Início o capítulo rememorando o debate Hart-Devlin, que foi objeto de análises por Finnis e Dworkin, e que revela o que se encontra em jogo quando debatemos questões de moralidade sexual. Sustento que, além de ser incorreto imaginar que questões do tipo possam ser solucionadas em atenção à “vontade da maioria”, o debate entre Hart e Devlin é de natureza interpretativa. Abordo esta ideia a partir daquilo que Dworkin afirma ser uma “atitude interpretativa”, abrangendo brevemente tópicos como “tipos” de conceitos (i.e., criteriosais, de tipo natural e interpretativos) e sobre a objetividade na interpretação (i.e., o que faz com uma interpretação seja superior a outra). Apresento, então, a concepção dworkiniana de dignidade e o dever de tratar a todos com igual consideração e respeito (i.e., a concepção liberal de igualdade), e sustento que transgêneros, como qualquer outro indivíduo, têm direito à independência ética e que suas escolhas e inclinações sejam respeitadas pelo Estado e por terceiros. Analiso algumas questões concretas envolvendo expressões de gênero e normas referentes à decência e ao decoro. Por fim, sustento que crianças e adolescentes transgêneros merecem particular proteção estatal, na medida em que o desconhecimento e preconceito de muitos pais coloca suas

vidas e dignidade em risco. Neste sentido, argumento que antes de existir um “direito” dos pais de criarem seus filhos, há uma obrigação especial em garantir que crianças e adolescentes se desenvolvam como indivíduos autônomos e responsáveis, obrigação esta que é compartilhada com o Estado.

No capítulo quarto analiso as questões referentes à mudança de prenome e sexo/gênero documentais de pessoas transgêneras. Analiso as ideias de nome, sexo e gênero, ressaltando a prevalência da ideia de gênero para fins jurídicos de identificação do indivíduo. Também abordo a evolução jurisprudencial sobre o tema, e apresento os argumentos em favor dos pedidos de alteração de prenome e sexo/gênero tanto de transgêneros binários, quanto de pessoas não-binárias.

No último capítulo, busco responder outras demandas levantadas por pessoas transgêneras. Neste sentido, analiso questões referentes à constituição de família (i.e., se transgêneros podem ou não se casar e constituir união estável), acesso à saúde (i.e., realização de cirurgias, tratamento hormonal e acompanhamento psicológico), uso de banheiros públicos, regime previdenciário, participação em competições esportivas onde há divisão por sexo, serviço e alistamento militar, aplicação das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, o tipo penal do feminicídio, e encarceramento e divisão de celas em delegacias e presídios. Obviamente, este não é um rol taxativo das questões que envolvam pessoas transgêneras; outras questões, como licença maternidade, cotas para mulheres em partidos políticos, ações afirmativas em concursos públicos, dentre outras, também poderiam ser analisadas. Ainda assim, a *rationale* utilizada para responder todas estas questões é a mesma. O importante é saber identificar aquelas demandas cuja não satisfação implicará em tratamento desigual por parte do Estado, que deixa de agir de forma justa e legítima, desrespeitando os direitos morais de pessoas transgêneras. Outras demandas, por sua vez, envolverão a reflexão sobre medidas e políticas públicas visando a redução de desigualdades, o combate ao estigma e a inclusão social de transgêneros, que enquanto argumentos políticos, não se confundem com os argumentos de princípio apresentados para a proteção de efetivos direitos morais.

CAPÍTULO 1 – TRANSGÊNEROS: QUEM SÃO E O QUE QUEREM?

Em dezembro do ano passado, a Comissão de Direitos Humanos da cidade de Nova York passou a reconhecer a existência de trinta e um “gêneros” diferentes – ou seja, a existência de vinte e nove gêneros que vão além da divisão binária entre homens e mulheres²⁹. Para uma pessoa comum, este reconhecimento pode ser visto como inadequado, na medida em que parece subverter o que é “natural”. E críticas neste sentido não causam muita surpresa, considerando que a proporção de pessoas que se consideram transgêneras é muito pequena, e são poucos os indivíduos que mantêm contato com transgêneros em seus círculos sociais.

Ainda assim, o fato é que a população transgênera vem alcançando maior visibilidade, o que pode gerar inúmeras questões de caráter jurídico. Tratarei de alguns exemplos específicos neste trabalho, e eles variam da alteração de prenome e sexo em documentos, até o regime de aposentadoria e compartilhamento de celas. Em boa parte destes casos, se considerarmos que o Estado tem o dever de tratar a todos com igual respeito e consideração, então se faz necessário refletir sobre o que seria um tratamento igualitário considerando a transgeneralidade e suas especificidades. Mas, antes disso, é necessário saber quem são os indivíduos transgêneros e o que buscam. Para tanto, será necessário abordar algumas distinções fundamentais, como a existente entre os conceitos de sexo e gênero, em particular do ponto de vista jurídico.

O presente capítulo visa tratar destas questões preliminares. Analisarei os conceitos de sexo e gênero, explicitando as suas diferenças, para somente então apresentar o que vem a ser a transgeneralidade – seja enquanto fenômeno médico (i.e., a transexualidade), ou como fenômeno social e jurídico. Isso envolve apresentar diferentes tipos de transgeneralidade que

²⁹ A cartilha da Comissão de Direitos Humanos de Nova York, onde os gêneros estão discriminados, pode ser encontrada neste link: <http://www.nyc.gov/html/cchr/downloads/pdf/publications/GenderID_Card2015.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2016. A mesma Comissão também elaborou um “Guia Interpretativo” que trata das leis referentes à discriminação com base na identidade ou expressão de gênero, onde aborda diferentes conceitos e situações nas quais a lei deve ser aplicada. As penalidades civis aplicadas pela Comissão em caso de descumprimento da lei de discriminação de identidade ou expressão de gênero são substanciais: podem ultrapassar os \$125,000 (cento e vinte e cinco mil dólares). Dentre as violações à lei se encontra, por exemplo, impedir que uma mulher transexual (i.e., para os fins da lei, que biologicamente nasceu homem, mas que se identifica e/ou se expressa como mulher) de utilizar o banheiro atribuído ao gênero feminino. Este guia pode ser encontrado no seguinte link: <http://www.nyc.gov/html/cchr/downloads/pdf/publications/GenderID_InterpretiveGuide_2015.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2016.

vão muito além dos casos paradigmáticos de transexualidade com os quais estamos acostumados (como é o caso de Roberta Close), incluindo não apenas indivíduos que se identificam e se expressam como homens ou mulheres (os transgêneros binários), mas também aqueles que se identificam e se expressam de formas ambíguas, indo além do que concebemos propriamente como masculinidade ou feminilidade (os chamados não-binários). É necessário, ainda, circunscrever o conceito jurídico de gênero, que não se confunde com os conceitos que podem ser adotados pela Sociologia ou Psicologia. Ao final, é interessante compreender quais são as demandas de pessoas transgêneras, que poderão ocorrer no âmbito político ou jurídico – sendo este último o que mais interessa ao presente trabalho, levando-se em consideração os direitos (em particular, os *direitos morais*) de tais indivíduos.

1. DEFININDO O SEXO

Dentre as diferentes “funções” que podemos atribuir ao nosso organismo, uma delas diz respeito à função reprodutiva. Quando a analisamos, percebemos que não somos seres autossuficientes na reprodução – a depender da estrutura de nosso aparelho reprodutivo, somos divididos em machos e fêmeas e, para além das inovações tecnológicas, é somente através da cópula entre machos e fêmeas que pode nascer um novo ser humano. A primeira grande “divisão” entre seres humanos, portanto, diz respeito ao *sexo*: podemos ser divididos em dois sexos distintos e complementares. Do ponto de vista da Biologia, esta distinção e complementaridade faz com que seres humanos constituam uma espécie *dióica*.

Mas o sexo não é determinado apenas pelo aparelho reprodutivo. Há os chamados caracteres sexuais secundários, que não estão necessariamente ligados à reprodução. Sendo assim, mulheres possuem glândulas mamárias mais desenvolvidas, alargamento da bacia, número menor de pelos corporais, voz mais fina etc. Já homens possuem pelos faciais e corporais mais expressivos, maior massa muscular, ombros mais largos, voz mais grossa, dentre outros. Há também diferenças de ordem hormonal (i.e., andrógenos e estrógenos) e cromossômica (i.e., a presença de cromossomos XX nas fêmeas e XY nos machos).

Há, portanto, inúmeras formas de se distinguir os sexos, que vão além da presença de um pênis ou de uma vagina. Ocorre que, em alguns casos, os caracteres sexuais se encontram “embaralhados”, na falta de melhor expressão. Em outras palavras, existem indivíduos

que possuem alguns tipos de *ambiguidade sexual*. Há ainda pessoas que sofrem variações cromossômicas, como a síndrome de Klinefelter (caracterizada pela presença de um terceiro cromossomo X em indivíduos que, tipicamente, seriam considerados machos).

Também existem situações nas onde a ambiguidade só é descoberta posteriormente e em situações excepcionais. Exemplo desta circunstância é o caso de Ryalu, homem adulto e pai de dois filhos que foi internado em um hospital na Índia sentindo fortes dores abdominais, pensando se tratar de uma hérnia – mas, quando analisado pelos médicos, descobriu que tinha dentro de si todo o aparelho reprodutor feminino (útero, ovários, trompas e até tecido vaginal). Logo, muito embora Ryalu tenha órgãos masculinos externos funcionais, não se pode afirmar que ele pertença completamente ao sexo masculino³⁰.

Casos como o de Ryalu, embora raros, representam a complexidade existente para além da divisão binária de sexos. Atualmente, todas as pessoas que fogem da “normalidade binária” do sexo são consideradas *intersexuais*, expressão vista como mais adequada por ativistas e que tem se mostrado mais frequente também no meio médico, ocupando o lugar do termo “hermafrodita”. No caso da intersexualidade, não há como se afirmar com certeza que um indivíduo é macho ou fêmea³¹.

A questão intersexual foi profundamente estudada pela bióloga e geneticista Anne Fausto-Sterling, tanto em seu artigo seminal *The Five Sexes: why male and female are not enough* (1993), quanto em seu livro *Sexing the Body: gender politics and the construction of sexuality* (2000). Em suas obras, Fausto-Sterling sugere que existem ao menos mais três “sexos” além de macho e fêmea, representados por diferentes tipos de hermafroditismo. Ela entende, ainda, que nossa sociedade considera o fenômeno intersexual como algo “anormal” e que deve ser corrigido, com o fim de inserir o indivíduo dentro da binariedade macho/fêmea. Por ser vista como anormalidade, a intersexualidade deixa de ser considerada algo “natural”: se o natural reside no exercício da função reprodutiva nos papéis típicos de macho e fêmea, indivíduos que não sejam plenamente machos ou fêmeas acabam se transformando em problemas de ordem médica³².

³⁰ O caso de Ryalu foi noticiado em agosto de 2011 pelo portal de notícias Terra. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/ciencia/medicos-descobrem-utero-ovarios-e-vagina-em-homem-indiano.ae2a00beca2da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso em: 09 jun. 2016.

³¹ Anne Fausto-Sterling, ao analisar algumas pesquisas sobre os tipos de intersexualidade, conclui que o número de bebês que nascem com algum tipo de ambiguidade é de 1,7% - número este que é muito superior ao de crianças albinas (cerca de um em cada vinte mil bebês é albino) (FAUSTO-STERLING, 2000, p. 51; 53).

³² Nas palavras de Fausto-Sterling, “*Why should we care if there are people whose biological equipment enables them to have sex ‘naturally’ with both men and women? The answers seem to lie in a cultural need to maintain clear distinctions between the sexes. Society mandates the control of intersexual bodies because they*

Sendo assim, a Medicina desenvolve inúmeras técnicas para “adequar” o corpo de crianças intersexuais recém-nascidas a um sexo ou outro. É claro que em algumas circunstâncias a desambiguação é necessária para a garantia de saúde do indivíduo (i.e., quando sua vida e bem-estar físicos correm perigo, como nos casos onde há obstrução das vias urinárias). Entretanto, em muitos casos esta desambiguação leva em consideração somente questões de ordem social: a crença de que uma criança intersexual não será bem aceita, que a intersexualidade gerará traumas futuros, ou que os pais não saberão criar uma criança de sexo ambíguo. Consequentemente, o meio médico acabaria perpetuando a concepção de que uma pessoa intersexual não poderá ser feliz com seu próprio corpo em uma sociedade marcada pela divisão binária do sexo.

Em um contexto como este, muitos afirmam que a maioria dos casos de intersexualidade são “curados” através de cirurgias que transformam crianças intersexuais em “fêmeas”. Na visão da ativista intersexual Cheryl Chase, boa parte dos médicos leva em consideração a maior facilidade de se “construir” uma vagina ao invés de um pênis (CHASE, 2006, p. 302)³³. No Brasil, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº. 1.664/2003, que trata dos procedimentos a serem adotados no caso de “pacientes com anomalias de diferenciação sexual”. A resolução exige a realização de exames hormonais, citogenéticos (i.e., análise dos cromossomos), de imagem e anatomopatológicos (i.e., exame de tecidos, biópsia etc.) para se descobrir quais são os caracteres sexuais prevalentes na criança. Somente então é que deverão ser realizadas cirurgias de desambiguação sexual e eventual tratamento hormonal.

Seja como for, o que os estudos de Fausto-Sterling revelam é a complexidade existente no conceito de sexo, algo que é ignorado por boa parte das pessoas. Não há razão para limitá-lo ao binômio macho/fêmea e, a partir daí, imaginar que todo e qualquer caso de intersexualidade deverá ser “consertado”. Muitos intersexuais ressaltam que as cirurgias são

blur and bridge the great divide. Inasmuch as hermaphrodites literally embody both sexes, they challenge traditional beliefs about sexual difference: they possess the irritating ability to live sometimes as one sex and sometimes the other, and they raise the specter of homosexuality” (FAUSTO-STERLING, 1993, p. 24). O “espectro da homossexualidade” mencionado por Fausto-Sterling tem relação direta com a ideia de *heteronormatividade*. Em síntese, se nossos órgãos sexuais têm uma “função”, ir em sentido contrário a tal função implica em assumir uma postura contrária à complementaridade sexual (i.e., heterossexualidade). O “normal” são relações heterossexuais, pois é através da cópula entre homem e mulher que nascem novos seres humanos.

³³ “*Surgery is essentially a destructive process. It can remove and to a limited extent relocate tissue, but it cannot create new structures. This technical limitation, taken together with the framing of the feminine as a condition of lack, leads physicians to assign 90 percent of anatomically ambiguous infants as female by excising genital tissue. Members of the John Hopkins intersex team have justified female assignment by saying, ‘You can make a hole, but you can’t build a pole’*” (CHASE, 2006, p. 302).

invasivas e desconsideram a possibilidade de alguém com intersexualidade desenvolver uma vida normal³⁴. São feitas, em síntese, para garantir a “inteligibilidade” do indivíduo em um mundo onde seres humanos são divididos entre machos e fêmeas. Não é à toa que inúmeros ativistas intersexuais lutam pelo fim de cirurgias de desambiguação sexual em recém-nascidos e crianças, pois além dos riscos inerentes de tais cirurgias, tem-se o impacto direto na futura vida sexual da pessoa (impossibilidade de se atingir o orgasmo), bem como o risco do indivíduo desenvolver uma identidade e expressão de gênero que não estejam de acordo com o sexo “criado” pela cirurgia (como na hipótese de se “transformar” um intersexual em uma menina, que posteriormente expressará o gênero masculino)³⁵.

Os debates sobre o conceito de “sexo” e o fenômeno da intersexualidade vão muito além destas considerações. Ainda assim, percebe-se que o tema tem importantes reflexos jurídicos. Um dos exemplos diz respeito ao registro do sexo de recém-nascidos intersexuais, questão complexa e que tem sido pouco analisada por nossos juristas. Retomarei este tema no penúltimo capítulo da tese. Ainda assim, ressalto que utilizo a ideia de sexo neste trabalho para significar o conjunto de critérios e características biológicas que nos permitem falar em machos, fêmeas e *intersexuais*.

³⁴ É o que concluiu Fausto-Sterling ao analisar mais de oitenta exemplos de adolescentes e adultos intersexuais que possuíam genitália anômala: *“Intersexual children who grow up with genitalia that seem to contradict their assigned gender identities are not doomed to lives of misery. Laurent and I turned up more than eighty examples (published since 1950) of adolescents and adults who grew up with visibly anomalous genitalia. In only one case was an individual deemed potentially psychotic, but that was connected to a psychotic parent and not to sexual ambiguity. The case summaries make clear that children adjust to the presence of anomalous genitalia and manage to develop into functioning adults, many of whom marry and have active and apparently satisfying sex lives. Striking instances include men with small penises who have active marital sex lives without penetrative intercourse. Even proponents of early intervention recognize that adjustment to unusual genitalia is possible”* (FAUSTO-STERLING, 2000, pp. 94-95).

³⁵ Nas palavras de Fausto-Sterling: *“As we have seen, infant genital surgery is cosmetic surgery performed to achieve a social result – reshaping a sexually ambiguous body so that it conforms to our two-sex system. This social imperative is so strong that doctors have come to accept it as a medical imperative, despite strong evidence that early genital surgery doesn’t work: it causes extensive scarring, requires multiple surgeries, and often obliterates the possibility of orgasm. In many of the case reports of clitoral surgery, the only criteria for success are cosmetic, rather than later sexual function”* (FAUSTO-STERLING, 2000, p. 80). A solução, para Fausto-Sterling, envolve acabar com cirurgias de desambiguação genital desnecessárias, bem como a atribuição de um sexo provisório e acompanhamento psicológico aos pais e à criança: *“I, of course, am committed to challenging ideas about the male/female divide. In chorus with a growing organization of adult intersexuals, a small group of scholars, and a small but growing cadre of medical practitioners, I argue that medical management of intersexual births needs to change. First, let there be no unnecessary infant surgery (by necessary I mean to save the infant’s life or significantly improve h/her physical well-being). Second, let physicians assign a provisional sex (male or female) to the infant (based on existing knowledge of the probability of a particular gender identity formation – penis size be damned!). Third, let the medical care team provide full information and long-term counseling to the parents and to the child. However well-intentioned, the methods for managing intersexuality, so entrenched since the 1950s, have done serious harm”* (FAUSTO-STERLING, 2000, p. 79). Ideia semelhante é defendida por Cheryl Chase em seu artigo *Hermaphrodites with Attitude: mapping the emergence of intersex political activism* (CHASE, 2006).

2. DETERMINANDO O GÊNERO

Ao analisar o conceito de sexo, afirmei que alguns indivíduos não se enquadram plenamente nos critérios biológicos que nos permitem falar em “machos” ou “fêmeas”. Tais indivíduos são considerados intersexuais, e muitos passam por cirurgias e tratamentos visando a “desambiguação” ou “adequação” de seu sexo ao espectro masculino/feminino. Disso não se segue que o indivíduo intersexual *necessita* passar por procedimentos do tipo; o que boa parte das cirurgias de desambiguação revela, como ressaltou Fausto-Sterling, é a incapacidade social em conceber categorias de sexo além do binômio macho/fêmea. Nascer intersexual nem sempre será um fato que impossibilita o indivíduo de ter uma vida saudável e feliz, mas, ainda assim, intersexuais são considerados portadores de uma “anomalia” que deve ser corrigida.

Entretanto, mesmo quando o indivíduo é “plenamente” macho ou fêmea, outras expectativas sociais são criadas e vão muito além de nossa morfologia genital. Neste sentido, não basta ter o sexo bem definido; é preciso agir e se comportar em atenção à complementaridade sexual. Há uma expectativa generalizada na *heterossexualidade* dos indivíduos – se são machos devem sentir atração por fêmeas, e se são fêmeas devem se atrair por machos. Logo, da mesma forma como intersexuais são indivíduos que deveriam ser “corrigidos”, o mesmo se passaria com indivíduos homossexuais. Não é sem razão que a homossexualidade fora considerada por muitos anos como uma patologia (o que presume a busca por uma “cura”), e mesmo hoje é considerada “anormal” ou “imoral” por muitos indivíduos³⁶.

³⁶ Autora influente no campo dos estudos de gênero, Judith Butler sustenta que a repetição contínua de normas e expectativas de gênero gera uma crença coletiva de que todo este processo possui uma “verdade intrínseca” e inafastável, que ela denomina *cristalização* ou *naturalização* (BUTLER, 1999, p. 45). O exemplo central de Butler para explicar esta cristalização do gênero diz respeito à “matriz heterossexual” (BUTLER, 1999, p. 7; p. 208). Por matriz heterossexual, Butler entende o seguinte: “*I use the term heterosexual matrix throughout the text to designate that grid of cultural intelligibility through which bodies, genders, and desires are naturalized. I am drawing from Monique Wittig’s notion of the ‘heterosexual contract’ and, to a lesser extent, on Adrienne Rich’s notion of ‘compulsory heterosexuality’ to characterize a hegemonic discursive/epistemic model of gender intelligibility that assumes that for bodies to cohere and make sense there must be a stable sex expressed through a stable gender (masculine expresses male, feminine expresses female) that is oppositionally and hierarchically defined through the compulsory practice of heterosexuality*” (BUTLER, 1999, p. 208, tradução livre). A matriz heterossexual, entendida como uma “heterossexualidade natural e compulsória” (i.e., o que se convencionou chamar de “heteronormatividade”), é capaz de explicar a existência de apenas dois gêneros: masculino e feminino. O gênero é “naturalizado” justamente porque é visto como um reflexo da necessidade biológica – a divisão binária de corpos sexuados em “machos” e “fêmeas”. Isso justifica porque muitos indivíduos veem a relação entre sexo e gênero como uma relação dependência, ou mesmo de causalidade (i.e., se nasci macho, deverei ser homem, e se nasci fêmea, deverei ser mulher).

Disso se segue que nossas expectativas sociais se baseiam, em grande parte, na distinção entre os sexos. Mas tais expectativas nos permitem falar não apenas em machos e fêmeas, mas em homens e mulheres, enquanto categorias que são delimitadas através de critérios que não mais se confundem com os utilizados para a identificação do sexo biológico. Identificamos o “gênero” dos indivíduos através de complexas práticas sociais, que variam de acordo com o contexto histórico e cultural.

O que “é” o gênero, como ele surgiu e como opera em nossas práticas sociais são questões analisadas em diversas teorias. Não pretendo me aprofundar nestes temas, pois não são fundamentais para responder às questões mais específicas e concretas que levanto neste trabalho. Ainda assim, algumas considerações são importantes, considerando que a resposta para algumas das demandas levantadas por pessoas transgêneras leva em consideração o que entendo ser o *conceito jurídico de gênero*, que apresento mais adiante.

O modo como dividimos crianças entre meninos e meninas é uma boa forma de se entender o impacto da ideia de gênero em nossas práticas sociais. Mesmo antes do nascimento, exames de ultrassom revelam que (ao menos considerando a morfologia genital) o feto é de sexo masculino ou feminino. A partir daí, pais começam a montar o quarto do bebê: se for de sexo masculino, começam a investir em brinquedos e cores associadas a este sexo, comprando carrinhos e pintando o quarto de azul. E, se for de sexo feminino, compram bonecas e roupinhas rosas. Após o nascimento, a criança começa a ser “educada” considerando expectativas decorrentes de seu sexo, o que resta evidente quando observamos o dia-a-dia de escolas primárias, onde meninos são estimulados à prática de determinados esportes, como futebol, e meninas são estimuladas a brincarem umas com as outras de “bonecas” ou “casinha”.

Se há ou não uma “inclinação inata” ou biológica para que meninos e meninas ajam de uma forma ou de outra, esta é uma questão complexa e que foge do âmbito deste trabalho. Ainda assim, o que se percebe é que a divisão entre meninos e meninas corresponde a uma prática social reiterada, e enquanto tal pode ser objeto de estudos sociais, independentemente de eventuais análises por parte das ciências naturais ou biológicas. Não é sem razão que Erving Goffman, em seu texto *The Arrangements Between the Sexes* (GOFFMAN, 1977), fala na divisão dos indivíduos em “classes sexuais”. A depender do sexo, indivíduos estão sujeitos a diferentes tipos de socialização, marcadas por distintas formas de aparentar, agir e

sentir, o que nos permite falar em um complexo de práticas que, como formas de caracterizar um indivíduo, denominamos *gênero* (GOFFMAN, 1977, p. 303)³⁷.

É curioso notar o vínculo existente entre ideias tão complexas como sexo e gênero. Em nossas interações sociais, apresentamos uma “imagem” através da qual os demais possam “identificar” nosso sexo, ainda que não vejam nossa genitália ou nossos cromossomos. Este ponto fica evidente quando Candace West e Don Zimmerman, no texto *Doing Gender* (WEST; ZIMMERMAN, 1987), diferenciam o “sexo” da “categoria de sexo”. Para estes autores o *sexo* de alguém é determinado através da aplicação dos critérios biológicos que dividem as pessoas em machos e fêmeas. Ele se distingue da *categoria de sexo*: na vida social, indivíduos são “categorizados” na medida em que exibem, publicamente, uma imagem que permita sua categorização como macho e fêmea (WEST, ZIMMERMAN, 1987, p. 127). A diferença entre sexo e categoria de sexo, portanto, é bastante sutil: a categoria de sexo do indivíduo corresponde a uma *presunção* de seu sexo biológico, na medida em que não exibimos nossa genitália ou cromossomos em vida pública. Disso se segue que alguém pode ser enquadrado por outras pessoas dentro de uma categoria de sexo sem, contudo, efetivamente ser do sexo biológico que esta categoria busca afirmar.

Alguém como Roberta Close demonstra claramente como esta distinção funciona na prática. Imagine que ela está em um lugar onde ninguém a conheça e que comece a se sentir enjoada. Alguém nota a situação e pergunta se ela está grávida. No atual estágio de nossa ciência, a gravidez ocorre apenas em pessoas que tenham nascido com o sexo biológico feminino – e este não é o caso de Roberta Close, que responderá “não” para a pergunta.

O que este caso revela é que as pessoas atribuem sexo feminino àqueles que exibirem uma determinada “imagem”. A “categorização” social do sexo ocorre tendo em vista inúmeras características que não se confundem com a genitália ou os cromossomos: elas incluem elementos tão variados como o jeito de se portar, o tom de voz, a presença ou não de pelos faciais, o modo de se vestir, adereços etc. Isso significa que o indivíduo poderá “construir”

³⁷ “In all societies, initial sex-class placement stands at the beginning of sustained sorting process whereby members of two classes are subject to differential socialization. From the start, persons who are sorted into the male class and persons who are sorted into the other are given different treatment, acquire different experience, enjoy and suffer different expectations. In response there is objectively overlayed on a biological grid – extending it, neglecting it, countering it – a sex-class-specific way of appearing, acting, feeling. Every society elaborates sex-class in this way, although every society does this after its own fashion. Viewed by the student as a way of characterizing an individual, this complex can be called gender; viewed as a way of characterizing society, it can be called sexual subculture” (GOFFMAN, 1977, p. 303). Importante perceber, como ressaltado por Goffman, que o fato de cada sociedade possuir padrões distintos para identificação e diferenciação de gênero não prejudica o argumento de que os indivíduos são divididos em diferentes classes sexuais.

uma imagem que é tipicamente associada a um sexo, e ser percebido como pertencente a este sexo, sem que de fato pertença ao sexo em questão³⁸.

Mas há algo que se encontra além do sexo e da categoria de sexo: o *gênero*. Para West e Zimmerman, o gênero é a uma espécie de “fazer”, que consiste em conduzir-se à luz de determinadas expectativas comportamentais e atividades consideradas apropriadas para cada categoria de sexo. Por esta perspectiva, as atividades de gênero não apenas sustentam reivindicações de pertencimento a determinada categoria de sexo, como surgem destas próprias categorias (WEST; ZIMMERMAN, 1987, p. 127). O gênero corresponde ao comportar-se de modo a reforçar a categoria de sexo pela qual o indivíduo é identificado, inserindo-se em contextos de feminilidade e masculinidade.

Há, portanto, uma distinção analítica entre os conceitos de sexo, categoria de sexo e gênero, ao menos na visão de West e Zimmerman. Quanto à distinção entre sexo e gênero, ela aparece com muita clareza e dificilmente é contestada. O fato de quase nunca utilizarmos as expressões “mulher” e “homem” para designar animais, mas apenas seres humanos, corresponde a um indício de que tais expressões nem sempre são utilizadas como meros sinônimos de “fêmea” e “macho” – não sintetizam, portanto, meros critérios de ordem biológica. De qualquer sorte, “mediando” o sexo e o gênero existe a categoria de sexo.

Mas qual a distinção, na prática, entre categoria de sexo e gênero? West e Zimmerman ressaltam que uma mulher pode ser vista como “não-feminina” (enquanto questão de gênero), mas disso não se segue que ela possa ser vista como “não-fêmea” – ou seja, que não possa ser “categorizada” (ainda que equivocadamente) como fêmea (WEST; ZIMMERMAN, 1987, 134). Ocorre que, embora seja possível traçar uma distinção entre a imagem transmitida publicamente pela pessoa (o que nos leva a “categorizá-la sexualmente”) e seu comportamento e modo de agir (o que revelaria o “gênero”), tanto a construção de uma imagem quanto um agir e o comportamento são “fazer” do indivíduo. Ademais, a categoria de sexo e o gênero não dependem de qualquer “teste positivo” que precise ser explicitamente

³⁸ Outro exemplo interessante que fundamenta a distinção entre sexo e categoria de sexo aparece no livro *Gender: An Ethnomethodological Approach* (KESSLER; MCKENNA, 1978), de Suzanne Kessler e Wendy McKenna. As autoras citam o caso de uma criança que, ao ver uma foto de alguém vestido de terno e gravata, afirma que a foto retrata “um homem, porque tem um pipi” (KESSLER; MCKENNA, 1978, 154). O que este exemplo ressaltava, na visão de West e Zimmerman, é que uma pessoa pode vir a ser “categorizada” como alguém de sexo masculino apenas por apresentar determinada imagem (o que significa que, na visão da criança, se a pessoa está de terno e gravata é porque ela deve ter um “pipi”): “‘He must have a pee-pee [an essential characteristic] because I see the insignia of a suit and tie.’ Neither initial sex assignment (pronouncement at birth as a female or male) nor the actual existence of essential criteria for that assignment (possession of a clitoris and vagina or penis and testicles) has much – if anything – to do with the identification of sex category in everyday life” (WEST; ZIMMERMAN, 1987, p. 132).

satisfeito para que seja possível identificar o indivíduo como uma coisa ou outra, ao contrário do sexo (WEST; ZIMMERMAN, 1987, p. 133).

Não pretendo afirmar, a partir destas observações, que categoria de sexo e gênero são apenas duas faces da mesma moeda. Na realidade, a forma como West e Zimmerman constroem a ideia de categoria de sexo é um pouco problemática. Para os autores, o pertencimento a uma categoria de sexo ocorre a partir de testes do tipo “se-pode” (*if-can*): se alguém aparenta pertencer a certa categoria, então pode ser considerada pertencente a tal categoria – a menos que existam elementos suficientes que provem o contrário (WEST; ZIMMERMAN, 1987, p. 133)³⁹. Disso se segue que, havendo prova em contrário, a pessoa não será mais considerada como pertencente a determinada categoria de sexo. Os “elementos em contrário”, no caso, estão diretamente atrelados ao sexo biológico do indivíduo. Logo, retomando o exemplo de Roberta Close e sua suposta gravidez, West e Zimmerman diriam que a categoria de sexo de Roberta Close seria alterada caso as demais pessoas descobrissem que seu sexo biológico não é feminino.

Mas quais as consequências disso? Não me parece adequado imaginar que Roberta Close busque “se passar por fêmea”, e mesmo que outros indivíduos passem a identificá-la como “macho” (ou “não-fêmea”), isso não se confunde com sua identificação enquanto *mulher*, em atenção ao seu gênero.

Disso se segue que o problema no argumento de West e Zimmerman é que ele limita excessivamente o conceito de gênero. Na prática, *as pessoas identificam Roberta Close como mulher mesmo quando sabem, de antemão, que ela não nasceu com o sexo biológico feminino*. É o que acontece quando reconhecemos a “mulheridade” ou “hombridade” de pessoas transgêneras (o que fica evidente no contexto jurídico, quando pedidos de mudança de prenome e sexo documentais são deferidos). O ponto é que a imagem dos indivíduos não é vista apenas como forma de categorizar o sexo da pessoa (i.e., fêmea ou macho), mas também seu gênero (i.e., mulher ou homem). Disso se segue que, caso eu não conheça Roberta Close e venha a me deparar com uma fotografia sua, posso não apenas presumir (ainda que equivocadamente) que ela seja fêmea, mas sobretudo que ela é uma *mulher* (pois não presumo apenas seu sexo biológico, mas também traços de personalidade, trejeitos e modo de se portar). Ocorre que, se levarmos à risca a conceituação proposta por West e Zimmerman,

³⁹ Nas palavras de West e Zimmerman, “*This test stipulates that if people can be seen as members of relevant categories, then categorize them that way. That is, use the category that seems appropriate, except in the presence of discrepant information or obvious features that would rule out its use. This procedure is quite in keeping with the attitude of everyday life, which has us take appearances at face value unless we have special reason to doubt*” (WEST; ZIMMERMAN, 1987, p. 133).

no qual o gênero é um “fazer” que visa “reforçar” a categoria de sexo, Roberta Close só seria identificada socialmente como “mulher” até o momento em que seu sexo biológico fosse revelado. A partir de então, ela seria considerada, no máximo, como um “homem feminizado” ou algo semelhante⁴⁰.

Mas não é isso que acontece. Talvez antes de se falar em “categoria de sexo”, o mais adequado seja falar em *categoria de gênero*: a identificação de pessoas em nossas interações sociais como *mulheres* ou *homens*. Enquanto a categoria de sexo é tratada pelos autores como uma “presunção” sobre o sexo biológico do indivíduo (cuja “veracidade” pode ou não ser confirmada através de critérios naturais ou biológicos), a categoria de gênero não tem qualquer relação com o sexo. O gênero não deixa de ser um “fazer” por parte do indivíduo, mas é um fazer que é interpretado por terceiros de modo a identificar o indivíduo como mulher ou homem⁴¹. Isso explica porque transgêneros podem ser (e em boa parte são) percebidos em nossa sociedade como homens e mulheres, e não como um “terceiro gênero”, ainda que fujam da presunção generalizada de que pessoas de sexo masculino serão homens e de que pessoas de sexo feminino serão mulheres.

Isso não significa que não há pessoas que digam que Roberta Close não é uma mulher, ou então pessoas para quem ela não é uma mulher “de verdade”. É bem provável que alguém que diga que Roberta Close não é uma mulher não esteja levando em consideração sua postura, trejeitos e feminilidade, mas tão somente critérios de ordem biológica. Este indivíduo, no caso, está apenas utilizando a expressão “mulher” como sinônimo de fêmea. Mas quando alguém diz que Roberta Close é uma mulher, o que se pretende ressaltar não é o seu sexo biológico, e sim seu gênero.

⁴⁰ Embora West e Zimmerman insistam na independência analítica entre sexo, categoria de sexo e gênero, seus argumentos reforçam a ideia de que o gênero nada mais é do que um “prolongamento” da categoria de sexo. Em suas palavras, “*Gender, in contrast, is the activity of managing situated conduct in light of normative conceptions of attitudes and activities appropriate for one’s sex category. Gender activities emerge from and bolster claims to membership in a sex category*” (WEST; ZIMMERMAN, 1987, p. 127).

⁴¹ Não é sem razão que Judith Butler falará em *performatividade do gênero*. A ideia de performatividade tem como ponto de partida o pensamento de John Langshaw Austin, que em seu livro *How to Do Things With Words* (AUSTIN, 1962) estabeleceu a diferença entre *enunciados constatativos* (*constative utterances*) e *enunciados performativos* (*performative utterances*). Enquanto os primeiros correspondem a descrições de um estado de coisas ou uma afirmação de um fato que poderá ser verdadeiro ou falso, os enunciados performativos funcionam como verdadeiras ações, que constituem um estado de coisas (como o “sim” dito pelos noivos ou o ato de batizar um navio) (AUSTIN, 1962, p. 5). Partindo desta ideia, Butler afirmará que o gênero é performativo, na medida em que a forma como expressamos o gênero, respondendo às expectativas sociais compartilhadas sobre o que vem a ser “homem” e “mulher”, constitui nossa própria identidade. Disso se segue que não existirá uma “identidade de gênero” para além das expressões de gênero “performadas” por cada indivíduo: “*There is no gender identity behind the expressions of gender; that identity is performatively constituted by the very ‘expressions’ that are said to be its results*” (BUTLER, 1999, p. 34).

A situação é ligeiramente diferente quando alguém afirma que Roberta Close não é uma mulher “de verdade”. Neste caso, o que se deseja ressaltar é que Roberta Close, ainda que seja um símbolo de feminilidade, não pode ser considerada mulher “de verdade” por lhe faltar algum requisito essencial – que muitos associam ao sexo biológico. Se somente fêmeas podem ser mulheres, Roberta Close seria algum tipo de “imitação”.

Em nossa vida cotidiana, notamos que muitas pessoas pensam o gênero dessa maneira. Christopher Tollefsen, cuja concepção de gênero analiso no próximo capítulo, defende visão semelhante: transgêneros apresentam uma imagem “falsa” à luz de sua “realidade corpórea” (i.e., seu sexo) (TOLLEFSEN, 2015a). Considerando apenas estas concepções, as conclusões de West e Zimmerman fazem sentido e parecem satisfatórias para explicar boa parte das circunstâncias onde fazemos uso da ideia de gênero. Entretanto, como visto, elas não explicam como alguém como Roberta Close possa ser considerada “mulher” ainda que se saiba, de antemão, que seu sexo biológico não é feminino.

O que o lapso na concepção de West e Zimmerman revela é, justamente, algo que nem sempre parecerá óbvio: que conceitos como “homem” e “mulher” são utilizados em atenção a determinados critérios e em variados contextos. Sendo assim, não se trata de ignorar completamente o conceito de categoria de sexo, mas sim de ampliar a compreensão que temos sobre os usos do conceito de gênero. A partir daí, percebe-se que expressões como “mulher” e “homem” não tem um sentido unívoco; ambas são delimitadas em atenção ao seu contexto de uso. Um padre católico poderia se recusar a casar Roberta Close com um homem por considerar que, no caso, não há diversidade de sexos – afirmando, neste contexto, que Roberta Close não é uma mulher “de verdade”. Já o juiz que deferiu seu pedido de mudança de prenome e sexo/gênero documentais, muito provavelmente, a vê como mulher e entende que ela deve ser identificada como tal para todos os fins jurídicos pertinentes. Neste último caso, o fator determinante da “mulheridade” de Roberta Close é o modo como ela se expressa e é identificada socialmente (i.e., seu gênero), e não o seu sexo biológico.

Esta observação é importante porque, no presente trabalho, a resposta para muitas demandas de pessoas transgêneras depende da forma como interpretamos e aplicamos o conceito *jurídico* de gênero. Mas, antes de analisar especificamente o conceito jurídico de gênero, gostaria de ressaltar duas constatações feitas por West e Zimmerman que impactam na forma como entendemos as relações entre gênero e Direito.

A primeira diz respeito ao fato de que o gênero não é apenas uma simples questão “interna” do indivíduo, como se ele pudesse ser o que bem desejar. Sendo um “fazer”, o

gênero é algo que se apresenta em um contexto relacional, interpessoal. Logo, não basta que eu me considere “homem” – é importante que eu seja lido pelas demais pessoas como tal⁴². Não é sem razão, portanto, que alguns autores falam que o gênero é *atribuído* aos indivíduos⁴³.

Disso se segue que o modo como o indivíduo “se identifica” ou como ele “se sente” não tem relevância para a determinação de seu gênero do ponto de vista social (ou jurídico, como defendo adiante), muito embora possa ser considerado relevante em outros contextos, como no caso de um estudo psicológico. Se não bastasse, na medida em que as práticas sociais que compõe a ideia de gênero são determinadas em atenção a contextos históricos e culturais, tem-se que as possibilidades de “expressar” o gênero estarão adstritas a tais contextos. Não há como, sozinho, “criar” um terceiro gênero, e mesmo indivíduos que se consideram não-binários são vistos como um “meio termo” dentro da polaridade masculino-feminino, expressando o gênero à luz de expectativas presentes em ambas as categorias⁴⁴.

A segunda constatação diz respeito ao modo como o gênero compreende os demais papéis que assumimos em nossa vida social. Neste sentido, ser advogado é diferente de ser advogada – em outras palavras, as diferentes expectativas que as pessoas criam em torno de

⁴² “When we view gender as an accomplishment, an achieved property of situated conduct, our attention shifts from matters internal to the individual and focuses on interactional and, ultimately, institutional arenas. In one sense, of course, it is individuals who ‘do’ gender. But it is a situated doing, carried out in the virtual or real presence of others who are presumed to be oriented to its production. Rather than as a property of individuals, we conceive gender as an emergent feature of social situations: both as an outcome of and a rationale for various social arrangements and as a means of legitimating one of the most fundamental divisions of society” (WEST, ZIMMERMAN, 1987, p. 126).

⁴³ Neste sentido, no livro *The Metaphysics of Gender* (WITT, 2011b), Charlotte Witt dirá que o reconhecimento social de que o indivíduo é “mulher” ou “homem”, e suas respectivas consequências normativas (i.e., as expectativas de como o indivíduo deve agir), não dependem de qualquer decisão do indivíduo em adotar uma ou outra identidade ou posição social, como poderia afirmar uma perspectiva *voluntarista* sobre o gênero. Se assim o fosse, uma mãe, ao se identificar e se obrigar com o papel de mãe, somente o faz na medida em que aceita as normas que são associadas à maternidade como obrigatórias e como razões para agir de determinada maneira (WITT, 2011b, p. 43). Witt considera esta perspectiva equivocada para explicar o modo como o gênero opera em nossas relações sociais, e sustenta que a normatividade existente nas expectativas de gênero decorre do reconhecimento social de que a pessoa ocupa determinada posição (“homem” ou “mulher”), independentemente da forma com o indivíduo se identifica. Witt afirma ser esta uma explicação *atributiva* (*ascriptivist*) da normatividade social das expectativas de gênero (WITT, 2011b, p. 43).

⁴⁴ Ressaltar os limites de nossa “criatividade” na expressão de gênero é importante porque alguns argumentos contra a não-binariedade são alimentados por falsas analogias. Algumas pessoas poderão afirmar que, se a pessoa pode se identificar como algo distinto de homem ou de mulher, então poderá se identificar como qualquer outra coisa (e.g., animais, plantas ou objetos). Esta é uma conclusão apressada e equivocada. Suponhamos que alguém se identifique como uma girafa e se “vista” e se “comporte” como tal. Certamente, não diríamos que esta pessoa se identifica como “homem” ou “mulher” (muito embora possa se identificar como girafa macho ou fêmea), mas tampouco diríamos que tal pessoa está expressando um *gênero*. Nestas circunstâncias, não há que se falar em não-binariedade. Pessoas não-binárias, como resalto adiante, *expressam* o gênero, ainda que de forma considerada ambígua, na medida em que se apresentam e se comportam à luz das expectativas de masculinidade e feminilidade.

uma profissão também serão associadas às expectativas ao redor do gênero do profissional. Alguém poderá entender que, em questões familiares, o melhor será procurar uma advogada, na medida em que mulheres seriam “mais sensíveis” do que os homens. Ou considerará que advogados tendem a ser melhores no tribunal do júri, pois homens seriam “mais agressivos” na defesa do cliente.

Este ponto fica ainda mais evidente quando pensamos que algumas profissões ou funções são consideradas típicas de homens ou de mulheres: homens dedicam-se ao trabalho, relacionando-se com o mundo externo e provendo o lar, enquanto mulheres cuidam da casa e dos filhos. Assim, por exemplo, uma mulher que trabalhe como mecânica, ainda que seja exímia conhecedora de veículos, será vista com maior desconfiança e compelida a “provar” sua competência diariamente. Não é sem razão que West e Zimmerman, partindo de Harold Garfinkel (1967, p. 118), afirmarão que as expectativas relacionadas à “categoria de sexo” são *omnirelevantes* (WEST; ZIMMERMAN, 1987, p. 136). Pelas razões já apontadas, o melhor é dizer que é o gênero, e não propriamente a categoria de sexo, que será “omnirelevante” na vida do indivíduo⁴⁵.

2.1. O conceito jurídico de gênero

Como visto, quando pensamos no funcionamento do conceito de gênero em nossas práticas sociais, “ser homem” ou “ser mulher” não é uma simples questão de “identidade” ou “sentimento”, e não se confunde com os critérios que utilizamos para distinguir o sexo biológico dos indivíduos. Disso se segue que homens e mulheres, em boa parte dos contextos sociais, serão considerados homens e mulheres independentemente de serem machos ou fêmeas. Roberta Close, neste sentido, é um caso paradigmático de pessoa que, embora sem ter

⁴⁵ Ideia semelhante é defendida por Charlotte Witt, ao afirmar que o gênero corresponde ao elemento “uniesencial” do indivíduo em atenção aos seus diferentes papéis sociais (WITT, 2011b). Para Witt, o gênero é o elemento que “unifica” as diferentes “partes” do indivíduo no contexto social – o que significa que meus papéis como advogado, namorado e doutorando, que foram atribuídos socialmente, se unificam ao redor do meu gênero. As expectativas ao redor de meus diferentes papéis, consequentemente, seriam diferentes se eu fosse mulher ao invés de homem, o que sugere que a “unificação” pelo gênero assume um caráter normativo: “*If the doctor, who is also a parent, enters into these social positions as a woman, then the norms she follows in these roles are unified, organized, and defined by her gender. If the social position occupier is a man, then the norms are different; they are unified, organized, and defined by his gender. Gender is a principle of normative unity for an agent because the agent’s gender norms have normative priority (in both ways described above) in relation to the other social roles that agent occupies. And if gender is the principle of normative unity for agents or social individuals, then gender is uniesential to social individuals*” (WITT, 2011b, p. 79).

o sexo feminino, é identificada e reconhecida como mulher. Mas o que nos permite dizer que alguém deverá ser identificado ou reconhecido como “homem” ou “mulher” para fins jurídicos?

Em primeiro lugar, é importante observar que os vocábulos “homem” e “mulher” nem sempre são utilizados para designar o gênero. Isso ficou claro quando pensamos na hipótese do indivíduo que afirma que “Roberta Close não é mulher”. No caso, o que a pessoa está dizendo é que Roberta Close não tem o sexo biológico feminino, de modo que o termo “mulher” está sendo utilizado como sinônimo de “fêmea”. Algo semelhante pode acontecer quando pensamos no emprego destes termos na legislação. Imagine que o Estado, preocupado com os altos índices de câncer de ovário e endométrio, crie incentivos fiscais com o fim de motivar “mulheres” a se submeterem ao exame de Papanicolau. Enquanto questão de gênero, Roberta Close é considerada uma mulher, mas ninguém diria que ela poderia requerer o benefício – pois, até onde sei, a cirurgia de transgenitalização não envolve a reconstrução de órgãos internos, o que significa que não faz sentido imaginar que Roberta Close tenha ovário. Entretanto, nada impediria que um homem transgênero como Thammy Miranda, na hipótese não ter removido útero e ovários, seja considerado “mulher” (i.e., fêmea) para os fins desta medida hipotética.

Esta “confusão terminológica” também ocorre quando notamos que Roberta Close alterou seu prenome e “sexo” documental. É bem provável que em sua certidão de nascimento conste, atualmente, “sexo: feminino”. Mas seria inadequado afirmar que Roberta Close tenha “mudado” seu sexo biológico – embora seja possível alterar a morfologia genital, ainda não é possível alterar outros caracteres como os cromossomos. A “mudança de sexo”, neste sentido, ainda não é completa. Disso se segue que o critério de identificação presente na certidão de nascimento de Roberta Close não está fazendo referência ao seu sexo biológico, propriamente dito, mas sim ao modo como ela se expressa e é reconhecida socialmente (i.e., seu gênero). Em outras palavras, a expressão “sexo” está sendo utilizada, neste caso, como sinônimo de gênero. Não é sem razão que, ao longo desta tese, prefiro falar em *sexo/gênero* documental, pois será o contexto que determinará se as expressões “masculino” ou “feminino” estão sendo utilizadas para designar o sexo biológico ou o gênero. No caso de recém-nascidos, as expressões querem indicar o sexo biológico, pois bebês ainda não “expressam o gênero”. Mas quando pensamos nos casos de alteração decorrentes da transgeneralidade, o que se percebe é que tais expressões estão indicando o gênero do indivíduo.

Percebe-se, portanto, que a primeira tarefa do intérprete e aplicador do Direito envolve delimitar o sentido em que vocábulos como “homem” e “mulher” estão sendo utilizados, em atenção à legislação e circunstâncias concretas. Isso é relativamente simples em casos como o do exemplo hipotético da lei que cria benefícios fiscais para “mulheres” que se submetem ao exame de Papanicolau. Mas há casos onde a delimitação não ocorrerá de forma evidente. Assim, por exemplo, quando a legislação previdenciária fala em “mulheres” ou “segurados do sexo feminino”, o que devemos levar em consideração: o sexo biológico do segurado ou o seu gênero?

Como argumento no capítulo quinto, entendo que este é um caso onde tais expressões estão sendo utilizadas para ressaltar o gênero, pois são as normas e expectativas de gênero, e não a mera facticidade do sexo biológico feminino, que colocam mulheres em situações menos favoráveis no mercado de trabalho. Neste sentido, qualquer mulher, transgênera ou não, faz jus ao prazo menor para a aposentadoria.

Mas o que faz com que uma mulher seja uma mulher, enquanto questão de gênero? Quais são, afinal, os fatores e critérios que devemos levar em consideração para determinar, em contextos jurídicos, o gênero dos indivíduos? Entendo que, se podemos falar em um *conceito jurídico de gênero*, este conceito leva em consideração dois fatores centrais: a expressão do gênero e o reconhecimento social de que o indivíduo pertence a determinada categoria de gênero.

A *expressão de gênero* está diretamente ligada à maneira como o indivíduo responde às normas e expectativas sociais vinculadas ao seu gênero, compreendidas nas ideias de feminilidade e masculinidade. Pessoas cisgêneras (i.e., homens de sexo biológico masculino e mulheres de sexo biológico feminino) tem maior facilidade em atender estas normas e expectativas, a começar pelo fato de que se enquadram na presunção social de que o sexo determinará seu gênero. Além disso, para a maior parte das pessoas cisgêneras, algumas expectativas de gênero são mais facilmente atingidas, como o tom de voz e o porte⁴⁶. Outros fatores levados em consideração na expressão de gênero e na determinação do que é feminino ou masculino envolvem a vestimenta, maquiagens, trejeitos etc.

Pessoas transgêneras, na medida em que quebram a presunção estabelecida entre sexo e gênero, com maior razão observam as regras e expectativas associadas à feminilidade e masculinidade, com o fim de serem lidas como mulheres ou homens. Neste sentido, são

⁴⁶ O que não significa que não existam homens cisgêneros com voz fina, por exemplo, que nestas circunstâncias quebram a expectativa de que “homens tem voz mais grossa”, mas nem por isso deixarão de ser socialmente percebidos como homens.

muito mais “conscientes” com relação à forma como se apresentam em público. Isso pode envolver, inclusive, alterações físicas através de tratamentos hormonais e cirurgias plásticas. Neste sentido, homens transgêneros não apenas buscam se vestir “como homens”, mas também deixam seus pelos corporais crescerem e podem, conforme o caso, recorrer a tratamentos hormonais para obter uma imagem mais “ máscula”, ou ainda se submeter a cirurgias plásticas como a mastectomia. De modo semelhante, mulheres transgêneras também se empenham em observar as expectativas de feminilidade, vestindo-se “como mulheres”, raspando pelos corporais e, em muitos casos, recorrendo a tratamentos hormonais, próteses de silicone etc.

É importante notar que o indivíduo é livre para responder às expectativas de gênero de forma positiva ou negativa (o que não significa que não poderá ser alvo de críticas e sanções sociais, considerando que as expectativas de gênero têm clara natureza normativa⁴⁷). Sendo assim, podemos imaginar uma série de formas distintas de se expressar o gênero dentro do espectro masculino/feminino. Em alguns casos, o indivíduo terá uma imagem e comportamento andrógenos, de modo que as pessoas não conseguirão identificar seu gênero com clareza. Em outros, há uma mistura deliberada de elementos de ambos os gêneros, notadamente por parte de pessoas que se consideram não-binárias – o que não necessariamente implica em androginia, pois as demais pessoas ainda assim identificam o indivíduo como homem ou mulher, a despeito do modo como ele se apresenta.

Mas a expressão de gênero, sozinha, não quer dizer muita coisa. “Expressar o gênero” só faz sentido, como alertaram West e Zimmerman, em um contexto relacional. Isso significa que, em alguns casos, a pessoa pode expressar um gênero e desejar ser reconhecida de uma maneira, mas ainda assim será identificada de forma distinta pelos demais. Neste sentido, pessoas não-binárias podem desejar ser identificadas como tal, mas os demais indivíduos podem insistir em identificá-las como homens ou mulheres. Sendo assim, não basta a simples expressão de gênero – é necessário que a pessoa seja *identificada e reconhecida* pelos demais como integrante de um ou outro gênero.

No caso de pessoas cisgêneras, o reconhecimento acontece de forma automática. Considerando a presunção de que o gênero decorrerá do sexo, pessoas cisgêneras são identificadas como homens e mulheres desde a mais tenra idade. Mas o mesmo não se passa com pessoas transgêneras. Se em um momento o indivíduo era identificado como homem, passa a ser identificado como mulher, e vice-versa. Esta “mudança” na forma como o indivíduo é

⁴⁷ A depender do contexto, a forma como a pessoa expressa seu gênero também poderá ferir normas convencionais de decência, como na hipótese de uma mulher que vai à igreja de minissaia e blusa decotada.

identificado não acontece do dia para a noite, e poderá ser uma experiência particularmente traumática para o indivíduo. Não há como afirmar “quando” o indivíduo transgênero “se torna” homem ou mulher na visão dos demais – o ponto é que, após certo “período de transição”, o indivíduo começará a ser reconhecido por pessoas de seu círculo social (como família, amigos, vizinhos) como homem ou mulher. É a partir deste momento, inclusive, que a pessoa transgênera passa a se preocupar com questões de ordem jurídica, como a alteração de seu prenome e sexo/gênero documental. Logo, existindo a clara expressão de um gênero e um mínimo de reconhecimento social, em particular por parte das pessoas próximas ao indivíduo, entendo que este preenche os requisitos para ser juridicamente reconhecido como homem ou mulher, a depender do caso.

Deve-se ressaltar que, embora na prática seja algo muito incomum, há situações onde indivíduos poderão ser identificados como de gênero não-binário, inclusive juridicamente. Analiso alguns destes casos no próximo tópico, bem como no capítulo quarto. O que o reconhecimento de uma “identidade não-binária” revela é que, considerando que a expressão de gênero de alguns indivíduos transita entre masculinidade e feminilidade, não há razão para “categorizá-los” propriamente como homens ou mulheres. Da mesma maneira com que, em relação ao sexo biológico, podemos pensar em intersexuais como um “meio termo” entre os casos típicos de sexo masculino e sexo feminino, pessoas de gênero não-binário seriam um “meio termo” entre homens e mulheres.

Mas além do conceito jurídico de gênero, poderíamos pensar em um conceito jurídico de transgeneralidade? Considerando que pessoas transgêneras, em regra, não deixam de ser homens ou mulheres, somente em situações especiais a transgeneralidade seria uma circunstância relevante para o Direito. Imagine, por exemplo, que seja editada uma lei que estabeleça um sistema de cotas universitárias para pessoas transgêneras, sem definir o que se entende por “transgênero”. Nesta hipótese, entendo que toda mulher que tenha nascido com o sexo masculino, e todo homem que tenha nascido com o sexo feminino, serão considerados transgêneros e beneficiários da lei em questão. Eventualmente, pessoas de gênero não-binário também poderiam ser consideradas transgêneras, sendo igualmente beneficiadas. De qualquer modo, se há um “conceito jurídico de transgeneralidade”, seu conteúdo mínimo envolve a expressão de um gênero diverso daquele que, em razão do sexo, era o esperado ou presumível.

3. A TRANSGENERALIDADE

Indivíduos como Roberta Close e Laerte Coutinho ressaltam que a expressão de gênero não precisa estar ligada ao sexo biológico. Neste sentido, tais pessoas são chamadas *transgêneras* na medida em que expressam seu gênero em descompasso à expectativa social de que machos devem ser homens, e fêmeas devem ser mulheres. Não é sem razão que, como sugere Susan Stryker, o termo “transgênero” representa o distanciamento da posição de gênero inicialmente atribuída ao indivíduo (posição esta que, no nascimento, se confunde com o sexo). Logo, a transgeneralidade será tudo aquilo que, de alguma forma e em determinado momento, subverte normas e expectativas de gênero de sua época e cultura (STRYKER, 2008)⁴⁸. Não é por outra razão que a Comissão de Direitos Humanos de Nova York foi capaz de identificar um total de trinta e um “gêneros” diferentes, e é bem provável que este número seja ainda maior na prática.

As nomenclaturas e espécies de transgeneralidade são as mais variadas possíveis. Isso porque boa parte do enfoque dado à questão leva em consideração o que a pessoa sente, como ela se define e o que pretende expressar socialmente. Este ponto fica muito claro no projeto *Dicionário de Gênero*, de iniciativa do grupo AfroReggae⁴⁹. Nele encontramos identidades de gênero que são, no mínimo, exóticas⁵⁰. Há até mesmo “variações” na expressão

⁴⁸ O fato de que as normas e expectativas de gênero mudem em razão do tempo e do lugar faz com que os próprios exemplos de transgeneralidade também mudem. Neste sentido, ao tratar do conceito de transgeneralidade em seu livro *Transgender History*, Susan Stryker afirma que “*the term implies movement away from an initially assigned gender position. It most generally refers to any and all kinds of variation from gender norms and expectations. Of course, given that all gender, as defined above, varies through place and time, defining ‘transgender’ in this way inevitably brings up the related questions of ‘Which norms and expectations?’ and ‘Whose norms and expectations?’*. What counts as transgender varies as much as gender itself, and it always depends on historical and cultural context. It seems safe to say that the difference between gender and transgender in any given situation, however, involves the difference between a dominant or common construction of gender and a marginalized or infrequent one” (STRYKER, 2008).

⁴⁹ O *Dicionário de Gênero* está em constante elaboração e é feito a partir do depoimento de pessoas que, de alguma forma, não se sentem contempladas pela binariedade de gêneros e suas respectivas normas e expectativas sociais. Ele pode ser acessado no seguinte link: <<http://dicionariodegeneros.com.br/>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

⁵⁰ Uma pessoa chamada Débora se identifica e afirma expressar o “gênero cristaline”, explicando-o da seguinte forma: “*Olhar para o gênero e ver um cristal, refletindo a luz de vários ângulos, de vários significados, mudando e brilhando ferozmente a cada movimento, por vezes até refletindo luz de lugares que não se consegue identificar. Fragmentando, misturando e criando novas identidades a todo momento, fazendo-as experiências únicas. E quando não a (sic) luz, o cristal não reflete, não há gênero. Há só um humano. Fora do binário*”. Um segundo indivíduo, de nome Matheus, se considera “demimenino”: “*Ser demimenino, a partir da minha vivência, é uma configuração indefinida, sou um gênero ao mesmo tempo que mais 2,3,4... eu posso nem saber quais são eles, embora sei que sou parcialmente homem (e não, não vai achando que é por eu ser bicha). Nunca somos 100% nada. Esta é a única conta exata que temos. O que buga a cabeça não é a indefinição da outra parte, ou das outras partes em mim, pois as conheço, e sei o que não sou, com convicção. O que me buga*

dos gêneros masculino ou feminino, como é o caso das mulheres que se consideram “*tomboys*”, cuja expressão de gênero envolve elementos do “masculino infantil/adolescente”⁵¹.

Mas algumas espécies de transgeneralidade têm se apresentado de forma mais corriqueira em nossa vida social. Talvez a mais comum e estudada seja a *transexualidade*. Pessoas transexuais, na definição mais usual, são aquelas que nasceram com determinado sexo, mas que se identificam com o sexo e o gênero oposto (i.e., machos que se expressam e são identificados como mulheres, e fêmeas que se expressam e são identificadas como homens). Na expressão mais popular, são vistos como “homens aprisionados em corpos de mulheres” ou “mulheres aprisionadas em corpos de homens”. Disso se segue que muitos transexuais buscarão alterar seus caracteres sexuais primários e secundários, através de tratamentos hormonais, cirurgias de transgenitalização (a “mudança de sexo”, através de vaginoplastia ou faloplastia), próteses de silicone ou cirurgias de mastectomia, dentre outros. Exemplo clássico e já mencionado é o da modelo Roberta Close, e é possível incluir neste conceito pessoas como Thammy Miranda e Caitlyn Jenner⁵². Via de regra, transexuais buscam o reconhecimento social de que são homens ou mulheres como qualquer outra pessoa, sem qualificações ou adjetivações. Ainda assim, quando o que se deseja é ressaltar a origem biológica do indivíduo, trata-se por mulher trans a pessoa transexual que nasceu com o sexo masculino, e por homem trans aquela que nasceu com o sexo feminino. Do ponto de vista médico e jurídico, a transexualidade é o caso paradigmático de transgeneralidade. Abordarei a visão médica sobre o tema mais adiante.

Travestis também constituem outra espécie de transgeneralidade. O conceito de travesti é tipicamente associado aos indivíduos que biologicamente nasceram homens, mas que não passaram por uma transformação física completa para se adequar ao sexo feminino e

mesmo é a sociedade querendo impor normas de gêneros. Ser demimenino é na verdade uma porra muito louca e gostosa de ser quando nos permitimos abrir as asas. É como ser uma borboleta e ainda assim ser parcialmente uma lagarta. É viver sempre uma pupa”. Depoimentos como estes e outros podem ser encontrados no site do *Dicionário de Gênero*, na seção “outros”: <<http://dicionariodegeneros.com.br/>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

⁵¹ Também na seção “outros” do *Dicionário de Gênero*, está o depoimento de uma moça chamada Felícia, que se considera uma “tomboy”: “*Tomboy é uma variante do gênero feminino, geralmente associado à, mas não exclusivamente, cultura lésbica ocidental. Mulheres tanto cis quanto trans podem se identificar como essa variante. Tomboy é uma mulher que tem na sua expressão de gênero elementos normalmente vistos como ‘masculino infantil/adolescente’ misturados com elementos ‘femininos’ que normalmente se expressam na forma de falar e de se vestir. O que às difere de butches que tem menos elementos femininos na sua apresentação e uma ‘masculinidade’ mais ‘adulta’. Tomboys, apesar do nome, são mulheres como quaisquer outras e normalmente preferem pronomes, adjetivos e artigos femininos*”.

⁵² Nascida William Bruce Jenner, Caitlyn Jenner é mulher transexual e ex-atleta americana que ficou famosa (enquanto ainda expressava o sexo e gênero masculino) após vencer uma medalha de ouro na prova de decatlo dos Jogos Olímpicos de Montreal, realizados em 1976.

nem desejam fazê-lo. Há mudança de algumas características sexuais, como tratamentos hormonais e próteses de silicone, mas via de regra não é feita qualquer cirurgia de transgenitalização. Embora expressem o gênero feminino (através de vestimentas, comportamento etc.), a identificação que travestis carregam de si pode ser variada: muitos indivíduos prosseguem se entendendo como homens, algumas se veem como mulheres, e há ainda quem deseje ser visto como travesti, propriamente dito – o que constituiria uma categoria diferente de homem e de mulher (uma espécie de terceiro gênero, portanto)⁵³.

Como se pode perceber, o conceito de travesti se aproxima do de transexual. Não é sem razão que muitos indivíduos, embora não manifestem qualquer interesse em fazer a cirurgia de transgenitalização, preferem ser considerados transexuais. A expressão travesti é muitas vezes evitada porque carrega forte estigma, sendo normalmente associada à prostituição.

Podemos pensar ainda nos indivíduos que praticam o *cross-dressing*. Ao contrário de travestis e transexuais, *cross-dressers* não desejam alterar seus caracteres sexuais, mas costumam adotar a indumentária e algumas outras características associadas ao gênero oposto. Em geral, considera-se *cross-dresser* quem é biologicamente homem e se identifica como tal (i.e., aceita o gênero masculino), mas que adota as vestimentas esperadas para mulheres em determinadas circunstâncias. Nada impede, entretanto, que o *cross-dressing* seja feito por mulheres, na medida em que utilizem roupas atribuídas ao gênero masculino – neste sentido, alguém como Coco Chanel poderia ter sido considerada uma *cross-dresser*, em atenção aos padrões de vestimenta da sua época. Ainda assim, fica muito difícil delimitar uma ideia de *cross-dresser* feminino, pois as pessoas parecem aceitar com maior facilidade mulheres com roupas que, até pouco tempo atrás, eram tipicamente masculinas.

⁵³ Todas estas ideias são exploradas por Don Kulick em seu livro *Travesti: Sex, Gender, and Culture among Transgendered Brazilian Prostitutes* (KULICK, 1998). Há uma passagem muito curiosa onde Kulick constata que, no imaginário de muitas travestis que vivem da prostituição, a mudança de sexo é impossível, e que qualquer travesti que afirme ser uma mulher é uma pessoa “mentalmente perturbada”: “*When I asked travestis why they modified their bodies in the ways they did, the reason they habitually cited was the most self-evident one: ‘to mold my body, you know, to be more feminine, with the body of a woman’, explained Elisabeth, the twenty-nine-year-old travesti with one and half liters of silicone in her hips and one water glass of silicone in each breast. I persisted: But why do you want the body of a woman? When I first began asking individual travestis that question, I expected them to respond by telling me that they wanted the body of a woman because they felt themselves to be women. That was not the answer I received. No one I spoke to ever offered the explanation – even when I, confused and exasperated, sometimes suggested it – that they might be women trapped in male bodies. On the contrary, there is a strong consensus among travestis in Salvador that any travesti who claims to be a woman is mentally disturbed. A travesti is not a woman and can never be a woman, they tell one another, because God created them male*” (KULICK, 1998, p. 84).

A prática do *cross-dressing* pode ter inúmeras motivações, e não é necessariamente ligada ao elemento erótico (i.e., não precisa corresponder a uma fantasia sexual). Sendo assim, um executivo que opte por usar terno, gravata e salto alto pode ser considerado um *cross-dresser*. Práticas artísticas, como a chamada “montagem” de uma *drag queen*, também não deixam de ser um exemplo de *cross-dressing*, ainda que eventual e com um “nome próprio”.

Cross-dressers se diferenciam de transexuais e travestis porque o *cross-dressing* não envolve, necessariamente, uma mudança na “identidade de gênero” do indivíduo. A pessoa que pratica o *cross-dressing* apenas subverte algumas normas e expectativas sociais de gênero específicas. Neste sentido, não me parece adequado afirmar que um homem que se veste de mulher *é* (ou se considera) transgênero apenas por isso, nem que alguém como Coco Chanel *foi* (ou poderia ter se considerado) transgênera. Entretanto, quem pratica o *cross-dressing* se *expressa* de modo transgênero, correspondendo no máximo a uma *variação* de gênero – como no caso mencionado das *tomboys*. *Cross-dressers* não são e nem devem ser considerados, portanto, como uma espécie de “terceiro gênero”.

Percebe-se a grande complexidade que envolve esta temática. Mas há uma pessoa que pode simbolizar toda a ideia de transgeneralidade: a cartunista Laerte Coutinho.

Em várias entrevistas ao longo dos últimos anos, percebemos que Laerte aparentemente vive uma fase de contínuo “descobrimento” ou “aceitação”. Embora estas palavras sejam muito mais comuns quando se trata da orientação sexual (e Laerte é assumidamente bissexual)⁵⁴, elas também correspondem a experiências comuns quando tratamos da transgeneralidade. Isso fica evidente quando, em uma entrevista para a Folha em 2010⁵⁵, Laerte

⁵⁴ A orientação sexual leva em consideração o objeto de atração sexual do indivíduo. Se alguém sente atração sexual por alguém de sexo diferente do seu, é considerado heterossexual. Se for do mesmo sexo, homossexual. Se sentir atração por ambos os sexos, é considerado bissexual. Todas estas expressões já são particularmente conhecidas pelas pessoas comuns, mas é importante ressaltar que a orientação sexual não se confunde com identidade de gênero. Uma mulher trans (que nasceu biologicamente homem, portanto) pode sentir atração por homens – consequentemente, uma vez tendo assumido a identidade de mulher e o gênero feminino, não pode ser considerada um homem gay, mas sim uma mulher heterossexual. É curioso notar que toda esta “desconstrução” do gênero nos conduz a uma nova compreensão das diferentes orientações sexuais. Isso porque há indivíduos que se sentem atraídos por transgêneros, que não são nem homens ou mulheres (os chamados *skoliossexuais*). Neste contexto, há autores como Samuel Killermann que preferem dizer que a atração sexual se expressa da seguinte maneira: a) *androssexual*: quem sente atração por homens ou pela masculinidade (onde se incluiria, por exemplo, homens trans); b) *ginessexual*: quem sente atração por mulheres ou pela feminilidade (onde podemos incluir mulheres trans e até mesmo travestis); c) *skoliossexual*: quem sente atração apenas por transgêneros (i.e., que não sejam cisgêneros – pessoas que se identificam com o sexo e gênero que lhes foi atribuído ao nascer; os homens e as mulheres “típicos”, por assim dizer); d) *pansexual*: quem sente atração por todos os tipos de pessoa, independentemente do sexo biológico e expressão de gênero; e) *assexual*: quem não sente atração sexual, embora possa sentir atração romântica ou espiritual (KILLERMANN, 2013).

⁵⁵ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/825136-cartunista-laerte-diz-que-sempre-teve-vontade-de-se-vestir-de-mulher.shtml>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

se apresentou como *cross-dresser*, ressaltando que não o faz por questões de fetiche sexual e que tem “abolido este negócio de se vestir de homem”. Afirmou que começou a se aproximar do *cross-dressing* em 2004, interrompendo a prática com a morte do filho em 2005, e a retomando em 2009. Sustentou também que inexistente qualquer ligação entre sua bissexualidade e a prática do *cross-dressing*. O mais interessante é que, ao ser questionado sobre o lema do *Brazilian Crossdresser Club* (“existimos pelo prazer de ser mulher”), do qual fazia parte, Laerte respondeu que esta frase “*procura construir certa fantasia que eu não partilho. Eu não vou ser mulher nunca. Mas acho que é possível sair na rua e ser aceita como uma pessoa que se veste daquela maneira, que se enfeita e se produz e se apresenta daquela maneira*”.

Entretanto, em uma entrevista que deu ao iGay em 2014⁵⁶, Laerte já começa a se definir como transgênera. Quanto à orientação sexual, se considera “*pansexual, muito provavelmente bissexual*”. Afirmar que não tem intenção em passar pela cirurgia de transgenitalização (vaginoplastia), considerando as dificuldades deste tipo de cirurgia, mas que tem cogitado fazer implante de seios: “*Entendi e gostei da ideia, primeiro porque é simples, segundo porque resolve simbolicamente muita coisa. É muito forte essa coisa de seios, como algo da mulher. Embora eu sempre me questione se sou homem ou se sou mulher, eu gosto de ser mulher*”⁵⁷.

Por fim, há uma entrevista feita em 2015 por Lilian Pacce para a GNT Fashion⁵⁸. Nesta entrevista, Laerte afirma expressamente que, considerando as terminologias existentes, se considera transexual. Entretanto, afirma que prefere não se “definir”, e que vive muito melhor sem as classificações de gênero, podendo ser quem ela quiser.

Pessoas como Laerte Coutinho expressam perfeitamente o que vem a ser a transgeneralidade e a complexidade que envolve este conceito. Transgêneros, por definição, são todos aqueles indivíduos que, em algum momento da vida, não se identificaram com o gênero que lhes vinha sendo atribuído socialmente, vindo a expressar o gênero oposto (ou, então, algo diferente do que tipicamente concebemos como homens ou mulheres). O conceito acaba funcionando por exclusão daquilo que se compreende como *cisgeneralidade* – é considerado cisgênero aquele indivíduo que, ao longo da vida, se identifica e expressa o

⁵⁶ Disponível em: <<http://igay.ig.com.br/2014-03-11/laerte-gostaria-de-nao-ter-renegado-minha-homossexualidade-por-40-anos.html>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

⁵⁷ É curioso que, nesta mesma entrevista de 2014, o portal de notícias menciona que Laerte apareceu com as roupas de uma “senhora de sua idade”. Isso ressalta que as expectativas de gênero também variam em relação à idade do indivíduo.

⁵⁸ Disponível em: <<http://gnt.globo.com/programas/gnt-fashion/materias/laerte-coutinho-e-seus-dilemas-femininos.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

sexo/gênero que lhe foi atribuído desde o nascimento (ou mesmo antes dele), e que consta em seus documentos oficiais. É a maioria significativa das pessoas, que se enquadram nos casos paradigmáticos de “homem” e “mulher” (tanto em atenção ao sexo biológico, quanto em razão expressão de gênero).

Todas as pessoas cisgêneras são *binárias*, ou seja, expressam ou o gênero masculino, ou o gênero feminino. Pessoas transgêneras também podem ser binárias, na medida em que se expressam como homens ou mulheres, ou então *não-binárias* – na medida em que adotam uma aparência e/ou comportamento andrógino, misturando elementos de ambos os gêneros. Neste sentido, se Laerte deixasse sua barba crescer e continuasse utilizando maquiagem e vestimentas femininas, misturando as expectativas de gênero masculina e feminina, também poderia ser tido como um indivíduo não-binário.

Exemplo de pessoa não-binária é a/o artista britânica/o Kate Bornstein. Em entrevista para a BBC, Kate afirma que nasceu com o sexo biológico masculino e foi criada/o como homem ao longo da vida, inclusive se casando por duas vezes com diferentes mulheres. Entretanto, desde a infância se identificava como menina, e só foi realizar seu desejo de “mudar de sexo” e se expressar como mulher após o término do segundo casamento. Em sua concepção, Kate imaginava que vivia uma “farsa” ao ter que imitar o que outros homens faziam. Entretanto, após a transição, sentiu que também tinha que “copiar” o comportamento de outras mulheres. Esta conclusão, aliada ao fato de sentir atração por mulheres (o que pode ser interpretado como a transformação de um “homem heterossexual” em uma “mulher lésbica”), fez com que Kate se percebesse como alguém que não é homem ou mulher – e daí sua identificação como alguém “não-binário”⁵⁹.

