

## TRANSGÊNERO COMO CATEGORIA DE ANÁLISE

## TRANSGENDER AS CATEGORY OF ANALYSIS

Antonio Marcos Quinupa

Bortolo Valle

Bacharel em Direito, mestrando em Direito pelo Centro Universitário Internacional – Uninter (Linha de Pesquisa: Teoria e História da Jurisdição). Graduado em Letras pela Universidade Tuiuti do Paraná – UTP. Especialista em Literatura Brasileira e História Nacional pela UTRFPR. Membro da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da OAB/PR.

Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUCPR/Brasil. Professor titular do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA e da Faculdade Vicentina (FAVI).

Recebido: 18 de maio de 2018

Aceito: 23 de setembro de 2018

Publicado: 17 de novembro de 2018

# TRANSGÊNERO COMO CATEGORIA DE ANÁLISE

Antonio Marcos Quinupa\*  
Bortolo Valle\*\*

**Resumo:** Temos como proposta metodológica a análise da literatura jurídica em torno do termo identidade de gênero e o Recurso Extraordinário 845.779/SC. Buscar-se-á o tratamento do universo lexical em torno do termo, bem como fazer uso do aporte teórico que nos circunda, oriundo do campo sociopolítico e cultural, levando em consideração o desdobramento que implica a efetiva prática de exclusão do acesso das pessoas transgêneras à justiça: o não entendimento de transgênero como transgressão da norma de gênero e da heteronormatividade hegemônica.

**Palavras-chave:** pessoas transgêneras; cisgenderidade; acesso à justiça; RE 845.779/SC.

## TRANSGENDER AS CATEGORY OF ANALYSIS

**Abstract:** The methodological proposal is the analysis of the legal literature around the term “gender identity” and the appeal to the Brazilian Supreme Court nº 845.779/SC. This paper will approach the lexical universe around the term; as well, the theoretical contribution from the socio-political and cultural field that surrounds us, considering the development that implies an effective exclusion of transgender people from justice: the non-understanding of the transgender as gender standard and the hegemonic heteronormativity.

**Keywords:** transgender people; cisgender; access to the justice; RE 845.779/SC.

---

\* Bacharel em Direito em Curitiba/PR e mestrando em Direito pelo Centro Universitário Internacional – Uninter (Linha de Pesquisa: Teoria e História da Jurisdição). Graduado em Letras pela Universidade Tuiuti do Paraná – UTP. Especialista em Literatura Brasileira e História Nacional pela UTRFPR. Membro da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da OAB/PR.

\*\* Professor titular do programa de Pós-Graduação em filosofia da PUCPR. Professor titular do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA e da Faculdade Vicentina FAVI. <https://doi.org/10.53930/27892182.dialogos.3.80>

## 1. DA ABSTRAÇÃO JURÍDICA SUJEITO DE DIREITO

Antes de adentrarmos às especificidades de que trata nosso campo de investigação, é necessário fazermos breve distinção do que seja sexo, gênero, orientação sexual e identidade de gênero para chegarmos à compreensão do que é a constituição da subjetividade das pessoas transgêneras.

Quando falamos em sexo, o primeiro significado que se nos apresenta é o que está vinculado ao biológico ou genital. Todavia, sexo nos remete somente às diferenças genéticas, fisiológicas e anatômicas entre a genitália do *macho* e da *fêmea* das espécies sexuadas (Lanz, 2015, p. 40), ao passo que gênero é categoria de análise sociológica, política e histórica. É dispositivo de controle social, erigido, sobretudo juridicamente, para instituir normas de conduta, haja vista a produção jurídica da existência de duas (somente duas) categorias de gênero, *homem* ou *mulher* ou *masculino* e *feminino*, que são atribuídas ao nascer e que se inscrevem na certidão de nascimento.

No entanto, a orientação sexual, como a própria expressão aponta, é para onde o desejo é orientado, está vinculada ao desejo erótico e afetivo da pessoa relativamente a quem ela namora ou mantém relação sexual.

Por identidade de gênero tomamos possibilidade uma pessoa constituir-se de forma não prescrita pelo binarismo de gênero: a condição de ser homem ou mulher não está diretamente vinculada ao sexo que foi designado ao nascer e, necessariamente, a orientação sexual não está vinculada ao sexo biológico.

