

Clarindo Epaminondas de Sá Neto

**A PERSONALIDADE JURÍDICA INDIVIDUAL E AS
IDENTIDADES DE GÊNERO: A CONTRIBUIÇÃO DO
PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE PARA A
PROMOÇÃO DO TRÂNSITO ENTRE OS GÊNEROS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientação: Dr. Arno Dal Ri Jr.

**FLORIANÓPOLIS
2017**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Sá Neto, Clarindo Epaminondas de
A Personalidade Jurídica Individual e as
Identidades de Gênero : a contribuição do Princípio
da Fraternidade para a promoção do trânsito entre os
gêneros / Clarindo Epaminondas de Sá Neto ;
orientador, Arno Dal Ri Jr - SC, 2017.
564 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Identidade de Gênero. 3. Direitos
da Personalidade. 4. Princípio da Fraternidade. 5.
Cidadania Sexual Fraterna. I. Dal Ri Jr, Arno. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de
Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Este trabalho é dedicado à minha
mãe (Maria) e aos meus irmãos
(Rosa, Ribamar, Lori e Iran).

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço, pela conclusão deste trabalho, à minha orientadora, Dra. Olga. Ter ingressado no doutorado, sob sua orientação, representou uma barreira divisória de vida: antes e depois da UFSC. Foi a partir do seu aceite, dentre tantos e tantas candidatas, que pude me mudar para esta cidade, onde, hoje, me orgulho de morar. Também foi a partir desse “sim” que tive a oportunidade de ingressar no quadro docente do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC. É uma dívida de vida.

Agradeço, também, aos colegas da Universidade Federal Rural do Semi-árido – UFRSA, em especial ao professor José Albenes, pelo incentivo na hora de decidir pelo meu doutoramento.

Aos amigos, e em especial, a Rafael, por estar sempre presente, nas boas, e sobretudo, nas más horas, e a Deisemara, por me abraçar e contribuir para a finalização desse trabalho.

RESUMO

A presente tese doutoral analisa a inserção da identidade de gênero dentro do rol de direitos que compõe a Personalidade Jurídica Individual, no Brasil. Partindo de estudo acerca da concepção ocidental sobre a Personalidade Jurídica e seus desdobramentos, examina-se a possibilidade de inserção da perspectiva identitária relativa à identidade de gênero, no âmbito de proteção da Personalidade Jurídica Individual. A discussão do tema foi realizada a partir da construção do problema da pesquisa, o qual corresponde ao seguinte questionamento: A personalidade jurídica individual, construída sob as bases dos princípios da Liberdade e da Igualdade no Estado Democrático de Direito, permite ou não o exercício digno das diversas identidades de gênero? Tendo como referência inicial o problema apontado, delineou-se a hipótese da pesquisa: o rol de direitos da personalidade consagrado pela atual Constituição do Brasil e pelo Código Civil de 2002, não resguarda, plenamente, o respeito e a dignidade das pessoas que reivindicam o trânsito entre os gêneros, sendo necessário a inserção de um novo componente, de caráter material, na (re) construção de tais direitos, que tem por base o Princípio da Fraternidade. A pesquisa foi estruturada em quatro capítulos, os quais correspondem aos objetivos específicos previstos no projeto de investigação. O primeiro capítulo cuidou em analisar os Direitos da Personalidade desde seu surgimento na história do Direito ocidental e também no âmbito do Ordenamento Jurídico Brasileiro; o segundo foi criado no sentido de apresentar os aspectos relativos à identidade de gênero; o terceiro teve como foco investigar se a Personalidade Jurídica Individual, nos moldes delineados pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, permite ou não o exercício digno das identidades de gênero, em especial, aquelas exercidas fora dos marcos heteronormativos; e, por fim, o quarto consistiu em verificar se o rol de Direitos da Personalidade consagrado pela Constituição do Brasil e pelo Código Civil, resguarda, plenamente, o respeito e a dignidade das pessoas que reivindicam a mobilidade entre os gêneros. A hipótese levantada foi verificada no quarto capítulo e o resultado da investigação constatou que a positivação do Direito Geral de Personalidade, bem como a especificação de direitos que possuem relação intrínseca com o direito à identidade de gênero, não são suficientes para promoverem o respeito e a dignidade do coletivo de pessoas transexuais no Brasil. Nesse sentido, a proposta de tese, no sentido de realizar uma contribuição para a solução dos problemas jurídicos evidenciados, consistiu em promover um elo de

ligação, entre os Princípios da Liberdade e da Igualdade, por meio do resgate do Princípio da Fraternidade, apresentando, ao final, o conceito de “Cidadania Sexual Fraternal”. O método de abordagem eleito foi o indutivo. O método de procedimento, ao seu turno, foi o monográfico. A técnica de pesquisa foi a documental e a bibliográfica. Como conclusão, considerou-se a necessidade de criação e aprovação de uma lei que estabeleça o exercício das identidades de gênero no Brasil, como forma de acabar com a insegurança jurídica que circunda as questões ligadas ao tema em análise, assim como para promover o início de uma mudança cultural que se proponha a incluir e reconhecer todos e todas que vivam suas respectivas identidades de gênero, funcionando o Princípio da Fraternidade como um norte que promove uma ampliação do conceito de cidadania sexual, que possibilita a efetivação da dignidade humana.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade. Identidade de gênero. Princípio da Fraternidade. Cidadania Sexual Fraternal.

ABSTRACT

This doctoral thesis analyzes the insertion of gender identity on the list of the rights that compose the Individual Legal Personality in Brazil. Starting from a study about the occidental conception on Legal Personality and its developments, the insertion of the gender identity perspective is examined on the scope of protection of the Individual Legal Personality. The discussion was based on the construction of the research problem, which corresponds to the following question: The individual legal personality, built under the principles of Freedom and Equality in the Democratic State of Law, allows or not the exercise of the various gender identities? The hypothesis of research was delineated based on the problem pointed out: the role of personality rights enshrined in the current Brazilian Constitution and the Civil Code does not fully protect the respect and dignity of people who claim the transit between genders. Therefore, an insertion of a new material component in the (re) construction of rights is necessary, which is based on the Principle of Fraternity. The research was structured in four chapters that correspond to the specific objectives foreseen in the research project. The first chapter analyzes the Personality Rights since its emergence in the history of Western Law and also within the scope of the Brazilian Legal Order; The second presents the aspects related to gender identity; The third focuses on investigating if the Individual Legal Personality allows the exercise of gender identities, especially those outside the heteronormative frameworks, in the manner outlined by the Brazilian Legal Order; and finally, the fourth one verifies if the list of Personality Rights enshrined in the Brazilian Constitution and the Civil Code fully protects the respect and dignity of persons who claim mobility between genders. The hypothesis was verified in the fourth chapter and the result found that the positivation of the General Right of Personality and is not enough to promote the respect and dignity of the Collective of transsexual people in Brazil. The thesis proposal was to promote a link between the Principles of Freedom and Equality, by means of the rescue of the Principle of Fraternity, presenting in the end the concept of "Fraternal Sexual Citizenship", contributing in this way to the solution of the legal problems highlighted. The method of approach chosen was the inductive and the procedure method was the monographic one. The research technique was documentary and bibliographical. It is concluded that there's a need to create and approve a law that establishes the exercise of gender identities

in Brazil and thus end the legal uncertainty that surrounds issues related to the subject under analysis and promote the beginning of a cultural change that proposes to include and recognize all those who live their respective gender identities, making the Principle of Fraternity a direction that promotes an extension of the concept of sexual citizenship, which makes possible the realization of human dignity.

Keywords: Personality Rights. Gender identity. Principle of Fraternity. Fraternal Sexual Citizenship.

RESUMEN

Esta tesis doctoral analiza la inclusión de la identidad de género en la lista de derechos que integran la personalidad jurídica individual en Brasil. A partir del estudio de la concepción occidental de la personalidad jurídica y sus consecuencias, examina la posibilidad de introducir la perspectiva identitaria en respecto de la identidad de género, el ámbito de protección de la personalidad jurídica. El tema de la discusión se llevó a cabo a partir de la construcción del problema de investigación, lo que corresponde a la siguiente pregunta: ¿La personalidad jurídica individual, construida sobre la base de los principios de libertad e igualdad en un estado democrático de derecho, permite o no el ejercicio digno de diferentes identidades de género? Teniendo como referencia inicial el problema identificado, se describe la hipótesis de la investigación: la lista de los derechos de la personalidad consagrados en la actual Constitución de Brasil y el Código Civil de 2002, no asegura, en su plenitud la dignidad de las personas reclamando el tránsito entre los géneros, lo que requiere la inserción de un nuevo componente, de carácter material, en la (re) construcción de tales derechos, que tenga por basa el principio de la fraternidad. La investigación se divide en cuatro capítulos, que corresponden a los objetivos específicos establecidos en el proyecto de investigación. El primer capítulo se encargó de analizar los derechos de la personalidad desde su inicio en la historia del derecho occidental y también en el marco del sistema jurídico brasileño; el segundo fue creado con el fin de presentar los aspectos de la identidad de género; el tercero se centró en investigar si la personalidad jurídica individual, con las directrices marcadas por el sistema jurídico brasileño, permite o no el ejercicio digno de las identidades de género, en especial las llevadas a cabo fuera de los marcos heteronormativas; y, por último, el cuarto se centró en comprobar si la lista de los derechos de la personalidad consagrados en la Constitución de Brasil y el Código Civil, protege plenamente el respeto y la dignidad de las personas que reclaman la movilidad entre los géneros. La hipótesis fue verificada en el cuarto capítulo y el resultado de la investigación encontró que la positivación de Derecho General de Personalidad y la especificación de los derechos que tienen relación intrínseca con el derecho a la identidad de género, no son suficientes para promover el respeto y dignidad del grupo de personas transgénero en Brasil. En este sentido, la propuesta de tesis, para realizar una contribución a la solución de los problemas jurídicos resaltados, fue

promover un vínculo entre los principios de libertad e igualdad, mediante la redención del principio de la fraternidad, presentando, al final, el concepto de "ciudadanía sexual Fraternal". El método elegido de enfoque fue el inductivo. El método de procededimiento, el monográfico. La técnica de la investigación fue la documental y bibliográfica. En conclusión, se consideró la necesidad de la creación y aprobación de una ley para establecer el ejercicio de las identidades de género en Brasil como una forma de poner fin a la inseguridad jurídica que rodea a las cuestiones relacionadas con el tema de las personas "trans", así como de conseguir un cambio cultural que se proponga incluir y reconocer todos los hombres y las mujeres a vivir sus respectivas identidades de género, corriendo el principio de la fraternidad como un norte que promueve una expansión del concepto de ciudadanía sexual, lo que permite la realización de de la dignidad humana.

Palabras-clave: Derechos de la Personalidad. Identidad de Género. Principio de la Fraternidad. Ciudadanía sexual fraterna.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Distribuição do acesso aos serviços públicos – mulheres “trans”.....	309
Gráfico 2 – Distribuição do acesso aos serviços públicos – homens “trans”.....	309
Gráfico 3 – Impacto nas experiências de estigma e discriminação no âmbito da saúde – homens “trans”.....	310
Gráfico 4 – Impacto nas experiências de estigma e discriminação no âmbito da saúde – mulheres “trans”.....	311
Gráfico 5 – Impacto nas experiências de estigma e discriminação no âmbito do trabalho – mulheres “trans”.....	312
Gráfico 6 – Impacto da lei nas experiências de estigma e discriminação no âmbito do trabalho – homens “trans”.....	313
Gráfico 7 – Evasão escolar – Ensino secundário – mulheres “trans”.....	314
Gráfico 8 – Evasão escolar – Ensino secundário – homens “trans”.....	314
Gráfico 9 – Impacto da lei nas experiências de estigma e discriminação no âmbito da educação – mulheres “trans”.....	315
Gráfico 10 – Impacto da lei nas experiências de estigma e discriminação no âmbito da educação – homens “trans”.....	315
Gráfico 11 – Impacto da lei no âmbito da educação – homens “trans”.....	316
Gráfico 12 – Impacto da lei no âmbito da educação – mulheres “trans”.....	316
Gráfico 13 – Impacto da lei nas experiências de estigma e discriminação no âmbito da moradia – homens “trans”.....	317
Gráfico 14 – Impacto da lei nas experiências de estigma e discriminação no âmbito da moradia – mulheres “trans”.....	317

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ATTTA	Assoc. de Transexuais, travestis e transgêneros da Argentina
CF	Constituição Federal
CID	Código Internacional de Doenças
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DSM	Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais
HIV	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
INSS	Instituto Nacional da Seguridade Social
LGBTI	Lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersex
NCPC	Novo Código de Processo Civil
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
SOC	Standards of Care
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TJ/MG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJ/SC	Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
TRANS	Transexuais, travestis e transgêneros
UFRN	Universidade Federal do Rio Grande do Norte

LISTA DE IMAGENS

Imagem 1 – Dicionário de gêneros.....	189
Imagem 2 – Capa do Jornal Notícias Populares de maio de 1984.....	203
Imagem 3 – Madame de Beaumont.....	206

GLOSSÁRIO

Agênero: Pessoa que não se identifica com nenhum gênero existente, nem se comporta socialmente como tal, mantendo a identidade dentro do espectro não binário da generidade.