Caso muito semelhante ao de Kate Bornstein é o de Jamie Shupe. Jamie nasceu com sexo biológico masculino e imaginava ser uma mulher transgênera. Passou anos expressando o gênero masculino e, inclusive, foi integrante do exército americano. Após sua saída do exército, e com o apoio de sua esposa Sandy, Jamie decidiu passar pela mudança de sexo – o que fez apenas através de tratamento hormonal. Chegou, inclusive, a alterar seu sexo documental para nele constar “feminino”. Entretanto, assim como Kate, sentiu que nunca poderia ser plenamente uma “mulher” e que a melhor identificação que lhe cabe é “não-binário”. Em junho de 2016, formulou pedido junto à Justiça do Oregon buscando nova alteração de seu sexo, pedido este que foi julgado procedente. Em decisão inédita, Jamie Shupe se

⁵⁹ A entrevista, traduzida para o site brasileiro da BBC, está disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/geral-36897189>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

tornou a primeira pessoa americana de gênero não-binário (*nonbinary*) oficialmente reconhecida. A decisão tem apenas dois parágrafos, embora tome por base a lei do Oregon que facilita as alterações documentais de sexo/gênero da mesma forma com que se altera o prenome, que exige apenas que o indivíduo tenha passado por algum tipo de tratamento para mudança de sexo. O advogado de Jamie, Lake Perrigüey, sustentou que a legislação pertinente fala apenas em mudança de sexo, sem estabelecer que as únicas possibilidades são “masculino” ou “feminino”, o que possibilita a inclusão do termo “não-binário” nos documentos do indivíduo que assim se identifica⁶⁰.

Seguindo os passos de Jamie Shupe, Sara Kelly Keenan também conseguiu alterar seu sexo documental de “feminino” para “não-binário”, tornando-se a segunda pessoa americana com gênero não-binário em seus documentos. Em setembro de 2016, o juiz Robert B. Atack, da corte de Santa Cruz, Califórnia, simplesmente deferiu o pedido de Sara – que foi feito através de simples formulário de mudança de prenome e/ou sexo/gênero. Ao contrário de Jamie, Sara nasceu intersexual – é portadora da síndrome de Swyer, que dentre outros impede o corpo de produzir hormônios sexuais. Sua condição intersexual só foi descoberta pelos médicos e comunicada aos seus pais quando era pré-adolescente, na medida em que não vinha apresentando sinais indicativos da puberdade. Sara passou por cirurgias e tratamentos, mas a intersexualidade sempre lhe foi ocultada pelos pais e médicos. Somente anos mais tarde, após viver sua vida inteira como mulher, é que Sara teve suas suspeitas confirmadas quando resolveu consultar um médico endocrinologista. Embora ainda se expresse e seja tipicamente vista como mulher, Sara se identifica como “intersexual” desde o momento em que descobriu sua condição⁶¹.

É curioso notar que os casos mencionados de não-binariedade demonstram que pode existir uma interseção entre intersexualidade e transgeneralidade. Em certa medida, considerando que não é possível alterar completamente os caracteres sexuais, transgêneros que passam por cirurgias e tratamentos hormonais (como é o caso de transexuais) não deixam de “adquirir” uma condição intersexual. É certo que boa parte dos indivíduos transgêneros dificilmente se identificarão como intersexuais, da mesma forma como intersexuais não se

⁶⁰ Como consta em matéria do New York Times. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2016/06/14/us/oregon-nonbinary-transgender-sex-gender.html>>. Acesso em: 08 nov. 2016. A decisão em questão é de lavra da juíza Amy Holmes Hein, da corte do condado de Multnomah, Oregon, no *Case* nº. 16CV13991.

⁶¹ Conforme matéria da NBC News, onde também consta cópia da “decisão-formulário”, de 26 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.nbcnews.com/feature/nbc-out/californian-becomes-second-us-citizen-granted-non-binary-gender-status-n654611>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

veem propriamente como transgêneros. A intersecção entre ambas tem, portanto, uma natureza conceitual. Logo, não é sem razão que muitas questões que versam sobre a intersexualidade interessam às pessoas transgêneras, e vice-versa⁶².

3.1. Transgeneralidade e Medicina

Embora reste clara toda a complexidade presente no tema da transgeneralidade enquanto fenômeno de ordem social, o fato é que as visões médica e jurídica típicas privilegiam apenas transgêneros binários, e mais especificamente aqueles que apresentam forte e persistente sensação de inadequação com relação ao seu sexo biológico (i.e., os transexuais). Abordarei a forma com que nossos tribunais tratam a transgeneralidade no quarto capítulo desta tese. Por hora, é interessante ver o que a Medicina tem a dizer sobre a transexualidade e a transgeneralidade em geral.

Este é um trabalho que já foi feito por diversos autores, dentre os quais se destaca Berenice Bento. Tanto em seu texto *Pouco Saber para muito Poder: a patologização do gênero* (BENTO, 2010, p. 61-74), como em seu livro *A Reinvenção do Corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual* (BENTO, 2006), Bento analisa a forma como a transexualidade é oficialmente tratada pela Medicina, o que se observa em documentos como o *Manual de Diagnóstico e Estatísticas de Distúrbios Mentais* (DSM, da Associação Psiquiátrica Americana – APA) e da *Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde* (conhecida por CID, da Organização Mundial de Saúde – OMS).

Tendo em vista os limites do presente trabalho, levarei em consideração apenas a forma como a CID, que se encontra em sua décima edição, trata da transexualidade⁶³. Em-

⁶² A ideia de não-binariedade é importante porque, como visto, há indivíduos que pleiteiam o reconhecimento jurídico de que não são nem homens, nem mulheres. Em outras palavras, buscam a alteração de seus documentos para que neles constem no campo do sexo/gênero as expressões “não-binário”, “indefinido”, “indeterminado” ou qualquer outro vocábulo que não “masculino” ou “feminino”. Analiso especificamente esta questão referente à mudança de sexo/gênero de pessoas não-binárias no capítulo quatro, ocasião onde trato de duas decisões emblemáticas: o caso *Romie*, da Suprema Corte da Austrália, e o caso *National Legal Services Authority v. Union of India (Writ Petition nº. 400)*, da Suprema Corte da Índia.

⁶³ O DSM está em sua quinta edição, elaborada pela APA em novembro de 2012, e não trata mais a transexualidade como desordem ou transtorno mental (a exemplo do que fazia com a homossexualidade até 1973).

bora a OMS estude novas formas de tratar o fenômeno, deixando de considerá-la uma patologia (o que está previsto para a décima primeira edição da CID, com previsão de publicação para 2017⁶⁴), o fato é que a transexualidade prossegue sendo vista como uma *desordem de identidade de gênero*, principal motivo para a autorização de cirurgias de transgenitalização no Brasil.

Na CID, a transexualidade (ou, como constante no próprio documento, o *transexualismo*) aparece com o código F64.0 e é definido da seguinte forma:

Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal-estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado⁶⁵.

Além do “transexualismo”, a CID também trata de outras desordens como o “travestismo bivalente” (F64.1), o “transtorno de identidade sexual na infância” (F64.2), “outros transtornos da identidade sexual” (F64.8), e o “transtorno não especificado da identidade sexual” (F64.9) (BENTO, 2010, p. 69-70).

O diagnóstico da transexualidade não é simples e ocorre através de observação clínica, sendo que indícios podem ser observados desde a infância do indivíduo, destacando-se a recusa acentuada em atividades tradicionalmente femininas ou masculinas, conforme o caso, bem como forte a atração por jogos e passatempos estereotípicos do gênero oposto – conforme afirmava a quarta edição do DSM (BENTO, 2010, p. 65). Na juventude e vida adulta, estes indícios se tornam mais evidentes, podendo ocorrer a rejeição ao próprio corpo e tentativas de automutilação. Seja como for, uma vez diagnosticada a transexualidade, entende-se que seu tratamento se dá através de psicoterapia, tratamento hormonal e, ao final e

Ainda assim, aborda o fenômeno sob a ótica da *disforia de gênero*, caracterizada justamente pela sensação de inadequação do indivíduo com relação ao sexo e gênero que lhe foram atribuídos. Mais informações na página oficial do DSM: <<https://www.psychiatry.org/psychiatrists/practice/dsm>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

⁶⁴ Conforme noticiado pelo site da Universidade Federal de São Paulo. Disponível em: <<http://www.unifesp.br/noticias-antiores/item/2012-classificacao-internacional-de-doencas-cid-11-e-debatida-em-evento-na-unifesp>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

⁶⁵ Disponível em: <<http://cid10.bancodesaude.com.br/cid-10-f/f640/transexualismo>>. Acesso em: 10 jun. 2016. O original em inglês, incluídas as outras doenças, pode ser encontrado no seguinte site da OMS: <<http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

se necessário, cirurgias de transgenitalização, conforme orientações preconizadas pela Associação Internacional de Disforia de Gênero Harry Benjamin (HIBGDA, na sigla em inglês) (BENTO, 2010, p. 70)⁶⁶.

No Brasil, o diagnóstico da transexualidade só ocorre após dois anos de observação e acompanhamento clínico. Toda a avaliação ocorre através de anamnese, processo de psicodiagnóstico, testes psiquiátricos, dentre outros com a finalidade de diagnosticar os critérios para transtornos da identidade de gênero⁶⁷. Sem este diagnóstico, mesmo após dois anos de acompanhamento, a cirurgia de transgenitalização e os tratamentos hormonais não são realizados.

Por hora, é importante ressaltar que esta visão médica da transexualidade se assemelha àquela apresentada por Fausto-Sterling com relação aos indivíduos intersexuais – na medida em que busca “corrigir” um erro e readequar os indivíduos à “normalidade”. Autores como Berenice Bento, consequentemente, veem com ceticismo a solução “medicalizante”, pois um indivíduo transexual não necessariamente deseja realizar a cirurgia de transgenitalização e muitas vezes o faz apenas para conquistar maior reconhecimento social (BENTO,

⁶⁶ Tratamentos hormonais e cirurgias de transgenitalização, entretanto, não são unanimidade na comunidade médica. Neste sentido, Paul McHugh, professor de Psiquiatria na John Hopkins Medical School, sustenta que a disforia de gênero deve ser tratada apenas com medicamentos e psicoterapia, como afirma no texto *Transgenderism: A Pathogenic Meme* (MCHUGH, 2015). É curioso notar que a John Hopkins Medical School foi palco de muitas controvérsias que dizem respeito às questões envolvendo transgêneros e indivíduos intersexuais – que podem, inclusive, justificar a posição de Paul McHugh. Neste sentido, foram famosos os estudos elaborados pelo psiquiatra John Money, que atuou no caso de David Reimer. Em síntese, David Reimer nasceu biologicamente como menino, mas perdeu seu pênis em uma cirurgia má realizada para correção de fimose aos oito meses de vida. Em razão do fato, John Money aconselhou os pais a tratá-lo como menina (“Brenda”) e passou a administrar hormônios femininos em David. Money acreditava que, assim, seria possível adequar David ao gênero feminino – o que se mostrou catastrófico, considerando que David apresentava comportamentos masculinos e, mais tarde em sua vida, buscou readequar seu gênero ao seu sexo biológico originário. Infelizmente, David não aguentou as pressões e suicidou-se em dezembro de 2004, aos 38 anos de vida – triste fim que é compartilhado por uma boa parte da população transgênera. A história de David é retratada em documentário feito pela BBC e também é analisada por John Colapinto em seu livro *As Nature Made Him: The Boy Who Was Raised as a Girl* (COLAPINTO, 2012).

⁶⁷ É o que consta em parecer elaborado por Maria Lucia Macedo Pereira, psicóloga vinculada ao Ambulatório de Atendimento Integral de Travestis e Transexuais da Secretaria da Saúde de São Paulo, em resposta às informações solicitadas pelo Grupo de Estudos em Direito e Sexualidade da Faculdade de Direito da USP (GEDS/FDUSP) quanto ao procedimento adotado para o diagnóstico do “transtorno de identidade sexual” (CID-10, F64.0). De acordo com o parecer, os elementos que apontam para transtornos da identidade de gênero são: a) forte e persistente identificação com o gênero oposto; b) desconforto persistente com seu sexo ou sentimento de inadequação no papel deste sexo; c) perturbação não concomitante a uma condição intersexual física; d) perturbação que causa sofrimento clinicamente significativo e prejuízo no funcionamento social, ocupacional e em outras áreas importantes da vida do indivíduo.

2006, p. 24-25)⁶⁸. A cirurgia, altamente invasiva e irreversível, implica quase que invariavelmente na esterilização e na perda da sensibilidade sexual⁶⁹. Ainda assim, particularmente entendendo que não é adequado assumir a perspectiva completamente inversa: de que a Medicina nada teria a dizer sobre o fenômeno da transgeneralidade e que ela se limita ao mero “sentir” do indivíduo – o que é tratado com mais vagar no capítulo quinto desta tese, quando abordo as demandas de transgêneros com relação ao acesso à saúde.

4. POLÍTICAS SOCIAIS, AÇÕES AFIRMATIVAS E DIREITOS

Difícilmente alguém discordaria que pessoas transgêneras são vítimas frequentes de discriminação e preconceito. Em parte, o estigma decorre do “desconhecimento” de muitas pessoas: não são muitos os indivíduos que conhecem ou são capazes de identificar pessoas transgêneras em seus círculos sociais. Podem até conhecer pessoas como Roberta Close e Laerte Coutinho, mas não veem outros indivíduos semelhantes em seu dia-a-dia. Como estimou pesquisa promovida em 2011 pelo The Williams Institute, da UCLA, apenas 0,3% dos americanos se identificavam como transgêneros⁷⁰. No Brasil, infelizmente, inexitem pesquisas semelhantes. O Censo, realizado pelo IBGE, categoriza indivíduos em atenção à binariedade sexual masculino/feminino, de modo que não há qualquer base de dados oficiais

⁶⁸ “A relação que esses sujeitos passam a estabelecer com as genitálias pode variar da abjeção até o reconhecimento de que fazem parte do seu corpo, não se constituindo em um problema. O/a ‘transexual oficial’, por sua vez: a) odeia seu corpo, b) é assexuado/a e c) deseja realizar cirurgias para que possa exercer a sexualidade normal, a heterossexualidade, com o órgão apropriado. Sugiro, ao contrário, que eles/as não solicitam as cirurgias motivados/as pela sexualidade, tampouco são assexuados/as: querem mudanças em seus corpos para ter inteligibilidade social. Se a sociedade divide-se em corpos-homens e corpos-mulheres, aqueles que não apresentam essa correspondência fundante tendem a estar fora da categoria do humano” (BENTO, 2006, p. 24-25)

⁶⁹ Como sustenta Berenice Bento, alguns transexuais não veem suas genitálias como um “problema”. Para eles, bastaria a questão da “identidade legal de gênero”: “Para eles/as, as cirurgias de transgenitalização não têm importância. A genitália, nesses casos, não é um lugar saturado de significados para as suas sexualidades ou existências. A sexualidade está deslocada radicalmente do órgão reprodutor. O pênis e a vagina estão ali, fazem parte do seu corpo, não se constituindo um locus de produção de conflitos. A identidade legal de gênero, então, é a principal reivindicação. Conforme apontou uma das entrevistadas, ‘é sempre muito constrangedor ter que explicar o tempo todo que aquele que está na foto da minha identidade sou eu. Já aconteceu de chamar até a polícia, porque pensaram que eu tinha roubado os documentos de algum homem. Eu não posso ter uma conta no banco, não posso fazer um crediário, enfim, é sempre a mesma coisa. Quando pedem os meus documentos, parece que o chão vai se abrir sob meus pés’” (BENTO, 2006, p. 232-233).

⁷⁰ O relatório desta pesquisa, feita por Gary J. Gates, pode ser acessado em: <<http://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Gates-How-Many-People-LGBT-Apr-2011.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

sobre a transgeneralidade. Ainda assim, acredito que a proporção de pessoas transgêneras no Brasil não seja muito diferente do caso americano.

Quanto ao estigma e violência enfrentados por pessoas transgêneras, há pesquisas cujos resultados são alarmantes. A ONG *Transgender Europe* (TGEU), que realiza anualmente um monitoramento sobre o número de homicídios de indivíduos transgêneros em atenção aos chamados “crimes de ódio” (motivados pelo preconceito), divulgou que, de um total de 295 homicídios de pessoas transgêneras reportados entre 1º de outubro de 2015 e 30 de setembro de 2016, 123 ocorreram no Brasil – que assume ampla liderança, a frente de países como México (52) e Estados Unidos (23)⁷¹. Outras pesquisas ressaltam altíssimos índices de suicídios⁷² e de evasão escolar⁷³, bem como a baixíssima expectativa de vida de pessoas transgêneras, notadamente travestis, que gira em torno de 30 anos⁷⁴. Disso se segue que, além do número proporcionalmente pequeno de pessoas transgêneras em nossa sociedade, o estigma faz com que tais indivíduos vivam em um contexto de trabalho informal, notadamente de prostituição, o que torna transgêneros ainda mais “invisíveis” aos olhos da população em geral.

Todos estes dados indicam a necessidade de se pensar em efetivas *políticas públicas* focadas na proteção e inclusão de pessoas transgêneras, que se encontram em situação de extrema vulnerabilidade. Neste sentido, a organização através de grupos com atuação política, pressionando legisladores e administradores públicos, é um passo importante para alterar este quadro de desigualdade social.

Minha preocupação na presente tese, entretanto, não é com as diferentes políticas públicas que poderiam ou deveriam ser criadas. Retomando a introdução deste trabalho, deixei claro que minha preocupação central diz respeito aos *direitos* de pessoas transgêneras,

⁷¹ Conforme relatório da pesquisa disponível em: <<http://tgeu.org/tdor-2016-press-release/>> Acesso em: 29 nov. 2016. A TGEU também estimou que somente entre janeiro de 2008 e abril de 2013, foram 486 mortes no Brasil – número quatro vezes superior ao do México, segundo na lista. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/brasil-lidera-numero-de-mortes-de-travestis-e-transexuais-aponta-ong.5459c874c0fd3410VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

⁷² No Brasil, pesquisas gerais asseveram a alta proporção de suicídios na comunidade LGBTI (sem especificar, portanto, o índice do “T” – pessoas transgêneras). Nos Estados Unidos, pesquisa realizada pelo *Youth Suicide Prevention Program* assevera que mais de 50% de jovens transgêneros em torno dos 20 anos já tentaram suicídio. Dados disponíveis em: <http://www.yspp.org/about_suicide/statistics.htm>. Acesso em: 26 jan. 2016.

⁷³ Dados do projeto Educação Trans, vinculado ao Instituto Vladimir Herzog, indicam que não mais que 5% das travestis e mulheres transexuais conseguem se manter no sistema educacional, o que significa que mais de 90% das mulheres transgêneras acabam no mundo da prostituição e no mercado informal. Disponível em: <<http://educacaotrans.com.br/>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

⁷⁴ Conforme dados do grupo Transrevolução (RJ), em matéria da Anistia Internacional. Disponível em: <<https://anistia.org.br/29-de-janeiro-um-dia-nacional-de-luta-pela-dignidade-para-pessoas-trans/>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

em especial o que denominei *direitos morais* ou *direitos em sentido forte* – que são, em síntese, os direitos (legislados ou não) que decorrem do conceito de dignidade (em sua dupla dimensão do valor intrínseco de cada vida humana e da independência ética de cada pessoa).

Esta é uma distinção metodológica importante, considerando que o vocábulo “direito” pode ser utilizado das mais diversas maneiras. Sendo assim, gostaria de retomar algumas considerações feitas na introdução deste trabalho e aprofundar as distinções existentes entre ideias como políticas sociais, ações afirmativas e direitos, distinções que aparecem com muita clareza na obra de Ronald Dworkin.

Uma das distinções mais relevantes feitas por Dworkin é entre políticas e princípios, estabelecida de modo seminal em seu artigo *The Model of Rules I* (DWORKIN, 1978, pp. 14-45), originalmente publicado em 1969. Para Dworkin, uma *política* corresponde a um padrão que define um objetivo a ser alcançado, em geral a melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Já um *princípio* corresponde a um padrão que deve ser observado independentemente de suas vantagens ou desvantagens, pois corresponde a uma exigência da justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 1978, p. 22). É claro que, na prática, esta distinção nem sempre aparece de forma clara, pois podemos construir princípios na forma de objetivos sociais (e.g., o objetivo de chegarmos a uma sociedade onde nenhum homem se beneficie da própria torpeza), políticas na forma de princípios (e.g., o princípio de que os objetivos da medida política são valiosos), ou até mesmo adotar a tese utilitária de que princípios nada mais são do que afirmações disfarçadas de objetivos (como assegurar a maior felicidade para o maior número de pessoas) (DWORKIN, 1978, pp. 22-23)⁷⁵.

Seja como for, a distinção é importante quando pensamos nas chamadas *ações afirmativas*, como é o caso das cotas raciais em universidades. Cotas devem ser vistas como uma escolha de cunho político, ainda que tenham como objetivo final a redução das desigualdades sociais (e, neste sentido, estejam fundamentadas no princípio da igualdade).

⁷⁵ Esta distinção é retomada por Dworkin em 1974, em seu texto *Hard Cases* (DWORKIN, 1978, pp. 81-130). Nele, Dworkin fala em argumentos de política e argumentos de princípio, e a relevância da diferenciação começa a ficar mais evidente. Isso porque, para Dworkin, mesmo nos chamados “casos difíceis” o Judiciário deverá se valer de argumentos de princípio, e não de argumentos políticos. Somente o Legislativo detém legitimidade para tomar decisões de cunho político, pois elas envolvem uma série de compromissos entre objetivos e interesses individuais na busca pelo bem-estar da comunidade como um todo (DWORKIN, 1978, p. 85). Nas palavras de Dworkin: “Policy decisions must therefore be made through the operation of some political process designed to produce an accurate expression of the different interests that should be taken into account. The political system of representative democracy may work only indifferently in this respect, but it works better than a system that allows nonelected judges, who have no mail bag or lobbyists or pressure groups, to compromise competing interests in their chambers” (DWORKIN, 1978, p. 85).

Sendo assim, através do sistema de cotas podemos pensar em uma série de objetivos imediatos, como a maior inserção de certos grupos estigmatizados na universidade e no mercado de trabalho, o que conduz a uma possível melhoria no atendimento profissional aos integrantes do grupo e da sociedade como um todo⁷⁶. Não é difícil imaginar que algo semelhante pode ser pensado para a população transgênera, em atenção aos seus pleitos por maior inclusão social. Na prática, embora desconheça programas de cotas específicos para transgêneros, existem políticas públicas como o *Transcidadania*, da Prefeitura de São Paulo, que oferece às pessoas transgêneras subsídios financeiros, supletivos para conclusão do ensino básico e auxílio (orientação e intermediação) para inserção no mercado de trabalho.

A legitimidade de ações afirmativas como cotas e o programa Transcidadania decorre de, no mínimo, duas circunstâncias: as medidas devem ter um objetivo geral e não podem afrontar direitos de terceiros. O objetivo geral, no caso, corresponde à redução de desigualdades, incluindo grupos estigmatizados. Este objetivo é válido já que uma sociedade que busca reduzir suas desigualdades está em melhor situação do que uma que nada faz para incluir grupos estigmatizados. O ganho, conseqüentemente, é coletivo, e embora as medidas sejam endereçadas em favor de grupos específicos, sua finalidade geral não nos permite argumentar que se tratam de simples “privilégios”.

Mas o Estado não pode beneficiar a coletividade a qualquer custo. Medidas políticas afirmativas também não podem ferir direitos de terceiros, sob pena de serem ilegítimas. Em seu texto *Reverse Discrimination* (DWORKIN, 1978, pp. 223-239), Dworkin afirma que uma política universitária hipotética que, com a finalidade de aumentar a quantidade de bolsas para alunos mais pobres, aumentasse a mensalidade de apenas alguns dos alunos mais ricos, escolhidos arbitrariamente, seria injusta. Estes poucos alunos mais ricos seriam tratados de forma desigual, já que outros estudantes igualmente ricos também poderiam pagar uma mensalidade mais alta. A medida seria, neste sentido, injusta por ofender o direito ao tratamento igualitário destes poucos alunos (DWORKIN, 1987, p. 226). Entretanto, isso não

⁷⁶ É o que sustenta Dworkin, ao analisar o sistema de cotas em atenção ao caso *Bakke*, em seu texto *Bakke's Case: Are Quotas Unfair?* (DWORKIN, 1985, pp. 293-303): “According to the 1970 census, only 2.1 percent of American doctors were black. Affirmative action programs aim to provide more black doctors to serve black patients. This is not because it is desirable that blacks treat blacks and whites treat whites, but because blacks, through no fault of their own, are now unlikely to be well served by whites, and because a failure to provide the doctors they trust will exacerbate rather than reduce the resentment that now leads them to trust only their own. Affirmative action tries to provide more blacks as classmates for white doctors, not because it is desirable that a medical school class reflect the racial makeup of the community as a whole, but because professional association between blacks and whites will decrease the degree to which whites think of black as a race rather than as people, and thus the degree to which blacks think of themselves that way” (DWORKIN, 1985, pp. 294-295).

acontece em boa parte das ações afirmativas, como é o caso de alguns sistemas de cotas raciais⁷⁷.

Mas o que seriam, afinal, estes *direitos*? Na concepção dworkiniana, quando alguém afirma que “tem um direito”, a expressão “direito” deve ser compreendida em um sentido *forte*, associado à ideia de igualdade. A igualdade, aqui, tem por base os seguintes postulados de moralidade política: o dever do Estado de tratar todos aqueles que governa com *consideração* (enquanto seres humanos capazes de sofrer e se frustrar de alguma forma) e *respeito* (considerando que todos somos capazes de definir o que corresponde a uma boa vida para nós mesmos, e agir de acordo com nossas concepções). Este dever se estende a todos os cidadãos, de forma *igual*: o Estado deve a todos igual respeito e consideração, sendo ilegítima qualquer distribuição desigual de bens e oportunidades que leve em consideração que alguns indivíduos são mais ou menos valiosos que outros (DWORKIN, 1978, pp. 272-273)⁷⁸ – e aí reside a concepção dworkiniana de *igualdade*.

Esta é uma ideia que trabalharei com mais vagar no terceiro capítulo, associando-a a ideias que Dworkin veio a aprofundar em suas obras posteriores, como a distinção entre ética

⁷⁷ Dworkin defenderá que o sistema de cotas raciais, como o da Escola de Direito da Universidade de Washington, não ofende direitos de outros indivíduos que concorram em seu processo seletivo. Isso se justifica porque existe uma diferença fundamental entre *ter igual tratamento* e *ser tratado como igual*. Todos têm direito a igual tratamento quando o assunto é, por exemplo, a educação básica, pois alguém sem educação elementar dificilmente terá uma vida útil. Mas o mesmo não se passa com a educação superior, que responde a critérios e objetivos distintos. Neste caso, há *direito a ser tratado como igual*, o que não significa a mesma distribuição de ônus ou bônus, mas sim o direito a ser tratado com igual respeito e consideração (DWORKIN, 1978, p. 227). Aqueles que contestam o sistema de cotas não estão sendo “tratados desigualmente”, muito embora não recebam igual tratamento. Eles continuam tendo a oportunidade de ingressar no ensino superior, embora as cotas aumentem a possibilidade de ingresso de certos grupos. Na prática, mesmo que não existissem cotas, outros fatores seriam levados em consideração para o ingresso na universidade e colocariam em desvantagem alguns indivíduos, como é o caso da inteligência. Todos estes fatores não são pensados porque envolvem algum “valor intrínseco”, mas porque são considerados estrategicamente: um advogado mais inteligente é socialmente mais útil do que um que seja menos inteligente, da mesma forma que um cirurgião com maior capacidade de atenção é melhor do que um que seja desatento. No caso das cotas, um advogado negro tende a compreender com maior facilidade as questões e problemas de pessoas negras, que muitas vezes não sentem confiança em advogados brancos. É por esta razão que indivíduos mais inteligentes, atentos e de certa raça/etnia tendem a atender melhor às finalidades públicas que esperamos que sejam supridas pelo ensino superior. Logo, cotas e outras medidas que visem diversificar o meio acadêmico são salutares, e não ofendem qualquer direito individual a ser tratado como igual.

⁷⁸ Esta ideia fica clara no texto *What Rights Do We Have?* (DWORKIN, 1978, pp. 267-278): “*The central concept of my argument will be the concept not of liberty but of equality. I presume that we all accept the following postulates of political morality. Government must treat those whom it governs with concern, that is, as human beings who are capable of suffering and frustration, and with respect, that is, as human beings who are capable of forming and acting on intelligent conceptions of how their lives should be lived. Government must not only treat people with concern and respect, but with equal concern and respect. It must not distribute goods or opportunities unequally on the ground that some citizens are entitled to more because they are worthy of more concern. It must not constrain liberty on the ground that one citizen’s conception of the good life of one group is nobler or superior to another’s. These postulates, taken together, state what might be called the liberal conception of equality*” (DWORKIN, 1978, pp. 272-273).

e moral, e sua concepção de independência e responsabilidade ética. Por hora, o que se observa é que esta concepção de direitos, ao ser associada diretamente a uma concepção de igualdade, não se confunde com eventuais políticas que possam vir a beneficiar certos grupos. Sendo assim, transgêneros não têm um “direito” propriamente dito a cotas ou outras ações afirmativas em específico. Como correspondem a políticas públicas, estas medidas poderiam ser as mais diversas possíveis (e.g., descontos específicos para a compra de medicamentos, como hormônios, ou isenção de determinados tributos, dentre outros).

É interessante retomar, portanto, os diferentes sentidos da expressão “direito” mencionadas na introdução deste trabalho. Em um sentido forte, como visto, “direito” corresponde aos direitos morais e/ou políticos que pertencem aos indivíduos em decorrência do princípio da dignidade. Neste sentido, não se confundem com os “direitos legais”, que são as leis e normas jurídicas editadas pelo Estado (em regra, através do Legislativo), em suas diferentes formas e competências. Logo, enquanto direito legal, não seria incorreto afirmar que negros “têm direito” às cotas em universidades públicas, considerando os casos onde as cotas se encontram devidamente regulamentadas. Isso não quer dizer, entretanto, que haja um *direito moral* ao sistema de cotas.

Consequentemente, tem-se uma clara distinção entre medidas políticas, pleitos por ações afirmativas e as questões efetivamente *jurídicas* que são levantadas por pessoas transgêneras – como é o caso emblemático dos pedidos de mudança de prenome e sexo/gênero documentais. Nesta última hipótese, como argumento no capítulo quarto, o não atendimento do pedido envolverá um tratamento desigual e desrespeitoso por parte do Estado – ofendendo, portanto, um *direito moral*. Em síntese, o caso de pessoas transgêneras não será muito diferente daquele de pessoas com nomes vexatórios ou que busquem substituir o prenome por algum apelido público notório. Pessoas transgêneras podem passar por tanto (ou mais) constrangimento ao apresentar seus documentos quanto alguém chamado Frankstefferson, e em geral são conhecidas em sua comunidade por um “nome social” que, na prática, equivale a um apelido público notório. Logo, permitir a alteração do prenome em um caso, mas não em outro, equivale a tratar desigualmente pessoas que se encontram na mesma situação. Com o indeferimento do pedido, tem-se uma ofensa ao direito ao tratamento igualitário destas pessoas. E o mesmo se passa com a questão do “sexo” documental: como argumento adiante, o mais relevante para fins jurídicos corresponderá, em regra, à expressão de gênero e não à realidade biológica. Assim, por exemplo, pessoas que nasceram com o sexo biológico masculino, mas que se expressam corriqueiramente como mulheres e são reconhecidas como tal,

são para os fins jurídicos mais relevantes tão “mulheres” quanto aquelas pessoas que nasceram com o sexo biológico feminino e que, da mesma forma, se expressam e são reconhecidas como mulheres. Neste sentido, como argumentei neste capítulo, a ideia de “mulher” deve ser compreendida à luz do conceito jurídico de gênero. Sendo assim, não faz sentido exigir que alguém que se expressa como mulher apresente documentos onde conste sexo “masculino”, ou vice-versa.

CAPÍTULO 2 – TRANSGENERALIDADE, ESTADO E DIREITO: UMA CONCEPÇÃO CONSERVADORA

Para muitas pessoas, as questões levantadas no capítulo anterior não são problemáticas. Isso porque consideram que a existência de homens (i.e., machos) e mulheres (i.e., fêmeas) é uma condição natural da humanidade: só somos capazes de procriar justamente porque há dois sexos que se complementam. Casos de intersexualidade são “pontos fora da curva” que devem ser corrigidos da melhor forma possível, inserindo o indivíduo dentro do contexto homem/mulher. A transgeneralidade, por sua vez, é vista como uma condição psiquiátrica patológica a ser tratada. Tentar “mudar de sexo” seria uma ilusão, porque não há como alterar por completo nossa constituição biológica.

A forma com que a sociedade cria normas e expectativas de gênero leva em consideração, na visão de muitas destas pessoas, o fato de que somos “machos” ou “fêmeas”. E uma “fêmea”, se quiser ser reconhecida como tal, deverá responder positivamente às normas e expectativas que ressaltam sua feminilidade. Daí a expectativa de se usar saias, maquiagem, saltos etc. Não é sem razão, portanto, que comportamentos que contrariem expectativas de gênero são alvo de críticas e estigma social.

É claro que boa parte do público leigo sequer refletirá sobre as distinções entre sexo e gênero. Tratam ambos como sinônimos, e simplesmente repetem as normas e expectativas de gênero como se fossem algo natural⁷⁹. Entretanto, mesmo esta concepção pode ser refinada e tratada com maior profundidade. Neste sentido, merece destaque a visão sobre sexualidade humana partilhada por autores jusnaturalistas como John Finnis e Christopher Tollefsen.

No presente capítulo, apresento e critico as concepções que Finnis e Tollefsen desenvolvem sobre sexo, gênero e os limites do Estado em relação às liberdades individuais. As diferentes respostas que estes autores dão para tais questões nos permitem refletir sobre as demandas políticas e jurídicas apresentadas por pessoas transgêneras. No caso, como sustento adiante, Finnis e Tollefsen chegam às mesmas conclusões do público leigo que não reconhece qualquer identidade sexual ou de gênero para além do binômio homem/mulher.

⁷⁹ Para Charlotte Witt, em seu livro *The Metaphysics of Gender* (WITT, 2011b), este ponto reflete o caráter *irrefletido* com que respondemos às posições sociais de gênero (i.e., “ser homem” e “ser mulher”) e suas respectivas normas e expectativas (WITT, 2011b, p. 111).

Isso significa que, na melhor das hipóteses, a transgeneralidade será concebida como uma espécie de patologia ou falsa identidade – refletindo uma posição *essencialista* sobre sexo e gênero.

Mas não é possível compreender plenamente a concepção de Finnis e Tollefsen sem entender seus fundamentos. Isso porque a visão que tais autores têm sobre sexo e gênero reflete a ideia de que existe um bem ou valor humano básico, autoevidente e intrinsecamente valioso, que é dependente da binariedade sexual e de gênero: a ideia de casamento, ou a constituição de uma família exclusivamente heterossexual – pai, mãe e filhos. Quando há uma “inversão” ou “subversão” dos diferentes papéis de gênero, a busca por este bem resta impossibilitada, o que constitui um ato irracional e imoral. Se não bastasse, cabe ao Estado zelar pelo ambiente moral adequado no qual crianças, adolescentes e mesmo adultos constituem suas famílias e florescem enquanto indivíduos virtuosos. Logo, boa parte dos pleitos de pessoas transgêneras deve ser indeferida, e seu modo de vida deve ser combatido ativamente pelo Estado.

Entendo que esta visão é incorreta. Defendo que Finnis e Tollefsen estão equivocados em muitos pontos, e que uma releitura mais adequada dos princípios de Direito Natural nos permite reconhecer boa parte das demandas dos indivíduos transgêneros. Em outras palavras, o jusnaturalismo não é sinônimo de “conservadorismo moral”⁸⁰. A ideia que desenvolvo aqui é muito semelhante àquela que apresentei em minha dissertação de mestrado, na qual sustento que a homossexualidade é um fenômeno tão “natural” quanto a heterossexualidade (LAGO, 2016). Acredito que algo semelhante aconteça com a transgeneralidade: quando refletimos adequadamente sobre o “fato” de que existem pessoas transgêneras, somos capazes de dar respostas mais acertadas e coerentes para as suas diferentes demandas.

É interessante analisar a concepção de Finnis e Tollefsen por outra razão: ambos entendem que o Estado deve se comprometer com a promoção e defesa de um “ambiente moral” adequado para a formação dos cidadãos, orientando-se através dos bens humanos

⁸⁰ É curioso ressaltar que, para Finnis, enquadrar teorias políticas como “conservadoras”, “liberais” ou “progressistas”, dentre outros epítetos, é equivocado. Em seu texto *Limited government* (FINNIS, 2011d, pp. 83-106), afirma que: “*It is, I think, a mistake of method to frame one’s political theory in terms of its ‘liberal’ or ‘non-liberal’ (or ‘[anti-]conservative’ or ‘[non-]socialist’ or ‘[anti-]capitalist’) character. Fruitful inquiry in political theory asks and debates whether specified principles, norms, institutions, laws, and practices are ‘sound’, ‘true’, ‘good’, ‘reasonable’, ‘decent’, ‘just’, ‘fair’, ‘compatible with proper freedom’, and the like – not whether they are liberal or incompatible with ‘liberalism’*” (FINNIS, 2011d, p. 94). Minha intenção não é afirmar, pura e simplesmente, que as concepções de Finnis e Tollefsen são “conservadoras” e criticá-las enquanto tal, mas sim chamar a atenção do leitor para o comprometimento de ambos com posições que, cotidianamente, são chamadas de conservadoras e distintas das que são atribuídas para uma pauta mais liberal. O fato das posições de Finnis e Tollefsen serem ou não conservadoras não representa um problema efetivo – o problema está no fato de que as suas concepções não são, em muitos aspectos, justas e razoáveis.

básicos. Sendo a transgeneralidade considerada uma “imoralidade”, o Estado teria liberdade (ou, melhor dizendo, a obrigação) de combatê-la na esfera pública. Apenas os atos privados e consensuais escapam de seu âmbito de influência – o que significa que, para Finnis e Tollefsen, não há problema que o Estado tome por base determinadas concepções de bem para guiar suas ações e a de seus cidadãos. Neste ponto, ambos os autores assumem uma clara posição perfeccionista (ainda que limitada). De minha parte, entendo que esta concepção também é incorreta, pois empobrece excessivamente nossa compreensão sobre a ideia de autonomia individual.

Divido o capítulo da seguinte forma: no primeiro momento, apresento as ideias centrais que fundamentam a concepção finnisiana de Direito Natural, o que envolve, principalmente, seus princípios e “bens humanos básicos”. Em seguida, trato de sua concepção sobre o papel e os limites do Estado na promoção destes bens básicos, o que implica em uma visão particular sobre a liberdade individual, com fundamento na ideia de autenticidade. Após, apresento as concepções de sexo e gênero desenvolvidas por Christopher Tollefsen, que tomam por base o aparato teórico de John Finnis e que respondem negativamente a maior parte das demandas de pessoas transgêneras. Por fim, desenvolvo minhas críticas às visões de Finnis e Tollefsen, sustentando o essencialismo intrínseco a estas concepções, pautadas em uma ideia equivocada sobre nossa sexualidade, e ressaltando as imperfeições e incompletudes da concepção finnisiana sobre o Estado e seus limites.

1. A TEORIA DE DIREITO NATURAL DE JOHN FINNIS

É difícil tratar do jusnaturalismo sem enfrentar certa resistência. Isso porque, ao menos no Brasil, o Direito Natural é reconstruído por muitos juristas à luz de uma visão equivocada, tal qual a apresentada por positivistas como Hans Kelsen. A partir daí, expandiram-se ideias como a de que o Direito Natural corresponde à máxima de que “uma lei injusta não é lei”, ou mesmo que os fundamentos últimos da “justiça” só podem ser encontrados em um plano metafísico – particularmente, a “vontade de Deus”⁸¹.

⁸¹ Como sugere Ronaldo Porto Macedo Junior, o jusnaturalismo no Brasil é alvo de uma representação caricata construída pelo positivismo jurídico, especialmente o de inspiração kelseniana (MACEDO JUNIOR, 2016, p. 18). Felizmente, alguns pesquisadores têm se aprofundado na teoria do Direito Natural, em especial no Rio Grande do Sul, onde se destacam nomes como Elton Somensi de Oliveira, Luis Fernando Barzotto e Leandro Cordioli

Esta concepção do Direito Natural foi desconstruída por John Finnis em sua principal obra, *Natural Law and Natural Rights* (FINNIS, 2011a), publicada originalmente em 1980. Este livro, cuja elaboração foi solicitada pelo famoso positivista Herbert Hart para integrar uma coletânea de Teoria do Direito⁸², representa o renascimento do Direito Natural “clássico” – cujos expoentes teóricos remontam a Aristóteles e Tomás de Aquino⁸³.

A influência de *Natural Law and Natural Rights* foi tamanha que pode ser considerada como a contrapartida jusnaturalista de *O Conceito de Direito*, obra prima de Hart e divisor de águas do positivismo jurídico contemporâneo. Desta forma, o jusnaturalismo contemporâneo conta com uma série de pensadores, fiéis ou críticos das concepções de John Finnis, mas que ainda assim tomam sua principal obra como o ponto de partida para suas reflexões⁸⁴ – onde se destaca o segundo autor que ocupa este capítulo, Christopher Tollefsen.

As críticas que Finnis faz à concepção de Direito Natural apresentada pelo juspositivismo constam, em particular, nos capítulos 1 e 2 de *Natural Law and Natural Rights* (FINNIS, 2011a, pp. 3-55). Não pretendo reconstruí-las aqui, considerando o âmbito do presente trabalho. Entretanto, é importante analisar algumas ideias centrais da obra de Finnis que nos permitem entender sua concepção sobre a sexualidade humana – que, como defendo adiante, corresponde a uma postulação *essencialista* sobre o sexo. Ademais, Finnis toma por base sua interpretação de Tomás de Aquino para defender uma concepção singular sobre os limi-

⁸² É o que Finnis afirma no pós-escrito da segunda edição de *Natural Law and Natural Rights*: “The book was commissioned by the editor of the Clarendon Law Series, H.L.A. Hart, soon after I became a colleague of his as a Fellow of University College Oxford, in the autumn of 1966. He asked me to write a book for his series, a book called *Natural Law and Natural Rights*; he repeated this title, to make clear what he wanted” (FINNIS, 2011a, p. 414).

⁸³ Finnis representa um retorno ao pensamento clássico de Direito Natural na medida em que retoma a ideia de que a nossa natureza só é compreendida quando entendemos as capacidades humanas, e que estas capacidades, por sua vez, só são entendidas através das ações que as possibilitam – ações estas que são dirigidas a determinados fins humanos básicos (vistas como *razões para nossas ações*) (FINNIS, 2011e, p. 98).

⁸⁴ É o que defende Jonathan Crowe em seu texto *Natural Law Beyond Finnis* (CROWE, 2011). E da mesma forma estamos passando por uma fase pós-hartiana, Crowe sugere que estamos entrando em uma fase pós-finnisiana. Em suas palavras, “Finnis’s position within contemporary natural law theory is similar to Hart’s within legal positivism. Finnis is properly viewed as the founder of contemporary natural law jurisprudence, as well as one of the leading proponents of the new natural law ethics. However, although his work continues to exert a strong influence on current debates, it is no longer at the cutting edge. (...) In the same way that legal positivism entered its post-Hartian phase, we are entering the era of natural law beyond Finnis. This is not because the new natural law framework has been found fundamentally wanting, but rather because the version developed by Finnis and Grisez is only one possible way of fleshing out its core claims” (CROWE, 2011, p. 308).

tes do Estado em questões envolvendo a liberdade individual, interpretação esta que o aproxima de autores considerados liberais (como é o caso de Dworkin, analisado no próximo capítulo)⁸⁵.

1.1. Noções básicas de Direito Natural na teoria de John Finnis

O primeiro passo para compreendermos a teoria finnisiana envolve a seguinte questão: qual é o objeto do Direito Natural? O que ele pretende analisar?

Para Finnis, o Direito Natural não se preocupa com fatos da natureza, como raios e trovões, mas sim com a *ação humana*. Mas não é qualquer ação humana, o que poderia envolver ações irrefletidas como um espirro, por exemplo. O Direito Natural consiste em um conjunto de princípios que explicam e justificam a ação humana que tem em vista um propósito racional. O objeto do Direito Natural, portanto, é a chamada *razão prática*, que consiste na razão humana guiada para determinados fins, que tem em vista a realidade prática dos indivíduos, consubstanciada na pergunta “*o que devo fazer?*”⁸⁶.

Mas o que determina a “racionalidade” de uma ação humana? Para Finnis, esta racionalidade é explicada a partir de uma série de “princípios” que constituem o Direito Natural. Em suas palavras, tais princípios são

- (i) um conjunto de princípios práticos que indicam as formas básicas do florescimento humano como bens a serem buscados e realizados, e que são de uma forma

⁸⁵ Sendo assim, teorias de Direito Natural como as de Finnis não dizem respeito apenas a concepções sobre o que seria uma “boa vida” – e, neste sentido, não estão preocupadas apenas com questões de ética individual. Tais teorias também constituem intrigantes visões sobre os papéis da família, sociedade e Estado na vida do indivíduo. Em outras palavras, o Direito Natural não é apenas uma teoria moral e jurídica; é também uma posição de natureza política. Como sustenta Finnis, os princípios de Direito Natural não estão ligados apenas à Filosofia Moral, Ética ou conduta individual: “(...) *I should add here that the principles of natural law, thus understood, are traced out not only in moral philosophy or ethics and ‘individual’ conduct, but also in political philosophy and jurisprudence, in political action, adjudication, and the life of the citizen*” (FINNIS, 2011a, p. 23).

⁸⁶ Nas palavras de Finnis: “*Reason is the capacity to understand and work with reasons. Reasons are reasons for judging a thought, a proposition, to be true (or false, or doubtful). Some reasons are reasons for judging it to be true (or not certainly true) that some state of affairs that one might help bring about by doing something would be beneficial, worth bringing about. Call these reasons practical*” (FINNIS, 2011b, p. 1). Sendo assim, Finnis trabalha com a clássica distinção entre razão prática (o que deve ser feito) e *razão teórica* (conhecimento de como as coisas são): “*The knowledge – warranted and true belief – that knowledge is possible is knowledge of a kind that in a reflective, philosophical categorization can be called ‘theoretical’ or, even less satisfactorily, ‘speculative’ or even ‘contemplative’: knowledge about the way things are – Is-knowledge*” (FINNIS, 2011b, p. 3).

ou de outra usados por qualquer um que considera o que fazer, não importa quão implausível sejam suas conclusões; e (ii) um conjunto de requerimentos metodológicos básicos da razoabilidade prática (em si uma das formas básicas do florescimento humano) que distingue pensamentos práticos plausíveis e implausíveis e que, quando tudo considerado, provê os critérios para distinguir entre atos que (sempre ou em circunstâncias particulares) são razoáveis-todas-as-coisas-consideradas (e não apenas relativas a um propósito particular) e fatos que são irrazoáveis-todas-as-coisas-consideradas, ex.: entre formas de agir que são moralmente certas e moralmente erradas – tornando possível criar (iii) um conjunto de padrões morais gerais (FINNIS, 2011a, p. 23, tradução livre)⁸⁷.

É importante ressaltar que tais princípios, de forma parecida com os princípios da lógica, são considerados autoevidentes. Eles não são demonstrados, são indemonstráveis e, ainda assim, são evidentes em si mesmos, como são os princípios básicos de razoabilidade prática nos termos da interpretação finnisiana da teoria de Tomás de Aquino – é autoevidente, por exemplo, a proposição de que “o homem é um animal racional” (FINNIS, 2011a, p. 32; LAGO, 2016, p. 47)⁸⁸

Dentre estes princípios, merecem especial destaque os chamados *bens humanos básicos* (FINNIS, 2011a, pp. 81-99). Eles correspondem aos fins últimos de qualquer ação humana racional. É a partir deles que somos capazes de explicar o “porquê” último das nossas ações. São considerados básicos na medida em que explicam e constituem a nossa “natureza humana”. Consequentemente, nossas ações seriam ininteligíveis se não contassem com o suporte oferecido por estes bens. A *vida* e sua preservação, por exemplo, podem ser vistos como um bem humano básico – os indivíduos possuem uma inclinação natural à preservação da vida, buscando alimentos, afastando predadores, gerindo uma prole etc. Ela explica porque inúmeras sociedades investiram tempo e recursos na domesticação de animais, no plantio e colheita de vegetais, na defesa de seus territórios, dentre outros. Não é demais

⁸⁷ Finnis, ainda, constata que os princípios de Direito Natural não possuem uma “história”. Tais princípios são válidos por mais que sejam esquecidos, mal-empregados ou desprezados pelo pensamento prático. Certamente, é possível descrever historicamente diferentes doutrinas de Direito Natural ou mesmo as diferentes formas pelas quais estes princípios foram considerados ao longo dos tempos; mas o Direito Natural, em si, não pode ser descrito historicamente. Nas palavras de Finnis (2011a, p. 24): “*Natural law could not rise, decline, be revived, or stage ‘eternal returns’*. It could not have historical achievements to its credit. It could not be held responsible for disasters of the human spirit or atrocities of human practice. But there is a history of the opinions or set of opinions, theories, and doctrines which assert that there are principles of natural law, a history of origins, rises, declines and falls, revivals and achievements, and of historical responsibilities”. Neste sentido, Finnis está preocupado em elaborar uma teoria do Direito Natural, ao invés de uma teoria sobre as doutrinas de Direito Natural.

⁸⁸ A razoabilidade prática pode ser entendida como “a capacidade humana de decidir e se conduzir de acordo com o que deve ser feito” (LAGO, 2016, p. 45). Ressaltarei adiante que a razoabilidade prática corresponde a um fim ou bem humano básico. A razão prática, por sua vez, pode ser vista como a “razão” operando com vistas para a ação – observação que devo ao colega Horácio Neiva.

ressaltar que, enquanto princípios de Direito Natural, os bens humanos básicos são considerados *autoevidentes* – o que significa que não há necessidade de inferências ou provas sobre seu caráter básico e fundacional (FINNIS, 2011a, pp. 85-86)⁸⁹.

Os diferentes bens humanos são apreendidos *internamente*, em razão da “experiência” que temos da vida humana e sua natureza – assim como temos uma capacidade inata para compreender questões de ordem lógica (e.g., algo não pode “ser” e “não ser” ao mesmo tempo), temos uma capacidade intrínseca para captarmos os fins básicos e autoevidentes de nossas ações⁹⁰. Ocorre que, da mesma forma que algumas pessoas têm mais facilidade para o raciocínio lógico, outras possuiriam maior facilidade para o raciocínio moral. Logo, embora os bens humanos sejam autoevidentes para qualquer pessoa, apenas os relativamente sábios ou estudados seriam capazes de entender o que alguns bens significam (FINNIS, 2011a, p. 32)⁹¹.

Não é sem razão, portanto, que Finnis vem elaborando ao longo de sua trajetória acadêmica diferentes listagens de bens básicos. A última lista, que ele ratifica no pós-escrito da segunda edição de *Natural Law and Natural Rights* (FINNIS, 2011a, p. 448), foi originalmente construída no artigo *Commensuration and Public Good* (FINNIS, 2011b, p. 244) e envolve: 1) conhecimento (*knowledge*); 2) desempenho hábil no trabalho e em jogos (*skilful performance*); 3) vida corpórea (*bodily life*); 4) amizade (*friendship*); 5) casamento

⁸⁹ “Estes bens humanos básicos constituem aquilo que toda e qualquer pessoa racional, em maior ou menor grau, busca e considera relevante em sua vida. O exemplo básico é o conhecimento. É difícil conceber uma pessoa ou sociedade que não valorizem o conhecimento, que não busquem se aprimorar intelectualmente. Conhecer algo, por si só, já é um bem – e pode-se afirmar que a busca pelo conhecimento satisfaz uma inclinação natural do homem à curiosidade, indo além de eventuais interesses instrumentais (de um ponto de vista utilitário, do conhecer para poder) (FINNIS, 2011a, p. 60). Mesmo argumentos contrários são auto-refutáveis: afirmar que inexistem verdades absolutas sobre o conhecimento já implica em formular uma compreensão que se pretende correta e verdadeira sobre a natureza do conhecimento, correspondendo a uma contradição performativa – exemplo semelhante seria a famosa proposição socrática, ‘só sei que nada sei’, que também é auto-refutável (FINNIS, 2011a, p. 74)” (LAGO, 2016, p. 50).

⁹⁰ “The basic forms of good grasped by practical understanding are what is good for human beings with the nature they have. Aquinas considers that practical reasoning begins not by understanding this nature from the outside, as it were, by way of psychological, anthropological, or metaphysical observations and judgments defining human nature, but by experiencing one’s nature, so to speak, from the inside, in the form of one’s inclinations. But again, there is no process of inference” (FINNIS, 2011a, p. 34).

⁹¹ Conforme interpretação de Finnis sobre Tomás de Aquino: “Aquinas’s discussion begins by pointing out that while some propositions are self-evident to ‘everyone’, since everyone understands their terms, other propositions are self-evident only to ‘the wise’, since only the relatively wise (or learned) understand what they mean. He gives two examples of the latter sort of self-evident propositions, from the field of speculative philosophy; one is that ‘a human being is a rational being’, and the other is that ‘a disembodied spirit does not occupy space’. He then proceeds to speak about the self-evident pre-moral principles that he later calls *communissima*, without, unfortunately, indicating which if any of them he thinks self-evident only to the relatively wise” (FINNIS, 2011a, p. 32).

(*marriage*); 6) razoabilidade prática (*practical reasonableness*); e 7) harmonia com a fonte última da realidade (*harmony with ultimate source*).

Estes bens básicos são considerados por Finnis como valores de natureza *pré-moral*, porque a moralidade não se encontra nos princípios ou fins da ação humana, e sim nos meios utilizados para se alcançá-los (FINNIS, 2011a, p. 34). Assim, por exemplo, o fim e princípio da ação de um ladrão que pratica furtos regulares para manter seu próprio sustento não é, em si, algo bom ou mau – pode-se dizer que ele se conduz tendo em vista o bem básico da vida. A efetiva avaliação moral, na forma da pergunta central “o que deve ser feito?”, tem lugar a partir do único bem humano básico que nunca pode ser ignorado em nossas deliberações: a *razoabilidade prática* (FINNIS, 2011a, p. 100). A razoabilidade prática corresponde à nossa capacidade de utilizar de forma eficiente nossa inteligência, tendo em vista a solução de problemas relacionados com a escolha de ações, o estilo de vida que devemos possuir e o caráter que devemos cultivar (LAGO, 2016, p. 52). Ela se constitui a partir de uma série de exigências (*requirements*), e é o atendimento ou não destas exigências que possibilita a avaliação de nossos projetos e ações em termos morais⁹². Em síntese, é a partir da razoabilidade prática que operamos a transição entre os bens humanos, enquanto valores pré-morais, para o campo da moralidade (LAGO, 2016, pp. 48-49).

Dentre as exigências da razoabilidade prática, a sétima merece particular atenção: *respeitar cada bem humano básico em nossas ações*. Ela decorre do fato de que possuímos liberdade de autodeterminação, de modo que consideramos alguns bens mais importantes para nossas vidas do que outros (como seria o caso de um cientista que busca o conhecimento, mas evita formar laços profundos de amizade). Ainda assim, os bens básicos não são subordinados a qualquer projeto pessoal, muito menos a sentimentos ou considerações de custo-benefício – pois isso equivale a tratá-los de forma comensurável (FINNIS, 2011a, pp. 121-122). Em última análise, a sétima exigência pode ser resumida da seguinte forma: não escolher diretamente contra bens humanos básicos (FINNIS, 2011a, p. 123). Logo, ainda que possamos privilegiar um ou mais bens humanos básicos em nossas vidas, isso não sig-

⁹² Finnis elenca nove exigências da razoabilidade prática, as quais, assim como os bens humanos, constituem princípios de Direito Natural e são autoevidentes, indemonstráveis, incomensuráveis, irredutíveis e de igual importância. Elas são apresentadas de forma pormenorizada no quinto capítulo de *Natural Law and Natural Rights* (FINNIS, 2011a, pp. 100-133) e correspondem a: 1) ter um plano coerente de vida; 2) não ter preferências arbitrárias entre os valores básicos; 3) reconhecer uma imparcialidade fundamental entre os sujeitos humanos que são ou podem ser partícipes destes mesmos bens; 4) assumir uma postura de distanciamento (*detachment*); 5) ter comprometimento; 6) agir de maneira eficiente, atentando à relevância limitada das consequências em nossas ações; 7) respeitar cada valor ou bem humano básico em nossa conduta; 8) promover o bem comum; 9) agir de acordo com nossa consciência.

nifica que os demais não sejam intrinsecamente valiosos. Este ponto é particularmente importante porque, como explicarei adiante, autores como Christopher Tollefsen entendem que cirurgias e tratamentos que visem a “mudança de sexo” impossibilitam a chamada “união biológica”, correspondente à cópula entre homem e mulher que integra o bem humano básico do casamento. Mas, antes de analisar especificamente as concepções de Finnis e Tollefsen sobre nossa sexualidade, é importante saber onde se inserem as figuras do bem comum e da autoridade na teoria finnisiana – pois são elas que nos permitem traçar os limites do Estado em atenção às liberdades individuais.

Seres humanos vivem em comunidade, e não é sem razão que bens básicos como a amizade são considerados fundamentais por Finnis para compreendermos os fundamentos do Estado e da ordem jurídica. A amizade é um bem humano básico e autoevidente, variando de sua forma mais simples (a sociabilidade que busca um mínimo de paz e harmonia entre os indivíduos), até os fortes laços de uma amizade completa. A amizade demonstra que alguns enlaces colaborativos não têm apenas um fim instrumental, mas incluem a concretização do bem do outro indivíduo. Na amizade, não temos em vista apenas nossos próprios propósitos, mas também os propósitos de nossos amigos (FINNIS, 2011a, p. 88).

A amizade deve ser interpretada conjuntamente com a terceira exigência da razoabilidade prática: não ter preferências arbitrárias entre as pessoas, reconhecendo que todos, indistintamente, buscam em suas ações participar dos diferentes bens humanos básicos⁹³. Este ponto remete à chamada *regra de ouro* cristã, em suas variadas formas, bem como à compreensão da filosofia moderna de que julgamentos e preferências morais devam ser universalizáveis (FINNIS, 2011a, p. 107).

Outra exigência da razoabilidade prática que impacta profundamente em nossas relações interpessoais é a *preocupação com o bem comum*. A ideia de bem comum é tratada por Finnis de diferentes maneiras ao longo de sua obra. Originalmente, na primeira edição de *Natural Law and Natural Rights*, Finnis sustentava que o bem comum corresponderia ao conjunto de condições que permitiriam que cada indivíduo, dentro de uma comunidade, alcançasse para si objetivos razoáveis e participasse dos bens humanos básicos. Neste sentido,

⁹³ Os bens humanos são “inesgotáveis”. Por esta razão, nossas ações nunca “concretizam” bens básicos: por mais que estudemos, nunca alcançaremos o conhecimento completo. Sendo assim, Finnis prefere dizer que as pessoas “participam” dos bens humanos básicos. Em suas palavras, “(...) *one’s self-determination and self-realization is never consummated, never successfully and finally completed. And none of the basic aspects of one’s well-being is ever fully realized or finally completed. (...) So ‘pursuit’ and ‘realization’ are rather misleading in their connotations here, and it is convenient to say that one participates in the basic values*” (FINNIS, 2011a, p. 96).

a ideia de bem comum leva em consideração o fato de que alguns objetivos, sejam eles individuais ou coletivos, são melhor alcançados através de associações e trabalho conjunto (FINNIS, 2011a, p. 155). O problema desta concepção, como o próprio Finnis ressalta no pós-escrito da segunda edição de *Natural Law and Natural Rights*, é que ela transforma o bem comum em algo *instrumental*. Ao contrário do que originalmente retratado, o bem “comum” de diferentes formas de relação interpessoal (amizade, família, grupo religioso etc.) é *intrinsecamente valioso* (FINNIS, 2011a, p. 459) – até porque, se considerarmos o bem básico da amizade, percebemos que o bem de nossos amigos se confunde com nosso próprio bem. Florescemos enquanto indivíduos virtuosos na medida em que ajudamos outras pessoas a alcançarem o que é valioso⁹⁴.

Mas como alcançamos o bem comum? A realidade demonstra que cada pessoa pode pensar em diferentes formas de se participar dos bens humanos básicos. Para Finnis, cada ação deve ser analisada à luz das já mencionadas exigências da razoabilidade prática, mas mesmo assim convivemos com divergências constantes sobre o que devemos fazer enquanto uma comunidade. Enfrentamos uma série de problemas de *coordenação*, como é o caso da mão que adotamos no trânsito, até difíceis questões de ordem distributiva (considerando a escassez natural de recursos). Logo, algumas escolhas devem ser feitas, e é em situações onde nem sempre alcançamos um acordo que surge a figura da *autoridade*⁹⁵.

Isso significa que um ou mais indivíduos deverão exercer a função de autoridade na comunidade, visando solucionar estes problemas de coordenação e tendo em vista o bem comum. Por ser necessária ao bem comum, a autoridade pode ser considerada um bem, ao

⁹⁴ Este ponto fica mais claro em Aquinas (FINNIS, 1998): “*The essence of any friendship, even so thinned out and extended as here, is that A is interested in B’s well-being for B’s sake; and B is interested in A’s well-being for A’s sake; and A is interested in A’s own well-being not only for its own sake but also for B’s sake; and B likewise. Thus the interest of neither person comes to rest solely on that person’s own well-being, nor solely on the other person’s well-being. (...) It is that truly common good which gives their relationship, their sharing {communication}, its ratio, its intelligible ground or point. (...) Friendship is between equals; to say that everyone can rightly have a kind of friendship with every other human person is to affirm a fundamental equality of human persons, precisely and simply as members of the one race each able to participate in some measure in human goods, notwithstanding all the inequalities that obstruct the formation of friendships of more particular kinds*” (FINNIS, 1998, pp. 116-117).

⁹⁵ Nas palavras de Finnis: “*For, as I hinted in relation to the fifth requirement of practical reasonableness, dedicated members of the group will always be looking out for new and better ways of attaining the common good, of co-ordinating the action of members, of playing their own role. And intelligent members will find such new and better ways, and perhaps not just one but many possible and reasonable ways. Intelligence, dedication, skill, and commitment thus multiply the problems of co-ordination, by giving the group more possible orientations, commitments, projects, ‘priorities’, and procedures to choose from. And until a particular choice is made, nothing will in fact be done. (...) There are, in the final analysis, only two ways of making a choice between alternative ways of co-ordinating action to the common purpose or common good of any group. There must be either unanimity, or authority. There are no other possibilities*” (FINNIS, 2011a, pp. 231-232).

mesmo tempo em que envolve a responsabilidade de seguir os ditames da razoabilidade prática por parte daquele encarregado de governar (FINNIS, 2011a, p. 246)⁹⁶. Consequentemente, os comandos da autoridade assumem o caráter de *razões exclusionárias*. Uma razão é exclusionária quando é levada em conta, com exclusividade, como a razão de decidir ou de agir, ainda que outras razões pudessem ser levadas em consideração (FINNIS, 2011a, p. 234). Neste ponto, Finnis se vale da teorização de Joseph Raz, que trabalha especificamente com este conceito⁹⁷.

Ainda assim, o exercício da autoridade deve respeitar certos limites. Embora os comandos da autoridade tenham a natureza de razões exclusionárias, isso não significa que tais razões prevalecerão em todas as circunstâncias. Em outras palavras, as disposições da autoridade não são “inderrotáveis” (*indefeasible*): a autoridade não pode decidir de forma contrária às exigências da razoabilidade prática, pois não teria como justificar a natureza exclusionária de suas razões (FINNIS, 2011a, p. 246)⁹⁸. Os outros limites estão relacionados ao conceito finnisiano de Estado, que exponho a seguir.

⁹⁶ “The need for somebody, or some body, to settle co-ordination problems with greater speed and certainty is apparent in any community where people are energetic and inventive in pursuit of their own or of common goods, not to mention any community threatened with military, economic, or ecological disaster. Authority (and thus the responsibility of governing) in a community is to be exercised by those who can in fact effectively settle co-ordination problems for that community. This principle is not the last word on the requirements of practical reasonableness in locating authority; but is the first and most fundamental” (FINNIS, 2011a, pp. 245-246).

⁹⁷ De acordo com Raz (2010, p. 33), uma razão exclusionária ou excludente não é apenas aquela que exclui algumas razões em nossos raciocínios práticos (i.e., razões para se fazer ou não fazer alguma coisa), mas pode também eliminar a necessidade de se ponderar entre diferentes razões. Em muitas situações, por exemplo, “o dever de aplicar a lei” corresponderá a uma razão exclusionária frente a outras razões que eventualmente poderiam ser levantadas. Dessa forma, “As razões excludentes são utilizadas para explicar casos em que, embora não haja dúvidas sobre aquilo que, depois de consideradas todas as coisas, deve ser feito, haja a crença de que a razão superada não seja simplesmente sobrepujada. Ela representa uma forma diferente de avaliar o que deve ser feito. Uma avaliação que não deve ser a base para a ação na situação presente, mas que tem certo grau de autonomia, manifesta-se em duas situações-teste: (1) Se fazemos mal quando agimos contrariamente àquilo que deveríamos fazer, todas as coisas consideradas, então nosso julgamento de que alguém fez mal porque agiu baseado em uma razão que é sobrepujada por outra é mais completo e inequívoco do que nossa condenação de um homem que agiu baseado em razões que, embora não sobrepujadas, foram excluídas por razões de segunda ordem, tais como a presença de uma autoridade ou fatos indicando que ele não deveria confiar em seu julgamento de mérito; (2) De modo inverso, embora aprovemos quando as pessoas fazem, todas as coisas consideradas, aquilo que deveriam fazer, nossa aprovação é mais completa e sem reservas quando as razões pelas quais agiram prevalecem na ponderação entre razões do que quando essas são razões que acarretam a superação, por assim dizer, de uma avaliação prática autônoma” (RAZ, 2010, p. 36-37).

⁹⁸ “Those who use their empirical opportunity, or even their legally recognized authority, to promote schemes thoroughly opposed to practical reasonableness cannot then reasonably claim to have discharged their own responsibilities in reason, and may be unable to justify their claim to have created a good and sufficient exclusionary reason affecting the responsibilities of those whose compliance they are seeking or demanding” (FINNIS, 2011a, p. 246).

1.2. Os limites do Estado: bem público, moralidade sexual e autenticidade

Muito embora a perspectiva finnisiana do Direito Natural encontre suas raízes em autores como Aristóteles, o fato é que John Finnis defende, enquanto uma questão de *princípio*, uma esfera de liberdade individual na qual o Estado não pode se intrometer. Isso significa, em outras palavras, que mesmo algumas condutas individuais que contrariem bens humanos básicos ou as exigências da razoabilidade prática não podem ser alvo de coerção estatal. Dada a multiplicidade de bens básicos, compete a cada indivíduo alcançar a virtude – o Estado pode (e deve) apenas estimular práticas virtuosas e desestimular os vícios. O Estado não tem legitimidade para forçar os indivíduos a serem virtuosos.

Entretanto, a defesa da ideia de “liberdade individual” não é tão explícita na teoria de John Finnis como é na teoria de autores claramente liberais, como é o caso de Ronald Dworkin⁹⁹. Sendo assim, para compreendermos a concepção finnisiana de liberdade individual precisamos analisar outros conceitos presentes em sua obra – e o primeiro diz respeito à ideia de *Estado* e seus respectivos limites.

A concepção finnisiana de Estado está intrinsecamente ligada à sua interpretação de Tomás de Aquino, notadamente em seu livro *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory* (FINNIS, 1998). Na realidade, Finnis endossa uma concepção de Estado que considera ser a mesma que a apresentada por Tomás de Aquino. Considerando os limites deste trabalho, não há razão para adentrar nos debates sobre a correção ou não da interpretação finnisiana: pouco importa, neste momento, se Aquino “de fato” disse aquilo que Finnis sustenta – o ponto é que Finnis defende uma concepção particular sobre o Estado e seus limites, e é com base nela que pretendo focar minha análise¹⁰⁰.

⁹⁹ Neste sentido, Nicholas Aroney e Bradley Miller, no texto *Finnis On Liberty* (ARONEY; MILLER, 2010) afirmam que: “On first glance, liberty as such does not appear to occupy an explicitly central place in Finnis’s natural law theory, but on closer inspection it becomes apparent that it has an essential role in his thought. To demonstrate this, it is necessary to recount much of Finnis’s natural law theory (both as a theory of law and as a theory of morality), for the distinctive character of his understanding of liberty is very much determined by the wider conceptual system in which it is located” (ARONEY; MILLER, 2010, p. 2).

¹⁰⁰ Muitos autores divergem sobre a correta interpretação de vários trechos das obras de Tomás de Aquino. Neste sentido, um dos autores que divergem da interpretação finnisiana de Tomás de Aquino, em mais de um ponto, é Ralph McInerny. Tem-se, por exemplo, o capítulo nono de seu livro *Aquinas on Human Action: A Theory of Practice* (MCINERNY, 1992), que é dedicado à interpretação de Finnis sobre a forma com que captamos (*grasp*) a ideia de bem. Na visão de McInerny, Finnis parece sugerir que captamos o bem (enquanto fim de nossas ações) exclusivamente através do conhecimento prático. O erro estaria em imaginar que este conhecimento se daria de forma completamente independente de nosso conhecimento sobre “fatos brutos” do mundo (enquanto espécie de conhecimento teórico) (MCINERNY, 1992, pp. 190-191).

Na visão de Finnis, o “Estado” (*the State*) corresponde ao sujeito, por excelência, de Direito Público: é o governo e seus órgãos. Neste sentido, o Estado se diferencia do “estado” (*state*), que corresponde à comunidade política (*communitas politica*) existente ao lado de outros estados em uma ordem internacional (como o equivalente moderno da *polis* aristotélica e da *civitas* aquiniana) (FINNIS, 1998, p. 219; FINNIS, 2013, p. 518). Percebe-se, portanto, que a ideia de autoridade está ligada à figura do Estado (ou governo). Logo, será analisando os limites do Estado que encontraremos uma concepção finnisiana de liberdade individual.

O objetivo central do Estado, na interpretação finnisiana de Aquino, corresponde à proteção do *bem público* (*bonum publicum*). O bem público é o *bem comum de natureza política*: em síntese, corresponde à garantia da paz e da justiça, compreendidas enquanto bens e virtudes direcionadas para as relações interpessoais (FINNIS, 1998, p. 226)¹⁰¹

É possível extrair da concepção finnisiana de bem público três consequências importantes. A primeira é a de que aqueles atos e disposições de vontade que não tenham qualquer relação, direta ou indireta, com a garantia da paz e justiça em relações interpessoais não devem ser objeto de preocupação por parte do Estado ou do Direito (FINNIS, 1998, p. 228). Na prática, isso equivale a uma posição muito semelhante àquela sugerida por John Stuart Mill, correspondente ao chamado *princípio do dano* (*harm principle*): “o Estado não tem direito de usar coerção direta ou indiretamente para desencorajar a conduta que não seja danosa [*harmful*] a outras pessoas além daquelas que consentiram em engajá-la” (FINNIS, 2011d, p. 48, tradução livre)¹⁰².

¹⁰¹ Interpretando Aquino, Finnis sugere que o Direito, enquanto lei humana, tem como objeto apenas a *comunidade civil*, tomando por base apenas as relações interpessoais. Sendo assim, de forma distinta da lei divina (orientada para a virtude interna de cada um), o Direito só pode ter por objeto atos *externos* do indivíduo, enquanto questão de justiça ou injustiça. Isso significa que a lei da comunidade política não pode regular todas as escolhas exigidas pela razoabilidade prática, mas apenas aquelas que se manifestam externamente, no contato e em relação com terceiros (FINNIS, 1998, pp. 224-225). Daí decorre a ideia de que o bem comum da comunidade política é limitado: “Aquinas’ clearest name for this limited common good, specific to the political community, is public good {*bonum publicum*}. It is distinct from the private good of individuals and the private common good of families and households, even though the political community (in Aquinas’ most usual account) is comprised precisely of individuals and families. As the public good, the elements of the specifically political common good are not all-round virtue but goods (and virtues) which are intrinsically interpersonal, other-directed {*ad alterum*}, person to person {*hominum ad invicem*}: justice and peace” (FINNIS, 1998, pp. 226-227).

¹⁰² “Still, even when all that is taken into account, Aquinas’ position remains firmly outlined (though in its key terms susceptible of various interpretations or applications): those vices of disposition and conduct which have no significant relationship, direct or indirect, to justice and peace are not the concern of the state government or law. The position is not readily distinguishable from the ‘grand simple principle’ (itself open to interpretation and diverse applications) of John Stuart Mill’s *On Liberty*” (FINNIS, 1998, p. 228). Este ponto também é lembrado por Christopher Tollefsen (TOLLEFSEN, 2013, p. 206).

A segunda consequência corresponde à adoção, por parte de Finnis, de um tipo muito específico de *perfeccionismo*. Em síntese, o perfeccionismo é uma teoria política que sustenta que o Estado não pode ser neutro com relação ao que considera serem formas valiosas de vida. O Estado não deve excluir de suas deliberações considerações sobre o bem de seus cidadãos – ele deve escolher quais modelos de vida serão promovidos ou desencorajados, conduzindo os indivíduos para uma vida próspera e virtuosa (TOLLEFSEN, 2013, p. 204)¹⁰³. Isso faz com que o Estado esteja legitimado a assumir posturas *paternalistas*: visando o que considera ser o bem dos indivíduos, ele poderá adotar legislações restritivas com relação, por exemplo, ao uso de drogas ou à pornografia. O perfeccionismo se contrapõe ao anti-perfeccionismo, que é associado a algumas formas de liberalismo que aceitam o que Finnis compreende como o *princípio da neutralidade*, que afirma que o Estado deve assumir uma postura neutra com relação a diferentes concepções sobre o que é bom ou valioso para os indivíduos (FINNIS, 2011d, p. 48). Ocorre que, se para Finnis o Estado deve se preocupar apenas com a garantia da paz e justiça, não pode ter como objetivo tornar as pessoas “integralmente boas”, como uma forma “pura” de paternalismo poderia sugerir¹⁰⁴. Não é sem razão que Finnis possui uma concepção distinta de outros jusnaturalistas, como é o caso de Robert George¹⁰⁵. Os limites do perfeccionismo finnisiano, como sugiro mais adiante, envolvem uma questão de *princípio*.

¹⁰³ “Perfectionism as a political theory holds that the state should not be neutral about worthwhile forms of life, nor should it exclude moral ideals, or considerations about the good from deliberation about legislation or constitutional essentials. Rather, in making decisions about what activities and forms of life to protect, promote, discourage, or exclude, the state may, and sometimes must, take into account the moral worth of those activities and forms of life, and the ways in which they may, or may not, conduce to a flourishing life” (TOLLEFSEN, 2013, p. 204).