Quando uma pessoa se autodenomina travesti ou transexual, ela não está reivindicando para si a apropriação de ser homem ou mulher. Está exatamente problematizando o *sistema*<sup>1</sup>, que atribui às pessoas que nascem com o aparato biológico masculino a consonância em constituir-se como homem, da mesma forma como a pessoa que nasce com o aparato biológico feminino em constituir-se como mulher.

<sup>1</sup> O *sistema* que estamos denominando decorre da definição de pessoas *cis*, como apresentado pelo movimento transfeminista: pessoa *cis* é pessoa cujo sexo designado ao nascer + sentimento interno/subjetivo de sexo + gênero designado ao nascer + sentimento interno/subjetivo de gênero estão “alinhados” ou “deste mesmo lado” – o prefixo *cis* em latim significa “deste lado” (e não do outro), uma pessoa *cis* pode ser tanto cissexual e cisgênera. Disponível em: <<http://transfeminismo.com/o-que-e-cissexismo/>> Acesso em 22 ago. 2016.

O entendimento de que a identidade de gênero e a orientação sexual correspondem ao sexo designado no nascimento é disseminado pela filósofa Judith Butler como *heteronormatividade* (Butler, 2010, p. 24), de forma que a manifestação de uma orientação sexual e identidade de gênero que não estejam vinculadas ao sexo biológico (atribuído ao nascer) causa uma pane no *cistema* heteronormativo.

A categoria mulher está autocompreendida pela matriz de inteligibilidade (Butler, 2010) que essas pessoas apresentam. Ou seja, quando uma mulher transgênera ou travesti se apresenta, ela está implodindo a norma binária de gênero.

É necessário buscar a compreensão de que a palavra *cisgênera* vem da conformidade entre o corpo e o sexo/gênero/desejo atribuído ao indivíduo, enquanto que para as pessoas transgêneras essa conformidade em algum grau será divergente (divergente da norma sexo/gênero/desejo).

A *cisgeneridade* está posta para as *pessoas conformes* ao seu atributo genital designado ao seu nascimento, já a *transgeneridade* está posta para pessoas *não conformes*, cuja identidade de gênero não está relacionada, não está vinculada ao atributo genital assinalado ao seu nascimento.

Em algum momento a pessoa transgênera torna-se divergente da norma binária de gênero, seja fazendo uso de uma indumentária *tida* como do sexo oposto, passando pela necessidade da retificação de prenome, até a manifestação de vontade de submeter-se a um processo de transgenitalização, o que pode ser um equívoco, pois não necessariamente a pessoa deve submeter-se ao procedimento cirúrgico, uma vez que a identidade de gênero não está estritamente vinculada ao sexo biológico que foi designado ao nascer.

Além do que, para se ingressar em um processo de transgenitalização, há de se esperar por 14 ou 15 anos se solicitado pelo Sistema Único de Saúde, levando-se em consideração que o Brasil conta com apenas quatro centros de referências que dispõem desse atendimento.

Tendo em conta que toda subjetividade é válida, toda forma de constituição do/a sujeito/a é válida, sem deixar de observar que podemos incorrer em uma relativização e, nesta, corremos o risco de perder o foco, e compreendendo que a constituição do sujeito está relacionada a fatores histórico-culturais e so-

ciais, reafirma-se a importância do conceito da centralidade do sujeito apresentada por Norberto Bobbio, em correspondência com a visão individualista da sociedade (Bobbio, 2004, p. 4). Esse conceito é determinante na compreensão de que deve prevalecer a fala do sujeito, pois existem pessoas que se dispõem a passar pelo processo transgenitalizador e outras não, resguardando o direito individual de cada pessoa.

Entendendo que o individualismo é parte da lógica da modernidade, que concebe a liberdade como a faculdade de autodeterminação de todo ser humano (Lafer, 1988, p. 120), por mais que cada pessoa tenha sua forma de se constituir, sua constituição não deve ser generalizada; cada pessoa constitui-se em sua subjetividade.