Andrógino: Pessoa que não se identifica apenas com os gêneros binários (homem e mulher), mas que em sua identidade carrega características e comportamentos desses gêneros.

Bigênero: Alguém que se identifica como homem e mulher ao mesmo tempo. Uma identidade bigênero é uma combinação destes dois gêneros, mas não obrigatoriamente uma repartição meio a meio, já que quem se identifica assim muitas vezes sente – e expressa – cada um desses gêneros por inteiro. Assim como indivíduos que se identificam como fluidos, pessoas bigênero podem se apresentar como homens, como mulheres, ou neutros dependendo do dia.

Binariedade: Qualidade ou característica do que é binário, do que comporta dos aspectos.

Expressão de gênero: Expressão de gênero é a forma pela qual se demonstra o gênero, seja através de ações, de vestimentas ou de comportamentos, baseando-se nas noções de masculinidade e feminilidade. A aparência, a fala, o comportamento e os movimentos corporais, além de outros fatores, sinalizam como cada um gostaria de ser visto e entendido, seja como masculino, como feminino, como ambos ou como nenhum. A expressão ou performance de gênero não precisa necessariamente se alinhar à identidade de gênero, isto é, você pode ser de um determinado gênero e ter uma expressão de outro gênero. Por exemplo: uma mulher (gênero feminino) que se veste e se comporta de maneira masculina (e essa maneira masculina se refere ao que esta mulher define como sendo masculino para ela).

Gênero Fluido: Alguém cuja identidade de gênero e apresentação não se limita a apenas uma categoria de gênero. Pessoas de gênero fluido podem ter compreensões dinâmicas ou flutuantes do próprio gênero, mudando de um para outro de acordo com o que sentir melhor no momento. Por

exemplo, uma pessoa de gênero fluido pode se sentir mais como um homem num dia e mais como uma mulher no dia seguinte, ou sentir que nenhum dos termos se aplica a ele.

Heterossexismo: Designa um pensamento segundo o qual todas as pessoas são heterossexuais. Um indivíduo ou grupo heterossexista não reconhece a possibilidade de existência legítima da homossexualidade, ou mesmo da bissexualidade. É a ideia de que a heterossexualidade é a orientação sexual "normal" e "natural", que comportamentos "não-heterossexuais" são um "desvio" da regra social, uma anomalia. O heterossexismo atribui vantagens à heterossexualidade, privilegia os direitos de heterossexuais em detrimento dos direitos de homossexuais.

Heteroterrorismo: A reiteração de agressões verbais e físicas contra meninos femininos e meninas masculinas e contra todas as formas de expressão dos gêneros fora dos marcos heteronormativos.

Homem cisgênero: Pessoa em constante reconstrução social, quem o sexo de nascimento conectado com o gênero masculino, enxergando-se biológica e socialmente como homem. Homem "cis".

Homem transgênero: Pessoa que não se sente de acordo com o gênero relacionado a seu sexo biológico e, por isso, transitou para o gênero masculino. Não necessariamente faz uso de hormônios ou procedimentos cirúrgicos. Também conhecido como "homem "trans".

Identidade de gênero: Independente do sexo, um ser humano pode ter a identidade de gênero de mulher, de homem ou ainda outras identidades de gênero possíveis. A identidade de gênero é uma construção social, e não um signo físico ou biológico. Trata-se da maneira como cada sujeito se auto identifica, seja como pertencente aos gêneros binários ou a nenhum deles.

Mulher cisgênero: Pessoa em constante reconstrução social, que tem o sexo de nascimento conectado com o gênero feminino, enxergando-se biológica e socialmente como mulher. Mulher "cis".

Mulher transgênero: Pessoa que não se sente de acordo com o gênero relacionado a seu sexo biológico e, por isso, transitou para o gênero

feminino. Não necessariamente faz uso de hormônio ou procedimentos cirúrgicos. Mulher “trans”.

Não-binário: Pessoas que se identificam como não-binárias desprezam a ideia de uma dicotomia entre macho e fêmea, ou mesmo de um contínuo entre macho e fêmea com a androginia no centro. Para eles, o gênero é uma ideia tão complexa que se encaixaria melhor num gráfico tridimensional, ou numa rede multidimensional.

Orientação sexual: É a atração afetiva e/ou sexual que uma pessoa sente pela outra. A orientação sexual existe num continuum que varia desde a homossexualidade exclusiva até a heterossexualidade exclusiva, passando pelas diversas formas de bissexualidade.

Pangênero: O pangênero é similar ao andrógino, no sentido de que a pessoa se identifica como um terceiro gênero com algum tipo de combinação dos aspectos tanto masculinos como femininos, mas um pouco mais fluidos. Também pode ser utilizado como um termo inclusivo para designar “todos os gêneros”.

Padrão heteronormativos: É o padrão social ou sistema social vigente na sociedade brasileira, onde a heterossexualidade é ensinada, reforçada e exclusivamente aceita pelas instituições sociais e pela própria sociedade.

Sexo: Refere-se às características específicas e biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, ao seu funcionamento e aos caracteres sexuais secundários decorrentes dos hormônios.

“Trans”: Este é um termo inclusivo, que se refere às muitas maneiras que uma pessoa pode transcender ou até mesmo transgredir o gênero ou as normas de gênero (por exemplo, inclui indivíduos que se identificam como transgênero, transexuais, gênero diverso etc.). Na maior parte das vezes o asterisco (*) não é seguido de um sexo ou termo de gênero – escreve-se simplesmente Trans* – para indicar que nem todas as pessoas se identificam com um rótulo de sexo ou gênero já estabelecido.

Travesti: pessoa que é identificada no nascimento como do gênero masculino, mas que objetiva se construir como pertencente ao gênero feminino, podendo, para tanto, incluir ou não, o uso de procedimentos estéticos e/ou cirúrgicos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	23
CAPÍTULO I: A PROTEÇÃO JURÍDICA DA PERSONALIDADE: DE DIREITO OBJETIVO A DIREITO SUBJETIVO.....	32
1.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE – NOTÍCIA HISTÓRICA.....	32
1.2 A NOÇÃO DE PESSOA E A VISÃO DA ESCOLA HISTÓRICA E DO POSITIVISMO JURÍDICO SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	35
1.3 A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	49
1.3.1 Da teoria do Direito Natural à Declaração Francesa de Direitos de 1789.....	49
1.3.2 Direitos de Personalidade enquanto Direitos Fundamentais: sua constitucionalização e sua “inserção” do plano do Direito Privado.....	78
1.3.3 A (re) publicização da proteção da personalidade jurídica. .	87
1.3.4 A dignidade do ser humano enquanto princípio derivante da proteção da personalidade individual.....	94
1.4 A POSITIVAÇÃO DA PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INDIVIDUAL NO BRASIL.....	105
CAPÍTULO II: O GÊNERO E SUAS IDENTIDADES	130
2.1 APORTES NECESSÁRIOS AO ESTUDO DO GÊNERO COMO EXPRESSÃO IDENTITÁRIA	130
2.2 A CONSTRUÇÃO DO BINARISMO SEXUAL E O DISCURSO DA INTELIGIBILIDADE DOS CORPOS PARA OS MUNDOS JURÍDICO E SOCIAL.	137
2.3 A SEXUALIDADE HUMANA ENQUANTO CONSTRUÇÃO SOCIAL: A DICOTOMIA HOMO E HÉTERO.....	144

2.4 ESTUDANDO O GÊNERO E CONCEBENDO SUAS IDENTIDADES.....	165
2.4.1 Conceituando o gênero a partir das Teorias Feministas.	165
2.5 A IDENTIDADE DE GÊNERO ENQUANTO MANIFESTAÇÃO INDIVIDUAL DO SUJEITO.....	188

CAPÍTULO III: A ABERTURA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO EMANCIPAÇÃO DA PESSOA HUMANA: A INSERÇÃO DO DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE E SEUS EFEITOS CONCRETOS.....216

3.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE ENQUANTO DIREITOS HUMANOS/FUNDAMENTAIS	216
3.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA A PROTEÇÃO DAS IDENTIDADES DE GÊNERO ANTE A INEXISTÊNCIA DE DISCIPLINA LEGAL PARA O TEMA	224
3.2.1 O Direito Internacional dos Direitos Humanos	228
3.2.2 A Liberdade	243
3.2.3 A Igualdade.....	261
3.3 A INSERÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO NO ROL DE DIREITOS DA PERSONALIDADE: SUPERAÇÃO DA INSEGURANÇA JURÍDICA.	287
3.4 A SUPERAÇÃO DA INSEGURANÇA JURÍDICA E O GANHO EM MATÉRIA DE DIREITOS INDIVIDUAIS POR MEIO DA REGULAMENTAÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO: O CASO DA ARGENTINA.	299
3.5 A REGULAMENTAÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO NO BRASIL	319

CAPÍTULO IV: “TRANS” FORMANDO A IDENTIDADE DE GÊNERO: A INSERÇÃO DA PERSPECTIVA SOCIAL DA TRANSEXUALIDADE NA PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INDIVIDUAL COM BASE NO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE.....	324
4.1 A GRAMÁTICA DA PATOLOGIZAÇÃO E DA BIOLOGIZAÇÃO DAS IDENTIDADES DE GÊNERO E SUA TRANSPOSIÇÃO PARA O SISTEMA JURÍDICO NACIONAL.	325
4.2 A FRATERNIDADE COMO CONTEÚDO IMANENTE AO RECONHECIMENTO LEGAL E SOCIAL DAS IDENTIDADES “TRANS”.....	365
4.2.1 A Fraternidade, sua vocação histórica, política e social, e sua concepção a partir da Revolução Francesa.	365
4.2.2 O Princípio da Fraternidade e sua inserção como parte do catálogo normativo nacional.	391
4.3 UMA PROPOSTA DE INSERÇÃO DA FRATERNIDADE EM RELAÇÃO ÀS IDENTIDADES “TRANS”.....	406
CONCLUSÃO	426
REFERÊNCIAS	436
ANEXOS	466

INTRODUÇÃO

Quando se pretende escrever a respeito de temas tão caros ao sujeito, como soam ser aqueles que possuem “ligação medular” com a identidade da pessoa, deve-se começar pelo melhor lugar: o começo¹. O pleonasma utilizado pela autora norte-americana JUDITH BUTLER, que num primeiro momento poderia representar uma redundância em termos de aplicação formal da Língua Portuguesa, demonstra um emprego legítimo dessa figura de linguagem, pois confere maior vigor ao que está sendo expresso. É dizer, qualquer estudo que se pretenda aprofundado sobre as questões de gênero e de suas repercussões em outras áreas de estudo, a exemplo do Direito, deve conter dentro do texto um contexto.

Ainda que se atribua a outro fato gerador o início das discussões acadêmicas e políticas acerca do gênero como um projeto social e cultural, foi o Feminismo que deu calçamento às estradas de terra até então construídas pela sociedade ocidental, no que se refere à discussão sobre os reais fatores que levaram o homem branco, rico e heterossexual, a ditarem as regras de comportamento que moldariam o comportamento social moderno e contemporâneo.

Essa discussão também teve um ponto de partida: a desigualdade entre homens e mulheres. Tal desigualdade é um traço presente na maioria das sociedades, e por que não dizer em todas? Na maior parte da história, essa desigualdade não foi escondida, camuflada ou escamoteada; ao contrário, foi assumida como um reflexo da natureza diferenciada de dois sexos e necessária para a sobrevivência e o progresso da espécie humana. Com efeito, ao recusar essa compreensão e ao denunciar a situação das mulheres como um efeito dos padrões de opressão, o Feminismo caminhou para uma crítica ampla do mundo social, que reproduziu e ainda reproduz assimetrias, impedindo a ação autônoma de muitos de seus integrantes.

