

Direitos de pessoas trans* em perspectiva comparada: O papel do conceito de dano no Brasil e na Alemanha

Trans rights in comparative perspective: Discussing the concept of Harm to self in Brazil and Germany*

Ligia Fabris Campos

FGV Direito Rio, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: ligia.fabris@fgv.br

Artigo recebido e aceito em agosto de 2016.

Resumo

Por que razão o Estado, por meio do direito, se arroga na posição de determinar quem é ou pode ser homem ou mulher (e somente uma das duas opções), em quais circunstâncias, sob que requisitos? O objetivo do presente artigo é investigar a regulação dos direitos de pessoas trans* no Brasil e na Alemanha. Os dois países são aqui vistos como duas faces de uma mesma moeda: meu argumento é de que o conceito de 'dano', à luz da perspectiva crítica dos estudos de gênero, especialmente do conceito de heteronormatividade, pode ser a chave para entender as contradições, retrocessos e avanços, assim como para questionar, criticar e oferecer alternativas quanto a direitos e leis sobre transexuais. A identificação dessas tensões me levará a concluir que a redefinição do sentido de 'dano' foi essencial para compreender as variações ocorridas nos respectivos direitos. Por fim, será proposta uma perspectiva mais inclusiva para o reconhecimento jurídico da diversidade das identidades trans.

Palavras-chave: direito à identidade de gênero; trans*; dano; heteronormatividade; Brasil e Alemanha.

Abstract

The objective of my proposal is to to analyse transgenders rights in Brazil and in Germany. These are countries where this issue has reached a high level of complexity and controversy, generating significant impacts on civil society in the legislative and judiciary. The two countries are, in my view, two sides of the same coin: my argument is that the concept of 'harm' in the light of the critical perspective of gender studies, may be the key to understanding the contradictions, setbacks and advances as well as to question, criticize and offer alternatives regarding the rights and laws of trans* persons.

Keywords: gender identitiy; transgenders rights; heteronormativity; harm; Brazil and Germany.

Introdução *

O presente artigo tem por objeto os direitos de transexuais no Brasil e na Alemanha. Trata-se de dois países onde essa questão atingiu grau elevado de complexidade e controvérsia, gerando importantes reflexos na sociedade civil, no poder legislativo e judiciário. Os dois países são, a meu ver, duas faces de uma mesma moeda: meu argumento é de que o conceito de ‘dano’, à luz da perspectiva crítica dos estudos de gênero, pode ser a chave para entender as contradições, retrocessos e avanços, assim como para questionar, criticar e oferecer alternativas quanto a direitos e leis sobre transexuais.

O artigo está dividido em três partes: primeiramente, eu apresentarei os conceitos principais de estudos de gênero que servirão de base para a posterior análise. Em segundo lugar, a partir da reinterpretação do conceito de ‘dano’ com base no conceito de heteronormatividade, eu analisarei a legislação e a jurisprudência em relação aos direitos de transexuais no Brasil e na Alemanha. Finalmente, eu apontarei uma série de tensões em relação aos processos de reconhecimento de direitos de transexuais nos dois países. A identificação dessas tensões me levará a concluir que a redefinição do sentido de ‘dano’ foi essencial para compreender os avanços e retrocessos ocorridos nessa esfera.

1. Estudos de gênero como marco teórico

A pergunta geral que orienta minha investigação é: por que razão o Estado, por meio do direito, se arroga na posição de determinar quem é ou pode ser homem ou mulher (e somente uma das duas opções), em quais circunstâncias,

* Esse artigo apresenta uma parte do argumento de minha tese de doutorado. As ideias aqui desenvolvidas foram anteriormente discutidas em colóquios de doutorandos de Susanne Baer, na Humboldt Universität zu Berlin (2015), no *World Congress of Constitutional Law* em Oslo (2014), no Workshop “*Non-Discrimination, Human Rights and Social Inequalities: Latin American and Global Perspectives*” da Freie Universität Berlin (2016), e no Seminário “*Direito e Gênero*” na Uerj (2016). Agradeço, principalmente, as críticas recebidas, incorporadas em grande parte na redação deste artigo. Em especial, sou grata a Kathleen Jäger, Sophia Ermert, Guilherme Leite Gonçalves e Virgílio Afonso da Silva por seus comentários à versão preliminar em língua inglesa desse artigo.

sob que requisitos? Dessa forma, meu objetivo é mostrar criticamente os efeitos disciplinadores e excludentes dos direitos e da jurisprudência sobre transexuais. Isso significa que esta pesquisa está situada no campo que questiona o que os homens e as mulheres são e deveriam ser, como a feminilidade e a masculinidade são definidos, quem tem o poder de determinar isso, quais são as suas consequências e como as constelações de gênero mudam no espaço e tempo. Tal como definido por Susanne Baer, os Estudos de Gênero dizem respeito a processos de inclusão e exclusão e a assimetrias relacionadas ao sexo construído. Explicitar essas hierarquias é importante para que se possa mudá-las.²

Concretamente, pretende-se analisar como o conceito de *cis-heteronormatividade*³ se faz presente e pode determinar os direitos de pessoas trans e suas interpretações. Tal conceito descreve a crença socialmente construída de que há apenas dois gêneros, dos quais decorrem características de feminilidade e masculinidade que, por sua vez, desempenham papéis específicos, distintos e complementares, em que cada qual deve corresponder a certas características, aparência e comportamento para ser considerado 'normal', como, por exemplo, a orientação sexual para (o dito) 'sexo oposto' e a expectativa de que o gênero psíquico deve corresponder ao físico.⁴ Está claro, assim, seu caráter disciplinador.