Problema algum há em considerar as mais diversas formas de constituição de sujeitos. Observar-se-á grande problema no momento em que qualquer um desses sujeitos (especificamente *não conformes*) reivindicar para si a tutela de algum direito, desde os fundamentais da primeira geração aos da terceira (Bobbio, 2004).

A abstração jurídica *sujeito de direito*, ao elencar direitos fundamentais/humanos, seja na *primeira fase* – quando engloba direitos individuais, *v.g.*, direito de liberdade –, como na *segunda fase* – quando se trata de direitos coletivos/sociais, *v.g.*, poder político –, bem como na *terceira fase* – quando despontam os direitos difusos/coletivos –, apresenta-os a partir de uma matriz eurocêntrica/hegemônica que *pressupõe hierarquia* de sujeitos com acesso ao direito: branco, de classe média, cristão, heterossexual, ou seja, contrapondo-se ao que Foucault denominou *sujeitos da sexualidade periférica* – a mulher histórica, a criança onanista, o jovem homossexual e o casal malthusiano (Foucault, 2007).

Elastecendo a discussão, como nos apresenta Foucault em *História da Sexualidade: a vontade de saber*, podemos pensar a constituição da subjetividade das pessoas transgêneras como outros/as sujeitos/as de sexualidade periférica. São relegados ao acesso e garantia do sistema de justiça, que se tornam fragilizados quando os sujeitos acumulam, de forma interseccional<sup>2</sup>, outras identidades étnico-raciais, negro/a bi-les-gay-transsexual. Não que os processos de marginalização possam ser hierarquizados, mas se uma pessoa transgênera for *negra* e morar na

<sup>2</sup> Termo cunhado por Kimberle Crenshaw. Disponível em: <<http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf>> Acesso em: 23 ago. 2016.

periferia, incidirá em processo de descriminalização maior do que uma pessoa *branca* e de classe média.

Em uma incursão no atendimento aos direitos fundamentais das pessoas transgêneras, é essencial entendermos como a retificação de prenome dessas pessoas torna-se imprescindível no momento em que buscam a tutela do Estado para a garantia desses direitos, pois todo aparato jurídico, político, médico e psicossocial dispensado ao entendimento do sujeito de direito exige que se mine cada sujeito – por decorrência, percebemos uma hierarquização a priori

Dessa forma, deve-se superar a hierarquia depreendida da abstração jurídica *sujeito de direitos* que acaba concedendo *privilégios* a determinados sujeitos em detrimento de outros. É necessário pensarmos na inversão da abstração jurídica *sujeito de direito* para *direito do sujeito*, de forma que não tenhamos que nominá-los, que a todos/as tenham tutelados seus pedidos e que sujeitos tidos como *minorias* não tenham seus direitos mitigados.

Assim, denominar-se pessoa transgênera não é reivindicar uma identidade, é uma *condição*; condição de transgressão; transgressão de uma norma, da *heteronormatividade*; transgressão da *heterossexualidade compulsória*, nas palavras de Adrienne Rich<sup>3</sup>.

Tomando *gênero* como categoria de análise, podemos perceber um aparato que nos faz refletir e avançar nas discussões sociopolíticas da assimetria de gênero, bem como na compreensão e combate das desigualdades das pessoas transgêneras e cisgêneras<sup>4</sup>.

Nos anos da década de 1980, destaca-se o texto “Gênero: uma Categoria

<sup>3</sup> Artigo publicado no Caderno Bagoas. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2309/1742>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

<sup>4</sup> Segundo a psicanalista Leticia Lanz, a palavra transgênero foi empregada pela primeira vez em 1992 por um homem trans chamado Leslie Feinberg, com o propósito de reunir a multiplicidade de transidentidades existentes (travestis, transexuais, *dragqueens*, *crossdressers*, *shemales*, *trannies*, transformistas, andróginos etc.) e criar um movimento reivindicatório único, em vez de deixar se perderem os esforços pequenos e os inexpressivos grupos identitários, incapazes por si só de fazer pressão por direitos civis sobre as instituições sociais. Transgênero não é, portanto, uma identidade, mas como eu não me canso de repetir, uma condição sociopolítico e cultural de não conformidade com o dispositivo binário de gênero que, não custa lembrar, é aquele que obriga quem nasceu macho a comportar-se socialmente como homem, assim como quem nasceu fêmea a comportar-se socialmente como mulher. Cisgênero, que se opõe ao termo transgênero, é exatamente a condição sociopolítica e cultural de conformidade ao dispositivo binário de gênero (Lanz, 2015, p. 70).