É por isso que nos estudos produzidos nas últimas cinco décadas do século passado, e nas duas décadas do atual, a contribuição do Feminismo se mostrou crucial: o debate sobre a dominação masculina nas

¹ Judith Butler, em entrevista concedida ao jornal Folha de São Paulo: **Sem medo de fazer gênero.** Texto disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2015/09/1683172-sem-medo-de-fazer-genero-entrevista-com-a-filosofa-americana-judith-butler.shtml>> Acesso em 05. Fev. 2017.

sociedades contemporâneas abriu as portas para se tematizar, questionar e complexificar as categorias centrais, por intermédio das quais era e é pensado o universo social, cultural e econômico, tais como as noções de indivíduo, de espaço público, de autonomia, de igualdade, de justiça e de democracia. Assim, não é mais possível se falar em composição de espaços ignorando ou relegando à margem a Teoria Feminista, que, nessa linha de raciocínio, é um pensamento que parte das questões de gênero, mas vai além delas, reorientando todos os nossos valores e critérios de análise.

Talvez seja por isso que o Feminismo não descreva somente um movimento que lutou e lute pela igualdade entre homens e mulheres. A igualdade entre os sexos naturais, que figurou como bandeira das primeiras expressões do movimento Feminista deu lugar a outra concepção de natureza, sobremaneira a partir da publicação da obra “O Segundo Sexo”, de Simone de Beauvoir, em 1949, obra que para grande parte da academia funda o Feminismo Contemporâneo. Nessa obra, ao descrever que “Não se nasce mulher, torna-se mulher”², e que a mulher não seria definida nem por seus hormônios nem por seus instintos misteriosos, mas sim pela maneira por meio da qual ela recupera, por meio de consciências alheias, seu corpo e sua relação com o mundo, introduz-se, ainda que de forma incipiente no pensamento Feminista, a noção de gênero, que designaria os aspectos culturais, sociais e políticos responsáveis pela construção do feminino e também do masculino. Foi do pensar acerca da representação feminina nos espaços que os estudos sobre os gêneros tiveram seu início.

Nos anos 1980 a Teoria Feminista começa a questionar a categoria “sujeito feminino” enquanto uma entidade estável e evidente. Uma série de teóricas, influenciadas por Michel Foucault, passaram a efetivamente rejeitar a ideia de que o “sexo” era – como até então se acreditava – uma entidade biologicamente determinada, utilizando, em vez disso, as formulações foucaultianas sobre os modos pelos quais o sexo e a sexualidade eram discursivamente construídos ao longo do tempo e das culturas para desenvolver outra visão. A mulher não era mais uma categoria cuja estabilidade pudesse ser suposta, como tinha sido muitas vezes nos discursos feministas dos anos 1960 e 1970 (fundamentalmente centrados na libertação da mulher), na medida em que as categorias de

² BEAUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo**. Vol 2. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967, 2ª edição, pp. 9-10.

gênero, sexo e sexualidade passavam agora pelo escrutínio de teóricas como Judith Butler, Gayle Rubin e Eve Sedgwick.

A Teoria “Queer”³ surgiu de uma aliança – as vezes incômoda – de Teorias Feministas, pós-estruturalistas e psicanalíticas que fecundavam e orientavam a investigação que já se vinha fazendo sobre a categoria do sujeito. Aliás, a expressão “Queer” e sua origem já demonstra como os estudos de gêneros estariam se abrindo para abranger não só as mulheres, mas todas as expressões identitárias a partir das quais o masculino e o feminino pudessem ser referenciados. “Queer”, registre-se, constitui uma apropriação radical de um termo que tinha sido usado anteriormente para ofender e insultar gays e lésbicas, e seu radicalismo reside, ao menos em parte, na sua resistência à definição – por assim dizer – fácil⁴. SEDGWICK, caracteriza o “Queer” como indistinguível, indefinível e instável, representando um movimento, um momento, um motivo contínuo – recorrente, vertiginoso e perturbador⁵ – que exemplifica o que o teórico cultural PAUL GILTROY em seu livro “O Atlântico Negro”, identificou como uma ênfase teórica que não está preocupada com definição, fixidez ou estabilidade, mas é transitiva, múltipla e avessa à assimilação⁶.

É dessa construção teórica que aparece a questão das identidades de gênero. Em vez de supor que as identidades são autoevidentes e fixas como faziam os essencialistas, autoras como JUDITH BUTLER descrevem, a partir da Teoria “Queer”, os processos pelos quais a identidade é construída no interior da linguagem e do discurso. Por meio dos ensinamentos de Foucault, sobremaneira sua ideia de análise genealógica, essa autora supõe que sexo e gênero são efeitos – e não causas – de instituições, discursos e práticas; em outras palavras, “nós” como sujeitos, não criamos ou causamos as instituições, os discursos e as práticas, mas eles nos criam ou nos causam, ao determinar nosso sexo, nossa sexualidade e nosso gênero. As análises genealógicas de BUTLER vão se centrar no modo como o efeito-sujeito, como ela chama, se dá,

³ A Teoria Queer será analisada no capítulo 2.

⁴ Cf. SEDGWICK, Eve. **Tendencies**. Londres: Routledge, 1994, p. xii.

⁵ Idem, *ibidem*, p. xii.

⁶ GILTROY, Paul. **The Black Atlantic: modernity and double consciousness**. Londres: Verso, 1993.

sugerindo, além disso, que há outros modos pelos quais o sujeito poderia se efetuar⁷.

Essas ideias gestionadas pelas Teorias Feministas e plantadas pela Teoria “Queer” causaram uma mudança paradigmática na concepção contemporânea de sujeito de direitos, pois a Ciência Jurídica, ao determinar quem seriam as pessoas aptas a exercerem direitos, o fez baseando-se apenas na ideia da diferença sexual entre homens e mulheres, não reconhecendo todas as possibilidades identitárias, agora reivindicadas pelo movimento “Queer”, que podiam ser encontradas dentro do espectro das masculinidades e das feminilidades. A consequência dessa mudança, foi a construção de uma identidade coletiva que, a exemplo dos movimentos gay e lésbico, passaria a se reunir para designar uma agenda comum e então reivindicar direitos. A personalidade jurídica que foi consignada pelo legislador brasileiro, com base apenas na diferença sexual, ganharia um novo incremento, que estaria baseado na ideia de identidade, e essa identidade responderia à forma como o sujeito se autoreconhece, assim como à forma como o outro enxerga esse mesmo sujeito.

Justifica-se a construção da presente tese, alinhavando-se a concepção de personalidade jurídica individual com a de identidade de gênero. Como dito anteriormente, a ideia de personalidade jurídica foi construída tendo por base a conformação jurídica dos sujeitos a partir da concepção binária dos sexos, a qual também foi construída tendo como paradigma a ideia da heterossexualidade compulsória. Nesse sentido, sujeitos que têm orientação sexual e uma identidade de gênero fora desse marco, sempre estiverem inscritos às margens do gozo dos principais direitos fundamentais, que numa análise mais genérica, são os direitos de personalidade. Direito à vida, à autonomia, à saúde, à segurança, à felicidade, ao nome, à dignidade, todos eles trazidos expressos ou implícitos na Constituição vigente não são uma realidade para a comunidade LGBTI no Brasil. Para tanto, basta que se verifique os números da violência direcionada a esse coletivo, os quais demonstram

⁷ O uso do pronome “nós” e da conseqüente conjugação do verbo ser na primeira pessoa do plural, assim como do pronome oblíquo “nos” e do pronome possessivo “nosso” se deu como forma de evidenciar o pensamento da autora em relação à Teoria Queer.

que hoje, o Brasil, é o País que mais mata⁸, discrimina e exclui pessoas em razão de sexualidade e de identidade de gênero.

Observa-se, então, que a personalidade jurídica individual, que conforma todos os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição é, vergonhosamente, mitigada pelo Estado e pela sociedade brasileira, o que por si só já demonstra que a interlocução entre essas duas variáveis – personalidade jurídica e identidade de gênero – precisa ser discutida, na busca de se encontrar soluções para esse quadro.

Com base nessas informações introdutórias, é importante esclarecer que o problema eleito como forma de direcionar a presente investigação repousa no seguinte questionamento: A personalidade jurídica individual, construída sob as bases dos princípios da Liberdade e da Igualdade no Estado Democrático de Direito, permite ou não o exercício digno das diversas identidades de gênero?

A hipótese, que se afigura como uma resposta provisória à pergunta anteriormente trazida, afirma que o rol de direitos da personalidade consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pelo Código Civil do Brasil de 2002, não resguarda plenamente o respeito e a dignidade das pessoas que reivindicam o trânsito entre os gêneros, sendo necessário a inserção de um novo componente, de caráter material, na (re) construção de tais direitos, que tem por base o Princípio da Fraternidade, como forma de proteger todos e todas que vivenciem suas identidades de gênero fora dos marcos heteronormativos.

A título de objetivo geral elegeu-se verificar se a personalidade jurídica individual, construída sob as bases dos princípios da Liberdade e da Igualdade no Estado Democrático de Direito, permite ou não o exercício digno das diversas identidades de gênero. Os objetivos específicos, ao seu turno, foram divididos em quatro: o primeiro seria o de analisar os direitos da personalidade desde seu surgimento na história

⁸ Segundo dados do GGB – Grupo Gay da Bahia. Tais dados serão apresentados no decorrer do 3º e 4º capítulos. Ressalte-se que em razão de uma estatística realizada pelos órgãos de segurança pública, em relação a crimes motivados pela homo-bi-lesbo-transfobia, associações como o GGB desempenham papel de suma importância na construção de diagnósticos de violência em relação à população LGBTI (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, transgêneros, travestis e intersex). Para conhecer as estatísticas acessar: <<https://grupogaydabahia.com.br/2016/01/28/assassinato-de-lgbt-no-brasil-relatorio-2015/>>.

do Direito ocidental e também no âmbito do Ordenamento Jurídico Brasileiro; o segundo, o de apresentar os aspectos relativos à identidade de gênero; o terceiro objetivo foi o de investigar se a personalidade jurídica individual nos moldes delineados pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro permite ou não o exercício digno de todas as identidades de gênero; o quarto e último consistiu em verificar se o rol de Direitos da Personalidade consagrados pela Constituição do Brasil e pelo Código Civil, resguarda plenamente o respeito e a dignidade das pessoas que reivindicam a mobilidade entre os gêneros.

Nesses termos, o primeiro capítulo da presente tese se buscará analisar o caminho percorrido pelos chamados direitos de personalidade, tendo como recorte espacial o Direito ocidental, e como recorte temporal o surgimento da chamada Escola Histórica do Direito, que surgiu em meados do século XVIII, em reação ao normativismo da Escola da Exegese, estabelecendo uma visão mais concreta e social do Direito, encarando-o como expressão do espírito do povo. Nesse capítulo traça-se uma linha evolutiva que percorre as noções de direitos naturais, direitos fundamentais, direitos humanos, para ato contínuo, estabelecer uma ligação epistemológica entre as acepções que circunda esses temas e os direitos de personalidade. Também se analisará a trajetória cursada pelos Direitos de Personalidade com especial destaque para o Ordenamento Jurídico Brasileiro, dando maior ênfase ao quadro legal estabelecido pela Constituição da República, vigente desde 1988 e também do Código Civil, vigente desde o ano de 2003. O referencial teórico utilizado para a construção desse capítulo introdutório será a doutrina de Fábio Konder Comparato, Ingo W. Sarlet, Fernanda Borghetti Cantali e Gustavo Tepedino.

O segundo capítulo terá como objetivo apresentar os aspectos sociais, culturais e antropológicos em relação à identidade de gênero. Tratar de uma variável que academicamente é estudada no âmbito de outras ciências, a exemplo da Sociologia e da Antropologia impõe a aplicação de um roteiro sistemático, como forma de facilitar o entendimento de todos e todas que se dedicam a estudar a Ciência Jurídica. Nesse sentido, optou-se por iniciar a confecção desse capítulo estabelecendo os aportes necessários ao estudo do gênero enquanto uma expressão identitária. A correta diferenciação acerca de categorias como sexo biológico, sexualidade e gênero foi a tarefa inicial desenvolvida. Com efeito, tratando, especificamente, do gênero, se estabelecerá sua construção histórica a partir das Teorias Feministas, para em seguida, com base no pensamento criado por intermédio da Teoria “Queer”, descrever a noção de identidade de gênero como uma das possíveis formas de

manifestação individual da identidade pessoal. O referencial teórico empregado para tanto foi a doutrina de Judith Butler, de Berenice Bento, de Guacira Lopes Lobo e de Margareth Mead.