² Susanne Baer, "Recht: Normen zwischen Zwang, Konstruktion und Ermöglichung - Gender Studien zum Recht.," in *Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung: Theorie, Methoden, Empirie*, ed. Ruth Becker and Beate Kortendiek, vol. 35, *Geschlecht & Gesellschaft* (Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2010), 547.

³ O uso do prefixo "cis" faz referência a "cisgênero", que, conforme Jaqueline de Jesus, é um "conceito "guarda-chuva" que abrange as pessoas que se identificam com o gênero que lhes foi determinado quando de seu nascimento". O termo é cunhado como contraposição a "Transgênero", que também é um conceito amplo, "que abrange o grupo diversificado de pessoas que não se identificam, em graus diferentes, com comportamentos e/ou papéis esperados do gênero que lhes foi determinado quando de seu nascimento." *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. (Brasília, 2012), 14. Publicação online disponível no site www.sertao.ufg.br Os termos buscam pontuar que o sistema sexo/gênero/desejo é uma construção social que comporta variações, e não, simplesmente, a "ordem natural das coisas".

⁴ Anja Schmidt, "Geschlecht, Sexualität und Lebensweisen" in *Feministische Rechtswissenschaft: Ein Studienbuch*, ed. Lena Foljanty and Ulrike Lembke, 2. aktualisierte und überarbeitete Auflage. (Baden-Baden: Nomos, 2012), 213; sobre a heterossexualidade como a *Matrix* da nossa ordem social: Baer, "Recht: Normen zwischen Zwang, Konstruktion und Ermöglichung - Gender Studien zum Recht." 551; Também sobre heteronormatividade, ver: Sarah Elsuni, "Zur ReProduktion von Machtverhältnissen Durch Juristische Kategorisierungen Am Beispiel 'Geschlecht'." in *Wissenschaft(f) Geschlecht: Machtverhältnisse Und Feministische Wissensproduktion*, ed. Lena Behmenburg et al. (Helmer, 2007), 136.

Transexuais, intersexuais e homossexuais, por exemplo, desafiam a *ordem compulsória sexo/gênero/desejo*. Transexuais, o foco da presente análise, são comumente definidos como pessoas que têm um sexo biológico claro – no sentido heteronormativo –, e sentem que sua identidade de gênero (ou, como chamado na medicina, ‘sexo psíquico’) não corresponde ao físico. De forma mais ampla, pode-se dizer que pessoas trans* (transexuais, travestis, e transgêneros em geral) transitam entre os gêneros ou reivindicam a passagem de um gênero para o outro, formal e juridicamente.⁵ Como já demonstrou Berenice Bento⁶, no entanto, ao contrário do que frequentemente se pensa, pessoas trans não necessariamente rejeitam a aparência de seu corpo ou sua genitália.⁷

Além disso, quanto à orientação sexual, pessoas trans* apresentam tantas variações quanto as pessoas heterossexuais – podem, por exemplo, ser gays, lésbicas, bissexuais etc. Identidade de gênero e orientação sexual são conceitos distintos. O primeiro diz respeito à identificação da própria pessoa: como se sente, com que gênero se identifica (e, nesse sentido, pode ser também não-binário, isto é, não se identificar como homem, nem como mulher). O segundo conceito diz respeito à atração afetivo-sexual. Se uma mulher trans se sente atraída por homens, ela é heterossexual; se por mulheres, ela é homossexual, uma vez que homossexuais são pessoas que “se atraem afetivo-sexualmente por pessoas do gênero igual àquele com o qual se identifica”.⁸

⁵ Berenice Bento, *O Que É Transexualidade* (São Paulo: Brasiliense, 2008), 17.

⁶ Berenice Bento, *A Reinvenção do Corpo: Sexualidade e Gênero na Experiência Transexual* (Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2006), p. 231.

⁷ As/os transgêneros “(...) são indivíduos que, na sua forma particular de estar e/ou de agir, ultrapassam as fronteiras de gênero esperadas/construídas culturalmente para um e para outro sexo. Assim, são homens, mulheres (e pessoas que até preferem não se identificar, biologicamente, por expressão alguma) que mesclam, nas suas formas plurais de feminilidade e masculinidade, traços, sentimentos, comportamentos e vivências que vão além de questões de gênero como, corriqueiramente, são, no geral, tratadas.” Enézio de Deus Silva Júnior, “Diversidade Sexual e Suas Nomenclaturas,” in *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*, ed. Maria Berenice Dias (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011), 98. Já “travestis são pessoas que vivenciam papéis de gênero feminino, mas não se reconhecem como homens ou como mulheres, mas como membros de um terceiro gênero ou de um não gênero. A maioria das travestis prefere ser tratada no feminino, considerando insultuoso serem adjetivadas no feminino (...)”. Jaqueline Gomes de Jesus, *Homofobia: Identificar e Prevenir* (Rio de Janeiro: Metanoia, 2015), 55.

⁸ de Jesus, *Homofobia: Identificar e Prevenir*, 43.

Intersexuais, por sua vez, não se confundem com transexuais: são pessoas que nascem com características físicas tanto do sexo feminino e quanto do masculino, como uma genitália ambígua ou uma que não corresponde aos cromossomos.⁹

Esclarecidos os conceitos-chave, passarei à análise do caso brasileiro.