¹⁰⁴ De acordo com Finnis em seu texto ‘Public Reason’ and Moral Debate (2011b, pp. 256-276), esta é uma das características do pensamento político clássico, como exposto por Tomás de Aquino: “The proper function of the state’s law and government is limited. In particular, its role is not (as Aristotle had supposed) to make people integrally good but only to maintain peace and justice in interpersonal relationships. In this respect, the public realm, the *res publica*, is different from certain other associations such as family and church, associations which, albeit with limited means, can properly aspire to bring it about that their members become integrally good people. (...) The deliberations of the political community as such – that is, of its rulers, including voters, as such – proceed in the appropriate way only if they are concerned to determine those requirements of justice and peace which Aquinas regularly names ‘public good’” (FINNIS, 2011b, p. 258).

¹⁰⁵ Em seu livro *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality* (GEORGE, 1993), Robert George defende que se existem boas razões pelas quais um ato é considerado imoral, estas mesmas razões também podem sustentar a *proibição jurídica* do ato, legitimando o Estado na proteção da moralidade pública. Isso não significa que a razão jurídica sempre prevalecerá, pois há razões de *prudência* que justificam a tolerância de algumas transgressões morais: “I shall argue that someone who has good reasons to believe that a certain act is immoral may support the legal prohibition of that act for the sake of protecting public morals without necessarily violating a norm of justice or political morality. That does not mean, however, that such a person ought always (or ever) to support the legal prohibition of the act in question. There are often compelling reasons for legally tolerating moral wrongdoing; there reasons are, however, prudential” (GEORGE, 1993, p. viii). As razões de prudência, no caso, visam garantir o livre-arbítrio dos indivíduos e evitar vícios como o conformismo, a servidão e a obediência irracional, que seriam causas de esforços excessivamente agressivos

A terceira consequência corresponde ao caráter limitado, subsidiário ou “instrumental” da concepção finnisiana de bem comum da comunidade política (i.e., o *bem público*). Esta limitação fica clara no texto *Limited Government* (FINNIS, 2011d, pp. 83-106). Nele, Finnis sustenta que, além das normas constitucionais e morais que limitam a deliberação e escolha de qualquer pessoa “decente” (e da própria autoridade), existem *limites inerentes* aos propósitos, objetivos e racionalidade do bem público (FINNIS, 2011d, p. 87)¹⁰⁶. Nunca é demais ressaltar que o bem comum que está sendo tratado aqui é o bem comum *político* ou bem público – cujo objetivo, como visto, está diretamente relacionado à garantia da paz e da justiça em relações interpessoais. O bem comum presente em outras formas de comunidade, como a amizade, a família e a religião, não pode ser visto adequadamente como algo instrumental, e sim como bem comum intrinsecamente valioso¹⁰⁷.

no combate de alguns vícios: “*Thus any tightly disciplinary regime of law, even if it succeeds in producing outward conformity to moral rules, will tend, as a result of overly aggressive efforts to combat some vices, to create a milieu in which other vices flourish. Wise legislators whose goal is to encourage true moral goodness, and not merely the outward behavior that mimics true virtue, will therefore seek to secure and maintain a moral ecology that is inhospitable not only to such vices as pornography, prostitution, and drug abuse, but also to the vices of moral infantilism, conformism, servility, mindless obedience to authority, and hypocrisy*” (GEORGE, 1993, pp. 42-43).

¹⁰⁶ “*The government of political communities is rationally limited not only by constitutional law and by moral norms which limit every decent person’s deliberation and choice, but also by the inherent limits of its general justifying aim, purpose, or rationale. As Strauss observed in the passage I have recalled, that rationale is the common good of the political community. And that common good, as he did not observe, is (I shall argue) not basic, intrinsic or constitutive, but rather, instrumental*” (FINNIS, 2011d, p. 87)

¹⁰⁷ Certamente, a ideia de “instrumentalidade” do bem público causa surpresa em outros jusnaturalistas, o que gerou debates que extrapolam os limites do presente trabalho. Neste sentido, sugiro as críticas formuladas por John Goyette no texto *On the Transcendence of the Political Common Good: Aquinas versus the New Natural Law Theory* (2013) à interpretação finnisiana do conceito de bem comum em Tomás de Aquino. Robert George, com relação à natureza instrumental do bem público, endossa a interpretação finnisiana (GEORGE, 2013a; GEORGE, 2013b) – sendo criticado por Michael Hannon no texto *Man the Political Animal: On the Intrinsic Goodness of Political Community* (HANNON, 2013). Partindo de Aristóteles, Hannon sustenta que “*in the classical view government isn’t a structure set up after the fact to help citizens pursue other intrinsically valuable activities, but is itself one of the many intrinsically valuable activities that people engage in*” (HANNON, 2013). Em resposta, George afirma que a natureza do bem comum da comunidade política só pode ser identificada à luz do conjunto de razões que as pessoas têm para formar e manter esta comunidade, e nossa experiência demonstra que as razões que mantêm comunidades políticas não são independentes de outros fins. Neste sentido, a comunidade política seria “instrumental” frente às necessidades de comunidades como a família e a religião: “*The reason we need political communities is not that the political community is valuable quite apart from the many profoundly important ends to which it is a valuable and often even indispensable means; it is, rather, because families and other institutions of civil society are not self-sufficient. They cannot by themselves accomplish all that needs to be accomplished for their own flourishing and the flourishing of their members. At a certain level, they require assistance. What they cannot do, yet needs doing, must in some cases be done by political authority – and that is why political authority exists and is justified*” (GEORGE, 2013b). Atualmente, o próprio Finnis prefere a adoção do vocábulo “subsidiário”, considerando as diferentes acepções presentes na expressão “instrumental” – até porque a justiça e a garantia da paz por parte do Estado não podem ser caracterizadas, propriamente, como “instrumentos” (FINNIS, 2013, pp. 510-515).

Todos estes pontos ficam evidentes quando consideramos questões práticas que são caras para John Finnis, notadamente a homossexualidade¹⁰⁸.

A concepção finnisiana de sexualidade gravita em torno de sua visão sobre o *casamento*, que para Finnis constitui um bem humano básico. O casamento é definido por Finnis em seu artigo *Marriage: A Basic and Exigent Good* (FINNIS, 2011d, pp. 317-333). Trata-se de um bem com propósito duplo: a *procriação* (ou cuidado com a prole) e a *amizade entre os cônjuges*. Unidas, estas características transformam o casamento em algo tão básico e constitutivo da realização humana, a ponto de ser considerado um bem intrinsecamente valioso (FINNIS, 2011d, p. 318).

A procriação efetiva, entretanto, não é considerada por Finnis como uma consequência inexorável do casamento. Ela é vista como uma *função* que opera através da união entre os órgãos reprodutivos do homem e da mulher, unindo-os “biologicamente”. Esta realidade biológica não é um simples instrumento, mas parte da realidade *pessoal* de cada indivíduo (FINNIS, 2011d, p. 340). Logo, o mais importante não está na geração de filhos, mas sim na prática de atos de tipo reprodutivo entre um homem e uma mulher – o que Finnis denomina *união biológica* (FINNIS, 2011d, p. 340)¹⁰⁹. É possível imaginar, desde logo, o impacto que a ideia de união biológica exercerá na compreensão que Finnis tem sobre o sexo e a binariedade macho/fêmea, o que analisarei adiante.

Seja como for, o fato é que outros tipos de união, para além da existente entre um homem e uma mulher, serão considerados por Finnis como formas de “instrumentalização” das pessoas envolvidas. O sexo entre duas mulheres ou dois homens seria, por exemplo, semelhante à cópula entre homens e animais – dissociada, portanto, da expressão de um bem comum inteligível e tratando de forma animalesca a vida corpórea humana (FINNIS, 2011d, p. 343). O mesmo se passa com outras formas de manifestação da sexualidade, que não a união biológica propriamente dita, como no caso da masturbação ou do sexo oral. Em síntese, práticas sexuais fora do padrão “procriativo” implicam na instrumentalização dos corpos, afrontando o bem básico do casamento e, conseqüentemente, desrespeitando a sétima

¹⁰⁸ Abordei amplamente o tema em meu livro *Casamento Entre Indivíduos do Mesmo Sexo: Uma Questão Conceitual, Moral e Política* (LAGO, 2016). Ainda assim, considerando o tema do presente trabalho, é importante revisitar algumas das ideias fundamentais que lá desenvolvo, notadamente a concepção finnisiana da sexualidade humana.

¹⁰⁹ “*Biological union between humans is the inseminatory union of male genital organ with female genital organ; in most circumstances it does not result in generation, but it is the behavior that unites biologically because it is the behavior which, as behavior, is suitable for generation*” (FINNIS, 2011d, p. 340).

exigência da razoabilidade prática (i.e., respeitar cada valor ou bem humano básico em nossas condutas)¹¹⁰.

Finnis entende, ainda, que o outro propósito do casamento (i.e., a amizade entre os cônjuges¹¹¹) é impossível entre casais homossexuais. Neste sentido, Finnis não levanta apenas argumentos filosóficos, mas também argumentos empíricos que tornariam implausível a defesa do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Imagina, por exemplo, que o “caso central” do “casamento” entre dois homens não seria nada além do que um “*encontro anônimo em uma sauna, visando sua repetição em outro cubículo na mesma noite*” (FINNIS, 2011d, p. 381, tradução livre)¹¹².

Todos estes pontos demonstram que, para Finnis, a homossexualidade corresponde a uma prática *imoral*. Entretanto, disso não se segue que ela deva ser criminalizada. Em seu texto *Law, Morality and ‘Sexual Orientation’* (FINNIS, 2011d, pp. 334-352), Finnis defende o que denomina *posição moderna padrão* (*standard modern position*). Esta posição sustenta que o Estado não pode transformar em ofensas puníveis os atos sexuais considerados imorais (como seria o caso da homossexualidade) quando praticados consensualmente por adultos e em ambiente privado. Por outro lado, afirma que o Estado tem autoridade para adotar medidas e políticas que discriminem as condutas heterossexual e homossexual, desencorajando esta última (FINNIS, 2011d, p. 334). A justificativa apresentada por Finnis para esta “discriminação” está no dever do Estado de zelar pelo meio público no qual crianças, adolescentes e adultos aspiram por uma vida moralmente boa e íntegra, enquanto seres autônomos, ao invés de meros “escravos do impulso e da gratificação sexual” (FINNIS, 2011d, p. 335). A

¹¹⁰ É curioso notar que Finnis deixa de analisar o caso das relações incestuosas (e.g., entre irmã e irmão), muito embora tais relações possam preencher os requisitos da união biológica e amizade conjugal. Ainda assim, condena veementemente a prática e sugere até mesmo intervenção internacional em países ou culturas que venham a tolerar o incesto: “*A legally tolerated practice of infanticide or incest might reasonably, in appropriate circumstances (now perhaps rare), be grounds for international intervention and regime change (even, perhaps, by force)*” (FINNIS, 2011d, p. 8).

¹¹¹ Para Finnis, a amizade entre os cônjuges (*fides*) não se limita à “fidelidade negativa”, de se “evitar a traição”. A amizade conjugal visa uma fidelidade *positiva*, entendida como uma razão para a ação, para o suporte mútuo e compartilhamento de uma vida em comum em um lar (FINNIS, 2011d, p. 321).

¹¹² “*Only a small proportion of men who live as ‘gays’ seriously attempt anything even resembling marriage as a permanent commitment. Only a tiny proportion seriously attempt marital fidelity, the commitment to exclusiveness; the proportion who find that the attempt makes sense, in view of the other aspects of their ‘gay identity’, is even tinier. Thus, even at the level of behaviour – i.e. even leaving aside its inherent sterility – gay ‘marriage’, precisely because it excludes or makes no sense of a commitment utterly central to marriage, is a sham. (...) [S]ame sex partner cannot engage in acts of the reproductive kind, i.e. in marital sexual intercourse. For them the permanent, exclusive commitment of marriage – in which bodily union in such acts is the biological actuation of the multi-level (bodily, emotional, intellectual, and volitional) marital relationship – is inexplicable. Of course, two, three, four, five or any number of persons of the same sex can band together to raise a child or children. That may, in some circumstances, be a praiseworthy commitment. It has nothing to do with marriage*” (FINNIS, 2011d, pp. 384; 386).

posição moderna padrão ressalta, claramente, que os limites da atuação do Estado na promoção do bem público não podem ultrapassar os atos consensuais e privados.

Posição semelhante é adotada por Finnis quando trata da questão da pornografia. Em seus artigos *Reason, Passions and Free Speech* (2011b, pp. 277-297) e *Pornography* (2011b, pp. 312-324), Finnis sustenta que o papel do Estado ao proscrever criminal e administrativamente a pornografia não tem como fundamento o fato de que a obscenidade choca ou ofende, mas sim que ela tende a corromper e depravar os indivíduos (FINNIS, 2011b, p. 318). Sendo assim, quando levamos em consideração a posição moderna padrão, percebemos que o problema não está na pornografia em si, mas sim na sua publicidade e circulação. Neste sentido, Christopher Tollefsen sugere que casais ou grupos de pessoas adultas e capazes que filmem suas peripécias sexuais não estão cometendo qualquer tipo de crime ou conduta que justifique a intervenção estatal. As filmagens, entretanto, deverão ficar restritas ao âmbito privado e ao uso daqueles que delas participaram (TOLLEFSEN, 2013, p. 215)¹¹³.

Disso decorre que, muito embora não possa se imiscuir no âmbito privado dos cidadãos, o Estado deve, legitimamente, *discriminar* (i.e., distinguir) publicamente formas boas e más de vida e zelar por um ambiente moralmente adequado para os cidadãos¹¹⁴ – particularmente no que diz respeito à formação de menores. Neste sentido, Finnis vê crianças e adolescentes como um grupo especialmente vulnerável em questões de moralidade sexual, sugerindo a atuação do Estado para impedir, inclusive coercitivamente, o ensino em escolas e agências públicas de que o sexo não-marital possa ser racional¹¹⁵. Não é sem razão que

¹¹³ “But an agent who, say, manufactured and consumed his own pornography in private would, while doing great harm to himself (including harm to his autonomy), be posing no threat to the attempts of others to lead upright lives. He would pose, in other words, no interpersonal threat. And this would be true even if the one person became two, manufacturing and consuming their pornography together, for they would pose no threat to those trying to lead upright lives. Even where multiple agents are engaged in consensual but immoral activities, so long as those activities are walled off from the rest of society’s attempts at flourishing they are not, in the relevant sense, interpersonal – these mutually consenting agents do each other no injustice. At the same time, the agent or agents engaged in truly consensual and private vice should be assumed to be self-sufficient as regards the respect in which they are suffering harm; what is required for them to turn towards human flourishing bears upon their own choices” (TOLLEFSEN, 2013, p. 215).

¹¹⁴ “Many of these laws, regulations, and policies discriminate (that is, distinguish) between heterosexual and homosexual conduct adversely to the latter” (FINNIS, 2011d, p. 334).

¹¹⁵ Além dos textos específicos sobre casamento e moralidade sexual, esta posição fica clara no texto *A Grand Tour of Legal Theory*, originalmente publicado em 2002 e no qual Finnis sustenta que, em tais circunstâncias, “Aristóteles estava correto”: “It follows that a very important part of the education of children is fitting them, emotionally and intellectually, for authentic marriage or, if their vocational choices or other circumstances of their life prevent them from marrying, for respect for the good of marriage by withholding their consent or approval from non-marital sex acts. (...) It is a fundamental responsibility of the state’s government and law – here Aristotle was correct – to afford them its assistance, by coercively prohibiting, for example, every kind of paedophilia, any kind of publication or distribution of pornography to children, any teaching by public

Finnis critica o *Equality Act* inglês de 2010, em seu texto *Equality and Differences* (FINNIS, 2011g), sustentado que este dispositivo, ao condenar diferentes formas de discriminação, teria como efeitos laterais a intrusão indevida do Estado em direitos de ordem privada, como a liberdade de associação, de religião e consciência e, particularmente, a liberdade dos pais em educar seus filhos em direção a boas formas de vida¹¹⁶.

Estes argumentos ressaltam que, para Finnis, a homossexualidade e outras formas de “perversão sexual” são *danosas* às famílias e à coletividade em geral. Daí a importância do Estado em, publicamente, *desencorajar* tais condutas, promovendo o bem do casamento heterossexual e da família nuclear (pai, mãe e filhos). Esta atuação estaria dentro dos limites estabelecidos pelo *bem público* – a promoção de um ambiente adequado para a formação de crianças e adolescentes, em atenção ao bem humano básico do casamento, se transforma em uma questão de justiça. Defenderei adiante que esta é uma concepção equivocada, na medida em que nossa sexualidade pode ser valiosa mesmo quando não corresponda à união biológica.

Do ponto de vista filosófico, as grandes questões que podem ser levantadas para a “posição moderna padrão” defendida por Finnis são duas. Em primeiro lugar, quais são os limites da *privacidade* do ato consensual? O que fazer, por exemplo, se o ato se tornar notório, talvez no interesse dos próprios participantes (ARONEY; MILLER, 2010, p. 24)? Exemplificando, qual a posição de Finnis com relação às manifestações públicas de afeto entre homossexuais, ou mesmo a realização das “Paradas Gays”? Em segundo lugar, o que fundamentaria esta limitação do bem público e, conseqüentemente, da atuação estatal? O que impede, enquanto *princípio*, que o Estado se intrometa na vida privada dos cidadãos?

As respostas para tais questões não aparecem de forma tão clara na teoria finnisiana. Entendo que, com relação à privacidade, os seus limites são os mais restritos possíveis. Isso significa que Finnis, se seguir à risca sua teoria, não vê nenhum problema em proibir manifestações públicas de afeto entre lésbicas ou gays, ou proibir a realização de Paradas Gays,

employees or agencies that non-marital (for example, homosexual) sex can be reasonable, and any maintenance of places of resort arranged for non-marital sex, places whose public and deliberate availability for that purpose would suggest to children that such activities are approvable” (FINNIS, 2011e, p. 137).

¹¹⁶ Finnis entende que o *Equality Act* exige que pais dispostos a, conjuntamente, empregar professores para a educação privada de seus filhos estejam abertos a contratar indivíduos que vivam formas de vida que considerem sexualmente imorais e perniciosas – o que corresponderia a uma interferência opressiva do Estado em seus direitos de livre associação (FINNIS, 2011g, p. 20). Se não bastasse, a aplicação da norma nestes casos também seria desproporcional, pois haveria uma vasta oportunidade de emprego aos indivíduos protegidos pela lei em lugares alternativos (FINNIS, 2011g, p. 20-21). Desse modo, por exemplo, um professor homossexual que fosse rejeitado ou demitido por uma escola católica não sofreria maiores prejuízos, já que poderia lecionar em outras instituições.

ou até mesmo impedir que professores tratem de questões referentes à “liberdade sexual” em sala de aula (FINNIS, 2011e, p. 137). As razões seriam as mesmas pelas quais Finnis entende que devemos proibir a circulação e venda de pornografia¹¹⁷. O Estado pode proibir tudo aquilo que, sendo imoral e ofensivo a bens básicos (notadamente o casamento), alcance a esfera pública¹¹⁸. O fundamento é a proteção do bem público, do ambiente moral adequado para que todos os cidadãos, principalmente crianças e adolescentes, sejam capazes de alcançar a virtude. Trata-se, como sugere Brian Coleman, de uma concepção similar à política do “*don’t ask, don’t tell*”, famosa no governo Clinton, que impedia indivíduos abertamente homossexuais de servirem as forças armadas americanas (COLEMAN, 2006, p. 15)¹¹⁹.

E qual seria o princípio ou valor que limitaria o Estado apenas à proteção do bem público? Acredito que o valor em questão seja a *autenticidade*, que Finnis distingue da ideia de autonomia. Na visão de Finnis, resguardando-se em sua interpretação de Kant no texto *Duties to Oneself in Kant* (FINNIS, 2011d, pp. 47-71), o indivíduo só age de forma verda-

¹¹⁷ Além de corromper e depravar indivíduos, a pornografia é marcada pela *obscenidade*, e neste sentido não poderia ser confundida com a arte. Embora a arte e a obscenidade se encontrem no campo das emoções, apenas a primeira merece proteção. A obscenidade, pura e simples, não envolve nada além da “exploração de estimulantes sensoriais gratificantes” (*exploitation of gratifying sensory stimulants*), ao passo que a arte seria capaz de expressar sentimentos de forma simbólica (FINNIS, 2011b, p. 287).

¹¹⁸ É curioso ressaltar que, na visão de Finnis, uma distinção pura e simples entre os âmbitos público e privado não é possível, porque as motivações e razões de cada indivíduo em suas ações públicas são informadas por seus desejos e inclinações mais básicas, como sugere Brian Coleman em seu trabalho *On the Stephen Macedo and John Finnis Exchange: Natural Law, Liberalism, and Homosexuality: A Critical Assessment* (2006, p. 22). Não poderia ser de outra forma, considerando que o próprio Finnis critica duramente a ideia de que alguma “razão pública” possa ser concebida externamente, de forma independente do que os próprios indivíduos julgam como correto. É neste sentido que dirige duras críticas ao princípio da legitimidade de John Rawls. No texto ‘*Public Reason*’ and Moral Debate (2011b), Finnis afirma que: “*The whole point of the principle of legitimacy is to rule out as illegitimate, in certain context, certain principles and ideals and in general theses, even though they are or may well be true – that is, to rule them out on grounds completely distinct from their falsity, or their unreasonableness judged ‘comprehensively’*” (FINNIS, 2011b, p. 259). Mais adiante, no mesmo texto, prossegue: “*Moreover, the legitimacy principle, as stated and understood by Rawls, is itself (I shall argue) illegitimate, uncivil, and unreasonable. It is illegitimate because it censors truthful and reasonable public discourse and – worse – prohibits individual resort to correct principles and criteria of practical judgment, in relation to fundamental political questions, without any coherent, principled reason for the prohibition. It is unreasonable because it restricts public deliberation and individual public action precisely on those matters where it is most important to be correct, that is, where people’s fundamental human rights are at stake*” (FINNIS, 2011b, p. 263).

¹¹⁹ A maneira com que Brian Coleman conclui seu raciocínio sobre esta questão é muito elucidativa: “*What is tolerated in private is not necessarily, in turn, tolerated or endorsed in public. There is a consistent principle involved here, according to Finnis, and it rests upon the duty and role of government. The role of the state, or political authority, is limited in its attempts to foster the conditions for human flourishing. The private by its nature is hidden, and to a certain degree must be kept so to retain the integrity and aim of the political authority. It is overreaching and harmful for the government to be involved in punishing vice through paternalistic policy. Yet the actions of individuals, even when hidden and tolerated, are not granted equal consideration by the political community. Those corrupt acts must not be treated as acceptable, even in the context of being “private” and out of the scope of scrutiny. That is, it is not simply a matter between consenting adults. Don’t ask, don’t tell really requires a literal silence on the part of the participants*” (COLEMAN, 2006, p. 32).

deiramente autônoma quando respeita as exigências da moralidade, e não apenas seus interesses¹²⁰. Já a autenticidade está relacionada à condição necessária para que cada pessoa possa alcançar a perfeição: de que o indivíduo assumiu compromissos e obrigações para consigo de acordo com sua própria concepção de dever (FINNIS, 2011d, p. 67)¹²¹. Pode-se afirmar que a autenticidade está diretamente ligada à nona exigência da razoabilidade prática: de que devemos agir de acordo com nossa própria consciência (FINNIS, 2011a, p. 125). Não é sem razão que o valor da autenticidade, aliado à nona exigência da razoabilidade prática, fornece um elemento imprescindível para a compreensão da dignidade humana na obra de Finnis¹²².

O respeito à autenticidade dos indivíduos corresponde, portanto, a uma exigência do Direito Natural. Como fica evidente no próximo capítulo, a ideia finnisiana de autenticidade não é muito diferente da ideia de independência ética defendida por Ronald Dworkin. Por hora, o importante é perceber que a autenticidade é incompatível com a coerção, algo que Finnis deixa especialmente claro quando trata da liberdade religiosa. Analisando a declaração *Dignitatis Humanae* do Segundo Concílio do Vaticano em seu texto *Religion and State* (FINNIS, 2011f, pp. 80-102), Finnis afirma que os indivíduos e grupos devem ser *imunes* à coerção em matéria de liberdade religiosa. Este ponto já teria sido levado em consideração por Tomás de Aquino quando tornou clara, enquanto *princípio*, a ideia de que a jurisdição da autoridade política temporal tem por objeto apenas os atos externos e interpessoais – referentes à justiça e à paz social. Isso significa que as disposições internas dos indivíduos são *inacessíveis* às autoridades humanas, que atos “pessoais” de auto-disposição (*personal acts of self-disposition*) estão além da jurisdição do Estado, e que as questões de fé e de culto, embora sejam um dever de todos, pertencem a cada indivíduo em particular (FINNIS, 2011f, p. 93)¹²³.

¹²⁰ “In short, one has autonomy just insofar as one does in fact make one’s choices, not on the basis of one’s interests, but out of respect for demands of morality” (FINNIS, 2011d, p. 56).

¹²¹ “We can agree that the necessary condition for human perfection is indeed authenticity: that one has adopted one’s commitments in accordance with one’s own conception of duty” (FINNIS, 2011d, p. 67).

¹²² “The dignity of even the mistaken conscience is what is expressed in the ninth requirement. It flows from the fact that practical reasonableness is not simply a mechanism for producing correct judgments, but an aspect of personal full-being, to be respected (like all the other aspects) in every act as well as ‘over-all’ – whatever the consequences” (FINNIS, 2011a, p. 126).

¹²³ “Aquinas himself is very clear (at the level of principle) that the coercive jurisdiction of temporal political authority extends only to external and interpersonal acts – acts which implicate the community’s peace and justice. Though external acts are of course, as Aquinas explains better than anyone, behavior shaped by and putting into action the internal acts which we call intending and choosing, Aquinas is firm in his assertion, if not altogether clear in his explanation, of several points. First: internal acts as such are inaccessible to human authorities; main texts of his on this point were in the footnotes to *Dignitatis Humanae*’s first argument for the

Logo, a autenticidade, protegida através da imunidade que as disposições individuais internas gozam frente à coerção, seria ofendida se o Estado criminalizasse condutas *privadas* com base em uma determinada concepção de bem individual (não importando aqui se esta concepção de bem é correta ou não). Isso não se confunde com a promoção ou desencorajamento de determinadas condutas, enquanto uma questão de ordem pública. Assim, o Estado estaria *errado* se criminalizasse a homossexualidade visando a virtude de lésbicas e gays, muito embora deva desencorajar sua prática, afirmando o bem do casamento na educação de crianças e adolescentes, não reconhecendo uniões homossexuais, impedindo a adoção por lésbicas e gays, dentre outros. É por isso que, para Finnis, o fato de se considerar injusta a criminalização de certas condutas não envolve o reconhecimento de que tais condutas tenham algum valor ou devam ser promovidas pelo Estado (FINNIS, 2011d, p. 94)¹²⁴.

2. SEXO E GÊNERO NA CONCEPÇÃO JUSNATURALISTA DE CHRISTOPHER TOLLEFSEN

Apenas recentemente as questões atinentes às pessoas transgêneras passaram a ocupar um espaço na agenda de alguns autores do Direito Natural contemporâneo. Analiso, neste sentido, dois textos de Christopher Tollefsen que versam sobre identidade sexual e de gê-

immunity of religious acts, in all drafts including the last. Second: 'personal' acts of self-disposition such as whether and whom to marry, or whether to make a religious vow, are quite beyond the jurisdiction of state government and law. Third, things like 'matters of faith and divine worship, and similar matters', even though everyone ought to do them in the same way and everyone benefits from their being done, nevertheless 'do not consist in community and pertain to each individual person in himself [ad unum aliquem pertinet secundum seipsum]' (FINNIS, 2011f, pp 93-94). Nunca é demais ressaltar que, para Finnis, a mencionada liberdade para se escolher com quem casar, ainda assim, deve atentar para as especificidades do bem humano básico do casamento – notadamente a diferença entre gêneros.

¹²⁴ *"There was a sound and important distinction of principle which the Supreme Court of the United States overlooked in moving from Griswold v Connecticut 381 US 479 (1965) (use of contraceptives by spouses) to Eisenstadt v Baird 405 US 438 (1970) (public distribution of contraceptives to unmarried people). The truth and relevance of that distinction would be overlooked again if laws criminalizing private acts of sodomy between adults were to be struck down by the Court on any ground which would also constitutionally require the law to tolerate the advertising or marketing of homosexual services, the maintenance of places of resort for homosexual activity, or the promotion of homosexual 'lifestyles' via education and public media of communication, or to recognize homosexual 'marriages' or permit the adoption of children by homosexually active people, and so forth"* (FINNIS, 2011d, p. 94).

nero, publicados na revista eletrônica *The Public Discourse*, mantida por Ryan T. Anderson¹²⁵. A visão de Tollefsen é relevante porque versa especificamente sobre questões envolvendo sexo e gênero, aplicando a teoria finnisiana sobre nossa sexualidade e o papel e limites do Estado na promoção de um ambiente moral adequado aos cidadãos – teoria que é expressamente endossada por Tollefsen. Como se verá adiante, Tollefsen sustenta claramente uma “posição conservadora” sobre o tema – sem cair no teologismo típico de algumas posições assumidas no Brasil, de que “Deus fez o homem e a mulher”, ou no determinismo biológico puro e simples de que “só existe macho e fêmea”.

Dito isso, o que Tollefsen teria a nos dizer sobre sexo e gênero? Seguindo sua ordem de raciocínio, devemos começar pelo sexo. No texto *Sex Identity* (TOLLEFSEN, 2015b), Tollefsen argumenta que somos animais com uma identidade sexuada: a função reprodutiva em seres humanos se distribui apenas entre dois sexos, considerando as duas estruturas gerais e os dois padrões comportamentais que estão envolvidos na reprodução humana¹²⁶. Os raros casos de ambiguidade sexual (intersexualidade) não são o bastante para se sustentar que, na realidade, existam mais de dois sexos ou que seria possível “mudar de sexo”, pois isso ignora o papel exercido pela ideia de casos centrais ou paradigmáticos no nosso raciocínio prático. A ideia de casos paradigmáticos, que encontra seus alicerces no pensamento aristotélico, se aplica no caso do sexo: é apenas com a chamada *união biológica* que seres humanos conseguem, tipicamente, reproduzir¹²⁷. Trata-se de uma realidade biológica que não pode ser alterada – sendo assim, toda e qualquer tentativa de alteração física, visando a mudança de sexo, está fadada ao fracasso. Na medida em que o pênis e a vagina seriam órgãos que encontram sua razão de ser em um contexto biológico amplo, a mera construção de uma vagina

¹²⁵ Esta revista, vinculada ao *Witherspoon Institute*, contém inúmeros textos de autores considerados “conservadores”, com destaque para Robert George e o próprio John Finnis. Disponível em: <<http://www.thepublicdiscourse.com/>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

¹²⁶ “Our identity as animal organisms is the foundation of our existence as selves. But fundamental to our existence as this animal is our sex. We are male or female organisms in virtue of having a root capacity for reproductive function, even when that capacity is immature or damaged. In human beings, as is the case with many other organisms, that function is one to be performed jointly with another human being; unlike the digestive function, no individual human being suffices for its performance” (TOLLEFSEN, 2015b).

¹²⁷ “There are paradigm cases in the natural world also, as well as entities that decline from the paradigm. Organisms, for example, come in ones: that is part of the nature of what it is to be an organism, what it is to be an organism in the paradigm case. But the Hensel twins, possessing two arms and two legs but also two heads between them, are neither precisely one nor two. This case does not refute the claim about organisms coming in ones; neither, I conclude, do the varieties of sex-ambiguity refute the claim that in the central case of biological existence for members of our species, the organisms – and hence we – are either male or female” (TOLLEFSEN, 2015b). A ideia de casos centrais e periféricos é oriunda, segundo Finnis, do pensamento aristotélico. Finnis elabora esta concepção e a aplica no caso do conceito de Direito, como se observa no primeiro capítulo de sua obra *Natural Law and Natural Rights* (FINNIS, 2011a, pp. 9-11).

em alguém que, biologicamente, é do sexo masculino, não seria o bastante para se recriar nossa realidade como indivíduos que possuem uma capacidade reprodutiva corporalmente enraizada¹²⁸. Antes o contrário: tentar alterar esta realidade corresponde a uma *mutação corporal*, destruindo um órgão reprodutivo funcional, o que também é moralmente ofensivo na medida em que impede o indivíduo de realizar os atos necessários para a participação no bem humano básico do casamento¹²⁹. Em síntese, as cirurgias de transgenitalização impedem que um homem e uma mulher se unam biologicamente, e impossibilitam, de forma deliberada, a participação no bem básico do casamento e a constituição de uma família. Consequentemente, este ato corresponde a uma ofensa à sétima exigência da razoabilidade prática, já mencionada.

O que se tem é que, para esta concepção da sexualidade humana, as intervenções clínicas para a chamada “mudança de sexo” correspondem a uma tentativa infrutífera de alterar algo que é intrínseco à nossa realidade corpórea¹³⁰. É justamente porque somos seres de reprodução sexuada que a própria divisão social dos gêneros faz sentido. Como afirma

¹²⁸ “It is possible, as it turns out, to transplant a penis in a man so that it becomes truly part of his biological life. The situation is relevantly similar to that of a heart transplant. The organ is integrated into a biological matrix that is fundamentally oriented towards that organ’s presence. But no transplant, much less any reconstructive plastic surgery, can integrate a male sex organ into the biological life of a being whose root capacities are female, or vice versa” (TOLLEFSEN, 2015b).

¹²⁹ “If sex is to be understood in the way I have suggested, then it follows that every surgical attempt to change sex must involve a mutilation of the bodily capacity that identifies one’s true sex (such attempts must be distinguished, of course, from attempts to repair a damaged sexual capacity, and from attempts to resolve sex ambiguity). Moreover, since sexual capacity is what in turn capacitates us for marriage, understood as a one-flesh union, there is a further mutilation involved, insofar as such surgery incapacitates one from performance of an act necessary for the realization of the basic good of marriage. Since it is unreasonable to mutilate oneself or close oneself off from a basic good, attempts to change sex are unreasonable” (TOLLEFSEN, 2015b).

¹³⁰ Em seu texto *Personal Identity in Aquinas and Shakespeare* (FINNIS, 2011c, pp. 36-68), Finnis parte de sua interpretação de Tomás de Aquino para ressaltar que a realidade material e corpórea de alguém corresponde ao fundamento de sua própria identidade enquanto pessoa. Em suas palavras: “In Aquina’s account, the foundation of one’s identity as an individual person is one’s material, bodily reality as this body, something which is both distinct from other bodies (human or non-human, animal or inanimate) and a subsisting thing in virtue of its physical, chemical, and biological unity and continuity as an organism” (FINNIS, 2011c, p. 39). E, especificamente sobre a questão do sexo, Finnis sustenta no texto *Law, Universality and Social Identity* (FINNIS, 2011c, pp. 100-121) a importância de se entender a complementaridade sexual como algo relevante não apenas para a nossa identidade pessoal, mas sobretudo para se compreender adequadamente a nossa natureza enquanto seres humanos: “Besides ‘the identity I have as the particular human being I have been since I was formed in my mother’s womb with all the radical capacities, and thus the nature, of a human person’, there is the identity I have as a male, not female. For we do not understand the category ‘human nature’ well unless we understand that in respect of the full range of capacities that define it, it cannot not be univocally predicated of anyone; rather, insofar as it includes capacities (especially of imagination and affect) which are generically different as between men and women, human nature is shared in according, I think, to a kind of analogy of proportionality, as between men and women. Neither sex is the paradigm, simpliciter, of human nature, which is only adequately understood across its full range of flourishing when the two sexes are understood in their complementarity” (FINNIS, 2011c, p. 105).

Tollefsen (2015b, tradução livre), “*somente machos podem ser pais de uma criança, e somente fêmeas podem ser mães; estes dois papéis funcionais são, como Charlotte Witt escreveu em A Metafísica do Gênero, ‘necessários para uma sociedade existir’*”. Isso não significa que, na visão jusnaturalista, sexo e gênero se confundam: para Tollefsen, seguindo o entendimento da feminista Charlotte Witt, o conteúdo dos diferentes papéis de gênero corresponde às diferentes normas que são socialmente aceitas e compartilhadas¹³¹. Logo, “ser mulher” ou “ser homem” em uma sociedade tribal indígena envolve um conjunto de expectativas sociais normativas distintas daquelas observáveis, por exemplo, na Suécia. Em outras palavras, diferentes sociedades compartilham concepções distintas de “mulher” ou “homem”. Ainda assim, na visão de Tollefsen e Witt, estes diferentes papéis refletem os papéis exercidos na função reprodutiva.

Quanto ao gênero, Christopher Tollefsen o aborda especificamente no seu texto *Gender Identity* (TOLLEFSEN, 2015a). Em síntese, o gênero de alguém corresponde ao conjunto de normas e expectativas sociais construído em torno dos papéis que os indivíduos podem ocupar na atividade reprodutiva. A divisão de gêneros, consequentemente, é relevante porque tais papéis são fundamentais para a existência da sociedade – enquanto não forem mediados por robôs e feitos em laboratórios, a divisão de gêneros se mantém¹³². Sendo assim, a pessoa transgênera assumiria uma “máscara” que comunica uma ideia falsa a respeito de sua realidade corpórea. Para chegar a esta conclusão, Tollefsen se vale da concepção

¹³¹ Em seu principal livro, *The Metaphysics of Gender* (WITT, 2011b), Charlotte Witt sustenta que o gênero é “uniessencial” ao indivíduo, enquanto integrante de uma sociedade. Para entender o que isso significa é necessário levar em consideração alguns pontos que ela apresenta em sua obra. Em primeiro lugar, Witt sustenta que não somos apenas “organismos biológicos”, e nem somente “pessoas” (com vontades e interesses particulares), mas que somos também *indivíduos sociais* – e que, nesta condição, devemos ser vistos como indivíduos que respondem a uma série de expectativas e normas que são criadas coletivamente. Neste contexto, o gênero corresponde a uma *posição social* e, enquanto tal, é dotado de uma *função*. Na concepção de Witt, as “funções dos gêneros” possuem condições materiais, e indivíduos são reconhecidos como mulheres ou homens pelos demais porque seus corpos são associados a tais condições materiais (WITT, 2011b, p. 75). Mais do que isso, a “função de gênero” do indivíduo se sobressai diante de outras funções que ele possa exercer socialmente (e.g., as diferentes expectativas sociais criadas sobre uma mulher que seja mãe e médica, comparadas às de um homem que seja pai e também médico). Assim, o gênero pode ser visto como o elemento que “unifica” as diferentes funções que estabeleceriam a “essência” do indivíduo social – daí a ideia de “uniessencial”. Esta é uma concepção que Charlotte Witt desenvolve considerando a ideia aristotélica de que a essência de uma casa, por exemplo, não está nas suas partes individualizadas, mas em uma “função” (i.e., servir de abrigo) que se encontra além e acima da soma das suas partes (WITT, 2011b, p. 6).

¹³² Neste ponto, Tollefsen parte mais uma vez da teoria de Charlotte Witt: “*My definition of gender – being a woman and being a man – ties these social positions to engendering; to be a woman is to be recognized to have a particular function in engendering, to be a man is to be recognized to have a different function in engendering. If human offspring were cloned, and gestated in laboratories, and there was no binary division of engendering functions and associated gender norms, then no individuals would satisfy my definition*” (WITT, 2011b, p. 39)

finnisiana de *persona*: “a *persona* é um artefato, inteligível e avaliável enquanto meio de comunicação e por todos os critérios aplicáveis às artes” (FINNIS, 2011c, p. 38, tradução livre)¹³³. Para Finnis, os indivíduos criam e adotam diferentes máscaras (*personas*) visando comunicar aos demais alguma verdade ou falsidade sobre si¹³⁴. Assim, por exemplo, uma pessoa vestida de jaleco e com um estetoscópio pendurado no pescoço assume a máscara de um profissional ligado à saúde, o que corresponde a uma verdade na hipótese do indivíduo ser, efetivamente, um médico, e a uma falsidade caso o indivíduo em questão seja um ator em uma peça teatral.

Na visão de Tollefsen, o gênero de alguém corresponderá à *persona* que o indivíduo molda e adota para comunicar verdades ou falsidades sobre si. As verdades e falsidades em questão dizem respeito, justamente, ao *sexo* – ao papel que a pessoa, em sua realidade corpórea, exerce na função reprodutiva, que por sua vez é orientada a uma das partes do bem do casamento (“marido ou mulher”) e da parentalidade (“pai ou mãe”). Esta orientação ao bem do casamento e à parentalidade, que só são possíveis em razão da ideia já mencionada de união biológica, faz com que os meios disponíveis aos indivíduos para moldarem suas “máscaras de gênero” não sejam apresentados de forma “opcional”, mas *normativa*: casamento e parentalidade são elementos fundacionais e constitutivos de uma das formas de *bem*

¹³³ “Why do we have or need gender? Because the role in question is one that is essential to the existence of society. Witt sees the existence of gender as something that would or could disappear if the functional role it mediates were to be taken up by, for example, robots. This gives us a clue, which I will attempt to articulate by means of the concept of a ‘persona’, discussed by John Finnis in his paper ‘Personal Identity in Aquinas and Shakespeare’” (TOLLEFSEN, 2015a).

¹³⁴ Valendo-se de sua interpretação de Tomás de Aquino, Finnis entende que a nossa identidade pessoal é composta por quatro aspectos irreduzíveis da realidade, ou “tipos reais de ordem”. O primeiro seria a ordem da natureza, correspondente às coisas que são o que são independentemente de nossa compreensão sobre elas (em síntese, é um tipo de ordem que é objeto de todas as ciências naturais em um sentido amplo do termo). É neste primeiro tipo de ordem que notamos a nossa realidade corpórea, que além de possibilitar atividades que encontramos em outros animais, também nos possibilita entender as coisas, refletir, julgar, usar uma linguagem etc. O segundo tipo de ordem diz respeito ao pensamento em si, à consciência, observação, atenção, consideração, questionamento, compreensão, raciocínio e julgamento. O terceiro tipo de ordem tem por base a deliberação, a escolha e as ações intencionais que permitem afirmar a identidade de alguém como pessoa autodeterminante e autodeterminada (relaciona-se, portanto, com o fato da autonomia e seu exercício). O quarto e último tipo de ordem, no qual Finnis insere a ideia de *persona*, é a ordem da cultura, do domínio sobre os materiais (no sentido amplo de material), o que inclui não apenas a linguagem, mas também os feitos da auto-expressão (FINNIS, 2011c, pp.36-38): “The fourth of the four irreducibly distinct kinds of order is that of culture, or mastery over materials (in the broadest sense of material), every kind of techne. This order includes not only language but also (or important elements in all) the crafts of self-expression – of rhetoric, poetry, drama, lectureship, conference-paper writing, and auditing – and not only these as crafts but also the adopting of persona (or personas) whereby one communicates to others some truth or falsehood about oneself” (FINNIS, 2011c, p. 38).

humano, o que faz com que sociedades razoáveis busquem desencorajar apresentações de gênero ambíguas, enganosas, perniciosas ou problemáticas¹³⁵.

Tem-se, portanto, que embora não seja possível mudar de sexo, uma pessoa pode “mudar de gênero” na medida em que adote uma *persona* diferente. Cada um pode apresentar uma *persona* que transmita a verdade ou falsidade sobre seu sexo, e por esta linha de raciocínio transgêneros são como os atores de teatro que aparecem em palco vestindo um jaleco e um estetoscópio: nada mais fazem do que apresentar uma imagem *falsa* diante de suas realidades biológicas. Ainda assim, a posição de Tollefsen busca nos alertar para o fato de que questões de moralidade sexual não são resolvidas apenas através da justaposição de “recomendações de ideais” – elas devem considerar, também, aquilo que a corrente finnisiana de Direito Natural compreende como as realidades biológica, física e psicológica dos seres humanos¹³⁶.

Todos estes pontos nos levantam a questão acerca do papel do Estado em relação à transgeneralidade e aos pleitos de pessoas transgêneras. Infelizmente, este não é um ponto abordado de forma específica por Tollefsen ou Finnis, mas a defesa de ambos os autores da “posição moderna padrão” e da ideia de bem público nos permite afirmar que a transgeneralidade é tratada de forma análoga à homossexualidade.

Como mencionado, o Estado possui papel ativo na criação de um “ambiente moral adequado” para os indivíduos e suas famílias. Levando em consideração as posições substantivas defendidas por Tollefsen e Finnis, tem-se que o Estado deve impedir o avanço da-

¹³⁵ “I suggest that we understand gender along these lines. One’s gender is one’s *persona* insofar as it is adopted and shaped with a view to communicating some truth or falsehood about oneself. Well, (i) which truth(s) or falsehood(s)? And (ii) why must they be communicated in this way? We could say (i): The truths or falsehoods are those about one’s sex, and one’s embrace or rejection of the orientation towards the one form of the marital good (husband or wife), and one form of parenting (father or mother), that one’s sex makes possible. And we could likewise say (ii): These truths must be communicated precisely because of the massive significance of the good of marriage and family for personal and social well-being. (...) And it makes clear too why those resources are not typically presented as optional (even though many of them are determinations, for surely gender *personae* can reasonably vary) but rather as normative. Culturally, socially, and personally, this is too significant a domain in human existence, too pervasive and foundational a form of human well-being, for reasonable persons and societies to want systematically to encourage ambiguous, misleading, corruptive, pernicious, or otherwise problematic gender self-portrayals” (TOLLEFSEN, 2015a).

¹³⁶ É o que Finnis sustenta em uma passagem do seu texto *Hart as a Political Philosopher* (FINNIS, 2011e, p. 272): “The issues at stake in sexual morality are such that sensible argument and deliberation about it will be no mere juxtaposition of ‘recommendations of ideals’. It will involve attention to human needs, opportunities, and makeup (both individual and social), to biological, physical, psychological realities and such spiritual possibilities as commitment, in friendship, to paternity and maternity”.

quilo que, aqui no Brasil, se denomina “ideologia de gênero” – a subversão, em nossa sociedade, dos papéis de “pai” e “mãe”, “homem” e “mulher”¹³⁷. Tais papéis, intrinsecamente dependentes de uma concepção binária de gênero, e que ao seu turno é decorrente de pré-condições naturais (fisiológicas e psicológicas – “a complementaridade sexual”), são a forma mais desejável e apropriada (se não indispensável) para o florescimento dos indivíduos como membros de uma família e de uma comunidade mais ampla. É por isso que famílias, sociedades e o próprio Estado devem se engajar na proteção desta visão binária contra subversões de gênero e sexualidade¹³⁸.

Não resta claro até que ponto a transgeneralidade é “danosa” à coletividade. Tenho a impressão de que, se Finnis acredita que professores abertamente homossexuais possam ser demitidos (FINNIS, 2011g, p. 20), o mesmo se passaria com aqueles que fossem transgêneros – e que, neste sentido, apresentassem uma “imagem falsa” de si. A presença pública de indivíduos que negam sua realidade biológica (e a manifestação desta realidade, i.e., o gênero) dificulta a tarefa de famílias que desejam educar jovens e adolescentes com relação à importância e valor intrínseco da binariedade homem/mulher.

De qualquer modo, a ideia de que a homossexualidade ou a transgeneralidade sejam “danosas” para a coletividade é completamente implausível. Isso não é muito diferente da ideia que passa na cabeça de alguns indivíduos que imaginam que, se o filho ou filha encontrarem um casal homossexual na rua ou virem um beijo gay na TV, “virarão” homossexuais. É algo que não faz qualquer sentido do ponto de vista factual ou científico (e, mesmo que

¹³⁷ É o que Finnis defende, de forma clara, no texto *The Profound Injustice of Judge Posner on Marriage* (FINNIS, 2014). Neste texto, além de criticar a posição de Richard Posner no caso *Baskin v. Bogan*, que invalidou a definição de casamento unicamente heterossexual e monogâmico dos estados americanos de Indiana e Wisconsin, Finnis sustenta mais uma vez sua concepção de casamento e ressalta os danos que concepções diferentes causam, principalmente, na vida de jovens. Menciona a existência de um “lesbianismo oportunista”, marcado pelo abandono do lar conjugal por parte de mulheres que passam a conviver com outras mulheres, e no surgimento de um “mercado de produção, compra e venda de crianças” para casais homossexuais, cujas uniões passaram a ser reconhecidas pelo Estado. Este reconhecimento envolve, justamente, o fim de importantes distinções entre “mães” e “pais”, que são substituídas “pelas mentiras e seduções” das “identidades de gênero”: “*The equality that demands same-sex marriage demands just as imperiously that all social recognition of the distinction between mother and fathers – of the paternal and maternal, the masculine and the feminine, and of the sexual identity of everyone as male or female – must be systematically expunged from our schools and social life, to be replaced by the lies and seductions of ‘gender identities’ on the ever more blurry rainbow spectrum. The resultant miseries and losses will reach into every family, and wound Indiana and Wisconsin to the very heart of their people. This judgment constitutes a profound injustice, recklessly imposed and locked in*” (FINNIS, 2014).

¹³⁸ “*For, since the natural (physiological and psychological) preconditions are what they are, each of the ways of being I just listed is highly desirable and appropriate, if not strictly indispensable, for attaining and maintaining the form of life that helps both parents and children to their flourishing as individuals and as parts (members) of their familial community, such flourishing being in turn in part constituted by and in part dependent upon the family’s willingness to draw from and contribute to the well-being and resources of wider communities, educative, commercial, defensive, and justice-enforcing*” (FINNIS, 2011c, p. 105).

fizesse, a “imoralidade” de práticas sexuais distintas da heterossexualidade parte de uma concepção pobre e equivocada de nossa sexualidade). Ainda assim, Finnis e Tollefsen acreditam que o dano se encontra em um suposto prejuízo causado àquelas famílias que desejam cultivar valores familiares e do casamento aos seus integrantes. Todavia, em momento algum sustentam qual seria a extensão deste dano ou como ele opera.

Se formos seguir à risca as concepções de bem público e de sexualidade desenvolvidas por Finnis, e entendermos que a transgeneralidade é de algum modo danosa ou ofensiva (como sugere Tollefsen), tem-se que as normas que proibiam o chamado “travestismo” não eram de todo incorretas. Afinal, o único espaço onde o Estado não pode se imiscuir corresponde ao âmbito privado – ou, melhor dizendo, ao que não aparece ao público. Sendo assim, da mesma forma com que a homossexualidade não pode ser “exposta”, sugerindo o raciocínio já mencionado do “*don’t ask, don’t tell*”, o mesmo se passaria com a transgeneralidade. A princípio, o Estado poderia proibir qualquer indivíduo de expressar um gênero distinto daquele correspondente ao seu sexo biológico. Entretanto, não poderia proibir que o indivíduo expressasse outro gênero em sua vida privada (“entre quatro paredes”). É importante notar, portanto, que estas consequências se aplicam a qualquer indivíduo transgênero: seja ele um transexual que passou por cirurgias e tratamentos hormonais (como no caso de Roberta Close), ou então alguém que apenas expresse e se identifique com o gênero feminino (como na hipótese de Laerte Coutinho).

A grande questão, portanto, é saber o que corresponde à expressão de “masculinidade” ou “feminilidade” no âmbito público, para fins de desencorajamento da transgeneralidade. Já vimos que Tollefsen não tem dificuldades em perceber que a expressão de gênero varia de acordo com a cultura e sociedade, e tampouco parece fazer sentido a associação entre a mera expressão de gênero (e.g., indumentária e maquiagem) e a moralidade. Afinal, um indivíduo biologicamente homem que decida usar batom e salto alto em seu dia a dia estaria agindo de forma “imoral”? De que modo este indivíduo estaria prejudicando o bem público (i.e., a paz e justiça de relações interpessoais)? Como este comportamento constituiria um “incentivo” a outros homens para que utilizem batom e salto alto, e de que maneira impactaria na questão da orientação sexual e reprodução de valores familiares (notadamente o bem básico do casamento)?

Questões como esta demonstram que as observações de Tollefsen sobre o tema da transgeneralidade ainda são muito incertas e insatisfatórias. O próprio Tollefsen sugere que

existem muitas outras questões que se encontram além do esquema que ele adota para explicar a transgeneralidade, e que precisam ser respondidas para evitar que pessoas sofram com “confusão de gênero” e para que a sociedade encontre as bases adequadas para as ideias de sexo e casamento¹³⁹. Sendo assim, parece-me que, a princípio, a simples expressão de gênero deve ser interpretada à luz da autenticidade individual. Ainda que se considere que a expressão de gênero de transgêneros seja “falsa”, a falsidade reflete apenas questões de ordem convencional, e não se confunde com os “papéis” masculino e feminino na união biológica.

Se levarmos em consideração o princípio da autenticidade, tem-se que a forma que a pessoa expressa seu gênero, quando não perturbar o bem público, se encontra além dos limites de ação estatal. Isso significa que, na minha interpretação das teorias de Finnis e Tollefsen, a simples prática do *cross-dressing* em ambientes privados ou em ocasiões específicas (e.g., carnaval) não é algo moralmente relevante. Diferente são as demandas de pessoas transgêneras frente ao Estado, que envolvam o reconhecimento de uma “mudança” de sexo ou de gênero, como nos casos de alteração de prenome e sexo documentais ou que versarem sobre o regime previdenciário a ser adotado. Neste ponto, a visão de Finnis e Tollefsen se aproximam da ideia de *categoria de sexo* apresentada por West e Zimmerman: o Estado e o Direito devem identificar o *sexo* do indivíduo, pouco importando seu gênero, o que significa que sempre que a legislação estabelecer alguma divisão do tipo masculino/feminino ou homem/mulher estará levando em conta o sexo biológico das pessoas. Transgêneros, na melhor das hipóteses, têm direito a tratamento psicológico e psiquiátrico visando a readequação de seu gênero ao seu sexo biológico e, neste sentido, se expressarem e serem identificados corretamente no meio social¹⁴⁰.

A situação, portanto, é muito semelhante àquela que Finnis aponta para a homossexualidade. Não se trata de criminalizá-la, mas sim de não reconhecer qualquer status jurídico às uniões homossexuais (o que significaria dizer que elas são, de algum modo, valiosas). O Estado deve, na realidade, desencorajar tais práticas – através de programas educativos que

¹³⁹ “There are many other questions, and perhaps the framework I’ve tried to articulate here will not be successful for answering some (or all) of them. But the consequences of failure to give these questions adequate reflection are clearly grave, both for persons beset with gender confusion, and for a culture struggling to find its footing on matters of sex and marriage” (TOLLEFSEN, 2015a).

¹⁴⁰ Neste sentido, Paul McHugh, professor vinculado ao departamento de psiquiatria da John Hopkins Medical School, sugere que pessoas como Caitlyn Jenner (atleta americana que nasceu biologicamente homem e que passou por cirurgia de transgenitalização, expressando-se como mulher) só são transgêneras porque “se sentem sexualmente excitadas ao se imaginarem como mulheres”. McHugh sustenta que o melhor caminho para tais casos não é “reconhecer” a nova identidade sexual e de gênero do indivíduo, nem realizar cirurgias ou tratamentos hormonais, mas sim tratá-lo com psicoterapia e medicação, visando realinhar seu gênero ao seu sexo biológico (MCHUGH, 2015).

demonstrem os “males” da homossexualidade. O mesmo vale para a transgeneralidade: crianças e adolescentes devem ser ensinadas que a binariedade sexual e de gênero é algo importante para a constituição da família e, em última análise, para toda a sociedade.

3. CRÍTICAS ÀS CONCEPÇÕES DE FINNIS E TOLLEFSEN

Posições como a de Finnis e Tollefsen, embora teoricamente complexas, são análogas às defendidas por boa parte do público leigo. A compreensão de que o “correto” é o binômio homem/mulher (tanto no sexo, como no gênero) leva em consideração uma perspectiva “heteronormativa”: é somente através da complementariedade entre macho e fêmea que é possível a geração de novos seres humanos, e tudo aquilo que escape desta “normalidade” deve ser rechaçado. Algumas pessoas ainda associarão esta complementariedade à vontade divina, cujos fundamentos correspondem a uma questão de crença religiosa e escapam da análise do presente trabalho.

Esta concepção é passível de muitas críticas. Na presente seção, elaboro aquelas que considero mais pertinentes. A primeira diz respeito à compreensão que Finnis e Tollefsen têm de nossa sexualidade, bem como da maneira como ambos relacionam as ideias de sexo e gênero. Ressalto que é uma concepção equivocada, desconectada dos fatos do mundo, que limita nossa experiência sexual apenas à reprodução e se esquece da complexidade que envolve o conceito de gênero. Esta concepção parte de uma leitura equivocada de bens humanos básicos, e o jusnaturalismo não precisa ser limitado a tais visões conservadoras.

A segunda crítica versa sobre os limites do Estado e do bem público. Sustento que a concepção finnisiana não é capaz de explicar satisfatoriamente questões básicas como a produção e circulação de cigarros, que sabidamente causam males a nossa saúde (e, consequentemente, ao bem da vida), baseando-se em uma ideia muito pobre de autenticidade. Além disso, no que diz respeito especificamente à transgeneralidade, nada diz sobre aqueles indivíduos que já passaram por mudanças corporais e como devemos tratar suas demandas.

3.1. Críticas à concepção de sexualidade, gênero e bens básicos

Não faz sentido limitar nossa sexualidade ao bem do casamento. Já analisei este ponto em minha dissertação de mestrado (LAGO, 2016), ocasião na qual sugeri que a própria interpretação do primeiro princípio da razão prática de Tomás de Aquino, formulada por Germain Grisez (1965) e subscrita por Finnis, não permite a consideração de que a homossexualidade ou outras formas de vida sexual sejam consideradas, em si, “imorais” (LAGO, 2016, pp. 143-153). Sendo assim, apresentarei uma síntese dos argumentos mais relevantes e que também se aplicam à questão da transgeneralidade.

Tomás de Aquino, na interpretação de Grisez, concebe o primeiro princípio da razão prática em analogia com o primeiro princípio da razão teórica, enquanto razão autoevidente e indemonstrável. Enquanto a razão teórica diz respeito ao que nosso intelecto é capaz de captar, a razão prática, por sua vez, está diretamente relacionada à nossa compreensão natural de que toda ação tende a um fim. Assim, a razão teórica está preocupada com o que *é*, enquanto a razão prática possui uma natureza finalística – ela corresponde à nossa mente “mapeando o que há de vir a ser”, e não apenas “registrando o que já é” (GRISEZ, 1965, p. 175)¹⁴¹. O “ser” é aquilo que, em um primeiro momento, pode ser apreendido de forma teórica pelo indivíduo. Ele é o pressuposto e fundamento de inteligibilidade da ideia de razão teórica¹⁴², sendo autoevidente e apreendido naturalmente pela nossa capacidade cognitiva. Logo, o primeiro princípio indemonstrável da razão teórica é o princípio da não-contradição: uma coisa não pode “ser” e “não ser” ao mesmo tempo.

Mas da mesma forma com que o ser está para a razão teórica, o *bem* está para a razão prática. O bem, enquanto *fim e princípio da ação*, corresponde à primeira condição de inteligibilidade da razão prática – sua inteligibilidade é aquilo para o que tende a coisa. Daí que o primeiro princípio da razão prática é: “*o bem deve ser feito e perseguido, e o mal deve ser evitado*” (GRISEZ, 1965, p. 181). Logo, o bem tem a inteligibilidade do fim, e o mal a inteligibilidade do contrário ao fim.

Entretanto, o bem não é algo uno e indivisível. Ele é tão diverso quanto os possíveis fins da ação humana direcionada pela razão prática. Tem-se, portanto, que os fins de qualquer ação humana correspondem, em última análise, às inclinações naturais do ser humano.

¹⁴¹ “Now what is practical reason? Is it simple knowledge sought for practical purposes? No, Aquinas considers practical reason to be the mind playing a certain role, or functioning in a certain capacity, the capacity in which it is ‘directed to a work’. Direction to work is intrinsic to the mind in this capacity; direction qualifies the very functioning of the mind. Practical reason is the mind working as a principle of action, not simply as a recipient of objective reality. It is the mind charting what is to be, not merely recording what already is” (GRISEZ, 1965, p. 175).

¹⁴² “Being is the basic intelligibility; it represents our first discovery about anything we are to know – that is something to be known” (GRISEZ, 1965, p. 175).

Neste sentido, os bens humanos básicos mencionados por Finnis nada mais são do que nossas inclinações mais fundamentais.

Mas a única maneira possível de apreender estes bens é, na interpretação de Grisez, através da *experiência*¹⁴³. Particularmente, entendo que esta experiência corresponda ao nosso contato com o mundo. Trata-se da nossa capacidade de conhecê-lo e, através da razão prática, orientar nossas deliberações e ações àqueles fins que a própria razão dita como possíveis de serem alcançados. E para apreender estes fins, não há qualquer tarefa de derivação ou demonstração (LAGO, 2016, p. 145)¹⁴⁴.

Seja como for, a interpretação de Grisez sobre o primeiro princípio da razão prática demonstra a centralidade ocupada por nossas inclinações naturais e sua experiencição para a definição do que constitui um bem humano básico. Logo, a pergunta central é: ainda assim, o casamento corresponde a um bem básico? Não é possível, na realidade, derivá-lo de outros bens como a amizade, que seriam muito mais fundamentais do que a ideia de casamento¹⁴⁵?

É muito difícil sustentar a plausibilidade da interpretação feita por Finnis sobre nossa sexualidade¹⁴⁶. No mundo em que vivemos, o que se percebe é que as pessoas podem buscar o sexo como uma forma de prazer mútuo sem, contudo, se sentirem “instrumentalizadas” por isso. Elas não praticam somente sexo reprodutivo, e essa limitação não faz sentido mesmo para casais heterossexuais inférteis que estão cientes de sua condição. Além disso, o

¹⁴³ “*Practical reason is mind directed to direct and it directs as it can. But it can direct only toward that for which man can be brought to act, and that is either toward the objects of his natural inclinations or toward objectives that derive from these. If practical reason ignored what is given in experience, it would have no power to direct, for what-is-to-be cannot come from nothing. The direction of practical reason presupposes possibilities on which reason can get leverage, and such possibilities arise only in reflection upon experience. The leverage reason gets on these possibilities is expressed in the basic substantive principles of natural law*” (GRISEZ, 1965, p. 180).

¹⁴⁴ “*Reason prescribes according to the order of natural inclinations because reason directs to possible actions, and the possible patterns of human action are determined by the natural inclinations, for man cannot act on account of that toward which he has no basis for affinity in his inclination*” (GRISEZ, 1965, p. 180).

¹⁴⁵ Timothy Chappell também duvida que o casamento possa ser um bem humano básico. Em suas palavras, “*we do not complete any action-explanation by saying that the action to be explained is aimed at marriage. It is perfectly intelligible to go on and ask why marriage is a good thing, in a way that it is arguably not intelligible to go on and ask why friendship and knowledge are good things. Moreover, what makes marriage a good thing is nothing separate from its instantiation of other basic goods, such as, say, friendship, self-integration, play, aesthetic good (...), physical health and well-being – and even, dare one say it, physical pleasure*” (CHAPPELL, 2001, pp. 38-39).

¹⁴⁶ É claro que a ideia de sexualidade envolve outros fatores e está associada, notadamente, às contribuições de Michel Foucault sobre o tema, em seu *História da Sexualidade* (FOUCAULT, 2010). Na análise de Foucault, a sexualidade se transforma em um campo de poder-saber a partir do século XIX, apropriado em especial pela prática médica. Assim, uma análise mais aprofundada nos leva a concluir que a sexualidade não se confunde, pura e simplesmente, com os apetites ou inclinações sexuais “naturais” dos indivíduos (muito embora as possa englobar). De qualquer sorte, meu interesse maior ao falar de sexualidade neste capítulo diz respeito às suas diferentes formas de manifestação (ou orientação), que são rechaçadas ou ignoradas por Finnis.

sexo pode corresponder a uma forma saudável de intimidade e afeto entre as pessoas, o que não é exclusividade de casais heterossexuais e nem precisa estar limitado às diferentes “funções” de nossa genitália.

Sendo assim, ao experienciarmos o mundo percebemos que existem vínculos sexuais e afetivos que são independentes da figura do matrimônio. Logo, a concepção finnisiana de que a moralidade sexual deve se ater à união biológica em um clima de amizade conjugal tem por base uma percepção empobrecida da realidade. Ela é incapaz de perceber que outras formas de relação sexual e afetiva podem ser tão valiosas quanto uma relação tipicamente heterossexual¹⁴⁷.

Raciocínio semelhante se aplica com relação à transgeneralidade. Mesmo com todas as normas e expectativas de gênero que visam limitar nossas ações e comportamentos ao que se considera “normal”, alguns indivíduos possuem uma intensa inclinação ao sexo ou gênero oposto. O que a experiência nos diz é que tentar “curar” estes indivíduos através de medicamentos e psicoterapia não é muito diferente da suposta “cura gay” que alguns conservadores advogam: tentar readequar o gênero de uma pessoa transgênera ao seu sexo biológico é algo extremamente custoso e que pode vir a ser desnecessariamente traumático para o indivíduo. Ademais, como ressaltai no primeiro capítulo, não há razão para se imaginar que o gênero deva estar atrelado ao sexo biológico em todos os contextos. Sendo assim, se a pessoa prefere expressar um gênero ao invés de outro, quais são as razões para impedi-la?

É curioso notar que muitos transgêneros sequer desejam passar por mudanças corporais – apenas se comportam e adotam o gênero oposto (ou então uma mistura de ambos os gêneros, como no caso das pessoas não-binárias). Certamente, estes indivíduos estão afrontando normas e expectativas de gênero, mas o fundamento de tais normais não está em bens humanos básicos e sim em práticas convencionais. Como afirmei, não há como sustentar que

¹⁴⁷ Como afirma Andrew Koppelman, no caso específico de relações homossexuais: “*For at least some same-sex couples, sexual intercourse is valued, not merely as a pleasurable experience unintegrated with the rest of one’s life, but as an activity that is an important constituent of one of the primary relationships in one’s life, exactly as is the case with many heterosexual couples. In a sexual relationship, homosexual or heterosexual, the activity of pleasuring one another sexually may have the real and intended effect of constituting a relationship that is different and better – more intense, more committed, closer, and more enduring – than it would be if the partners substituted, say, conversation*” (KOPPELMAN, 1997, p. 7). A visão finnisiana também desconsidera que o “resultado material” da união biológica (i.e., a geração de novos seres humanos) cria laços entre mães, pais e filhos que são independentes do casamento. Nenhuma pessoa é considerada órfã apenas porque sua mãe ficou viúva – a relação entre mãe e filho independe de qualquer tipo de vínculo matrimonial entre homem e mulher, e o mesmo vale para a paternidade (LAGO, 2016, p. 148). Na realidade, mesmo o vínculo parental independe da união biológica, pois ele existe nos casos de adoção ou quando a criança é criada por alguém com quem não tem laços sanguíneos – como nos casos da chamada filiação socioafetiva, comuns quando padrasto ou madrasta “adota” e auxilia na criação do filho do cônjuge ou companheira(o).

um homem que opte por usar batom esteja afrontando a família ou a instituição do casamento. Logo, a perspectiva de Tollefsen e Finnis deixa de abordar estes casos concretos nos quais não há qualquer dano ou prejuízo coletivo. Os autores não apresentam qualquer evidência de que crianças ou adolescentes que tenham aulas com um indivíduo *cross-dresser* serão prejudicadas de algum modo, muito menos de que “virarão” transgêneros. Neste ponto, os pressupostos factuais implícitos e explícitos da concepção de Tollefsen e Finnis são incorretos e sem qualquer fundamento¹⁴⁸. O contato (i.e., a experiência) que temos com o mundo demonstra que podemos ver nossa sexualidade e a ideia de gênero de forma muito mais ampla do que sugerida por tais autores.

Este ponto também é importante para aqueles indivíduos que manifestam intenso desejo de “mudar de sexo” através de cirurgias e tratamentos hormonais. É certo que, nestes casos, deve ser garantido pleno acompanhamento médico e psicológico para garantir que o indivíduo esteja certo das consequências de sua decisão, muitas vezes irreversíveis. Mas disso não se segue que aquele que passa por tais transformações esteja “instrumentalizando” seu corpo. Muito embora as cirurgias de transgenitalização envolvam, em muitos casos, a esterilização do indivíduo, esta é uma decisão que ocorre no âmbito privado – entre o indivíduo transgênero e seu médico. Se não bastasse, ela pode ser a única forma de se garantir que o indivíduo tenha uma vida estável, evitando casos extremos de automutilação ou suicídio¹⁴⁹. Entendo que, neste ponto, a própria razoabilidade prática demanda a intervenção cirúrgica e hormonal como garantia de uma vida minimamente satisfatória ao indivíduo, possibilitando sua participação em vários bens humanos básicos¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Como na mencionada afirmação finnisiana de que não poderia haver “amizade conjugal” entre dois homens, além de encontros furtivos na sauna (FINNIS, 2011d, p. 381)

¹⁴⁹ Jennifer Gruenke, ao criticar a posição “conservadora” sobre transgeneralidade (mais especificamente, a transexualidade) em seu texto *Rethinking the Conservative Approach to Transgenderism* (GRUENKE, 2015), aponta para estudos científicos que sugerem que boa parte dos casos de transexualidade está atrelada ao desenvolvimento sexual do cérebro. Sendo assim, transexuais seriam, em certa medida “cerebralmente intersexuais” (com corpos de homens, mas cérebros de mulheres, e vice-versa) Nestes casos, não há identificação entre o cérebro e a morfologia sexual do indivíduo. Logo, se esta é uma condição presente em alguns indivíduos (assim como a ambiguidade sexual “aparente” de muitos intersexuais), não há razão para se opor às cirurgias de transgenitalização e tratamentos hormonais visando a identificação entre o corpo e o cérebro.

¹⁵⁰ Neste ponto em específico, embora seja crítico ao pensamento consequencialista, Finnis assevera que devemos levar em conta, na tomada de decisões e em nossas ações, a relevância (ainda que limitada) das consequências e de questões atinentes à eficiência – como nos casos em que é melhor tomar um remédio que cura e alivia a dor, ao invés de tomar apenas o remédio que alivia a dor (FINNIS, 2011a, p. 111). Este ponto reflete a sexta exigência da razoabilidade prática (FINNIS, 2011a, pp. 111-118).

As posições de Finnis e Tollefsen, ao verem a ideia de “união biológica” e a binariedade sexual e de gênero como coisas “intrinsecamente valiosas”, são claramente essencialistas. Isso porque, como visto, é possível discordar razoavelmente sobre alguns bens básicos mencionados por tais autores, notadamente quanto ao casamento, levando em consideração nossa experiência com o mundo e nossa natureza. Sendo assim, diante de concepções divergentes, Finnis não tem outra escapatória a não ser reafirmar que o casamento é um bem humano básico e que algumas pessoas não são capazes de “experienciar” seu valor intrínseco (LAGO, 2016, p. 141). Em última análise, Finnis e Tollefsen sustentam algo semelhante à chamada *tese da incapacidade*. Para Ronald Dworkin, a tese da incapacidade sustenta que alguns indivíduos sofrem de alguma incapacidade cognitiva ou falha moral que os torna incapazes de identificar o que é correto em termos morais (DWORKIN, 1996b, pp. 10-11)¹⁵¹. Da mesma forma que um daltônico não é capaz de identificar determinadas cores, Finnis e Tollefsen parecem sugerir que alguns indivíduos sofrem de “daltonismo moral” e não são capazes de identificar os bens ou fins últimos da razão prática.

Consequentemente, a tese da incapacidade assume claros contornos totalitários. Embora possamos afirmar que algumas pessoas sejam mais “sábias” que outras, disso não se segue, automaticamente, que sua concepção de bem será a melhor ou mais adequada. Como visto, não há razão para se imaginar que o “bem” da sexualidade humana esteja restrito à ideia de casamento – antes o contrário. Se o acesso ao bem ou fins últimos de nossas ações ocorre através da experiência que temos com o mundo e nossa natureza (i.e., nossa razão prática), e na medida em que somos capazes de notar a complexidade que envolve a sexualidade humana e o modo como expressamos o gênero, é bem possível que a “incapacidade de perceber o bem” esteja em Finnis e Tollefsen, e não naqueles que deles discordam.

Isso não significa que devemos adotar um pensamento relativista, como se fosse possível discordar razoavelmente sobre todo e qualquer bem básico. Um exemplo fundamental é o do *conhecimento* e o valor da *verdade*: como afirma Finnis, aqueles que dizem que o conhecimento e a verdade não são bens humanos básicos estão fazendo uma proposição que se auto-refuta. Pois, se alguém faz esta asserção enquanto uma contribuição que se pretende

¹⁵¹ Ronald Dworkin atribui a tese a Crispin Wright, e a explica da seguinte maneira: “*Is it plausible to interpret the claim that abortion is objectively immoral, or that genocide is really wrong, or that the wickedness of terrorism is a moral fact, as including what we might call a general incapacity claim: that anyone who does not agree with this opinion is suffering from some cognitive impediment that explains his error? (...) People have no reason to claim that those who disagree with them must lack some information they have, or suffer from some intellectual incapacity or character defect, when they have no evidence of any such ignorance or incapacity or defect. That claim, in those circumstances, would be empty rhetoric, adding nothing to the original substantive claim. No one could think that his argument or position was improved by it*” (DWORKIN, 1996b, pp. 10-11).

séria para a discussão racional, este alguém deve estar implicitamente comprometido com a proposição de que asserções são valiosas, e valiosas enquanto verdadeiras – em última análise, deve estar comprometido com a proposição de que a verdade é um bem e que vale a pena conhecê-la (FINNIS, 2011a, pp. 74-75).

Não é sem razão, conseqüentemente, que diferentes teorias de Direito Natural apresentam listas distintas de bens humanos básicos. Mesmo Finnis altera sua lista de bens básicos ao longo do tempo¹⁵², ressaltando ainda que seu leitor não precisa, necessariamente, aceitar a listagem na forma com que ele a apresenta, e muito menos na nomenclatura adotada (FINNIS, 2011a, p. 92). De qualquer sorte, as mudanças nunca foram substanciais, e poucas razões são oferecidas por Finnis para justificar estas revisões – o que faz sentido, considerando que bens humanos básicos não são “explicados”, e sim apreendidos através de “clara exemplificação” (FINNIS, 2011b, p. 10)¹⁵³. Sendo assim, não há razão alguma para se pensar que o jusnaturalismo é uma teoria intrinsecamente conservadora: é plenamente possível assumir os pressupostos jusnaturalistas para garantir uma visão moderna e inclusiva em temas como sexualidade e gênero.