O capítulo terceiro da presente tese objetiva discutir a pergunta criada como forma de problema de investigação. Nele, investiga-se a abertura dos direitos da personalidade para a recepção da identidade de gênero como mais uma forma de expressão desse instituto, com vistas a identificar se ao recepcionar o direito à identidade de gênero o Direito permitiria ou não o exercício digno das diversas identidades de gênero, que podem ser identificadas como expressões do indivíduo. A construção desse capítulo buscará enquadrar os direitos de personalidade como legítimos direitos fundamentais e também como legítimos direitos humanos, identificando na sistemática jurídica brasileira fundamentos que pudessem fomentar e dar guarida à consideração de que é possível inserir dentro do rol de direitos tidos como de personalidade, todos aqueles que estejam ligados ao exercício das identidades de gênero não heteronormativas. Se constatará ser possível considerar a identidade de gênero como sendo um dos reflexos da personalidade jurídica individual, no entanto, também se verificará que é a falta de uma legislação que discipline o direito à identidade de gênero que causa grandes problemas jurídicos e sociais aos interessados.

A discussão do problema contará com duas análises específicas: a primeira busca identificar a insegurança jurídica causada pela inexistência de legislação que discipline as questões de gênero no País, em especial em relação às identidades de gênero de pessoas transexuais e travestis e, em decisões proferidas por Tribunais brasileiros, donde observou-se que dentro de um mesmo Tribunal, situações idênticas são decididas de formas diversas, quase sempre amparadas, por posicionamentos ligados à concepções pessoais e religiosas; a segunda discutiu a superação desse tipo de insegurança, utilizando o exemplo da República Argentina, que foi o primeiro País da América Latina a contar com uma lei de identidade de gênero, a estabelecer que a vivência interna e individual do gênero, incluindo a vivência pessoal do corpo, integra os direitos de personalidade. Essa superação foi demonstrada a partir de gráficos que sintetizam o avanço em matéria de direitos individuais angariado com a publicação da mencionada lei.

O quarto e último capítulo desta tese tem como objetivo verificar se a sistemática legal/constitucional brasileira resguarda plenamente a dignidade e o respeito às pessoas que diariamente vivenciam identidades de gênero, que fogem do marco heterocentrado de construção das subjetividades. A análise considerou que o Poder Judiciário funciona

como agente responsável pela absorção das noções de patologização e de biologização das identidades e gênero, pois, ao não dispor de mecanismos para identificar quem é e quem não é transexual/travesti⁹ socorre-se de ensinamentos oriundos da medicina e da psicologia, com vistas a responder aos diversos pedidos de alteração registral apresentados com base na vivência das identidades de gênero não normativas. Ao se constatar que essas perspectivas patologizante e biologizante impregnam o Poder Judiciário, a segunda parte do último capítulo lançará a proposta de reconhecimento da falência dos Princípios da Liberdade e da Igualdade, em relação ao coletivo de pessoas “trans”, sugerindo a adoção de uma nova perspectiva visionária, que tem por base o Princípio da Fraternidade, a funcionar como um amálgama que, ao ser exercitado no âmbito da sociedade, do Estado e do indivíduo permitirá uma redefinição da própria concepção de cidadania sexual, desembocando em um novo conceito científico chamado de “Cidadania Sexual Fraterna”.

Cumpra registrar que a presente tese foi concebida como um estudo pluricientífico. Nesse sentido, a metodologia utilizada no desenvolvimento do texto foi elaborada com base na obra *Monografia Jurídica – Orientações Metodológicas para o Trabalho de Conclusão de Curso*, de Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, onde a autora ressalta a importância da investigação e da produção científica marcada por uma adequada metodologia para fins de validade de seu resultado. Assim, o método de abordagem eleito é o indutivo; o método de procedimento escolhido é o monográfico, com o uso de doutrina específica, publicações em periódicos, monografias, pesquisas de dados estatísticos, dissertações e teses sobre o tema.

Por fim, para garantir o ineditismo do trabalho, pesquisou-se junto ao Banco de Teses¹⁰ da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES teses defendidas no âmbito dos Programas de Pós-graduação, reconhecidos e avaliados pelo Ministério da Educação. Ao realizar a pesquisa, utilizou-se os seguintes termos: “Direitos da Personalidade”, “Fraternidade”, “Identidade de Gênero” e “Cidadania

⁹ Inobstante na presente tese tenha-se optado por tratar todas as pessoas que transitam entre os gêneros como “transexuais”, no capítulo segundo se apresentará uma sucinta diferenciação entre os coletivos que compõe a letra “T” da sigla LGBTI.

¹⁰ A Capes está atualizando seu banco de busca, disponibilizando as teses e dissertações dos anos de 2013 a 2016.

Sexual Fraterna”. Das produções científicas retornadas com a busca, não foi identificado qualquer trabalho que contivesse em seu título os termos mencionados. Assim, o diferencial da de tese ora apresentada, reside justamente na intersecção dessas variáveis, bem como nas reflexões realizadas, tendo por base a estruturação do tema proposto em um outro viés de investigação.

CAPÍTULO I: A PROTEÇÃO JURÍDICA DA PERSONALIDADE: DE DIREITO OBJETIVO A DIREITO SUBJETIVO.

1.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE – NOTÍCIA HISTÓRICA

Em 1651 o escritor inglês Thomas Hobbes pronunciou sua celebre e famosa frase “*homo homini lupus*”¹¹ para justificar a existência do Estado como sendo o único poder com capacidade de pôr freios aos instintos egoístas do ser humano. A obra em questão foi o *Leviatã*. Nessa obra Hobbes associa o Estado a um monstro bíblico, superpoderoso e invencível, cuja presença se fez imprescindível para controlar a tendência natural dos homens a viverem em conflito¹². Sem a figura do Estado, os homens viveriam em uma guerra permanente, na qual todos lutariam contra todos, o que acabaria por conduzi-los à morte.

Pouco mais de 100 anos após a publicação do *Leviatã*, os revolucionários franceses arriscariam suas próprias vidas para enfrentar, nas ruas de Paris, as forças de segurança de seu próprio Estado. A Revolução Francesa, que teve início em 1789 representou o marco inicial e simbólico da chamada Idade Contemporânea, mas também representou o início do Direito Contemporâneo, que ali nascia sob forte influência do liberalismo econômico¹³. Séculos após servir de instrumento para prática de abusos e para a concessão de privilégios à nobreza, o Estado era encarado pela burguesia como uma ameaça que deveria ser contida, já que a interferência estatal representava para aquela classe em ascensão, um obstáculo ao livre desenvolvimento das relações econômicas. Nesse sentido, essa nova ordem jurídica objetivava minimizar o papel do Estado, no sentido de limitá-lo à preservação das relações sociais; aos particulares, ao seu turno, seria reservada a mais ampla liberdade, que se

¹¹ O homem é o lobo do próprio homem.

¹² Cf. HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 12.

¹³ Segundo Schreiber, Liberalismo econômico é “o conjunto de regras e princípios elaborados por John Locke e posteriormente aperfeiçoado por Adam Smith. Basicamente, o liberalismo defende a liberdade da economia e política, sendo contrários ao controle do Estado sobre a vida política, econômica e social. No liberalismo, a economia e a política devem ser autônomas”. Cf. SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 24.

tornou a essência desse novo modelo de Estado, conforme estampou o art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁴.

No amanhecer da Idade Contemporânea o homem¹⁵ se viu livre; quiçá mais livre do que jamais tivesse sido no decorrer da história das civilizações. GIORGIANNI afirma que a exasperação da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado criou um espaço de autonomia para a livre realização da vontade dos particulares, que podiam a partir de então reger suas próprias vidas sem a intromissão do Estado¹⁶. O monstruoso Leviatã delineado por HOBBS parecia, enfim, domado, o que supostamente, dentro do campo das relações privadas, faria com que cada indivíduo tivesse liberdade para fazer tudo aquilo que não prejudicasse o próximo, ficando livre para perseguir sua própria felicidade e alcançar o máximo bem comum. Para GALBRAITH, não foi o que aconteceu¹⁷.

Segundo GALBRAITH, o que se seguiu, no entanto, foi uma crescente degradação do homem pelo próprio homem ao longo de todo o século XIX, especialmente a partir da Revolução Industrial¹⁸, quando

¹⁴ **Art. 4º.** A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

¹⁵ A palavra homem, no início desse trabalho será utilizada para descrever homens e mulheres.

¹⁶ Cf. GIORGIANNI, Michele. **O direito privado e suas atuais fronteiras.** In Revista dos Tribunais. V. 747, p. 35-55.

¹⁷ Cf. GALBRAITH, John Kenneth. **A era da incerteza.** São Paulo: Pioneira, 1986, p. 11.

¹⁸ Segundo OLIVEIRA, as mudanças econômicas, políticas e sociais que começaram a surgir em alguns países europeus no final do século XVIII, e início do século XIX, marcaram profundamente as relações sociais que foram afetadas pela transformação do sistema de produção, anteriormente baseado na agricultura e, que agora apresentaria um novo formato por meio da introdução da máquina, da divisão do trabalho e da produção em massa que origina a concentração industrial em grandes plantas de produção industrial, cujo processo passou a ser conhecido como Revolução Industrial. Segundo a autora, o primeiro país a conhecer a Revolução Industrial foi a Inglaterra, que se converteu no empório do mundo, monopolizadora virtual da indústria, da exportação de produtos manufaturados e da exploração colonial. Cf. OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Mulheres e trabalho:** desigualdades e discriminações em razão de

então usou-se e abusou-se da liberdade¹⁹. O Direito Liberal ao manter o Estado afastado das relações entre particulares fez com que, por exemplo, os trabalhadores egressos do campo, premidos por necessidades fundamentais, se sujeitassem a condições aviltantes de moradia e de trabalho. Ao exercerem a preciosa liberdade conquistada, esses trabalhadores assinavam contratos “concordando” em se submeter a jornadas de trabalho exaustivas, salários vergonhosos e moradias insalubres. SCHREIBER afirma que tudo isso ocorria com a chancela da ordem jurídica, que entendia que os contratos, como fruto do livre acordo de vontades, eram justos por definição²⁰.

Os efeitos visivelmente paradoxais do Direito Liberal posto em prática podem ser visualizados nas palavras de LAFARGUE, que, realizando estudo sobre as jornadas de trabalho típicas desse período, constatou que os condenados nas prisões trabalhavam apenas dez horas; os escravos das Antilhas, nove horas em média, enquanto na França – que havia feito a Revolução de 1789, proclamando os pomposos direitos do homem – havia fábricas onde a jornada de trabalho era de dezesseis horas²¹.

Os juristas da época não demoraram a perceber que a liberdade conquistada a partir da Idade Contemporânea não era tudo: em um cenário de completa desigualdade, tanto econômica quanto social, a liberdade dos mais fracos era completamente engolida pela liberdade dos mais fortes, nas palavras de ROPPO²². Como resultado das chamadas primeiras Revoluções Liberais, o homem substituiu o soberano como titular de poder e autor das arbitrariedades.

SCHREIBER aduz que ao criar um espaço de atuação a salvo de qualquer interferência do Estado, o Liberalismo jurídico acabou por chancelar a submissão imposta pelas forças econômicas, fazendo com que qualquer renúncia do homem aos seus direitos mais essenciais fosse vista como legítima, uma vez que fundada na livre manifestação da vontade do renunciante²³. Nesse sentido, já não bastava unicamente a proteção do

gênero – o resgate do princípio da fraternidade como expressão da dignidade humana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 94-95.

¹⁹ Cf. GALBRAITH, J. K, 1986, p. 12.

²⁰ Cf. SCHREIBER, A., 2013, p. 4.

²¹ Cf. LAFARGUE, Paul. **O direito à preguiça**. São Paulo: Hucitec; Unesp, 1999, p. 77.

²² Cf. ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 38.