2. A regulação dos direitos dos transexuais no Brasil

No Brasil, até 1997, transexuais não tinham quaisquer direitos específicos reconhecidos. A realização de cirurgia de transgenitalização era considerada não apenas ilícito civil, mas também crime. À época, afirmava-se que amputar parte saudável do corpo era um ato ilegal, e o consentimento do paciente não tinha qualquer valor jurídico. Há, inclusive, o precedente da prisão preventiva de um médico, Roberto Farina, que efetuou a cirurgia em um paciente em SP. O judiciário brasileiro considerou, de início, que o médico praticou o crime de lesão corporal gravíssima, previsto no art. 129, § 2º, III do Código Penal brasileiro. Ao final do processo judicial, no entanto, o médico foi absolvido, pois entendeu-se que não havia previsão criminal para sua conduta. Porém, a polêmica permaneceu. A lei brasileira, em seu silêncio, era eloquentemente cis-heteronormativa: uma pessoa só poderia ser um homem ou uma mulher, e essa distinção, considerada imutável, era dada e constatada no nascimento.

Atualmente, embora não tenha havido qualquer modificação na legislação penal, a cirurgia é permitida e realizada gratuitamente em hospitais públicos. Em 1997, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução n. 1.482¹⁰, que, além de autorizar, a título experimental, a cirurgia de transgenitalização, afirmava que o procedimento não constitui crime de lesão corporal gravíssima do Código Penal. A justificativa se baseava no caráter terapêutico da operação, que ‘adequa’ o sexo físico ao sexo psíquico pela medicina dos denominados “portadores de desvio psicológico permanente de

⁹ Schmidt, “Geschlecht, Sexualität und Lebensweisen,” 214; Jansen, “Sexualität,” 111.

¹⁰ Conselho Federal de Medicina, “Resolução N.º. 1482/1997,” 1997, http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm

identidade sexual".¹¹ Depois desta Resolução outras duas foram editadas, em 2002 e 2010, que confirmaram e especificaram este tipo de operação.¹²

Dessa forma, a cirurgia de transgenitalização só se tornou juridicamente possível no Brasil graças ao consenso médico.¹³ A legislação, no entanto, permaneceu a mesma. Pode-se inferir, assim, que ela foi apenas reinterpretada: o que poderia ser visto como um dano se tornou, dada a Resolução do Conselho Federal de Medicina, um benefício terapêutico. A heteronormatividade, no entanto, permanece intacta: entende-se que pessoas nascem com um sexo e o total de sexos existentes é dois. Quem 'desvia' dessa norma é excluído e sofre efeitos disciplinadores: (1) quem quiser mudar o 'sexo biológico' é caracterizado como portador de um distúrbio psiquiátrico, e (2) o tratamento é uma cirurgia que realiza a amputação, a esterilização e inúmeras reconstruções plásticas. E isso não é tudo: essa lógica foi reforçada no Código Civil, de 2002.

2a. O Código Civil Brasileiro

O Código Civil brasileiro, vigente desde 2002, abriu, junto com o Conselho Federal de Medicina, um caminho jurídico seguro para a cirurgia de transgenitalização. O Art. 13 do respectivo Código, copiando o art. 5º do Código Civil italiano de 1942¹⁴, estabelece: "Salvo por exigência médica, é

¹¹ Resolução Do Conselho Federal De Medicina N° 1955, 2010, http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm.

¹² Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>, acesso em 26.02.2010.

¹³ Hoje em dia, o chamado "processo transsexualizador" é regulamentado pelo Ministério da Saúde e integra a cobertura do SUS desde 2008, por meio da Portaria 457. As medidas médicas para pessoas trans abrangem acompanhamento por uma equipe multidisciplinar (formada inclusive por psiquiatra) por no mínimo dois anos com tratamento hormonal, além de uma série de cirurgias como a retirada de órgãos sexuais internos e externos ou construção plástica da genitália. Atualmente, a pessoa precisa ter mais de 21 anos de idade para que possa se submeter à cirurgia de transgenitalização. Para o tratamento hormonal, deve-se ter mais de 18 anos de idade. Cf. Portaria-MS 2.803/2013, art. 13, §2º, I e II. Para uma descrição mais detalhada do procedimento, ver Berenice Bento, Berenice Bento, *A Reinvenção do Corpo: Sexualidade e Gênero na Experiência Transexual*, 47 e ss, especialmente 50-51.

¹⁴ Redação original do artigo italiano: "Art. 5, Atti di disposizione del proprio corpo: Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della

defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Como a transexualidade é considerada uma doença na resolução do Conselho Federal de Medicina, consolidou-se a possibilidade da realização da cirurgia, pois esta é o tratamento médico prescrito. O requisito da ‘exigência médica’ está, então, preenchido.

Se, por um lado, isso representou um avanço, na medida em que tornou juridicamente possível a realização da cirurgia; de outro, no entanto, representa ainda um grande retrocesso, porque a operação é considerada um tratamento para uma *doença*. Isso configura estigma ao invés de reconhecimento e direito ao livre desenvolvimento da personalidade.¹⁵ A ‘alternativa’ médica fixa a identidade de transexuais como ‘transtorno psiquiátrico’. Assim, para manter a ordem bipolar heteronormativa, a legislação brasileira atribui a essa identidade uma conotação negativa e depreciativa (um desvio, uma chaga), e expõe as pessoas trans a mais discriminação. Tal ‘alternativa’ está, portanto, muito longe de ser satisfatória.

2b. As questões a serem enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶

Recentemente, em 2009, 2012 e em 2014, foram propostas três ações judiciais no Supremo Tribunal Federal que versam especificamente sobre direitos de pessoas trans¹⁷.

integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all’ordine pubblico o al buon costume (1418)”. “Codice Civile,” 1942, http://www.lexced.it/codice_civile.aspx?libro=1.