3.2. Críticas com relação ao bem público e aos limites do Estado

Todas estas considerações forçam Finnis e Tollefsen a rever algumas das conclusões que levantam em matéria de moralidade sexual. Ambos teriam que rever a posição de que o Estado deve “discriminar” (i.e., distinguir) entre relações heterossexuais e homossexuais, desencorajando esta última. Também devem rever sua concepção sobre transgeneralidade, pois inexistente qualquer fundamento moral que permita a limitação da expressão de gênero àquilo com o que estamos acostumados, enquanto matéria de convenção social. Isso significa que não há problema algum em garantir a crianças e adolescentes uma educação que ressalte a igualdade de gêneros, ponto que ressalto no próximo capítulo.

¹⁵² Como mencionado, a última listagem elaborada é a presente no artigo *Commensuration and Public Good* (FINNIS, 2011b, p. 244). A listagem mais conhecida e estudada continua sendo a presente no quarto capítulo de *Natural Law and Natural Rights* (FINNIS, 2011a, pp. 85-90), em um total de sete bens: vida, conhecimento, jogo, experiência estética, amizade, razoabilidade prática e religião.

¹⁵³ O casamento, por exemplo, só foi considerado por Finnis um bem básico em momentos mais recentes de sua teoria (apesar de já constar, segundo Finnis, nas teorizações de Tomás de Aquino) (FINNIS, 2011a, p. 447).

Ainda assim, a concepção finnisiana de bem público e dos limites do Estado esbarra em questões práticas e teóricas de difícil solução, o que mostra que sua teoria é, no mínimo, incompleta.

Deixei claro que, em minha interpretação da teoria de John Finnis, o Estado só pode intervir em questões referentes à garantia da paz e justiça em relações interpessoais. Esta intervenção é legítima quando há ou pode ocorrer alguma espécie de dano ou ofensa ao ambiente moralmente adequado no qual os indivíduos buscam a virtude. A virtude, consistente na participação de bens humanos básicos e em atenção às exigências da razoabilidade prática, é matéria de ordem privada, em respeito ao princípio da autenticidade. Disso se segue que, muito embora o Estado possa agir tendo em vista determinadas concepções de bem, este agir não pode interferir naquelas ações que não sejam danosas a terceiros. Logo, embora a homossexualidade seja vista por Finnis como algo imoral, o Estado não pode criminalizá-la enquanto consistir em uma conduta privada e consensual entre pessoas adultas e capazes (muito embora possa reprimi-la quando ocorrer no ambiente público).

O primeiro grande problema desta concepção é de natureza prática, e consiste em saber onde está o “dano” de certos comportamentos. Finnis e Tollefsen parecem sugerir que a simples “influência” já seria danosa. Isso justificaria a demissão de professores abertamente homossexuais de certas escolas, e mesmo a proibição do ensino de que as uniões homossexuais possam ser tão valiosas quanto as heterossexuais. O mesmo se aplicaria ao ensino da chamada “ideologia de gênero”, que na visão de Finnis consiste na eliminação das figuras do “pai” e da “mãe”, do “homem” e da “mulher”. Ocorre que o que a maioria dos ativistas transgêneros busca não é, pura e simplesmente, a eliminação de qualquer diferença sexual e de gênero, mas sim o tratamento com igual respeito e consideração por parte do Estado – o que envolve, como argumento no capítulo quatro, o deferimento dos pedidos de mudança de prenome e sexo documentais, como forma de evitar os constrangimentos que passam diariamente. Além disso, em atenção à especial vulnerabilidade a que estão submetidos, transgêneros buscam politicamente a adoção de medidas para reduzir o estigma e a discriminação, o que pode fundamentar ações afirmativas de diferentes tipos. O que o Estado não pode fazer é limitar a liberdade de pessoas transgêneras sob o argumento de que seus modos de vida são intrinsecamente ruins, ou que sejam desrespeitosos a alguma espécie de bem básico e autoevidente. Antes o contrário: o que se percebe é que o desapego às normas e expectativas de gênero abre espaço para que os indivíduos possam viver com maior autenticidade.

Finnis e Tollefsen não demonstram de que modo concepções mais amplas ou diferentes de sexualidade e gênero seriam danosas às famílias e à sociedade. Neste sentido, é curioso como o discurso dos autores se aproxima das ideias do Papa Francisco, que associa a “ideologia” ou “teoria de gênero” ao aumento de crises matrimoniais¹⁵⁴. Se esta “teoria de gênero” argumenta em favor de uma separação conceitual entre sexo e gênero, bem como na desnecessidade de ser “macho” ou “fêmea” para, respectivamente, ser reconhecido e identificado como “homem” ou “mulher, então a presente tese é forte defensora desta postulação teórica. A grande questão é que, ao se “desnaturalizar” normas e expectativas de gênero, que não são simples “fatos” como nosso sexo biológico, tem-se o reconhecimento de que as pessoas (sobretudo mulheres) são livres para decidirem como viver e expressar seu gênero e sexualidade. Ainda que se venha a considerar que mulheres tenham maior aptidão para o cuidado da casa e dos filhos, disso não se segue que elas não possam assumir funções tipicamente associadas ao gênero masculino, nem que homens não possam (e, em alguns casos, devam) se dedicar ao lar e à prole. O ponto é que não se deve limitar o indivíduo às expectativas convencionais sobre seu gênero. Mulheres podem e são ótimas médicas e engenheiras, da mesma forma como homens podem e são ótimos enfermeiros e cozinheiros.

De qualquer modo, é curioso notar que Finnis tampouco analisa comportamentos que são claramente ofensivos a outros bens que ele considera básicos e autoevidentes. Pensemos no caso da venda e consumo de cigarros: não há dúvidas de que, em última análise, o fumante se entrega para um vício que prejudica sua própria saúde – e, neste sentido, é uma ação reprovável e que pode ser considerada ofensiva ao bem da vida. Também se pode afirmar que muitas crianças e adolescentes se entregam ao vício da nicotina ao verem que adultos (como seus pais e terceiros) fumam em casa ou pelas ruas. Contudo, não imagino que Finnis seria favorável à proibição da produção e venda de cigarros, embora seja possível conceber algumas restrições. Mas se fosse seguir à risca seu raciocínio, o Estado deveria proibir cigarros da mesma forma como proíbe drogas mais pesadas. Talvez até o álcool devesse ser proibido. Entretanto, Finnis só sustenta expressamente uma atitude dura do Estado em questões referentes à moralidade sexual, como no caso da pornografia (com a ressalva dos casos privados e consensuais).

¹⁵⁴ Conforme noticiou o Globo, em matéria de 15 de abril de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/04/papa-diz-que-eliminar-diferencas-entre-os-sexos-e-passo-para-tras.html>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

Logo, determinados comportamentos públicos podem ser reprimidos de acordo com a posição finnisiana. Neste sentido, o Estado estaria agindo legitimamente se proibisse Paradas Gays, manifestações de afeto entre pessoas do mesmo sexo e, em alguns casos, a exteriorização de posições que contrariem expressamente a binariedade homem/mulher (como na hipótese do ensino, em ambiente escolar, de concepções diferentes sobre sexo e gênero). Isso faz com que a concepção de John Finnis sobre o Estado e seus limites, aliada ao seu entendimento sobre a sexualidade humana e o gênero, implique em verdadeiro fundamento para o autoritarismo estatal, prejudicando até mesmo princípios básicos como a liberdade de expressão¹⁵⁵.

Mas o maior problema da concepção finnisiana não se encontra apenas na análise equivocada dos fatos, ou em pressuposições incabíveis sobre o “dano” que certos modos de vida acarretam ao tal “ambiente moral adequado”. O problema está, justamente, na premissa de que o Estado pode interferir neste ambiente moral coletivo em atenção a bens considerados intrinsecamente valiosos, promovendo ou desencorajando condutas que digam respeito àquilo que, em última análise, versa apenas sobre o que cada um considera bom ou razoável para a própria vida. Mas como o Estado poderia delimitar, de antemão, quais são as condutas consideradas virtuosas (e, conseqüentemente, quais não seriam)? Qual seria a concepção de bem mais adequada, em um mundo onde os indivíduos disputam concepções divergentes sobre uma vida virtuosa?

Se o Estado adotar a perspectiva de Finnis e Tollefsen, ao menos no que diz respeito às questões de sexualidade e gênero, estará reafirmando o suposto “valor intrínseco” da heterossexualidade e da binariedade homem/mulher. Sendo assim, também estará sujeito à tese da incapacidade: sendo a binariedade de sexo/gênero um valor autoevidente, eventual discordância ou concepção diferenciada não será levada em consideração. Aquele que discorda

¹⁵⁵ Finnis aborda a relação entre moralidade sexual e liberdade de expressão no texto *Reason, Passions, and Free Speech* (FINNIS, 2011b, pp. 277-297). Nele, a intenção de Finnis é demonstrar que a obscenidade não constitui um veículo de “expressão de ideias” e que não está protegida pela Primeira Emenda da Constituição Americana, o que justificaria a proibição da pornografia. Considerando sua interpretação dos artigos no *Federalista* elaborados por James Madison, Finnis sustenta que a liberdade essencial a ser protegida é a de *opinião*, e que a liberdade de expressão deve ser valorizada na medida em que dota a comunidade de críticas independentes (i.e., *racionais*) ao governo. Logo, o objeto da liberdade não deve ser as paixões, desejos ou apetites humanos (FINNIS, 2011b, p. 284). Este ponto sugere uma separação entre razão e emoção que, filosoficamente, pode ser controvertida. Ainda assim, a autoridade competente para julgar deve adotar algum ponto de vista sobre a natureza humana, para orientar seu raciocínio – e não é obrigada a desistir sob o argumento de que seu ponto de vista inclui visões controvertidas (FINNIS, 2011b, pp. 284-285), o que demonstra a inafastabilidade do processo decisório. Seja como for, é possível afirmar que raciocínio semelhante se aplicaria à homossexualidade e transgeneralidade: enquanto práticas *irracionais* na concepção de Finnis e Tollefsen, não faz sentido que sua defesa seja protegida pela liberdade de expressão. Na prática, não creio que Finnis e Tollefsen levem esta ideia ao extremo, pois do contrário até mesmo seus críticos, onde me incluo, poderiam ser “censurados”.

do que é autoevidente só o faz em razão de alguma deficiência cognitiva. Consequentemente, minorias sexuais não seriam apenas veículos para a imoralidade – seus integrantes seriam, em certa medida, “menos capazes” que outras pessoas consideradas “normais”. Um Estado que adote este ponto de vista, ainda que de forma implícita, não trata seus cidadãos com a devida igualdade de consideração e respeito.

Este ponto nos conduz a uma concepção empobrecida de autenticidade, que não envolve a autonomia em um sentido mais amplo. A autenticidade acaba se limitando às disposições internas do indivíduo e às suas relações privadas. Do ponto de vista público ou político, o indivíduo não tem ampla liberdade para se manifestar – pois, como visto, a não-percepção de bens tidos como autoevidentes o transforma em alguém menos capaz, cujas concepções sequer devem ser levadas em consideração. Sendo assim, de nada adianta Finnis sustentar que os indivíduos podem perseguir diferentes formas de “bem”, se em sua teoria algumas das possíveis formas de bem possuem sentidos previamente delimitados (e “autoevidentes”).

Com relação específica à transgeneralidade, não é demais ressaltar que Finnis e Tollefsen não respondem de forma clara às demandas de pessoas que são transgêneras, particularmente aquelas que passaram por transformações físicas. Afinal, qual a posição que o Estado deveria tomar nestes casos? Não me parece que Finnis ou Tollefsen apoiariam a “reversão” de cirurgias e alterações já realizadas (e, como dito, não considerariam legítima a proibição de cirurgias de transgenitalização e tratamentos hormonais, quando resultam do entendimento privado e consensual entre a pessoa transgênera e seu médico). Mas entendo que, por considerarem impossível a “mudança de sexo” do ponto de vista biológico, e imoral a representação “falsa” do gênero, o Estado não tem razões para atender a pleitos como a alteração de prenome e sexo documentais, dentre outros.

Sendo assim, na concepção de Finnis e Tollefsen, o Estado deve levar em consideração que, para fins jurídicos, o sexo é o elemento de identificação determinante do indivíduo – e não o gênero, entendido como a forma de se expressar uma “verdade” ou “falsidade” sobre a própria realidade corpórea (i.e., o sexo). Seria inadequado admitir que machos possam ser identificados como mulheres, ou que fêmeas possam ser identificadas como homens, na medida em que isso induziria terceiros em erro e negaria o importante papel que cada

pessoa assume dentro do ambiente familiar, representado pelo bem do casamento (de natureza intrinsecamente heterossexual). Isso significa que, considerando esta concepção, transgêneros devem suportar os ônus de suas escolhas “irracionais” sobre sexo e gênero¹⁵⁶.

Todos estes pontos sugerem que a posição de Finnis e Tollefsen é equivocada. Acredito que, com relação aos limites do Estado, podemos encontrar em Dworkin a melhor defesa da liberdade individual e a melhor resposta para casos complexos, levando em consideração ideias como dignidade, independência e responsabilidade pessoal, o dever do Estado em tratar a todos com igual respeito e consideração, e o reconhecimento de que algumas liberdades possuem caráter fundacional. É o que passo a tratar no próximo capítulo.

¹⁵⁶ Neste sentido, é curioso notar que o argumento contrário ao “reconhecimento estatal” de que transgêneros possam ser identificados juridicamente como homens ou mulheres (ou mesmo algo distinto) é análogo ao de que o Estado não deve “reconhecer” um direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em primeiro lugar, porque isso envolveria a desnaturação dos fundamentos conceituais que determinariam o gênero (em sua relação de correspondência com o sexo) e o casamento (enquanto união marcadamente heterossexual). Em segundo lugar, porque Finnis e Tollefsen identificam nestes pleitos de reconhecimento uma verdadeira ameaça à família heterossexual, que na forma do casamento é considerada um bem humano básico a ser promovido e protegido pelo Estado. Neste sentido, o movimento LGBTI nada mais faz do que sugerir que modos de vida verdadeiramente irracionais e imorais possam ser tão valiosos quanto a família composta por um pai, uma mãe e seus filhos.

CAPÍTULO 3 – TRANSGENERALIDADE, ESTADO E DIREITO: UMA CONCEPÇÃO LIBERAL-IGUALITÁRIA

Uma das questões centrais na Filosofia Política diz respeito aos limites da atuação do Estado na vida dos indivíduos e em suas escolhas pessoais, e sobre ela encontramos as mais variadas posições teóricas. A “prova de fogo” para estas teorias, notadamente na contemporaneidade, está nas respostas oferecidas para os problemas levantados pela *moralidade sexual* – o que concebo, genericamente, como parte da moralidade pública correspondente às diferentes posições sobre homossexualidade, pornografia, poligamia, incesto, transgeneralidade, dentre outras. A questão fundamental, portanto, é saber se há ou não limites para a atuação do Estado nestas situações, e em caso afirmativo, quais são eles e como se justificam.

No capítulo anterior, analisei a concepção de John Finnis e Christopher Tollefsen sobre estes limites. Sustentei que ela corresponde a uma concepção *equivocada*, pois pressupõe que o Estado possa promover ou desencorajar determinadas concepções de bem, com base em uma ideia equivocada sobre nossa sexualidade. Além disso, mesmo quando reparados os seus equívocos, também é uma concepção incompleta, na medida em que deixa sem resposta inúmeras questões de ordem prática – onde se insere boa parte das demandas de pessoas transgêneras. Neste momento, desejo trabalhar com uma concepção que estabelece de forma muito clara estes limites, sem cair nos equívocos da posição finnisiana.

Denomino esta concepção de *liberal-igualitária*, e atribuo a Ronald Dworkin sua formulação. Em síntese, Dworkin defende um campo de liberdade individual no qual o Estado não pode intervir de forma justa e legítima. Mas não será toda e qualquer “liberdade” que se encontra além dos limites do Estado: a liberdade fundamental, na concepção de Dworkin, está diretamente atrelada às duas dimensões da dignidade: o *valor intrínseco e objetivo* de cada vida humana e a *responsabilidade pessoal* que cada um assume por sua própria vida – o que nos conduz à ideia de *independência ética*. No campo da independência ética, a responsabilidade para decidir qual modo de vida adotar é inteiramente do indivíduo. Ainda assim, disso não decorre que o *exercício* de cada escolha é assegurado de forma indefinida pelo Estado, notadamente quando envolver a vida e o interesse de terceiros. Alguns tipos de liberdade não são, como afirma Dworkin, *fundacionais*, e neste sentido seu exercício é delimitado em atenção aos diferentes interesses envolvidos. Este ponto fica muito claro quando

Dworkin analisa a questão da pornografia, e aparece em temas como o uso de cintos de segurança e a prática do nudismo.

Mas a concepção dworkiniana não é apenas liberal. Ela também é *igualitária*. Na visão de Dworkin, devemos tratar a todos os indivíduos com *igual* respeito e consideração, algo que é particularmente relevante quando consideramos o agir estatal. Dentre outras consequências, este dever do Estado envolve a garantia de que todos os indivíduos, igualmente, são autônomos para decidir que forma de vida levarão – desde que estas escolhas não interfiram na independência e responsabilidade ética de outras pessoas. Neste sentido, fica claro que o Estado não pode levar em consideração a “vontade da maioria” para decidir sobre escolhas e modos de vida que digam respeito apenas aos indivíduos envolvidos.

Sendo assim, defendo neste capítulo que é ilegítima qualquer proibição ou desestímulo da transgeneralidade com base exclusiva em determinadas concepções de bem, sobre qual é ou não é uma boa forma de se viver. Neste sentido, entendida enquanto uma forma de expressão individual, pouco importando suas origens, a transgeneralidade pode ser parte integrante daquilo que indivíduos concebem como uma boa vida – e, neste sentido, eventuais limitações poderão ser afrontosas à independência ética do indivíduo, a depender das justificativas adotadas. Antes, porém, é importante saber como funcionam nossos debates sobre questões morais e jurídicas, pois muitos argumentos que possam ser levantados contra os pleitos de pessoas transgêneras não merecerão maiores considerações, na medida em que se fundamentam em simples preconceitos, se baseiam em fatos falsos ou apelam para uma compreensão meramente convencional da moralidade (a “vontade da maioria”).

1. MORALIDADE PÚBLICA E O DEBATE HART-DEVLIN

Um dos debates mais emblemáticos sobre o tema da moralidade sexual ocorreu na década de 60 entre Herbert Hart e Patrick Devlin, demarcando alguns dos pontos fundamentais para a compreensão contemporânea sobre o tema. Referido debate toma como ponto de partida as conclusões do relatório elaborado pela *Comissão Wolfenden*, referente à descriminalização da prostituição e da prática de atos sexuais homossexuais na Inglaterra. A conclusão principal da Comissão foi de que existe um âmbito de moralidade e imoralidade privadas que não dizem respeito ao Direito e ao Estado, notadamente quando se trata de relações consentidas entre adultos.

Patrick Devlin, à época integrante da Câmara dos Lordes, criticou as conclusões da Comissão Wolfenden em sua obra *The Enforcement of Morals* (DEVLIN, 1965). Para ele, uma sociedade não se mantém coesa apenas em razão de um governo, mas, sobretudo, pelo compartilhamento de uma moral comum. É por esta razão que questões como eutanásia, aborto, suicídio e incesto seriam apreciadas pelo Direito, mesmo quando realizadas no âmbito privado e sem ofensa a terceiros (DEVLIN, 1965, p. 7)¹⁵⁷. Esta moral comum, entretanto, seria reflexa da visão do “homem médio”, que na visão de Devlin não se confunde com a do “homem racional” (DEVLIN, 1965, p. 15). Isso não significa, pura e simplesmente, a vontade da maioria; mas a repugnância que muitas pessoas sentem por determinadas formas de vida (como a homossexualidade) seria claro indicativo de que os limites da tolerância foram alcançados – e a sociedade não tem que tolerar tudo (DEVLIN, 1965, p. 17)¹⁵⁸.

Herbert Hart apresenta dura crítica a esta posição, notadamente em seu livro *Law, Liberty and Morality* (1963). O primeiro ponto levantado diz respeito à ausência de qualquer evidência de que a imoralidade ameace a existência da sociedade (HART, 1963, p. 18-19). Outro ponto trata da importante distinção entre moral social (ou “positiva”) e moral crítica, que teria sido esquecida por Devlin. Enquanto a primeira diz respeito ao que constitui a moral aceita e compartilhada por um grupo social, a moral crítica versa sobre os princípios morais gerais utilizados para a crítica das instituições (HART, 1963, p. 20). Mas o ponto mais importante da crítica hartiana, acredito, está no papel reservado à *justificação* do uso da coerção no plano da moralidade. Isso porque a mera repulsa do homem médio não consiste em uma justificativa racional para a criminalização de formas de vida sexual que não a heterossexual. Desse modo, de acordo com Hart, é necessário apresentar uma justificação racional àqueles cujos desejos são frustrados por medo da punição, o que é particularmente

¹⁵⁷ A posição de Devlin pode ser sintetizada da seguinte forma: “*If society has no right to make judgements on morals, the law must find some special justification for entering the field of morality: if homosexuality and prostitution are not in themselves wrong, then the onus is very clearly on the lawgiver who wants to frame a law against certain aspects of them to justify the exceptional treatment. But if society has the right to make a judgement and has it on the basis that a recognized morality is as necessary to society as, say, a recognized government, then society may use the law to preserve morality in the same way as it uses it to safeguard anything else that is essential to its existence*” (DEVLIN, 1965, p. 11)

¹⁵⁸ “*There is, for example, a general abhorrence of homosexuality. We should ask ourselves in the first instance whether, looking at it calmly and dispassionately, we regard it as a vice so abominable that its mere presence is an offence. If that is the genuine feeling of the society in which we live, I do not see how society can be denied the right to eradicate it*” (DEVLIN, 1965, p. 17).

relevante quando estamos diante de uma legislação que toma por base a moralidade sexual (HART, 1963, p. 22; LAGO, 2016, p. 181)¹⁵⁹.

O debate Hart-Devlin foi alvo de várias análises, dentre as quais se destaca a de John Finnis. Em seu artigo *Hart as a Political Philosopher* (FINNIS, 2011e, pp. 257-279), escrito originalmente em 2009, Finnis apresenta críticas à posição hartiana, o que não significa que endosse a posição de Devlin¹⁶⁰. A posição de Hart teria passado ao largo de uma questão fundamental: supondo-se que atos privados consensuais entre adultos devam deixar de ser uma ofensa criminal, qual deve ser a política do Direito ou de outras instituições da sociedade (como a educação pública) em relação à promoção ou facilitação de tais atos? (FINNIS, 2011e, p. 268).

A resposta de Finnis para esta questão foi analisada no capítulo anterior. De qualquer modo, o erro de Hart estaria em compreender a questão central enquanto uma questão de moralidade crítica sobre a aplicação jurídica da moralidade social ou positiva (FINNIS, 2011e, p. 270). O problema, segundo Finnis, é que esta questão não merece especial atenção – pois, quando alguém está deliberando sobre o que é moral e imoral, a moralidade positiva não é determinante. Enquanto *fato* do conjunto de opiniões sustentadas por um grupo de pessoas sobre o que é certo ou errado, a moralidade positiva nunca pode resolver (*settle*) o que o indivíduo deliberante deve julgar (FINNIS, 2011e, p. 270). Mas daí não se segue, como a posição de Hart sugere, que aqueles que defendem a moralidade positiva não possuam razões morais substantivas para fazê-lo. Exemplo disso, segundo Finnis, está na visão daqueles que, embora entendam que o sexo não-marital praticado privadamente não cause danos, ainda assim consideram injusto e danoso predispor crianças à aprovação destes atos. A razão que tais pessoas podem oferecer é que ensinar às crianças que o sexo não-marital possa ser um bem corresponde a uma incompreensão grosseira sobre o bem do casamento, enquanto meio mais favorável e justo para a procriação e criação de uma família, bem como para a realização (*fulfillment*) pessoal dos indivíduos casados. Estas razões não seriam baseadas em gostos ou convenções, mas sim em julgamentos vivos sobre as características mais fundamentais da natureza humana (FINNIS, 2011e, p. 272).

¹⁵⁹ Em casos que envolvam nossa sexualidade, isso é particularmente relevante porque estamos diante de algumas inclinações que dizem respeito àquilo que compreendemos como importante para nossa própria vida, e que não se confunde com inclinações e impulsos que possam prejudicar terceiros. Neste sentido, Hart afirma que “*Unlike sexual impulses, the impulse to steal or to wound or even kill is not, except in a minority of mentally abnormal cases, a recurrent and insistent part of life. Resistance to the temptation to commit these crimes is not often, as the suppression of sexual impulses generally is, something which affects the development or balance of the individual’s emotional life, happiness, and personality*” (HART, 1963, p.22).

¹⁶⁰ A posição de Devlin é vista por Finnis como “*ruminations of an English judge of no philosophic formation*” (FINNIS, 2011e, p. 270).

A crítica de Finnis faz sentido. Percebe-se que Hart falha ao não compreender que mesmo aqueles que aderem a uma moralidade ampla ou universalmente aceita irão, ao menos enquanto caso central, aderir a esta moralidade não porque outros também o fazem, mas porque a consideram correta – ou seja, justificada enquanto uma articulação bem-sucedida das exigências do bem-estar, dignidade, honra, excelência etc., de pessoas ou grupos (FINNIS, 2011e, p. 271).

Mas Finnis também critica a posição de Devlin, embora seu principal argumento tenha sido elaborado no texto *Human Rights and their Enforcement* (FINNIS, 2011d, pp. 19-46). Em síntese, Finnis entende que o erro cometido por Devlin ocorre ao se afastar da questão da verdade (no caso, da verdade moral). Isso porque, na visão de Devlin, a justificação apropriada das leis para a proteção da moralidade está no simples fato de que muitos *acreditam* que a conduta é viciosa, e não no vício que efetivamente existe na conduta, ou em sua tendência de corromper ou degradar e, desta forma, causar algum dano. A preocupação de Devlin não está, segundo Finnis, no fato de que os indivíduos podem lesionar ou serem lesionados através de suas condutas, mas apenas de que a moral social e sua coesão sofreriam se crenças morais compartilhadas não fossem impostas pelo direito (FINNIS, 2011d, p. 27). Em síntese, a visão de Devlin busca proteger não a moralidade *pública* (enquanto elemento do bem comum da comunidade política – o bem público), mas sim as meras crenças morais da maioria dos indivíduos, pouco importando se são verdadeiras ou falsas.

Ainda assim, entendo que existe uma proximidade importante entre o pensamento de Finnis e Devlin. Enquanto Devlin demanda a imposição da moral do “homem médio” como elemento fundamental para manutenção da coesão social e própria existência da sociedade, Finnis sustenta que a proibição e desencorajamento de condutas viciosas no âmbito público são fundamentais para se proteger o ambiente moral em que os indivíduos buscam sua perfeição, pois condutas viciosas são danosas e prejudiciais a este ambiente. Percebe-se, portanto, que ambos demandam considerações empíricas de difícil comprovação, notadamente em questões de moralidade sexual. Devlin não apresentou nenhuma prova de que a descriminalização de homossexualidade “prejudicaria” a coesão social. Finnis, como argumentei no capítulo anterior, também não apresenta qualquer prova de que a homossexualidade ou comportamentos que estejam fora da heteronormatividade sejam afrontosos e danosos ao ambiente moral adequado para o florescimento dos indivíduos.

Um dos problemas da argumentação de Devlin e Finnis está, conseqüentemente, no uso de *considerações de fato falsas ou implausíveis*. Embora outros autores considerem que

Finnis manifeste o mais profundo preconceito com relação à homossexualidade¹⁶¹, o fato é que isso só acontece porque sua visão tem por base uma ideia equivocada da sexualidade humana e suas relações com o ambiente moral que considera adequado, como defendi no capítulo anterior.

Esta ideia aparece desenvolvida com maior profundidade na análise elaborada por Ronald Dworkin sobre o debate Hart-Devlin. Em seu artigo *Lord Devlin and the Enforcement of Morals* (DWORKIN, 1966), Dworkin afirma que existem quatro tipos de razões que são frequentemente apresentadas pelos indivíduos, mas que, pela sua natureza, não podem fundamentar uma posição moral coerente. São eles: 1) o *preconceito*, visto que argumentos que pressupõe a inferioridade de alguém não são considerados válidos; 2) as *reações emocionais*, pois é a repugnância e o nojo que deveriam ser fundamentados por razões morais, e não o contrário (onde também se enquadram os argumentos levantados por Devlin); 3) as *considerações de fato falsas ou implausíveis*, que desafiam padrões mínimos de evidência e argumentos socialmente aceitos (onde os argumentos de Devlin e Finnis se encontram); 4) as *repetições da opinião alheia*, pois as convicções morais devem ser concebidas pelos próprios indivíduos, ao invés de repetir as opiniões dos demais (DWORKIN, 1966, pp. 996-997).

A justificação, portanto, não será adequada quando se pautar no preconceito, em reações emocionais, em considerações de fato falsas ou se limitar a repetir opiniões alheias. Além disso, outro elemento fundamental para aquele que assume determinada posição moral é a *coerência*. Isso fica evidente quando pensamos nas críticas à homossexualidade (e mesmo à transgeneralidade) que levam em consideração a Bíblia ou outros textos religiosos: não seria coerente que alguém considerasse a homossexualidade errada segundo a Bíblia, ao mesmo tempo em que não vê problemas no sexo fora do casamento ou no uso de métodos anticoncepcionais. Nestes casos, o indivíduo estaria sendo inconsistente e incoerente com a teoria que considera relevante para a defesa de suas posições morais (DWORKIN, 1966, pp. 997-998; LAGO, 2016, p. 183).

¹⁶¹ É o que Nicholas Bamforth e David Richards argumentam no capítulo 7 de *Patriarchal Religion, Sexuality, and Gender* (2007), ao apresentarem muitas passagens homofóbicas presentes nos escritos de alguns expoentes do Direito Natural: “It is plain from their writings that Grisez and Finnis have little comprehension of gay men or lesbians, and are seemingly disdainful of the notion that they may meaningfully engage in loving, committed, sexual emotional relationships. Furthermore, some of Finnis’s arguments appear to descend rapidly into prejudice. As such, it is not hard to avoid the conclusion that these writings are of homophobic character” (BAMFORTH; RICHARDS, 2007, p. 262).

Seja como for, revisitar o embate entre Hart e Devlin, à luz das análises de Finnis e Dworkin, demonstra claramente a atualidade deste debate. Algo que se encontra em jogo corresponde à sua própria natureza, e a maneira como sustentamos nossas posições morais.

Não é preciso ir muito longe para saber que aquilo que a maior parte das pessoas considera correto não é o melhor caminho para chegarmos à solução de questões de ordem moral. Mesmo que a maioria das pessoas fosse a favor da escravidão, ainda assim a escravidão seria errada. Da mesma forma, mesmo que a maioria sentisse “profunda repulsa” da transgeneralidade, ela não seria “errada” por esta razão. Como se viu, isso acontece porque o que fundamenta nossas concepções morais são nossas próprias convicções – aquilo que acreditamos ser o correto. Se o que fosse levado em consideração fossem as crenças da maior parte da população, divergências morais seriam solucionadas enquanto uma questão de fato, e não como efetivas questões morais. Assim, por exemplo, um vegetariano que sustente que é errado ou imoral comer carne estaria, pura e simplesmente, equivocado. O que escapa desta concepção que leva em consideração as crenças da maioria é que nem mesmo aquele que assume uma posição minoritária desconhece o que a maioria acha. O vegetariano sabe que suas concepções sobre comer carne são minoritárias, e nem por isso deixa de defendê-las.

Esta observação nos leva a uma segunda questão: como, então, justificar nossas concepções morais? Como visto, Dworkin afasta da argumentação moral algumas justificativas que são consideradas “irracionais”, mas isso não resolve toda a questão. Afinal, em um contexto marcado por divergências em questões morais, jurídicas e políticas, o que determinaria qual justificativa é a mais adequada?

2. DESACORDOS INTERPRETATIVOS

As divergências morais, jurídicas e políticas foram objeto de profunda análise por parte de Dworkin. Este é um tema complexo, e pretendo aprofundá-lo apenas e na medida em que nos auxilia a solucionar as questões levantadas na presente tese.

Em sua obra *O Império do Direito* (DWORKIN, 1986), Dworkin argumenta que temos uma atitude interpretativa (*interpretive*) em relação a certas práticas sociais. Para explicar o que vem a ser esta atitude, ele pede que imaginemos uma sociedade hipotética regida

por certas “regras de cortesia”. Em seus primórdios, estas regras eram as mais diversas possíveis (como tirar o chapéu para nobres) e tinham a natureza de verdadeiros tabus: não variavam e nem eram contestadas. Com o passar do tempo, os indivíduos passam a perceber que a prática da cortesia não existe apenas por “existir”, mas tem um valor, correspondente a um interesse, propósito ou princípio geral independente das suas regras específicas. Este fato se alia a uma segunda constatação: as exigências da cortesia (as condutas que ela impõe aos indivíduos) não precisam corresponder, necessariamente, àquelas previstas em toda e qualquer regra associada à prática – na realidade, as regras só fazem sentido na medida em que possam ser associadas ao propósito atribuído à prática da cortesia. É a partir destas duas constatações que Dworkin dirá que os indivíduos assumem esta atitude interpretativa: as pessoas deixam de seguir as regras de forma completamente irrefletida, e passam a impor um *sentido* (*meaning*) à instituição da cortesia, vendo a prática em “sua melhor luz”, reestruturando-a em atenção a este sentido (DWORKIN, 1986, p. 47).

Não é difícil imaginar que, nesta sociedade hipotética, os indivíduos poderão discordar sobre algumas proposições que fazem referências à cortesia na medida em que assumam esta atitude interpretativa. Alguém poderá dizer que a cortesia exige que tiremos nosso chapéu para pessoas mais ricas ou nobres, ao passo que outra pessoa poderá discordar e afirmar que a cortesia exige que tiremos nosso chapéu apenas para pessoas mais velhas. O que se observa em situações como esta é que, embora exista uma discordância, ainda assim existem proposições gerais e abstratas com as quais os debatedores estão de acordo – trata-se de casos paradigmáticos de cortesia (e.g., ambos concordam que entrar de chapéu em uma igreja é desrespeitoso). Estes paradigmas, certamente, podem mudar com o tempo, mas ainda assim são fundamentais para garantir que estamos falando da mesma coisa, que estamos tratando do mesmo conceito¹⁶². Sendo assim, Dworkin dirá que em desacordos como o apresentado nós compartilhamos ao menos o *conceito* de cortesia, delimitado por ideias e exemplificações gerais de cortesia (i.e., os paradigmas), ao passo em que temos diferentes *concepções* sobre o que ela significa em cada caso (DWORKIN, 1986, p. 71)¹⁶³.

¹⁶² “We do not agree about what makes an act just or unjust, right or wrong, an invasion of liberty or an act of tactlessness. Nor do we agree about what response, if any, would be required or justified by a correct attribution of the concept. But we agree sufficiently about what we take to be paradigm instances of the concept, and paradigm cases of appropriate reactions to those instances, to permit us to agree, in a way intelligible to others who share the concept with us, that a particular characterization of the value or disvalue best justifies these shared paradigms” (DWORKIN, 2011, pp. 160-161).

¹⁶³ A diferença entre conceito e concepção é atribuída a Walter Byce Gallie, que a apresenta em seu texto *Essentially Contested Concepts* (GALLIE, 1956). A ideia central é de que os indivíduos discordam sobre o uso de determinados conceitos, como “democracia”, e defendem suas visões sobre o uso destes conceitos através

Se retomarmos o debate entre Hart e Devlin, percebemos que ambos estão divergindo sobre a seguinte questão: é *justo* que determinadas práticas consensuais e privadas, como a homossexualidade, sejam criminalizadas? A resposta de ambos é diferente porque, em última análise, Hart e Devlin possuem concepções distintas sobre o que é justo em situações como a representada pela questão. Eles compartilham o conceito de justiça, mas têm concepções distintas sobre o que ela exige em situações específicas. Em casos assim, Dworkin dirá que devemos tratar o conceito de forma *interpretativa*.

É claro que, em um sentido muito amplo de interpretação, sempre que utilizamos um conceito o estamos interpretando de alguma forma. A observação de Dworkin, no entanto, é muito mais sutil. Quando afirma que devemos tratar um conceito interpretativamente, Dworkin está afirmando que o conceito em questão deve ser considerado de forma específica, seguindo uma determinada lógica, a fim de que o desacordo não se limite a uma mera questão verbal ou taxonômica.

Para compreender o que Dworkin quer dizer, é interessante analisar as diferentes maneiras pelas quais compartilhamos e utilizamos certos conceitos. Alguns conceitos são compartilhados em razão de determinados critérios: um triângulo equilátero, por exemplo, corresponde a uma figura geométrica com três lados iguais. Se vejo o desenho de um triângulo equilátero e digo que se trata de um quadrado, é porque não sei utilizar os conceitos em questão. Neste caso, não há que se falar em desacordo, ao menos em um sentido mais sério: estou simplesmente errado. Algo semelhante acontece quando estamos diante de outros conceitos compreendidos de modo criterial, mas cujos critérios não sejam tão precisos como os de um triângulo equilátero. Em situações assim, podemos ter alguns desacordos ilusórios, como saber se alguém que está ficando calvo já pode ou não ser considerado careca, mesmo quando estamos de acordo sobre quanto cabelo o indivíduo possui (DWORKIN, 2011, p. 158).

Dworkin também afirmará que alguns conceitos são de tipo natural. Em suas palavras, “*tipos naturais são coisas que têm uma identidade fixa na natureza, como componentes químicos ou espécies animais, e pessoas compartilham um conceito de tipo natural quando usam o conceito para se referir ao mesmo tipo natural*” (DWORKIN, 2011, p. 159, tradução livre). Isso significa que pessoas podem se referir ao mesmo tipo natural ainda que utilizem

de argumentos, evidências e outras formas de justificação. Stephen Guest, ao analisar a diferença entre conceito e concepção na obra dworkiniana, afirma o seguinte: “*Dworkin makes frequent use of a distinction between concepts and conceptions. Concepts embrace a discrete set of ideas that are employed in all interpretations; a lowest common denominator of meaning, common in dictionaries. A conception, on the other hand, will take up some controversy that, according to Dworkin, is ‘latent’ in the concept*” (GUEST, 2012, pp 73-74).

critérios distintos para identificar alguns exemplos. Assim, podemos assumir que um “leão” corresponde a um tipo biológico, muito embora eu entenda que a principal característica de um leão seja seu rugido, e outra pessoa entenda que leões são definidos principalmente pelo seu porte e juba. Se discordamos sobre se um animal que esteja em nossa frente é ou não é um leão, e um teste de DNA revelar que se trata de um leão, o melhor é que um de nós reveja sua posição (DWORKIN, 2011, p. 159). Neste sentido, é possível afirmar que o sexo corresponde a um tipo natural: assim como seria possível identificar um animal através de seu DNA, muitos indivíduos entenderão que a identificação de alguém como macho, fêmea ou intersexual deve levar em conta os critérios considerados determinantes para a fixação do sexo biológico, notadamente os cromossomos.

Mas a forma como solucionamos disputas morais e jurídicas sobre conceitos como a justiça não envolve um tratamento de tipo criterial, e nem consideramos tais conceitos como tipos naturais. Nós tratamos estes conceitos de modo *interpretativo*, assumindo a já mencionada atitude interpretativa. Isso acontece porque compartilhamos estes conceitos ainda que tenhamos desacordos sobre os critérios para identificar casos de justiça ou injustiça, ou saber quais instituições são justas ou injustas. Em última análise, estes conceitos nos fazem refletir sobre o sentido de certas práticas sociais, sobre os propósitos que atribuímos a tais práticas (DWORKIN, 2006b, pp. 10-11)¹⁶⁴.

Mas como devemos interpretar um conceito valorativo ou uma prática social proposta? Dworkin trabalha sua concepção de interpretação, de forma bem elucidativa, em seu texto *How Law is Like Literature* (DWORKIN, 1985, pp. 146-166). Nele, ao abordar a interpretação literária, Dworkin sustenta o que chama de “hipótese estética”: a melhor interpretação de uma obra será aquela que a revela como a melhor obra de arte que ela poderia ser – em síntese, é a que revela a obra em sua melhor luz (DWORKIN, 1985, p. 149). Isso não significa, por certo, que a interpretação envolva transformar a obra em algo novo: há alguns limites, que são marcados sobretudo por questões de identidade (e.g., os termos do texto, cuja leitura não deve envolver acréscimos ou supressões), e sobretudo de coerência ou

¹⁶⁴ Dworkin define a função interpretativa em alguns conceitos da seguinte forma: “*Some of our concepts function differently still: they function as interpretive concepts that encourage us to reflect on and contest what some practice we have constructed requires. People in the boxing world share the concept of winning a round even though they often disagree about who has won a particular round and about what concrete criteria should be used in deciding that question. Each of them understand that the answers these questions turn on the best interpretation of the rules, conventions, expectations, and other phenomena of boxing and of how all these are best brought to bear in making that decision on a particular occasion. (...) [T]he central concepts of political and personal morality – the concepts of justice, liberty, equality, democracy, right, wrong, cruelty, and insensitivity – function for us as interpretive concepts as well. People share the concept of justice in spite of sharp disagreements both about the criteria for identifying injustice and about which institutions are unjust*” (DWORKIN, 2006b, pp. 10-11).

integridade. Com relação à coerência da interpretação, Dworkin afirma que o intérprete deve estar atento às questões de estilo. Assim, por exemplo, uma interpretação de um livro da Agatha Christie como um “tratado filosófico sobre a morte” seria uma interpretação ruim, que não revela a obra em sua melhor luz, na medida em que somente uma ou outra frase poderiam ser associadas ao tema proposto (DWORKIN, 1985, pp. 150-151).

Dworkin sustenta que algo semelhante à interpretação literária ocorre em nossas práticas sociais propositadas, como é o caso do Direito. Na interpretação destas práticas, devemos levar em consideração os diferentes paradigmas e valores que lhes conferem sentido. Estes paradigmas e valores se encontram diretamente interligados e se sustentam mutuamente – não há como compreender um sem recorrer a outro (DWORKIN, 2011, p. 10). A justiça seria um valor pobre e sem muita importância se não estivesse interligada a outros valores, como igualdade e liberdade, e vice-versa. Disso se segue que, além de questões de coerência semelhantes às da interpretação literária, deve-se buscar um ajuste (*fit*) adequado entre os diferentes paradigmas¹⁶⁵. Todo este processo acontece de forma argumentativa: não há como descobrir a melhor interpretação referente a valores e práticas sociais fora de um contexto moral, de natureza argumentativa, onde diferentes concepções se enfrentam¹⁶⁶.

Não é sem razão, portanto, que estas reflexões nos conduzem a uma das mais criticadas teses de Dworkin: a de que podemos encontrar, mesmo em casos morais e jurídicos difíceis, uma resposta correta¹⁶⁷. Afinal, há objetividade em questões morais?

¹⁶⁵ Como afirma Ronaldo Porto Macedo Junior, “Para Dworkin, uma concepção é melhor que outra, e não apenas diferente, quanto mais se ajusta adequadamente (*‘Fit’*) aos paradigmas socialmente compartilhados desse mesmo conceito e é capaz de descrever as práticas paradigmáticas de maneira mais coerente. Coerência e ajuste adequado são, assim, critérios também socialmente compartilhados, que nos permitem avaliar e julgar a superioridade de concepções rivais sobre um mesmo conceito” (MACEDO JUNIOR, 2013a, p. 216).

¹⁶⁶ Neste sentido, Dworkin afirmará que a interpretação será, desde o princípio, interpretativa (*interpretive*), da mesma forma como a moralidade é “moral” desde o princípio (DWORKIN, 2011, p. 131). As respostas para questões interpretativas só podem ser encontradas através da interpretação, da mesma forma que é apenas através dos próprios valores e princípios morais que formularemos argumentos adequados para a resposta de diferentes questões morais. Embora isso remonte a uma ideia de “circularidade” no pensamento dworkiniano, esta circularidade não é mera tautologia – a riqueza de valores faz com que seja muito difícil imaginarmos uma situação onde o argumento encontre a si mesmo (LAGO, 2016, p. 120).

¹⁶⁷ A posição de Dworkin sobre a questão assume um caráter mais defensivo, em atenção às inúmeras críticas que lhe foram dirigidas ao afirmar que existem interpretações melhores e piores. Neste sentido, Dworkin afirma o seguinte em seu texto *On Interpretation and Objectivity* (DWORKIN, 1985, pp. 168- 177): “I see no point in trying to find some general argument that moral or political or legal or aesthetic or interpretive judgments are objective. Those who ask for an argument of that sort want something different from the kinds of arguments I and they would make for particular examples or instances of such judgments. But I do not see how there could be any such different arguments. I have no arguments for the objectivity of moral judgments except moral arguments, no arguments for the objectivity of interpretive judgments except interpretive arguments, and so forth” (DWORKIN, 1985, p. 171).

Não adentrarei nos complexos debates sobre esta questão, que envolvem diferentes formas de ceticismo¹⁶⁸. Ainda assim, faz sentido pensarmos que algumas concepções serão melhores ou piores que outras – até porque *defendemos* diferentes posições morais. Esta defesa, como mencionei, não leva em consideração a “vontade da maioria”, ou o fato de que outras pessoas também concordam conosco, e muito menos de que se trata de uma prática convencional. Quando defendemos que a escravidão é errada, por exemplo, o fazemos mesmo na hipótese de vivermos em uma sociedade escravocrata. Muitas de nossas práticas sociais compartilhadas refletirão, conseqüentemente, consensos de convicção, e não de convenção¹⁶⁹. De qualquer modo, é curioso notar o paradoxo entre afirmar que a escravidão é errada e, ao mesmo tempo, sustentar que “não existe certo ou errado” sobre a escravidão. Dworkin sugere ainda o absurdo de um juiz que, após condenar alguém à prisão, sustente que sua decisão não é melhor ou pior que outras decisões que outros juízes poderiam ter tomado, mas apenas “diferente” (DWORKIN, 2011, p. 151). Em casos assim, afirmar que não há objetividade seria um contrassenso.

3. DIGNIDADE E CONCEPÇÃO LIBERAL DE IGUALDADE

A análise do debate Hart-Devlin, enquanto exemplo de divergência sobre questões de moralidade pública, bem como da forma como Dworkin trabalha com nossas divergências morais, jurídicas e políticas, lança luzes importantes sobre uma questão abstrata, mas relevantíssima para a Filosofia Política: até que ponto o Estado poderá intervir na liberdade individual?

Esta não é uma questão simples. Como visto no capítulo anterior, Finnis desenvolve uma teoria que limita a ação estatal ao chamado bem público, e não deixa de assumir uma

¹⁶⁸ Dworkin rebate inúmeras críticas que lhe são apresentadas em vários de seus textos. Neste sentido, merecem destaque o texto *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It* (DWORKIN, 1996) e a primeira parte do livro *Justice for Hedgehogs* (DWORKIN, 2011). Analiso algumas destas respostas em minha dissertação de mestrado (LAGO, 2016, pp. 105-113).

¹⁶⁹ Em minha dissertação de mestrado, interpretando Dworkin, afirmei o seguinte: “*Muitas coisas podem ser consideradas verdadeiras por convenção. Não seria impossível imaginar que muitas normas jurídicas são aceitas por alguns juízes e advogados apenas porque todas as demais pessoas as aceitam. Entretanto, nem todo acordo será oriundo de uma convenção* (DWORKIN, 1986, p. 136). Na realidade, se analisarmos a prática jurídica, veremos que seus atores muitas vezes apresentarão visões contrárias à mera convenção, demonstrando argumentativamente as razões que justificam suas diferentes posições. Em outras palavras, o que move a prática judicial é o fato de que o consenso, na realidade, refere-se a uma questão de convicção (DWORKIN, 1986, p. 136-137)” (LAGO, 2016, pp. 110-111).

perspectiva perfeccionista na medida em que defende o papel do Estado na promoção e desencorajamento de certas concepções de bem. Afirmo que esta concepção é problemática na medida em que sustenta que determinadas concepções de bem e de boa vida são melhores ou piores que outras. Mas quais seriam os fundamentos específicos que tornariam ilegítimas as ações do Estado que buscassem promover ou desencorajar determinadas concepções de bem?

A teoria que defendo nesta tese toma como base uma concepção específica, que atribuo a Ronald Dworkin, e que busca responder não apenas à questão geral dos limites da intervenção estatal, mas também esta última questão em específico. É pela forma que ela responde tais questões, interpretando de modo coerente e ajustado uma série de valores e práticas sociais compartilhadas, que a considero uma concepção superior à proposta por Finnis. Denomino esta concepção de *liberal-igualitária*.

A herança que Dworkin nos legou no campo da Filosofia Política é vasta. Ela busca responder a uma série de questões, como aquelas que se encontram no campo da justiça distributiva¹⁷⁰. Entretanto, no que diz respeito à presente tese, algumas ideias se mostram mais relevantes. Destas, duas merecem particular atenção: sua concepção de dignidade, e aquilo que Dworkin denomina “concepção liberal de igualdade”. Argumento adiante que é com base nestas duas concepções que encontramos a melhor forma de responder às demandas jurídicas de pessoas transgêneras, identificando seus direitos morais.

3.1. As duas dimensões da dignidade

Como visto, nós compartilhamos uma série de paradigmas através dos quais interpretamos certos conceitos e práticas sociais. Estes paradigmas compõem aquilo que torna o debate moral inteligível, correspondendo ao que Dworkin chama de “*common ground*”. Dentre estes paradigmas, um dos mais importantes e mencionados corresponde à *dignidade*.

¹⁷⁰ Assim, por exemplo, Dworkin fala em um “leilão hipotético”, simulando o início de uma sociedade política, no qual indivíduos disputam a distribuição de diferentes bens. Este expediente é utilizado por Dworkin para explicar as condições de uma política distributiva justa, assemelhando-se (mas não se confundindo) com o a “posição original” imaginada por Rawls em seu *Uma Teoria da Justiça* (RAWLS, 2002). Esta ideia é trabalhada em seu livro *Sovereign Virtue* (DWORKIN, 2000) e retomada naquele que corresponde à sua “teoria da justiça”: *Justice for Hedgehogs* (DWORKIN, 2011).

Mas no que consiste a dignidade? Em uma de suas últimas obras, *Is Democracy Possible Here?* (DWORKIN, 2006b), Dworkin afirmará que a dignidade é composta por dois princípios fundamentais: o princípio do valor intrínseco e o princípio da responsabilidade pessoal. O *princípio do valor intrínseco* nos informa que devemos tratar cada vida humana com um tipo especial de valor objetivo. Isso porque nós acreditamos que, uma vez que a vida humana tenha começado, a forma como ela é conduzida é particularmente importante (DWORKIN, 2006b, p. 9). Já a *responsabilidade pessoal* envolve a responsabilidade soberana do indivíduo para definir aquilo que considera importante para sua própria vida, e para levar uma vida que entenda ser bem-sucedida (DWORKIN, 2006b, p. 10).

Estes pontos são complementados por Dworkin em seu *Justice for Hedgehogs* (DWORKIN, 2011). Neste livro, Dworkin tem a preocupação especial de relacionar este princípio da dignidade aos princípios que conduzem nossa vida coletiva, como justiça, liberdade e igualdade. Como visto, estes princípios estão submetidos à ideia de interpretação. Em apertada síntese, para responder às questões de ordem ética e moral, nós recorremos a diferentes princípios e paradigmas, tendo em vista os propósitos de nossas práticas. Nós buscamos as respostas que sejam mais coerentes e ajustadas à luz destes diferentes princípios, paradigmas e valores que compartilhamos, o que corresponde à mencionada atitude interpretativa. A melhor interpretação para questões éticas e morais, como visto, deve ser buscada dentro da própria moralidade, entendida em sentido amplo, a partir de uma prática argumentativa. Não há uma verdade extrínseca à moralidade. A objetividade no campo ético e moral, para Dworkin, só é possível em atenção aos próprios princípios éticos e morais, que se sustentam mutuamente e podem ser pensados como uma grande rede¹⁷¹. Isso nos leva a uma ideia de circularidade que não será viciosa, mas pré-condição para nosso raciocínio moral –

¹⁷¹ Neste ponto, Dworkin considera correto o famoso *princípio de Hume*, enquanto princípio de epistemologia moral. É a célebre ideia de que não se pode derivar um “dever ser” de um “ser”. Na interpretação de Dworkin, este princípio “*holds that no series of propositions about how the world is, as a matter of scientific or meta-physical fact, can provide a successful case on its own – without some value judgment hidden in the interstices – for any conclusion about what ought to be the case*” (DWORKIN, 2011, p. 44). No meu ponto de vista, esta é uma ideia que não prejudica a distinção entre razão teórica e razão prática, que se relaciona com a concepção finnisiana: de um lado nossa razão está dirigida para explicar as coisas como elas “são”, e de outro lado a razão se dirige para explicar nossas ações, o que “devemos fazer”. Neste último campo, juízos morais só serão inteligíveis em atenção aos bens ou fins últimos de nossas ações. É claro que, na concepção finnisiana, isso envolve uma estrutura escalonada onde, ao topo, se encontram bens intrinsecamente valiosos. Dworkin, por sua vez, defende que nossos valores devem ser compreendidos de forma integrada: eles se sustentam mutuamente, e não existe algum valor que se encontre acima dos demais ou seja “autoevidente” (LAGO, 2016, p. 119). Sendo assim, os valores, princípios e paradigmas estão estruturados na concepção dworkiniana como uma “cúpula geodésica” (DWORKIN, 2006c, p. 160). Em síntese, para encontrarmos respostas para questões morais, devemos buscá-las dentro da própria moralidade.

a moralidade sempre será “moral”, da mesma forma que a interpretação é sempre “interpretativa” (DWORKIN, 2011, p. 131)¹⁷². O conceito de justiça é um exemplo emblemático. Neste sentido, Dworkin afirma o seguinte:

Nós defendemos uma concepção de justiça ao colocarmos as práticas e paradigmas deste conceito em uma rede maior de outros valores que sustentam nossa concepção. Nós podemos, a princípio, continuar a expandir nosso argumento, explorando outros valores até que, como eu disse, o argumento encontra a si mesmo. A circularidade, se existe, é global através de todo o domínio do valor (DWORKIN, 2011, pp. 162-163, tradução livre).

Em nossas práticas, podemos afirmar que perseguimos para nós mesmos uma vida que consideramos digna, ao passo em que nos relacionamos com outras pessoas. Nossas ações poderão impactar na vida de outros indivíduos, e vice-versa. Dworkin dirá, portanto, que podemos pensar a ideia geral de dignidade a partir de dois campos distintos de nossa vida prática. Para explicar este ponto, Dworkin se vale de uma distinção específica entre ética e moral. Enquanto a *ética* diz respeito a como devemos viver nossas vidas particulares, a *moral* prescreve como devemos tratar as demais pessoas (DWORKIN, 2011, p. 191). Por certo, os âmbitos ético e moral não são “estáticos”: a própria distinção tem natureza interpretativa, e em seu uso cotidiano as expressões “ética” e “moral” poderão se confundir. Da mesma forma que os conceitos, paradigmas e valores que utilizamos em questões morais se entrelaçam e se sustentam mutuamente, as ideias de ética e moral são profundamente interdependentes.

Esta é uma distinção metodologicamente importante. Do ponto de vista ético, somos capazes de pensar em inúmeras formas de viver nossas próprias vidas. Qual profissão teremos, se vamos ou não casar, cultivar ou não alguma crença em algo transcendente – todas estas são questões que dizem respeito ao próprio indivíduo. Mas note que, se nós reconhecemos a ideia de *valor intrínseco* de nossa vida, disso decorrerá que temos um dever de “viver bem”. Nós não apenas “existimos”, mas “vivemos”, e uma vida será bem vivida na medida em que nos valem de uma interpretação adequada sobre o que é viver bem. Neste sentido, Dworkin trabalha com a distinção entre “viver bem” e “ter uma vida boa” – que se assemelha à distinção entre dever e consequência. Viver bem significa esforçar-se para criar uma boa vida, em atenção a certas restrições essenciais à dignidade humana. Já uma vida

¹⁷² “Interpretation is therefore interpretive, just as morality is moral, all the way down. A particular interpretation succeeds – it achieves the truth about some objects meaning – when it best realizes, for that object, the purposes properly assigned to the interpretive practice properly identified as pertinent” (DWORKIN, 2011, p. 131).

boa poderá ou não ser consequência do viver bem. Neste sentido, dificilmente imaginá-
mos que alguém que sofreu uma série de infortúnios teve uma vida boa, ainda que tenha
atentado para valores éticos e morais, agindo responsabilmente. Por outro lado, podemos
imaginar que alguém que tenha agido de forma imoral possa ter tido uma vida boa, na medida
em que prosperou nos campos emocional e material, tendo uma vida longa e pacífica
(DWORKIN, 2011, p. 195).

Neste ponto, nos deparamos com a ideia de *responsabilidade*. Nós temos a respon-
sabilidade viver bem. Para Dworkin, esta responsabilidade (que equivale à responsabilidade
pessoal) envolve uma interpretação conjunta entre a responsabilidade ética (sobre nossa pró-
pria vida) e a responsabilidade moral (com relação à vida de outras pessoas)¹⁷³. Em um sen-
tido geral, a responsabilidade pessoal envolve visões coerentes e integradas sobre aquilo que
nós devemos fazer. Se não somos coerentes com os princípios que aceitamos para nossas
próprias vidas e que compartilhamos com a sociedade em geral, então não estaremos sendo
responsáveis. Consequentemente, a responsabilidade está diretamente ligada com a interpre-
tação, que é o elemento que une diferentes valores em uma posição coerente (DWORKIN,
2011, p. 101)¹⁷⁴.

Do ponto de vista ético, para sermos efetivamente responsáveis devemos atentar para
dois princípios: o amor próprio (*self-respect*) e a autenticidade. A ideia de *amor próprio*
pode ser vista como o padrão através do qual avaliamos nosso viver. Neste sentido, Dworkin

¹⁷³ Em suas palavras, “we might suppose that just as our ethical responsibilities are partly fixed by our moral responsibilities to others, so the latter are fixed in part by what our ethical responsibilities are. On this second view, morality and ethics are integrated in the interpretive way we have been exploring over the last few chapters” (DWORKIN, 2011, p. 202). A primeira concepção sobre o viver bem, que Dworkin não considera melhor, se aproxima daquilo que muitas religiões consideram o caminho mais adequado: viver bem equivaleria a ter uma vida moralmente responsável. Por esta visão, ética e moral não estariam no mesmo patamar – a responsabilidade ética seria decorrente da responsabilidade moral (DWORKIN, 2011, p. 202).

¹⁷⁴ A síntese da ideia de responsabilidade pessoal na concepção dworkiniana a seguinte: “I argue that the nerve of responsibility is integrity and that the epistemology of a morally responsible person is interpretive. It might be useful to summarize my conclusions in advance. We all have unstudied moral convictions, almost from the beginning of our lives. These are mainly carried in concepts whose origin and development are issues for anthropologists and intellectual historians. We inherit these concepts from parents and culture and, possibly, to some degree through genetic species dispositions. As young children we deploy mainly ideas of fairness, and then we acquire and deploy other, more sophisticated and pointed moral concepts: generosity, kindness, promise keeping, courage, rights, and duties. Sometime later we add political concepts to our moral repertoire: we speak of law, liberty, and democratic ideals. We need much more detailed moral opinions when we actually confront a wide variety of moral challenges in family, social, commercial, and political life. We form these through interpretation of our abstract concepts that is mainly unreflective. We unreflectively interpret each in the light of the others. That is, interpretation knits values together. We are morally responsible to the degree that our various concrete interpretations achieve an overall integrity so that each supports the others in a network of value that we embrace authentically. To the extent that we fail in that interpretive project – and it seems impossible wholly to succeed – we are not acting fully out of conviction, and so we are not fully responsible” (DWORKIN, 2011, p. 101).

pressupõe que todos temos uma atitude crítica com relação às nossas vidas: nós nos orgulhamos, sentimos vergonha, e nos arrependemos de coisas que fizemos ou não fizemos. Embora isso fique mais evidente quando nos aproximamos do final de nossa vida, a ideia de amor próprio demonstra que não escolhemos certos modos de vida tendo em vista resultados imediatos (e.g., o “prazer”) ou apenas “porque queremos” – não é apenas, em síntese, uma questão de gostar ou não de alguma coisa, mas o reconhecimento de que guiamos nossa vida a partir de princípios de valor objetivo (DWORKIN, 2011, pp. 207-208). Já a *autenticidade* corresponderá ao outro lado do amor próprio: na medida em que devemos ter uma atitude respeitosa para com nossa própria vida, entendemos que viver bem envolve expressar aquilo que consideramos valioso. Ainda que sejamos influenciados pelo meio em que vivemos, nossa vida será autêntica quando a moldamos através de valores que nós mesmos, convictamente, julgamos adequados – o que ressalta uma ideia de independência ética que se contrapõe à concepção de que nossos valores são frutos de mera convenção. Disso decorre, ainda, que somos responsáveis pelos nossos próprios erros e acertos, aceitando as consequências de nossas escolhas.

As ideias de amor próprio e autenticidade fundamentam, portanto, a ideia de responsabilidade ética – a responsabilidade que todos temos, enquanto exigência do princípio intrínseco da dignidade, de viver bem¹⁷⁵. Mas como acontece a ligação entre a responsabilidade ética e a responsabilidade moral (i.e., a forma como devemos tratar as outras pessoas)?

Interpretando Kant, Dworkin propõe o seguinte princípio: uma pessoa só alcança a dignidade e amor próprio que são indispensáveis para ter uma vida bem-sucedida se demonstrar respeito pela humanidade em todas as suas formas (DWORKIN, 2011, p. 19)¹⁷⁶. Trata-se, em última análise, do reconhecimento de que a dignidade corresponde a um valor universal: não é apenas a minha vida que tem valor intrínseco, mas a vida de todo ser humano. Desta maneira, os âmbitos ético e moral se interligam e se sustentam mutuamente. Respon-

¹⁷⁵ O que será uma vida bem vivida, neste sentido, é algo que varia de acordo com as concepções de cada indivíduo. Neste sentido, é uma questão interpretativa. Dworkin sugere ao menos duas concepções. Alguns dirão que uma vida bem vivida envolve o impacto que ela causa na vida das demais pessoas. Muitos dirão, conseqüentemente, que a vida de Alexander Fleming foi uma vida bem vivida na medida em que envolveu a descoberta da penicilina. Outros, por sua vez, entendem que uma vida bem vivida envolve a dedicação a certos bens ou ideais, como uma vida dedicada à crença no transcendente, à amizade, ao conhecimento, dentre outros (DWORKIN, 2011, p. 198).

¹⁷⁶ “*We can rescue Kant’s crucial insight from his metaphysics: we can state it as what I shall call Kant’s principle. A person achieve the dignity and self-respect that are indispensable to a successful life only if he shows respect for humanity itself in all its forms. That is a template for unification of ethics and morality*” (DWORKIN, 2011, p. 19).

sabilidade ética e responsabilidade moral são duas faces da mesma moeda: a responsabilidade pessoal. Não é difícil imaginar, portanto, que aquilo que devemos fazer às outras pessoas envolve um exercício interpretativo, da mesma maneira como uma vida bem vivida também demanda uma atitude interpretativa. A melhor resposta para as diferentes questões onde se apresenta a pergunta “o que fazer?” envolverá, conseqüentemente, uma interpretação que retrate os diferentes valores que tomamos para nossa vida e a vida coletiva de forma integrada e coerente.

A responsabilidade moral, portanto, exige que tratemos todas as vidas humanas com igual *consideração*. Este ponto fica evidente em alguns casos especiais. O primeiro corresponde ao dever que temos de ajudar ao próximo: se alguma pessoa está se afogando em uma piscina e posso salvá-la, então devo salvá-la por reconhecer o valor intrínseco da sua vida – o que envolve tratá-la com a devida consideração. Pouco importa, portanto, o apreço ou simpatia que nutro pela pessoa: como afirma Dworkin, baseando-se na distinção elaborada por Stephen Darwall, o respeito do reconhecimento não se confunde com o respeito do apreço, enquanto avaliação positiva (DWORKIN, 2011, p. 205; DARWALL, 1977)¹⁷⁷. Sendo assim, se considero que a vida de alguém é menos valiosa e não deve ser salva, então a concepção de vida que tenho é inconsistente com o paradigma da dignidade. Alguém cuja concepção de bem ignora o sofrimento de outras pessoas não tem nem mesmo amor próprio, pois sua concepção de vida não é consistente com a correta consideração da importância objetiva da vida de outras pessoas (DWORKIN, 2011, p. 277)¹⁷⁸.

Mas, da mesma maneira como reconheço o valor intrínseco da vida de cada pessoa, a outra face da dignidade me informa que toda pessoa tem responsabilidade pessoal sobre aquilo que considera valioso e a forma de conduzir a própria vida. Se reconheço a soberania de cada indivíduo sobre o que fazer ou não fazer com sua respectiva vida, então chego à conclusão que minha responsabilidade moral não se limita a ajudar outras pessoas em determinadas circunstâncias, mas também envolve não as prejudicar. Todos são dotados de um campo de decisão e ação no qual são completamente independentes uns dos outros, e que

¹⁷⁷ “To have recognition respect for someone as a person is to give appropriate weight to the fact that he or she is a person by willing to constrain one’s behavior in ways required by that fact. (...) Recognition respect for persons, then, is identical with recognition respect for the moral requirements that are placed on one by the existence of other persons. This is rather different from having an attitude of appraisal respect for someone as a person. The latter is a positive appraisal of an individual made with regard to those features which are excellences of persons. As such, it is not owed to everyone, for it may or may not be merited. When it is, what is merited is just the positive appraisal itself” (DARWALL, 1977, p. 45).

¹⁷⁸ “But anyone who embraces projects that require him to ignore the suffering of other altogether is either irredeemably selfish or fanatical. In either case he lacks self-respect: his sense of an appropriate life is inconsistent with the right regard for the objective importance of the lives of others and therefore of his own” (DWORKIN, 2011, p. 277).

deve ser *respeitado* – campo este que corresponde à chamada *independência ética*. É claro que alguns danos são justificáveis e até mesmo inevitáveis. Assim, por exemplo, tem-se aquilo que Dworkin considera como prejuízos de competição, como no caso hipotético onde duas pessoas são picadas por uma cascavel no meio do deserto e vislumbram logo adiante uma única dose do antídoto, sendo que ambas correm para pegá-lo e só uma pessoa é bem-sucedida – uma vive e outra morre. Esta hipótese seria diferente se a pessoa que não conseguiu pegar o antídoto estivesse com uma pistola e alvejasse seu companheiro de infortúnio, pegando para si o antídoto (DWORKIN, 2011, p. 285). Neste último caso, diríamos que o indivíduo que sobreviveu interferiu indevidamente no campo de independência ética do outro indivíduo. Ao colocar sua vida acima da vida de outra pessoa, deixou de considerar o outro com igual respeito (DWORKIN, 2011, p. 287)¹⁷⁹.

Obviamente, podemos pensar em vários casos difíceis, envolvendo tanto a ajuda que devemos a outras pessoas, quanto situações onde a ocorrência de algum dano será inevitável. Assim aquele que escolher salvar seu próprio filho ao invés de um desconhecido, caso ambos estejam se afogando, não estará, necessariamente, tratando a vida deste terceiro com “menor consideração”. Isso acontece porque nossas ações também envolvem a observância de algumas obrigações mais específicas, decorrentes de determinados *vínculos associativos*.

Dworkin é claro em afirmar que a fonte primeira de obrigações corresponde ao dever de igual consideração e respeito, tal qual os deveres de ajudar e não prejudicar o outro. Entretanto, algumas relações possuem uma natureza especial. O caso de pais e filhos é emblemático: a responsabilidade parental não decorre apenas do vínculo especial entre pais e filhos, mas também dos cuidados imprescindíveis que devem ser dispensados às crianças pequenas (DWORKIN, 2011, p. 311). O inverso também é verdadeiro, quando pensamos em filhos que devem cuidar de seus pais idosos.

Na prática, o fato é que atribuímos obrigações em razão destas relações especiais. Travamos relações especiais não apenas com nossos familiares e amigos, mas com os demais

¹⁷⁹ Sendo assim, Dworkin sustenta que não podemos lesar outras pessoas deliberadamente, pois isso desrespeita o segundo princípio da dignidade (i.e., a responsabilidade pessoal). Neste sentido: “*I offer this hypothesis. The second principle insists that you have a personal responsibility for your own life, a responsibility you must not delegate or ignore, and Kant’s principle requires you to recognize a parallel responsibility in others. We need to reconcile these parallel responsibilities by distinguishing between two kinds of harm you might suffer because other people, like you, are leading their own lives with their own responsibility for their own fates. The first is bare competition harm, and the second is deliberate harm. No one could even begin to lead a life if bare competition harm were forbidden. (...) Deliberate harm – crossing lanes not to help but to hurt – is a different matter. We need the right to compete to lead or own lives, but we do not need the right deliberately to injure others*” (DWORKIN, 2011, pp. 286-287).

cidadãos (o que ressalta a ideia de *obrigações políticas*), e até mesmo em relações empresariais e comerciais. Sendo assim, é a natureza especial de algumas relações que justifica a existência de várias obrigações que assumimos com diferentes indivíduos e com a comunidade em geral. Não é demais ressaltar que estas obrigações e responsabilidades são, muitas vezes, formatadas através de convenções sociais, que nada mais fazem do que esclarecer e refinar o conteúdo de nossas obrigações em circunstâncias concretas (DWORKIN, 2011, pp. 314-315)¹⁸⁰. Isso fica evidente quando pensamos, por exemplo, nas regras que estabelecem as responsabilidades específicas do fornecedor ou prestador de serviços em suas relações com consumidores em geral.

Considerando o objeto deste trabalho, não há necessidade de aprofundar o argumento para além deste ponto. O que Dworkin dirá, em síntese, é que casos difíceis demandarão uma atitude interpretativa para que sejamos capazes de alcançar a melhor solução possível. Mas o mais relevante é ressaltar que, considerando o paradigma da dignidade, devemos tratar outros seres humanos com igual consideração e respeito. Como se verá adiante, isso corresponde à concepção liberal de igualdade que o Estado deverá observar, sob pena de injustiça e ilegitimidade. De qualquer modo, fica evidente que os âmbitos ético e moral se sustentam mutuamente.

3.2. A concepção liberal de igualdade

A análise da autonomia e responsabilidade ética nos conduz à percepção de que o Estado só pode atuar respeitando certos limites. Este ponto nos conduz àquilo que Dworkin entende como a *concepção liberal de igualdade*, que mencionei brevemente na introdução e no primeiro capítulo desta tese. Esta ideia é tratada com centralidade no texto *What Rights Do We Have?* (DWORKIN, 1978, pp. 265-278). Nele, Dworkin afirmará que uma concepção filosófica muito influente imagina que a liberdade consiste na ausência de obstáculos para nossas escolhas e ações¹⁸¹. Neste sentido, a liberdade é entendida como licença, e pode

¹⁸⁰ “So convention strengthens as well as shapes role obligations. The expectations they nourish cannot be dismissed as mere predictions with no moral force, because they are supported not just by the practices themselves but by the more basic responsibilities the practices refine and protect. The obligation drives the expectation rather than the other way around, and the obligation does not cease when the expectation perishes – when parents become resigned to their children’s indifference, for instance” (DWORKIN, 2011, p. 315).

¹⁸¹ Esta é uma ideia que Dworkin atribui a Isaiah Berlin (DWORKIN, 1978, p. 267).

entrar em conflito com princípios como a igualdade, justificando sua limitação. Se somos iguais, então minha liberdade não pode prejudicar a liberdade e segurança de outros indivíduos – não sou livre para matar ou roubar, por exemplo. Na visão de alguns autores liberais, esta visão teria a vantagem de mostrar o quanto é perdido quando aceitamos restrições em nossas ações, tendo em vista algum outro objetivo ou valor (DWORKIN, 1978, pp. 267-268).

O problema, segundo Dworkin, é que esta concepção de liberdade dilui excessivamente a ideia de que teríamos um *direito* à liberdade. Ela seria insatisfatória porque faz com que o sentido de “direito” seja muito vago – poderíamos pensar, por exemplo, em um direito a tomar sorvete de baunilha. Entretanto, não é desta forma que utilizamos a ideia de direitos em nossos debates políticos e jurídicos. Ao contrário, falamos em direitos em um *sentido forte*: nós afirmamos que, se alguém tem direito a alguma coisa, então será errado ao governo negar esta coisa mesmo que tenha em vista um interesse geral. Neste sentido forte, os direitos que temos correspondem àqueles direitos individuais que são oponíveis ao Estado (DWORKIN, 1978, pp. 268-269)¹⁸².

É neste sentido que Dworkin sustentará que, antes de falarmos em um “direito geral à liberdade”, devemos pensar em quais seriam as nossas liberdades a partir do que ele afirma ser a *concepção liberal de igualdade*. Ele apresenta esta concepção com as seguintes palavras:

Presumo que todos aceitem os seguintes postulados de moralidade política. O governo deve tratar todos aqueles que governa com consideração, ou seja, como seres humanos capazes de sofrimento e frustração, e com respeito, ou seja, como seres humanos que são capazes de pensar e agir de acordo com concepções inteligentes sobre como suas vidas devem ser vividas. O governo não deve apenas tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito. Ele não pode distribuir bens e oportunidades desigualmente, sob o fundamento de que alguns cidadãos têm direito (*are entitled to*) a mais porque são merecedores de maior consideração. Ele não pode restringir a liberdade sob o fundamento de que a concepção de boa vida de algum cidadão ou grupo é mais nobre ou superior à de outro. Estes postulados, compreendidos conjuntamente, sustentam o que pode ser chamado de concepção liberal de igualdade (DWORKIN, 1978, pp. 272-273, tradução livre).

¹⁸² Dworkin afirmará que esta concepção de direito “geral” à liberdade cria “uma falsa ideia de que há um conflito necessário entre liberdade e outros valores” (DWORKIN, 1978, p. 271, tradução livre), e “provê uma resposta muito simples para a questão do porquê consideramos certos tipos de restrições, como as restrições à liberdade de expressão e ao exercício da religião, como especialmente injustas” (DWORKIN, 1978, p. 271, tradução livre).

O Estado, portanto, tem o dever de tratar a todos com igual consideração e respeito.