Útil de Análise Histórica”, de Joan Scott, que marcou o campo dos estudos. Ela se propõe a fundamentar e legitimar gênero como categoria para as análises dos processos sociais históricos e desconstrói o termo gênero desde sua forma gramatical, pois ele implica regras conceituais e limita a possibilidade de uma análise relacional. Joan Scott demonstra como esse termo era utilizado e o desconstrói por ter forma binária de análise.

Quando as feministas norte-americanas veem o gênero em sistema relacional e tentam fazer uma história pela reflexão das mulheres incluídas nos processos sociais, há resistência muito forte na academia e na política; então, Scott enfatiza que há um desafio: estabelecer o gênero como teoria de fato.

A história do pensamento feminista é de recusa da construção hierárquica da relação entre o masculino e feminino, em seus contextos específicos, e a tentativa de reverter ou deslocar-lhe as operações (Scott, 1995, p. 84). Desta forma, Scott lança as bases de sua reflexão para ser pensada como teoria: o gênero é elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos e é forma primária de dar significado às relações de poder (*Idem*, p. 85).

Salientamos o texto de Scott como marco no campo de estudos, bem como o de outras teóricas que vêm na mesma esteira, como Neuma Aguiar, Karen Saks, Paola Tabet e Heitier, que problematizaram outras questões em momentos diferentes. Tais autoras tratam das desigualdades entre homens e mulheres de forma hierárquica, fundamentando suas teses no patriarcado e em noções marxistas. Em perspectiva, remetem-nos aos estudos pós-estruturalistas, que nos aproximam da teoria *queer*, apresentada pelo filósofo Paul Beatriz Preciado<sup>5</sup>.

Em “Multidões *queer*: notas para uma política dos ‘anormais’”, Preciado reposiciona a discussão apresentando que a homossexualidade bem policiada e produzida pela *scientia sexualis* do século 18 explodiu, foi transbordada por uma multidão de “maus sujeitos” *queer* (Preciado, 2011, p. 18).

<sup>5</sup> As teorias *queer* dos anos 90 têm utilizado os enormes recursos políticos da identificação “gueto”, identificações que iriam ter um novo valor político [...] as teorias *queer* respondem com estratégias ao mesmo tempo hiperidentitárias e pós-identitárias. Fazem um uso radical dos recursos políticos da produção performativa das identidades desviadas. Disponível: <https://antropologiadeoutraforma.files.wordpress.com/2013/04/preciado-multidc3b5es-queer.pdf> Acesso online em 8 abr. 2017.

A teoria *queer* redimensiona o arcabouço teórico que, *pari passu*, o movimento feminista vem produzindo em combate ao discurso hegemônico normatizador; *queer* é, também, o sujeito da sexualidade desviante – homossexuais, bissexuais, transexuais, travestis, *drags*. É o excêntrico que não deseja ser “integrado” e muito menos “tolerado”. *Queer* é um jeito de pensar e de ser que não aspira ao centro nem o quer como referência (Louro, 2008, p. 7).

## 2. CONSTITUIÇÃO DA SUBJETIVIDADE DA PESSOA TRANSGÊNERA

A visibilidade dos corpos das pessoas transgêneras, fora da cosmovisão carnavalesca, faz deles *corpos abjetos* (Foucault, 2001). São corpos marginalizados e produzidos sob a penumbra, que não podem/devem ser vistos.

Travar quaisquer discussões a respeito desses corpos não se faz senão com muita adversidade, uma vez que elas não têm respaldo prático, nem discursivo hegemônico ou legítimo médico. Não obstante, esse mesmo corpo está desprovido do respaldo de outro discurso hegemônico que *abjeta*: o discurso jurídico. Pois o discurso jurídico está posto, *a priori*, para atender demandas de pessoas que estão dentro da matriz de inteligibilidade hétero-cis-normativa.