²³ Cf. SCHREIBER, A., 2013, p. 4.

homem contra os desmandos do Estado, tampouco parecia suficiente proteger o homem contra a agressão de seus semelhantes; era importante evitar que o próprio homem, estando premido de situações e necessidades imediatas, abrisse mão dos seus direitos mais essenciais. Acrescenta o autor que “fazia-se necessário e urgente erguer barreiras contra o canibalismo da vontade”²⁴.

A partir dessa constatação, os juristas defenderiam a criação de uma nova categoria, que pudesse assegurar dentro do campo do Direito Privado, a proteção de direitos considerados imprescindíveis ao ser humano, direitos que não se limitariam a uma liberdade utópica e vazia, mas sim direitos superiores à liberdade, que pudessem estar a salvo, inclusive do seu titular; direitos indisponíveis, inalienáveis e inatos. Foi nesse contexto histórico que na segunda metade do século XIX, muito marcado por inúmeras injustiças e revoltas, emergiram as primeiras construções ao redor dos direitos da personalidade.

1.2 A NOÇÃO DE PESSOA E A VISÃO DA ESCOLA HISTÓRICA E DO POSITIVISMO JURÍDICO SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A expressão “Direitos da Personalidade” foi cunhada por jusnaturalistas²⁵ franceses e alemães, com o intuito de designar

²⁴ Idem, *ibidem*, p. 4.

²⁵ “A concepção jusnaturalista foi o resultado de transformações econômicas e sociais que impuseram mudanças na concepção de poder do Estado, que passou a ser compreendido como uma instituição criada através do consentimento dos indivíduos através do contrato social. O declínio das relações feudais de produção, desenvolvimento econômico da burguesia, a Reforma Protestante, as revoltas camponesas e as guerras ocorridas durante o processo de formação do capitalismo propiciaram uma nova situação social. Em oposição aos privilégios da nobreza, a burguesia não podia invocar o sangue e a família para justificar sua ascensão econômica. Em outras palavras, a partir da secularização do pensamento político, os intelectuais do século XVII estão preocupados em buscar respostas no âmbito da razão como justificativa do poder do Estado. Daí a preocupação com a origem do Estado. Porém, não se tratava de uma busca histórica, mas sim de uma explicação lógica que justificasse a ordem social representada pelos interesses da burguesia em ascensão. Em Thomas Hobbes (1588-1679) o “estado de natureza” é caracterizado como o direito e a liberdade de cada um para usar todo o seu poder—inclusive a força—para

determinados direitos inerentes ao homem, concebidos como preexistentes ao seu reconhecimento por parte do Estado²⁶. Eram, já naquele momento, direitos considerados como essenciais à própria condição humana, sem os quais, na lição de CUPIS, “todos os outros direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo, ao ponto de se chegar a dizer que, se não existissem, a pessoa não seria mais pessoa²⁷”.

A elaboração histórica dessa expressão passa, antes, pela busca do conceito de pessoa, que pode ser analisada em três fases distintas da história ocidental. Segundo COMPARATO, a ideia de que os indivíduos podem ser reduzidos a um conceito ou categoria geral, que a todos engloba, é de elaboração recente na História, de sorte que nos povos que viviam à margem do que se convencionou classificar como civilização não existe palavra que exprima o conceito de ser humano: os integrantes

preservar a sua natureza e satisfazer os seus desejos. A violência é uma possibilidade constante e pode ocorrer da forma mais imprevisível. Para que assegurar a paz e segurança, os homens devem concordar conjuntamente em renunciar ao direito de natureza (uso individual e privado da força) em nome de um soberano. É o contrato social. O contrato (pacto) cria o soberano: todos os membros se tornam seus súditos, logo, todos lhe devem obediência. Afinal, o soberano concentra em si toda a força à qual renunciaram todos os homens. Já em Jonh Locke (1632-1704), preocupado em encontrar respostas para os graves conflitos políticos e religiosos que devastam a Inglaterra do século XVII, existe a seguinte questão norteadora: como criar uma teoria que conciliasse a liberdade dos cidadãos com a manutenção da ordem política? Assim como Hobbes, Locke defende que apenas o contrato torna legítimo o poder do Estado, mas não considera que o estado de natureza como uma situação de guerra. Porém, cada um é juiz em causa própria, o que pode desestabilizar as relações entre os homens. Uma vez que Locke considera o trabalho como fundamento originário da propriedade, o contrato é a resposta para a sua preservação. É a necessidade de superar as possíveis ameaças contra a propriedade (vida, liberdade e bens) que leva os homens a se unirem e estabelecerem livremente entre si o contrato social, que realiza a passagem do estado de natureza para a sociedade política ou civil”. LOMBARDI, José Claudinei; SAVIANI, Demerval; NASCIMENTO, Maria Isabel Moura. **Navegando pela história da educação brasileira**. Campinas, São Paulo: HISTEDBR, 2006, p. 54.

²⁶ Cf. RUGGIERO, Roberto. **Instituições de Direito Civil**. Campinas: Booksellers, 1999, v I, p. 275-276.

²⁷ CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008, p. 18-19.

são chamados de homens, mas os estranhos ao grupo são designados por outra denominação, a significar que se trata de indivíduos de uma espécie diferente²⁸.

Tratando das primeiras elaborações acerca do conceito de pessoa, o referido autor registra que, na primeira fase, ocorrida ainda na Antiguidade Clássica, Aristóteles²⁹ ao rejeitar o idealismo transcendental de Platão, sustentou a possibilidade de discernir em cada ser humano, com abstração de suas características individuais, um elemento comum a todos os indivíduos, elemento que corresponderia à função própria do homem no mundo, consistente em viver segundo a excelência (*aretê*) da sua condição de animal capaz de agir racionalmente³⁰. Para os sofistas, o elemento comum que uniria todos os seres humanos no mesmo gênero seria a natureza (*physis*), como princípio universal de organização do cosmos³¹.

No século de Péricles, por exemplo, “o sofista Antifonte”³² (480-411 a. C), se baseou sobre a existência de uma igual natureza para todos os homens, em sua crítica à divisão da humanidade em gregos e bárbaros, aqueles tidos como superiores a estes:

[...] os que descendem de ancestrais ilustres, nós honramos e veneramos; mas os que não descendem de uma família ilustre, não honramos nem veneramos. Nisto, somos bárbaros, tal como os outros, uma vez que, pela natureza, bárbaros e gregos somos todos iguais. Convém considerar as necessidades que a natureza impõe a todos os homens; todos conseguem prover a essas necessidades nas mesmas condições; no entanto, no que concerne a todas essas necessidades,

²⁸ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: Direito, moral e religião no mundo. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 453.

²⁹ Essa referência pode ser encontrada na obra: ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Borheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

³⁰ Idem, *ibidem*, p. 453.

³¹ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 14.

³² Segundo toda a probabilidade, o sofista Antifonte parece ser o grande orador e professor de retórica elogiado por Tucídides, na obra A Guerra do Peloponeso, VIII, 68.

nenhum de nós é diferente, seja ele bárbaro ou grego: respiramos o mesmo ar com a boca e o nariz, todos nós comemos com o auxílio de nossas mãos [...]”³³.

Em outros autores gregos, a igualdade essencial de todos os que participavam da “condição humana” foi expressa mediante um tipo de oposição entre a individualidade própria de cada um e as funções ou atividades que cada um exercia na vida social. Essa função social designava-se, figurativamente, pelo termo *prósopon*, que os romanos traduziriam por *persona*, com o sentido próprio de rosto ou, também, de máscara de teatro, individualizadora de cada personagem³⁴.

Essa ideia pode ser observada, por exemplo, no diálogo Alcibíades, onde o Sócrates de Platão procura demonstrar que a essência do ser humano está na alma, não no corpo nem tampouco na união de corpo e alma, pois o homem serve-se de seu corpo como de um simples instrumento, de onde se segue que a individualidade de cada ser humano não pode ser confundida com a sua aparência, estampada no rosto (*prósopon*)³⁵.

Com efeito, a oposição entre a máscara teatral (papel de cada indivíduo na vida social) e a essência individual de cada ser humano – que veio a ser denominada com o termo personalidade -, foi, em seguida, longamente discutida e aprofundada ainda mais pelos estoicos.

Para explicar essa unidade substancial do ser humano, distinta da aparência corporal, ou das atividades que cada qual exercia na sociedade,

³³ TUCIDES (c.460 – c.400 a.C). **História da Guerra do Peloponeso/Tucídides**. Prefácio de Helio Jaguaribe; Trad. do grego de Mário da Gama Kury. 4ª. edição - Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001 XLVII, p. 584.

³⁴ Cf. TUCIDES (c.460 – c.400 a.C). **História da Guerra do Peloponeso/Tucídides**. Prefácio de Helio Jaguaribe; Trad. do grego de Mário da Gama Kury. -4ª. edição - Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001 XLVII, p. 543-454.

³⁵ Cf. DIAS, Ana Cristina de Souza Pires. **Alcibíades primeiro de Platão: estudo e tradução**. Dissertação de Mestrado - Universidade de São Paulo (USP). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas São Paulo, 2015, p. 16 e ss. Disponível em: <http://www.bv.fapesp.br/pt/bolsas/136106/alcibiades-primeiro-de-platao-estudo-e-traducao/>. Acesso em 13/05/16.

os estoicos lançaram mão de dois conceitos, o de *hypótesis* e o de *prósopon*. O primeiro, correlato de *ousía*, que na língua latina traduziu-se por substância, significava o substrato ou suporte individual de algo, reafirmando a ideia de que o papel dramático que cada um representa na vida não se confunde com a individualidade pessoal³⁶.

Essa distinção conceitual entre *hypótesis* e *prósopon* foi retomada com grande vigor nos primeiros tempos do Cristianismo, quando então se procurou fixar a essência ou natureza divina de Jesus Cristo, como filho de Deus. A tese contrariava frontalmente o dogma fundamental do monoteísmo. Foi aí que se passou a decidir sobre a ortodoxia ou a heterodoxia de duas interpretações antagônicas da identidade de Jesus: a que o apresentava como possuidor de uma natureza exclusivamente divina (daí o nome de monofisitas atribuído aos partidários dessa crença: *physis*=natureza), e a doutrina ariana, segundo a qual Jesus fora efetivamente gerado pelo Pai, não tendo, portanto, uma natureza consubstancial a este. Com efeito, os padres reunidos no Concílio Ecumênico de Nicéia, em 325, estabeleceram como dogma de fé que a *hypótesis* de Jesus Cristo apresentava dupla natureza, humana e divina, numa única pessoa (*prósopon*), vale dizer, numa só aparência³⁷. É por isso que a expressão “pessoa humana”, nessa concepção religiosa de mundo, não pode ser considerada um pleonasma³⁸.

A segunda fase na história da elaboração do conceito de pessoa teve início com Boécio³⁹, no começo do século VI. Seus escritos

³⁶ Cf. COMPARATO, F., 2006, p. 455.

³⁷ Cf. NOLÊTO, Flávio Pereira; AREDES, Ueslei Vaz. **Jesus Cristo: Verdadeiro Deus e verdadeiro homem**, segundo Hans Kessler. Revista de Magistro de Filosofia, Anáplis-MG, Ano VIII, nº17, 2015/2. Disponível em: <http://catolicadeanapolis.edu.br/revmagistro/wpcontent/uploads/2015/10/01_N017.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2016.

³⁸ Para aprofundamento nessa temática sugere-se a leitura das seguintes obras: SCHNEIDER, T (Org.). **Manual de Dogmática**. Vol. 1. Tradutores: Walter. O Schlupp, Ilson Kayser e Luís M. Sander. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008; FORTE, B. **Jesus de Nazaré, História de Deus, Deus da História: ensaio de cristologia como história**. São Paulo: Paulinas, 1985; e FRANÇA MIRANDA. M. (Org) **A Pessoa e a Mensagem de Jesus**. São Paulo: Loyola, 2002.