¹⁵ “É um paradoxo que mulheres transexuais sejam rotuladas de homens doentes para serem aceitas como mulheres”, afirma a Profa. Sílvia Pimentel, membro do Comitê de Mulheres da ONU. “UN-Komitee Fordert Mehr Rechte Für Transsexuelle Frauen in Deutschland,” accessed November 21, 2012,

http://atme-ev.de/index.php?option=com_content&view=article&id=27:un-komitee-fordert-mehr-rechte-fuer-transsexuelle-frauen-in-deutschland&catid=1:pressemitteilungen&Itemid=2.

¹⁶ Para um panorama dos processos que foram a julgamento no Supremo Tribunal Federal e versam sobre questões de gênero de maneira mais ampla, ver Juliana Cesario Alvim Gomes, “O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso”, neste dossiê.

¹⁷ Sobre a seletividade da proteção do direito à integridade física (também em relação aos direitos reprodutivos), quanto a pessoas trans e pessoas cisgêneras (e heterossexuais), ver: Lígia Fabris Campos, “O Gênero Bate às Portas do Supremo,” *Jota*, 18 de Novembro de 2015.

A primeira, a ADI 4.275/DF, de iniciativa da Procuradoria Geral da República, objetiva a declaração de inconstitucionalidade do art. 58 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), que estabelece a imutabilidade do prenome. Com isso, pretende-se possibilitar a alteração do prenome e do sexo registrado de pessoas trans, sem a obrigatoriedade de cirurgia. A argumentação se baseia, de um lado, em argumentos médico-patológicos do manual de doenças psiquiátricas dos Estados Unidos (DSM, atualmente em sua 5ª edição)¹⁸ e, de outro, no direito à autodeterminação da pessoa. Nela, se postula ainda a existência de um direito fundamental à identidade de gênero, que se poderia extrair do princípio da dignidade humana (art. 1º, III), da igualdade e da liberdade (art. 5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, IV) e da privacidade (art. 5º, X), todos da Constituição Federal de 1988.

A petição inicial sustenta que não é a cirurgia que atribui à pessoa a condição de transexual. Além disso, a lei, ao determinar a proteção da pessoa contra nomes que a expõem ao ridículo, deve assegurar às pessoas trans a mudança do nome de acordo com sua identidade de gênero, para que assim se evite que a pessoa esteja exposta a situações vexatórias. Ao final, a petição inicial conclui que, admitindo-se então a possibilidade de mudança do nome (que indicava um gênero e, com a alteração, passa a indicar outro), deve-se permitir a alteração do sexo registrado, para que a finalidade da lei de proteger o indivíduo de situações humilhantes seja plenamente cumprida. Cita-se, nesse sentido, o precedente do Tribunal Constitucional alemão, que reconheceu a possibilidade de alteração do nome e sexo no registro independentemente de cirurgia.¹⁹ O processo ainda não foi levado a julgamento.

A segunda, o Recurso Extraordinário 670.422/RS, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, tem por objeto a “possibilidade de alteração de gênero

Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/o-genero-bate-as-portas-do-supremo>>, acesso em 3.08.2015.

¹⁸ Além do DSM, a transexualidade é considerada uma doença psiquiátrica pela Organização Mundial de Saúde em seu CID, atualmente na 10ª edição, no item F.64.0. Para um estudo aprofundado sobre a categorização das identidades trans enquanto patologia no DSM-V, ver o artigo de Berenice Bento, “Disforia de gênero: geopolítica de uma categoria psiquiátrica”, neste dossiê.

¹⁹ Esse importante precedente será abordado no item 3.b.

no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação²⁰ de sexo” com base nos artigos 1º, III; 3º; 5º, X, e 6º da Constituição Federal de 1988. Nesse processo que corre em segredo de justiça, reconheceu-se, em setembro de 2014, por maioria, a ocorrência do instituto da Repercussão Geral – isto é, de que a decisão do STF neste caso deverá ser aplicada a processos idênticos existentes nas instâncias inferiores. Ainda não se sabe quando irá a julgamento. A tese da Repercussão Geral foi proposta pela Procuradoria Geral da República, que deu parecer favorável ao pleito, ao afirmar que:

“Não é possível que uma pessoa seja tratada civilmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual encontra proteção nos direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal. (...)

Condicionar a alteração de gênero no assentamento civil de transexual à realização da cirurgia de transgenitalização viola o direito à saúde e à liberdade, e impossibilita que seja retratada a real identidade de gênero da pessoa trans, que é verificável por outros fatores, além do biológico.”

Por sua vez, o Recurso Extraordinário 845.779/SC parte de um pedido de indenização em que se requer a garantia do uso de banheiros públicos (e de banheiros privados de acesso público) de acordo com a identidade de gênero, sem a necessidade de cirurgia de transgenitalização²¹. O caso trata, portanto, do reconhecimento *social* da identidade de gênero derivado do direito à não discriminação, com base nos artigos 1º, inciso III, art. 5º, incisos V, X, XXXII, LIV e LV, e art. 93 da Constituição Federal. Após votação em que se reconheceu a existência do instituto da Repercussão Geral, o caso foi a plenário em novembro de 2015, mas teve seu julgamento suspenso após pedido de vista

²⁰ Há controvérsia quanto à melhor terminologia no que diz respeito a essa operação. Atualmente, considera-se mais adequado falar em “cirurgia de adequação sexual” (ou genital) ou “cirurgia de transgenitalização”, uma vez que a cirurgia não “transforma” o sexo de uma pessoa, apenas adequa a genitália ao sexo com o qual a pessoa se identifica. Dessa forma, considera-se inteiramente impreciso e inadequado o termo “mudança de sexo”.