Como investigamos a constituição da subjetividade das pessoas transgêneras – não existindo senão como *subjetivação* – para além de sua autodeclaração, o arcabouço teórico foucaultiano nos traz algumas perspectivas.

Vejamos como o autor nos apresenta as condições de possibilidades para a constituição, formação desses sujeitos: Foucault é conduzido a uma história das práticas em que o sujeito aparece não como instância de fundação, mas como efeito de uma constituição, modos em que aparece como objeto de determinada relação de conhecimento e poder; inscreve-se no campo do verdadeiro e do falso.

Dessa forma, o autor aponta três modos de subjetivação/objetivação dos seres humanos: (i) modos de investigação que pretendem aceder ao estatuto de ciências; por exemplo, objetivação do sujeito falante na gramática geral ou na linguística, do sujeito produtivo na economia política; (ii) modos de subjetivação dos sujeitos das práticas divisantes, o sujeito que é dividido em si mesmo ou dividido a respeito dos outros: separação entre o sujeito louco ou o enfermo e o

sujeito saudável, o criminoso e o indivíduo do bem; (iii) a maneira como o ser humano se transforma em sujeito, a maneira como o sujeito se reconhece como sujeito de uma sexualidade (Castro, 2009, p. 408).

A partir da sexualidade, as pessoas apresentam suas matrizes de inteligibilidade de orientação sexual e identidade de gênero, no entendimento de como se reconhecem como pessoas transgêneras quando se autodeclaram.

Tomemos o entendimento apresentado no documento da Secretaria de Educação da ABGLT – Associação Brasileira de *Gays*, Lésbicas, Travestis e Transexuais. A ABGLT realizou pesquisa de âmbito nacional para verificar a experiência dos adolescentes no ambiente escolar. A Pesquisa Nacional sobre o Ambiente Educacional no Brasil 2016<sup>6</sup> traz experiências de adolescentes e jovens lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais nos ambientes educacionais. Das pessoas entrevistadas, fazendo um recorte de gênero: 7,7% são travestis ou transexuais, delimitação que nos faz inferência de como essas pessoas estão inseridas nesse espaço (escola). Assumir a identidade de pessoa transgênera é submeter-se ao escrutínio de todos/as que estão em sua volta quanto à *passabilidade*, termo que traduz o quanto uma pessoa transgênera se parece fisicamente, se veste, fala, gesticula e se comporta de acordo com os estereótipos do gênero oposto ao que lhe foi consignado ao nascer (Lanz, 2015, p. 421).

### 3. DO ENTENDIMENTO DA LITERATURA JURÍDICA NO TOCANTE ÀS PESSOAS TRANSGÊNERAS

Não prosperou o entendimento autodeclarado de mulher transgênera manifestado por *Ama*, nome social adotado por André dos Santos Fialho, que ajuizou ação de indenização por danos morais em face de Beira-mar Empresa

<sup>6</sup> A pesquisa foi desenvolvida pelo Grupo Dignidade, pelo Centro Paranaense da Cidadania, pelo Instituto Brasileiro de Diversidade Sexual e pelo Espaço Paranaense da Diversidade LGBT em parceria com a Fundación Todo Mejora, Chile; Gay, Lesbian & Straight Educacion Network (GLSEN), EUA; Universidade Federal do Paraná e Universidade Federal do Estado do Paraná – Núcleo de Estudos Afro-brasileiros. Disponível em: <<http://www.grupodignidade.org.br/wp-content/uploads/2016/03/IAE-Brasil-Web-3-1.pdf>> Acesso em 26 mar. 2018.

Shopping Center Ltda., o qual gerou tese de repercussão geral (Tema 778, Recurso Extraordinário RE 845.779/SC) e está sendo entendido como “uso do banheiro”, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso.

O RE ora aventado é tomado como *hard case*, uma vez que trata de posicionamento do Poder Judiciário por falta de entendimento legislativo sob a égide do *ativismo jurídico*. No caso, é clarividente a mitigação de direitos fundamentais direcionados às pessoas transgêneras, especificamente pela atrocidade em que incorreu *Ama*, impedida de satisfazer suas necessidades fisiológicas em consonância com sua identidade de gênero. Como se depreende do acórdão:

Transexual. Proibição de uso de banheiro feminino em *shopping center*. Alegada violação à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade. Presença de repercussão geral. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade. 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado.