Mas de que maneira isso se relaciona com a ideia de liberdade? Dworkin afirmará que os conhecidos “direitos de liberdade”, como a liberdade de expressão e a liberdade religiosa, decorrem desta concepção liberal de igualdade. Esta é uma ideia que fica muito mais clara em textos posteriores, em particular em seu livro *Is Democracy Possible Here?* (DWORKIN, 2006b). Nele, Dworkin trabalha com a distinção entre *liberty* e *freedom*¹⁸³: enquanto a *liberty* do indivíduo corresponde ao seu espaço de independência e responsabilidade ética, considerada enquanto o conjunto de direitos em sentido forte e que não pode ser invadido pelo Estado, a *freedom* corresponde à liberdade entendida de forma neutra, que pode ser limitada como forma de prevenir danos à terceiros ou à coletividade (DWORKIN, 2006b, p. 67)¹⁸⁴. Desta maneira, não há intromissões estatais na liberdade (*liberty*) do indivíduo quando se estabelecem normas e sanções para condutas como homicídio e roubo. Entretanto, o Estado ofende a liberdade (*liberty*) da pessoa quando determina com quem ela pode ou não se casar (ressalvados, certamente, alguns casos de incapacidade civil).

Para compreender a profundidade destas ideias, entendo que o melhor caminho deva partir de casos mais “concretos”. Neste sentido, entendo que boa parte das concepções dworkinianas são colocadas em “ação” no seu texto *Do We Have a Right to Pornography?* (DWORKIN, 1985, pp. 335-372), originalmente publicado em 1981.

O argumento geral de Dworkin é que a pornografia não deve ser proibida, embora possa vir a ser regulada e restringida em sua circulação pública. A base desta ideia envolve o que ele denomina *direito de independência moral*. Ele corresponde ao direito que os indivíduos têm de não sofrer desvantagens na distribuição de bens e oportunidades, inclusive nas liberdades concedidas pelo Direito Penal, apenas porque as autoridades ou outras pessoas acreditam que suas visões sobre como levar a própria vida estejam equivocadas (DWORKIN, 1985, p. 353). Neste sentido, a ideia de direito à independência moral é sinônima da independência ética que Dworkin sustenta em suas obras posteriores e que utilizo nesta tese. Ainda assim, esta é uma formulação muito abstrata e passível de adaptação aos casos concretos, o que nos permite refletir sobre a legitimidade de algumas restrições.

¹⁸³ Utilizo os termos originais em inglês pois, na língua portuguesa, ambos são traduzidos como “liberdade”.

¹⁸⁴ “I shall use the word ‘liberty’ to describe the set of rights that government should establish and enforce to protect people’s personal ethical responsibility properly understood. I shall use the word ‘freedom’ in a more neutral way, so that any time the government prevents someone from acting as he might wish, it limits his freedom” (DWORKIN, 2006b, p. 67).

Dworkin afirma que os indivíduos podem possuir uma série de *preferências mistas*. Estas preferências estão diretamente ligadas aos interesses individuais, e não se fundamentam apenas em considerações éticas sobre o que vem a ser uma vida boa e virtuosa. Isso é particularmente relevante quando pensamos sobre a exibição pública de pornografia. Neste sentido, é plenamente compreensível que alguns indivíduos se sintam incomodados ao verem pornografia em seus trajetos cotidianos, que sustentem que o sexo seria menos valioso para eles se tiverem que se deparar constantemente com uma apresentação comercial ou sádica da sexualidade, ou ainda que tal representação pública da sexualidade prejudique seus interesses em criar seus filhos no ambiente moral que consideram mais adequado. Tais posições são mistas porque não há como separá-las completamente de convicções morais sobre o que seja uma boa vida – o que as pessoas esperam para suas vidas e para a de seus filhos não é apenas influenciado, mas constituído, por estas visões morais em sentido amplo (DWORKIN, 1985, pp. 355-356).

Neste contexto, o Estado teria duas saídas. A primeira é considerar que o impacto destas convicções morais não pode ser medido ou excluído destas posições mistas e que, portanto, nenhuma regulamentação da pornografia é permissível. A outra é a de que estas posturas devem ser levadas em consideração para a regulamentação da pornografia, na medida em que correspondem a elementos importantes para a delimitação concreta do direito à independência moral. Dworkin entende que a segunda solução é a mais adequada, e que ela torna claro o dever das autoridades em deliberar sobre o que é um dano sério e o que é um dano trivial para aqueles que são afetados pela medida. É certo que, neste contexto, as autoridades poderão discordar – o que significa que não se está tentando descobrir um “algoritmo” para o direito, mas sim uma concepção concreta do direito à liberdade moral que ofereça um esquema sensato de regulamentação. Isso tudo sugere que uma possível solução possa estar em um esquema de zoneamento que permita a venda e consumo de pornografia em lugares específicos (DWORKIN, 1985, pp. 356-357).

Entendo que raciocínio semelhante possa ser aplicado quando pensamos em práticas como o nudismo – algo muito comum em algumas cidades americanas, como São Francisco¹⁸⁵. Algumas pessoas podem considerar que andar sem roupas é um estilo de vida saudável, ligado diretamente à prática do naturismo, refletindo aquilo que consideram uma vida

¹⁸⁵ A situação era tão frequente que, em 2012, o Conselho de Supervisores (*Board of Supervisors*) dos diferentes distritos de São Francisco decidiram punir a nudez pública através de aplicação de multas, o que gerou a revolta de vários naturistas na cidade. A nudez, atualmente, só é permitida em alguns eventos específicos –

valiosa. Podemos pensar, entretanto, que tais pessoas não façam questão de andar peladas em todos os lugares, mas gostariam de ter ambientes próprios para viver “ao natural”. Na prática, isso acontece quando pensamos em praias específicas de nudismo, e podemos imaginar que, em uma eventual expansão deste estilo de vida, alguns bairros e zonas urbanas poderão ser abertas aos seus adeptos. Isso significa que estaríamos diante de uma regulamentação análoga à da pornografia, considerando que alguns indivíduos podem ter preferências e interesses mistos com relação à prática do nudismo – sem que, necessariamente, considerem que “andar pelado” seja imoral. Podem, por exemplo, sentir embaraço ao verem pessoas peladas, ou simplesmente acreditam que a visão de pessoas nuas na rua implica no fim do “mistério” que seria capaz de atizar a libido.

De qualquer modo, o que pornografia e nudismo têm em comum corresponde ao fato de que são escolhas éticas individuais, cujo exercício é regulamentado em atenção aos demais interesses envolvidos. Isso não significa, entretanto, que tais práticas poderiam ser *proibidas*, na medida em que consistem em diferentes estilos de vida e concepções de bem, dentro da ideia da independência ética. Neste ponto, o Estado acaba funcionando como uma espécie de mediador entre diferentes interesses.

Este papel do Estado, entretanto, depende sempre da forma como compreendemos as práticas em questão – o que envolve a atitude interpretativa. Isso significa que devemos estar atentos à realidade do mundo: se em algum momento naturistas demonstrarem o quanto sofrem por serem obrigados a usar roupas, e se psicólogos e psiquiatras demonstrarem os danos e traumas psicológicos que tais pessoas passam toda vez que colocam uma calça, saia ou camiseta, então a igual consideração e respeito devidos aos indivíduos implica no reconhecimento de que algumas pessoas poderão andar nuas pelas ruas. O Estado deveria, nesta hipótese, garantir o “direito à nudez”.

Na prática, isso ainda não ocorre. Se um dia vier a ocorrer, e naturistas se organizarem pelo “fim da roupanormatividade” ou algo do tipo, então há boas razões para revisitar-mos nossas práticas e obrigações convencionais. No caso da pornografia, é bem provável que as coisas permaneçam como estão por um bom tempo: pode-se dizer que os próprios pornógrafos sentem algum tipo de “vergonha” por consumirem pornografia, e é bem provável que não gostariam que outros indivíduos soubessem de seus gostos. Não se trata de um

como a Parada Gay ou a Feira Fetichista anual da Folsom Street. Conforme matéria de 20 de novembro de 2012 do *New York Times*. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2012/11/21/us/san-francisco-officials-vote-to-ban-public-nudity.html>>. Acesso em 30 nov. 2016. Na prática, ainda é possível encontrar nudistas pela cidade, principalmente durante o verão e no bairro do Castro.

modo ou estilo de vida do qual se orgulham ou ao qual atribuem alguma espécie de valor em particular¹⁸⁶.

É curioso notar que raciocínio semelhante se aplica a outras questões que, a princípio, versariam sobre escolhas afetas à responsabilidade pessoal. É o caso da obrigatoriedade de capacetes para motociclistas, ou ainda da regra que exige o uso de cinto de segurança em veículos automotores. O que observamos nestes casos é que tais restrições à “liberdade” não levam em consideração qualquer valoração sobre o estilo de vida daqueles que preferem andar sem cinto ou capacete, mas sim argumentos de ordem pública – como a redução dos gastos relacionados aos acidentes de trânsito. Dworkin dirá que, nestes casos, não estamos diante de uma *liberdade fundacional* do indivíduo, o que justifica a restrição estabelecida pelo Estado¹⁸⁷. Não é demais ressaltar que, se em algum momento restar comprovado que pessoas que usam cintos de segurança estão predispostas a traumas psicológicos severos, então o ideal é rever a política pública e permitir que pessoas andem sem cintos (e, talvez, até mesmo proibir seu uso). Note que, mais uma vez, o que definirá uma “liberdade fundacional” do indivíduo diz respeito ao mundo em que vivemos e às práticas sociais que compartilhamos. No caso, ninguém “sofre demasiadamente” por usar cintos de segurança e capacete, o que torna a restrição justa e legítima.

Isso significa que podemos pensar em várias razões para se restringir a liberdade dos indivíduos. A primeira delas, segundo Dworkin, diz respeito às razões distributivas plausíveis, que levam em consideração questões de justiça distributiva. Assim, por exemplo, existem leis que proíbem ações danosas às pessoas e propriedades, considerando a dignidade de cada indivíduo. Também podemos pensar em leis que instituem tributos, cuja legitimidade tem por base a divisão mais adequada de custos sociais (DWORKIN, 2006b, p. 70).

Mas as justificativas distributivas se diferenciam de outros dois tipos de justificativa: as que se baseiam em compreensões sobre o que vem a ser uma boa vida (*juízos pessoais*),

¹⁸⁶ Neste sentido, Dworkin ressalta que para os pornógrafos a pornografia não tem qualquer “valor literário” especial: “(...) it is worth adding that very few of the people who do admit to enjoying pornography claim distinct literary merit for it. They claim at most the kind of merit that others, with more conventional ideas about amusement, claim for thrillers” (DWORKIN, 1985, p. 355).

¹⁸⁷ “But ethical independence is not jeopardized when a matter is not foundational and government’s constraint assumes no ethical justification. Government relies on moral rather than ethical arguments when it pressures me to conserve scarce resources, forces me to pay taxes and forbids me to drive carelessly. (...) Making people wear seat belts, to prevent or mitigate injury is not ethical paternalism: medical paternalism may be offensive, but is not an offense against authenticity. True, many people claim (perhaps a few of them sincerely) that a life that courts danger is attractive and that seat-belt legislation restricts people’s opportunity to lead such life. But seat-belt convictions are not foundational, and government need not assume that courting danger is a bad way to live in order to justify measures that reduce the costs of accidents to the community” (DWORKIN, 2011, pp. 369-370).

e as que levam em consideração o valor intrínseco de objetos impessoais ou estados de coisa (*juízos impessoais*). Restrições que levam em consideração juízos pessoais são ilegítimos e injustos, na medida em que ofendem a independência ética do indivíduo com base em determinada concepção de bem – e decidir o que é uma boa vida é responsabilidade de cada um. Entretanto, Dworkin admite a existência de restrições fundamentadas em juízos impessoais, como seria o caso das limitações às empresas madeireiras, visando a proteção de grandes florestas, ou então a restrição às construções de novos prédios em áreas históricas (DWORKIN, 2006b, pp. 70-71).

Em síntese, Dworkin entende que o Estado agirá de forma ilegítima ou injusta, *desrespeitando o indivíduo*, quando restringir sua liberdade em atenção à concepção de alguns cidadãos sobre o que é uma vida boa, nobre ou superior¹⁸⁸. Isso significa que, na visão dworkiniana, há um campo de imunidade pessoal que corresponde, notadamente, à integridade física do indivíduo e às decisões que o indivíduo toma para sua própria vida. Caso paradigmático de desrespeito ao indivíduo, que recusa o valor intrínseco e objetivo da sua vida, corresponde à tortura e outras violações de direitos humanos. No campo da responsabilidade ética, podemos imaginar que o Estado viola a liberdade do indivíduo quando criminaliza determinadas formas e meios de expressão.

É importante notar que esta é uma concepção criticada por John Finnis, que denomina o argumento dworkiniano de “argumento do desprezo” (*argument from contempt*)¹⁸⁹. Na visão de finnisiana, o argumento de Dworkin pressupõe que o Estado está “desprezando” o indivíduo quando o proíbe de agir de determinada maneira, tendo em vista certa concepção de bem. Ocorre que as restrições podem ser motivadas pela preocupação sincera com o bem destes indivíduos, o que não indicaria qualquer “desrespeito” para com a pessoa. O problema da coerção estatal nestes casos, segundo Finnis, está na extrapolação dos limites do bem público – algo que não envolve qualquer ideia de “desrespeito” ou “desprezo” (FINNIS, 2011c, p. 109)¹⁹⁰.

¹⁸⁸ “Government must not only treat people with concern and respect, but with equal concern and respect. (...) It must not constrain liberty on the ground that one citizen’s conception of the good life of one group is nobler or superior to another’s” (DWORKIN, 1977, p. 273).

¹⁸⁹ Nas palavras de Finnis: “The key term here is respect, and the implicit argument is this. If one judges that some form of human activity is wrongful and/or harmful and unreasonable, one manifests one’s disrespect for anyone who wishes to engage in such activity – at least if one gives effect to one’s judgment by forbidding the action itself or actions or omissions intended or likely to promote such activity. ‘Disrespect’ is synonymous with ‘contempt’, so I will call this Dworkin’s ‘argument from contempt’” (FINNIS, 2011c, p. 109).

¹⁹⁰ “Clearly the argument fails. To judge that a form of life (‘lifestyle’) or conduct is bad for those who engage in it or those who emulate them, and on the basis of that judgment to coercively deter them from engaging in it, can be a form of charity, uninfected by any self-preference, arrogance, or disdain, or contempt for those

Finnis vai além e afirma que Dworkin estaria, assim como Hart, pressupondo que leis consideradas desrespeitosas são justificadas pelo *simples fato* de que a maioria dos indivíduos sustenta determinada posição moral, e que esta posição não teria qualquer embasamento além de simples sentimentos ou preconceitos (FINNIS, 2011c, pp. 110-111)¹⁹¹. Segundo Finnis, esta visão é equivocada porque a vontade da maioria pode levar em conta uma justificativa racional, em consideração aos bens básicos e às exigências da racionalidade prática – não há como afirmar, portanto, que a vontade da maioria será sempre irracional.

Entendo que a leitura que Finnis faz da concepção dworkiniana é incorreta. Em primeiro lugar, porque o próprio Finnis ressaltou em seu texto *Hart as a Political Philosopher* (2011e, p. 271) que Dworkin trabalha com a distinção já analisada entre consenso por convenção e consenso por convicção. Em outras palavras, Dworkin afirma expressamente que os indivíduos sustentam suas diferentes posições morais enquanto uma questão de convicção, e não a partir de meras convenções (fundamentadas no simples fato de que as demais pessoas compartilham certa crença). Esta é uma ideia que Dworkin aborda com clareza em seu *Law's Empire* (DWORKIN, 1986, p. 136). Sendo assim, é no mínimo estranha a afirmação finnisiana de que as convicções consideradas por Dworkin na elaboração de leis restritivas serão sempre reflexo do “mero fato” de que as pessoas sustentam algumas opiniões ao invés de outras.

O segundo equívoco de Finnis está em sustentar que o Estado pode agir “injustamente” ao extrapolar os limites do bem público, mas que esta injustiça não será um “desrespeito” ou sinal de “desprezo”. Este é um argumento, no mínimo, ambíguo: afinal, a injustiça

whose judgment is contradicted (if indeed it is a judgment, and not a mere succumbing in bad conscience to temptation) and whose actions are coercively regulated. The regulation may be motivated by concern for the good of these individuals, which is indeed a part of the common good even in those kinds of case in which the regulation is unjust because it crosses the line between public and non-public good and so is outside the proper coercive jurisdiction of state government and law. Call such kinds of case pure paternalism. (...) [P]olices which, unlike pure paternalism, respect the limit of law's proper jurisdiction to public good can even more securely be judged to be free from contempt for the persons whose activities these policies restrict in order to protect the vulnerable from, for example, seduction, corruption, or infection” (FINNIS, 2011c, p. 109).

¹⁹¹ “Dworkin articulates this new argument by saying that what he is condemning is ‘a political process that assumes that the fact that people have such reasons is itself part of the case in political morality for what they favor’. Elsewhere, in the same period, he put it like this: legislative decisions are denials of equality (and thus contemptuous of those whose equality is denied) when they ‘count the majority’s convictions about how other people should live’ as the ground, or indeed as a ground, for ‘legislation that can be justified only by appealing to the majority’s preferences about which of their fellow citizens are worthy of concern and respect’, which Dworkin immediately treats as identical to legislation that ‘can be justified only on the ground that the majority finds [the conduct restricted by legislations] distasteful, or disapproves the culture it generates’. The key move in this new argument is its assumption that when the legislators or majority enact a restrictive law, their reason and justification for the enactment relies upon the sheer fact that they hold the moral opinion they do. This is our opinion, and because it is ours we can ignore your contrary opinion and restrict your liberty” (FINNIS, 2011 (II), pp. 110-111). As citações de Finnis são do texto dworkiniano *Temos um Direito à Pornografia?* (DWORKIN, 1985, pp. 335-372).

não é praticada em abstrato, mas contra indivíduos concretos. Quando o Estado ofende a independência ética do indivíduo (ou sua autenticidade, dentro do espaço privado, como diria Finnis), ele o está desrespeitando, de uma forma ou de outra. Logo, no fundo, Finnis e Dworkin não estão falando coisas diferentes. Dworkin não desconsidera que a autoridade possa ter as mais sinceras preocupações quando limita a liberdade de alguém, assim como pais limitam as vontades de seus filhos. Entretanto, o Estado age de forma desrespeitosa quando se intromete na esfera ética dos indivíduos, esfera esta que se aproxima muito da ideia finnisiana de autenticidade. Não é sem razão que Finnis e Dworkin estariam de acordo quando se afirma que os limites do Estado correspondem a uma questão de *princípio*.

Na realidade, como sustentei no capítulo anterior, Finnis possui uma concepção muito pobre de autenticidade, na medida em que limita toda e qualquer possibilidade de expressão significativa do indivíduo no meio público. Quando considera que a esfera de ação individual imune ao Estado corresponde apenas aos atos consensuais e privados, Finnis está excluindo uma série de condutas que são importantes aos indivíduos (fundamentando, por exemplo, restrições à liberdade de expressão da população LGBTI). Dworkin, por sua vez, tem uma interpretação muito mais rica da autenticidade, relacionando-a diretamente com a independência ética do indivíduo e com a ideia de liberdades fundacionais. Embora não exista um “algoritmo” que nos permita solucionar eventuais conflitos de interesse, nossas liberdades individuais são pensadas de forma interpretativa, à luz de diferentes valores e práticas sociais que compartilhamos, o que nos permite alcançar a melhor solução para os casos concretos.

4. INDEPENDÊNCIA ÉTICA DE PESSOAS TRANSGÊNERAS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO DE GÊNERO

Como qualquer outro indivíduo, pessoas transgêneras devem ser tratadas com igual respeito e consideração. A concepção liberal-igualitária, neste sentido, se afasta da concepção de Finnis e Tollefsen, pois não leva em consideração uma concepção de bem restritiva sobre nossa sexualidade e gênero. Sendo assim, a concepção que defendo (cujos alicerces atribuo à teoria de Ronald Dworkin) responde de forma muito mais satisfatória as questões envolvendo a transgeneralidade.

Tal concepção defende, em síntese, que o Estado deve assumir uma postura neutra com relação a diferentes concepções de bem. Se há algum tipo de “reconhecimento” devido pelo Estado, ele corresponde ao respeito à dignidade de cada indivíduo. É aí que se encontra um direito, em sentido forte, de qualquer pessoa (transgênera ou não): todos devem ser tratados com igual consideração e respeito. Isso equivale a reconhecer que a vida de pessoas transgêneras, como a de qualquer outra pessoa, é intrínseca e objetivamente valiosa, e que transgêneros possuem a responsabilidade pessoal, soberana e intransferível de viver suas próprias vidas de acordo com suas crenças e valores.

Em nossa vida cotidiana, o que percebemos é que pessoas transgêneras *são*, na maioria significativa dos casos, identificadas socialmente como homens ou mulheres. “São” homens ou mulheres na medida em que, independentemente de seu sexo biológico, respondem positivamente às expectativas sociais de um ou outro gênero. Em outras palavras, se expressam como homens e mulheres¹⁹². Disso se segue que a grande “liberdade” que deve ser reconhecida pelo Estado corresponde à *liberdade de expressar o próprio gênero*. Isso significa afirmar que pessoas como Roberta Close ou Laerte Coutinho não podem ser impedidas de se expressar como mulheres, ou então que Thammy Miranda, filho da cantora Gretchen, não pode ser impedido de se expressar como homem. Na prática, a liberdade de expressar o gênero é uma liberdade de qualquer indivíduo, pouco importando seu sexo biológico. Não faz diferença, portanto, se o indivíduo é ou não transgênero.

Mas disso não se segue que toda e qualquer expressão de gênero, em qualquer que seja a circunstância, deva ser permitida e protegida. Em determinados contextos, alguns indivíduos podem ser impedidos de frequentar determinados ambientes, em atenção à forma como expressam seu gênero. Nada impede, por exemplo, que pessoas transgêneras sejam proibidas de frequentar mesquitas ou igrejas, considerando que tais espaços não são “públicos” e se submetem às normas, regras e dogmas da fé islâmica ou católica, a depender do

¹⁹² Não é sem razão que Judith Butler sustenta que a expressão de gênero corresponde à própria identidade de gênero – não existe uma “identidade” para além de sua expressão. Em suas palavras, “*There is no gender identity behind the expressions of gender; that identity is performatively constituted by the very ‘expressions’ that are said to be its results*” (BUTLER, 1999, p. 34). Concordo com esta observação de Butler, e um simples exemplo pode explicar a relação intrínseca entre expressão e identidade de gênero. Imagine um indivíduo que, quando questionado, afirme ser uma mulher, mas que não se comporte como tal e nem responda positivamente a qualquer expectativa relacionada à feminilidade. O indivíduo em questão usa sapatênis, jeans e camisa polo, frequenta o banheiro masculino, atende por nomes e expressões masculinas, e não usa maquiagem ou qualquer tipo de acessório feminino. Neste caso, o fato do indivíduo afirmar que é uma mulher é um verdadeiro paradoxo. O que se percebe é que o indivíduo é um homem, justamente porque responde às expectativas do gênero masculino, mas não do feminino. A identidade do indivíduo como homem ou mulher não é aferida levando em consideração o que a pessoa “afirma ser” através de palavras, mas sim a forma como ela se expressa e responde às expectativas de gênero. Não é sem razão que Candace West e Don Zimmerman, como mencionei no primeiro capítulo, afirmam que o gênero corresponde a um “fazer” (WEST; ZIMMERMAN, 1987).

caso. Contudo, nada impede que pessoas transgêneras criem suas próprias religiões ou participem de congregações religiosas mais inclusivas.

As questões envolvendo a expressão de gênero ficam mais interessantes quando pensamos em espaços públicos. Pense, por exemplo, nas normas de indumentária para ingresso em fóruns e tribunais: uma advogada transgênera, que apenas recentemente começou a se identificar e se expressar como mulher, de modo a apresentar traços ambíguos, poderia ser impedida de entrar no tribunal?

O simples fato de expressar o gênero oposto ao esperado, em razão do sexo biológico, não é sinônimo de vulgaridade (a advogada pode estar usando um *tailleur* e maquiagem discreta), e nem tem por objetivo “provocar” as pessoas presentes. Alguém que tenha nascido com o sexo biológico masculino não desrespeita normas convencionais de decência ou decoro no espaço público pelo simples fato de se expressar como mulher. A expressão de gênero, na maioria das circunstâncias, envolve a independência ética do indivíduo e deve ser protegida. É bem possível, ainda, que a advogada manifeste intenso desconforto e constrangimento ao se ver obrigada a utilizar vestimentas masculinas – de modo que a impedir de expressar o gênero feminino, além de prejudicar o exercício de suas funções, é atentatório a uma liberdade de tipo fundacional. Dadas estas circunstâncias, entendo que a advogada não pode ser impedida de entrar no tribunal expressando o gênero feminino, ainda que tenha “descoberto” a transgeneralidade na semana anterior e que sua aparência gere dúvidas em terceiros.

A situação é distinta se estamos diante de um advogado que, apenas habitualmente, pratica o *cross-dressing* e que não se incomode de utilizar roupas masculinas. Um belo dia, mesmo sabendo das restrições do tribunal, ele decidiu ir para o tribunal de minissaia, blusa decotada e maquiagem pesada, apenas porque achou que assim ficaria mais “bonito”. Nestas circunstâncias, entendo que a ação dos seguranças, no sentido de impedir sua entrada no edifício, não ofende qualquer liberdade de cunho fundacional. A dignidade do advogado não é ofendida por regras de vestimenta que não atrapalhem o exercício de sua profissão ou que não lhe causem constrangimento. No caso, a situação é análoga à do naturista que pratica o nudismo em praias específicas, mas que não se incomode de utilizar roupas quando sai pela cidade. Nestas circunstâncias, não há como afirmar que o advogado em questão tenha algum direito moral de se vestir como bem entender.

Algo semelhante acontece quando pensamos em normas referentes ao uso de uniformes em escolas ou em determinados empregos e instituições. O Exército não ofende ou constrange seus militares pelo simples fato de exigir o uso da farda nos quartéis. O simples

“vestir-se” de uma forma ou de outra não envolve, consequentemente, uma liberdade de tipo fundacional. Mas, se o uniforme tem dois modelos em atenção aos gêneros masculino e feminino, então o indivíduo deve ter certo grau de liberdade para escolher qual utilizar – notadamente quando se trata de pessoa transgênera¹⁹³. Importante notar que esta liberdade de escolha não se confunde com algum “direito” de não utilizar qualquer modelo de uniforme.

É claro que a observância ou não das regras de indumentária não é determinante da capacidade ou excelência profissional do indivíduo. Um advogado *cross-dresser* ou *drag queen* pode ser tão competente quanto um advogado que se apresente sempre de terno e gravata. O mesmo vale para médicos, professores, engenheiros, vendedores etc. É possível, portanto, questionar a relevância atual de tais normas, que possuem natureza claramente convencional. A razão de ser destas normas pode se relacionar com o decoro, ou simbolizar algo como a “dignidade” da profissão. Não é à toa que alguns indivíduos podem se sentir ofendidos ao se depararem com um advogado *drag queen*, da mesma maneira como podem se incomodar com a pornografia no espaço público. Mas, se para o advogado tanto faz se vestir como homem ou como mulher, ele não tem motivos plausíveis para questionar as regras de indumentária do tribunal.

Para além dos casos onde há efetivo constrangimento por parte do indivíduo em ter que se expressar de uma forma ou outra, podemos imaginar outras situações onde as regras de vestimenta devam ser relativizadas. Imagine que o advogado do exemplo anterior, ao sair de uma das reuniões de seu clube de *cross-dressing*, receba um chamado urgente de seu cliente e precise conversar imediatamente com o juiz. Apressado, e considerando o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, o advogado não teve tempo de retornar para a casa e vestir a roupa considerada “adequada”. Nestas circunstâncias, parece-me claro que sua entrada no tribunal não pode ser impedida. Eventual interesse na manutenção de regras de vestimenta não pode prevalecer em prejuízo da necessária prestação jurisdicional em casos de urgência. Na prática, é bem possível que o advogado não faça nada além de gerar olhares curiosos, sendo visto pelos demais presentes como uma figura excêntrica correndo pelo prédio do tribunal.

¹⁹³ Esta observação explica porque o Colégio Pedro II, após uma série de manifestações de seus alunos em prol dos direitos de uma aluna transexual, alterou suas regras referentes ao uso de uniformes. Embora sejam mantidos os modelos masculino e feminino, os alunos são livres para utilizarem o modelo que julgarem mais conveniente em atenção ao gênero com o qual se identificam. A mudança foi objeto de matéria do jornal O Globo, em 19 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/colégio-pedro-ii-extingue-distincao-de-uniforme-por-genero-20139240>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

É interessante ressaltar, ainda, casos onde o descumprimento de normas e expectativas de gênero tenha motivação política ou ideológica, como a luta contra o machismo e o patriarcado. Nestes casos, as formas de se vestir (ou “não vestir”) e de se portar correspondem a verdadeiro veículo para a expressão de ideias – como se observou nos “tetaços” que ocorreram na Argentina em fevereiro de 2017, em resposta à mobilização de seis viaturas e vinte policiais para impedir a prática de *topless* por parte de três mulheres na praia de Necochea¹⁹⁴. Em situações como essa, o simples fato de algumas pessoas ficarem “chocadas” ou se “sentirem ofendidas” ao verem mulheres com seios à mostra não é o bastante para impedir a expressão de certas ideias. Neste ponto, a liberdade de gênero se aproxima do tema da liberdade de expressão.

É claro que podemos pensar em circunstâncias onde tal liberdade poderá sofrer algumas restrições. Não entendo que seja admissível a realização de um “tetaço” dentro de uma igreja ou mesquita, por exemplo, considerando que não são espaços públicos. Alguns agentes públicos, no exercício de suas funções, também não poderão expressar o que bem entenderem. Da mesma maneira como um juiz evangélico não poderá realizar cultos em seu gabinete, um juiz politicamente engajado na luta contra a “ditadura dos gêneros” não poderá comparecer em audiências vestido como uma *drag queen*, com a finalidade exclusiva de ressaltar sua posição ideológica e desobedecer as regras de vestimenta do fórum¹⁹⁵.

Mas, na maioria significativa dos casos, o descumprimento das expectativas de gênero não terá por finalidade “chocar” os demais indivíduos, nem terá qualquer conotação política ou ideológica. Quando pensamos na maioria das pessoas transgêneras, em especial as transexuais, tem-se como certo que a identificação pessoal com um ou outro gênero reflete uma condição interna e psicológica do indivíduo, e não corresponde a uma simples escolha.

¹⁹⁴ Conforme noticiou o Globo em 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/centenas-de-mulheres-fazem-tetazo-favor-do-topless-na-argentina-20891126>>. Acesso em: 14 mar. 2017. Algo semelhante aconteceu em agosto de 2016, em Ontário, Canadá, quando três mulheres foram abordadas por policiais por estarem andando sem camisa – sendo que a prática do *topless* é permitida no estado desde 1996. Conforme matéria do Globo, disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/centenas-de-mulheres-fazem-topless-em-manifestacao-no-canada-17054773>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

¹⁹⁵ O tema se aproxima da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº. 898450, de relatoria do Min. Luiz Fux, que estabeleceu que editais de concurso público não podem estabelecer restrições a indivíduos com tatuagens, muito embora limitações devam ser aplicadas em situações excepcionais nas quais o conteúdo da tatuagem viole “valores constitucionais”. Neste sentido, podemos pensar em contextos onde determinada tatuagem expresse ideias inapropriadas ao exercício da função pública – como no caso de um policial que tenha uma suástica tatuada na mão ou pescoço. Alguém que tenha uma tatuagem de suástica aparente dificilmente transmitiria a segurança necessária para os cidadãos, principalmente para negros, judeus e homossexuais. Neste sentido, o indivíduo pode ser considerado inapto para o exercício de determinadas funções. A decisão do Supremo Tribunal Federal é de 17 de agosto de 2016, e o processo pode ser consultado no seguinte link: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=898450&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

Afinal, dificilmente alguém escolheria, conscientemente, descumprir normas e expectativas de gênero, considerando todo o estigma e crítica social que acompanham este descumprimento. Nunca é demais ressaltar que transgêneros são, antes de qualquer coisa, homens ou mulheres, e a transgeneralidade não afeta de qualquer forma a capacidade civil e jurídica do indivíduo (não se confunde, portanto, com patologias ou estados que alteram sua capacidade cognitiva ou o impeçam de praticar certos atos). Homens e mulheres transgêneras, enquanto homens e mulheres, podem ser advogados, juízes, policiais, médicos, veterinários, vendedores, professores etc. Impedir que pessoas transgêneras expressem seu gênero envolve, em última análise, a negação a tais indivíduos da liberdade de expressarem a própria identidade¹⁹⁶.

Todas estas observações nos permitem afirmar que o Estado tem o dever de garantir a todo e qualquer indivíduo, seja ou não transgênero, ampla liberdade para expressar seu gênero. Neste sentido, eventuais regulamentações à expressão de gênero no espaço público, como as normas referentes à indumentária ou que digam respeito à “decência”, “decoro” ou “bons costumes”, devem ser vistas com cautela, pois poderão afrontar liberdades de cunho fundacional ou direitos morais dos indivíduos. Qualquer empecilho injustificado à livre expressão de gênero pode causar ao indivíduo forte constrangimento, atingindo e desrespeitando sua dignidade, o que é particularmente sensível no caso de indivíduos transgêneros – afinal, transgêneros são impelidos dia após dia a “provar” que são mulheres ou homens “de verdade”. Não é permitido ao Estado, em qualquer caso, desencorajar certas expressões de gênero ou modos de vida sob o argumento de que são intrinsecamente ruins ou que ofendem a concepção de bem de outros indivíduos.

Deve-se notar que a proteção à liberdade de expressão do gênero não se confunde com a efetiva identificação jurídica e social do indivíduo como homem ou mulher (ou mesmo algo distinto, como no caso de pessoas não-binárias). Como sustento nos dois próximos capítulos, muitas das demandas envolvendo pessoas transgêneras não levam em consideração apenas o modo como o indivíduo se expressa ou se identifica, mas sim o conceito jurídico de gênero – o que significa que o reconhecimento social de que o indivíduo pertence

¹⁹⁶ Não é sem razão que a liberdade de expressão de gênero de pessoas transgêneras, embora se aproxime do tema da liberdade de expressão de ideias, com ele não se confunde. Se refletirmos sobre a ideia política que os “tetaços” na Argentina buscaram promover (i.e., a defesa do *topless*), notamos que ela não depende, necessariamente, deste tipo de ação ou forma de defesa. Por esta linha de raciocínio, é possível imaginar restrições ao modo como certas ideias são expressadas, na medida em que há outros meios de expressão. Por outro lado, quando pensamos na *expressão do gênero*, tem-se que esta não pode ser desvinculada da própria *imagem* do indivíduo. A expressão de gênero integra a própria identidade da pessoa, correspondendo a verdadeira liberdade fundacional.

a determinado gênero deverá ser levado em conta. Este ponto fica evidente quando pensamos no conceito de “mulher” presente em nossa legislação previdenciária ou em medidas que combatam a violência doméstica e de gênero, como a Lei Maria da Penha.

É importante ressaltar, ainda, que o dever estatal de tratar todos os indivíduos com igual respeito e consideração não significa dizer que diferentes modos de vida sejam igualmente valiosos, ou que não possam ser, em qualquer hipótese, promovidos ou desestimulados. Imagine o estilo de vida dos chamados *junkies*: pessoas com vida desregrada, em geral usuários de drogas, que se dedicam a levar uma vida movida pelo prazer e destituída de limites. Muitos consideram que este estilo de vida é inadequado e deve ser desencorajado, e é muito provável que alguém como Dworkin concordaria com ações estatais que visem desestimular o estilo de vida *junkie*. Mas o fundamento não seria uma determinada concepção de bem ou de “viver bem”, e sim o impacto que este modo de vida causa à sociedade como um todo. É como no caso das regras referentes ao uso de cinto de segurança e capacetes: na adoção de determinadas políticas públicas, o Estado pode e deve levar em consideração os custos sociais e demais interesses envolvidos, mas não pode justificar tais políticas sob o argumento de que determinados modos de vida são *intrinsecamente* melhores ou piores que outros. Os custos envolvidos no estilo de vida *junkie* envolvem a desestruturação de famílias, a geração de indivíduos improdutivos e gastos significativos ao sistema de saúde. Em um contexto assim, resta claro o interesse coletivo em políticas públicas que busquem desencorajar este modo de vida – o que não envolve qualquer tipo de avaliação sobre eventual “mal intrínseco” deste estilo de vida. Logo, muito embora sustente que alguns modos de vida são mais desejáveis que outros, considerando o impacto que causam na vida de terceiros, o Estado não deixa de tratar *junkies* com igual respeito e consideração¹⁹⁷.

Algo semelhante acontece quando pensamos sobre a produção, venda e consumo de cigarros. Políticas públicas de desencorajamento mostram que o Estado e a coletividade não consideram que o estilo de vida de fumantes seja tão valioso quanto o de pessoas que se empenham em ter uma vida saudável. Os altos impostos, que encarecem o preço final dos

¹⁹⁷ É curioso notar que este tipo de abordagem pode envolver não apenas políticas de desencorajamento, mas também medidas de redução de danos. Neste sentido, países como a Dinamarca investiram em “salas de consumo de drogas com risco mínimo”, na qual usuários de drogas pesadas como heroína, crack e cocaína podem utilizar tais drogas sob acompanhamento médico – reduzindo os riscos de overdose ou decorrentes do compartilhamento de seringas, considerando que tais salas fornecem gratuitamente agulhas para injeção (basta que os usuários levem suas drogas). Tais salas também contam com a presença de assistentes sociais, que orientam os usuários a procurarem clínicas de reabilitação sempre que desejarem. No caso dinamarquês, tais salas reduziram o consumo de drogas nas vias públicas em cerca de 90%, algo que, acredita-se, impacta diretamente no surgimento de novos usuários (ao invés de incentivar o uso, como sugerem os críticos). Estas “salas de consumo de drogas” foram matéria do site da BBC, disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/geral-38562639>>. Acesso em: 1º mar. 2017.

cigarros aos consumidores, bem como as advertências do Ministério da Saúde presentes nos maços, são evidentes formas de desestímulo ao consumo da nicotina. Isso não significa que o Estado esteja tratando fumantes com menos respeito ou consideração, e as medidas visam a redução de gastos públicos com a saúde e o interesse de terceiros (o que fica evidente quanto pensamos na legislação que proíbe fumar em ambientes fechados, como bares e boates).

Entretanto, não há motivos para imaginar que o Estado deva “desestimular” certas expressões de gênero, como poderia sugerir Finnis e Tollefsen. Como argumentei no capítulo anterior, não há qualquer evidência de que a transgeneralidade seja de algum modo danosa para a coletividade. Antes o contrário: a especial vulnerabilidade de pessoas transgêneras ressalta a necessidade de pensarmos em políticas públicas que visem a inclusão de tais pessoas no mercado de trabalho, bem como a redução do estigma e da vulnerabilidade.

4.1. Independência e autonomia de crianças e adolescentes transgêneros

Minha preocupação central neste capítulo foi apresentar os argumentos e pressupostos teóricos que nos permitem falar na independência ética de qualquer cidadão, e em particular de transgêneros adultos. Isso não significa, entretanto, que não existam crianças e adolescentes transgêneros. Mas o que deve ser feito nestes casos? Os pais poderiam reprimir as manifestações de gênero que consideram inadequadas, ou deveriam permitir que a criança expresse o gênero como julgar mais conveniente? E se a criança, de sexo biológico masculino, desejar ir para a escola com roupas cor de rosa e insistir em ser chamada por um nome feminino? E se posteriormente manifestar interesse em passar por cirurgias para modificar seu corpo? Qual a posição que o Estado deve tomar diante destas questões?

Todas estas questões são particularmente difíceis, e mesmo especialistas da área médica e psicológica têm dúvidas para respondê-las. Ainda assim, crianças e adolescentes transgêneros não deixam de ser, enquanto crianças e adolescentes, pessoas que consideramos *incapazes*. Por nossa legislação civil, a incapacidade é absoluta até os dezesseis anos, relativa entre os dezesseis e dezoito, e só cessa com a maioridade ou emancipação. Nossa Constitui-

ção também estabelece, em seu art. 227, o dever da família, sociedade e do Estado na proteção de menores, observando direitos como vida, alimentação, cultura, dignidade, respeito, dentre outros.

Tais observações nos fazem refletir sobre algumas considerações gerais. Em primeiro lugar, tem-se que a incapacidade civil não significa que decisões são tomadas em descon sideração ao que o menor pensa, sente e expressa. Isso fica evidente quando pensamos em processos de guarda, adoção ou de suspensão/destituição de poder familiar: advogados e juizes da área de família sabem que é importante escutar uma criança de treze anos antes da tomada de decisão, porque embora nossa legislação estabeleça sua incapacidade para atos civis, o fato é que o desenvolvimento de crianças e adolescentes faz com que, na prática, menores tenham uma espécie de “capacidade progressiva” – um adolescente de quatorze anos possui mais capacidades e maturidade para decisões do que uma criança de cinco.

Isso nos faz refletir sobre como devemos aplicar o paradigma da dignidade às crianças e adolescentes. Ninguém tem dúvidas de como opera o dever de tratar a todos com igual respeito e consideração, quando “todos” diz respeito a indivíduos adultos e capazes. Mas como proceder com relação aos menores? Eles possuiriam algum tipo de independência ética e responsabilidade pessoal?

Ao analisar o tema do livre-arbítrio, Dworkin não rejeita que crianças tomem decisões. O ponto é que nem sempre as decisões serão corretas ou adequadas, considerando que menores possuem uma capacidade diminuída para formar juízos coerentes sobre o mundo e as consequências de suas ações, bem como sobre questões de prudência e moralidade (DWORKIN, 2011, p. 238). Dworkin defenderá, então, o que chama de *princípio da capacidade*: indivíduos com capacidade insuficiente para formar crenças verdadeiras ou pertinentes sobre o mundo não possuem total controle sobre seus atos, o que impacta diretamente no modo como devemos pensar sua responsabilidade pessoal (DWORKIN, 2011, p. 244).

Disso se segue que devemos considerar a visão de menores nas situações onde eles têm capacidade para tomar decisões coerentes sobre o mundo e suas responsabilidades. Na prática, isso varia de caso a caso, muito embora possamos pensar em diferentes “estágios” de aquisição da capacidade. Ninguém duvida, portanto, que crianças e adolescentes gozam de certa autonomia para travar relações com seus colegas de escola, por exemplo, com quem podem desenvolver vínculos de amizade.

Não adentrarei nas complexas discussões psicológicas sobre desenvolvimento de crianças e adolescentes. O ponto é que, se partirmos do pressuposto de que existe esta capacidade progressiva, então a família, a sociedade e o Estado têm o dever de garantir que toda e

qualquer decisão relacionada à criança tenha em vista seu potencial de chegar à vida adulta com plena capacidade e responsabilidade pessoal. Se existe alguma “missão” compartilhada por pais e pelo Estado, esta missão está diretamente atrelada à futura emancipação do menor. Não é sem razão, portanto, que a educação básica se destaca como um direito garantido pelo Estado às crianças e adolescentes (e, na prática, a qualquer cidadão), refletindo na obrigação dos pais em matricularem seus filhos em escolas que atendam aos requisitos básicos delimitados através de políticas públicas.

Ainda assim, muitos pais acreditam que seus interesses na criação e educação de seus filhos correspondam a verdadeiros “direitos” que não podem ser subtraídos pelo Estado. Entendo, contudo, que pais não possuem qualquer “direito” em sentido forte com relação às crianças e adolescentes. Não é sem razão que Jeffrey Shulman, em seu livro *The Constitutional Parent: Rights, Responsibilities, and the Enfranchisement of the Child* (SHULMAN, 2014), sustenta que a autoridade dos pais nada mais é do que a delegação do poder estatal, considerando a presunção de que a autoridade parental (o “poder familiar”) será utilizada para promover a emancipação da criança. Na prática, pais atuariam como “curadores” em conjunto com o Estado, cuja função é garantir a formação de adultos autônomos e independentes. Neste sentido, não seria de todo correto falar em “direitos” dos pais, pois na realidade eles são detentores de um dever, de uma responsabilidade¹⁹⁸.

Isso não significa que pais não tenham interesses ou preferências legítimas com relação aos seus filhos. Não há problema algum em sustentar, portanto, que pais agem tendo em vista o melhor à sua prole, algo que é verdadeiro na maioria significativa dos casos. Sendo assim, nossas leis atribuem aos pais, de forma automática, a responsabilidade legal e jurídica pelos cuidados e criação de seus filhos biológicos (DWYER, 2006, p. 26)¹⁹⁹. Mas é importante notar que estes interesses não se transformam em *direitos*, até porque, como afirma James Dwyer, o discurso de “direitos parentais” nos conduz a uma compreensão equivocada dos vínculos familiares – tal discurso, em última análise, legitimaria a ideia de que pais são livres para cuidar e educar seus filhos de acordo com seus próprios interesses, e

¹⁹⁸ Nas palavras de Shulman: “*With all its attendant joys, parenting is a somber task, for it entails, in a profound and poignant way, the loss of the child. It is the parent’s task – it is a political as well as a personal obligation – to enable each child to form his or her own self-image rather than merely to conform to some parental likeness*” (SHULMAN, 2014, pp. 21-22).

¹⁹⁹ “*The state directly determines who a child’s legal parents will be at the time of birth and then at every moment of a person’s childhood. (...) This automatic conferral of legal parent status is thus explainable in part as reflecting an empirical assumption that a biological and gestational mother is likely to be a good caretaker of a child, an assumption that everyday experience suggests is true in most cases*” (DWYER, 2006, pp. 26-27).

estes interesses nem sempre refletirão o que é melhor para o menor (DWYER, 2006, pp. 12-13)²⁰⁰

Disso se segue que pais não têm qualquer “direito” sobre os valores e modo de vida que seus filhos cultivarão no futuro. É certo que, no caso excepcional de crianças e adolescentes, pais podem incentivar e desencorajar certos tipos de conduta, mas ninguém imagina que menores terão alguma “responsabilidade” futura sobre eventual quebra das expectativas parentais. Meu pai pode ter sonhado e me incentivado a seguir a carreira médica, mas o fato de eu seguir a carreira jurídica não quer dizer que eu tenha descumprido com alguma espécie de “dever” ou ofendido meu pai de alguma maneira significativa. Em outras palavras, é importante levar em consideração o interesse dos pais, mas estes interesses não correspondem a qualquer espécie de direito pré-estabelecido sobre como deve ser, por exemplo, a educação de seus filhos. O interesse dos pais só é levado em consideração porque podemos pressupor, em muitas situações, que eles sabem o que é melhor para seus filhos. Se há algum “direito” envolvido em todas as questões referentes à menores, este direito está atrelado ao atendimento de seus “melhores interesses”, como sustenta boa parte de nossa doutrina jurídica²⁰¹. Trata-se de reconhecer a dignidade intrínseca da vida de crianças e adolescentes.

Este ponto é particularmente relevante quando pensamos em temas polêmicos como educação sexual e de gênero. Finnis sustenta que pais possuem ampla independência para educar seus filhos em atenção às suas crenças e valores pessoais, notadamente quando se trata de ensinar valores religiosos. Se tais valores se contrapõe, por exemplo, à homossexualidade ou transgeneralidade, então pais são livres para ensinarem aos seus filhos que é errado ser lésbica, gay, bissexual ou transgênero. Na realidade, considerando a concepção finnisiana sobre a família e o bem do casamento, ensinar que a homossexualidade ou a transgeneralidade são erradas é uma obrigação dos pais, que deve ser copiada pelo Estado ao desencorajar condutas consideradas ofensivas aos bens humanos básicos. É claro que, na

²⁰⁰ “Western culture, and particularly American culture, appears already plagued by an obsession with rights. Rights-talk, it is said, promotes hostility and litigiousness and weakens harmony and community spirit. It is symptomatic of a collective failure to foster virtues and a sense of responsibility. Rights proliferation is, for some people, particularly troubling in the context of families, because they believe individuals should not be encouraged to view their intimate relationships in terms of individual entitlement. That only weakens the emotional bonds that should characterize family life. (...) Insofar as this critique is leveled against adult’s rights in connection with their dominion over children, I wholeheartedly agree. Talk of parents’ rights encourages an entitlement view of parenthood that makes parents more resistant to guidance from others, more preoccupied with their own desires, and less concerned with the interests of their children. Parent’s rights rhetoric and legal doctrine also cause state decision makers to lose sight of the moral claims of children, who typically do not have forceful advocates in legal proceedings concerning their lives” (DWYER, 2006, pp. 12-13).

²⁰¹ Fala-se na proteção aos “melhores interesses da criança”, algo que fica evidente quando pensamos em questões como adoção e definição de guarda.

prática e em raras ocasiões, famílias podem se desvirtuar e ensinar valores inadequados às crianças e adolescentes – e seriam apenas nestes casos, segundo Finnis, que o Estado estaria legitimado a intervir²⁰². Em última análise, como visto no capítulo anterior, o Estado tem a função de zelar pela paz e justiça em relações interpessoais, o que envolve a promoção e desencorajamento de certas condutas. Logo, não é sem razão que Finnis sustenta a função “subsidiária” do Estado em matéria de educação de crianças e adolescentes, e sendo questões como a sexualidade e o gênero intrinsecamente relacionadas à ideia de família, compete aos pais terem a última palavra sobre o que é “certo” ou “errado” no âmbito da moralidade sexual de seus filhos.

Entendo que a concepção finnisiana é errada, pois além de se pautar em uma ideia equivocada sobre nossa sexualidade e gênero, ignora o papel essencialmente público da educação de crianças e adolescentes. Finnis pressupõe que pais possuem o “direito” de ensinar valores aos seus filhos, quando na realidade isso corresponde mais a uma responsabilidade – como sustentei, a finalidade da educação é transformar menores em adultos que terão plena autonomia, e não meros reprodutores de opiniões e valores de seus pais. Em última análise, Finnis ignora completamente o modo como crianças desenvolvem sua sexualidade e expressão de gênero, vendo-as como meras “tábulas rasas” onde se pode ensinar qualquer coisa. Além de ser algo implausível (pois pressupõe que crianças poderão “virar” lésbicas ou gays pelo simples fato de terem contato com indivíduos homossexuais), esta concepção é claramente danosa aos menores que possuem inclinações homossexuais ou transgêneras. Não é sem razão que o índice de evasão escolar é significativamente maior quando estamos falando de jovens transgêneros.

²⁰² Sendo assim, acredito que Finnis não veria problemas em imaginar o Estado intervindo em famílias onde se promovem valores como o racismo. Estas seriam, na sua visão, raros casos da “famílias desvirtuadas”, que ameaçam e causam danos ao bem público. Sobre a questão, Finnis afirma que: *“In what I have just been saying about the pre-conditions for the degree of unity (as opposed to diversity) necessary for the rule of law and a welfare state, the family figured as a source, at least locus, of an acute, standing threat to the common good of the polity. So it is necessary to add that it seems equally clear that those same pre-conditions include appropriate sound nurturing of children within families flourishing as families. Family as threat to the political common good is only the perversion of family as foundation of that common good. This foundational significance doubtless includes various elements, biological, psychological, and cultural (FINNIS, 2011c, p. 127).* Dentre estes “elementos”, Finnis assevera o papel da binariedade de gêneros na formação de nossas identidades. Neste sentido: *“One’s understanding of one’s ‘gender identity’, one’s masculinity or femininity, as opportunity, as a form of flourishing to be respected and promoted, will be greatly enhanced (or, in unfortunate cases, impeded) by the example of one’s parents. One’s parentage, one’s status as the child of these two parents and no others, is of course another identity which one finds rather than makes. By their difference as mother and father as well as their equality as human persons and spouses and parents, morally good parents are icons and nurturers of one’s practical understanding of, and willingness to foster, one’s opportunity to be a good person in a sisterly way or a brotherly way, as maiden or as man, as wife or as husband, in maternal way or paternal way” (FINNIS, 2011c, p. 105).*

Sendo assim, é interessante mencionar a pesquisa realizada por Kristina Olson, da Universidade de Washington, publicada em 2015 na revista da *Association for Psychological Science*²⁰³. Ao estudar trinta e duas crianças transgêneras na faixa dos cinco aos doze anos, Olson descobriu que a identidade de gênero das crianças transgêneras funciona de forma análoga à de crianças cisgêneras. Isso significa que, ao contrário do que muitos pensam, crianças transgêneras não revelam nenhuma espécie de dúvida sobre o gênero que expressam: se identificam e se expressam como meninos e meninas típicos. Em outras palavras, da mesma maneira como meninos cisgêneros se interessam por brinquedos estereotípicos de meninos, meninos transgêneros manifestam igual interesse por tais brinquedos (sem mostrar “variação” ou “dúvida” quando se encontram na frente de bonecas, por exemplo). Isso ficou evidente quando se aplicou o Teste de Associação Implícita (*Implicit Association Test*) para calcular a velocidade com que as crianças associavam aspectos da masculinidade ou feminilidade à própria identidade. Assim, por exemplo, a imagem de um carrinho de brinquedo era associada ao “eu”, tanto por meninos cisgêneros quanto por meninos transgêneros, da mesma forma que bonecas eram associadas ao “não eu”, associações que aconteciam na mesma velocidade.

O que se concluiu é que crianças transgêneras, assim como as cisgêneras, manifestam forte identificação com o gênero que expressam. Disso se segue que crianças transgêneras não são “confusas” ou estão de “birra”, e muito menos “fingindo” um gênero em particular. Sendo assim, há bons motivos para se imaginar que o melhor caminho, a fim de se evitar transtornos à própria criança, consiste em lhe conferir maior grau de independência na expressão de gênero. Se uma criança de sexo biológico masculino prefere brincar com bonecas e fazer amizade com outras meninas, comportamento este que se manifesta de forma insistente e reiterada, tudo indica que ela é transgênera e que o melhor é permitir que ela prossiga manifestando o gênero da forma que entende mais adequada. Isso revela que, antes de falarmos em simples “escolhas” que podem ser “mudadas”, estamos diante de uma condição ou inclinação específica do menor.

Tomando como pressuposto as conclusões da pesquisa de Kristina Olson, tem-se que pais ou responsáveis legais que “forçam” a criança ou adolescente a “virar homem” ou “virar mulher” estarão agindo de forma prejudicial ao menor. Tentar reverter a identidade de gênero pode ser uma experiência traumática, da mesma forma como se mostraram infrutíferas as inúmeras tentativas de “curar” lésbicas e gays. Disso se segue que, se a educação dos pais

²⁰³ Disponível em: <http://www.psychologicalscience.org/news/releases/transgender-kids-show-consistent-gender-identity-across-measures.html#.WEOzz_krLDc>. Acesso em: 30 nov. 2016.

e da família envolve uma “imposição de valores” que exclui as inclinações sexuais e de gênero do menor, causando danos à sua autoestima e prejudicando sua adequada formação, então competirá ao Estado intervir: é seu dever zelar pelo bem-estar e interesse de crianças e adolescentes.

Como se dá a intervenção estatal é uma questão delicada. Na prática, professores são capazes de identificar comportamentos diferenciados de seus alunos. Jovens que se mostram sempre tristes, infelizes e inseguros podem estar sendo vítimas de uma “educação” opressora por parte da família e de eventual comunidade religiosa. Em casos assim, entendo que a criança deverá ter o acompanhamento de equipe composta por psicólogos e assistentes sociais, com o fim de identificar as origens e causas destes comportamentos. Disso se segue que há boas razões para o Estado investir em políticas públicas educacionais que permitam um debate aberto sobre questões envolvendo gênero e sexualidade. Estas questões devem ser discutidas em escolas, e pouco importa se pais e mães concordam ou não com isso – trata-se de questão de ordem pública, que se sobrepõe aos “interesses” da família. Quando notamos que a concepção dos representantes do menor é baseada em fatos falsos ou implausíveis (como são a maioria das concepções sobre transgeneralidade ou que criticam a chamada “ideologia de gênero”), não há razão alguma para imaginarmos, de antemão, que os interesses de tais indivíduos devam prevalecer, e muito menos que constituam alguma espécie de “direito”.

Outra grande questão que pode surgir diz respeito aos eventuais limites da intervenção estatal no âmbito familiar. Em casos extremos entendo que a intervenção está mais do que legitimada, como na hipótese de pais que espancam ou tentam matar seus filhos pelo simples fato de serem homossexuais ou transgêneros. Mesmo as tradicionais “palmadas” são proibidas por lei: a Lei Federal nº. 13.010/2014, conhecida como “Lei da Palmada”, alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e garante a toda criança e adolescente “*o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel e degradante (...)*” (art. 18-A do ECA). O castigo físico, no caso, corresponde a qualquer natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança (inciso I), que possa resultar em sofrimento físico (alínea “a”) ou lesão (alínea “b”).

Mas a situação é mais sutil quando pensamos em formas de educação ou censura que envolvam algum tipo de pressão psicológica. Pais podem afirmar para seus filhos que “morreriam de tristeza” se eles “virarem gays ou travestis”, e me parece inegável que isso causa forte impacto em crianças e adolescentes – especialmente se forem, de fato, homossexuais

ou transgêneros. A depender do grau e frequência da pressão psicológica, o menor poderá apresentar sinais como apatia ou baixo rendimento escolar, o que pode levar à investigação por professores e eventuais psicólogos e assistentes sociais no ambiente escolar. Assim, se ficar constatado que a pressão psicológica constante vem causando algum tipo de dano à formação da criança ou adolescente, o Estado deverá intervir.

Em qualquer circunstância, deve-se sempre atentar ao melhor interesse da criança e do adolescente. Qual é o “melhor interesse” é algo que depende de uma série de fatores, e em certa medida também envolverá uma espécie de atitude interpretativa. Reconhecemos, por exemplo, que crianças e adolescentes devem ser educados para se transformarem em adultos autônomos, que possuem uma espécie de capacidade progressiva, e que sua especial vulnerabilidade demanda cuidados especiais. Sendo assim, o Estado pode e deve escutar os pais, mas também levar em consideração a visão de especialistas (como médicos, psicólogos e assistentes sociais), algo particularmente relevante quando se trata de menor transgênero. Somente assim é possível chegar à melhor resposta em questões que variam do reconhecimento de um nome social à criança ou adolescente, distinto do prenome constante no assento de nascimento, até o início de tratamentos hormonais ou mesmo de cirurgias de redesignação sexual.

CAPÍTULO 4 – RESPONDENDO AOS PLEITOS DE INDIVÍDUOS TRANSGÊNEROS: A ALTERAÇÃO DE PRENOME E SEXO/GÊNERO DOCUMENTAIS

Como mencionado ao longo deste trabalho, uma das questões que mais interessa aos indivíduos transgêneros (notadamente transexuais) diz respeito à mudança de prenome e sexo/gênero documentais. Não é difícil imaginar a razão: o desacordo entre os dados registrais e a expressão de gênero do indivíduo é capaz de criar grandes constrangimentos nos momentos em que seus documentos devem ser apresentados. A situação não é muito diferente daquela pela qual passam indivíduos com nomes vexatórios – como na hipótese de alguém de nome Farmácio ou Adolpho Hitler. Transgêneros ainda correm o perigo de, nestas situações, serem alvos não apenas de chacotas, mas de agressões verbais e físicas (a chamada *transfobia*). Com maior razão, a proteção da integridade de pessoas transgêneras passa pela possibilidade de se alterar o nome e sexo documentais.

Mas como ocorre esta mudança? No caso do nome, ela poderia envolver o sobrenome ou apenas o prenome (i.e., nome próprio)? A escolha do novo prenome é completamente livre? Alguém que tenha um prenome neutro ou ambíguo (e.g., Darcy) ainda assim poderia requerer a alteração? E quanto ao sexo, alguém que não tenha passado por qualquer mudança física poderia mudar seu sexo documental? E no caso de pessoas que se identificam como não-binárias, haveria direito à identificação como “gênero neutro”, “indeterminado”, “indefinido” ou um terceiro gênero? Por fim, quais as consequências para terceiros destas alterações? A certidão de nascimento de eventual filho de pessoa transgênera deverá ser alterada para nela constar dois pais ou duas mães? Deve ser informado nos documentos pessoais da pessoa transgênera que as alterações decorreram de decisão judicial, ou estas informações devem permanecer sigilosas?

Todas estas questões demonstram que as respostas para os pedidos de alteração de prenome e sexo/gênero de pessoas transgêneras estão longe de serem óbvias. Antes, porém, é importante saber como o nome e o sexo são tratados pelo Direito, bem como outras hipóteses em que a alteração é possível e justificável.

1. NOME, SEXO E GÊNERO: DIMENSÕES JURÍDICAS

É através dos *nomes* que somos capazes de individualizar diferentes seres. Damos nomes a objetos, animais, pessoas etc. No caso das pessoas, o nome assume uma relevância particular: ele é um dos elementos que permitem que sejamos distinguidos publicamente – sou o Pablo, e não o João. Sendo assim, temos o *dever* de adotar um *nome civil* em razão da necessidade social e jurídica de diferenciação dos indivíduos (VELOSO, 2016, p. 430). Se não bastasse, também é considerado como um *direito da personalidade*, com previsão expressa no capítulo II do Código Civil, notadamente no art. 16: “*Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendido o prenome e o sobrenome*”.

O nome tem, portanto, relevância pública e privada. Se ele é elemento de identificação social, resta claro que o indivíduo não pode dele dispor da forma que bem desejar. O simples “não gostar” do nome não justifica sua alteração. Neste sentido, é possível sustentar um interesse público na *imutabilidade* do nome, que encontra amparo legal no art. 58 da Lei de Registros Públicos²⁰⁴. Por outro lado, ele está diretamente atrelado à nossa personalidade e, como afirma Zeno Veloso, acaba se confundindo com ela²⁰⁵. Consequentemente, os direitos ao nome e ao seu uso são considerados absolutos, indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis (VELOSO, 2016, p. 430).

Como se observa no art. 16 do Código Civil, o nome civil se divide em *prenome* e *sobrenome*. Enquanto o sobrenome corresponde ao nome da família (ou “patronímico”, em alusão à família paterna), o prenome é o vocábulo que distingue o indivíduo dentro de sua própria família – é o nome individual ou próprio²⁰⁶. Prenome e sobrenome podem ser simples ou compostos, na medida em que tenham um ou mais vocábulos cada. Em nosso cotidiano, dizemos que o *nome* é o nome próprio (no meu caso, nome próprio composto: Pablo Antonio), enquanto o *sobrenome* é o nome da família (Lago). A expressão prenome, indicando o nome próprio, é pouco utilizada fora do contexto jurídico, embora seja tecnicamente mais

²⁰⁴ “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”.

²⁰⁵ “O nome designa o indivíduo, identifica-o, como dissemos antes. Aliás, é o principal meio de sua identificação e de sua distinção com relação aos demais. O nome como que fica grudado na personalidade e acaba se confundindo com a mesma” (VELOSO, 2016, p. 430). Maria Celina Bodin de Moraes sustenta, ainda, que o nome protege a esfera privada e o interesse de identidade do indivíduo: “Reconhecer-se um ‘direito ao nome’ significa, em primeiro lugar, considerá-lo um elemento da personalidade individual. Nessa medida, o nome não serve apenas para designar a pessoa humana, mas também, e principalmente, para proteger a esfera privada e o interesse da identidade do indivíduo, direito da sua personalidade” (MORAES, 2000, p. 51).

²⁰⁶ Na Lei de Registros Públicos, em seu art. 54, §4º, depreende-se que o nome civil se divide em *nome* (enquanto nome familiar) e *prenome* (enquanto nome individual). Na prática jurídica, prevalece a distinção constante no Código Civil.

adequada. É possível ainda que o nome contenha um *agnome*, que complementa o nome e o distingue do nome de algum parente que se pretendeu homenagear (e.g., Júnior, Filho, Neto) (VELOSO, 2016, p. 430).

De acordo com nossa legislação (particularmente a Lei de Registros Públicos – Lei 6.015/73), compete em primeiro lugar ao pai e/ou mãe registrarem o nascimento de seu filho e, neste ato, informar o nome escolhido da criança. Neste sentido, os pais têm ampla liberdade de escolha, desde que o nome não seja vexatório e exponha a criança ao ridículo, ocasião na qual o oficial de registro civil poderá se recusar a efetuar o registro²⁰⁷. Nossa legislação acaba sendo muito mais permissiva do que a de outros países, como Portugal, que possuem uma onomástica nacional vinculante²⁰⁸.

Além do nome civil, constante em nossos documentos oficiais, é possível utilizar *apelidos públicos notórios* para fins de identificação social – como no caso do ex-presidente Lula, da apresentadora Xuxa, do jogador de futebol Pelé etc. Nossa legislação autoriza, inclusive, a substituição do prenome por tais apelidos (art. 58 da Lei de Registros Públicos), até porque há casos em que o apelido é mais conhecido e utilizado do que o nome próprio. Quanto à origem, estes apelidos públicos notórios podem ser *alcunhas*, na medida em que seja atribuída ao indivíduo pelos demais, ou *pseudônimos*, cuja utilização parte da própria pessoa ao qual se refere (DE CUPIS, 2008, 313)²⁰⁹.

Há ainda o chamado *nome social*, particularmente relevante no caso de indivíduos transgêneros. O nome social vem a ser o pseudônimo adotado pela pessoa transgênera, considerando o gênero que expressa no meio social. Assim, por exemplo, uma mulher transgê-

²⁰⁷ O parágrafo único do art. 55 da Lei dos Registros Públicos determina que, na hipótese de os pais não aceitarem a recusa do oficial, este deverá submeter por escrito o caso ao juiz competente.

²⁰⁸ A *onomástica* corresponde à lista de nomes próprios (e, também, é a denominação dada ao campo de estudo de nomes próprios). No caso português, os nomes próprios devem ser aqueles presentes na onomástica nacional, e os nomes de origem estrangeira deverão ser adaptados gráfica e foneticamente à língua portuguesa – conforme se depreende do art. 103 do Código de Registro Civil português. Sendo assim, dificilmente me chamaria Pablo caso tivesse nascido em Portugal. Provavelmente meu nome seria adaptado para Paulo. O mesmo para quem se chama Paul, John etc. Na medida em que escolher o nome do filho não me parece corresponder a um “direito” em sentido forte, de tipo fundacional, a vinculação dos nomes possíveis à onomástica não me parece criar algum embaraço significativo à liberdade individual. Corresponde a uma escolha política de cada país, portanto.

²⁰⁹ “Em alguns aspectos, o pseudônimo difere também profundamente da alcunha. Na verdade, enquanto o uso sob o qual se baseia, a aquisição da alcunha provém da chamada voz pública, o uso sob o qual se funda a aquisição do pseudônimo deriva da própria pessoa ao qual ele se refere. Além disso, diversamente da alcunha, o pseudônimo designa a pessoa limitada a um setor específico, embora variável da sua atividade, voluntariamente determinado, e, em geral, aquelas manifestações pessoais relativamente às quais a pessoa decide definir a sua individualidade artística, literária, e outras”. (DE CUPIS, 2008, pp. 313-314).

nera pode se apresentar e ser socialmente identificada como “Patrícia”, embora o nome constante em seus documentos seja “Pedro”. O nome social tem sido amplamente admitido através de decretos, portarias e resoluções, nas esferas administrativas da União e de vários Estados e Municípios (VELOSO, 2016, p. 457)²¹⁰. Sendo assim, em muitas circunstâncias a pessoa transgênera pode apresentar documento expedido por órgão ou entidade que admita o uso do nome social, evitando o constrangimento de apresentar documentos oficiais como RG e Certidão de Nascimento²¹¹.

Além do nome, outro ponto que deve ser registrado no assento de nascimento de qualquer criança é o *sexo*, conforme determina o art. 54 da Lei de Registros Públicos. O sexo, assim como o nome, também é considerado um elemento de identificação do indivíduo. Por “sexo” deve-se entender o sexo biológico, que como visto no primeiro capítulo leva em consideração inúmeros fatores como genitália, cromossomos, caracteres secundários etc. E, no caso de recém-nascidos, o sexo assentado no registro de nascimento é determinado em razão da morfologia genital, quando inexistir qualquer ambiguidade (como no caso de indivíduos intersexuais).

Entendo que o que motiva o Estado a “registrar” o sexo dos indivíduos decorre da presunção de que tais indivíduos irão expressar, na fase adulta, o gênero atribuído ao seu sexo biológico. Sendo assim, há uma expectativa generalizada de que aqueles que nascem machos serão homens, e aqueles que nascem fêmeas serão mulheres. Nosso sistema adota, claramente, uma perspectiva que transforma o gênero em mera “decorrência” do sexo biológico. É um sistema pensado apenas para indivíduos cisgêneros, entendidos como aqueles que se identificam e expressam o gênero de acordo com o sexo atribuído em seus registros de nascimento. Se não bastasse, é um sistema que estaria justificado na manutenção de diferenças entre homens e mulheres, considerados titulares de direitos e deveres distintos até pouco tempo atrás – pensemos, por exemplo, na época em que mulheres eram consideradas incapazes e não podiam votar.

²¹⁰ Merece destaque a Portaria nº. 12 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos LGBT (CNCND/LGBT), de janeiro de 2014. Em seu art. 1º, referida portaria estabelece que “*Deve ser garantido pelas instituições e redes de ensino, em todos os níveis e modalidades, o reconhecimento e adoção do nome social àqueles e àquelas cuja identificação civil não reflita adequadamente sua identidade de gênero, mediante solicitação do próprio interessado*”.

²¹¹ Em maio de 2016, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) atendeu a Proposição nº. 49.0000.2014.001585-2/COP, de modo que advogadas e advogados transgêneros possam incluir seu nome social nos registros da entidade de classe, notadamente na carteira de identidade profissional. Na prática, na quase totalidade das situações, advogadas e advogados transgêneros não precisam mais apresentar outros documentos, pois a carteira de identificação do advogado é de uso obrigatório e corresponde à identidade civil para todos os fins legais – conforme disciplina o art. 13 da Lei 8.906/94.

Ocorre que, no contexto atual, apregoa-se a igualdade entre homens e mulheres. A ideia de direitos e liberdades em sentido forte, atrelados às duas dimensões da dignidade, prescindem o sexo ou gênero do indivíduo. Nossa legislação registral, todavia, insiste em manter o assento do sexo. Sendo assim, ao invés de nos perguntarmos por quais razões o registro do sexo não seria mais relevante, o melhor é nos questionarmos o que motivaria o seu assentamento em nossos registros e documentos públicos na atualidade.

No exercício de direitos políticos, como no caso do voto, não há mais qualquer discriminação com base em sexo. Com relação ao direito de família, as distinções também não são mais relevantes: prova disso é o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, bem como do direito à adoção por indivíduos ou casais homossexuais, e o reconhecimento de que, juridicamente, mães e pais são detentores dos mesmos direitos e deveres – o mais relevante, como argumentei no capítulo anterior, é o melhor interesse da criança.

Algumas distinções são levantadas no campo do direito do trabalho, como é o caso do direito à licença maternidade. Entretanto, neste caso em específico o que existe é uma eventual distinção entre sexos, e não de gênero. Isso porque não é preciso ser “mulher” para se engravidar – muito embora seja necessário ter o sexo biológico feminino. O mais importante, em síntese, é que a pessoa esteja grávida, e nada impede que alguns homens transgêneros venham a engravidar²¹². Nestas hipóteses, por acaso eles não teriam direito à licença maternidade? Parece-me que sim, pois enfrentam todos os transtornos e situações pelos quais passam as mulheres que engravidam. O contrário seria tratá-los de modo injustificadamente desigual. Pouco importa, portanto, o que consta no assento de nascimento do indivíduo “grávido”. Neste caso não há que se falar na aplicação do conceito jurídico de gênero, pois ele não determinará quem conta ou não como “pessoa grávida”.

Este ponto ressalta que o sexo biológico não é completamente irrelevante. É importante notar, entretanto, que ele não se confunde com o conceito jurídico de gênero, como visto no primeiro capítulo. Além disso, como analiso no próximo capítulo, algumas diferenças biológicas entre os sexos são importantes em questões como competições esportivas.

²¹² Como no caso de Alexis Taborda, que foi o primeiro homem transexual a engravidar na Argentina. Alexis, que biologicamente nasceu fêmea, entende-se como homem, é reconhecido social e institucionalmente como tal (mudou seu gênero em todos os documentos, inclusive), passou por algumas transformações físicas para se assemelhar a um homem, mas manteve o aparelho reprodutivo feminino – e engravidou de sua então namorada, Karen Bruselario, que por sua vez é mulher transexual que também optou por manter seu aparelho reprodutor masculino. Além disso menos de um mês antes do nascimento de sua filha (que nasceu com mais de 4kg e sem qualquer problema de saúde), Alexis e Karen se casaram civilmente na cidade de Victoria. Mais informações podem ser vistas na notícia *Transexual homem dá à luz uma menina na Argentina*, publicada em 19 de dezembro de 2013 no site do UOL. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2013/12/19/transexual-homem-da-a-luz-a-uma-menina-na-argentina.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

Também podem ser relevantes no caso de políticas públicas referentes à saúde, como campanhas para a prevenção do câncer de próstata (dirigidas para “machos”) ou do colo do útero (dirigidas para “fêmeas”). Mas tudo isso não se confunde com a imprescindibilidade de se informar, na certidão de nascimento, o “sexo” do indivíduo. Médicos não solicitam certidões de nascimento para “terem certeza” que estão diante de um macho ou de uma fêmea, e os próprios indivíduos transgêneros (notadamente transexuais) sabem quais especialidades médicas melhor atendem às suas necessidades.

Como argumentei no primeiro capítulo, defendo que o gênero é muito mais relevante, para fins jurídicos e sociais, do que a constituição biológica dos indivíduos (i.e., o sexo). Prova disso é que a alteração do sexo documental de pessoas transgêneras leva em consideração a forma como o indivíduo expressa seu gênero e o reconhecimento social de que é integrante de um gênero específico. Como analisarei adiante, há uma tendência jurisprudencial a se admitir a troca do “sexo” documental mesmo nos casos em que o indivíduo não tenha passado pela cirurgia de transgenitalização. Embora ainda levemos em consideração elementos físicos para a identificação de homens e mulheres (tamanho dos ombros, queixo etc), estes elementos são menos relevantes quando o indivíduo se apresenta com determinada vestimenta, usando ou não maquiagem, comportando-se de uma forma ao invés de outra etc. Sendo assim, a pessoa também possui certa autonomia para “construir” sua imagem do gênero, muito embora isso não seja garantia de que será identificada socialmente da forma como bem entender.

1.1. O registro do sexo de recém-nascidos intersexuais

Como visto, o sexo de recém-nascidos é registrado levando-se em conta sua morfologia genital, que também é informada em sua Declaração de Nascido Vivo (DNV). Problemas surgem quando se trata de criança intersexual, que apresente alguma ambiguidade física que impossibilite a determinação aparente de seu sexo biológico. Nestas circunstâncias, deve

ser marcado “ignorado” no campo “sexo” da DNV, informando-se a existência de “anomalia ou defeito congênito” e a descrevendo em campo próprio do formulário²¹³.