²¹ Para um aprofundamento na questão do uso de banheiros de acordo com a identidade de gênero, ver Lígia Fabris Campos, “Vagão Rosa e o Banheiro Feminino Segundo a População do Rio de Janeiro: Os Espaços Exclusivos entre Discursos de Proteção da Mulher e Mecanismos de Disciplinamento da Diversidade de Gênero,” in *Investigando Convicções Morais: O Que Pensa a População Do Rio de Janeiro Sobre os Direitos Humanos*, ed. José Ricardo Cunha (Rio de Janeiro: Gramma, 2015), 239–76.

do ministro Fux.

O ministro Barroso, relator do processo, proferiu seu voto no sentido de acolher o pedido, assim como o ministro Fachin. É importante ressaltar que, durante a discussão em plenário, Barroso incluiu perspectivas de estudos de gênero em sua argumentação, e mencionou a necessidade de se admitir que “o padrão cultural heterossexual e cisgênero impõe às orientações sexuais e identidades de gênero desviantes o rótulo de aberrações naturais ou perversões sociais, a serem curadas ou combatidas. As pessoas transexuais convivem, portanto, com o preconceito e a estigmatização. São, rotineiramente, encaradas como inferiores e têm seu valor intrínseco desrespeitado. (...) Portanto, deve-se interpretar a Constituição e as leis em geral de modo a neutralizar, na maior medida do possível, essa situação. Isso significa assegurar ao transexual o tratamento social adequado”.²²

O argumento do ministro relator se deu em sentido semelhante ao da manifestação anterior do Procurador Geral da República, em parecer. Nele, o PGR manifestou o entendimento de que deve ser reconhecido o direito à autodeterminação de gênero, sustentando que “impedir o uso do banheiro feminino é o mesmo que negar, individual e socialmente, a identidade feminina da recorrente, violando-se, assim, o seu direito a uma vida digna” arguindo, assim a inadmissibilidade da cirurgia enquanto requisito para o reconhecimento social da identidade de gênero.

Ainda durante as discussões do Recurso Extraordinário citado, o ministro M. A. Mello chamou a cirurgia de “mutilação” – e adiantou que, ao manifestar-se dessa forma, já estaria claro seu posicionamento e seu voto sobre o tema na ADI 4275/DF, ação da qual é o relator.

Como se pode notar, mais uma vez, para se definir direitos de pessoas trans, se discute a natureza danosa ou benéfica da cirurgia. Dessa vez, ser considerada uma “mutilação”, pode vir a representar, nesse contexto (e diferentemente do que ocorria nos anos 70), um avanço em relação à regulação jurídica da identidade de gênero e da diversidade das pessoas trans. No entanto, essa mesma caracterização pode vir a representar um estigma

²² O voto integral do ministro Barroso neste caso está disponível em: <http://jota.uol.com.br/leia-a-integra-dos-argumentos-do-ministro-barroso-no-julgamento-sobre-transexuais>, acesso em 03 de agosto de 2016.

sobre quem deseje a ela se submeter. Uma vez mais, o debate jurídico gira em torno da interpretação da cirurgia como um dano.

No transcorrer do julgamento, no entanto, o Ministro Fux pediu vista, enunciando que não se sentia seguro para proferir seu voto. Iniciou, com isso, um debate sobre qual seria a aparência da autora do Recurso Extraordinário, já que foi proibida de utilizar o banheiro feminino de um shopping center. A partir daí, iniciou-se um debate com outros ministros, em que se passou a indagar se a vítima “parecia ser mulher”, se teria cabelos longos, e sugeriu que se procurasse por uma foto dela nos autos. Os estereótipos de gênero tradicionalmente atrelados à feminilidade são invocados para questionar se aquela pessoa poderia estar naquele espaço ou não. Falou-se, ainda, na proteção das “nossas esposas e filhas”. A heteronormatividade foi mobilizada como parâmetro de deliberação para o reconhecimento ou não do direito à identidade de gênero. Interrompido o julgamento com o pedido de vista, ainda não se sabe quando o processo voltará à pauta.

E como o direito alemão lida com essa questão? Este é o próximo ponto a ser discutido.

3. A regulação dos direitos de transexuais na Alemanha²³

3a. A lei de transexuais

A lei de transexuais alemã, de 1980, não define o que é transexualidade, mas estabelece os procedimentos e pré-requisitos para a mudança do nome e do gênero registrados. A lei oferece ao ‘problema da transexualidade’ literalmente duas ‘soluções’:²⁴ A chamada ‘pequena solução’ (*kleine Lösung*), que permite a mudança do nome inscrito no registro público, e a ‘grande

²³ Para um panorama sobre a desigualdade de gênero (em suas interseccionalidades) na Alemanha, ver Susanne Baer, “Desigualdades que importam”, nesse dossiê.

²⁴ Laura Adamietz, *Geschlecht Als Erwartung: Das Geschlechtsdiskriminierungsverbot Als Recht Gegen Diskriminierung Wegen Der Sexuellen Orientierung Und Der Geschlechtsidentität*, 1. Auflage. (Nomos, 2011), 40.

solução'²⁵ (*große Lösung*), que possibilita a mudança do gênero registrado.