A recorrente narra que,

ao entrar no banheiro feminino, como costumeiramente faz em locais públicos, foi abordada por uma funcionária do estabelecimento comercial, que a forçou a se retirar do recinto, sob o argumento de que a sua presença causaria constrangimento às mulheres que ali estavam. [...] impedida de utilizar o banheiro e estando demasiadamente nervosa, não conseguiu controlar suas necessidades fisiológicas, defecando nas próprias vestes, mesmo sob o olhar das pessoas que transitavam pelo shopping.

Para além das três teses apresentadas pelo ministro Barroso, *dignidade como valor intrínseco de todo indivíduo, dignidade como autonomia de todo indivíduo, dever constitucional do estado democrático de proteger as minorias*, encontramos ainda dispositivos previstos no âmbito jurídico brasileiro e internacional para garantia da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais concernentes às pessoas transgêneras, que o caso examinado suscita.

A CRFB/88 comporta os artigos 1º, III; 5º, I, III, V, X, XXXII; 102, III, a. Dos tratados assinados e ratificados pelo Brasil:

- Declaração Universal dos Direitos Humanos;
- Convenção Americana de Direitos Humanos;
- Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos;
- Princípios de Yogyakarta;
- Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância (assinada, não ainda ratificada).

Para além do entendimento proporcionado pelo legislador, temos os tratados internacionais ratificados, que serviriam de suporte para as discussões em torno dos pedidos formulados pelas pessoas transgêneras.

Todavia, há que se promover a discussão, uma vez que será enfrentado pelo STF o julgamento do RE 845.779, que trata do uso de banheiro por pessoas transgêneras. Os princípios que mais se adequam para a análise em questão são aqueles do documento “Princípios de Yogyakarta”, que dispõem de normas de direitos humanos e sua aplicação às questões de orientação sexual e identidade de gênero.

Dessa forma, manter-se-iam as posturas hermenêuticas que enfatizam o conteúdo dos princípios albergados na Constituição, sem, contudo, tratar de modificar seu texto e tendendo a preservar os grandes princípios que inspiraram a sua elaboração (Coelho, 2017, p. 146).

A título de problematização, para observar a improficuidade do entendimento da literatura jurídica em torno do que seja identidade de gênero, no caso das pessoas transgêneras, fica desconexo o dispositivo constitucional que aduz aos *tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais* (art. 5º, § 3º). É o caso dos Princípios de Yogyakarta, tratado do qual o Brasil é signatário, e se se observar tal dispositivo há uma expectativa para toda a comunidade de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais – LGBT<sup>7</sup> –

<sup>7</sup> A Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT tem um entendimento diferente em torno da sigla T como mencionamos acima, entendida como Transgêneros, açabarcando identidades como transexual, travesti, *crossdresser*, *dragqueen* etc.

para a garantia a todos (e todas) da *igualdade perante a lei, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada* de cada pessoa (art. 3º, IV e art. 5º, X).

Com a observação dos dispositivos dos Princípios de Yogyakarta, resolver-se-ia a celeuma em *relação à orientação sexual e identidade de gênero*; sobretudo às pessoas transgêneras seriam assegurados os princípios da *dignidade da pessoa humana* e dos *direitos da personalidade*.

Não haveria necessidade de movimentações políticas para o Legislativo propor projetos de leis, como é o caso do Projeto de Lei 5.002, de 2013, apresentado por Jean Wyllys (PSOL/RJ) e Erika Kokay (PR/DF), que dispõe sobre o direito a identidade de gênero – conhecido como a Lei João Nery. O que mais se vê é uma grande confusão em torno de sexo, gênero, orientação sexual e identidade de gênero, para não dizer do festival de horrores em torno do tema.

#### 4. TRANSGÊNERO COMO CATEGORIA DE ANÁLISE DA DOCTRINA JURÍDICA

O direito do trabalho tem tido críticas por parte de alguns operadores do direito no sentido de ser *pro labore* (pró-funcionário), paternalista. Porém, uma investigação um pouco mais detida faz-nos perceber que, dentro do arcabouço do direito, o direito do trabalho é o que mais se aproxima das garantias dos direitos fundamentais abarcados pela CFR/88, em decorrência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), bem como dos Princípios de Yogyakarta (ONU/2006).