Mencionei brevemente, no primeiro capítulo, as principais questões referentes ao tratamento médico dispensado aos indivíduos intersexuais e os procedimentos de desambiguação sexual, e toda a problemática moral envolvida. A grande questão que surge neste momento é a seguinte: como proceder com o registro de crianças intersexuais?

Considerando nosso ordenamento jurídico, inexistente resposta específica para esta questão. Uma saída é aguardar algum procedimento médico que delimite o sexo da criança para, somente então, registrá-la. Muitos pais, inclusive, optam por aguardar tal procedimento para decidir o nome da criança e somente então registrá-la. O problema desta resposta é que até o momento em que ocorra a efetiva desambiguação (e se ocorrer) a criança fica sem registro – e, conseqüentemente, sem parte relevante de seus direitos de personalidade, tornando-se “invisível” aos olhos do Estado. Além disso, o prazo geral previsto em lei para a realização do registro é de quinze dias contados do nascimento (art. 50 da Lei de Registros Públicos)

Outra solução é registrar a criança com qualquer dos sexos e com um nome correspondente. Neste caso, o registro poderá ser retificado judicialmente na hipótese de equipe médica responsável concluir posteriormente que o sexo da criança é diferente do informado no assento de nascimento²¹⁴. O problema é que, nestes casos, muitos cartórios de registro civil podem se recusar a efetuar o registro, o que implicará na judicialização da questão²¹⁵.

Este tema foi abordado por Roberta Fraser e Isabel Maria Lima no artigo *Intersexualidade e Direito à Sexualidade: Uma Discussão sobre o Assentamento Civil de Crianças Intersexuadas* (FRASER; LIMA, 2012). Ambas entrevistaram três juízes, atuantes em Vara de Família, Vara de Registros Públicos e na Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Os entrevistados não tiveram o nome revelado, sendo identificados apenas como

²¹³ Trata-se de procedimento previsto no *Manual de Preenchimento da Declaração de Nascido Vivo* do Sistema de Informações de Nascidos Vivos (SINASC) de São Paulo. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/saude/arquivos/publicacoes/Manual_DN_02fev2011.pdf>. Acesso em: 21 out. 2016.

²¹⁴ Os procedimentos para determinação do sexo em caso de ambiguidade são disciplinados pela Resolução 1.664/2003 do Conselho Federal de Medicina. A definição final e adoção do sexo de pacientes com “anomalias de diferenciação” depende de análise por equipe multidisciplinar com conhecimentos nas áreas de clínica geral e/ou pediátrica, endocrinologia, endocrinologia-pediátrica, cirurgia, genética, psiquiatria, psiquiatria infantil (conforme determinação do art. 4º da referida Resolução).

²¹⁵ Foi o que aconteceu em janeiro de 2012 em cidade do interior da Paraíba. Conforme reportagem do G1, o oficial de registro civil do município de Souza se recusou a registrar criança que apresentava sexo indefinido. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2012/01/bebe-nasce-com-sexo-indefinido-na-pb-e-nao-pode-ser-registrado-diz-pai.html>>. Acesso em: 20 out. 2016.

“juiz A”, “juiz B” e “juiz C”. Enquanto um dos juízes (“juiz A”) defendeu o retardamento do registro até diagnóstico definitivo, os outros dois juízes (“juiz B” e “juiz C”) defenderam o imediato registro civil (FRASER; LIMA, 2012, p. 4). O “juiz A” argumenta que, embora seja indigno que uma pessoa não tenha registro, é igualmente indigno que a pessoa tenha um registro equivocado e definitivo. O “juiz B”, enquanto atuou na Vara de Registros Públicos, adotava a seguinte solução: remetia o registro de crianças intersexuais a cartório de sua confiança, que deveria deixar o campo do sexo em branco ou então assentar o sexo escolhido pelos pais – o que poderia ser alterado posteriormente, em procedimento de retificação feito diretamente no cartório e em atenção ao diagnóstico final informado pelos médicos, sem necessidade de ação judicial. Por fim, o “juiz C” determinava o assentamento do registro de criança, deixando em branco o campo do sexo, que seria incluído posteriormente quando de posse do diagnóstico definitivo (FRASER; LIMA, 2012, pp. 7-8).

Do ponto de vista legislativo, estão em trâmite na Câmara dos Deputados dois projetos de lei que visam regulamentar a questão. O primeiro, de autoria do Dep. Carlos Bezerra (Projeto de Lei nº. 1.475/2015), acrescenta dois parágrafos ao art. 54 da Lei de Registros Públicos. No primeiro parágrafo a ser incluído (§4º), tem-se que *“salvo manifestação contrária do declarante, o assento de nascimento não conterà o sexo do registrando que apresentar características intersexuais”*. Já o outro parágrafo (§5º) estabelece que *“o interessado cujo assento de nascimento não contenha informação sobre seu sexo, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, suprir tal omissão”*²¹⁶. O segundo projeto de lei, de autoria da Dep. Laura Carneiro (Projeto de Lei nº. 5.255/2016), acrescenta um quarto parágrafo ao mencionado art. 54, determinando que o sexo do recém-nascido deverá ser registrado como indefinido ou intersexo, nas hipóteses em que equipe médica multidisciplinar atestar que as características físicas, hormonais

²¹⁶ Este projeto garante ampla liberdade aos pais de “escolherem” o sexo de seus filhos, o que pode ser problemático. Pensemos no caso de pais que registram a criança indicando o sexo masculino, passando a criá-la de acordo com as normas e expectativas do gênero correspondente, e que poucos anos após descobrem que a criança se identifica e se expressa de acordo com o gênero feminino. Neste caso, a criança que originalmente era intersexual “se transforma” em pessoa transgênera – criando novos problemas de ordem social e jurídica. Além disso, o indivíduo não poderia buscar qualquer alteração em seu assento de nascimento antes da maioridade civil, o que pode vir a ser estigmatizante – ou seja, até os dezoito anos, a criança que nasceu com ambiguidade sexual, mas que foi registrada “em branco” ou com um sexo com o qual não se identifica, deverá passar pelas mesmas agruras pelas quais passam crianças e adolescentes transgêneros. Sendo assim, embora este projeto tenha o mérito de endereçar a questão do registro de pessoas intersexuais, pode acabar transformando intersexuais em potenciais transgêneros, reiterando as questões que atormentam este grupo. Ademais, também não disciplina a questão do registro do nome na hipótese de não ser informado o sexo. Afinal, seria possível registrar alguém como “João” ao passo que não se informa seu sexo? Não seria o caso de, eventualmente, registrar a criança com um nome unissex?

e genéticas da criança não permitirem, até o momento do registro, definir seu sexo como masculino ou feminino²¹⁷. Este projeto se aproxima da legislação alemã, que permite aos pais registrarem seus filhos com sexo indefinido – o que poderá ser alterado posteriormente pelo indivíduo quando atingir a maioridade, se assim o desejar²¹⁸.

É difícil saber qual é o melhor caminho a ser adotado em casos como este. Ainda assim, entendo que a saída contemplada pela Dep. Laura Carneiro em seu projeto de lei é a mais adequada. Nos casos de intersexualidade, o sexo pode ser registrado como “não-binário” ou “outro” (expressões que, por si só, podem ser utilizadas para designar tanto o sexo, quanto o gênero). Posteriormente, uma vez tendo adquirido capacidade plena (ou mesmo antes disso, em atenção à capacidade progressiva), o indivíduo intersexual poderá retificar seus registros, se assim o desejar. Melhor seria se esta retificação ocorresse de forma extrajudicial, de modo análogo ao que se passa com a alteração documental de transgêneros binários na legislação argentina, que analiso adiante.

Entendo que esta é a melhor solução porque evita o registro de informação equivocada – afinal, não há como se afirmar com certeza que uma criança intersexual é menino ou menina, e ao menos no momento do registro, o que a lei privilegia é justamente o sexo biológico do indivíduo (ainda não há qualquer manifestação de gênero por parte do recém-nascido). Sendo assim, os pais não podem “escolher” se registrarão a criança como alguém do sexo masculino ou feminino: a informação deverá atentar ao que constar na DNV do bebê. Quanto ao nome, entendo que compete aos pais a escolha, e há boas razões para se dar preferência aos nomes neutros ou unissex.

Eventual contra-argumento de que o registro do sexo como “não-binário” ou “outro” abriria espaço para o estigma da criança ou adolescente não merece prosperar, justamente porque quem deve guardar e apresentar a documentação oficial do menor incapaz são seus pais ou representantes legais. Se não bastasse, são raras as situações nas quais a criança ou adolescente deverão, por si, apresentar algum tipo de documentação. Talvez o caso mais

²¹⁷ Assim como o projeto do Dep. Carlos Bezerra, o projeto de autoria da Dep. Laura Carneiro não diz nada sobre a questão do nome de alguém que tenha sexo indefinido ou intersexo. Também não disciplina os procedimentos para retificação no caso de desambiguação posterior. De qualquer modo, é interessante mencionar outro projeto de lei da Dep. Laura Carneiro (Projeto de Lei nº. 5.453/2016), que versa sobre a possibilidade de se incluir a expressão “indeterminado” na referência ao sexo de diferentes documentos de identificação.

²¹⁸ Trata-se do §22, seção 2 da Lei de Registro Civil alemã (*Personenstandsgesetz*). No caso de passaportes, onde o sexo é indicado através das letras M e F, sustenta-se que o sexo indeterminado deve ser marcado com a letra X. Disponível em: <http://www.spiegel.de/international/germany/third-gender-option-to-become-available-on-german-birth-certificates-a-916940.html>>. Acesso em: 20 out. 2016

comum seja a apresentação de documento para garantir a meia-entrada estudantil em cinemas, shows e eventos – neste caso, entretanto, a carteira de identificação do estudante expedida pela instituição de ensino pode e deve contemplar seu nome social (e não vejo razão para que tais documentos informem também o sexo/gênero, o qual não é informado nem mesmo no RG).

É importante ressaltar que não há qualquer relação de causalidade entre o sexo informado no assento de nascimento e o modo que a criança deverá ser criada. O fato de não se recomendar a desambiguação médica da criança não se confunde com as expectativas de gênero que os pais associarão à criança. Sendo assim, nada impede que uma criança intersexual, registrada com sexo “não-binário” ou “outro”, seja tratada como menino ou menina. Na realidade, como afirmei ao tratar da autonomia de crianças e adolescentes no capítulo anterior, embora os pais tenham expectativas sobre a masculinidade ou feminilidade de seus filhos, o ideal é que permitam que a criança tenha ampla liberdade para expressar seu gênero.

2. HIPÓTESES DE ALTERAÇÃO

Como visto, confere-se aos assentos de nascimento caráter imutável ou definitivo. Isso não significa, entretanto, que inexistam hipóteses de alteração de tais assentos. Compreender estas hipóteses é fundamental para que sejamos capazes de justificar a plausibilidade dos pedidos de alteração de prenome e sexo por indivíduos transgêneros.

A primeira hipótese é a de erro material evidente. São as situações nas quais o oficial de registro civil se equivoca ao redigir o assento: variam desde erros de digitação (e.g., “Pauli” ao invés de “Paulo”), até erros quanto ao nome dos pais ou sobrenome (e.g., “Lagos” ao invés de “Lago”). Neste caso, a correção pode ser feita de ofício pelo oficial de registro, bastando manifestação do interessado e parecer favorável do Ministério Público – conforme determina o art. 110 da Lei de Registros Públicos. Não há razão para imaginar que esta hipótese não se aplica também com relação ao sexo: no momento do registro, por lapso, o oficial pode registrar “masculino” ao invés de “feminino”, ou vice-versa.

Todas as demais hipóteses de alteração previstas em lei dizem respeito ao nome. As primeiras e mais frequentes versam sobre sobrenome. São elas: a inclusão do sobrenome do

cônjuge em caso de casamento (e do companheiro ou companheira no caso de união estável)²¹⁹; a exclusão do sobrenome do cônjuge no caso de divórcio²²⁰, anulação ou declaração de nulidade do casamento; a inclusão do sobrenome do adotante no nome do adotado²²¹; a inclusão do sobrenome paterno ou materno no caso de reconhecimento de filiação; exclusão do sobrenome paterno em casos de contestação de paternidade; averbação do sobrenome de padrasto ou madrasta (e outros casos de filiação socioafetiva²²²); alteração do sobrenome dentro do primeiro ano após a maioridade²²³. Há ainda a possibilidade de alteração do nome com a finalidade de proteção de testemunhas e seus familiares quando houver coação ou ameaça (o que está previsto no §7º do art. 57 e parágrafo único do art. 58, ambos da Lei de Registros Públicos, e pode abranger prenome e sobrenome)

Com relação ao prenome, a mudança é aceita nos casos já mencionados de apelidos públicos notórios, e é admitida também em situações excepcionais e motivadas. Os casos clássicos são aqueles que expõe o detentor do nome a situações vexatórias. Anderson Schreiber menciona alguns exemplos que já passaram pelas Varas de Fazenda e Registros Públicos de Campo Grande: Alucinética, Frankstefferson, Maxwelbe, Venério, dentre outros (SCHREIBER, 2013, p. 189). De fato, não é difícil imaginar o vexame que alguém de nome

²¹⁹ A inclusão do sobrenome do cônjuge deve ser manifestada já no pedido de habilitação do casamento, sendo autorizada pelo §1º do art. 1.565 do Código Civil. Discute-se se o acréscimo do sobrenome pode ou não envolver a supressão ou mudança do sobrenome original (VELOSO, 2016, pp. 448-449). Quanto à união estável, tem-se os §2º e ss. do art. 57 da Lei de Registros Públicos, interpretada de forma mais ampla pelo Superior Tribunal de Justiça (cf. Recurso Especial nº. 1.206.656/GO – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – julg. em 16 out. 2012). Na união estável, a inclusão do sobrenome do companheiro ou companheira depende de processo judicial.

²²⁰ No caso, se houver interesse do cônjuge que adotou o sobrenome. O art. 1.578 do Código Civil estipula que o cônjuge culpado pela separação judicial perde o direito ao sobrenome do cônjuge inocente, desde que este último solicite expressamente a alteração. Atualmente, com a possibilidade do “divórcio direto” (a partir da Emenda Constitucional nº. 66/2010, que extinguiu a separação judicial do texto constitucional), entende-se que a exclusão do sobrenome do cônjuge é de livre decisão daquele que o adotou (VELOSO, 2016, p. 463).

²²¹ No caso da adoção, havendo pedido expresso, é possível também a alteração do prenome do adotado – conforme disciplinam os §§5º e 6º do art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

²²² A filiação socioafetiva distingue-se da filiação biológica. Enquanto esta última decorre dos laços sanguíneos entre pais e filhos, a filiação socioafetiva caracteriza-se pelo vínculo de afetividade e pelo papel exercido por alguém (que não os pais biológicos) na criação da criança e adolescente. É o caso clássico de padrastos que “adotam” os filhos da esposa ou companheira, criando-os como se fossem seus. Em certo sentido, o vínculo da adoção também é marcado pela socioafetividade. A inclusão do sobrenome do padrasto ou madrasta no nome do enteado ou enteada encontra previsão no §8º do art. 57 da Lei de Registros Públicos.

²²³ Trata-se de possibilidade contemplada pelo art. 56 da Lei de Registros Públicos. Referido artigo fala na alteração do *nome*, o que, pela Lei de Registros Públicos, diz respeito ao *sobrenome* (a lei faz distinção entre prenome e nome, e não entre prenome e sobrenome como faz o Código Civil). Esta alteração, inclusive, não pode prejudicar os “apelidos de família”, ou seja, não pode inviabilizar o conhecimento da estirpe do indivíduo. Sendo assim, o indivíduo que eventualmente tenha sido abandonado pelo pai poderá, ao completar 18 anos, requerer a supressão do patronímico, trocando-o pelo sobrenome da mãe ou de outro ascendente. Nestes casos, trata-se do exercício de direito potestativo, razão pela qual a alteração pode se dar por simples pedido imotivado do interessado ao juiz competente. Após o prazo decadencial de um ano, a alteração do sobrenome deve ocorrer motivadamente, ouvido o Ministério Público (VELOSO, 2016, pp. 445-446).

Frankstefferson passa ao longo da vida (a começar pelo ambiente escolar, com suas listas de chamada, e crianças e adolescentes fanfarrões). Nestes casos, portanto, tem-se como justificada a alteração do prenome, o que constitui medida excepcional²²⁴.

3. TRANSGENERALIDADE, PRENOME E SEXO/GÊNERO DOCUMENTAIS

O estigma enfrentado por pessoas transgêneras é tanto que, abandonadas pela família e relegadas ao mundo da prostituição e trabalho informal, muitas sequer buscam a alteração de seus documentos oficiais. Em certo sentido, transgêneros ainda são indivíduos “invisíveis” ao Estado e à sociedade: constituem grupos marginalizados que são alvos de preconceito e violência constantes. Em um contexto assim, a preocupação com a própria sobrevivência em um mundo que lhes é cruel é muito mais premente do que a busca pelo respeito aos seus direitos individuais junto aos tribunais.

Felizmente, a luta pelo reconhecimento e a elaboração de algumas políticas públicas têm favorecido indivíduos transgêneros e garantido maior visibilidade aos seus pleitos e, sobretudo, maior empatia social. Hoje, já existem indivíduos transgêneros que conseguem vencer as adversidades impostas pelo estigma, notadamente através do estudo formal, alcançando postos e status sociais antes considerados inatingíveis. Certamente, esta “aceitação” nunca é completa, de modo que mesmo aqueles transgêneros que conseguiram “vencer na vida” ainda encontram resistência – muitas vezes junto à própria família. Em qualquer caso, o fato é que estes indivíduos ainda são exceção.

De qualquer sorte, embora alvos de grande preconceito, alguns transgêneros formulam demandas que são especificamente jurídicas. Em outras palavras, não reclamam apenas um reconhecimento e aceitação social “em abstrato”, o que pode motivar políticas públicas, mas sim o respeito a direitos e garantias individuais básicos por parte do Estado e de tercei-

²²⁴ Em algumas situações, é possível imaginar que o sobrenome também seja vexatório, como na hipótese de alguém chamado “João Corno”. Anderson Schreiber analisa em seu livro *Direitos da Personalidade* (SCHREIBER, 2013) o caso “Silveirinha”, no qual os filhos de Rodrigo Silverinha, acusado de envolvimento em esquemas de corrupção no Rio de Janeiro, ingressaram com pedido judicial para alteração do sobrenome – alegando que o sobrenome causava diversos transtornos, como perseguição e humilhação na escola. No caso, o Tribunal de Justiça do Estado negou provimento porque a alteração prejudicava os apelidos de família (o que é curioso, considerando que os autores solicitavam a substituição de Silveirinha por Dionizio, sobrenome materno) (SCHREIBER, 2013, pp. 189-190).

ros. Neste sentido, o atendimento dos pleitos pela alteração de prenome e sexo são fundamentais, como se verá a seguir, e envolvem direitos morais e o dever estatal de tratar todo e qualquer cidadão com igual respeito e consideração.

3.1. Posições e divergências jurisprudenciais

Embora possa parecer óbvio o transtorno pelo qual passam indivíduos transgêneros ao apresentarem documentos que não condizem com sua imagem, o fato é que somente em tempos recentes nossos tribunais começaram a julgar favoravelmente os pedidos de alteração de prenome e sexo de tais indivíduos. Sendo assim, é possível perceber uma evolução jurisprudencial sobre o tema, que começou com a rejeição total e completa destes pedidos, alcançando posições favoráveis à mudança (dispensando-se, inclusive, a realização de cirurgias de transgenitalização).

Esta evolução é recente, muito embora o primeiro pedido de mudança de prenome de que se tem notícia é o de Valdirene Cruz, primeira mulher transexual a se submeter à cirurgia de transgenitalização no Brasil, em 1971. O pedido em questão foi deferido em primeira instância, mas a repercussão social do caso fez com que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo revogasse a decisão, assumindo uma posição claramente conservadora sobre a matéria (PRIORE, 2011, pp. 217-218)²²⁵.

Atualmente, desconheço juízes que considerem os pedidos de mudança de prenome e sexo de transgêneros juridicamente impossíveis²²⁶. Ainda assim, existem alguns julgados

²²⁵ A cirurgia foi realizada em 1971 pelo cirurgião plástico Roberto Farina, sendo descoberta apenas posteriormente, em 1975, em um congresso médico no qual Farina revelou o feito. Na ocasião, Farina foi processado e condenado em primeira instância pela prática de lesão corporal gravíssima (processo nº. 799/76 da 17ª Vara Criminal de São Paulo). A decisão foi revertida posteriormente pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (VIEIRA, 1998, pp. 26-27).

²²⁶ Anderson Schreiber cita, neste sentido, a Apelação Cível nº. 1993.001.06617, julgada em março de 1997. A ementa é a seguinte: “*Retificação no Registro Civil. Mudança de nome e de sexo. Impossibilidade. [...] O homem que almeja transmutar-se em mulher, submetendo-se a cirurgia plástica reparadora, extirpando os órgãos genitais, adquire uma ‘genitália’ com similitude externa ao órgão feminino, não faz jus à retificação de nome e de sexo porque não é a medicina que decide o sexo e sim a natureza. Se o requerente ostenta aparência feminina, incompatível com sua condição de homem, haverá de assumir as consequências, porque a opção foi dele. O Judiciário, ainda que em procedimento de jurisdição voluntária, não pode acolher tal pretensão, eis que a extração do pênis e a abertura de uma cavidade similar a uma neovagina não tem o condão de fazer do homem, mulher. Quem nasce homem ou mulher, morre como nasceu. Genitália similar não é autêntica. Autêntico é o homem ser do sexo masculino e a mulher do feminino, a toda evidência*” (apud SCHREIBER, 2013, pp. 205-206).

que vinculam a mudança do prenome e do sexo ao prévio diagnóstico médico de transexualidade e à realização de cirurgia de transgenitalização. Neste sentido, tem-se os seguintes exemplos:

REGISTRO CIVIL. Assento de nascimento. O apelante, indivíduo do sexo masculino, postula a retificação do seu assento de nascimento, com alteração do nome e do sexo para feminino, tendo em vista a sua aparência. Laudo particular, firmado por psicóloga, que identificou caracteres condizentes com a identidade transexual. O apelante não foi submetido a diagnóstico específico e avaliação por equipe multidisciplinar, por pelo menos dois anos, que demonstrasse a transexualidade - Resolução no 1652/02 do Conselho Federal de Medicina. A cirurgia de transgenitalização não foi realizada, conservando o apelante o fenótipo masculino. O registro civil goza de fé pública, devendo espelhar a verdade, que resultaria ferida com a alteração pretendida. Em casos análogos, a jurisprudência deste Tribunal não veio a atender o pedido. Recurso improvido. (Apelação Cível nº. 0006114-48.2010.8.26.0472, Primeira Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Paulo Eduardo Rasuk, julg. em 17 abr. 2012).

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. Mudança do prenome requerida por transexual - O prenome é sempre imutável, e só em casos excepcionais se admite na jurisprudência e na lei a alteração de prenome e sobrenome. Assim em casos de erro gráfico evidente, quando expõe a pessoa ao ridículo ou no fato de não representar a individualidade de seu portador (artigos 55, § único, 57 e 58, caput, da Lei no 6.015/73, e nos casos de coação ou ameaça a que se referem a Lei de Proteção a testemunhas - O mero capricho de alterar o nome não tem o enquadramento excepcional pretendido na jurisprudência. Apelo desprovido. (Apelação nº. 9103308-21.2008.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de SP, Relator: Ribeiro da Silva, julg. em 08 fev. 2012).

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO –MODIFICAÇÃO DO PRENOME MASCULINO PARA FEMININO – INEXISTÊNCIA DE ERRO, LACUNA OU OMISSÃO – INDEFERIMENTO Verificando-se que no registro de nascimento do requerente não existe nenhum defeito, indefere-se o pedido de retificação, pois não há o que se retificar, suprir ou restaurar, não sendo cabível a pretensão do requerente, em sede de procedimento de jurisdição voluntária, de modificar o assento de nascimento para nele constar um nome feminino. (Apelação Cível nº. 1.0056.09.206243-1, 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Maurício Barros, julg. em 30 mar. 2010).

Todas estas decisões ressaltam dois pontos fundamentais. Em primeiro lugar, sustentam a imutabilidade dos registros públicos, que devem atender ao princípio da *veracidade registral*. Neste sentido, os pedidos de alteração de prenome e sexo de transgêneros são julgados improcedentes na medida em que *a)* o julgador considere que o sexo jamais possa ser alterado (de forma semelhante ao que sustentariam Finnis e Tollefsen; ou *b)* o julgador entenda que o sexo até possa ser uma questão de aparência (fenotípica, portanto), mas o demandante não passou por prévia cirurgia de transgenitalização e seu corpo não é morfologicamente similar ao do sexo com o qual se identifica.

Em segundo lugar, percebe-se que todas estas decisões se apegam a uma concepção dita “patologizante” do fenômeno da transgeneralidade. Isso significa que, do ponto de vista

jurisprudencial, o eventual deferimento dos pedidos de alteração depende do atestado clínico da transexualidade por profissionais competentes (em especial psiquiatras e psicólogos). Sendo assim, uma pessoa que não tenha passado por avaliação clínica e que não tenha laudo favorável à alteração terá seu pedido indeferido.

Com relação ao primeiro ponto, da imutabilidade e veracidade registral, tem-se construído uma corrente jurisprudencial que não vê o sexo como algo essencial, e que não considera a cirurgia de transgenitalização como pré-requisito para a alteração do assento de nascimento e documentos correspondentes. Ao invés de ler o sexo registral como reflexo de um elemento intrínseco do indivíduo, esta corrente sustenta que tal registro só será “verdadeiro” quando refletir a “identidade” ou manifestação de gênero da pessoa. Isso significa que o registro seria *inverídico* quando nele constar um sexo distinto daquele expressado pelo indivíduo e pelo qual é reconhecido socialmente. Assim sendo, não é o indivíduo que assume uma “falsa identidade” ao se expressar de acordo com o gênero oposto (como sustenta Tollefsen), mas sim o assento de nascimento que restou, por assim dizer, “desatualizado” à luz de fatos mais recentes – o que demanda sua retificação. De fato, médicos não podem, por exemplo, prever que alguém de sexo masculino não será homem, o que faz com que o registro do sexo seja determinado em razão da morfologia genital e atrelado à altíssima *probabilidade* de que o gênero corresponderá ao sexo. Logo, embora a maioria das pessoas seja cisgênera, há sempre a possibilidade fática de alguns indivíduos se revelarem transgêneros em fases posteriores da infância, adolescência ou até mesmo da vida adulta.

Esta nova interpretação da veracidade registral, que não mais se limita à realidade biológica dos indivíduos, considera que o registro só será verídico quando estiver alinhado à expressão do gênero individual e ao reconhecimento desta expressão no âmbito social. Em outras palavras, embora esteja escrito “sexo” no registro, este deve ser lido como “gênero”. É aquilo que a pessoa expressa e pelo qual é reconhecida que determina o que será “certo” ou “errado” em seus documentos. Sendo assim, muitas decisões têm favorecido mesmo aqueles indivíduos que não realizaram qualquer alteração morfológica (em especial a cirurgia de transgenitalização), retificando o registro do sexo/gênero e alterando o prenome do indivíduo. Neste sentido, é interessante mencionar as seguintes decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DO NOME E AVERBAÇÃO NO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. O fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome.

Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, atua como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome. Por maioria, proveram em parte. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível nº. 70013909874, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, julg. em 05 abr. 2006).

APELAÇÃO. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. TRAVESTISMO. ALTERAÇÃO DE PRENOME INDEPENDENTEMENTE DA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E À DIGNIDADE. A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com as características que o seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a sua alteração. A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social. DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível nº. 70030504070, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, julg. em 29 out. 2009).

Mais recentemente, o próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, que tendia a exigir a prévia cirurgia de transgenitalização para a alteração do prenome e sexo/gênero documentais do indivíduo transgênero, passou a adotar posicionamentos semelhantes ao tribunal gaúcho. Neste sentido, considerando apenas decisões de 2016:

Apelação. Retificação de registro civil. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Pedido de alteração do sexo em virtude de transexualismo. A cirurgia de transgenitalização não é requisito para a retificação de assento ante o seu caráter secundário. O procedimento cirúrgico tem a natureza complementar, visando a conformação das características e anatomia ao sexo psicológico. Quanto à forma das alterações, devem ser feitas mediante ato de averbação com menção à origem da retificação em sentença judicial. Aplicação do artigo 515, §3º, do Código de Processo Civil. Sentença reformada para permitir a alteração do sexo civil do apelante. Recurso provido. (Apelação nº. 1027203-86.2015.8.26.0100, Décima Câmara de Direito Privado, Relator: J. B. Paula Lima, julg. em 20 set. 2016).

Ação de retificação de registro civil de transexual. Cirurgia de transgenitalização. Dispensabilidade, para os fins pretendidos pela autora da ação. Direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal e pelas normas de direito internacional ratificadas pelo Brasil. A Carta de Princípios de Yogyakarta garante, expressamente, a adoção do nome social, independentemente de cirurgia. Feminilidade evidente da autora, que se comporta e se apresenta como mulher, desde tenra idade, para seu círculo familiar e de amigos, bem como para a sociedade. Prova dos autos a comprovar este fato. Ausência de impedimento na Lei de Registros Públicos. Entraves burocráticos que não podem impedir a confirmação da identidade de gênero. Função contramajoritária da Justiça, num Estado de Direito plural como o nosso, na afirmação dos direitos das minorias. Recurso provido (Apelação

nº. 0018633-80.2012.8.26.0344, Décima Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Cesar Ciampolini, julg. em 11 mar. 2016).

Apelação. Transexual. Nome já alterado por sentença anterior. Pedido de retificação do sexo no registro civil. Sentença de indeferimento da inicial e extinção do processo sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir da autora, vez que não realizou prévia cirurgia de transgenitalização. Inconformismo da autora. Cabimento. Interesse de agir existente. Lide em condições de julgamento imediato (art. 515, § 3º, do CPC). Possibilidade de alteração do sexo no registro civil sem a realização de cirurgia de transgenitalização. Informações completas relativas às alterações de nome e sexo deverão constar apenas no respectivo livro do Cartório de Registro Civil, sendo que na certidão de nascimento não deverá haver menção do antigo nome e sexo jurídico atual (“masculino”). Sentença reformada. Recurso provido, com determinações (Apelação nº. 1074167-11.2013.8.26.0100, Oitava Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, julg. em 02 mar. 2016).

Ainda existem algumas decisões relativamente recentes que indeferem o pedido de mudança de sexo/gênero sem que a cirurgia de transgenitalização tenha ocorrido²²⁷. Entretanto, na maioria dos casos, o pedido é julgado procedente – posição jurisprudencial que tem se mostrado mais frequente nos últimos três anos.

Todas estas divergências fundamentam a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4275, em trâmite no Supremo Tribunal Federal e promovida pela Procuradoria-Geral da República no ano de 2009. Em síntese, a ação busca dar interpretação conforme ao art. 58 da Lei de Registros Públicos, garantindo que transexuais possam alterar prenome e sexo/gênero em seus registros civis, ainda que não tenham se submetido a cirurgia de transgenitalização. Esta ação também motivou pesquisa teórica e jurisprudencial por parte do Grupo de Estudos em Direito e Sexualidade da Faculdade de Direito da USP (GEDS/FDUSP), realizada no ano de 2012 e da qual fiz parte, que fundamentou pedido de intervenção do NUANCES – Grupo pela Livre Expressão Sexual e do Igualdade – Associação de Travestis e Transexuais do Rio Grande do Sul na condição de *amici curiae*. Na ocasião, a pesquisa demonstrou cabalmente a divergência jurisprudencial²²⁸.

²²⁷ É o caso de um julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de março de 2015: “*Apelação cível. Ação declaratória cumulada com averbação no registro civil. Requerente objetiva modificação do prenome e do sexo no respectivo registro. Hipótese de transexualismo. Cirurgia de transgenitalização não realizada. Sentença de parcial procedência. Irresignação recursal da parte autora em relação à negativa quanto à retificação do sexo no referido assentamento. Sentença mantida. Impossibilidade de retificação do registro civil em relação ao sexo do requerente, ante a inocorrência da cirurgia de transgenitalização. Desprovisionamento do recurso*” (Apelação cível nº. 0026838-69.2012.8.19.0061, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relator: Guaraci de Campos Vianna, julg. em 31 mar. 2015).

²²⁸ A pesquisa analisou um total de 363 acórdãos de todo o Brasil sobre alteração de prenome, entre os anos de 2005 e 2012. Destas, 36,5% são de indivíduos transgêneros e 63,5% de indivíduos cisgêneros. A pesquisa demonstrou que, quando foram indivíduos cisgêneros que formulam o pedido de mudança de prenome (como no caso de nomes vexatórios), as demandas foram julgadas procedentes em 84,8% dos casos. O índice de êxito caiu para 69,6% quando o pedido fora formulado por indivíduos transgêneros. Quanto aos tribunais, a pesquisa

O mais curioso, entretanto, é notar que entre as decisões que exigem a cirurgia de transgenitalização, e aquelas que não a exigem, existem posicionamentos que buscam uma espécie de “meio termo”. Neste sentido, tem-se decisão emblemática do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na qual se decidiu que, diante da impossibilidade de se mudar completamente o sexo do indivíduo, o melhor caminho seria averbar a expressão “transexual” no assento de nascimento do requerente²²⁹. Sustentou-se que, quando não realizada a cirurgia, a mulher ou homem transexuais mantêm órgãos funcionais de um sexo – o que poderia criar situações “aberrantes” como uma “mulher-pai” ou um “homem-mãe”, algo inadmissível na visão dos julgadores. E, no caso de ter sido feita a cirurgia, os novos órgãos não são dotados de plena funcionalidade reprodutiva, além de ser impossível a alteração de outros caracteres sexuais relevantes como o genótipo (i.e., os cromossomos)²³⁰. Os julgadores ainda entenderam que a averbação do vocábulo “transexual” na certidão de nascimento não causaria maiores prejuízos, na medida em que para os atos típicos da vida civil devem ser apresentados documentos onde não consta a informação do sexo (como no caso da carteira de identidade)²³¹.

Tal decisão foi objeto de Recurso Extraordinário de nº. 670.422, em trâmite no Supremo Tribunal Federal e sob a relatoria do Min. Dias Toffoli, tratando não apenas da possibilidade de se averbar o termo “transexual” no registro civil do indivíduo, mas também versando sobre a matéria sugerida pela ADI 4275 – a necessidade ou não de realização de cirurgia de transgenitalização para que seja deferido o pedido de mudança de nome. Julgou-

concluiu que em alguns o índice de sucesso era significativamente maior que em outros: no Rio de Janeiro e no Rio Grande do Sul, os pedidos de transgêneros foram deferidos em 85,7% e 76,5% dos casos, respectivamente, enquanto em São Paulo (que liderava as decisões de indeferimento) o índice caía para 37,5%. A pesquisa se encontra vinculada ao pedido de *amici curiae*, que pode ser visualizada no seguinte link: <<http://re-dir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobje-toincidente=2691371>>. Acesso em: 25 out. 2016.

²²⁹ “Apelação cível. Registro civil. Alteração do assento de nascimento. Troca de nome e sexo. Á equação do presente pertinente a averbação no assento de nascimento do (a) recorrente sua condição de transexual. Aplicação dos princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos, pois estes devem corresponder à realidade fenomênica do mundo, sobretudo para resguardo de direitos e interesses de terceiros” (Apelação cível nº. 70041776642, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Revisor e redator: Luiz Felipe Brasil Santos, julg. em 30 jun. 2011). O mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu de forma semelhante na apelação cível nº. 70013909874, julgada em 05 de maio de 2006 (de relatoria da então desembargadora Maria Berenice Dias).

²³⁰ “No caso, por mais que a ciência tenha avançado, e com todos os recursos da cirurgia, transexuais ainda não são capazes de adquirir todas as características do sexo oposto ao que nasceram, sendo que mesmo a transgenitalização não consegue dotar órgãos sexuais artificialmente construídos de todas as características e funcionalidades dos originais. Isso sem contar com o aspecto cromossômico, este imutável”.

²³¹ Saliento que tal providência não acarretará qualquer reflexo deletério na pessoa do requerente, pois, como sabido, para todos os atos da vida civil, basta apresentar a carteira de identidade, ou, eventualmente, o passaporte, documentos nos quais não consta o gênero de seu portador”. Há um equívoco cometido pelo magistrado: ao contrário do afirmado, no passaporte há menção ao sexo do indivíduo (M ou F).

se que o tema tem repercussão geral, anotado sob o nº. 761: “*Possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo*”. Entretanto, como se observa do enunciado do tema, nada é dito sobre a possibilidade de se alterar o sexo para “transexual” – correndo-se o risco da questão passar em branco ou sem a devida atenção em julgamento futuro.

De qualquer sorte, há um ponto importante que todas estas decisões (que exigem ou não a realização de cirurgias, e mesmo as que adotam um “meio termo”) têm em comum: a dependência de avaliações e laudos médicos para, uma vez “comprovada” a transexualidade, se decidir pela alteração documental. Neste sentido, tem-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso onde não foi juntado qualquer laudo médico:

Agravado de Instrumento – Retificação de registro civil – Realização de perícia – Alegação do agravante de que a comprovação da transexualidade por meio de laudo médico é desnecessária, abusiva e ofensiva – Decisão mantida – Necessidade de se verificar a desconformidade entre o sexo biológico e o psicológico do agravante por meio de equipe multidisciplinar – Recurso desprovido (Agravado de Instrumento nº. 2174242-79.2015.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: José Roberto Furquim Cabella, julg. em 12 abr. 2016).

Particularmente, entendo que pareceres e laudo médicos, embora atestem uma condição clínica do indivíduo, não são relevantes para o deferimento dos pedidos de mudança de prenome e sexo de transgêneros. Em primeiro lugar porque tais exigências desconsideram os casos de indivíduos que não tenham qualquer interesse em submeter sua vida privada e autonomia às decisões médicas, e em segundo lugar porque o laudo médico diz respeito ao “sexo psicológico” do indivíduo – enquanto o mais fundamental em matéria de registros públicos, que transparece na maioria das decisões citadas, diz respeito conceito jurídico de gênero, constatado através do reconhecimento social do gênero da pessoa. O que o indivíduo “sente” e sua respectiva avaliação médica podem ser elementos a compor eventual conceito psicológico/médico de gênero, mas não são relevantes para o conceito jurídico de gênero, como analisei no primeiro capítulo. Ainda assim, retomo este ponto mais adiante, onde analiso os fundamentos para a alteração de prenome e sexo de transgêneros binários.

A análise de diferentes decisões deixa claro que nossa jurisprudência está preocupada apenas com os casos paradigmáticos de transgeneralidade (i.e., os transexuais), como ressaltei no primeiro capítulo desta tese. Futuramente, é bem possível que nossos tribunais venham a ser provocados para a averbação de “novos gêneros”, ou de gêneros indefinidos, algo que

já vem ocorrendo em outros países. Quando isso ocorrer, boa parte dos argumentos formulados poderão ser revistos. A transgeneralidade, portanto, levanta muito mais questões do que aquelas que nossos tribunais estão acostumados a julgar.

3.2. Fundamentos para a alteração de prenome e sexo/gênero de transgêneros binários

Boa parte dos fundamentos para a alteração do prenome e sexo/gênero de pessoas transgêneras já foi mencionada em momentos anteriores desta tese. A principal razão está no constrangimento pelo qual pessoas transgêneras passam ao apresentar seus documentos, constrangimento este que é afrontoso à dignidade individual. Sendo assim, o Estado cumpre com seu dever de tratar a todos com igual respeito e consideração quando defere os pedidos de alteração registral, em atenção ao sofrimento objetivo enfrentado por tais indivíduos. O argumento, conseqüentemente, é similar ao presente nas decisões referentes aos nomes vexatórios. Ninguém duvida que alguém chamado Frankestefferson passe por constrangimentos diários que poderiam ser facilmente evitados com a alteração documental. Da mesma forma, boa parte do constrangimento enfrentado por transgêneros também é evitado quando seus pedidos de mudança de prenome e sexo são deferidos.

Mas há duas maneiras de se refletir sobre este “constrangimento” do ponto de vista jurídico. Em primeiro lugar, não é qualquer constrangimento ou incômodo que justifica a movimentação da máquina pública. Neste sentido, o fato de alguém chamado João se sentir incomodado por ter um nome muito comum não é o bastante para que seu prenome seja alterado. O constrangimento ou incômodo devem ser de tal monta que prejudiquem substancialmente a vida cotidiana do indivíduo – dificultando o exercício de direitos e liberdades consideradas fundacionais.

Neste sentido, parece-me claro que o constrangimento diário passado por muitos transgêneros (notadamente transexuais) e por Frankesterfferson são significativos. Entendo que transgêneros possuem, ainda, uma particularidade especial: são alvos potenciais de violência verbal ou mesmo física, algo que dificilmente seria enfrentado por Frankestefferson (quem, por sua vez, deve ser alvo de inúmeras piadas). Certamente, o incômodo ou constrangimento possuem um elemento subjetivo que varia de indivíduo para indivíduo, mas o fato de se requerer a alteração do prenome já é grande indicativo ao julgador de que a pessoa transgênera passa, no mínimo, por uma série de transtornos diários. Neste sentido, mesmo

um simples exercício de empatia, de se colocar no lugar do outro, talvez já seja o bastante para imaginarmos os problemas e conflitos enfrentados por pessoas cuja imagem e expressão de gênero difere de seus dados documentais. O que se percebe é que transgêneros, como qualquer outra pessoa, têm o direito moral de não serem alvos de constrangimentos e de situações vexatórias injustificadas.

Em segundo lugar, as medidas concretas para se solucionar este constrangimento não envolvem custos sociais significativos. Os pedidos são julgados através de processo judicial relativamente simples, em procedimento voluntário, sendo a sentença de procedência encaminhada ao cartório competente para que proceda com as respectivas alterações. A alegação de que terceiros poderiam ser “enganados” também não se justifica: não há necessidade de se informar nos próprios documentos individuais (em particular a certidão de nascimento) que houve mudança de prenome e/ou sexo – basta que esta informação conste nos respectivos livros do cartório, cujo acesso a terceiros deverá ocorrer apenas em situações excepcionais. Retomo este ponto mais adiante, onde analiso o impacto da alteração para terceiros.

Os argumentos em favor da alteração dos registros civis de transgêneros não envolvem apenas o constrangimento diário passado por tais indivíduos, que ofende seu direito ao tratamento com igual respeito e consideração, e ausência de danos a terceiros ou custos sociais. Tem-se ainda a questão já mencionada da *veracidade registral*, envolvendo claro interesse público na alteração. No caso do nome, entendido este como um elemento de identificação da pessoa, entendo que o princípio da veracidade registral será mais bem atendido na medida em que o nome registral e social sejam o mesmo. O nome não é “verdadeiro” porque foi escolhido pelos pais, mas sim porque o indivíduo é reconhecido socialmente através dele. No caso de transgêneros, existe a adoção de um prenome tipicamente atribuído ao sexo oposto, pelo qual é chamado. É como se a pessoa transgênera adotasse um pseudônimo, que na prática assume as vezes de um apelido público notório. Neste sentido, não é demais ressaltar que a própria Lei de Registros Públicos, em seu art. 58, autoriza a alteração do prenome por apelido público notório.

Algo semelhante se passa com o sexo/gênero. Como visto, muito embora seu registro leve em consideração a morfologia genital do recém-nascido, o fato é que em todos os momentos posteriores da vida do indivíduo o elemento fundamental para a identificação social envolve sua expressão de gênero, e não o sexo biológico. Isso não significa que o sexo biológico seja irrelevante, mas sim que uma pessoa é considerada homem ou mulher em razão

da forma como responde às normas e expectativas de gênero, sendo identificada e reconhecida como integrante de um dos gêneros. Pensemos em alguém como Roberta Close: mesmo se não tivesse realizado a cirurgia de transgenitalização, alguém duvidaria que ela responde positivamente à maioria das expectativas de feminilidade? Alguém ciente da distinção entre sexo e gênero diria que ela não é reconhecida e identificada socialmente como mulher? Percebe-se que a compreensão da veracidade registral, no que diz respeito ao sexo/gênero, não pode estar atrelada apenas àquilo que foi lavrado pelo oficial de registro, que parte do pressuposto de que alguém com pênis será homem, e alguém com vagina será mulher. O registro será verdadeiro na medida em que se fundamenta em outros fatos do mundo, indo além da caracterização biológica. Logo, se em algum momento a pessoa passa a expressar um gênero distinto, o que se tem é um registro que precisa ser retificado sob pena de retratar um fato inverídico sobre o indivíduo – o que acaba prejudicando a sua própria identificação para fins sociais e jurídicos. Em síntese, além do constrangimento sofrido pelo indivíduo, a alteração documental do sexo/gênero leva em consideração o conceito jurídico de gênero.

Sendo assim, podemos pensar em uma espécie de “sexo social” (i.e., o gênero) ao lado da ideia de nome social. Se o último é elemento que fundamenta pedidos de alteração do prenome de transgêneros, o primeiro também pode exercer papel relevante na modificação do sexo registral. Tanto no prenome quanto no sexo é possível identificar inúmeras “provas” de sua constituição social e que podem ser levadas em consideração: testemunhas, fotos, a própria aparência e comportamento do indivíduo, etc.

Se prenome e gênero são elementos de identificação social, então será sobretudo através da forma com que o indivíduo é socialmente reconhecido que encontraremos os dados mais adequados a serem registrados em seus documentos. A métrica para este reconhecimento não é a de qualquer estranho que passa pela rua e que nunca tenha visto antes a pessoa, mas sim a dos indivíduos com quem a pessoa transgênera tenha contato e trave suas relações cotidianas: parentes, amigos, vizinhos, a moça do banco, o rapaz do supermercado, dentre outros. Afinal, as informações do registro devem refletir o prenome e gênero atribuídos pela comunidade na qual o indivíduo está inserido, e não uma percepção abstrata e universal de como o indivíduo deveria ser identificado. Isso é importante porque, de fato, muitos transgêneros não possuem o chamado “critério de passabilidade”, ou seja, assumem uma aparência andrógena e não são percebidos propriamente como homens ou mulheres. É o caso de indivíduos que se identificam e buscam se expressar de acordo com determinado gênero, mas que por diversas razões mantêm alguns traços e trejeitos do gênero que lhes foi originalmente atribuído. Isso acontece com frequência em mulheres e homens transgêneros que

se encontram no início de tratamento hormonal e que não alteraram seus caracteres secundários (e.g., mastectomia ou próteses de silicone), ou então que não podem se submeter a determinadas intervenções médicas e cirúrgicas em razão de efeitos colaterais. Por fim, também há aqueles que simplesmente optam por não passar por estas alterações corporais, adotando apenas vestimentas e comportamentos associados ao outro gênero.

Pode-se questionar porque, nestes casos em que a pessoa transgênera têm aparência andrógena, a alteração de prenome e sexo/gênero seria necessária – afinal, é possível afirmar que a situação constrangedora aconteceria de qualquer modo, já que terceiros poderão tratar como homem alguém que se identifique e se apresente como mulher, ou vice-versa, o que pode incomodar profundamente o indivíduo. Embora nestes casos de dúvida o mais adequado e respeitoso seja questionar a pessoa como ela prefere ser tratada, o fato é que o constrangimento é infinitamente menor quando os dados documentais também estão alinhados à maneira pela qual o indivíduo se identifica. E nestes casos, mais uma vez, é importante ressaltar a ausência de maiores custos sociais ou de danos a terceiros.

Estas observações nos conduzem diretamente à divergência jurisprudencial com relação à necessidade ou não de cirurgia de transgenitalização para alteração dos dados registra-rais, bem como ao papel e relevância dos pareceres médicos que atestam a transexualidade para o deferimento ou não dos pedidos.

Os argumentos já apresentados são o bastante para se entender que cirurgias (e mesmo tratamentos hormonais) não são fundamentais para a alteração de prenome e sexo/gênero documentais de transgêneros. Em primeiro lugar, porque a pessoa não é socialmente identificada ou conhecida em razão de sua genitália, mas principalmente através do gênero que ela expressa – sua feminilidade ou masculinidade, aferida através do comportamento, porte, trejeitos, indumentária, etc. Em segundo lugar, porque mesmo que se parta do pressuposto de que cirurgias são capazes de “mudar o sexo”, as mudanças são apenas aparentes, já que nossa ciência ainda não descobriu como alterar certas características biológicas utilizadas na determinação do sexo, como é o caso dos cromossomos. Neste sentido, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que mandou averbar o termo “transexual” no registro do requerente não é de todo incorreta. Ocorre que ela ignora a dimensão social do gênero da pessoa: pois, na comunidade em que ela vive, a identificação prossegue dentro de um sistema binário de gênero – homem ou mulher. Salvo quando a pessoa expressamente o deseja, a identificação como “transexual” não muda em nada o constrangimento enfrentado

no dia a dia²³². Retomarei este ponto adiante, quando tratar dos argumentos em favor da alteração de sexo de pessoas não-binárias.

Outro ponto importante diz respeito às consequências da cirurgia de transgenitalização: como visto, em muitos casos ela pode implicar na diminuição ou perda irreversível do prazer sexual, ou ainda na esterilização do indivíduo. Por tais razões, são frequentes as pessoas que não desejam realizar tais cirurgias, mas que ainda assim expressam o gênero atribuído ao sexo oposto. Em situações assim, não é razoável exigir do indivíduo alterações físicas que colocam em xeque seu próprio bem-estar para, somente então, ser possível alterar seus documentos²³³.

Também entendo que a classificação ou categorização clínica do status de “transexual” não seja relevante para a análise dos pedidos. Quando o Judiciário leva em consideração laudos psiquiátricos ou psicológicos que tenham diagnosticado o chamado “transtorno de identidade de gênero”, passa a exigir que um fato subjetivo e social seja objeto de ratificação médica. Neste ponto, o debate sobre a chamada “patologização” da transgeneralidade se mostra relevante: não no sentido de se entender que os indivíduos teriam direito a não serem “classificados” do ponto de vista médico, mas sim quanto ao impacto que o parecer clínico exerce na tomada de decisão judicial. Em outras palavras, é necessário ser considerado “doente” para, somente então, conseguir alterar os documentos. Por esta ótica, a mudança do prenome e do sexo/gênero deixa de priorizar uma demanda de ordem social (i.e.,

²³² Os Princípios de Yogyakarta, documento elaborado por uma série de especialistas em novembro de 2006 a pedido da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, estabelece uma série de princípios que orientam a interpretação e aplicação das normas de Direito Internacional sobre Direitos Humanos, versando especificamente sobre questões de orientação sexual e identidade de gênero. Com relação à desnecessidade de procedimentos médicos para a alteração de dados documentais de transgêneros, merece destaque o terceiro princípio: *“Direito ao Reconhecimento perante a Lei: Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero”*. Os Princípios de Yogyakarta não são um tratado internacional, e consequentemente não possuem força vinculante. Ainda assim, são lembrados em alguns julgamentos importantes, como no caso do reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011, na ADI nº. 4277.

²³³ Em alguns países europeus, a cirurgia de transgenitalização é pré-requisito legal para que os dados documentais de transgêneros possam ser alterados. Há ainda países considerados progressistas, como a França e a Suíça, onde se exige que a cirurgia venha acompanhada da esterilização do indivíduo. Já a Finlândia, além da cirurgia e esterilização, também exige que o indivíduo seja solteiro. Estas informações e outros dados, atualizados até julho de 2016, podem ser encontrados no site da organização *Transgender Europe*: <<http://tgeu.org/resources/countries-informations/>>. Acesso em: 27 out. 2016. No Brasil, como inexistente qualquer legislação a respeito, as questões são decididas de forma controversa pelo Judiciário.

de adequada identificação da pessoa) e individual (i.e., de garantia de tratamento igualitário e respeitoso, evitando-se constrangimentos desnecessários), e passa a priorizar seu caráter terapêutico – alterar o prenome e sexo de transexual é apenas uma das medidas que garantiriam o sucesso de um tratamento clínico e/ou psicológico que já se encontra em andamento.

Diferentemente de processos de curatela, onde o que está em jogo é a capacidade do indivíduo para a prática de atos da vida civil (i.e., sua capacidade para, autonomamente, gerir sua própria vida e suas relações), o que se busca com os processos de alteração de prenome e sexo/gênero é garantir aos indivíduos transgêneros uma vida social menos constrangedora e, neste sentido, mais respeitosa. Transgêneros não têm sua capacidade questionada: ao menos quando se trata de pessoas maiores e capazes, a exigência de laudos médicos para a constatação de algo cuja mudança, como visto, não tem relação com características físicas e mentais do indivíduo se mostra ofensiva à sua autonomia. Em outras palavras, a autonomia e independência ética de uma pessoa transgênera é profundamente agredida quando o deferimento dos pedidos de alteração de prenome e sexo/gênero documentais passa a ser dependente de laudo ou parecer clínico.

É no mínimo curioso: muitas das decisões mencionadas afirmam que se deve reconhecer o gênero com o qual o indivíduo se identifica e se expressa socialmente, que se trata de garantir a ele tratamento respeitoso e igualitário, que nestas circunstâncias o indivíduo manifesta uma espécie de “escolha” a qual, reconhecida socialmente, deve ser respeitada. Por fim, tem-se que nem mesmo cirurgias ou alterações corporais são fundamentais, considerando que parentes, amigos, vizinhos e inúmeras pessoas da comunidade em que vive a pessoa transgênera a consideram como homem ou mulher. Em situações assim, qual a relevância do parecer clínico? Se a intenção é garantir a adequada identificação social do indivíduo, por que o pedido deverá estar acompanhado de laudos médicos, sob pena de indeferimento?

Considerando a independência ética, mais problemático do que a exigência do parecer clínico é o procedimento adotado para sua elaboração: é necessário que a pessoa passe ao menos dois anos sob acompanhamento clínico para, após uma série de entrevistas e exames, seja diagnosticada enquanto transexual e seja elegível para as cirurgias e tratamentos hormonais. Isso é no mínimo curioso, pois a maioria das pessoas que buscam auxílio junto à saúde pública já expressam o gênero com o qual se identificam e, em muitos casos, se submeteram ao uso de hormônios por conta própria. Sendo assim, pensemos no caso de travestis que fizeram a vida no exterior e que, decididas a voltar para o Brasil e alterar seus

documentos, deverão ainda passar por um diagnóstico que dura ao menos dois anos para confirmar aquilo que elas mesmas e as demais pessoas já têm certeza – que são travestis e que expressam o gênero feminino. Neste meio tempo, não poderão alterar seus documentos e continuarão sendo alvo de situações constrangedoras (a começar pela apresentação do passaporte durante o retorno). Mais uma razão, portanto, para não se vincular os pedidos de alteração de prenome e sexo ao parecer médico.

Isso não significa dizer que em muitas circunstâncias transgêneros não precisem de acompanhamento médico. No caso de transexuais que demandam mudanças de ordem física, entendo que a assistência médica especializada é fundamental para que os procedimentos hormonais e cirúrgicos ocorram de forma segura. Mas estes procedimentos não se confundem com os documentos públicos e a imagem social do indivíduo, e nem podem ser considerados a palavra final sobre o que define uma “mulher” ou um “homem” em matéria jurídica ou social²³⁴. Retornarei a este ponto no próximo capítulo, quando tratar dos pleitos de pessoas transgêneras com relação ao acesso à saúde.

Em síntese, entendo que os pedidos de alteração de prenome e sexo de pessoas transgêneras devem se fundamentar no constrangimento pelo qual passam tais indivíduos ao apresentarem seus documentos (o que é afrontoso à dignidade), na ausência de custos sociais significativos ou de danos ao interesse de terceiros, e na compreensão da veracidade registral

²³⁴ Este é um ponto que Berenice Bento leva em consideração ao criticar o modelo adotado para realização do diagnóstico, que afronta a autonomia individual. Em seu livro *A Reinvenção do Corpo: Sexualidade e gênero na experiência transexual* (BENTO, 2006), Bento sustenta que os diagnósticos levam em consideração uma série de protocolos aos quais a pessoa transgênera (que já tem certeza sobre seu gênero) deve se submeter para, somente então, poder ser considerada como mulher ou homem. Em síntese, é como se fosse uma “prova de aptidão” para o exercício de um gênero ao invés de outro. Se não bastasse, mesmo os diagnósticos seriam dispensáveis para a realização da cirurgia, pois cirurgias para aumento do pênis ou das mamas de pessoas cisgêneras não dependem de qualquer aprovação psicológica ou psiquiátrica: “*Um levantamento dos trabalhos apresentados no Congresso Mundial de Sexologia (Cuba/março de 2003) revela um considerável número de comunicações que apresentam e propõem técnicas inovadoras de ‘implantes de próteses infláveis e enxertos venosos para a disfunção sexual’, além de várias técnicas ‘cirúrgicas de alargamento do pênis’.* No entanto, aqueles que querem pênis maiores não são passíveis de serem considerados transtornados, doentes ou psicóticos, tampouco se estabelecem procedimentos de controle materializados em protocolos que definem regras e normas para esse homem que deseja ter um pênis com ‘dimensões satisfatórias’. As técnicas servem para garantir o bom funcionamento da virilidade masculina. O que difere um homem que deseja um pênis maior de uma pessoa que não o quer? Qual a diferença de uma pessoa que faz implantes de próteses nos seios para se tornar mais feminina de outra que não os quer? As respostas a essas questões podem seguir muitos caminhos. O que trilhei neste trabalho me leva a concluir que, enquanto o desejo de ter um pênis ou seios com determinadas dimensões e formas reforça a idealização dimórfica dos corpos, o corpo transexual a põe em xeque, daí a necessidade do dispositivo em patologizá-lo. A rejeição ao pênis e aos seios é, por um lado, a negação da precedência explicativa do biológico sobre o cultural e o questionamento das teses psicanalíticas que partem da diferença sexual para explicar a gênese do sujeito” (BENTO, 2006, pp. 232-233). Judith Butler também aborda esta questão em seu livro *Undoing Gender* (BUTLER, 2004), tratando também das exigências feitas por planos de saúde para o custeio das cirurgias – muitas vezes consideradas como meros “procedimentos estéticos” que não seriam passíveis de seguro.

do “sexo” não enquanto realidade puramente biológica, mas sim como a percepção social do gênero expressado pelo indivíduo (i.e., a veracidade deve ser entendida à luz da melhor forma de se identificar o indivíduo em sua comunidade). Estes argumentos não podem se confundir com as características físicas propriamente ditas do indivíduo (como nos casos em que se exige a realização de cirurgias ou tratamentos hormonais), e consequentemente não são dependentes de qualquer laudo ou parecer médico.

Por todas estas razões, entendo que a lei argentina de identidade de gênero (Lei 26.743 de maio de 2012) é um bom exemplo a ser seguido, ainda que todo o procedimento de alteração se dê de forma administrativa e leve em consideração apenas a vontade subjetiva do indivíduo (sua “vivência interna de gênero”)²³⁵. Embora a lei argentina abra espaço para ampla subjetividade em documentos de natureza pública, parece-me muito implausível imaginar que alguém que se expresse como homem ou mulher decida, pura e simplesmente, mudar seu prenome e sexo/gênero documentais – sujeitando-se ao estigma e toda sorte de constrangimentos enfrentados por pessoas transgêneras. Além disso, o art. 4º da lei é expresso ao afirmar que o número do documento nacional de identidade permanecerá o mesmo, o que dificulta o raciocínio (igualmente implausível) de que alguém mudaria prenome e sexo/gênero para fins fraudulentos. Por fim, o indivíduo poderá mudar seu prenome e sexo/gênero por meio administrativo uma única vez: caso “mude de ideia” e pretenda voltar aos registros anteriores, a nova alteração dependerá de autorização judicial (art. 8º.)²³⁶.

Crianças e adolescentes podem ser adequadamente identificados, conforme o caso, através do nome social. Na medida em que são raríssimas as situações nas quais uma criança ou adolescente deverá apresentar, sozinha, algum documento oficial (quem o fará será seu

²³⁵ A definição de identidade de gênero é apresentada no art. 2º da lei: “*Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales*”. Já os requisitos se encontram no art. 4º, sendo eles: a) idade mínima de dezoito anos (ressalvados os casos em que haja concordância expressa dos pais, acompanhamento de advogado e à luz do melhor interesse da criança e adolescente – art. 5º); b) solicitação expressa ao Registro Nacional de Pessoas ou ofício seccional; c) informar na solicitação o novo prenome que deseja ver registrado. O mesmo art. 4º ainda afirma que em nenhum caso deverá ser exigida intervenção cirúrgica, hormonal ou qualquer outro tratamento psicológico ou médico.

²³⁶ No Brasil, está em trâmite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº. 5.002/2013, de autoria dos deputados Jean Wyllys e Erika Kokay. O projeto é idêntico à legislação argentina (na realidade, em muitos trechos corresponde a uma simples tradução). As poucas mudanças dizem respeito, notadamente, ao acesso à certidão de nascimento original (o projeto brasileiro o permite apenas com autorização expressa do titular dos dados, enquanto a lei argentina também prevê a hipótese de autorização judicial) e a novas alterações em prenome e sexo (sem previsão no projeto brasileiro, e dependentes de autorização judicial na lei argentina).

representante legal), inexistindo razão para se realizar a alteração do nome e sexo/gênero registrais antes da maioridade (ou da emancipação, conforme o caso). Mesmo no caso do acesso a cinema, shows e outros eventos, quando há interesse em assegurar a meia-entrada na condição de estudante, basta apresentar o documento da instituição de ensino – o qual já deverá contemplar o nome social da criança ou adolescente, como mencionei ao tratar do registro de crianças intersexuais.

Não é demais mencionar que autores como Finnis e Tollefsen discordariam de todos estes argumentos. Considerando que veem no gênero a “expressão verdadeira ou falsa” da realidade biológica do indivíduo (ainda que as expectativas de gênero variem de cultura para cultura), as alterações documentais não deveriam ser deferidas. A transgeneralidade deve ser endereçada clinicamente: sendo uma “doença”, não deve ser objeto de ratificação por parte do Direito. A expressão correta do gênero depende da realidade do sexo, que é o elemento que deve ser resguardado pelo Direito através da documentação civil. Do contrário, o Direito estaria reconhecendo uma expressão “falsa” de gênero, induzindo terceiros em erro e sugerindo, equivocadamente, que os diferentes papéis de gênero não têm fundamento último na distinção entre machos e fêmeas.

Disso se segue que Finnis e Tollefsen não aceitariam a analogia proposta entre os nomes vexatórios e a transgeneralidade. Eles não teriam dúvidas em afirmar que, de fato, em ambos os casos ocorre uma situação de constrangimento. Mas a forma de se vencer o constrangimento de pessoas transgêneras não envolveria a mudança de ordem documental, e sim a readequação de seu gênero ao seu sexo biológico – o que passa por acompanhamento clínico e psiquiátrico. O problema estaria no indivíduo em si, e não na sua documentação civil.

O problema desta concepção, como se viu, é que ela parte de uma interpretação equivocada sobre a relação entre sexo e gênero. O que a experiência retrata é que a expressão de gênero é independente do sexo biológico do indivíduo. Ademais, não existe qualquer evidência de que o deferimento dos pedidos de mudança de prenome e sexo/gênero documentais cause algum dano ao “ambiente moral adequado” que, segundo Finnis e Tollefsen, compete ao Estado proteger. Antes o contrário: a identificação jurídica dos indivíduos leva em consideração muito mais a expressão e reconhecimento social de seu gênero do que seu sexo biológico. Como ressaltei, o sexo só será determinante na identificação enquanto o indivíduo não expressar algum gênero.

3.3. Como proceder no caso de indivíduos não-binários

Até o momento, tratei apenas dos argumentos que sustentariam os pedidos de alteração de prenome e sexo/gênero de transgêneros binários – ou seja, aqueles indivíduos que assumem e expressam o gênero dentro do binômio homem/mulher. Entretanto, ao longo deste trabalho tratei de indivíduos que se encontram em uma espécie de “meio termo” entre aquilo que consideramos como homens e o que consideramos como mulheres. Tais indivíduos são considerados *não-binários*, e podem expressar (e se identificar) de modo ambíguo, sem serem tidos como “verdadeiros” integrantes de um dos gêneros socialmente reconhecidos.

No primeiro capítulo, citei alguns casos de não-binariedade. Muitos são decorrentes de uma sensação de profunda inadequação com as posições paradigmáticas de masculinidade ou feminilidade, seja após alterações corporais cirúrgicas e/ou hormonais (como seria o caso de pessoas que se imaginavam transexuais e que, mesmo após a cirurgia, não conseguem se identificar plenamente com um dos sexos/gêneros), ou ainda em alguns casos de intersexualidade (quando a ambiguidade é prevalente desde o nascimento).

Do ponto de vista conceitual, entendo que não-binário será todo indivíduo que não se encontre, majoritariamente, no campo da masculinidade ou feminilidade. Isso significa que os não-binários serão aqueles que expressam o gênero de forma ambígua (e.g., alguém que tenha nascido homem, goste de usar barba, mas se comporta e se expressa como mulher²³⁷). Como visto no primeiro capítulo, para além das ideias típicas de homem e de mulher existem infinitas “identidades de gênero”: só a Comissão de Direitos Humanos da cidade de Nova York foi capaz identificar trinta e um gêneros diferentes. Mas o que fazer se tais indivíduos buscarem a alteração de seu sexo/gênero registral, para nele constar algo diferente do “masculino” ou “feminino”?

Esta é uma pergunta que ainda não foi feita aqui no Brasil. Em parte, porque nossos tribunais e juristas insistem em tratar transexualidade e transgeneralidade como sinônimos, e em atenção ao apego que têm às definições médicas e biológicas. Se para a Medicina (notadamente a Psiquiatria) e Biologia tradicionais o “normal” é apenas macho e fêmea (de onde

²³⁷ É o caso da cantora e *drag queen* austríaca Conchita Wurst, que venceu o concurso de música Eurovision em 2014. Ela é registral e biologicamente um homem (de nome Thomas Neuwirth) e ficou famosa por sua interpretação da música *Rise Like a Phoenix*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=SaolVE-JEjV4>>. Acesso em: 27 out. 2016.

decorrem os gêneros masculino e feminino), e as manifestações divergentes de sexo e gênero são consideradas como uma “anomalia” ou “transtorno”, então não é difícil prever que os pleitos de alteração documental de pessoas não-binárias seriam indeferidos pela maioria significativa dos juízes. Talvez seja a percepção desse quadro que explique a inexistência de demandas para alteração de prenome e sexo/gênero de pessoas que se consideram e eventualmente sejam reconhecidas socialmente como não-binárias.

Isso não significa que inexistam decisões que acatam uma espécie de “não-binariedade” no registro civil. Este é o caso da já comentada decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul que mandou averbar o termo “transexual” no registro de pessoa transgênera, levando em conta apenas a ambiguidade biológica e não o reconhecimento social (e muito menos a forma pela qual o próprio indivíduo se identifica). Neste caso, entendo que a decisão foi errada porque o indivíduo (homem transexual) pediu expressamente que seu sexo fosse retificado para “masculino”, com o fim de evitar as situações constrangedoras que vinha passando ao apresentar alguns documentos. Ao mandar averbar o termo “transexual” em seus documentos, quando o indivíduo assim não o deseja e não é socialmente reconhecido, o Tribunal acabou perpetuando as situações embaraçosas que o indivíduo buscava evitar. Em outras palavras, o pedido de mudança de sexo/gênero não serviu para nada. O Tribunal ignorou a inexistência de custos sociais e danos para terceiros, bem como o potencial vexatório e estigmatizante da expressão “transexual” para quem não a deseja.

Seja como for, o fato é que já existem algumas decisões internacionais sobre a matéria. Uma das mais famosas é a decisão do caso *Norrie* pela Suprema Corte da Austrália, em abril de 2014. Norrie May-Welby, nascido com sexo biológico masculino, passou por uma cirurgia de transgenitalização em 1989, mas ele e seus médicos entenderam que a cirurgia não foi o bastante para, de fato, “transformar” Norrie em mulher. Sendo assim, anos mais tarde, Norrie procurou o Registro de Nascimentos, Mortes e Casamentos de New South Wales com o intuito de alterar seu sexo documental – o qual, em seu entendimento, deveria ser “indeterminado” (*non-specified*). O Registro, entretanto, decidiu averbar a expressão “não informado” (*not stated*), alegando ser juridicamente impossível averbar algo além do binômio “masculino” e “feminino”, o que motivou Norrie a formular pedido de revisão junto ao Tribunal de Decisões Administrativas. O pedido de Norrie foi julgado improcedente na primeira instância deste tribunal, e procedente em segunda instância – o que motivou o Registro de New South Wales a recorrer para a Suprema Corte australiana. Esta, por sua vez, deu razão à Norrie: interpretando a Lei de Registro de Nascimentos, Mortes e Casamentos

(*Births, Deaths and Marriages Registration Act*) de 1995, os juízes da Suprema Corte entenderam que a lei reconhece que os indivíduos podem não ser homens ou mulheres, e que consequentemente é possível registrar o sexo de uma pessoa como “indeterminado”.

A decisão da Suprema Corte australiana, embora emblemática, teve como base exclusiva a interpretação do texto legal. Nas razões de decidir, nada é dito sobre questões como a autonomia do indivíduo, a forma como ele se identifica, ou o reconhecimento social de seu gênero. O ponto é que a lei australiana autorizava expressamente a mudança do sexo registral daqueles que passaram por “cirurgias de desambiguação sexual”, desde que esta cirurgia fosse confirmada através da declaração de dois médicos. Norrie, transgênero, se submeteu à cirurgia de transgenitalização e juntou declaração confirmatória de dois médicos. A grande questão, segundo a Suprema Corte, é que este procedimento cirúrgico é definido de acordo com seu propósito, e não pelo seu resultado. Sendo assim, na medida em que os médicos declararam que a cirurgia não foi bem-sucedida, deve-se entender que Norrie padece de uma ambiguidade sexual que o coloca em uma posição “indeterminada”, tal qual um intersexual. Se a própria lei prevê a existência de indivíduos que nascem com indeterminação sexual, então o registro não está limitado aos sexos “masculino” e “feminino”. Na prática, embora Norrie não tivesse nascido com ambiguidade sexual, acabou “virando intersexual” após a cirurgia²³⁸.

Talvez mais relevante do que a própria decisão do caso *Norrie* seja o “Guia sobre Reconhecimento de Sexo e Gênero” do governo federal australiano (*Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender*)²³⁹, lançado em julho de 2013 – antes, portanto, do próprio julgamento pela Suprema Corte. Este guia estabelece um “sistema de classificação consistente de sexo e gênero” que deve ser observado e aplicado por todas as agências e departamentos do governo australiano em nível federal. Ele trabalha expressamente com a distinção entre sexo (enquanto conjunto de características associadas ao sexo biológico) e gênero (enquanto parte da identidade pessoal e social do indivíduo). E, no que

²³⁸ Outra consequência particularmente interessante é que, pela legislação australiana, Norrie não pode se casar com seu companheiro: a Lei do Casamento (*Marriage Act*) australiana, de 1961, afirma expressamente que o casamento acontece entre um homem e uma mulher. Inclusive, em dezembro de 2013, a Suprema Corte australiana anulou uma lei do Território da Capital Australiana (*Australian Capital Territory – ACT*) que previa o casamento entre pessoas do mesmo sexo, conforme noticiado pelo jornal *The Australian*, de 12 de dezembro de 2013: <<http://www.theaustralian.com.au/national-affairs/high-court-strikes-down-act-gay-marriage-law/story-fn59niix-1226781474406>>. Acesso em: 28 out. 2016.

²³⁹ O guia foi elaborado pelo *Attorney-General's Department* (órgão de competência equivalente ao nosso Ministério da Justiça), e está disponível no seguinte link: <<https://www.ag.gov.au/Publications/Documents/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender.PDF>>. Acesso em: 20 out. 2016.

mais interessa ao presente trabalho, o guia afirma explicitamente que os registros federais designarão o sexo e/ou gênero do indivíduo como M (masculino), F (feminino) ou X (indeterminado, intersexual ou não-especificado).

De acordo com o guia, a categoria X faz referência a qualquer pessoa que não se identifique exclusivamente como homem ou mulher – ou seja, uma pessoa de gênero não-binário, que poderá usar inúmeros termos diferentes de auto-identificação²⁴⁰. Entretanto, a alteração do sexo/gênero nos registros federais não se dá pela simples vontade do indivíduo: é necessário apresentar ao menos a declaração de um médico ou psicólogo informando que a pessoa se identifica com um gênero diferente do masculino e feminino – e, nestes casos, para fins de registro, prevalece o X, “indeterminado”.

É importante ressaltar que este guia se aplica em nível federal, o que possibilita a alteração de documentos como o passaporte. Entretanto, outros documentos como o registro de nascimento são, pela legislação australiana, de competência estadual. Sendo assim, alguns estados, como é o caso de Western Australia, ainda trabalham com o sistema binário masculino/feminino²⁴¹. Contudo, a decisão do caso *Norrie* acaba abrindo um importante precedente para a alteração do sistema de registros de nascimento em todos os estados e territórios australianos – muito embora a decisão tenha se limitado ao pedido específico de Norrie e ao sistema registral de New South Wales, e leve em consideração apenas os casos de indeterminação com relação ao sexo, e não ao gênero.

Outra decisão interessante para indivíduos não-binários foi tomada em 2014 pela Suprema Corte da Índia, em caso envolvendo a *National Legal Services Authority v. Union of India*. A extensa decisão (com mais de 113 páginas), curiosamente, não tem como base um caso concreto: trata-se de pedido puro e simples de “reconhecimento” de indivíduos transgêneros perante a legislação indiana, feita pela *National Legal Services Authority* (algo equivalente à Defensoria Pública da União), cujo pedido é acompanhado de diversos relatos de discriminação por parte de transgêneros. Interpretando a Constituição indiana (notadamente seu art. 14, onde se afirma o princípio da igualdade), a Suprema Corte decidiu de forma claramente *política* – determinando ao governo que enfrente diretamente o estigma sofrido

²⁴⁰ O guia chega a citar alguns exemplos de identificação pessoal, como *gender queer*, pangênero, andrógeno ou intergênero.

²⁴¹ No Estado de Western Australia, o indivíduo que deseja alterar seu sexo para masculino ou feminino deve, obrigatoriamente, ser solteiro (pois a legislação federal proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo), além de ter passado por prévia cirurgia de transgenitalização (*reassignment procedure*). É o que consta no folheto informativo do Conselho de Mudança de Sexo estatal (*The Gender Reassignment Board of Western Australia*): <http://www.courts.dotag.wa.gov.au/files/Gender_Reassignment_brochure.pdf>. Acesso em: 28 out. 2016.

por transgêneros através de medidas educacionais, que propicie tratamentos de saúde adequados àqueles que se encontrem com HIV, que tome medidas para melhorar o bem-estar geral da população transgênera etc.