³⁹ Anício Mânlio Torquato Severino Boécio (em latim, Anitius Manlius Torquatus Severinus Boethius) ocupou altos cargos na Itália, durante o reinado do ostrogodo Teodorico, o Grande. Em 510 tornou-se cônsul e membro do senado, mas em 522, acusado de trair o rei em benefício de Justino 1º, imperador

influenciaram profundamente todo o pensamento do medievo, sobretudo por voltar a discutir o dogma proclamado em Nicéia, identificando de certa forma o *prósopon* com a *hypóstasis*, o que acabou dando à noção de pessoa um sentido muito diverso daquele empregado pelo Concílio. Sobre essa passagem, é importante memorar que, em definição que se tornou clássica, Boécio entendeu que *persona proprie dicitur naturae rationalis inividua substantia*⁴⁰. Nessa nova concepção

[...] a pessoa não é uma exterioridade, como a máscara de teatro, mas a própria substância do homem, no sentido aristotélico; ou seja, a forma que molda a matéria, e que dá ao ser de determinado ente individual as características de permanência e invariabilidade. A substância é a característica própria de um ser, isto é, como se dizia em linguagem escolástica, a sua *quidditas*. A definição boeciana de pessoa foi integralmente adotada por São Tomáz de Aquino na *Summa Theologica*, com expresse recurso aos conceitos de *substantia* ou *hypótasis*. Para ele, o homem seria um composto de substância espiritual e corporal⁴¹.

A terceira fase na elaboração teórica do conceito de pessoa adveio com a filosofia kantiana. Para KANT o princípio primeiro de toda a ética “é o de que o ser humano e, de modo geral, todo ser racional, existe como

do Oriente, assim como de ser o autor de cartas subversivas e de se dar a práticas de magia, foi preso e torturado até a morte. Entre uma ética inspirada nos antigos, procedendo com argumentos aristotélicos e estoicos, e uma formação de espírito enciclopédico e já medieval, menos pagão do que grego, mas muito mais romano do que cristão, Boécio exerce forte influência na Idade Média, que adotará seus tratados sobre música e geometria nos centros de ensino superior e debaterá a questão escolástica dos "universais" tomando como guia seus estudos filosóficos de base neoplatônica. A contribuição de Boécio representa, portanto, uma das mais valiosas mediações entre o mundo filosófico da Grécia antiga e a cultura medieval latina, estendendo-se sua influência até o século 15, entre os humanistas.

Biografia disponível em: <http://educacao.uol.com.br/biografias/boecio.htm>. Acesso em 13/05/16.

⁴⁰ Tradução livre: Diz-se propriamente pessoa a substancia individual da natureza racional.

⁴¹ COMPARATO, F., 2006, p. 457.

um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talante”⁴². E prossegue:

[...] Os entes, cujo ser na verdade não depende de nossa vontade, mas da natureza, quando irracionais, têm unicamente um valor relativo, como meios, e chamam-se por isso coisas; os entes racionais, ao contrário, denominam-se pessoas, pois são marcados, pela sua própria natureza, como fins em si mesmos; ou seja, como algo que não pode servir simplesmente de meio, o que limita, em consequência, nosso livre-arbítrio⁴³.

Depreende-se que nessa passagem KANT quis acentuar, de um lado, a superioridade ética absoluta dos seres humanos em relação às coisas, e, de outro, a absoluta igualdade de todas as pessoas em sua comum dignidade. Quanto a esta última afirmação, é importante consignar que o princípio kantiano não pode ser levado, cegamente, a consequências absolutas, pois há situações em que a pessoa se vê confrontada a outra, num conflito radical, cuja solução significa a eliminação de uma delas. Nesses casos, conforme as circunstâncias – legítima defesa ou estado de necessidade, por exemplo – justifica-se eticamente o homicídio, ocorrendo aqui uma eventual divergência entre os princípios da justiça e do amor⁴⁴.

Importante ponderar que o movimento denominado Renascimento serviu de estrutura para o aparecimento de novas ideias que contribuíram para uma mudança substancial na Ciência e também na Filosofia⁴⁵. Para REALE, a Filosofia da Idade Média preocupava-se com os problemas ligados ao “ser” enquanto “ser”, tendo em vista que o conhecimento até então produzido era meramente metafísico, o que impossibilitava o desenvolvimento de uma teoria efetiva do conhecimento⁴⁶. Na Idade Moderna operam-se modificações, e os pensamentos sobre os novos

⁴² Cf. KANT, Immanuel. **Lógica**. Trad. Guido Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992, p. 34 e ss.

⁴³ Idem, ibidem.

⁴⁴ Cf. COMPARATO, F., 2006, p. 458.

⁴⁵ Cf. REALE, Miguel. **Introdução à Filosofia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 12.

⁴⁶ Idem, ibidem, p. 13.

tempos que viriam assumir tendências cada vez mais racionais, fundamentadas em métodos de investigações de análise e síntese, cujo maior representante foi René Descartes⁴⁷.

O caminho que se abriu com o método cartesiano⁴⁸ foi decisivo para o surgimento de uma nova Ciência e de uma nova Filosofia, as quais utilizariam métodos de conhecimento para observarem objetos, o que aliado a um forte pensamento crítico, possibilitou a construção de um novo tipo de saber, que a partir de então desvincula-se da figura de Deus e centra-se no homem, mais especificadamente em sua racionalidade. Descartes, ao definir a natureza da própria existência do homem, representada pela lógica da clareza e da distinção, possibilitou que a Filosofia se tornasse gnosiológica⁴⁹, pois a partir dessa concepção, aquela

⁴⁷ René Descartes (1596-1650) foi um filósofo, físico e matemático francês autor da frase "Penso, logo existo". É considerado o criador do pensamento cartesiano, sistema filosófico que deu origem à Filosofia Moderna. Sua preocupação era com a ordem e a clareza. Propôs fazer uma filosofia que nunca acreditasse no falso, que fosse fundamentada única e exclusivamente na verdade. Essa nova visão da natureza anulava o significado moral e religioso dos fenômenos naturais e determinava que a ciência deveria ser prática e não especulativa.

⁴⁸ O método cartesiano criado por Descartes consistia na execução de quatro fases: O primeiro era o de jamais acolher alguma coisa como verdadeira que eu não conhecesse evidentemente como tal; isto é, de evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção. E de nada incluir em meus juízos que não se apresentasse tão clara e distintamente a meu espírito, que eu não tivesse nenhuma ocasião de pô-lo em dúvida. O segundo, o de dividir cada uma das dificuldades que eu examinasse em tantas parcelas quantas possíveis e quantas necessárias fossem para melhor resolvê-las. O terceiro, o de conduzir por ordem meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir, pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e supondo mesmo uma ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros. E o último, o de fazer em toda parte enumerações tão completas e revisões tão gerais, que eu tivesse a certeza de nada omitir. DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Abril Cultura, 1973. Col. Os Pensadores, vol. XV.

⁴⁹ Gnosiologia (também chamada Gnoseologia) é o ramo da filosofia que se preocupa com a validade do conhecimento em função do sujeito cognoscente, ou seja, daquele que conhece o objeto. Este (o objeto), por sua vez, é questionado pela ontologia que é o ramo da filosofia que se preocupa com o ser. Seus problemas principais são: quais são os objetos e fontes do conhecimento, qual é seu fundamento e o que o impulsiona, quais são os passos do processo cognitivo e quais são seus métodos e formas. [Tradução livre]. BLAUBERG, I.

ciência engendrou esforços em estudar a relação entre o sujeito que conhece e o objeto do conhecimento, o que se tornou um dos grandes e memoráveis problemas para a Filosofia, se não o mais estratégico, para entender e compreender a diversidade de posicionamentos e de opiniões⁵⁰.

Essa nova forma de pensar o mundo deu origem ao chamado Racionalismo, que, enquanto corrente filosófica, entende a pessoa como um ser intelectual, capaz de duvidar de tudo e de elaborar ideias claras e distintas, produzindo o que Descartes chama de conhecimento. É com o Racionalismo que a pessoa passa a ser o centro de todo o saber e também a fonte desse saber⁵¹.

No século XIX, quando a concepção de pessoa cunhada pela Filosofia aproximou-se da Ciência Jurídica, surge a concepção de Direitos da Personalidade como direitos absolutos, imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis, características ainda hoje repetidas nas legislações pátria e estrangeira. Essa categoria abrangia um núcleo de atributos inseparáveis da pessoa humana, a ser protegido não apenas em face do Estado, mas também contra o avanço cada vez mais crescente da exploração do homem pelo homem. Segundo SCHREIBER, “domado o Leviatã, o direito se propunha a enfrentar o lobo”⁵². A luta, contudo, não foi fácil.

Em um ambiente jurídico fortemente marcado por tradições e pensamentos liberais, os Direitos da Personalidade encontraram forte resistência para se estabelecerem, especialmente no campo do Direito Privado. A existência de divergência significativas entre os próprios defensores dessa categoria de direitos fortaleceu e dificultou ainda mais essa resistência, não havendo, por exemplo, um consenso sobre quais eram efetivamente os direitos que poderiam ser enquadrados como efetivos Direitos de Personalidade. Havia autores que falavam frequentemente no direito ao próprio corpo, no direito à honra e no direito à vida, no entanto, havia tantos outros que acrescentavam a esse rol o direito ao nome, dentre outros direitos. A divergência era tanta que não

Diccionario marxista de filosofia. Cidade do México: DR e Ediciones de Cultura Popular S.A, 1978, p. 296.

⁵⁰ Cf. DESCARTES, R., 1973, p. 51.

⁵¹ O caminho percorrido por Descartes que desaguou na criação do Racionalismo enquanto uma corrente filosófica, pode ser verificado em sua obra O Discurso do Método, mais precisamente no prefácio e capítulos I e II da obra.

⁵² SCHREIBER, A., 2013, p. 5.

era raro encontrar nas obras do século XIX autores que incluíssem o direito à propriedade nesse rol de Direitos da Personalidade, o que para tantos outros autores, em razão de sua natureza eminentemente patrimonial, representava a própria antítese desses direitos.

O cenário descrito no parágrafo anterior não chega a ser espantoso se considerarmos que juristas importantes, a exemplo de Friedrich Carl von Savigny, negavam validade científica à categoria de Direitos da Personalidade⁵³. Savigny compunha o que MARQUES NETO chama de pandeística alemã, para designar o surgimento e os posicionamentos da chamada Escola Histórica⁵⁴ do pensamento, de raiz eminentemente anti-racionalista, e também, posteriormente, do Positivismo Jurídico⁵⁵, acerca do Direito Geral de Personalidade, delineando-o a partir do *ius in se ipsum*⁵⁶.

A reação à tradição jusracionalista encontra-se em Savigny e na maior parte da Escola Histórica Alemã, que contestava a pretensão de eficácia universal da razão individual na formulação jurídica e antepunha o espírito de cada povo enquanto reflexo das respectivas necessidades. Deste modo, Savigny evidencia a raiz historicamente existencial dos

⁵³ Cf. BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 55.

⁵⁴ O historicismo marca o pensamento alemão durante o fim do século XVIII e início do século XIX, a configurar, no campo filosófico-jurídico a denominada escola histórica do Direito. A escola histórica do Direito opõe-se à filosofia iluminista através de uma dessacralização do direito natural, substituindo o abstrato e o universal pelo particular e pelo concreto. O contexto do seu advento era inspirado pela valorização da tradição e dos costumes, em reação ao exacerbado racionalismo da escola de direito natural, valorizando, assim, as manifestações espontâneas da individualidade do próprio homem e demonstrando a perspectiva histórica de desenvolvimento social, a qual possui um sentido irracional, pelo que não era possível compartilhar o otimismo iluminista, que vê na razão uma força propulsora e transformadora do mundo, capaz de sanar todos os males da humanidade. CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 41.

⁵⁵ Mais adiante o Positivismo Jurídico, enquanto corrente empírica do pensamento jurídico, será melhor delineado.

⁵⁶ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito**: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982, p. 118 e ss.

Direitos da Personalidade por contraponto à índole apriorística dos direitos fundamentais⁵⁷.

Por sustentar que os Direitos da Personalidade configuravam uma contradição em seus próprios termos, já que tinham como objeto o próprio sujeito, ou seja a pessoa humana, Savigny é apresentado como um negativista, pois para ele a tutela da pessoa seria obtida através de múltiplos direitos, desde a proteção penal até às ações possessórias, sendo a inviolabilidade da pessoa humana o último fundamento de toda essa proteção, a qual só seria obscurecida, na sua verdadeira natureza, através da construção de direitos sobre a própria pessoa. Assim, ainda que Savigny não discordasse de uma tutela da pessoa, ele duvidava essencialmente da viabilidade da categoria “Direitos da Personalidade” para a efetivar. Nesse sentido, CORDEIRO crê que esta rejeição de Savigny a uma categoria de direitos sobre o próprio indivíduo se justifica pela dificuldade de a arrumar sistematicamente no direito alemão antes do *Bürgerliches Gesetzbuch*, portanto, no direito alemão ainda não codificado⁵⁸.