Tomemos como referência a Convenção 111 da OIT, aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1958), que entrou em vigor no plano internacional em 15 de junho de 1960 e da qual destacamos o art. 1º, alínea a:

dos sujeitos a quem se destina a virtualidade da garantia de direito das pessoas no ambiente do trabalho. Para os fins da convenção, o termo “discriminação” compreende: toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política,

ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

No caso em apreço, será analisada a categoria *sexo* para se alcançar as pessoas de orientação sexual transgênera e verificar como elas têm sido entendidas pelas declarações de direitos humanos, bem como nas obras doutrinárias de grande profusão no meio jurídico brasileiro, isto é, pela literatura jurídica.

Retomando o pressuposto de que o direito do trabalho aproxima-se das garantias dos direitos fundamentais, ainda observamos falta de equalização referente à comunidade LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros), como apresenta Alice Monteiro de Barros, em versão atualizada por Jessé Claudio Franco de Alencar, ao conceituar a prática de atos sexuais ou a mera atração por pessoas do mesmo sexo por homossexualismo (Barros, 2016, p. 785), sendo que o termo *homossexualismo* remete à patologia que foi retirada, em 17 de maio de 1990, pela Organização Mundial da Saúde – OMS, do Código Internacional de Doença – CID.

Prossegue a autora definindo o transexual (se for homem transexual o termo corresponde; agora, se for mulher transexual o termo seria *a* transexual) como a pessoa obcecada por alterar o seu próprio corpo e ajustá-lo no que considera verdadeiro (*sic*); percebe, ao utilizar o termo *obcecada*, acaba por remeter as pessoas transgêneras à categoria patologizante.

Todavia, sem intenção de contrapor disciplinas, pois a diferenciação epistemológica dos saberes não deve ser confundida com uma hierarquia axiológica (Lopes, 1999, p. 189), a perspectiva do direito do trabalho (como foi observado) esforça-se para agregar os sujeitos de sexualidades periféricas (para fazer uso do termo foucaultiano).

Já no direito penal, segundo Cezar Roberto Bittencourt, a homossexualidade é vista como *ações meramente imorais* (Bittencourt, 2010, p. 45). Ele acrescenta, na edição de 2016, às ações meramente imorais (*sic*) a categoria de pessoas que cometem a infidelidade no matrimônio (Bittencourt, 2016), ao ampliar o rol de *ações meramente imorais*. É como se pudéssemos perceber um nefasto entendimento que os teóricos da literatura jurídica estão fazendo

em torno do tema quando é ampliada a discussão para o grande público. As propostas dos projetos de lei que mencionamos acima trazem o tema para o grande público.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao suscitar o entendimento de como as pessoas transgêneras se constituem, pela bibliografia abordada, o campo da literatura jurídica nos traz, pela área de conhecimento do direito do trabalho, uma perspectiva indelével de patologização.

Todavia, a questão não girou em torno de dissociar o discurso médico do discurso jurídico, pois a condição transgênera é uma condição de transgressão, tão somente, da norma binária de gênero.

Da celeuma apontada quanto ao entendimento da constituição da subjetividade da pessoa transgênera – especificamente da mulher transgênera, que buscamos observar –, suscitou-se uma questão apontada pelas críticas radicais dos movimentos feministas, qual seja: a de que os homens são agressores em potencial. Se nos colocarmos frente ao entendimento expresso na alegação do recorrido, que *Ama* “causaria constrangimento” por fazer uso do banheiro em consonância com sua identidade de gênero. Ocorre que nada desse entendimento procede, pois de fato, como vimos desde nossa argumentação inicial, as pessoas transgêneras estão simplesmente incorrendo na transgressão de norma vigente, a *heteronormatividade*, tutelada pelo discurso hegemônico, especificamente pelo discurso jurídico.

Apropriar-se do constructo produzido pelo movimento transgênero é efetivar garantia de direitos fundamentais às pessoas que trazem, historicamente, a marca da marginalização. É repensar o entendimento que os operadores do direito vêm dispensando a essa população.