Os dois requisitos mais importantes para a 'pequena solução' são: (1) Por pelo menos 3 anos, a pessoa deve se sentir sob a obrigação de viver de acordo com as representações de sua identidade de gênero, e a constatação médica, por meio de dois laudos psiquiátricos, de que (2): com grande probabilidade, a percepção de pertencimento ao outro gênero não mudará mais.²⁶

O requisito para a 'grande solução', isto é, a mudança do gênero registrado, é, além da pré-existência dos requisitos da pequena solução, a cirurgia, por meio da qual resulte que a pessoa tenha ficado (3) *permanente infértil* e, (4) e que intervenção cirúrgica tenha também alterado as características sexuais externas, por meio da qual uma clara aproximação à aparência do outro sexo tenha sido alcançada.²⁷

Há muitos problemas com essas definições e requisitos. Para os fins desse artigo, me interessam dois: em primeiro lugar, chamar as determinações legais de 'soluções', como se o fato de alguém ser transexual fosse um problema; em segundo lugar, a 'grande solução' *presume* que transexuais *sempre* querem realizar a cirurgia e, assim, obriga todos aqueles que querem alterar seu gênero registrado a se submeter a uma operação. Trata-se de uma presunção que busca disciplinar pessoas com base na ordem cis-heteronormativa. A lógica latente é a mesma presunção de que ou se é homem ou mulher, e quem não se encaixa nessa norma sofre de transtorno mental e deve ir até as últimas consequências corporais para 'adequar-se *esteticamente* ao gênero pretendido'.

²⁵ Estes eram os termos exatos usados pela Lei alemã.

²⁶ Tradução livre. No original: Änderungen der Vornamen § 1 Voraussetzungen: (1) mindestens drei Jahren unter dem Zwang stehen, den Vorstellungen Ihren empfundenen Geschlecht zu leben; (2) mit hoher Wahrscheinlichkeit wird sich ihr Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht nicht mehr ändern (...)."

²⁷ Tradução livre. No original: "Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit § 8 Voraussetzungen (1) Auf Antrag einer Person, die sich auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet und die seit mindestens drei Jahren unter dem Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben, ist vom Gericht festzustellen, daß sie als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen ist, wenn sie 3. dauernd fortpflanzungsunfähig ist und 4. sich einem ihre äußeren Geschlechtsmerkmale verändernden operativen Eingriff unterzogen hat, durch den eine deutliche Annäherung an das Erscheinungsbild des anderen Geschlechts erreicht worden ist.

Além disso, a obrigação da infertilidade permanente mostra o efeito disciplinador, ou melhor, repressor, que a lei pretende exercer sobre aqueles que não se encaixam na heteronormatividade: o ímpeto de preservação dessa norma é sustentado mesmo que à custa da integridade física e do definitivo impedimento de funções reprodutivas, já que elas são comumente tidas como fundamentais para o enquadramento de alguém como pertencente a um ou outro gênero.

Em seguida, mostrarei as interpretações do Tribunal Constitucional alemão quanto a essas questões.

3b. A decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre os requisitos da cirurgia e da esterilização

O Tribunal Constitucional alemão declarou, em janeiro de 2011,²⁸ que um importante dispositivo da lei de transexuais é inconstitucional. Trata-se do caso de uma pessoa de 62 anos, registrada como do gênero masculino, mas que se identificava como do gênero feminino e, enquanto mulher, era homossexual: ela tinha uma namorada. Ela já havia modificado o nome (*pequena solução*), mas a mudança do gênero no registro (*grande solução*) só seria possível com a cirurgia, por meio da qual todos os requisitos legais seriam alcançados: aproximar a aparência física (e dos órgãos sexuais) àquela do sexo oposto e se tornar definitivamente infértil. No caso em questão, não apenas a requerente não nutria qualquer vontade de se submeter à operação, como, em virtude de sua idade, a intervenção cirúrgica seria acompanhada de riscos muito altos. (§39)

No entanto, ao pretender formalizar juridicamente seu relacionamento afetivo na forma de uma união estável, o instrumento usado para consolidar apenas uniões homossexuais na Alemanha, o pedido foi negado sob a alegação de que elas tinham, em seus registros, sexos opostos. Assim, o procedimento legal apropriado neste caso seria, ao invés da união estável, o matrimônio,

²⁸ BVerfG, Decisão da Primeira Turma em 11 de Janeiro de 2011 - 1 BvR 3295/07.

instrumento para a união entre homem e mulher. Porém, a realização de um casamento significaria a violação do seu direito à privacidade, uma vez que, ao casar-se com outra mulher, possuindo, ela própria, nome e aparência femininas, ficaria claro que uma pessoa do casal é transexual.

O Tribunal Constitucional alemão considerou excessivos tanto a natureza imperativa da cirurgia, como também o requisito de 'infertilidade permanente', enquanto requisitos essenciais para a modificação do gênero inscrito no registro civil.²⁹

Quanto à natureza imperativa da cirurgia, o Tribunal afirmou que, para ter direitos assegurados, uma pessoa não pode ser obrigada a se submeter a um procedimento invasivo e de grandes proporções, que obriga a retirada de órgãos e causa grandes danos à saúde, ferindo os direitos à integridade física,

à autodeterminação sexual e à proteção da esfera privada.³⁰ No caso em questão, esse requisito foi considerado ainda mais inadequado porque, por sua idade, o risco cirúrgico é muito elevado.