Para os adeptos da Escola Histórica, os Direitos da Personalidade não seriam direitos subjetivos propriamente ditos (manifestação do poder da vontade), mas tão somente o reflexo do direito objetivo do qual se poderia retirar uma proteção jurídica a determinadas situações que envolvessem a personalidade. Ou seja, a proteção jurídica à personalidade limitar-se-ia à reação do ordenamento à lesão ao dano injustificado, por intermédio dos mecanismos de responsabilização civil⁵⁹. Ao admitir que os Direitos da Personalidade seriam uma categoria autônoma de direitos subjetivos, estar-se-ia admitindo a existência de direitos que teriam por objetivo a própria pessoa, logo seria possível a ampla disposição do corpo, cabível e justificável, portanto, o suicídio.

TEPEDINO registra que os adeptos desta Escola objetaram a adoção dos Direitos de Personalidade como categoria autônoma, argumentando que a vida, a saúde e a honra, para ficar nestes exemplos, não se enquadram na categoria do ter, mas do ser, o que os tornaria incompatíveis com a noção de direito subjetivo, predisposto à tutela das

⁵⁷ Cf. CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil Português: parte geral**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 33.

⁵⁸ *Idem*, p. 36-37.

⁵⁹ Cf. SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. 2. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 41.

relações patrimoniais e, em particular, do domínio⁶⁰. O direito subjetivo, então, era somente entendido como o poder jurídico de uma pessoa sobre um objeto, sendo neste contexto histórico que surge a negativa a um Direito Geral de Personalidade.

CORDEIRO afirma que Savigny tinha grande preocupação com a possibilidade de os Direitos da Personalidade serem dogmatizados à semelhança dos Direitos de Propriedade. Isso se deu porque o direito alemão não dispunha, à época, de leis codificadas, logo não havia conceitos como o de capacidade de direitos e de Direitos da Personalidade, aptos a justificar a categoria. Assim, para Savigny, uma construção de direitos sobre si próprios só viria a obscurecer a tutela da pessoa humana⁶¹.

Sobre esta questão, TEPEDINO esclarece que se entendia à época que a personalidade, identificando-se com titularidade de direitos, não poderia, ao mesmo tempo, ser considerada também seu objeto. Caso assim fosse, ter-se-ia uma contradição lógica. SZANIAWSKI aponta tratar-se de uma visão pessimista e distorcida dos atributos da personalidade, a partir da qual a eventual proteção da pessoa humana seria decorrente tão somente de reflexos do direito objetivo, o que afastou totalmente a noção do *ius in se ipsum*⁶². Em suma, emergia uma teoria negativista, uma corrente doutrinária que negava a categoria de Direitos da Personalidade e não reconhecia aos principais atributos arrolados na lei, a natureza de direitos subjetivos.

Inúmeras críticas foram feitas às teorias que negaram a existência dos Direitos da Personalidade como categoria autônoma de direitos. TEPEDINO, tratando dessas críticas, aduz que as premissas então construídas pela Escola Histórica foram atacadas, construindo-se o entendimento segundo o qual a personalidade poderia ser vista sob dois aspectos: tanto como atributo da pessoa que a habilita para o exercício de direitos, quanto como valor inerente e indispensável ao ser humano⁶³. Se numa primeira fase Savigny aparece para criticar uma potencial categoria autônoma de Direitos da Personalidade, em finais do século XIX, Ihering,

⁶⁰ Cf. TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. In.: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 27.

⁶¹ Cf. CORDEIRO, A., p. 36-37.

⁶² Cf. SZANIAWSKI, E., 2005 p. 42.

⁶³ Cf. TEPEDINO, G., 1999, p. 28.

com base em estudo aprofundado do *actum iniuriam* do Direito Romano, defende a conceitualidade dessa figura: à função indenizatória e compensatória, típicas da Responsabilidade Civil, ele acrescenta uma função profilática, no sentido de prevenir a repetição futura de violações⁶⁴.

Já no final do século XIX, percebeu-se que deveria ser ampliada a noção de direitos subjetivos para atender este espaço desregulamentado, no âmbito do Estado de Direito: isso motivou a formulação do conceito de Direitos Personalíssimos de caráter extrapatrimonial, nas palavras de GEDIEL⁶⁵. Assim, é que segundo este autor, passou-se a aceitar a noção de Direitos da Personalidade, reconhecendo neles o vínculo entre os indivíduos e os prolongamentos de sua personalidade, corpóreos ou incorpóreos, juridicamente definidos como bens da personalidade⁶⁶.

O Positivismo Jurídico⁶⁷, com a pretensão de tornar o Direito uma verdadeira ciência, acabou por separar os juízos de valor dos juízos de fato, o que, nessa medida, expurgou da jurisprudência qualquer juízo de valor e concebeu o Estado como única fonte criadora do Direito⁶⁸. Com esta concepção, onde a tutela jurídica somente se dava a partir do direito posto, fragmentou-se o Direito Geral de Personalidade em diversos direitos autônomos, tipificados em lei. Segundo SCHREIBER, se o sistema positivista concebia apenas o Estado como fonte de Direito,

⁶⁴ Cf. SCHREIBER, A., 2013, p. 30.

⁶⁵ Cf. GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a tutela da personalidade**. Curitiba: UFPR, 1997. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da UFPR, 1997, p. 35

⁶⁶ Idem, ibidem, p. 35

⁶⁷ Hans Kelsen é o “maior vulto” do normativismo dogmático contemporâneo. A influência de seu pensamento se fez sentir em todo o mundo ocidental, onde, de um modo geral, predomina em relação a outras correntes de explicação jurídica. A síntese das ideias de Kelsen reside na identificação absoluta que ele estabelece entre o Direito e a lei. Podemos afirmar que, assim como Duguit e especialmente Pontes de Miranda elevaram ao máximo as proposições da Escola Histórica, rompendo com o substrato idealista que nela ainda persistia na figura da consciência coletiva formulada por Savigny, Kelsen levou às últimas consequências o normativismo da Escola da Exegese, renovando os procedimentos hermenêuticos por ela estabelecidos e conferindo validade absoluta à norma, considerada em si mesma. MARQUES NETO, A., 1982, p. 126.

⁶⁸ Cf. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 81.

negou-se a existência do Direito Geral de Personalidade, já que apenas tinham relevância alguns direitos especiais de personalidade tipificados em lei. Para o autor, estes eram considerados os únicos direitos subjetivos merecedores de tutela do Estado nas relações interprivadas⁶⁹.

Com efeito, como já dito em linhas anteriores, na fase das grandes codificações havia uma acirrada dicotomia entre as searas do público e do privado e, a consequência disto, foi a bipartição da tutela do homem e de sua personalidade em direitos públicos de personalidade e direitos privados de personalidade; os primeiros destinados a tutelar as pessoas e a sociedade contra as ingerências do Estado e os segundos à tutela das relações entre os particulares⁷⁰.

SZANIAWSKI constata que de um lado a Escola Histórica do Direito, negando a existência de uma categoria jurídica destinada à proteção da personalidade da pessoa, qualificada como um direito subjetivo e, de outro, o Positivismo Jurídico, que mediante o expurgo de tudo o que dizia respeito a juízo de valor e noções metafísicas da Ciência Jurídica e reconhecendo como fonte única do Direito aquela dada pelo Estado, ambas contribuíram decisivamente para a estagnação da evolução da personalidade jurídica humana e para o declínio do Direito Geral de Personalidade⁷¹.

A nova ordem então construída e a sistematização fechada do Direito, conduziu o Direito Geral de Personalidade a passar por um estado de dormência, até meados do século XX, havendo, nesse curto tempo, a proteção do homem contra os atentados do Poder Público através da atuação dos direitos fundamentais, contidos nas Declarações Internacionais, e positivados nas Constituições. Sob o aspecto privado, a tutela se dava a partir de alguns direitos de personalidade fracionados e tipificados em lei⁷².

CAPELO DE SOUZA aduz que, muito embora estivesse o Direito Geral de Personalidade em estado de dormência em muitos países influenciados pela Escola Histórica e pelo Positivismo Jurídico, é possível encontrar um lado positivo nas críticas aos entendimentos jusracionalistas do *ius in se ipsum*: afirma que a tipificação “solidificou a estrutura dos direitos especiais de personalidade e delimitou as fronteiras

⁶⁹ Cf. SCHEREIBER, A., p. 31.

⁷⁰ Cf. SZANIAWSKI, E., 2005, p. 43-44.

⁷¹ Idem, ibidem, p. 43-44.

⁷² Cf. SCHEREIBER, A., p. 31.

de seus objetos, com os quais tais direitos ganharam credibilidade e eficácia”⁷³. Além disso, sustenta que as críticas feitas ao Positivismo “contribuíram para que, relativamente, se circunscrevesse o objeto do Direito Geral de Personalidade”⁷⁴. Por este motivo CANTALI registra que, “neste período verificou-se uma estagnação do desenvolvimento de um Direito Geral de Personalidade, não se podendo dizer que os resultados foram apenas negativos”⁷⁵.

1.3 A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

1.3.1 Da teoria do Direito Natural à Declaração Francesa de Direitos de 1789.

Como dito acima, a nova ordem então construída e a sistematização fechada do Direito, conduziram o Direito Geral de Personalidade, enquanto um ramo específico de proteção, a passar por um estado de dormência, desde os fins do século XIX até meados do século XX, o que fez com que nesse espaço de tempo a proteção do homem contra os atentados do Poder Público ocorresse novamente através da atuação dos direitos fundamentais contidos, inicialmente, nas Declarações de Direitos e posteriormente nas Constituições nacionais, o que de certo modo impôs aos Direitos da Personalidade mais uma vez assento essencialmente no Direito Público, o que somente viria a mudar no decorrer do século XX. Isso revela a necessidade de uma análise, ainda que curta, sobre a origem, a natureza e a evolução dos chamados direitos fundamentais.

Com efeito, a perspectiva histórica assume relevo não somente como mecanismo hermenêutico, mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional “cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do

⁷³ Cf. CAPELO DE SOUZA, R., 1995, p. 80-81.

⁷⁴ Idem, ibidem, p. 82.

⁷⁵ CANTALI, F., 2009, p. 45.

homem”⁷⁶. Ainda que consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da Filosofia, nos legou algumas das ideias-chaves que posteriormente vieram a influenciar o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal forma que esta fase costuma ser chamada por autores como SARLET de “pré-história dos direitos fundamentais”⁷⁷.

De irrefutável importância para o posterior reconhecimento dos direitos fundamentais nas Revoluções do século XVIII, a Doutrina Jusnaturalista do século XVI influenciou, também, o desenvolvimento da ideia da existência de postulados de cunho suprapositivo que conforme PEREZ LUÑO “por orientarem e limitarem o poder, atuaram como critérios de legitimação de seu exercício”⁷⁸. De particular relevância foi o pensamento de Tomás de Aquino, que para além da concepção de igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população⁷⁹.

A respeito dessa construção histórica dos direitos fundamentais, SARLET registra que também o valor fundamental da dignidade humana assumiu particular relevo no pensamento Tomista⁸⁰, incorporando-se, a partir de então, à tradição jusnaturalista, influenciando autores como o humanista italiano Giovanni Pico della Mirandola, quem, no período renascentista e baseado principalmente no pensamento de São Tomás de Aquino, advogou o ponto de vista de que a personalidade humana se

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 36.

⁷⁷ Idem, *ibidem*, p. 38.

⁷⁸ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 30.

⁷⁹ Para aprofundamento sobre o pensamento de Tomás de Aquino e sua contribuição aos estudos sobre o Direito de Resistência ver: AQUINO, Tomás de. **Do Direito, da Justiça e das suas partes integrantes**. In *Suma Teológica*, Trad. de Alexandre Correia, Biblioteca do Ministério Público, vol. XIV, 1937.