## POST SCRIPTUM

Como aventado no resumo do artigo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275, de relatoria do ministro Marco Aurélio, tem incidência no tema concernente às pessoas transgêneras.

A ADI foi proposta em 2009 pela Procuradoria Geral da República e o pleito girava em torno da retificação de prenome e sexo de pessoas *transsexuais*, independente de cirurgia, mas condicionadas a laudos de psicólogos e psiquiatras atestando sua transexualidade.

Tema conexo e de relevância a esta ADI é o Recurso Extraordinário 670.422/RS, de relatoria do ministro Dias Toffoli. O RE teve repercussão geral reconhecida em 2014, recurso interposto pela jurista Maria Berenice Dias, e versa sobre a possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

Em sessão plenária na data de 22 de novembro de 2017, por ocasião do julgamento do RE 670.422/RS, o ministro Marco Aurélio pediu vistas para julgamento conjunto com a ADI 4.275. Dessa forma, novo julgamento foi pautado para a data de 22 de fevereiro de 2018, mas por extensão da pauta o julgamento foi retomado somente em 28 daquele mês e finalizado na tarde do dia 1º de março.

Para além do reconhecimento do direito à mudança de prenome e sexo das pessoas transgêneras independente de cirurgia de transgenitalização, de laudos e ação judicial, é salutar a observância de que o entendimento de pessoas transgêneras pelo STF é consonante, também, com a tese que apresentamos ao longo do texto: entendimento abrangente, termo guarda-chuva para todas as pessoas divergentes da norma binária de gênero.

## REFERÊNCIAS

- Abbagnano, N. (2003). *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes.
- Bento, B. (2008). *O que é transexualidade*. São Paulo: Brasiliense.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) 845779. Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Brasília, na sua página oficial na rede mundial de computadores: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7971144> Acesso em: 26 mar. 2018.
- Butler, J. (2010). *Problema de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Coelho, L F. (2017). *Direito constitucional e filosofia da constituição*. 4. impr. Curitiba: Juruá.
- Foucault, M. (1988). *História da sexualidade I a vontade de saber*. 18. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal.
- Foucault, M. (1999). *Vigiar e punir*. 30. ed. São Paulo: Vozes.
- Foucault, M. (2001). *Os anormais*. 18. ed. São Paulo: Martins Fontes.
- Foucault, M. (2005). *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU.
- Foucault, M. (2006). *A hermenêutica do sujeito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes.
- Foucault, M. (2006b). *O poder psiquiátrico*. São Paulo: Martins Fontes.
- Foucault, M. (2007). *As palavras e as coisas*. 9. ed. São Paulo: Martins Fontes.
- Foucault, M. (2009). *A arqueologia do saber*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- Hall, S. (2005). *A identidade cultural na pós-modernidade*. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A.
- Hespanha, A. M. (2012). *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina.
- Hespanha, A. M. (2013). *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume.
- Louro, G. L. (2008). *Um corpo estranho - ensaios sobre sexualidade e teoria queer*. 1.ed.; 1. reimp. – Belo Horizonte: Autêntica.

Preciado, P. B. (2008). *Texto Yonqui*. España: Espasa Calpe.

Preciado, P. B. (2014). *Manifesto contrassexual*. São Paulo: n. 1 edições.

Lakatos, E. M., & Marconi, M de A. (1985). *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas.

Machado, R. (2006). *Foucault, a ciência e o saber*. 6. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

Vieira, T. R. (2008). *Nome e sexo: mudança no registro civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Direitos Autorais (c) 2018 Antonio Marcos Quinupa e Bortolo Valle



Este texto está protegido por uma licença [Creative Commons](#)

Você tem o direito de Compartilhar - copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato - e Adaptar o documento - remixar, transformar, e criar a partir do material - para qualquer fim, mesmo que comercial, desde que cumpra a condição de:

Atribuição: Você deve atribuir o devido crédito, fornecer um link para a licença, e indicar se foram feitas alterações. Você pode fazê-lo de qualquer forma razoável, mas não de uma forma que sugira que o licenciante o apoia ou aprova o seu uso.

[Resumodalicença](#) [Textocompletodalicença](#)