Quanto ao questionamento da manutenção do requisito de 'infertilidade permanente', o Tribunal manifestou que o legislador tem uma pretensão *legítima* de proteger o conceito jurídico dos sexos, porém o requisito é irrazoável, pois se vincula à necessidade da intervenção cirúrgica, e assim viola o direito à integridade física estabelecido na Constituição.³¹

²⁹ Fica claro o efeito excludente da lei a partir da imposição da cirurgia como requisito para o reconhecimento do direito a mudar o gênero registrado. „Das Bundesverfassungsgericht hat § 8 Abs. 1 Nr. 3 und 4 TSG für mit diesem Grundrecht unvereinbar und lediglich diese Voraussetzungen bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber für unanwendbar erklärt“.

³⁰ "Gender reassignment surgery constitutes a massive impairment of physical integrity, which is protected by Article 2.2 GG, and it involves considerable health risks and side effects for the person concerned. However, according to the current state of scientific knowledge, it is not always indicated even in the case of a diagnosis of transsexuality that is certain to a large extent. The permanent nature and irreversibility of transsexual persons' perceived gender cannot be assessed against the degree of the surgical adaptation of their external genitals but rather against the consistency with which they live in their perceived gender. The unconditional prerequisite of a surgical gender reassignment according to § 8.1 no. 4 TSG constituted an excessive requirement because it requires of transsexual persons to undergo surgery and to tolerate health detriments even if this is not indicated in the respective case and if it is not necessary for ascertaining the permanent nature of the transsexuality." BVerfG, Press Release No. 7/2011 of 28 January 2011, Order of 11 January 2011 - 1 BvR 3295/07. "Prerequisites for the statutory recognition of transsexuals according to § 8.1 nos. 3 and 4 of the Transsexuals Act are unconstitutional".

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2011/bvg11-007.html>.

³¹ BVerfG, "Press Release No. 77/2008," para. 2.a).

É nesse momento, no entanto, que o Tribunal manifestou de forma expressa seu próprio ímpeto disciplinador e de preservação da heteronormatividade ao afirmar que:

*“o legislador persegue um interesse legítimo com o requisito da infertilidade permanente para o reconhecimento da identidade de gênero no registro civil, uma vez que ele pretende excluir a possibilidade de que pessoas juridicamente pertencentes ao gênero masculino possam gestar uma criança ou que pessoas juridicamente pertencentes ao gênero feminino possam procriar. Essas situações **contrariam a compreensão dos sexos e teriam consequências jurídicas**”³².*

Em seguida, o Tribunal passa a analisar como ela vai proteger esse *interesse legítimo do legislador* em relação aos transexuais homossexuais. O Tribunal os considera os mais prováveis desafiadores da ordem reprodutiva como característica definidora dos gêneros. Para o tribunal, no entanto, a quase totalidade dos homens trans seria formada por heterossexuais, o que, em sua lógica, evitaria o ‘problema’ da ‘confusão’ reprodutiva. Restaria, ainda, o problema da homossexualidade das mulheres trans. A decisão apontou que já há um precedente em que uma mulher trans fez inseminação artificial na parceira a partir do esperma congelado, julgado pelo Tribunal Estadual de Apelação de Colônia.³³ O Tribunal Constitucional sustenta, todavia, que esses casos (os de mulheres trans lésbicas) são poucos e que, assim, a ocorrência de casos análogos ao de Colônia tenderia a ser reduzida. Com o objetivo de demonstrar o excesso do requisito imperativo da cirurgia (e, talvez, o pequeno alcance dos efeitos da decisão que o retira), o Tribunal ainda ressalta que, muitas vezes, a infertilidade permanente já poderia ser alcançada por meio do tratamento hormonal.

³² “The same applies with regard to the permanent infertility which is required under § 8.1 no. 3 TSG for the recognition under the law of civil status to the extent that its permanent nature is made contingent on surgery. By this prerequisite, the legislature admittedly pursues the legitimate objective to preclude that persons who legally belong to the male sex give birth to children or that persons who legally belong to the female sex procreate children because this would contradict the concept of the sexes and would have far-reaching consequences for the legal order (vgl. BTDrucks 8/2947, S. 12).” BVerfG, “Press Release No. 77/2008 of 23 July 2008 - 1 BvL 10/05. BVerfG, Beschluss v. 11.01.2011-1 BvR 3295/07, 70.

³³ OLG Köln, Julgamento de 30 de Novembro de 2009 - 16 Wx 94/09 -, StAZ 2010, p. 45

Não obstante o caráter claramente disciplinador heteronormativo, tem-se todavia um avanço com a declaração da inconstitucionalidade da cirurgia e da infertilidade permanente como requisitos para a mudança do gênero no registro: o efeito danoso da cirurgia forçada foi exteriorizado, isto é, reconheceu-se que ela representa uma *enorme intervenção no corpo* e que ela *causa danos*, uma vez que se trata de amputação e esterilização.³⁴ O Tribunal declarou inconstitucional o artigo da lei de transexuais sobre esses requisitos para a mudança de gênero e a reclamante pode assim se registrar como do gênero feminino, mesmo sem a realização de qualquer procedimento cirúrgico.

Pode-se, assim, concluir que essa decisão foi possível apenas por causa da explicitação do dano que a imposição da cirurgia produz. Nesse sentido, a caracterização da operação como *dano* teve como consequência a possibilidade do reconhecimento jurídico da identidade de gênero de transexuais não operados, sem prejuízo daqueles que desejam submeter-se à cirurgia. Essa interpretação, somada ao reconhecimento da diversidade de identificações e manifestações trans (inclusive em relação ao próprio corpo) permite tal reconhecimento independentemente das características biológicas. Tal interpretação pode representar uma importante crítica à heteronormatividade.