O mais curioso, entretanto, é o reconhecimento expresso de que alguns grupos de transgêneros constituiriam “terceiros gêneros”. Isso ocorre porque, na sociedade indiana, existem determinadas castas de indivíduos que não são propriamente homens ou mulheres – são em geral conhecidos como *hijras*, bem como por eunucos, aravanis, kothis, jogtas, shiv-shakthis, dentre outros. Em sua maioria, são indivíduos de sexo biológico masculino que rejeitam a identidade masculina, tendo ou não passado por modificações físicas (como no caso dos eunucos), e que podem ou não rejeitar seu gênero de origem por questões religiosas²⁴². Em todos estes casos, a Suprema Corte considerou fundamental a *identidade de gênero* do indivíduo – compreendendo esta como a forma com que o indivíduo “sente” seu gênero, que pode ou não corresponder àquele atribuído no nascimento²⁴³.

No que interessa ao presente trabalho, é importante ressaltar que a Suprema Corte da Índia reconheceu todas estas categorias de gênero, para além do homem e da mulher, mais qualquer outra que o indivíduo, em seu foro íntimo, considere adequada para si. Em sua definição, todos os indivíduos que não se identificam com o gênero atribuído quando do nascimento são transgêneros, e caso a auto-identificação do indivíduo seja algo diferente de homem e mulher, então este indivíduo irá compor um “terceiro gênero”. Na decisão, a Suprema Corte entendeu que todos estes gêneros devem ser juridicamente reconhecidos, como forma de garantir o tratamento igualitário e demais direitos previstos na Parte III da Constituição indiana²⁴⁴.

²⁴² Neste sentido, a decisão menciona o caso dos shiv-shakthis, que são considerados “homens possuídos por uma divindade de expressão feminina” e que costumam se vestir e usar acessórios e ornamentos socialmente atribuídos às mulheres.

²⁴³ É o que consta no voto do juiz Radhakrishnan: “*Gender identity refers to each person’s deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body which may involve a freely chosen, modification of bodily appearance or functions by medical, surgical or other means and other expressions of gender, including dress, speech and mannerisms. Gender identity, therefore, refers to an individual’s self-identification as a man, woman, transgender or other identified category*”.

²⁴⁴ O que se percebe em passagem do voto do juiz Sikri: “*By recognizing TGs as third gender, this Court is not only upholding the rule of law but also advancing justice to the class, so far deprived of their legitimate natural and constitutional rights. It is, therefore, the only just solution which ensures justice not only to TGs but also justice to the society as well. Social justice does not mean equality before law in papers but to translate the spirit of the Constitution, enshrined in the Preamble, the Fundamental Rights and the Directive Principles of State Policy into action, whose arms are long enough to bring within its reach and embrace this right of recognition to the TGs which legitimately belongs to them. (...) Once it is accepted that TGs are also part of vulnerable groups and marginalized section of the society, we are only bringing them within the fold of aforesaid rights recognized in respect of other classes falling in the marginalized group. This is the minimum riposte*

Embora tenha reconhecido a existência e determinado a proteção aos indivíduos de terceiro gênero, a Suprema Corte não teceu qualquer consideração de ordem procedimental (e.g., quais os termos que poderiam constar nos registros e como efetuar as alterações). Limitou-se a reconhecer o direito de cada pessoa à auto-identificação de gênero, que deveria ser legalmente reconhecida pelo Estado. Sendo assim, o governo indiano passou a emitir documentos onde constava o termo “outro” (*other*) para indivíduos não-binários – o que posteriormente foi alterado através do *Transgender Persons Bill* de 2016, lei aprovada pelo Parlamento indiano que busca dar efetividade à decisão da Suprema Corte, inclusive através de um sistema de cotas na educação e empregos públicos. Atualmente, no campo do sexo dos documentos indianos pode constar “homem”, “mulher” ou “transgênero”, a depender de como o indivíduo se identifica²⁴⁵.

Embora as decisões da Austrália e da Índia tratem de indivíduos não-binários, o fundamento de ambas é muito distinto. No caso da decisão australiana, observa-se que a razão de decidir ficou atrelada à questão do sexo biológico: isso significa que o sexo “indeterminado” deverá constar no documento de pessoas intersexuais ou daquelas que, uma vez que tenham passado pela cirurgia de transgenitalização, não tenham conseguido resultado satisfatório na “troca” de sexo. Logo, no caso australiano, pouco importa a forma como o indivíduo se identifica, pois o fundamento leva em questão critérios de ordem biológica. Já na decisão indiana, o fundamento é a vontade do indivíduo, a forma como ele se identifica, pouco importando sua constituição física e o fato de ter ou não tomado hormônios ou passado por cirurgias. Também não importa o efetivo reconhecimento social do indivíduo – para ser “transgênero”, de acordo com a decisão indiana, basta que eu me identifique como algo além de homem ou mulher, e pouco importa se sou reconhecido como homem ou mulher pelos demais.

Isso não significa que, na Índia, é possível registrar qualquer coisa no campo referente ao sexo/gênero. Não se pode pleitear o registro de “*genderfluid*” ou algo similar, pois na prática todas as demais identidades sexuais são consideradas como “transgênero”. Logo,

in an attempt to assuage the insult and injury suffered by them so far as to pave way for fast tracking the realization of their human rights”.

²⁴⁵ Conforme noticiou o The Indian Express em matéria de 04 de agosto de 2016. Disponível em: <http://indianexpress.com/article/explained/transgenders-persons-bill-provisions-explained-2952316/>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

se me considero hijra ou eunuco e desejo alterar meus documentos, o campo do sexo deverá ser preenchido com “transgênero”²⁴⁶.

Particularmente, entendo que a decisão indiana é a mais acertada. O problema está em sua fundamentação muito aberta, que não levou em consideração o fato de que registros são, em última análise, *públicos*. Em outras palavras, ao invés de levar em consideração argumentos amplos de “reconhecimento”, a Suprema Corte indiana deveria ter considerado a questão também em atenção ao interesse coletivo. Mas quais seriam, afinal, os argumentos em favor da alteração documental do prenome e sexo de indivíduos não-binários?

Alguns poderão argumentar que, assim como no caso das pessoas transgêneras binárias e pessoas de nome vexatório, pessoas não-binárias enfrentariam constrangimentos ao apresentar seus documentos. Esta linha de raciocínio, entretanto, não me parece muito convincente: afinal, se a aparência de pessoas não-binárias já é ambígua, então não será a apresentação de um documento onde se lê prenome e sexo/gênero masculinos ou femininos que causará algum constrangimento.

Por outro lado, parece-me que há claro interesse social na identificação mais adequada do indivíduo. Se alguém não aparenta ser homem ou mulher, então o mais adequado é que os documentos ressaltem esta ambiguidade, até porque o próprio indivíduo deseja ver algo além de “masculino” e “feminino” em seu documento. Entretanto, é importante notar que, embora seja a “vontade” do indivíduo que possibilite e dê início ao processo de retificação, não é esta simples “vontade” que fundamenta o deferimento do pedido, e o interesse social na identificação mais adequada tampouco fundamentaria qualquer alteração *ex officio* – afinal, nem toda pessoa com aparência ambígua deseja alterar seu sexo documental, e o registro de termos além de “masculino” ou “feminino” causaria constrangimento para a maioria das pessoas.

²⁴⁶ É particularmente curioso notar que toda esta ideia de “reconhecimento” de pessoas transgêneras não foi aplicada em decisões posteriores da Suprema Corte indiana, notadamente a que diz respeito à criminalização da homossexualidade. Em 2013, a Suprema Corte considerou constitucional a seção 377 do Código Penal da Índia, que criminaliza qualquer intercurso carnal “contra a natureza” (*Civil Appeal nº 10972 de 2013*). Isso envolve não apenas relações homossexuais, mas quaisquer relações distintas da chamada união biológica, como sexo oral, relações através de métodos anticoncepcionais, dentre outros. Os juízes entenderam que toda lei tem uma “presunção de constitucionalidade” e que somente em casos extremos poderia ser declarada inconstitucional. Argumentaram ainda que a lei não contém qualquer preconceito com relação a indivíduos e orientações sexuais específicas, pois na prática tem por alvo ações individuais, independentemente de gênero e orientação sexual. Por fim, ainda sustentaram que uma minúscula proporção da população indiana é LGBT, e que apenas 200 pessoas foram processadas e julgadas pela violação da seção 377 desde sua criação. Sendo assim, a seção é constitucional e competiria apenas ao Parlamento modificar a lei, caso entenda conveniente. Não é demais ressaltar, ainda, que na Índia não se reconhece qualquer tipo de união entre pessoas do mesmo sexo.

Outro argumento que entendo ser relevante diz respeito à ausência de maiores gastos sociais. Em primeiro lugar, porque é certo que o número de pessoas que buscaria a alteração de seu sexo documental para algo além do sistema binário seria ínfimo. Em segundo lugar, porque a mudança não altera outros elementos de identificação, como número do RG e CPF. E em terceiro lugar, porque não precisa corresponder ao nome exato do gênero com o qual o indivíduo se identifica – o simples registro dos termos “não-binário” ou “outro” me parece mais que suficiente.

Este último ponto é relevante porque podemos imaginar a situação de alguém que faça questão de ter seu registro de sexo alterado para “*genderfluid*”, “bigênero”, “agênero” ou algo do tipo. Ocorre que não temos “direito” em sentido forte sobre a forma como somos identificados socialmente. Como argumentei, o interesse prevalecente quando se pensa em registros públicos é de ordem social, e não há razão para imaginar que o termo “*genderfluid*” auxiliaria na adequada identificação do indivíduo perante a coletividade – antes o contrário. Afinal, pouquíssimas pessoas têm conhecimento sobre estas diferentes identidades, muito embora notem que alguns indivíduos expressam seus gêneros de forma ambígua, muitas vezes adotando uma aparência andrógina.

Disso não se segue que termos como “indeterminado” ou “indefinido” sejam satisfatórios, já que existe, ao menos para o indivíduo (e, possivelmente, para as pessoas com quem ele convive), uma espécie de “determinação”, ainda que distinta do “masculino” e “feminino”. Sendo assim, entendo que as expressões “não-binário” ou “outro” são as mais adequadas para constar no campo referente ao sexo/gênero. Se maiores informações se fizerem necessárias, basta perguntar ao indivíduo.

É interessante notar que, com relação ao prenome, muitas pessoas não-binárias poderão ter um “nome social” pelo qual são identificadas em suas relações interpessoais. Eventuais pedidos de alteração de prenome, conseqüentemente, deverão levar em conta este nome social, que equivale ao apelido público notório. Neste ponto, a situação das pessoas não-binárias é análoga ao de pessoas transgêneras binárias – já há um nome através do qual tais pessoas são identificadas. E não há razão para se imaginar que o prenome deva ser, necessariamente, neutro ou unissex.

Do ponto de vista procedimental, como em qualquer outro caso onde se busca a alteração de registros públicos, é necessário estabelecer alguns requisitos. Atualmente, tais mudanças passam pelo crivo do Judiciário, mas nada impediria que ocorressem de forma simplificada, administrativamente. É o que acontece na mencionada legislação argentina,

que regulamenta a mudança de prenome e sexo/gênero documentais de transgêneros binários. É importante ressaltar que esta mudança ocorre uma única vez – qualquer nova alteração deverá ocorrer através de processo judicial. No caso específico de pessoas não-binárias, pode-se pensar em algumas exigências extras, como a declaração ou oitiva de duas ou três testemunhas que confirmem que o indivíduo não é considerado nem como homem, nem como mulher – garantindo, portanto, que a retificação reflète a identificação social mais adequada da pessoa.

Mas e no caso de pessoas que, embora sejam intersexuais e expressem o gênero masculino ou feminino, ainda assim desejam alterar o sexo documental para “não-binário”? Seus assentos de nascimento e demais documentos poderiam ser retificados?

Sim. Na prática, este foi o caso de Sara Kelly Keenan, que mencionei no primeiro capítulo. Keenan se expressa e se identifica com o gênero feminino, embora seja intersexual, e mesmo assim solicitou a alteração de seu sexo/gênero documental e se transformou na segunda pessoa americana a ter o sexo/gênero “não-binário” reconhecido oficialmente. Entendo que a mudança é possível porque, muito embora Keenan possa ser vista como “mulher”, o gênero nem sempre será mais relevante que o sexo como fator de identificação. É claro que, no caso específico de Keenan, dificilmente alguém diria que ela não é uma “mulher” (considerando sua aparência), mas a identificação do sexo através de um termo como “não-binário” abre espaço para a correta identificação de Keenan como pessoa intersexual (algo que ela, efetivamente, deseja). Ademais, se é possível registrar o sexo de recém-nascidos intersexuais através dos termos “não-binário” ou “outro”, por que algo semelhante não seria possível com indivíduos intersexuais adultos? Ressalte-se que neste caso, como em todos os que já foram analisados, inexistem gastos sociais significativos ou danos aos interesses de terceiros

3.4. As consequências para terceiros e o interesse público

O último ponto que merece ser analisado diz respeito às eventuais consequências da alteração do prenome e sexo registraes para terceiros e ao interesse público. Neste sentido, podemos identificar situações relacionadas às obrigações assumidas pela pessoa transgênera

antes da mudança de prenome e sexo, aos interesses de eventual (ou potencial) cônjuge, e aos interesses dos filhos de pessoas transgêneras.

Mencionei em outros momentos deste capítulo que a identificação do indivíduo não envolve apenas prenome e sexo/gênero, mas dados que permanecem inalterados ao longo da vida. Neste sentido, o indivíduo continua sendo identificado através do número de seu RG e de seu CPF, bem como pela data de nascimento, domicílio etc. Sendo assim, o eventual argumento de que a mudança de prenome e sexo/gênero poderia “desobrigar” transgêneros de obrigações anteriormente assumidas, abrindo espaço para a má-fé, não merece prosperar. Primeiro, porque há outros fatores de identificação. Segundo, porque é implausível (para não dizer surreal) imaginar que alguém “mudaria de sexo”, submetendo-se à toda sorte de preconceitos, para se livrar de obrigações. Não creio que alguém expressaria o gênero oposto ao que lhe é atribuído socialmente para escapar da fatura do cartão de crédito. De qualquer modo, nada impede que o juiz, ao deferir o pedido de alteração, oficie os órgãos públicos competentes com cópia da decisão²⁴⁷.

Quanto às relações conjugais, gostaria de ressaltar três situações diversas: o interesse de potenciais maridos e esposas, os interesses de cônjuges de fato e de direito, e os interesses de ex-cônjuges.

No primeiro caso, pode-se dizer que futuros maridos e esposas têm interesse legítimo em saber se a pessoa com quem estão casando é de um sexo ou de outro. Trata-se de evitar o chamado *erro essencial sobre a pessoa do cônjuge*, cujas hipóteses estão previstas no art. 1.557 do Código Civil. Imagine um homem que, após anos de namoro, resolve se casar com a namorada e descobre que, na verdade, sua esposa é uma mulher transexual, algo que ele não admite e que torna a convivência de ambos insuportável. Neste caso, entende-se que o casamento pode ser anulado dentro do prazo de três anos, contados da celebração do casamento (art. 1.560, inciso III, do Código Civil). Algo semelhante acontece quando se descobre a homossexualidade do marido ou da esposa. De qualquer sorte, se a homossexualidade ou

²⁴⁷ Neste sentido, tem-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: “*Registro civil. Nome. Mudança de prenome e sexo. Transexual que se submeteu à ablação do órgão externo masculino. Retificação do registro deferida. Apelação do Ministério Público. Desnecessidade de conversão do julgamento em diligência, em face da existência de anterior envolvimento criminal. Impossibilidade de aceitação de que alguém pudesse se submeter à cirurgia castradora apenas para poder mudar de nome e escapar ao registro de antecedentes criminais. Possibilidade de expedição de ofício aos órgãos de registro das cidades ou estados onde residiu o requerente para atualização dos registros criminais. Proibição de mudança do prenome que não é absoluta. Discordância de gênero que pode induzir situações de constrangimento no dia a dia e que podem ser resolvidas com a retificação do registro civil. Recurso desprovido*” (Apelação Cível nº. 427.435-4/3, 10ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Maurício Vidigal, julg. em 11 nov. 2008).

transgeneralidade for descoberta após o prazo da ação anulatória, nada impede que o cônjuge “enganado” ingresse com o pedido de divórcio²⁴⁸.

Embora casos assim sejam raros, não são impossíveis de acontecer. Sendo assim, com a intenção de proteger futuros cônjuges, pode-se argumentar que as certidões expedidas após a alteração do prenome e sexo/gênero deverão fazer menção expressa à modificação, indicando que se trata de indivíduo transgênero. Não é preciso lembrar que esta não é uma boa solução, na medida em que não elimina o constrangimento que o transgênero passa ao apresentar seus documentos.

Sendo assim, alguns juristas entendem que as novas certidões deverão vir com a anotação de que “foram feitas averbações”, sem identificar quais são²⁴⁹. Particularmente, não acredito que isso fará muita diferença na prática: ninguém confere a certidão de nascimento do noivo ou noiva antes de se casar. O único que deveria conferir é o oficial de registro civil, quando da habilitação ao casamento – mas, mesmo que confira a certidão e os registros, ele não tem razão alguma para alertar o futuro cônjuge de que sua noiva ou noivo “tem averbações” no assento de nascimento. Na realidade, a anotação de que constam averbações na certidão de nascimento da pessoa só desperta curiosidades desnecessárias, notadamente daquelas pessoas para quem a transgeneralidade do indivíduo não fará diferença alguma.

Entendo, portanto, que uma boa saída é a que vem sendo aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça em alguns de seus julgados: não deve constar qualquer anotação de que ocorreram averbações na certidão de nascimento²⁵⁰. A informação relativa à alteração de

²⁴⁸ Nunca é demais ressaltar que, se no período em que as partes estiveram juntas houve aquisição de bens com esforço comum, tais bens devem ser partilhados. Entendo que nada impede, inclusive, a configuração de união estável (ainda que o casamento venha a ser anulado), posto que não se apresentam impedimentos matrimoniais. Ademais, o casamento nulo ou anulável, quando contraído de boa-fé, produz todos os efeitos civis até a sentença declaratória de nulidade ou anulatória (art. 1.561 do Código Civil).

²⁴⁹ É o que defende Camila de Jesus Mello Gonçalves: “De fato, à luz do quadro esboçado, acredita-se que a melhor alternativa é admitir a anotação do art. 21, parágrafo único, da Lei 6.015/73, de que ‘a presente certidão envolve elementos de averbação à margem do termo’, sem especificar o teor de tais elementos. Trata-se de tornar pública a existência da alteração, sem demasiada exposição do transexual, haja vista que a certidão não conteria a informação da modificação do nome e do gênero do indivíduo, sem mencionar explicitamente a extensão e o conteúdo da alteração” (GONÇALVES, 2014, p. 254).

²⁵⁰ Neste sentido, merece destaque a seguinte decisão: “Registro público. Mudança de sexo. Exame de matéria constitucional. Impossibilidade de exame na via do recurso especial. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211/STJ. Registro civil. Alteração do prenome e do sexo. Decisão judicial. Averbação. Livro cartorário. (...) 6. No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial” (Recurso Especial nº. 737.993/MG, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Relator: João Otávio de Noronha, julg. em 18 dez. 2009). Em seu voto, o relator afirma que “tal averbação deve constar apenas no livro de registros, não devendo constar nas certidões de registro público competente nenhuma referência de que a aludida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de cirurgia de mudança de sexo, sob pena de manter a exposição do indivíduo a situações constrangedoras e discriminatórias”

prenome e sexo deve ficar restrita aos livros cartorários, cujo acesso depende de autorização do registrado ou de decisão judicial após pedido fundamentado pelo interessado.

Outra questão diz respeito aos interesses daqueles com quem o indivíduo transgênero já é casado. Neste sentido, suponha que alguém casado venha a assumir identidade transgênera, passe por cirurgia de transgenitalização e tratamentos hormonais, e decida mudar seu prenome e sexo/gênero documentais após anos de casamento. Isso é possível?

Sim. Não há como limitar a expressão de gênero e o direito ao próprio corpo, enquanto aspectos da independência ética do indivíduo, à vontade de terceiros – ainda que do cônjuge. O cônjuge é livre para, desejando, buscar o divórcio. Este é um ponto particularmente curioso, porque em países onde não se admitia o casamento entre pessoas do mesmo sexo a “mudança de sexo” poderia implicar na anulação *ex officio* do casamento²⁵¹.

O que mais interessa, conseqüentemente, diz respeito ao ex-cônjuge. Afinal, a certidão de casamento deverá ser retificada, para nela constar o novo prenome da pessoa transgênera?

Esta é uma questão mais delicada, pois da mesma maneira como a pessoa transgênera sofre constrangimentos ao apresentar documentos que não refletem sua identidade e expressão de gênero, o ex-cônjuge de pessoa transgênera pode se sentir constrangido ao apresentar uma certidão de casamento onde consta que ele esteve casado com alguém que, a princípio, tem o mesmo sexo que o seu. Não é sem razão que, em Portugal, exige-se o consentimento expresso do cônjuge ou ex-cônjuge para que se proceda à averbação na certidão de casamento²⁵².

Entretanto, acredito que eventual constrangimento do ex-cônjuge não deve ser visto como elemento que impossibilite a alteração do registro de casamento e das respectivas cer-

²⁵¹ Foi o que aconteceu na Itália com Alessandra Bernaroli, mulher transexual que passou por cirurgia de transgenitalização após quatro anos de casamento. Seu marido não se opôs à cirurgia e quis permanecer casado. Entretanto, quando Alessandra foi alterar seus documentos (incluindo a certidão de casamento), teve seu casamento anulado de ofício pelo oficial de registro civil. A anulação foi posteriormente confirmada pelo tribunal de apelação de Bolonha, com o fundamento de que não mais haveria diversidade de sexos, condição fundamental para um casamento válido. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/06/110617_italiano_transexual_casamento_divorcio_assimina_rw.shtml>. Acesso em: 30 nov. 2016.

²⁵² Conforme determina o art. 69º do Código de Registro Civil de Portugal. Disponível em: <http://www.irn.mj.pt/sections/irn/legislacao/docs-legislacao/codigo-do-rc/downloadFile/file/Codigo_do_Registo_Civil-Set09.pdf?nocache=1252073052.76> Acesso em: 30 nov. 2016. Camila de Jesus Mello Gonçalves entende que esta, inclusive, é a melhor solução para o impasse: “Assim, da ação proposta para a mudança de nome e sexo, deve ser notificado o cônjuge, abrindo-lhe oportunidade para se manifestar, decretando-se o divórcio se houver oposição e somente se procedendo às respectivas anotações na certidão de casamento, se houver o consentimento expresso do outro cônjuge” (GONÇALVES, 2014, p. 265).

tidões. Quando se exige o consentimento de uma das partes para a alteração de um documento que diz respeito a ambas, é porque se entende que o constrangimento do ex-cônjuge será maior do que o da pessoa transgênera. Este raciocínio não me parece adequado, até porque trata a transgeneralidade como uma “escolha” pura e inconsequente de alguns indivíduos, como se eles não tivessem refletido sobre o peso que suas decisões (ainda que dentro da independência ética). “Mudar” de sexo e gênero não é algo que acontece do dia para a noite, e é inegável que impacta na vida de eventual cônjuge, algo que qualquer pessoa transgênera sã leva em consideração.

O fato é que muitas coisas podem ser constrangedoras para os cônjuges. Imagine, por exemplo, que após anos de divórcio um dos ex-cônjuges se transforma em um famoso criminoso procurado pela polícia. Disso não se segue que o cônjuge inocente tenha algum “direito” de alterar os dados constantes na certidão de casamento de ambos, ainda que passe por constrangimentos em toda ocasião na qual a apresenta. Uma boa interpretação de todos os valores envolvidos (notadamente as dimensões da dignidade) nos conduz à conclusão de que o tipo de estigma sofrido por alguém que, por ser transgênero, apresente documentos em dissonância com sua aparência, é muito maior do que o constrangimento eventualmente sofrido por alguém que, por ter sido casado com pessoa transgênera, tenha que apresentar cópia de certidão de casamento onde se infere algo semelhante a uma união homoafetiva.

Sendo assim, entendo que uma boa saída é fornecer ao ex-cônjuge, quando solicitado expressamente, certidões onde esteja anotada a averbação de novo prenome e sexo da pessoa transgênera. Por outro lado, quando se trata da requisição de terceiros ou da própria pessoa transgênera, a certidão deve ser entregue com todas as alterações pertinentes, sem qualquer anotação sobre estas alterações – de forma análoga às certidões de nascimento. O fato é que o sexo e o gênero pregressos nunca serão completamente “apagados”: o mandado de averbação para alteração de prenome e sexo fica guardado no ofício de registro, e nada impede que terceiros interessados, mediante autorização dos registrados ou do juiz competente, após pedido fundamentado, tenham acesso ao seu teor. Além disso, o próprio processo que decide pela alteração de prenome e sexo deve permanecer guardado, sendo levantado o segredo de justiça apenas em situações excepcionais. Não há, portanto, nenhuma intenção de se excluir qualquer prova ou circunstância da vida pretérita da pessoa transgênera – apenas limitar seu acesso para o público em geral. Nunca é demais notar que, via de regra, o círculo social mais próximo da pessoa transgênera tem conhecimento de sua condição, e a motivação maior para

se buscar a alteração de prenome e sexo/gênero documentais é evitar possíveis discriminações e agressões da parte de terceiros. Na maior parte das circunstâncias, saber se a pessoa é ou não transgênera será irrelevante, pois existem inúmeros outros elementos de identificação como RG e CPF.

Questão semelhante à da certidão de casamento diz respeito ao assento de nascimento de eventuais filhos de pessoas transgêneras. Afinal, a mudança de prenome e sexo/gênero deverá figurar nos registros e certidões de nascimento dos filhos de transgêneros?

Muitos afirmam que não. Camila de Jesus Mello Gonçalves sustenta que este seria um caso típico de “conflito” entre a dignidade da pessoa transgênera e a dignidade de seus filhos, que deve ser resolvido através de ponderação – pois o indivíduo pode se sentir “constrangido” ao passar a ter duas mães ou dois pais (GONÇALVES, 2014, p. 271). A ideia de ponderação também é defendida por Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, muito embora a utilize para justificar o inverso: para ele, os documentos do filho devem ser alterados como forma de se garantir provas da ancestralidade biológica (VECCHIATTI, 2011, p. 459)

Particularmente, entendo que Paulo Iotti está correto em sua conclusão, muito embora não compartilhe da ideia de que haja alguma espécie de “conflito” dependente de algum raciocínio de “ponderação”. Se, como afirmei, em casos complexos como estes devemos assumir uma atitude interpretativa, então somos capazes de encontrar a resposta mais adequada a partir da interpretação mais ajustada e coerente dos valores e propósitos envolvidos em nossas práticas sociais compartilhadas. Disso se segue que não há apenas “concepções diferentes” que possam ser “ponderadas”, ou que estamos diante de valores “independentes” (a dignidade de um contra a dignidade de outro), o que sugeriria uma espécie de discricionariedade por parte do julgador. A melhor interpretação é aquela que consegue conciliar as melhores concepções sobre os valores envolvidos, compreendidos de forma integrada e coerente, tese esta atribuída a Ronald Dworkin e que defendi no capítulo anterior.

Sendo assim, o que justifica a retificação dos registros dos filhos é o fato de que a transgeneralidade em nada altera o vínculo entre pais e filhos. Eventual “constrangimento” que alguém possa sofrer por ter um pai ou mãe transgêneros não é o bastante para impedir a alteração de seu próprio assento de nascimento, dificultando a identificação de laços familiares e suas respectivas obrigações e direitos legais. A situação é a mesma pela qual passa o indivíduo cujo ex-cônjuge se tornou um criminoso famoso. Alguns podem se sentir constrangidos ao descobrirem que seus pais se transformaram em criminosos reconhecidos, mas isso em nada prejudica o vínculo de filiação. É claro que, a depender das circunstâncias, a prática de crimes (ainda mais se forem contra filho menor) pode implicar na suspensão ou

perda do poder familiar, mas isso não se confunde com o vínculo de filiação, que prossegue sendo informado nos registros do indivíduo. A filiação só se extingue em razão da adoção, o que envolve o cancelamento do assento de nascimento anterior.

Logo, parece-me equivocado entender que deva ser mantida a “exata correspondência” entre o registro e a realidade no momento do nascimento da criança, como sustenta Camila Gonçalves, em atenção à veracidade e segurança dos registros (GONÇALVES, 2014, p. 272)²⁵³. Isso porque, como argumentei ao longo deste capítulo, a veracidade e segurança dos registros estão muito mais ligadas a como as coisas *são*, na atualidade, e não como elas “eram”, no passado. Isso importa em privilegiar a expressão e reconhecimento social do gênero *atual* do pai ou mãe da criança, sob pena de se prejudicar a adequada identificação dos vínculos parentais. Ademais, se os princípios da veracidade e segurança registrares simbolizassem apenas o momento em que os registros foram feitos, então sequer a mudança de prenome e sexo/gênero de pessoas transgêneras estaria justificada. Disso se segue, portanto, que os assentos de nascimento dos filhos de pessoa transgênera também deverão ser alterados para que sejam assegurados os direitos e deveres decorrentes dos vínculos familiares.

O “constrangimento”, creio eu, decorre muito mais da forma como as demais pessoas lidam com o fato de alguém ter dois pais ou duas mães do que com aquilo que o indivíduo, de fato, sente por ter um pai ou uma mãe transgênera. A quebra de algumas expectativas e normas de gênero não é fator que impossibilite ao indivíduo transgênero o exercício de suas obrigações especiais como pai ou mãe²⁵⁴. Sendo assim, a situação não é muito diferente daqueles casos de adoção por casais homoafetivos, onde se sabe de antemão que a criança

²⁵³ “Considerando a já defendida irretroatividade da averbação para a mudança do nome e do sexo, a solução do conflito parece estar na proteção da pessoa do filho, mantendo intacto seu assento de nascimento, lavrado com base na identidade civil ostentada à época pelo pai ou pela mãe. Dessa forma, mantém-se a exata correspondência entre o registro e a realidade do momento do nascimento, atendendo aos princípios da veracidade e segurança dos registros” (GONÇALVES, 2014, p. 272).

²⁵⁴ É curioso notar que, para autores como Camila Gonçalves, há uma contradição entre buscar o reconhecimento de certa identidade de gênero e, ao mesmo tempo, desejar gerar um filho. Sendo assim, Gonçalves sustenta que deve ser evitada a procriação por parte de pessoas transgêneras, algo que inclusive “*evita a exposição da pessoa transexual como uma aberração*” (GONÇALVES, 2014, p. 268). Parece-me que esta é uma preocupação excessivamente paternalista com aquilo que pessoas transgêneras fazem ou deixam de fazer com seu potencial reprodutivo. Não há razão para se imaginar que um homem transexual seja “menos homem” porque sempre desejou ter um filho, ainda que para isso ele exerça seu papel reprodutivo enquanto fêmea. A “contradição” só faz sentido se entendemos que os papéis de gênero são dependentes do exercício de nossas funções biológicas – o que não me parece uma forma adequada de compreender a distinção entre sexo e gênero, como a abordei ao longo desta tese. Sendo assim, não há problema algum em imaginarmos um “homem grávido”. Embora isso seja pouco usual (i.e., uma “aberração”), não há motivos para se pensar que transgêneros ajam de forma “incoerente” quando desejam procriar.

ou adolescente poderão sofrer algum bullying na escola – o que não justifica o indeferimento da adoção, mas sim medidas protetivas ao menor que tenha dois pais ou duas mães.

Na prática, se o processo de “mudança de sexo” do pai ou mãe for de algum modo angustiante ou traumático para a criança, nada impede que esta fique sob a guarda do outro genitor até que tenha maturidade o bastante para entender a situação, estabelecendo-se, eventualmente, algum regime de visitas. Mas note que isso tem por fundamento o melhor interesse da criança, em situações muito específicas, e não envolve qualquer consideração sobre o fato de transgêneros serem ou não bons pais²⁵⁵. Se não bastasse, a guarda não se confunde com o vínculo de filiação, razão pela qual não prejudica a alteração do assento de nascimento de filho de pessoa transgênera.

Todas estas observações demonstram que a mudança de prenome e sexo documental de transgêneros não ofende ao interesse público e nem direitos de terceiros. Antes o contrário: como ressaltai ao longo do capítulo, há boas razões para se deferir os pedidos de retificação, tanto de transgêneros binários como de pessoas não-binárias, na medida em que melhor atende ao interesse coletivo na identificação do indivíduo, não envolve gastos sociais expressivos, e acaba com situações vexatórias nas quais transgêneros (principalmente binários) deveriam apresentar documentos cujos dados não correspondem à forma como expressam seu gênero.

²⁵⁵ Neste sentido, Paulo Iotti sustenta que *“não podemos criar uma situação que gere traumas psicológicos a crianças e adolescentes, donde a ponderação entre os princípios constitucionais em conflito deve permitir a realização da cirurgia de transgenitalização do pai ou da mãe transexual, com a retificação dos documentos deste(a) no que tange a prenome e sexo jurídico, mas ensejar a transferência da guarda ao outro ascendente ou familiar legitimado se ficar cabalmente comprovado, por laudo psicológico de perito forense, que a criança e/ou o adolescente ficará traumatizado (a) se tiver que conviver com o pai ou a mãe transexual após a cirurgia. É a solução que vislumbramos para compatibilizar os princípios constitucionais colidentes”* (VECCHIATTI, 2011, p. 459). Nunca é demais ressaltar que não vejo esta como uma situação de “conflito entre princípios constitucionais”, pois se trata de uma questão de interpretação coerente e adequada de valores que só são devidamente compreendidos de forma integrada, e não independente. Sendo assim, a solução mais adequada seria afastar provisoriamente a criança de seu genitor transgênero, por mais triste que isso possa parecer, justamente porque não existe qualquer “direito” de se manter perto de si algum filho esteja passando por alguma experiência traumática. Pode-se dizer, eventualmente, que existe um “conflito de interesses”, mas considero inadequado imaginar a existência de um “conflito de princípios”.

CAPÍTULO 5 – RESPONDENDO AOS OUTROS PLEITOS DE PESSOAS TRANSGÊNERAS

Embora a principal demanda de indivíduos transgêneros analisada neste trabalho corresponda à alteração do prenome e sexo/gênero documentais, é possível pensar em várias outras hipóteses e circunstâncias nas quais a transgeneralidade é fonte de dúvidas. As questões são inúmeras, variando desde o regime adequado de aposentadoria até a prática de esportes. Alguém como Laerte Coutinho teria direito, por exemplo, a se aposentar sob o regime previdenciário feminino? Se fosse uma exímia jogadora de tênis, poderia representar o Brasil nas Olimpíadas, competindo na divisão feminina?

Estas perguntas envolvem situações complexas, e novos questionamentos poderão ser levantados a cada instante. A seguir, analiso uma série de questões cuja solução está longe de ser óbvia. Cada uma pode ser objeto de estudos próprios, mas ainda assim entendo que a melhor resposta para todas parte do mesmo denominador: elas envolvem, em maior ou menor grau, diferentes interpretações sobre a independência ética de pessoas transgêneras e o dever do Estado de tratar a todos com igual respeito e consideração, ou ainda considerações sobre o conceito jurídico de gênero, tal qual defendido no primeiro capítulo.

1. CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA: CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

Assim como qualquer outro indivíduo, pessoas transgêneras se relacionam afetivamente e constituem famílias. Entretanto, seus enlaces familiares devem ser juridicamente reconhecidos?

No caso de transgêneros binários que já tiveram seu sexo documental alterado, não há maiores problemas: uma mulher transgênera que case com um homem cisgênero está celebrando uma união heterossexual. Curiosamente, o mesmo se passa quando o casamento ou união estável ocorre entre uma mulher cisgênera e um homem transgênero, ou entre um homem e uma mulher transgêneros. Do ponto de vista da “diversidade de sexos”, todas estas uniões podem ser consideradas heterossexuais.

Podemos pensar ainda em pessoas transgêneras binárias que sejam homossexuais (e.g., mulher transgênera que se relaciona com mulheres, ou homem transgênero que se relacione com outros homens). Nestes casos, teríamos uma união entre pessoas do mesmo sexo. Como analisei em minha dissertação de mestrado (LAGO, 2016), há fundamentos morais, políticos e jurídicos que autorizam o reconhecimento de casamentos entre indivíduos homossexuais. Do ponto de vista especificamente jurídico, a questão restou superada no Brasil a partir do julgamento das ADI nº. 4277 e ADPF nº. 132 pelo Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011, que reconheceu as chamadas *uniões homoafetivas*, aplicando-se por analogia todos os dispositivos concernentes à união estável heterossexual. Quanto ao casamento, a Resolução nº. 175 do Conselho Nacional de Justiça, de maio de 2013, obriga os Cartórios de Registro Civil em todo o território nacional a celebrarem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, bem como a converterem união homoafetiva em casamento quando as partes assim o quiserem.

Questões podem ser levantadas quanto aos indivíduos não-binários, que eventualmente tenham alterado seu sexo/gênero documental. Nestes casos, é difícil até mesmo afirmar que alguém possa ser lésbica, gay ou bissexual (pois a definição de diferentes orientações sexuais depende do gênero do indivíduo – e.g., serei gay na medida em que sou um homem que se atrai por outros homens). Ainda assim, entendo que o raciocínio a ser aplicado seja análogo ao das uniões entre pessoas do mesmo sexo. O reconhecimento jurídico de entidades familiares não deve estar relacionado ao sexo ou gênero dos indivíduos, mas sim ao exercício da autonomia individual e independência ética. Este reconhecimento decorre, ainda, do dever do Estado em tratar a todos os indivíduos com igual respeito e consideração. E, como visto no segundo capítulo desta tese, o argumento em favor da chamada “união biológica” não merece prosperar porque implica em ver as uniões familiares do ponto de vista estritamente biológico, essencialista – atribuindo valor intrínseco a um fato natural de modo arbitrário e a partir de uma análise implausível da sexualidade humana.

Seja como for, se estamos dispostos a aceitar o “reconhecimento” jurídico de identidades não-binárias, com maior razão devemos reconhecer a tais indivíduos direitos referentes à constituição de família – seja através do casamento, seja com relação à união estável. O não-reconhecimento jurídico destas uniões gera os mesmos problemas que se observava quando era denegado às lésbicas e gays o direito ao casamento: tanto do ponto de vista material quanto moral, a ausência de reconhecimento implicava em tratamento desigual e desrespeitoso. Do ponto de vista material, negava-se à população LGBTI direitos sucessórios, de inclusão de dependentes na Previdência, em planos de saúde, seguros etc. Do ponto de

vista moral, negava-se às uniões entre pessoas do mesmo sexo o mesmo valor que era atribuído às uniões heterossexuais, sem motivos que justificassem adequadamente o tratamento distinto: o acesso ao “valor” do casamento era denegado com base na orientação sexual dos indivíduos LGBTI e em falsas considerações factuais, o que gerava desigualdades.

Em síntese, seria necessário apresentar argumentos contrários ao casamento ou união estável de pessoas não-binárias. Desconheço qualquer pessoa que tenha formulado argumentos específicos sobre este ponto, e não consigo imaginar de que modo tais uniões possam ser danosas ao interesse público ou de terceiros. Em um contexto onde os enlaces familiares são constituídos mais por questões de socioafetividade do que por critérios biológicos, as uniões nas quais um ou ambos os indivíduos expressam o gênero de forma não-binária devem ser juridicamente reconhecidas e protegidas, tais quais as uniões heterossexuais e homossexuais²⁵⁶.

2. ACESSO À SAÚDE

Em alguns casos, transgêneros podem pleitear a realização de cirurgias, tratamentos hormonais e acompanhamentos psicológicos/psiquiátricos ao Estado, notadamente através do Serviço Único de Saúde (SUS), ou mesmo através de planos privados que eventualmente tenham contratado. Isso fica evidente no caso de pessoas transexuais que não se identificam com seu próprio sexo, demandando mudanças físicas através das cirurgias de transgenitalização e uso de hormônios. Sendo assim, embora para alguns transgêneros as alterações físicas não sejam necessárias, para outros elas são garantia de bem-estar e fundamentais para que o indivíduo venha a aceitar seu corpo e imagem.

Como mencionei, para fins de mudança de prenome e sexo as cirurgias e tratamentos não são essenciais, da mesma forma com que não devem ser exigidos pareceres ou laudos

²⁵⁶ Na medida em que Finnis trabalha com a ideia de união biológica, isso significa que apenas machos e fêmeas podem se casar. Na maioria das circunstâncias, pessoas intersexuais não podem se unir biologicamente e, conseqüentemente, Finnis dirá que não poderão se casar. Entretanto, pessoas de gênero não-binário não necessariamente se relacionariam com pessoas de sexo idêntico ao seu, o que sugere a possibilidade da união biológica – e, neste sentido, pode-se dizer que Finnis não tem argumentos lógicos contra o casamento entre pessoas de gênero não-binário, quando a distinção de sexos se mantém. Eventuais críticas versariam sobre o impacto que o reconhecimento destas uniões teria no ambiente moral adequado a ser preservado pelo Estado. Entretanto, não há razões plausíveis para se imaginar que o casamento entre pessoas de gênero não-binário impacte negativamente neste ambiente moral, muito menos nas uniões já existentes entre homens e mulheres cisgêneros.

médicos que atestem a condição de transgeneralidade. Entretanto, quando o que está em tela é a própria cirurgia ou tratamento hormonal, o acompanhamento médico adequado é fundamental para se garantir a segurança dos procedimentos, bem como para cientificar o indivíduo sobre os riscos e consequências envolvidas.

Embora as chances de arrependimento sejam muito pequenas²⁵⁷, o fato é que boa parte das alterações visando a mudança de sexo são irreversíveis. Neste sentido, entendo que o acompanhamento psicológico é fundamental para se garantir a convicção informada do indivíduo – não no sentido de se “diagnosticar” o transtorno de identidade de gênero (como se fosse um pré-requisito para a alteração corporal), mas sim para se ter certeza de que a pessoa entende plenamente as incertezas e riscos da operação, bem como a ausência de garantias de que ela implicará em maior aceitação social. Entendo que isso é importante porque, como ressalta Berenice Bento (2006, pp. 24-25), boa parte das pessoas transgêneras se submetem às cirurgias de transgenitalização apenas para alcançar certa “inteligibilidade social” – pois nossa sociedade não aceitaria mulheres com pênis ou homens com vaginas²⁵⁸. Talvez, inclusive, esta inteligibilidade seja melhor alcançada através da mudança documental de prenome e sexo/gênero, ao invés da alteração cirúrgica de partes corporais que o indivíduo não revela em seu cotidiano.

Sobre esta questão em específico, para além do debate sobre patologização da condição transgênera mencionada em momentos anteriores deste trabalho, merece destaque a análise de Anderson Schreiber (2006). Para Schreiber, a exigência de um diagnóstico de “transexualismo” para realização das cirurgias representa a supervalorização de uma “verdade médica” que ignora uma questão ética e jurídica particularmente relevante: os limites da disposição do próprio corpo (SCHREIBER, 2006, pp. 43-44)²⁵⁹.

²⁵⁷ Estudo sueco, envolvendo 767 pessoas que passaram pela cirurgia de transgenitalização entre os anos de 1960 e 2010, estima que o índice de arrependimento é de cerca de 2,2% (DHEJNE et al, 2014). Não encontrei estudos semelhantes feitos no Brasil.

²⁵⁸ “*A relação que esses sujeitos passam a estabelecer com as genitálias pode variar da abjeção até o reconhecimento de que fazem parte do seu corpo, não se constituindo em um problema. O/a ‘transexual oficial’, por sua vez: a) odeia seu corpo, b) é assexuado/a e c) deseja realizar cirurgias para que possa exercer a sexualidade normal, a heterossexualidade, com o órgão apropriado. Sugiro, ao contrário, que eles/as não solicitem as cirurgias motivados/as pela sexualidade, tampouco são assexuados/as: querem mudanças em seus corpos para ter inteligibilidade social. Se a sociedade divide-se em corpos-homens e corpos-mulheres, aqueles que não apresentam essa correspondência fundante tendem a estar fora da categoria do humano*” (BENTO, 2006, pp. 24-25).

²⁵⁹ Nas palavras de Schreiber, abordando ainda as diferentes Resoluções do Conselho Federal de Medicina: “*Para além de não trazer qualquer vantagem em termos de segurança, a supervalorização da ‘verdade’ médica acaba por estimular uma abordagem patológica de certas questões culturais, como se vê, de forma emblemática, no tratamento dispensado no Brasil às cirurgias de transgenitalização, também conhecidas como cirurgias de mudança ou de readaptação de sexo. Ainda hoje vistas com desconfiança por parte dos tribunais, tais cirurgias passaram a contar com maior aceitação a partir da Resolução 1.652/2002 do Conselho Federal*

Considerando a questão sob a ótica da autonomia e independência ética, pode-se questionar a “racionalidade” de pessoas transgêneras que, deliberadamente, decidem passar por mudanças corporais que implicam na extirpação de órgãos funcionais. Estas pessoas estariam, de fato, na posse de plena capacidade que lhes permita fazer tal escolha?

Sobre este ponto, que é sem dúvida filosoficamente desafiador, podemos refletir sobre o caso daqueles indivíduos que manifestam intenso desejo pela amputação de diferentes membros do corpo – os chamados *amputees by choice* ou *wannabes* (BAYNE; LEVY, 2005)²⁶⁰. Analisando o tema, Tim Bayne e Neil Levy sustentam que os wannabes podem desejar a amputação de membros saudáveis por três razões: a) quanto acreditam, incorretamente, que uma parte do seu corpo está doente ou é excessivamente feia (o que importa na desordem do corpo dismórfico – *body dysmorphic disorder*, BDD); b) quando são sexualmente atraídos por amputados, possuindo ainda forte desejo sexual de serem amputados (um tipo de parafilia sexual, a *apotemnofilia*); e c) quando o corpo do wannabe não se conforma com a experiência que o indivíduo tem de seu próprio corpo (i.e., quando existe um desencontro entre o corpo “real” e a forma com que ele é experienciado – o corpo subjetivo ou fenomênico) (BAYNE; LEVY, 2005, p. 2).

Para Bayne e Levy, o tipo mais comum de wannabes é o terceiro, que sofre da chamada *desordem ou transtorno da identidade de integridade corporal* (*body integrity identity disorder*). Nestes casos, por exemplo, o indivíduo reconhece que tem uma perna, que ela é sua e que é saudável, mas simplesmente acredita que ela não deveria estar lá. Em muitos casos, tais indivíduos podem passar a não utilizar a perna (valendo-se de muletas ou cadeiras

de Medicina. Segundo a aludida Resolução, as cirurgias de transgenitalização são autorizadas ‘como tratamento dos casos de transexualismo’, exigindo-se o ‘diagnóstico de disforia de gênero’, caracterizado pelo ‘desconforto com o sexo anatômico natural’ e pelo ‘desejo de mudar de sexo capaz de levar à automutilação ou autoextermínio’. A referida Resolução foi substituída pela Resolução nº 1.955/2010, que continua a considerar ‘o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio’. (...) O resultado pode parecer progressista, já que se permite, ao menos nessas circunstâncias, a realização da cirurgia. A abordagem, contudo, é a mais retrógrada possível. A opção sexual vem tratada como doença. E o promissor debate jurídico e ético em torno da autonomia corporal fica reduzido a uma discussão supostamente técnica, em que o elemento determinante passa a ser um atestado médico” (SCHREIBER, 2006, pp. 43-44).

²⁶⁰ Anderson Schreiber também analisa a questão dos *amputees by choice* e afirma que “o direito ao próprio corpo não deve ser protegido como uma exigência social de ordem e segurança, mas como um instrumento de realização da pessoa. Sua proteção não é superior à proteção de outras manifestações da personalidade, que põem justificar, no caso concreto, a diminuição permanente da integridade física, como a liberdade de crença, a liberdade de expressão ou a solidariedade social, a exemplo do que ocorre no campo do transplante de órgãos” (SCHREIBER, 2006, p. 46). Sendo assim, Schreiber sustenta que devemos ter uma interpretação moralmente mais abrangente do art. 13 do Código Civil, que proíbe a disposição ao próprio corpo quando importar em diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes, salvo por exigência médica.

de rodas) e, em casos mais extremos, diante da recusa médica em fazer a cirurgia, tentam amputar o próprio membro e colocam a vida em risco (BAYNE; LEVY, 2005, p. 6).

Para além do argumento que visa a minimização dos danos ao wannabe, o principal argumento levantado por Bayne e Levy diz respeito à *autonomia*. Quando o wannabe manifesta uma vontade duradoura e bem informada de fazer a cirurgia de amputação, então o cirurgião estaria autorizado a realizá-la (BAYNE; LEVY, 2005, p. 7). Neste caso, uma objeção seria a de que wannabes não são completamente racionais, e que consequentemente seus pedidos não são autônomos. O ponto, segundo Bayne e Levy, é que muito embora possamos considerar que as crenças do wannabe tenham sido construídas de forma irracional, sua deliberação com relação ao que fazer com tais crenças é racional. A analogia, aqui, é a mesma aplicada àqueles indivíduos que fazem inúmeras cirurgias estéticas (como mulheres que colocam próteses de silicone maiores que o considerado normal), ou aqueles que recusam tratamento médico em razão de crenças religiosas (e.g., testemunhas de jeová que recusam transfusões de sangue): o motivo pelo qual tais indivíduos buscam (ou rejeitam) intervenções médicas pode ser considerado irracional, mas o curso de ação a ser adotado, dadas as crenças, é racional (BAYNE; LEVY, 2005, p. 8).

De fato: não impedimos inúmeras pessoas de recorrerem às próteses de silicone ou cirurgias para aumentar o tamanho do pênis, levando em consideração padrões estéticos de feminilidade e masculinidade (entendidos enquanto expectativas de gênero, portanto). Mesmo quando consideramos tais alterações físicas irracionais ou exageradas, ainda assim entendemos que tais mudanças devem ser realizadas em atenção à autonomia individual e independência ética. Sendo assim, por que impediríamos wannabes a realizarem as amputações que tanto desejam (BAYNE; LEVY, 2005, p. 9)²⁶¹?

Entendo que o mesmo argumento se aplique aos indivíduos transgêneros que desejam alterar seu corpo, ainda que motivados apenas pelo desejo de maior reconhecimento social, ou reconhecimento pela parte de potenciais parceiros sexuais e afetivos. Do ponto de vista da disposição ao próprio corpo, entendida enquanto uma questão de independência ética, não vejo razões para impedir a realização de cirurgias ou tratamentos hormonais. Sendo assim, ainda que se considere que transgêneros padeçam de algum tipo de “irracionalidade”, não

²⁶¹ “A useful angle on the question of whether the requests of wannabes could be competent is provided by contrasting wannabes with people who desire cosmetic surgery (where the surgery is not for the treatment of disfigurement). (...) We allow individuals to mold their body to an idealized body type, even when we recognize that this body image has been formed under the pressure of non-rational considerations, such as advertising, gender-norms, and the like. If this holds for the individual seeking cosmetic surgery, what reason is there to resist a parallel line of argument for those seeking amputation?” (BAYNE; LEVY, 2005, p. 9).

há razão para se imaginar que são “globalmente irracionais”. Não há como comparar transgêneros com indivíduos esquizofrênicos – transgêneros conseguem viver plenamente em sociedade, assumindo diferentes deveres e obrigações.

Feitas estas considerações, a grande questão é saber como elas se relacionam com o custeio público (ou de operadoras de planos de saúde, conforme o caso) de tais cirurgias e tratamentos.

Muito embora a questão já esteja relativamente pacificada através de várias resoluções e portarias sobre o tema²⁶², entendo que o principal fundamento para a realização gratuita dos procedimentos referentes à mudança de sexo corresponde ao sofrimento passado pela pessoa transgênera, que sem a intervenção médica se torna incapaz de seguir sua vida e cumprir com suas obrigações. Se o sofrimento é de tal monta que o indivíduo passa a desenvolver sintomas típicos de depressão, prejudicando ou impossibilitando a vida diária e convívio com outros indivíduos, e sendo as cirurgias e tratamentos medidas fundamentais para a retomada da própria autoestima, então é fundamental que o Estado garanta a realização de tais procedimentos. Em outras palavras, trata-se de medida imprescindível para se garantir o tratamento igualitário e respeitoso a todos os indivíduos, indistintamente. Ademais, é possível sustentar a existência de claro interesse público em garantir que tais indivíduos voltem à vida produtiva e ao trabalho formal, reduzindo os custos sociais.

Isso significa que, quando tratamos da saúde publicamente custeada, bem como de planos de saúde eventualmente contratados pela pessoa transgênera, é necessário ressaltar que o sofrimento passado é de tal monta que torna o indivíduo disfuncional em vários aspectos de sua vida. Em boa parte dos casos, notadamente na transexualidade clinicamente diagnosticada, o prejuízo causado ao indivíduo e as pessoas com quem convive são claros e permanecem enquanto a mudança de sexo não ocorrer, e podem incluir mesmo automutilações e tentativas de suicídio.

Neste ponto, o argumento é muito semelhante à mamoplastia realizada em homens com ginecomastia (desenvolvimento das glândulas mamárias acima do considerado “normal”), ou à otoplastia em pessoas com as chamadas “orelhas de abano”. Em ambos os casos, o SUS autoriza a realização das cirurgias em razão dos problemas de ordem psicológica que

²⁶² Merecem destaque as Portarias nº. 1.707 e 457 de agosto de 2008, que instituíram o processo transexualizador pelo SUS, e atualmente a Portaria nº. 2.803 de novembro de 2013, que ampliou o acesso. Hoje, cinco hospitais estão habilitados pelo Ministério da Saúde para realizar cirurgias de transgenitalização: Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Goiás, Hospital Universitário da UERJ, Hospital das Clínicas da UFRGS, Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP e Hospital das Clínicas da UFPE.

lhes são associados, como dificuldade de manter relações sociais, alguns sinais depressivos, o fato da condição física ser alvo de bullying, dentre outros.

O mesmo raciocínio se aplica às operadoras de planos de saúde. Em caso emblemático, o Ministério Público de Pernambuco ingressou com ação civil pública visando a cobertura por plano de saúde aos procedimentos cirúrgicos autorizados pelo Conselho Federal de Medicina para o tratamento do “transexualismo”, dentre os quais se encontra a cirurgia de mastectomia bilateral para homens transexuais. O caso foi julgado procedente e levou em consideração, além dos riscos de automutilação e comportamentos suicidas, a interpretação mais favorável ao consumidor das cláusulas contratuais do plano de saúde – que poderia limitar, a princípio, as doenças a serem cobertas, mas não o tipo de tratamento necessário para a cura:

Ação civil pública. Necessidade de cobertura pelo plano de saúde demandando de procedimentos cirúrgicos autorizados pelo Conselho Federal de Medicina para tratamento do transexualismo. Direito individual indisponível. Legitimidade ativa do Ministério Público na defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos. Cobertura de cirurgia de mastectomia bilateral. Precedente do STJ. Presença dos requisitos do art. 273 do CPC. Recurso provido por unanimidade. Agravo Regimental prejudicado. (...) IV – No caso, foi demonstrada a condição de segurado do paciente frente à seguradora desde 1990 e foram ainda juntados relatórios médicos diagnosticando-o como portador de transexualismo CID 10 F 64.0 e recomendando, para seu tratamento, a realização da cirurgia de mastectomia bilateral. (...) VI – o artigo 47 do CDC prevê a necessidade de interpretação das cláusulas contratuais da maneira mais favorável ao consumidor. VII – o contrato de seguro saúde pode limitar as doenças a serem cobertas, mas não o tipo de tratamento necessário para a cura de cada uma delas. Precedentes do STJ. VIII – Constatada a presença do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, dado o histórico de prática de automutilação e de ideais suicidas já sofridos pelo segurado. IX – Agravo de instrumento provido por unanimidade (Agravo de Instrumento nº. 341.307-6, Tribunal de Justiça de Pernambuco, Terceira Câmara Cível, Relator: Eduardo Sertório Canto, julg. em 26 mar. 2015).

Sendo assim, transgêneros (notadamente transexuais) têm direito à realização de cirurgias e tratamentos de cincho hormonal com o fim de readequar seu sexo biológico ao gênero que expressam, como forma de garantir uma vida plena e funcional, e evitando que o indivíduo coloque em risco sua integridade física diante de eventual recusa ao tratamento. Na medida em que nosso sistema de saúde garante a gratuidade em situações análogas, o mesmo direito deve acobertar pessoas transgêneras que comprovem a necessidade de cirurgia e/ou tratamento hormonal e psicológico.

Isso significa que o tratamento custeado publicamente ou por terceiros (i.e., seguradoras de saúde) não pode estar limitado apenas à independência ética e tomada de decisão informada. Nestes casos, o diagnóstico de transexualidade ou de algum transtorno mental

associado (como na hipótese dos wannabes) ainda é a garantia mínima de objetividade que justificaria o gasto público. O que se pode argumentar é com relação ao modo como este diagnóstico é elaborado, algo que escapa dos limites do presente trabalho²⁶³.

Ainda assim, pode-se argumentar que o número de indivíduos transgêneros que demandam a cirurgia de transgenitalização e/ou tratamento hormonal é tão pequeno que, considerando os custos proporcionalmente baixos, bastaria a vontade individual em realizar tais procedimentos. Em termos globais, os custos para a saúde pública não seriam significativos. O problema deste argumento, de cunho claramente utilitarista, é que ele abre margem para perigosos precedentes e cria situações de desigualdade: se entendermos que o que importa nestes casos é apenas a autonomia individual, por que não garantimos o custeio de todos os outros procedimentos de cunho estético? Se bastasse a vontade informada para pessoas transgêneras, e isso valesse para vários outros tratamentos clínicos (e.g., o botox em mulheres que desejam “rejuvenescer”), o que fundamentaria a gratuidade em um caso e não em outro?

Sendo assim, se nos casos assegurados pelo SUS ou planos de saúde se exige o diagnóstico do “transexualismo”, o mesmo não se passa nos casos em que o próprio transgênero pague os procedimentos médicos. Em tais casos, entendo que a independência ética deva prevalecer, bastando o acompanhamento médico especializado para garantir a vontade informada e a segurança dos procedimentos. Nos casos do SUS ou de planos de saúde, o diagnóstico é a ferramenta objetiva que justifica o custeio das intervenções clínicas – o que não significa dizer que o diagnóstico deverá, necessariamente, envolver um tratamento “patologizante” da transexualidade, ponto este que extrapola os limites do presente trabalho.

Por fim, tem-se a situação de crianças e adolescentes que eventualmente manifestem interesse na realização de procedimentos clínicos para mudança de sexo. Nestes casos, é certo que não basta a vontade individual, justamente porque crianças e adolescentes são, para

²⁶³ Um dos pontos mais criticados diz respeito à observação psicanalítica do indivíduo transgênero pelo prazo de dois anos, para somente então se proceder à cirurgia de transgenitalização. Neste sentido, Berenice Bento sustenta que o diagnóstico só serve para confirmar aquilo que os indivíduos já sabem: que não estão de acordo com o sexo e gênero que lhes são atribuídos social e juridicamente (BENTO, 2006). A maioria dos indivíduos que se submetem ao acompanhamento psicológico para determinar o “transtorno de identidade de gênero”, inclusive, já apresenta claro comportamento associado ao gênero oposto. Não são poucos os casos onde os indivíduos, por conta própria, fazem uso de hormônios ou aplicam silicone industrial em seus corpos. Goulart de Andrade e Andrea de Maio retratam as chamadas “bombadeiras”, como são conhecidas as travestis que aplicam silicone industrial em suas amigas, no documentário *Casa da Bartô*, de 1987. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=YQjPfouRaAk>>. Acesso em: 31 out. 2016. Particularmente, entendo que nos casos onde o indivíduo já manifesta claramente o gênero oposto deve-se simplificar o diagnóstico – talvez dois ou três meses de anamnese e de acompanhamento psicológico contínuo sejam o bastante para se verificar a vontade inequívoca de realizar os procedimentos médicos, bem como para avaliar o sofrimento do indivíduo com relação ao seu corpo.

fins jurídicos, incapazes (ainda que se possa considerar a autonomia progressiva do menor como elemento da tomada de decisão). Logo, como visto no capítulo anterior, o que deve ser levado em consideração é o melhor interesse da criança ou adolescente – o que não depende do consentimento puro e simples dos pais ou representante legal, mas sim de parecer técnico elaborado por psicólogos e assistentes sociais²⁶⁴. Sendo assim, é somente em atenção às particularidades do caso concreto que se pode decidir pela realização ou não de cirurgias e tratamentos hormonais em menores.

3. USO DE BANHEIROS

Outra questão polêmica envolvendo pessoas transgêneras diz respeito ao uso de banheiros divididos por sexo/gênero. Inclusive, o tema é objeto do Recurso Extraordinário nº. 845.779, em trâmite no Supremo Tribunal Federal sob a relatoria do Min. Roberto Barroso²⁶⁵. No caso em questão, Ama Fialho, mulher transexual catarinense, foi impedida de utilizar o banheiro feminino de um shopping pois os seguranças entenderam que ela não era uma “mulher de verdade”. Em razão da negativa, Ama não conseguiu evitar e defecou em suas próprias vestes, tendo que retornar para sua casa utilizando o transporte público – em situação claramente humilhante e vexatória²⁶⁶.

Para Terry Kogan (2009), a justificativa original para se separar banheiros públicos de acordo com uma concepção binária do sexo/gênero se esqueceu ao longo do tempo, mas

²⁶⁴ O projeto de lei sobre identidade de gênero dos deputados federais Jean Wyllys e Érika Kokay (PL nº. 5002/2013) estabelece que os procedimentos clínicos (bem como de mudança documental de prenome e sexo) dependerão de vontade expressa da criança ou adolescente, sendo requerida pelos seus pais ou representante legal. Quando os pais ou representante não estiverem de acordo ou for impossível obter seu consentimento, a criança ou adolescente poderá recorrer à Defensoria Pública para obter a autorização judicial. Entendo que, ainda que se leve em consideração a vontade do menor, o acompanhamento por equipe de psicólogos e assistentes sociais é fundamental, e somente a partir dela é que se poderá decidir sobre a realização ou não de cirurgias e tratamentos hormonais. Referido projeto não estabelece qualquer exigência neste sentido.

²⁶⁵ O recurso tem repercussão geral, com o tema nº. 778: “*Possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso da qual se identifica e se apresenta publicamente*”. O julgamento teve início em novembro de 2015 e se encontra suspenso em razão de pedido de vista pelo Min. Luiz Fux. Informações disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4657292&numeroProcesso=845779&classeProcesso=RE&numeroTema=778#>>. Acesso em: 31 out. 2016.

²⁶⁶ Como foi noticiado em matéria no site do G1, da Globo, no dia 19 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/11/relator-no-stf-vota-favor-do-uso-de-banheiro-feminino-para-transsexual.html>>. Acesso em: 31 out. 2016.

ainda assim ganhou ares de “naturalidade”. Não é sem razão que, desde o começo do século XX, a prática de se separar os banheiros foi apropriada por arquitetos e engenheiros em suas obras. Normas sociais, jurídicas e de arquitetura se combinam para transformar banheiros em espaços que reforçam a binariedade de gêneros (KOGAN, 2009, pp. 685-686)²⁶⁷.

Esta prática passou a ser desafiada no momento em que pessoas com identidades sexuais e de gênero consideradas “anormais” passaram a ocupar espaços públicos (KOGAN, 2009, p. 686). É a partir daí que situações como as de Ama Fialho passaram a ser frequentes, notadamente para aquelas pessoas que não “aparentam” completamente o gênero que expressam (como no caso de pessoas que se encontram em fase de transição e apresentam traços ambíguos). Para aquelas pessoas que aparentam não apenas serem homens ou mulheres, mas efetivos “machos” ou “fêmeas”, ir ao banheiro será uma atividade que não causará maiores constrangimentos. Tais pessoas, como diriam Candace West e Don Zimmerman, se enquadram perfeitamente na ideia de “categoria de sexo” – é o caso de indivíduo cuja transgeneralidade não é notada, na medida em que as pessoas presumem a correspondência entre o gênero expressado e o sexo biológico do indivíduo.

De qualquer modo, o conflito de interesses com relação ao uso de banheiros fica claro: de um lado há indivíduos que ficam claramente constrangidos com a presença de uma pessoa “ambígua” no banheiro (notadamente mulheres), e que afirmam que o reconhecimento de um direito aos transgêneros de utilizarem o banheiro do gênero que expressam e com o qual melhor se identificam abriria as portas para “molestadores” e “estupradores” em geral. Por outro lado, transgêneros se sentem constrangidos e menos respeitados, e podem ser alvo de agressões verbais ou físicas ao utilizarem o banheiro socialmente tido como correto. Para muitos, inclusive, a proibição de utilizar o banheiro que consideram adequado e a oferta de um “terceiro banheiro” é considerada ofensiva, porque muitos transgêneros se enquadram no espectro binário de gênero – se consideram homens ou mulheres, e não um “terceiro gênero”. No caso de transgêneros não-binários, a utilização de um banheiro sem especificação de gênero não deve acarretar maiores problemas.

²⁶⁷ “The original justifications for separating public restrooms in strict accord with a sex/gender binary have been long forgotten, and the practice has taken on an air of naturalness, of being the appropriate way to organize that space. Since the early twentieth century, this social (and in some instances legally required) practice has been embraced by the architectural profession. (...) Social, architectural, and legal norms combine to provide the structural and spatial framework through which society is able to enforce its cultural commitment to the binary vision of sex/gender, engendering a system that has little flexibility to encompass people who fail to fit neatly in one of the two categories” (KOGAN, 2009, pp. 685-686).

É interessante analisar estes argumentos, considerando em primeiro lugar os que são contrários ao pleito de transgêneros. Desde já, deve-se desconsiderar o argumento de que o uso de determinados banheiros por transgêneros facilitaria a ocorrência de estupros. Não há como presumir que, pelo simples fato de homens e mulheres transgêneras utilizarem o banheiro masculino ou feminino, respectivamente, teríamos o aumento no número de assédios e estupros. Trata-se de pressuposto factual completamente implausível. O mesmo se passa com o argumento de que a presença de transgêneros causará “dúvidas existenciais” em eventuais crianças que se encontrarem no recinto.

Quanto ao “constrangimento” dos indivíduos que lá se encontram, tal constrangimento não é muito diferente daqueles que não gostam de ver casais de lésbicas ou gays trocando afeto nas ruas, e isso não é o bastante para cercear liberdades individuais. O que deve prevalecer em situações assim é o bom senso: não é difícil imaginar o medo pelo qual passam pessoas transgêneras ao terem que utilizar banheiros em espaços públicos. O que desejam é, simplesmente, fazer suas necessidades fisiológicas, lavar as mãos e seguir a vida adiante, como qualquer pessoa considerada “normal”.

A razão de todo este impasse, segundo Richard Juang, passa pela incompreensão do que vem a ser o banheiro enquanto uma questão de *conveniência pública* (JUANG, 2006, p. 710). O ponto de partida da análise de Juang é o caso da estudante transexual S, mencionada por Patricia Williams no livro *The Alchemy of Race and Rights* (WILLIAMS, 1991). Em síntese, S foi impedida de utilizar os banheiros de sua faculdade após a cirurgia de transgenitalização, tanto pelas mulheres que se “sentiam estupradas” com sua presença no banheiro feminino, quanto pelos homens que também se “sentiam estuprados” e passaram a impedir seu acesso em qualquer banheiro masculino. No caso, S teve que utilizar o banheiro reservado à diretoria – sendo que o diretor, posteriormente, passou a expressar suas angústias com relação à impropriedade de alunos utilizarem seu banheiro (WILLIAMS, 1991, pp. 123-124)²⁶⁸.

²⁶⁸ “After the sex-change operation, S. began to use the ladies’ room. There was an enormous outcry from women students of all political persuasions, who ‘felt raped,’ in addition to the more academic assertions of some who ‘feared rape.’ In a complicated storm of homophobia, the men of the student body let it be known that they too ‘feared rape’ and vowed to chase her out of any and all men’s rooms. The oppositional forces of men and women reached a compromise: S. should use the dean’s bathroom. Alas, in the dean’s bathroom no resolution was to be found, for the suggestion had not been an honest one but merely an integration of the fears of each side. Then, in his turn the dean, circumspection having gotten him this far in life, expressed polite, well-modulated fears about the appearance of impropriety in having students visit his inner sanctum, and many other things most likely related to his fear of real compromise of hierarchy” (WILLIAMS, 1991, pp. 123-124).

O que o caso de S revela, na visão de Juang, é o modo como os demais estudantes e o diretor transformaram os banheiros em extensões de seus próprios gêneros, sexualidades e posições institucionais. Se o banheiro era habitualmente concebido como simples espaço de “segregação urinária”, no qual o acesso se dava quase que de forma automática, a mera presença de S fez com que o banheiro passasse a ser espaço de vigilância e controle em matéria de sexo e gênero (JUANG, 2006, p. 710)²⁶⁹.

Seja como for, o que percebemos é que a divisão de banheiros não diz respeito ao sexo biológico, mas sim ao gênero. Isso fica evidente, como ressalta Erving Goffman, quando notamos que não existe nenhuma razão biológica que recomende a divisão de banheiros entre homens e mulheres, até porque todas as pessoas são semelhantes em questão de eliminação de “produtos residuais” (*waste products*) (GOFFMAN, 1977, p. 315). Ainda assim, o que se observa é que a segregação dos banheiros é apresentada como uma “consequência natural” das diferenças de sexo (GOFFMAN, 1977, p. 316)²⁷⁰.

Sendo assim, entendo que inexistam razões para se proibir que indivíduos transgêneros usem o banheiro de acordo com o gênero que expressam. Eventual constrangimento de outras pessoas que se encontrem no recinto não é justificável. Além disso, o risco concreto de transgêneros serem alvos de violência física e verbal caso utilizem o banheiro referente ao seu sexo originário deve ser levado em consideração. Não é difícil imaginar, por exemplo, o medo enfrentado por mulheres transgêneras ao terem que entrar em um banheiro masculino.

Pode-se dizer que, em um mundo ideal, a segregação de banheiros deixaria de existir e teremos apenas espaços reservados para que cada um faça suas necessidades fisiológicas, independentemente de sexo/gênero. Enquanto isso não ocorre, impedir mulheres ou homens transgêneros de utilizarem os banheiros femininos ou masculinos, respectivamente, implica

²⁶⁹ “Through their phobic responses, S.’s fellow students and their dean transform bathrooms from a ubiquitous public convenience into extensions of their own genders, sexualities, and institutional positions. (...) But in conceiving of bathroom spaces as extensions of their sexed personhood, S.’s fellow students transform the bathrooms from a place of passive ‘urinary segregation,’ in which entry and exit occur with minimal thought, into spaces requiring a vigilant and active patrolling of sex definition and their own bodies. In the transphobic imagination, the bathroom becomes the extension of a genital narcissism (which could be expressed, roughly, as ‘my body is how sex should be defined for all other bodies’ and ‘the presence of other kinds of body violates the sex of my own body’) (JUANG, 2006, p. 710).

²⁷⁰ “The functioning of sex-differentiated organs is involved, but there is nothing in this functioning that biologically recommends segregation; that arrangement is totally a cultural matter. And what one has is a case of institutional reflexivity: toilet segregation is presented as a natural consequence of the difference between the sex-classes, when in fact it is rather a means of honoring, if not producing, this difference” (GOFFMAN, 1977, p. 316).

em tratá-los de forma desigual. Descumpre-se, conseqüentemente, o dever de tratar a todos com igual consideração e respeito.

É certo que não existe um “direito moral” de utilizar ou o banheiro masculino, ou o feminino. Não me parece que pessoas transgêneras sejam “livres” para escolher qual banheiro utilizar, nas ocasiões onde há a separação por gêneros. Uma mulher transgênera é, antes de tudo, uma mulher, e é o gênero feminino que lhe qualifica para utilizar o banheiro feminino. Da mesma forma, um homem transgênero deve utilizar o banheiro para homens, e não há motivo para imaginar que ele possa ou deva utilizar o banheiro feminino. Não se trata, portanto, de simples questão de escolha – o que se tem é que homens ou mulheres transgêneros, enquanto homens e mulheres, deverão utilizar o banheiro designado para seu gênero sempre que houver.

Mas há clara violação do direito moral ao igual tratamento de indivíduos transgêneros quando estes, pelo simples fato de serem transgêneros, são impedidos de frequentarem o banheiro referente ao seu gênero. A situação é análoga aos tempos de segregação racial nos Estados Unidos ou África do Sul, quando banheiros não eram separados apenas em função do gênero, mas também atenção à raça. Neste sentido, não há razão para se presumir que deveriam existir banheiros específicos para homens e mulheres transgêneros, o que seria uma clara forma de discriminação. Afinal, se não há um motivo racional que justifique a distinção, o que se presume é que transgêneros sejam menos dignos de utilizar os banheiros femininos ou masculinos de pessoas cisgêneras.

Disso se segue que pouco importa se a pessoa transgênera passou por mudanças corporais através de cirurgias ou tratamentos hormonais. Além destas mudanças não se relacionarem com o gênero em si, não são fatores relevantes no momento de se usar ou não o banheiro – o indivíduo, em qualquer caso, acaba utilizando uma cabine fechada ou se limita a usar a torneira e se olhar no espelho. Sendo assim, alguém como Laerte Coutinho, na medida em que expressa o gênero feminino, deverá usar o banheiro atribuído às mulheres. Para tais fins, Laerte é mulher como qualquer outra. O fato de ter uma aparência eventualmente considerada ambígua não é razão para se impedir o uso do banheiro, até porque há pessoas de sexo biológico feminino, que se expressam como mulheres, e que ainda assim são confundidas com transgêneros – como no caso de uma aeromoça que foi agredida em Aracaju, em setembro de 2011, após ser confundida com uma travesti²⁷¹. Também não é necessário

²⁷¹ Conforme matéria do jornal O Globo, de 19 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/aeromoca-agredida-ao-ser-confundida-com-travesti-em-sergipe-2697325>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

que a pessoa tenha alterado seu prenome e sexo documentais, pois não são solicitados e fiscalizados quaisquer documentos para garantir que o indivíduo está entrando no banheiro “correto”.

Na prática, mesmo a divisão dos banheiros por gêneros pode ser relativizada em atenção às circunstâncias concretas. Neste sentido, podemos pensar na situação enfrentada por homens que precisem levar suas filhas pequenas no banheiro. Ainda que algumas mulheres se sintam constrangidas ao verem um homem em “seu” banheiro, o fato é que quem vai utilizar o banheiro é a menina. E caso o pai entenda que o melhor é levar a filha no banheiro masculino, o eventual “constrangimento” de alguns homens diante da presença da menina também não é motivo o bastante para se impedir o acesso.