4. Conclusão

Foi visto que no direito brasileiro e no direito alemão o conceito de *dano* foi crucial no processo de reconhecimento de direitos de transexuais. Tal conceito desempenhou um papel central tanto ao impedir quanto ao permitir a realização da cirurgia no Brasil e, na Alemanha, viabilizou o reconhecimento da possibilidade de se recusar a fazer a operação e, ainda assim, se alterar o

³⁴ Stefan Hirschauer, *Die Soziale Konstruktion Der Transsexualität: Über Die Medizin Und Den Geschlechtswechsel*, Erstausgabe (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993), 245.

gênero registrado. Viu-se, ainda, que, apesar das variações jurídicas, a heteronormatividade permaneceu uma constante.

Nesse contexto, o direito possui uma dupla função, que expressa uma tensão: incluir e excluir, proteger e disciplinar.³⁵ Em virtude disso, deve-se buscar, em contrapartida, um processo permanente de questionamento da construção de categorias e de seus conteúdos, assim como o reconhecimento da multidimensionalidade de subjetividades e sujeitos, para que, nas categorias, fixe-se apenas um parâmetro mínimo.

É necessário, a partir disso, dar um passo à frente decisivo: reconhecer os direitos de transexuais e a diversidade de suas identidades, ampliando o sentido da categoria jurídica, sem lhes impor cirurgia e esterilização, rompendo com o efeito heteronormativo disciplinador do qual o direito, até então, sempre foi um fiel guardião.

Referências Bibliográficas:

Adamietz, Laura. *Geschlecht Als Erwartung: Das Geschlechtsdiskriminierungsverbot Als Recht Gegen Diskriminierung Wegen Der Sexuellen Orientierung Und Der Geschlechtsidentität*. 1. Auflage. Nomos, 2011.

Baer, Susanne. "Recht: Normen zwischen Zwang, Konstruktion und Ermöglichung - Gender Studien zum Recht." In *Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung: Theorie, Methoden, Empirie*, edited by Ruth Becker and Beate Kortendiek, 35:547–55. *Geschlecht & Gesellschaft*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2010.

———. "Desigualdades que importam", . In, *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n.15, 2016.

Bento, Berenice. *A Reinvenção Do Corpo: Sexualidade E Gênero Na Experiência Transexual*. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2006.

———. *O Que É Transexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 2008.

³⁵ Sabine Hark, "Durchquerung des Rechts. Paradoxien einer Politik der Rechte," in *Queering Demokratie: Sexuellen Politiken* (Berlin: Querverlag, 2000), 30.

Berenice Bento, “Disforia de gênero: geopolítica de uma categoria psiquiátrica”. In, *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n.15, 2016.

De Jesus, Jaqueline Gomes. *Homofobia: Identificar e Prevenir*. Rio de Janeiro: Metanoia, 2015.

———. *Orientações sobre Identidade de Gênero: Conceitos e Termos*. Brasília, 2012.

Elsuni, Sarah. “Zur ReProduktion von Machtverhältnissen Durch Juristische Kategorisierungen Am Beispiel ‘Geschlecht’.” In *Wissenschaft(f)t Geschlecht: Machtverhältnisse Und Feministische Wissensproduktion*, edited by Lena Behmenburg, Mareike Berweger, Jessica Gevers, Karen Nolte, Eva Sängler, and Anna Schnädelbach. Königstein: Ulrike Helmer Verlag, 2007.

Fabris Campos, Ligia. “Vagão Rosa E O Banheiro Feminino Segundo a População Do Rio de Janeiro: Os Espaços Exclusivos Entre Discursos de Proteção Da Mulher E Mecanismos de Disciplinamento Da Diversidade de Gênero.” In *Investigando Convicções Morais: O Que Pensa a População Do Rio de Janeiro Sobre Os Direitos Humanos*, (org.) José Ricardo Cunha, 239–76. Rio de Janeiro: Gramma, 2015.

———. “O Gênero Bate Às Portas Do Supremo.” *Jota*, November 18, 2015.

Gomes, Juliana Cesario Alvim. “O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso” . In, *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n.15, 2016.

Hark, Sabine. “Durchquerung des Rechts. Paradoxien einer Politik der Rechte.” In *Queering Demokratie: Sexuellen Politiken*, 28–44. Berlin: Querverlag, 2000.

Hirschauer, Stefan. *Die Soziale Konstruktion Der Transsexualität: Über Die Medizin Und Den Geschlechtswechsel*. Erstausgabe. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

Jansen, Heicke. “Sexualität.” In *Gender@Wissen. Ein Handbuch Der Gender-Theorien*, (org.) Christina von Braun and Inge Stephan, 100–116. Stuttgart: UTB, 2005.

Schmidt, Anja. “Geschlecht, Sexualität und Lebensweisen.” In *Feministische Rechtswissenschaft: Ein Studienbuch*, (org.) Lena Foljanty and Ulrike Lembke, 2. aktualisierte und überarbeitete Auflage., 213–34. Baden-Baden: Nomos, 2012.

Silva Júnior, Enézio de Deus. “Diversidade Sexual E Suas Nomenclaturas.” In *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*, (org.) Maria Berenice Dias, 95–115. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Sobre a autora:**Ligia Fabris Campos**

Professora da FGV Direito Rio, doutoranda da Humboldt Universität zu Berlin. E-mail: ligia.fabris@fgv.br / ligiafabris@gmail.com

A autora é a única responsável pela redação do artigo.