Algo semelhante ocorreria com pessoas de aparência ambígua ou de gênero não-binário. Não é porque inexistente um banheiro unissex que tais pessoas serão impedidas de utilizar um ou outro banheiro. Deve-se notar, entretanto, que a escolha do banheiro não ocorre de forma completamente “aleatória”: é bem provável que pessoas de aparência ambígua prefiram um dos banheiros (notadamente o feminino), em razão dos riscos de agressões verbais ou mesmo físicas. Nestas raras ocasiões, há bons motivos para se permitir ao indivíduo a decisão sobre qual banheiro utilizar, levando-se em consideração estas circunstâncias especiais. Somente em uma situação hipotética a “escolha” do banheiro será completamente indiferente e desmotivada – pessoas transgêneras calculam os riscos que enfrentam ao utilizarem um ou outro banheiro, e não transformam esta escolha em simples “ato político”.

Mas é importante notar que nem todo banheiro será, necessariamente, público, e nem todas as questões serão tão simples como banheiros de shoppings ou de metrô. Imagine que o banheiro em questão seja o de um templo católico ou mulçumano. Considere, ainda, que uma mulher transgênera esteja visitando estes locais. Ela poderia ser impedida de usar o banheiro feminino?

Entendo que não. Se não se pretende permitir que a mulher transgênera aja como mulher e utilize o banheiro feminino caso precise, então a entrada da mulher no templo sequer deveria ter sido permitida. Uma vez tendo sido aceita dentro do espaço religioso, a mulher transgênera deverá ser reconhecida e tratada como mulher, e não como algo diferente. É até mesmo cruel imaginar que alguém possa entrar em um ambiente, ainda que privado, para então ser alvo de discriminações injustificadas. Até porque, seja em um ambiente público ou privado, os indivíduos utilizam o banheiro pelas mesmas razões. Aquele que

tentar impedir a mulher transgênera de usar o banheiro feminino, neste caso, estará submetendo a mulher a situações desnecessariamente constrangedoras.

Outra situação interessante envolve banheiros onde os chuveiros são comuns, como no caso de alguns quartéis. Como argumento adiante, transgêneros não podem ser impedidos de servir às Forças Armadas. Neste sentido, pensemos no caso de um homem transgênero, que expressa o gênero masculino, mas que não tenha passado por cirurgia de transgenitalização (faloplastia, no caso). Se o homem transgênero for um simples soldado, é bem possível que se sinta constrangido (e mesmo ameaçado) ao ter que tomar banho coletivo com outros homens – afinal, ele não tem um pênis como os demais. Neste caso, entendo que a melhor solução seja permitir ao homem transgênero que tome banho em algum outro banheiro, ou então que sejam instaladas divisórias privativas nos chuveiros. Na pior das hipóteses, se nada disso for possível, deve ser garantido um horário específico no qual o homem transgênero poderá tomar banho sozinho, longe de eventuais constrangimentos.

O que não é permissível é que o militar em questão, por ser transgênero, seja impedido de tomar banho. A transgeneralidade não faz dele menos homem ou menos militar. As diferentes “soluções” possíveis para acomodar o indivíduo transgênero dentro de banheiros coletivos, ainda que reflitam argumentos com contornos políticos (*policies*), se submetem a um importante argumento de princípio: o militar transgênero tem *direito moral* de ser tratado com igual respeito e consideração. Logo, se os demais homens têm um “direito” de tomar banho nos banheiros dos quartéis, o militar transgênero também deve ter este “direito” garantido, sob pena de ser tratado de forma desigual.

4. REGIME PREVIDENCIÁRIO

Outro direito que pode ser pleiteado por pessoas transgêneras diz respeito ao regime de aposentadoria junto à Previdência Social. Atualmente, no Brasil, diferentes tipos de aposentadoria levam em consideração o gênero do indivíduo. No caso geral de aposentadoria por idade, mulheres podem requerer o benefício ao completarem 60 anos, e homens ao completarem 65. No caso de aposentadoria por tempo de contribuição, mulheres devem ter contribuído ao menos por 30 anos, e homens por 35. Distinções semelhantes ocorrem no caso de aposentadoria de trabalhador rural ou de categorias específicas (como no caso de professores). Embora existam debates com relação à unificação dos regimes e à extinção do critério

do gênero²⁷², o fato é que requerer aposentadoria pode ser uma tarefa complicada para pessoas transgêneras nos dias atuais.

Neste contexto, por exemplo, uma mulher transgênera poderá ter contribuído durante um bom tempo na condição de “homem”, e ainda assim requerer aposentadoria na idade de 60 anos ou após 30 anos de contribuição. A situação não é simples, e envolve a interpretação mais adequada da lei e da expressão “mulher”. Em outras palavras, quem pode ser considerado como “mulher” para fins previdenciários?

Entendo que, para tais fins, a atribuição do gênero feminino levará em consideração o conceito jurídico de gênero. Disso se segue que mulheres, sejam elas cisgêneras ou transgêneras, têm direito à aposentadoria pelo tempo de contribuição mais favorável. Na medida em que o reconhecimento e identificação social do gênero é independente do sexo biológico da pessoa, pouco importa se a pessoa em questão é vista, biologicamente, como fêmea, macho ou intersexual. Mas há quanto tempo uma mulher transgênera precisaria estar expressando o gênero feminino para garantir a aposentadoria pelo regime mais favorável? Esta é uma pergunta interessante. Afinal, seria adequado garantir a aposentadoria feminina mesmo para aquelas pessoas que “mudaram de gênero” pouco tempo antes de requerer o benefício?

A resposta deve ser afirmativa, ainda mais se a pessoa já alterou seu prenome e sexo/gênero documentais perante o Judiciário, produzindo provas de que se expressa e é reconhecida socialmente como mulher. Se no processo restou comprovada a identidade e expressão de gênero do indivíduo, não há razão sequer para se suspeitar que o pedido de aposentadoria teria motivação ilícita. O ônus da prova, nestes casos, acaba sendo da administração pública.

Nunca é demais ressaltar que, se cirurgias ou tratamentos hormonais não são pré-requisito para a alteração do prenome ou sexo/gênero documentais, então tais medidas não deverão ser levadas em consideração para fins de aposentadoria, justamente porque o sexo biológico não se confunde com o gênero – que é o elemento determinante para a concessão do benefício nestas circunstâncias. Logo, entendo que até mesmo alguém como Laerte Coutinho, uma vez expressando o gênero feminino e sendo reconhecido socialmente como mulher, eventualmente poderá requerer a alteração de seus documentos e, então, pleitear a aposentadoria sob o regime feminino.

²⁷² Como se observa nas propostas de reforma da Previdência apresentadas pelo governo no começo de 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/02/1736112-neo-governo-pretende-unificar-regras-para-todos-os-aposentados-do-pais.shtml>> Acesso em: 14 set. 2016.

Seja como for, o número de mulheres transgêneras que requerem o benefício é muito pequeno e não causa qualquer tipo de impacto econômico significativo junto à Previdência. Ademais, não existe tempo pré-definido que deva ser levado em consideração para que seja possível afirmar que alguém é ou não uma mulher. A experiência da transgeneralidade é, em geral, traumática e encontra clara resistência familiar e social – o que significa que ninguém “muda de gênero” do dia para a noite. Este processo de expressão e reconhecimento social de um novo gênero pode levar anos e, via de regra, já se encontra suficientemente solidificado quando o indivíduo decide alterar seus documentos e pleitear a aposentadoria.

Mas e quanto aos homens transgêneros? A “mudança de gênero” implica, no caso previdenciário, na impossibilidade de homens transgêneros se aposentarem pelo regime feminino?

Esta é uma questão mais complexa, pois a lei previdenciária não fala apenas em “mulheres” – em muitos momentos ela fala em “sexo feminino”. Mas seria estranho imaginar que a lei também visa garantir tratamento mais favorável para “fêmeas” (pois, a rigor, somente fêmeas são do *sexo* feminino). Ao que tudo indica, as expressões “segurados de sexo feminino” e “mulheres” são utilizadas como sinônimas, pois a lei não foi elaborada tendo em mente as distinções entre sexo e gênero. Seja como for, entendo que o que deve prevalecer em qualquer caso é o conceito jurídico de gênero, pois o sexo, pura e simplesmente, não carrega em si qualquer sentido moral ou juridicamente relevante. Consequentemente, pouco importa o sexo biológico da pessoa, pois o mais importante será a expressão e reconhecimento social do gênero. Disso se segue que homens transgêneros não são mulheres, e consequentemente não farão jus ao regime previdenciário feminino.

Esta argumentação pode soar injusta para alguns – afinal, há boas razões para imaginar que homens transgêneros sofram tanto preconceito e discriminação quanto mulheres no mercado de trabalho. Alguns argumentariam que a legislação previdenciária deve ser “interpretada” de forma mais benéfica ao contribuinte estigmatizado, o que significa que homens transgêneros poderiam ser considerados como mulheres. Ocorre que negros, imigrantes e outras minorias também sofrem com o estigma, mas disso não se segue que um homem cisgênero negro ou imigrante poderá ser considerado uma “mulher”.

Deve-se perceber, portanto, a clara diferença entre *interpretar* a lei em atenção aos conceitos que ela utiliza, e *criar* novas categorias jurídicas. No primeiro caso, entende-se que o debate se desenvolve em termos jurídicos, vinculados ao texto da lei; no segundo, o debate tem clara conotação política. O ponto é que decisões de cunho político são de competência do Legislativo, o que significa que o agente público ou o juiz não estão autorizados

a “beneficiar” classes de indivíduos que não se enquadram no conceito previsto na lei – no caso, o conceito jurídico de mulher. Se não bastasse, embora seja possível ter dúvidas sobre o que conta ou não como uma “mulher”, é certo que “homens” não são mulheres.

Isso não significa, entretanto, que não se possa propor a alteração da legislação previdenciária e a adoção de novas categorias e regimes de aposentadoria. Neste sentido, nossa legislação previdenciária poderia garantir tratamento mais benéfico para outros grupos que também sofram com baixa inserção no mercado de trabalho formal, baixa expectativa de ascensão profissional, baixa remuneração, estigma no local de trabalho, dentre outros – afinal, não são apenas mulheres que enfrentam dificuldades no mundo laboral. Logo, há boas razões para se alterar a legislação previdenciária, inclusive para facilitar a interpretação do agente público em temas controvertidos, como é o caso do regime aplicável às pessoas transgêneras. Ainda assim, a criação de novas categorias corresponde a uma decisão *política*, e enquanto tal não é de competência de juízes ou agentes do INSS.

Não é demais ressaltar que, embora seja possível refletir sobre um eventual direito moral ou político à aposentadoria (i.e., um “direito de se aposentar”), o regime específico a ser adotado não corresponde, em si, a um direito em sentido forte. “Direito a se aposentar” não significa, necessariamente, “direito a se aposentar com 60 anos de idade”. Disso se segue que o Estado não ofende qualquer direito moral do cidadão pelo simples fato de alterar, através dos mecanismos políticos pertinentes, os requisitos concretos para a aposentadoria ou seus valores. Neste sentido, a previsão de diferentes regimes atende a critérios de ordem política, correspondendo a verdadeiras políticas públicas que visam a redução de desigualdades concretas existentes na sociedade.

Por fim, é interessante refletir sobre o caso de transgêneros não-binários ou intersexuais, cujo sexo/gênero documental correspondesse a “não-binário” ou “outro”. Não seria correto imaginar que, por não serem mais “homens” e “mulheres” propriamente ditos, estes indivíduos não teriam direito à aposentadoria. Ainda assim, podemos pensar em algumas variantes que nos auxiliariam a determinar o regime a ser aplicado. No caso de o indivíduo ter sido, em algum momento de sua vida, socialmente reconhecido e identificado como homem ou mulher, então esta identificação poderá determinar o regime a ser aplicado. Já no caso extremo de alguém que, em momento algum, tenha sido identificado como homem ou mulher, o melhor será aplicar o regime mais favorável, considerando o caráter protetivo da legislação previdenciária. De qualquer sorte, esta é uma circunstância tão rara que dificilmente sairia do campo da imaginação.

5. COMPETIÇÕES E PRÁTICAS ESPORTIVAS

Atualmente, muitas competições esportivas levam em consideração as diferenças físicas entre os sexos feminino e masculino. No caso do atletismo, por exemplo, pessoas de sexo masculino tendem a apresentar desempenho superior às de sexo feminino, o que motiva a separação entre os sexos em diferentes esportes. Mas não é difícil imaginar o caso onde uma mulher transgênera pretenda participar de competições atribuídas ao sexo feminino. Qual a melhor saída para estas situações?

É interessante notar que esta questão envolve muito mais saídas de tipo político do que argumentos em prol de algum direito moral, em sentido forte. Não parece fazer sentido a afirmação de que alguém teria um “direito moral” de participar das Olimpíadas ou competições oficiais semelhantes. Entretanto, há contextos onde a não-inclusão do indivíduo poderá implicar em tratamento desigual, ferindo sua dignidade – e, conseqüentemente, ofendendo um direito moral. Imagine o caso de uma criança ou adolescente transgênera que seja excluída das práticas esportivas da aula de Educação Física na escola onde estuda. Em primeiro lugar, é bem possível que as diferenças físicas entre meninos e meninas ainda não seja tão expressiva a ponto de justificar a distinção entre sexos na prática de esportes. Em segundo lugar, tem-se que a finalidade das aulas não é, propriamente, a “competição” entre os alunos, mas sim ensinar as regras de diferentes esportes, promover os cuidados com uma vida saudável etc. Por esta perspectiva, impedir que um jovem transgênero participe das aulas de Educação Física não se justifica – neste caso, seu direito a tratamento com igual respeito e consideração é claramente ofendido.

Mas a situação é distinta quando pensamos em campeonatos oficiais, nos quais a disparidade de forças pode ser tão grande a ponto de acabar completamente com o equilíbrio dos participantes. Prevendo estas circunstâncias, o Comitê Olímpico Internacional autorizou que atletas transgêneros participassem das Olimpíadas realizadas no Rio de Janeiro em 2016. A preocupação maior foi com as competições femininas – o COI exigiu apenas que mulheres transexuais comprovassem que seu nível de testosterona não fosse maior que 10nmol/L nos doze meses que antecederem a competição. Não foi exigido dos atletas qualquer tipo de cirurgia de transgenitalização²⁷³.

²⁷³ Conforme notícia no site do Globo Esporte, de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/olimpiadas/noticia/2016/01/atletas-transgeneros-poderao-competir-sem-cirurgia-no-rio-2016.html>>. Acesso em: 16 set. 2016.

Ainda assim, surge a questão dos indivíduos não-binários, ou mesmo de pessoas intersexuais. Como incluí-las em práticas esportivas?

Talvez o caso que mais se aproxime desta situação seja o da atleta sul-africana Caster Semenya. Muitos sugerem que o sucesso desta atleta em competições de corrida decorre de seu hiperandrogenismo – condição marcada por altos níveis de hormônios masculinos, notadamente testosterona, que fazem com que ela também tenha uma aparência masculinizada. Christopher Tollefsen sustenta que Semenya não poderia ser impedida de competir, pois o alto nível de testosterona deve ser visto como uma “vantagem natural” (TOLLEFSEN, 2015c). Isso não seria muito diferente das “vantagens naturais” de atletas como Michael Phelps ou Usain Bolt, cujas performances são claramente superiores aos de seus adversários. Embora o caso de Semenya não responda todas as questões que possam ser levantadas, ela pode ser particularmente útil ao se pensar a situação de indivíduos intersexuais. O fato é que a questão está longe de ser resolvida: eventualmente, pode-se pensar em uma nova forma de se dividir as competições, talvez adotando uma ideia semelhante à divisão de pesos no boxe, ou então criando categorias próprias para pessoas que se identificam como não-binárias ou intersexuais (ou até mesmo times mistos, a depender do esporte).

Estas e outras questões foram levantadas ao longo das últimas edições de uma competição “paralela” às Olimpíadas – os Jogos Gays (*Gay Games*), cuja primeira edição ocorreu em 1982 em São Francisco. Para Caroline Symons e Dennis Hemphill (2006), a motivação dos jogos tinha, em suas primeiras edições, cunho claramente político: demonstrar para a sociedade que lésbicas e gays poderiam, da mesma forma que heterossexuais, participar de esportes que envolvessem força, velocidade e combate, subvertendo os estereótipos de que gays seriam sempre efeminados, ou de que seus estilos de vida fossem sempre sexualizados, irresponsáveis e hedonistas (SYMONS; HEMPHILL, 2006, p. 113)²⁷⁴.

A inclusão de pessoas transgêneras binárias e não-binárias nos Jogos Gays só começou a ocorrer em sua quinta edição, realizada em 1994 em Nova York. Os critérios estabelecidos envolviam a mudança legal do prenome no país de origem, atestado médico de que o participante está passando por tratamento hormonal ininterrupto por no mínimo dois anos,

²⁷⁴ “For early *Gay Games* organisers (San Francisco, 1982; San Francisco, 1986; Vancouver, 1990) sport was seen as an excellent vehicle to mainstream gay men and lesbians, that is, to ‘normalise’ them in the eyes of straight society. Showing that gay and lesbian athletes were involved in vigorous sports, especially those involving the demonstration of strength, power, speed and combat, could subvert many of the negative stereotypes haunting this community, including the supposed effeminacy of gay men, the supposed obsession of all gay people with sex, and their supposed irresponsible, hedonistic and ‘deviant’ lifestyles” (SYMONS; HEMPHILL, 2006, p. 113).

atestado que confirme que o participante fez psicoterapia por ao menos dezoito meses (confirmando sua “transição” para o gênero oposto), e prova de que o participante expressa o gênero com o qual se identifica por no mínimo dois anos (SYMONS; HEMPHILL, 2006, p. 117). Estes critérios foram duramente contestados pela comunidade transgênera, considerando que em muitos países a mudança de prenome é difícil ou impossível, que a participação ficaria adstrita aos atestados médicos e prejudicaria a inclusão de participantes de lugares onde a obtenção de tais atestados não fosse possível (como no caso de comunidades indígenas), e o próprio fato de que aqueles que passam por cirurgias de transgenitalização, em muitos casos, devem parar temporariamente seu tratamento hormonal para reduzir o risco de trombozes (SYMONS; HEMPHILL, 2006, p. 118).

Uma política mais inclusiva para transgêneros só foi adotada pela Federação dos Jogos Gays na sexta edição dos jogos, realizada em 2002 na cidade de Sydney. Nesta edição, a participação de pessoas transgêneras dependia de atestado médico de que o participante está ativamente envolvido em tratamento hormonal ao longo dos dois últimos anos, e prova de que o participante expressa o gênero com o qual se identifica por ao menos dois anos. Tais inovações, na prática, são discretas e não resolvem uma série de questões, como no caso de indivíduos não-binários e intersexuais. Entretanto, no caso de alguns esportes menos usuais (como é o *netball*, uma espécie de basquete), a inserção de transgêneros, intersexuais e pessoas não-binárias envolveu a criação de times mistos, times compostos apenas por transgêneros (que, no caso, não poderiam competir contra pessoas de sexo biológico feminino), dentre outras regras que foram adaptadas no meio dos próprios jogos e que visavam incluir times de transgêneros aborígenes. Sendo assim, muitas normas foram flexibilizadas e tiveram que ser negociadas constantemente – atendendo plenamente a ideia de espírito participativo, de modo que praticamente todos os participantes receberam alguma medalha (SYMONS; HEMPHILL, 2006, p. 122).

Atualmente, a Federação dos Jogos Gays estabelece que, naqueles esportes onde um dos sexos encontre desvantagens naturais, deve-se criar uma divisão específica para tal sexo. Isso significa que, em esportes como o atletismo, deve ser criada uma divisão específica onde apenas pessoas do sexo feminino poderão participar – sendo que a divisão de “não-mulheres” poderá ser composta apenas por homens ou de forma mista (no caso de esportes coletivos). Com relação aos transgêneros que desejarem participar de divisões especificamente femininas ou masculinas, a Federação exige que o atleta a) apresente prova de que está sob tratamento hormonal por ao menos um ano, de forma ininterrupta, salvo breves interrupções por razões médicas, e b) apresente documentação que comprove que expressa

o gênero em questão por ao menos dois anos (o que pode ser feito através de documentos legais do país de origem, ou até mesmo por testemunhos e declarações). A grande inovação, que teve início com os Jogos Gays de Cleveland em 2014, diz respeito às divisões “agêneras”, criadas conforme demanda e abertas a todos os indivíduos que não sejam de sexo biológico masculino (ou seja, trata-se de divisão aberta para mulheres, transgêneros e intersextuais, pouco importando se são de gênero binário ou não-binário)²⁷⁵. Na prática, todas estas divisões são feitas considerando o esporte em questão. Os próximos Jogos Gays, que funcionam através de inscrições pelos próprios interessados, ocorrerão em 2018 na cidade de Paris.

Os Jogos Gays demonstram a dificuldade de se estabelecer uma métrica *a priori* para saber quem participará de qual divisão (feminina, masculina, mista ou, eventualmente, agênera). Logo, sempre haverá o risco de se prejudicar o equilíbrio de forças e habilidades entre os participantes de determinada divisão, o que deverá ser analisado caso a caso. Ainda assim, abrir espaço para pessoas transgêneras (notadamente não-binárias) em competições esportivas é importante, pois se relaciona com a garantia de tratamento igualitário – afinal, se há espaço para homens e mulheres cisgêneros em competições oficiais, por que não incluir indivíduos transgêneros? O que nos faz pensar que tais pessoas não teriam interesse em competir?

Outra saída é adotar algo semelhante ao que se passa com os Jogos Paraolímpicos. Isso significa que as divisões deverão levar em conta o esporte em questão e as limitações dos atletas. Logo, se em dado esporte a diferença entre os sexos não é elemento relevante, então não há razão de se manter tal divisão (como é o caso da vela). Nestes casos, os atletas paraolímpicos são divididos considerando critérios como estabilidade, mobilidade, visão, funções motoras etc²⁷⁶.

Em boa parte dos casos onde a divisão por sexo é considerada importante, devemos nos questionar se o fator mais relevante para esta divisão está no sexo propriamente dito, ou na quantidade de hormônios (notadamente testosterona) produzida pelo atleta. Sendo assim, o caso de Caster Semenya demonstra claramente que existem mulheres que poderiam muito bem competir contra homens. Logo, talvez o melhor seja extinguir as divisões por sexo nos esportes, já que esta divisão acaba trabalhando com a presunção de que mulheres são mais

²⁷⁵ Mais informações podem ser obtidas no site da Federação dos Jogos Gays (*Federation of Gay Games*), disponível em: <<https://gaygames.org/wp/sport/sports-policiesd/gender/>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

²⁷⁶ Informações disponíveis em: <<http://www.brasil2016.gov.br/pt-br/paraolimpiadas/modalidades/vela>>. Acesso em: 02 nov. 2016)

fracas que os homens – o que só é correto do ponto de vista probabilístico, embora sejam raros os casos similares ao de Semenya. Se não bastasse, adotar outros fatores (como a questão hormonal) é muito mais apropriado para garantir o real equilíbrio entre os atletas, de modo que podemos pensar, por exemplo, em divisões que levem em conta a quantidade de testosterona produzida. Isso significa que Semenya poderia, eventualmente, competir ao lado de homens.

Esta é uma saída que parece muito distante de ser concretizada, porque o número de atletas transgêneros e intersexuais interessados em participar de competições oficiais é muito pequeno. Na prática, muitos acabam recorrendo aos Jogos Gays, que se mostram mais inclusivos do que as Olimpíadas. Ainda assim, não parece adequado impedir que alguém como Semenya participe dos Jogos Olímpicos, considerando que o esporte em questão é dividido por sexo e a atleta, para todos os fins, é de sexo biológico feminino e se expressa e é reconhecida como mulher.

Ainda assim, se mantivermos as divisões esportivas com base apenas no sexo biológico, e ignorarmos eventuais diferenças hormonais lícitas entre os participantes, então alguém como Semenya poderá competir na categoria feminina – afinal, ela compre com os requisitos exigidos para participar. Eventual vantagem que ela tenha na competição será, neste sentido, “natural”. Mas seria possível imaginar que algo semelhante aconteça com transgêneros e intersexuais binários?

Entendo que o que deva ser levado em consideração não é o fato da vantagem ser ou não “natural”, do ponto de vista biológico, mas sim a sua licitude. Em outras palavras, pessoas transgêneras não escolhem usar ou não hormônios com a finalidade de terem uma vantagem na prática esportiva. O seu uso ou não por parte de transgêneros (notadamente transexuais) se dá por questões de ordem médica e em atenção à sua própria saúde mental e psicológica – ou seja, alguns indivíduos tomam ou não hormônios e medicamentos por uma questão de necessidade. Neste sentido, a eventual vantagem que possuiriam nos esportes deve ser considerada como uma externalidade lícita, o que é muito diferente da prática do doping – onde o uso de hormônios e medicamentos tem finalidade fraudulenta.

É em atenção a tais externalidades que a Agência Mundial Antidoping permite que vários atletas, que usam os mais variados medicamentos, participem de competições internacionais através de documentos chamados “exceções de uso terapêutico”. Isso significa que, quando há razões de ordem médica, permite-se a participação de alguns atletas que

estejam usando substâncias originalmente proibidas pelas regras do esporte em questão²⁷⁷. O ponto é: por que isso seria diferente do caso de pessoas transgêneras que usam ou não hormônios por orientação e determinação médica? Em qualquer caso, o uso de determinados hormônios ou medicamentos implicará em uma clara vantagem ao atleta. Logo, por que considerar lícitas tais vantagens quando estamos diante de atletas cisgêneros, mas considerá-las “injustas” quando se tratar de atletas transgêneros?

Esta é a única saída que considero mais adequada caso se mantenha a divisão por sexo em alguns esportes. Se considerarmos apenas a divisão de sexos, nada impediria que pigmeus viessem a competir contra o time americano, por exemplo. Mas ninguém consideraria, neste caso, que a clara vantagem americana seria “injusta”. O fato de terem uma vantagem (que não é “escolhida” em razão do esporte que praticam) não é muito diferente da vantagem que atletas como Michael Phelps possuem frente aos demais competidores. Ora, ninguém pensa em proibir Michael Phelps de nadar nas Olimpíadas, muito embora seja evidente que possui vantagens e dotes físicos que o colocam em patamar muito superior à média dos demais atletas. Sendo assim, ao tomarem ou não hormônios *em razão da transgeneralidade*, pessoas transgêneras não visam fraudar as competições.

Contudo, não se deve ignorar que esta saída poderia levar a situações onde o equilíbrio de forças é de tal maneira prejudicado que a própria ideia de “competição” perderia sua razão de ser. As chances de alguém como Semenya ganhar de outras mulheres na atletismo poderá ser expressivamente alta. Já as chances de um time composto por pigmeus ganhar do time americano beiram à nulidade – o jogo já teria início com a certeza do resultado. Disso se segue que, para garantir satisfatoriamente a inclusão de certos grupos e indivíduos em competições oficiais, em homenagem ao espírito esportivo, precisaremos rever os critérios adotados para a divisão de categorias. Neste sentido, os Jogos Gays e as Olimpíadas Paraolímpicas são bons exemplos a serem seguidos, notadamente nos casos onde a mera separação por sexo se mostrar insuficiente.

²⁷⁷ Na Olimpíada de 2016, realizadas no Rio de Janeiro, um grupo de hackers invadiu o site da Agência Mundial Antidoping e descobriu que inúmeros atletas possuíam “exceções de uso terapêutico”, divulgando uma lista dos atletas em questão e seus respectivos remédios. Na lista se encontram nomes como o da ginasta americana Simone Biles (que ganhou quatro ouros e um bronze), que toma medicamentos para transtorno de déficit de atenção e hiperatividade (TDAH) – remédios que deixam a pessoa mais alerta, aumentando a atenção e concentração, algo que faz toda a diferença em competições de ginástica. É o que consta em matéria do site Super Interessante, de 15 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/sociedade/17-medalhistas-olimpicos-do-rio-usaram-algum-tipo-de-doping-indicam-documentos-obtidos-por-hackers/>>. Acesso em: 03 nov. 2016

6. SERVIÇO E ALISTAMENTO MILITAR

Nossa legislação determina que todos os homens, no ano em que completam 18 anos, devem se apresentar à Junta Militar de seus municípios para o alistamento militar. Mas esta regra se aplicaria para pessoas transgêneras?

A situação é mais sensível quando pensamos no caso de mulheres transgêneras (i.e., que nasceram com sexo masculino). Em regra, as forças armadas acabam dispensando mulheres transgêneras, ainda que não tenham alterado prenome e sexo/gênero em seus respectivos assentos de nascimento. E não poderia ser diferente, considerando que mulheres não são obrigadas ao alistamento e, para todos os fins, mulheres transgêneras são mulheres. Trata-se de simples aplicação do conceito jurídico de gênero, como já ressaltai em outros momentos deste trabalho.

Mas podemos pensar no caso de homens transgêneros. Alguém que tenha nascido com o sexo feminino, mas que se expressa e é socialmente reconhecido como homem, ainda assim poderia ser obrigado ao alistamento e, eventualmente, ao serviço militar?

Esta é uma questão particularmente interessante. Homens transgêneros, embora tenham nascido com o sexo feminino, são homens para todos os efeitos jurídicos pertinentes, e não é a genitália que tornará o homem inapto ao serviço militar. Disso se segue que homens transgêneros não têm nenhum “direito moral” de escolher se irão ou não servir às Forças Armadas, seja em tempos de paz ou de guerra. Contudo, ainda assim terão o direito moral de serem tratados em condições de igualdade com os demais soldados, sendo vedados tratamentos constrangedores e degradantes. O dever estatal de tratar todos os indivíduos com igual respeito e consideração deve ser observado em todas as circunstâncias, inclusive no âmbito militar.

De qualquer modo, não há razões concretas para se “obrigar” homens transgêneros ao serviço militar em tempos de paz. Na prática, se muitos homens (transgêneros ou não) já são dispensados por excesso de contingente, e considerando que a proporção de homens transgêneros é muito pequena, o melhor é que se escolham aqueles homens que melhor se adaptem às circunstâncias da vida militar. Não se trata, obviamente, de afirmar que um homem transgênero seja menos apto que um homem cisgênero – trata-se de reconhecer que ainda existe preconceito no meio militar e que o homem transgênero poderia ser alvo de

discriminação e chacota por parte de seus colegas. Logo, se o homem transgênero não desejar servir às Forças Armadas, há boas razões para incluí-lo na reserva e dispensá-lo do serviço militar obrigatório.

Nada impede, entretanto, que transgêneros voluntariamente integrem os quadros do Exército, Marinha ou Aeronáutica. Na prática, o ingresso depende de concurso público, e tendo o indivíduo cumprido todos os requisitos, entendo que seu sexo e expressão de gênero serão irrelevantes. Inclusive, as regras referentes à conduta moral e/ou sexual do militar nada mencionam com relação à transgeneralidade. Sendo assim, algumas ordens de reforma de militares que assumem outro gênero após o ingresso nas forças armadas vêm sendo revistas pelo Judiciário²⁷⁸. Em outros países, como é o caso dos Estados Unidos²⁷⁹, transgêneros são livres para servirem às forças armadas.

7. LEI MARIA DA PENHA E FEMINICÍDIO

A Lei Federal nº 11.340/2006 (conhecida como *Lei Maria da Penha*) foi criada com o intuito de coibir a violência familiar e doméstica contra a mulher. A lei é muito clara, já em seu preâmbulo e art. 1º, ao afirmar que o alvo dos mecanismos protetivos é a *mulher*. Disso não se segue que os algozes da mulher serão, necessariamente, homens. Qualquer um que praticar violência doméstica ou familiar contra a mulher pode ser considerado agressor nos termos da Lei Maria da Penha, inclusive outra mulher. Os próprios art. 2º e art. 5º, parágrafo único, asseguram a integridade física e mental de qualquer mulher, independentemente de sua orientação sexual, de onde se infere que lésbicas também estão protegidas pela lei.

²⁷⁸ Caso emblemático é o de Maria Luiza da Silva, mulher transexual que foi reformada (i.e., aposentada compulsoriamente) da Aeronáutica após 22 anos de serviço considerado exemplar, após junta médica diagnosticá-la com “transexualismo”. Em 2010, a Justiça Federal determinou sua reincorporação aos quadros da reserva da Aeronáutica, com vencimentos integrais, ressaltando que a transexualidade não constitui qualquer tipo de incapacidade física ao trabalho que Maria Luiza vinha realizando. Conforme noticiou o Correio Braziliense em 21 de janeiro de 2010. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2010/01/29/interna_cidadesdf,169916/justica-garante-a-transexual-direito-de-retornar-a-reserva-da-aeronautica.shtml> Acesso em: 30 nov. 2016.

²⁷⁹ A inclusão de transgêneros nas forças armadas americanas é relativamente recente. As normas do Pentágono que proibiam o serviço de transgêneros só foram extintas pela Secretaria de Defesa em junho de 2016. Conforme matéria do *New York Times* de 30 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2016/07/01/us/transgender-military.html?_r=0>. Acesso em: 30 nov. 2016.

E quanto às mulheres transgêneras? Elas também são objeto da tutela protetiva pela Lei Maria da Penha?

Sim. Neste caso, o que importa não é o sexo biológico, mas sim o conceito jurídico de gênero. Pouco importa, portanto, se a lei não diga nada a respeito de “identidade ou expressão de gênero”. Na prática, mulheres transgêneras são tão mulheres como quaisquer outras. Não é sem razão que boa parte de nossos tribunais vêm aplicando a lei para mulheres transgêneras²⁸⁰.

Os problemas surgem quando estamos diante de homens transgêneros. Homens transgêneros, embora tenham nascido com o sexo feminino, também estariam protegidos pela Lei Maria da Penha?

Esta é uma questão mais complexa, e entendo que sua solução seja semelhante ao caso do regime previdenciário. Na medida em que o que está em jogo é o conceito jurídico de gênero, pouco importará o sexo biológico do indivíduo – basta que expresse e seja reconhecido como alguém do gênero feminino (i.e., mulher). Isso não ocorre com homens transgêneros: homens transgêneros são, para todos os efeitos pertinentes, homens. Afirmar que “homens transgêneros” são “mulheres” é algo que escapa da simples interpretação da lei. Logo, estaríamos, na realidade, criando uma nova categoria jurídica protegida pela Lei Maria da Penha.

Disso se segue que, embora seja mais do que justificável pensarmos em medidas protetivas para defender homens transgêneros (que não deixam de sofrer com o preconceito em razão da transgeneralidade), esta é uma questão que extrapola a competência de juízes e envolve argumentos políticos. Homens homossexuais também são alvo de estigma e são vítimas dos chamados “crimes de ódio homofóbico”, mas disso não se segue que, quando

²⁸⁰ Exemplo emblemático é o do Mandado de Segurança nº. 2097361-61.2015.8.26.0000, da 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, de relatoria de Ely Amioka, julgado em outubro de 2015. No caso em tela, o juiz da Vara Central de Violência Doméstica e Familiar indeferiu a concessão de medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha à Gabriela da Silva Pinto, mulher transgênera, o que motivou a impetração de mandado de segurança. O acórdão afirma que *“a lei em comento deve ser interpretada de forma extensiva, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim é que a Lei nº 11.340/06 não visa apenas a proteção à mulher, mas sim à mulher que sofre violência de gênero, e é como gênero feminino que a impetrante se apresenta social e psicologicamente. Tem-se que a expressão ‘mulher’, contida na lei em apreço, refere-se tanto ao sexo feminino quanto ao gênero feminino. O primeiro diz respeito às características biológicas do ser humano, dentre as quais Gabriela não se enquadra, enquanto o segundo se refere à construção social de cada indivíduo, e aqui Gabriela pode ser considerada mulher. (...) Ressalte-se, por oportuno, que o reconhecimento da transexualidade prescinde de intervenção cirúrgica para alteração de sexo. Os documentos acostados aos autos, como acima mencionado, deixam claro que a impetrante pertence ao gênero feminino, ainda que não submetida a cirurgia neste sentido”*. Importante ressaltar, como argumento adiante, que não entendo que o termo “mulher” faça referência a algo além do gênero feminino. Se fizer referência ao sexo feminino, disso se segue que homens transgêneros também seriam beneficiários da lei, raciocínio que considero inadequado.

vítimas de violência homofóbica no âmbito doméstico, possam ser amparados pela Lei Maria da Penha (salvo se forem mulheres). Em última análise, deve-se atentar para o chamado princípio da proibição de analogia *in malam partem*, relevante em matéria de Direito Penal: não se pode utilizar o raciocínio analógico quando for desfavorável ao réu ou acusado. Logo, se o ofendido for homem transgênero (e não mulher), deve-se aplicar outros dispositivos que não os previstos na Lei Maria da Penha²⁸¹.

É importante salientar que a especial proteção garantida pela Lei Maria da Penha, embora possa ser vista como um “direito legal” de mulheres, não corresponde a um direito moral ou em sentido forte. O Estado não deixaria de tratar mulheres com igual respeito e consideração caso aplicasse normas protetivas gerais, independentes do gênero da pessoa. Neste sentido, a Lei Maria da Penha corresponde a uma lei que se sustenta politicamente, tendo em vista a especial vulnerabilidade de mulheres em relações familiares e domésticas. Entretanto, deve-se notar que o direito moral ao igual tratamento de mulheres transgêneras será violado sempre que não forem consideradas como mulheres para os fins da lei em questão – afinal, se não há motivos que justifiquem a distinção entre mulheres transgêneras e mulheres cisgêneras, a não aplicação da norma mais favorável só poderia estar fundamentada

²⁸¹ Há quem entenda, entretanto, que as medidas previstas na Lei Maria da Penha não sejam propriamente “penais”, pois não visam assegurar as investigações ou o processo penal, nem a aplicação da pena (como o são as medidas acautelatórias do art. 282 do Código de Processo Penal). Sendo assim, eventual aplicação analógica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha não teria como motivação prejudicar o réu ou acusado, mas tão somente garantir a integridade da pessoa ofendida – afastando, portanto, a ideia de analogia *in malam partem*. Não é sem razão que a Lei Maria da Penha já foi utilizada para proteger a integridade de homem cisgênero. O caso, que ocorreu em outubro de 2008 em Cuiabá, envolveu um homem que se viu sofrendo agressões físicas, psicológicas e financeiras por parte da ex-mulher. O homem juntou ao processo exame de corpo de delito, boletins de ocorrência, e-mails difamatórios e intimidatórios, e até nota fiscal referente ao conserto do veículo danificado pela ex-mulher, requerendo a aplicação de medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha. De forma inédita, o juiz Mário Roberto Kono de Oliveira, do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá (autos nº. 1074/2008), deferiu o pedido argumentando que a analogia é possível (pois não se trata de norma incriminadora) e que inexistiria previsão legal para a prevenção de violência em casos como este. É o que consta em matéria elaborada pelo site do Consultor Jurídico, que também transcreve a íntegra da decisão. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_penha_aplicada_proteger_homem>. Acesso em: 03 nov. 2016. Não entendo, entretanto, que a decisão seja a mais adequada. Atualmente, é possível garantir proteção similar para pessoas que não sejam mulheres, sem necessidade de se recorrer à Lei Maria da Penha. Pode-se, com base no Código de Processo Civil, buscar tutelas de urgência (art. 300) que são garantidas, dentre outros, pelos poderes expressamente conferidos ao juiz para assegurar o cumprimento de ordens judiciais (notadamente as medidas do inciso IV do art. 139). Já em nível constitucional, o inciso XXXV do art. 5º garante a inafastabilidade do Poder Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça a direito, o que justificaria a aplicação de dispositivos do Código de Processo Civil em situações que, a rigor, podem ser de natureza penal. Disso não se segue que, politicamente, grupos estigmatizados não possam lutar por medidas específicas que atendam melhor às suas demandas. Não é sem razão que se busca a aprovação de leis anti-homofobia, visando penalizar com mais vigor crimes motivados por ódio homofóbico, de maneira semelhante às medidas que protegem mulheres, como a Lei Maria da Penha ou, mais recentemente, o tipo penal do feminicídio.

na crença de que, por alguma razão, mulheres transgêneras são menos dignas do que mulheres cisgêneras.

Raciocínio semelhante se aplica quando pensamos no tipo penal do feminicídio, previsto no art. 121, VI do Código Penal. Em síntese, o feminicídio corresponde ao homicídio praticado “*contra a mulher por razões da condição de sexo feminino*”. O que se entende por “razões de condição de sexo feminino” está disposto nos incisos I e II do §2º-A do art. 121, e corresponde à (I) violência doméstica e familiar, ou (II) ao menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Da mesma maneira como as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha se aplicam às mulheres, sejam ou não transgêneras, entendo que a vítima do tipo penal de feminicídio será qualquer mulher, independentemente de seu sexo biológico. Muito embora o tipo fale em “condição de *sexo* feminino”, o fato é que violência doméstica e familiar, e o menosprezo ou discriminação à condição de mulher, são questões diretamente ligadas à ideia de gênero. Qualquer mulher, tenha ou não o sexo biológico feminino, pode ser vítima potencial de violência doméstica ou discriminação em razão de seu gênero. A mera facticidade biológica (i.e., ser fêmea) não se apresenta como fator relevante em atenção aos propósitos da lei em questão, diretamente ligados à ideia de violência de gênero²⁸².

8. DIVISÃO DE CELAS

Outra questão na qual o sexo e gênero são considerados elementos determinantes diz respeito ao encarceramento. Entende-se que, se sou homem, então devo ser preso em cela com outros homens, e se sou mulher devo ser presa em cela com outras mulheres. Em um

²⁸² É curioso notar que, originalmente, o projeto de lei que instituiu o tipo penal do feminicídio falava em “razões de gênero”. Curiosamente, quando se encontrava em trâmite na Câmara dos Deputados, a redação foi alterada sem maiores discussões em atenção ao pedido de emenda de redação feito por alguns deputados, conforme documento disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?co-deor=1305298&filename=Tramitacao-ERD+1/2015+%3D%3E+PL+8305/2014>. Acesso em: 14 mar. 2017. Segundo Ela Wiecko de Castilho (2015, p. 4), tudo indica que a intenção dos deputados que subscreveram a emenda foi impedir a aplicabilidade do feminicídio a mulheres transgêneras. De qualquer modo, emenda de redação não é o meio adequado para se alterar o sentido da lei – o que significa que “razão de condição de sexo feminino” deve ser interpretado como uma outra maneira de se dizer “razão de gênero”. De qualquer modo, a tentativa dos deputados em evitar que mulheres transgêneras sejam vítimas do tipo penal de feminicídio não tem dado certo: em outubro de 2016 o Ministério Público de São Paulo ofereceu a primeira denúncia de feminicídio praticado contra mulher transgênera. Conforme notícia site G1, publicada em 06 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/10/mp-oferece-primeira-denuncia-por-feminicidio-de-transsexual-em-sp.html>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

contexto assim, pode-se questionar qual o lugar adequado para pessoas transgêneras, binárias ou não-binárias, dentro de celas em prisões ou delegacias.

O que justifica a divisão de celas com base no sexo e no gênero é, em última análise, a garantia da integridade física do detento – principalmente se for mulher, que poderá ser vítima de assédios e estupros. Entretanto, disso se segue que não serão, necessariamente, o sexo ou o gênero que deverão ser levados em consideração, mas sim a *vulnerabilidade* do indivíduo. Isso significa que mulheres transgêneras, com maior razão, deverão ser presas em celas femininas, e a depender das circunstâncias é preferível que mesmo homens (transgêneros ou não) sejam presos em celas diferenciadas.

Esta observação soluciona boa parte das questões práticas envolvendo a divisão de celas em atenção ao sexo ou gênero. Afinal, se é dever do Estado tratar a todos com igual consideração, então deve zelar pela integridade de todos aqueles que se encontram sob sua custódia, pouco importando se são homens ou mulheres²⁸³. Sendo assim, tão inadequado quanto prender uma mulher cisgênera em uma cela com vários homens, é prender uma mulher transgênera ou mesmo um homem com trejeitos efeminados na ala masculina. Cada caso deve ser analisado singularmente, e sempre que houver risco à integridade do detento, este deverá ser transferido para uma cela onde se encontrará mais seguro. Não é demais ressaltar que todos estes pontos se aplicam também aos homens transgêneros: caso a descoberta da transgeneralidade seja algo que coloque em risco a integridade do indivíduo, não se deve permitir que homens transgêneros sejam colocados em celas com outros homens cisgêneros. As razões, portanto, não são muito diferentes daquelas que fundamentam a separação de presos em atenção às diferentes facções criminosas.

Importante salientar, ainda, que eventual incômodo de algumas detentas com relação à presença de pessoa transgênera em cela compartilhada não é muito diferente do suposto “constrangimento” que algumas mulheres afirmam sentir ao se depararem com alguém de aparência ambígua nos banheiros. Se não faz sentido vermos banheiros como extensões de nossa sexualidade e gênero, o mesmo vale para celas. Por mais que algumas mulheres se sintam incomodadas por compartilhar seu espaço com, por exemplo, travestis, o fato é que este incômodo não encontra um fundamento propriamente racional. Se não bastasse, o interesse em salvaguardar a integridade física da pessoa transgênera é muito mais relevante do que o “mal-estar” causado com outras mulheres.

²⁸³ O fundamento, além de moral, é legal: a Constituição Federal garante o respeito à integridade física e moral aos presos conforme determina o inciso XLIX do art. 5º.

CONCLUSÕES

Transgêneros desafiam o “vínculo determinístico” que pensamos existir entre as ideias de sexo e gênero. O sexo nem sempre determinará o gênero, o que fica claro quando notamos a existência de mulheres de sexo biológico masculino, homens de sexo biológico feminino, homens e mulheres de sexo indeterminado (i.e., intersexuais), e até mesmo pessoas que não expressam o gênero à luz dos casos típicos de masculinidade e feminilidade (i.e., pessoas de gênero não-binário).

A existência de tais indivíduos motiva o estudo do fenômeno da transgeneralidade por diferentes campos do conhecimento. Perspectivas psicológicas buscam desvendar aspectos ligados à formação da “identidade” destas pessoas, enquanto teorias sociológicas buscam compreender e explicar o impacto causado por transgêneros nas nossas práticas sociais. O Direito, como não poderia deixar de ser, tem claro interesse em solucionar questões jurídicas levantadas por transgêneros, notadamente aquelas onde o gênero do indivíduo se mostra relevante.

A transgeneralidade, portanto, não é um tema novo para os juristas. Mas pouca atenção é dada para este fenômeno: em razão da extrema vulnerabilidade e invisibilidade enfrentada por boa parte dos transgêneros, são poucos os que recorrem ao Estado para terem suas demandas reconhecidas. Disso se segue que, nas raras ocasiões nas quais é estudada por juristas, a transgeneralidade será interpretada sob uma ótica dogmática, buscando “respostas” para diferentes questões em atenção exclusiva à legislação e jurisprudência. Quando muito, busca “definir” a transgeneralidade, apegando-se às ciências médicas e biológicas, e leva em consideração apenas os casos paradigmáticos de transexualidade – considerando apenas aqueles indivíduos que passam por cirurgias e tratamentos de redesignação sexual. Logo, pouca atenção é dada à ideia de gênero, pois na visão de muitos juristas o mais relevante será a “mudança de sexo”. Na prática, se transgêneros “mudam” de sexo, não há qualquer quebra do vínculo determinístico entre sexo e gênero – pois é o sexo que determinaria quem conta como homem ou mulher.

Somente em tempos recentes é que esta perspectiva tradicional vem sendo desafiada por alguns juízes e tribunais. Hoje, há quem não entenda que mudanças de prenome e sexo/gênero de pessoas transgêneras dependam de cirurgias de transgenitalização. Ainda assim, o deferimento dos pedidos continua refém da autoridade de médicos e psicólogos, na

medida em que são exigidos atestados e laudos que comprovem que a pessoa “se identifica” como homem ou mulher. Sendo assim, pessoas transgêneras que claramente se expressam e são reconhecidas socialmente como homens ou mulheres, mas que porventura não tenham passado por uma “certificação” clínica, não serão juridicamente reconhecidos como homens ou mulheres – e continuarão enfrentando situações constrangedoras e vexatórias, notadamente quando precisarem apresentar seus documentos civis.

Esta tese se distingue destes modos tradicionais de lidar com a relação entre transgenerality e Direito, e busca responder questões levantadas por pessoas transgêneras à luz da Filosofia Moral, Política e Jurídica. Desta forma, dois pontos merecem destaque especial: identificar quais são os *direitos* de pessoas transgêneras, objetivo central desta tese, e analisar como devemos aplicar e interpretar um *conceito jurídico de gênero*, enquanto conceito independente da ideia de sexo biológico.

O primeiro passo corresponde a delimitar o que se entende por “direitos”. Tomei como base a teoria de Ronald Dworkin para ressaltar, já na introdução desta tese, que alguns direitos estão intrinsecamente relacionados com a dignidade do indivíduo. A dignidade envolve duas dimensões específicas: o reconhecimento de que cada vida humana é intrinsecamente valiosa, e o reconhecimento de que cada pessoa é eticamente independente para tomar decisões com relação à própria vida. Desta forma, podemos pensar em casos clássicos de direitos que estão diretamente ligados à ideia de dignidade, como o direito de professar uma fé específica e o direito de não ser torturado. Tais direitos independem de previsão legal e são denominados *direitos morais*.

O Estado é especialmente responsável por garantir e respeitar os direitos morais dos cidadãos. Neste sentido, seu principal dever corresponde a tratar todas as pessoas com igual respeito e consideração – o que nos conduz àquilo que Dworkin denomina *concepção liberal de igualdade* (DWORKIN, 1978, p. 272). Disso se segue que tais direitos morais serão, em certa medida, universais, pouco importando o sexo ou gênero do indivíduo. Logo, não existem “direitos morais” exclusivos de pessoas transgêneras, embora existam indivíduos transgêneros cujos direitos morais vêm sendo desrespeitados pelo Estado.

Mas nem todas as demandas de pessoas transgêneras envolverão a ideia de direitos morais. Demandas visando o fim do estigma e maior inclusão social, em atenção à especial vulnerabilidade de pessoas transgêneras, devem ser atendidas através das políticas públicas pertinentes. Estas políticas públicas, como é o caso de ações afirmativas, não se confundem

com direitos morais e estão atreladas a argumentos de ordem política, utilizados para justificar decisões que visam promover ou proteger objetivos coletivos. A busca por tais medidas, enquanto questão política, se dá através do Legislativo e do Executivo, e não através do Judiciário. O sistema de cotas, por exemplo, corresponde a uma medida política que visa reduzir desigualdades materiais na sociedade, aumentando a inclusão de negros no ensino superior. Disso não se segue, entretanto, que negros tenham alguma espécie de direito moral às cotas, embora tenham um “direito legal” em face da lei que as estabelece. Se algum dia a legislação vier a ser revogada, isso não significa que negros estão sendo tratados de forma menos digna que os demais.

De qualquer modo, em questões jurídicas concretas, a principal demanda de pessoas transgêneras corresponde ao reconhecimento de que são homens ou mulheres nas situações onde este reconhecimento implica em tratamento diferenciado por parte da norma jurídica. Assim, por exemplo, mulheres transgêneras desejam ser reconhecidas como mulheres para os fins a legislação previdenciária, o que lhes garante prazo menor para a solicitação da aposentadoria.

A questão que se levanta, nestes casos, é saber o que faz com que uma mulher seja, para fins jurídicos, uma mulher. Para tanto, é necessário saber em que sentido o termo “mulher” está sendo utilizado, pois ele pode estar se referindo ao sexo biológico da pessoa, ou então ao seu gênero (i.e., a forma como ela se expressa e é reconhecida socialmente, independentemente de seu sexo biológico). Em boa parte das situações, como é o caso da legislação previdenciária, entendo que o Direito estará privilegiando o conceito de gênero, o que significa que mulheres transgêneras serão, antes de tudo, mulheres, da mesma maneira como homens transgêneros são homens. Logo, nestes casos específicos, esta tese defende que mulheres transgêneras fazem jus ao regime mais benéfico, ao passo em que homens transgêneros, embora possam ser de sexo feminino, deverão se aposentar como homens – o que não significa que não existam boas razões, de ordem social e política, para alterarmos a legislação e ampliarmos as categorias a serem beneficiadas.

Disso se segue que defendo uma concepção específica sobre o conceito jurídico de gênero. A determinação do gênero do indivíduo, para fins jurídicos, envolve a forma como o indivíduo expressa o gênero (i.e., o modo como responde às normas e expectativas sociais sobre masculinidade e feminilidade) e a identificação ou reconhecimento social de que é de um gênero e não de outro (o que é aferido em atenção à maneira como o indivíduo é percebido pelas demais pessoas de seu círculo social). Por esta perspectiva, alguém poderá ser do gênero feminino ainda que não seja de sexo biológico feminino, e poderá ser do gênero

masculino ainda que não seja do sexo biológico masculino. Em outras palavras, homens e mulheres serão, independentemente de serem ou não transgêneros, homens e mulheres quando os termos em questão são utilizados para designar o gênero. Logo, eventual distinção em prejuízo do indivíduo transgênero, que importar em não o considerar como homem ou mulher quando a norma fizer referência ao gênero, desrespeita seu direito moral a ser tratado com igual consideração e respeito.

Mas existe uma posição “conservadora” que insiste em ver entre os conceitos de gênero e sexo uma relação de determinação. Esta posição, defendida por John Finnis e Christopher Tollefsen, entende que a expressão de gênero, para ser vista como moral e legítima, corresponde à afirmação da realidade corpórea do indivíduo (i.e., seu sexo). Disso se segue que pessoas transgêneras nada mais são do que homens e mulheres “falsos”, na medida em que sua expressão de gênero não leva em consideração as expectativas relacionadas ao seu sexo biológico (i.e., de que machos deverão ser homens, e fêmeas deverão ser mulheres). Nesse sentido, transgêneros induzem terceiros ao erro e prejudicam o ambiente moral adequado onde os cidadãos, e em especial crianças e adolescentes, buscam alcançar a virtude. O prejuízo residiria na quebra das expectativas de sexo e gênero, o que é ofensivo à ideia de complementaridade sexual que demarca a família e o bem básico do casamento. Na medida em que somente machos e fêmeas podem se “unir biologicamente”, gerando novas vidas, tem-se que a realidade corpórea de cada pessoa tem valor intrínseco – o que faz com que eventuais cirurgias visando a “mudança de sexo” nada mais sejam do que a mutilação de um órgão sexual saudável, tornando o indivíduo infértil. Em síntese, esta concepção defende que tratar transgêneros com igual respeito e consideração envolve empreender todos os meios possíveis para que eles possam “voltar” a se identificar com o gênero adequado, sendo contraditório e imoral sustentar a existência de uma “liberdade de expressar o gênero” sem atentar ao sexo biológico do indivíduo.

A concepção de Finnis e Tollefsen também assume contornos perfeccionistas: o Estado tem o dever de promover ou desencorajar condutas que, de algum modo, sejam ofensivas ao bem público, causando algum tipo de dano às demais pessoas. Desta forma, determinadas expressões de gênero deverão ser desestimuladas na medida em que promovem uma percepção equivocada sobre o que vem a ser “homem” e “mulher”, prejudicando famílias e ofendendo ao bem do casamento heterossexual. O Estado não deve assumir uma postura de neutralidade – antes disso, deverá combater toda forma de imoralidade no espaço público. Seus únicos limites correspondem aos atos privados e consensuais entre indivíduos adultos,

na medida em que não causam danos a terceiros. Levada ao extremo, esta perspectiva justifica certos tipos de censura, como a proibição de produção e venda de pornografia, e até mesmo a proibição de manifestações públicas que venham a afirmar a “moralidade” de uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Esta concepção é errada na medida em que se pauta em uma compreensão equivocada sobre a maneira como experienciamos a sexualidade e o gênero. Em última análise, ela se baseia em fatos falsos e implausíveis. Neste sentido, retomo as críticas que formulei em minha dissertação de mestrado, acrescentando que a binariedade macho/fêmea não tem qualquer tipo de valor intrínseco a ponto de justificar um vínculo de dependência entre sexo e gênero. Se alguns indivíduos expressam o gênero de maneiras menos usuais, este fato não tem, por si só, qualquer relevância moral. Além disso, ela leva em consideração uma concepção fraca de autonomia e independência ética, na medida em que os únicos limites da ação estatal se encontram na privacidade e consensualidade dos atos – o que significa que certas formas de se expressar publicamente o gênero poderão ser alvo de sanções estatais, o que é particularmente sensível quando tratamos de questões envolvendo a transgeneralidade.

Ao contrário de Finnis e Tollefsen, entendo que o Estado perde sua legitimidade ao proibir ou desencorajar certas condutas e modos de vida levando em consideração, exclusivamente, determinadas concepções de bem vistas como “autoevidentes” e “intrinsecamente valiosas”. Disso não se segue que diferentes liberdades não possam ser pensadas dentro de esquemas regulatórios, conciliando interesses diversos – como sugere Ronald Dworkin no caso da pornografia. O exemplo da pornografia revela que, embora consumir ou não pornografia seja uma escolha atrelada à independência ética dos indivíduos, nada impede que sua venda e circulação se dê em lugares mais afastados, atendendo aos interesses de muitas pessoas que não desejam se deparar com imagens ou fotos obscenas ao saírem de suas casas. Este tipo de regulamentação não impede que pornógrafos tenham acesso à pornografia, ainda que de modo um pouco mais custoso, e não envolve qualquer consideração de que a pornografia ou o estilo de vida de pornógrafos seja intrinsecamente ruim ou imoral. Além disso, não há razões para se imaginar que consumir pornografia corresponda a um tipo de liberdade fundacional, pois os próprios pornógrafos não lhe atribuem algum “valor” especial, e muitos preferem que seus filhos não tenham contato com ela.

Defendo que algo semelhante se passa quando pensamos nas diferentes formas de expressão de gênero e sua eventual regulamentação. Algumas mulheres, transgêneras ou não, podem gostar de utilizar minissaias e decotes, mas isso não as autoriza de irem vestidas

desta maneira em certos ambientes, como tribunais e igrejas. Existem diferentes normas convencionais ligadas ao decoro e decência que, na prática, podem limitar a forma como expressamos o gênero, notadamente com relação à indumentária. Esta “limitação” é possível porque ninguém sustenta ter o “direito moral” de usar minissaias em tribunais, muito menos em igrejas. Mas é importante salientar que o simples fato de uma pessoa transgênera expressar o gênero com o qual se identifica não é sinônimo de vulgaridade. Pelo contrário: se aceitamos que mulheres cisgêneras utilizem saias e maquiagens, por que proibiríamos mulheres transgêneras de fazer o mesmo?

Disso se segue que antigas normas que visavam combater o “travestismo” em vias públicas feriam liberdades individuais relevantes para pessoas transgêneras. Podemos pensar, portanto, na liberdade de expressão do gênero enquanto direito intrinsecamente relacionado com a independência ética do indivíduo. Ainda que este direito possa (e é) regulamentado em atenção às circunstâncias concretas, a transgeneralidade do indivíduo não é fator que deva ser levado em consideração ao pensarmos em determinados esquemas de regulamentação – como no caso das regras de vestimenta para se entrar em fóruns e tribunais. O fato é que mulheres e homens transgêneros não deixam de ser mulheres e homens, e neste sentido poderão expressar o gênero com a mesma liberdade que indivíduos cisgêneros.

Ao longo desta tese, levantei várias situações e questões que nos permitem refletir as relações entre Direito, Estado e gênero, dando especial atenção às demandas de alteração de prenome e sexo/gênero documentais de pessoas transgêneras. Ao buscarmos a melhor resposta para tais questões, à luz dos argumentos apresentados, somos capazes de identificar diferentes “direitos” de pessoas transgêneras, particularmente direitos morais, diferenciando-os de seus pleitos de natureza social e política. É claro que outros casos poderiam ter sido analisados, e novas variantes poderiam ter sido adicionadas. Ainda assim, esta tese apresenta, de forma analítica, os alicerces filosóficos, políticos, morais e jurídicos que devemos levar em consideração quando refletimos sobre as demandas jurídicas de pessoas transgêneras.

BIBLIOGRAFIA

ARONEY, Nicholas; MILLER, Bradley. Finnis on liberty em MOENS, Gabriel; RATNAPALA, Suri (ed.). **The jurisprudence of liberty**. Sidney: LexisNexis, 2010. University of Queensland TC Beirne Law School Research Paper nº. 11-07. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1853949>. (Acesso em: 09 jul. 2015). 2010.

AUSTIN, John Langshaw. **How to do things with words**. Oxford: Oxford University Press, 1962.

BAMFORTH, Nicholas. RICHARDS, David. **Patriarchal religion, sexuality, and gender: a critique of new natural law**. New York: Cambridge University Press, 2007.

BAYNE, Tim. LEVY, Neil. **Amputees by choice: body integrity identity disorder and the ethics of amputation**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/7794872_Amputees_By_Choice_Body_Integrity_Identity_Disorder_and_the_Ethics_of_Amputation>. (Acesso em: 15 nov. 2016).

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: a experiência vivida**. Trad. Sérgio Milliet. 2ª ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967.

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

_____. Pouco saber para muito poder: a patologização do gênero em POCAHY, Fernando (org.). **Políticas de enfrentamento ao heterossexismo: corpo e prazer**. Porto Alegre: Nuances, 2010.

BUTLER, Judith. **Gender trouble: feminism and the subversion of identity**. New York: Routledge, 1999.

_____. **Undoing gender**. New York: Routledge, 2004.

CASTILHO, Ela Wiecko de. **Sobre o feminicídio**. Boletim IBCCRIM, nº. 270, maio, pp. 4-5, 2015.

CHAPPELL, Timothy. Natural law revived: natural law theory and contemporary moral philosophy em BIGGAR, Nigel. BLACK, Rufus (ed.). **The revival of natural law**: philosophical, theological and ethical responses to the Finnis-Grisez school. Burlington: Ashgate, 2000.

CHASE, Cheryl. Hermaphrodites with attitude: mapping the emergence of intersex political activism em STRYKER, Susan; WHITTLE, Stephen (ed.). **The transgender studies reader**. New York: Routledge, 2006.

COLAPINTO, John. **As nature made him**: the boy who was raised as a girl (e-book). New York: HarperCollins, 2012.

COLEMAN, Brian. **On Stephen Macedo and John Finnis exchange**: natural law, liberalism, and homosexuality: a critical assessment. Thesis, Georgia State University. Disponível em: <http://scholarworks.gsu.edu/philosophy_theses/11/>. (Acesso em: 09 jul. 2015). 2006.

CROWE, Jonathan. **Natural law beyond Finnis**. Research Paper nº. 11-21 – The University of Queensland, TC Beirne School of Law Legal Studies Research Paper Series. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2152780>. (Acesso em: 30 jan. 2015). 2011.

DARWALL, Stephen. Two kinds of respect. **Ethics**, Vol. 88, No. 1, October, pp. 36-49, 1977.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DEVLIN, Patrick. **The enforcement of morals**. New York: Oxford University Press, 1965.

DHEJNE, Cecilia. OBERG, Katarina. ARVER, Stefan. LANDÉN, Mikael. **An analysis of all applications for sex reassignment surgery in Sweden, 1960-2010**: prevalence, incidence, and regrets. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/262734734_An_Analysis_of_All_Applications_for_Sex_Reassignment_Surgery_in_Sweden_1960-2010_Prevalence_Incidence_and_Regrets>. (Acesso em: 15 nov. 2016). 2014.

DUKE, George. **Finnis on the authority of law and the common good**. Legal Theory – Cambridge University Press, vol. 19, pp. 44-62, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Lord Devlin and the enforcement of morals**. The Yale Law Journal, Vol. 75, n°. 6, 1966.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985

_____. **Law's empire**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

_____. **Freedom's law: the moral reading of the american constitution**. New York: Oxford University Press, 1996a.

_____. **Objectivity and truth: you'd better believe it**. Philosophy & Public Affairs, Vol. 25, n°. 2, 1996b.

_____. **Sovereign virtue: the theory and practice of equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

_____. **Is democracy possible here?** New Jersey: Princeton University Press, 2006a.

_____. **Justice in robes**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 2006b.

_____. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. **Religion without god**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

DWYER, James G. **The relationship rights of children**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

FAUSTO-STERLING, Anne. **The five sex**: why male and female are not enough. The Sciences: New York Academy of Sciences, march/april, pp. 20-25, 1993.

_____. **Sexing the body**: gender politics and the construction of sexuality. New York: Basic Books, 2000.

FINNIS, John. **Fundamentals of ethics**. Washington: Georgetown University Press, 1983.

_____. **Liberalism and natural law theory**. Mercer Law Review no. 45, pp. 687-704, 1993.

_____. **Aquinas**: moral, political, and legal theory. New York: Oxford University Press, 1998.

_____. **On 'public reason'**. Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 06-37. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=955815>>. (Acesso em: 25 mai. 2015). 2005.

_____. **Endorsing discrimination between faiths**: a case of extreme speech? Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 08-08. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1101522>>. (Acesso em: 24 mai. 2015). 2008.

_____. **Natural law and natural rights**. 2^a ed. New York: Oxford University Press, 2011a.

_____. **Reason in action**. Collected Essays: vol. I. New York: Oxford University Press, 2011b.

_____. **Intention and identity**. Collected Essays: vol. II. New York: Oxford University Press, 2011c.

_____. **Human rights & common good**. Collected Essays: vol. III. New York: Oxford University Press, 2011d.

_____. **Philosophy of law**. Collected Essays: vol. IV. New York: Oxford University Press, 2011e.

_____. **Religion & public reason**. Collected Essays: vol. V. New York: Oxford University Press, 2011f.

_____. **Equality and differences**. Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 12-82. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2180410>>. (Acesso em: 25 mai. 2015). 2011g.

_____. Reflections and responses em KEOWN, John. GEORGE, Robert (ed.). **Reason, morality, and law: the philosophy of John Finnis**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. **The profound injustice of judge Posner on marriage**. Disponível em: <<http://www.thepublicdiscourse.com/2014/10/13896/>>. (Acesso em: 30 jan. 2016). 2014.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FRASER, Roberta Tourinho Dantas. LIMA, Isabel Maria. **Intersexualidade e direito à identidade**: uma discussão sobre o assentamento civil de crianças intersexuadas. *Journal of human growth and development*, 22(3), pp. 358-366, 2012.

GALLIE, Walter Bryce. Essentially contested concepts. **Proceedings of the Aristotelian society**. New Series, Vol. 56, pp. 167-198, 1956.

GARFINKEL, Harold. **Studies in ethnomethodology**. New Jersey: Prentice Hall, 1967.

GEORGE, Robert P. **Making men moral**: civil liberties and public morality. New York: Oxford University Press, 1993.

_____. (ed.). **Natural law, liberalism, and morality**: contemporary essays. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. **In defense of natural law**. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. **The clash of orthodoxies**: law, religion, and morality in crisis. Wilmington: Intercollegiate Studies Institute, 2002.

_____; **Ruling to serve**: a fundamental argument for limited government. Revista eletrônica First Things. Disponível em: <<http://www.firstthings.com/article/2013/04/ruling-to-serve>>. (Acesso em 15 nov. 2016). 2013a.

_____; **The common good**: instrumental but not just contractual. Disponível em: <<http://www.thepublicdiscourse.com/2013/05/10166/>>. (Acesso em: 15 nov. 2016). 2013b.

GOFFMAN, Erving. The arrangements between the sexes. **Theory and society**, Vol. 4, No. 3, Autumn, pp. 301-331, 1977.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Transexualidade e direitos humanos**: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade. Curitiba: Juruá, 2014.

GOYETTE, John. On the transcendence of the political common good. **The national catholic bioethics quarterly**, Vol 13, Issue 1, Spring, pp. 133-155, 2013.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3ª ed. Stanford: Stanford University Press, 2013.

GREEN, Leslie. The nature of limited government em KEOWN, John. GEORGE, Robert (ed.). **Reason, morality, and law**: the philosophy of John Finnis. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GRISEZ, Germain. **The first principle of practical reason**: a commentary on the *Summa Theologiae*, 1-2, question 94, article 2 em Natural Law Forum, vol. 10, Notre Dame Law School, 1965.

_____. BOYLE, Joseph. FINNIS, John. **Practical principles, moral truth & ultimate ends**. The American Journal of Jurisprudence, vol. 32, 1987.

GRUENKE, Jennifer. **Rethinking the conservative approach to transgenderism**. Disponível em: <<http://www.thepublicdiscourse.com/2015/07/15377/>>. (Acesso em: 15 nov. 2016). 2015.

HANNON, Michael. **Man the political animal**: on the intrinsic goodness of political community. Disponível em: <<http://www.thepublicdiscourse.com/2013/05/9897/>>. (Acesso em: 15 nov. 2016). 2013.

HART, Herbert L. A. **Law, liberty and morality**. Stanford: Stanford University Press, 1963.

_____. **The concept of law**. 3^a ed. New York: Oxford University Press, 2012.

JEFFREYS, Sheila. **Gender hurts**: a feminist analysis of the politics of transgenderism. New York: Routledge, 2014.

JUANG, Richard. Transgendering the politics of recognition em STRYKER, Susan; WHITTLE, Stephen (ed.). **The transgender studies reader**. New York: Routledge, 2006.

KEOWN, John. A new father for the law and ethics of medicine em KEOWN, John. GEORGE, Robert (ed.). **Reason, morality, and law**: the philosophy of John Finnis. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. GEORGE, Robert (ed.). **Reason, morality, and law**: the philosophy of John Finnis. Oxford: Oxford University Press, 2013.

KESSLER, Suzanne J. MCKENNA, Wendy. **Gender**: an ethnomethodological approach. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.

KILLERMANN, Samuel. **The social justice advocate's handbook**: a guide to gender (e-book). Austin: Impetus Books, 2013.

KOGAN, Terry S. **Transsexuals in public restrooms**: law, cultural geography and *Etsitty v. Utah Transit Authority*. Temple political & civil rights law review, Vol. 18, pp. 673-697, 2009.

KOPPELMAN, Andrew. **Is marriage inherently heterosexual?** em American Journal of Jurisprudence, vol. 42, n°. 51, 1997

_____. **The decline and fall of the case against same-sex marriage** em University of St. Thomas Law Journal, vol. 2, Iss. 1, article 2, 2004.

KULICK, Don. **Travesti**: sex, gender, and culture among Brazilian transgendered prostitutes. Chicago: The University of Chicago Press, 1998

LAGO, Pablo Antonio. **Casamento entre indivíduos do mesmo sexo**: uma questão conceitual, moral e política. Curitiba: Juruá, 2016.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna em RIOS, Roger Raupp (org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MACCORMICK, Neil. **Natural law reconsidered**. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 1, nº. 1, 1981.

MACEDO, Stephen. **Homosexuality and the conservative mind** em Georgetown Law Journal, vol. 84, nº. 261, 1995.

_____. **Reply to critics** em Georgetown Law Journal, vol. 84, nº. 329, 1996.

MACEDO JUNIOR., Ronaldo Porto. **O método de leitura estrutural**. Cadernos de Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV. Vol. 4. N. 2. São Paulo, março de 2007.

_____. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento em GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. O que está em jogo quando se discute o que é um casamento? em LAGO, Pablo Antonio. **Casamento entre indivíduos do mesmo sexo: uma questão conceitual, moral e política**. Curitiba: Juruá, 2016.

MCINERNEY, Ralph. **Aquinas on human action: a theory of practice**. Washington: The Catholic University of America Press, 1992.

MCHUGH, Paul. **Transgenderism: a pathogenic meme**. Disponível em: <<http://www.the-publicdiscourse.com/2015/06/15145/>>. (Acesso em: 30 jan. 2016). 2015.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Kitchener: Batoche Books Limited, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Sobre o nome da pessoa humana**. Revista da EMERJ, v. 3, n. 12, pp. 48-74, 2000.

NUSSBAUM, Martha. **The professor of parody**. The New Republic Online. Disponível em: <http://faculty.georgetown.edu/irvinem/theory/Nussbaum-Butler-Critique-NR-2-99.pdf>. (Acesso em: 30 jan. 2016). 2000.

ODERBERG, David S. CHAPPELL, Timothy (ed.). **Human values**: new essays on ethics and natural law. Hampshire: 2004.

PRIORE, Mary Del. **Histórias íntimas**: sexualidade e erotismo na história do Brasil. 3ª ed. São Paulo: Planeta, 2011.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Trad. José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHWARTZ, Daniel. **Perfectionism and subsidiarity**: comments on John Finnis' human rights and the common good. *Jerusalem Review of Legal Studies*, pp. 1-11, 2013.

SHULMAN, Jeffrey. **The constitutional parent**: rights, responsibilities, and the enfranchisement of the child. Yale: Yale University Press, 2014.

STRYKER, Susan; WHITTLE, Stephen (ed.). **The transgender studies reader**. New York: Routledge, 2006.

_____. **Transgender history** (e-book). Berkeley: Seal Press, 2008.

SYMONS, Caroline. HEMPHILL, Dennis. Transgendering sex and sport in the Gay Games em CAUDWELL, Jayne (ed.). **Sport, sexualities and queer/theory**. New York: Routledge, 2006.

TOLLEFSEN, Christopher. Basic goods, practical insight, and external reasons em ODERBERG, David S. CHAPPELL, Timothy (ed.). **Human values**: new essays on ethics and natural law. Hampshire: 2004

_____. Pure perfectionism and the limits of paternalism em KEOWN, John. GEORGE, Robert (ed.). **Reason, morality, and law: the philosophy of John Finnis**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. **Gender identity**. Disponível em: <<http://www.thepublicdiscourse.com/2015/07/15308/>>. (Acesso em: 30 jan. 2016). 2015a.

_____. **Sex identity**. Disponível em: <<http://www.thepublicdiscourse.com/2015/07/15306/>>. (Acesso em: 30 jan. 2016) 2015b.

_____. **What makes a woman a woman: the case of Caster Semenya**. Disponível em: <<http://www.thepublicdiscourse.com/2009/10/995/>>. (Acesso em: 14 set. 2016). 2015c.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O direito do transexual com filhos à cirurgia de transgenitalização em DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VELOSO, Zeno. Nome civil da pessoa natural em PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. 2ª ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

VENTURA, Miriam. Transexualidade: algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual em RIOS, Roger Raupp (org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **A cirurgia de adequação de sexo do transexual e a tutela jurídica da integridade física**. Revista Unicesumar, v. 2, n. 1, pp 17-39, 1998.

WALL, Steven. Perfectionism in moral and political philosophy em ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/perfectionism-moral/>>. (Acesso em: 24 mai. 2015). 2012.

WEST, Candace. ZIMMERMAN, Don H. Doing gender. **Gender and society**, Vol. 1, No. 2, June, pp. 125-151, 1987.

WHITTLE, Stephen. **Respect and equality: transsexual and transgender rights**. Londres: Cavendish Publishing, 2002.

WILLIAMS, Patricia J. **The alchemy of race and rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

WITT, Charlotte (ed.). **Feminist metaphysics**: explorations on the ontology of sex, gender and the self. New York: Springer, 2011a.

_____. **The metaphysics of gender**. New York: Oxford University Press, 2011b.