⁸⁰ Pensamento Tomista refere-se ao pensamento de Tomás de Aquino.

caracterizava por ter valor próprio, inato, expresso justamente na ideia de sua dignidade de ser humano, que nasce da qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem⁸¹

É no nominalismo do pensador cristão Guilherme de Occam que se busca a origem do individualismo que levou ao desenvolvimento da ideia de direito subjetivo, alicerce dos Direitos da Personalidade e dos direitos fundamentais⁸³, sobretudo por obra de Hugo Grócio que, no limiar da Idade Moderna, os definiu como “a faculdade da pessoa que a torna apta para possuir ou fazer algo justamente”⁸⁴.

É a partir do século XVI, mas sobretudo nos dois séculos posteriores, que a doutrina jusnaturalista, através das teorias contratualistas, chega ao seu apogeu. Durante esse mesmo processo ocorre uma laicização do direito natural, em consequência dos ensinamentos proferidos pelos filósofos do Iluminismo, de inspiração mais racionalista. Merece destaque o filósofo alemão Hugo Donellus, que já em 1589, na cidade de Nuremberg, ensinava a seus discípulos que o direito à personalidade englobava os direitos à vida, à integridade corporal e à imagem, assim como de Johannes Althusius, que, no início do século XVII defendeu a ideia da igualdade humana e da soberania popular, professando que os homens estariam submetidos à autoridade apenas à medida que tal submissão fosse produto de sua própria vontade e delegação, pregando, ainda, que as liberdades expressas em lei deveriam ser garantidas pelo direito de resistência⁸⁵.

No século XVII a ideia de direitos naturais inalienáveis do homem e da submissão da monarquia aos ditames do direito natural encontrou

⁸¹ Cf. SARLET, I., 2015, p. 38.

⁸² A contribuição de Giovanni Pico Della Mirandola sobre a ideia de dignidade humana pode ser encontrada com maior precisão na obra: PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução e introdução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2001.

⁸³ O nominalismo de Ockham pode ser melhor estudado na obra: OCKHAM, William. **Seleção de obras**. In: Os Pensadores, vol. VIII: TOMÁS DE AQUINO et al., Seleção de textos. Seleção de Ph. Boehner. Trad.de C. L. de Mattos. São Paulo: abril, 1973.

⁸⁴ GRÓCIO, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz** (De Jure Belli ac Pacis), v. I. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí/Fondazione Cassamarca, 2004, p. 189.

⁸⁵ Cf. LAFER, Celso. **Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 9-10.

eco nas obras de Hugo Grócio, de Samuel Pufendorf, John Milton e Thomas Hobbes:

[...] Ao passo que Milton reivindicou o reconhecimento dos direitos de autodeterminação do homem, de tolerância religiosa, da liberdade de manifestação oral e de imprensa, bem como a supressão da censura, Hobbes atribuiu ao homem a titularidade de determinados direitos naturais, que, no entanto, alcançavam validade apenas no estado de natureza, encontrando-se, no mais, à disposição do soberano. Cumpre destacar que foi justamente na Inglaterra do século XVII que a concepção contratualista da sociedade e a ideia de direitos naturais do homem adquiriram particular relevância, e isto não apenas no plano teórico, bastando, neste particular, a simples referência às cartas de Direitos Assinadas pelos monarcas desse período⁸⁶.

Decisiva, também, foi a contribuição de John Locke pensador político e jurídico do século XVIII, pois ele foi o primeiro a reconhecer e conferir aos chamados direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive aos detentores do poder. PEREZ LUÑO assevera que com Locke a defesa dos direitos naturais converteu-se na finalidade precípua da sociedade civil e em princípio legitimador do governo⁸⁷. LAFER, nesse sentido, ressalta que, assim como havia feito Hobbes, Locke desenvolveu ainda mais a concepção contratualista de que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade-liberdade se funda na autovinculação dos governados, lançando, assim, as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que, por sua vez, desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos, considerados como limites ao poder estatal⁸⁸.

PEREZ LUÑO, aduz que, foi com Rousseau, na França, com Tomas Paine na América e com Kant na Alemanha, à época Prússia, que

⁸⁶ SARLET, I., 2015, p. 39.

⁸⁷ Cf. PEREZ LUÑO, A., 1995, p. 31.

⁸⁸ Cf. LAFER, C., 2003, p. 122-123.

no âmbito do Iluminismo de inspiração Jusnaturalista, se iniciou o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo, tendo sido Paine quem na sua obra “Os Direitos do Homem” quem popularizou a expressão “direitos do homem” no lugar do termo “direitos naturais”⁸⁹.

BOBBIO, contudo, afirma que é o pensamento kantiano que traduz o marco conclusivo desta fase da história dos direitos da pessoa humana, sendo possível verificar em seus ensinamentos que todos os direitos estão abrangidos pela liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens⁹⁰. Acrescenta que Kant, inspirado por Rousseau, definiu a liberdade jurídica do ser humano como a faculdade de obedecer somente às leis às quais deu seu livre consentimento⁹¹, concepção esta que fez escola no âmbito do pensamento político, filosófico e jurídico.

O processo de elaboração doutrinária dos direitos da pessoa humana, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado, na esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos e deveres individuais que podem ser considerados como os antecedentes dos direitos fundamentais.

Com efeito, a história das Declarações de direitos marca, assim, uma interessante evolução que parte do particular em direção ao universal. Começam com formulações contingentes, relativas a grupos específicos de cidadãos, com o caráter de privilégios ou concessões excepcionais. Adotam, depois, formas mais amplas, nas quais estão compreendidos todos os cidadãos de um Estado, e culminam, finalmente, nas Declarações universais, a favor dos homens enquanto pessoas, vinculadas à ideia de humanidade.

Desde outro ponto de vista, a evolução das Declarações de Direito segue, no que diz respeito ao caráter das mesmas, fases muito interessantes. TOBENAS registra que as enunciações de direitos e deveres tiveram um significado prático e contingente na história constitucional inglesa; um sentido mais filosófico e abstrato nas Constituições norte-americana e francesa dos séculos XVIII e XIX, tendo

⁸⁹ Cf. PEREZ LUÑO, A., 1995, p. 31-32.

⁹⁰ Cf. BOBBIO, N., 1992, p. 73.

⁹¹ Idem, *ibidem*, p. 86.

adquirido um caráter puramente normativo nas Constituições democráticas mais recentes⁹².

Nas Declarações britânicas, com efeito, não se encontra proclamação alguma de alcance filosófico e universal. Sobre isso BISCARETTI aduz que elas contêm confirmações de antigos costumes e de preexistentes institutos jurídicos capazes de tutelar o indivíduo frente às intermitentes ameaças da autoridade régia. Segundo ele, pelo contrário, as Declarações norte-americanas e francesas, inspiradas na doutrina da Escola Jusnaturalista europeia, são de caráter abstrato e de aspiração universalista, ainda que carentes, algumas vezes, de valor normativo imediato⁹³.

Registre-se, por oportuno, que no curso do século XIX, as Declarações constitucionais de direitos e deveres sofrem uma transformação. Suas fórmulas, até então carregadas de teorias, adquirem o caráter concreto de normas positivas, acompanhadas muitas vezes das correspondentes garantias jurídicas dos respectivos direitos. No século XX, sobremaneira ao término da Primeira Guerra Mundial, as Declarações experimentaram uma nova mudança. Se anteriormente os direitos e deveres dos cidadãos haviam sido formulados juridicamente somente em relação à atividade jurídica do Estado, sobre a base, especialmente, dos princípios democráticos da liberdade e da igualdade, a partir daí tais direitos foram igualmente definidos sempre em medida crescente, também em relação à atividade social deste mesmo Estado, determinando, por conseguinte, uma notável extensão dos textos constitucionais correspondentes.

Como foi dito em linhas anteriores, os Direitos da Personalidade estiveram em estado de dormência, em razão da divergência doutrinária acerca de sua existência e de seu objeto. Mas com o processo de positivação de muitos direitos entendidos como parte da personalidade jurídica individual, sob a batuta de “direitos fundamentais” a proteção a estes direitos passou a ser ampliada na generalidade dos sistemas mundiais, a exemplo da instituição de diferentes formas de delitos contra atentados aos direitos da personalidade (nos crimes contra a vida, a honra, a integridade física, violação de direitos autorais, respeito ao segredo, respeito aos mortos, liberdade individual e outros). Ocorre, então, uma

⁹² Cf. TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. Madrid: Réus, 1995, p. 104.

⁹³ Cf. BISCARETTI, P., 1965, p. 667.

tutela reflexa desses direitos, em face, porém, da concorrência do interesse público, como bem explica BITTAR⁹⁴.

Pode-se dizer que a construção do que se chamou de Teoria dos Direitos da Personalidade Humana deveu-se, num primeiro momento ao cristianismo, em que se assentou a ideia de dignidade do homem; à Escola de Direito Natural, que afirmou a noção de direitos naturais ou inatos ao homem, correspondentes à natureza humana, a ela unidos indissolavelmente e preexistentes ao reconhecimento do Estado; e aos filósofos e pensadores do Iluminismo, por meio dos quais se passou a valorar o indivíduo perante o Estado. Com isso é que começam a ser reconhecidos, nos tempos contemporâneos, certos direitos em face do Poder Público, os quais, como explicitado mais acima, apareceram sob a forma de Declarações de Direitos e com a constitucionalização de alguns como direitos subjetivos públicos.

Foi no âmbito do Direito Público, assim, que os Direitos da Personalidade ganharam a sagração legislativa inicial, a começar pela Declaração Norte-americana, “que refletia a tradição puritana das antigas colônias, de liberdade de consciência ante o Estado”⁹⁵, eis que formadas por cidadãos ingleses que fugiram das perseguições religiosas em sua terra natal, bem como pelo acentuado liberalismo do povo inglês, demonstrado desde tempos antigos por meio da Magna Carta de 1215 e posteriormente pelo *Bill of Rights*, de 1689, através de ações e documentos em que se impunham restrições à Coroa e se reforçava o apoio ao Parlamento.

Há autores, a exemplo de COMPARATO, que entendem que o início da positivação dos Direitos da Personalidade em verdade se deu com a Magna Carta *Liberatum*, apesar de, segundo ele, quando de sua edição, tal diploma ter representado um malogro completo. Aduz que:

[...] o objetivo principal da Carta era assegurar a paz, quando em verdade ela provocou a guerra. Visava a consolidar em lei o direito costumeiro, e acabou suscitando o dissenso social. Tinha uma vigência predeterminada para apenas três meses, e mesmo dentro desse período limitado de tempo muitas de suas disposições não chegaram a ser executadas. No entanto, a Magna Carta foi

⁹⁴ Cf. BITTAR, C., 2015, p. 50.

⁹⁵ BITTAR, C., 2015, p. 51.

reafirmada solenemente em 1216, 1217 e 1225, tornando-se, a partir desta última data, direito permanente. Três de suas disposições – as de números 1, 9 (13 na versão de 1215) e 29 (39 e 40 na versão de 1225) – ainda fazem parte da legislação inglesa em vigor⁹⁶.

Em que pese sua forma de promessa unilateral, já que foi feita unicamente pelo Rei João Sem Terra, a Magna Carta constituiu, em verdade, uma convenção que foi passada entre o então monarca inglês e os barões feudais da época, por meio da qual a coroa régia reconhecia a estes certos privilégios. Ela foi, por conseguinte:

[...] antes um foral do que um contrato de senhorio (semelhante à constituição das capitânicas hereditárias no Brasil colônia). Os contratos de senhorio, com efeito, eram convenções pelas quais se atribuíam poderes regalianos, individualmente, a certos vassallos. No caso, não se tratou de delegações de poderes reais, mas sim do reconhecimento de que a soberania do monarca passava a ser substancialmente limitada por franquias ou privilégios estamentais, que beneficiavam, portanto, de modo coletivo, todos os integrantes das ordens privilegiadas⁹⁷.

A Magna Carta, mais do que isso, porém, deixa implícito pela primeira vez na história da política medieval, que o monarca se encontrava naturalmente vinculado pelas próprias leis que ele mesmo editava. Assim, se num primeiro momento esta Carta cuidou em reforçar o regime feudal, noutra ela já trazia em si o germe de sua autodestruição, a longo prazo.

O sentido inovador do documento consiste no fato de que a declaração régia reconheceu, pela primeira vez na história, que os direitos próprios de dois estamentos típicos da sociedade inglesa medieval – a nobreza e o clero – existiam ainda que não houvesse o consentimento do monarca, e não podiam, em razão disso, serem modificados unilateralmente por ele, figurando nessa característica a pedra angular das

⁹⁶ COMPARATO, F., 2010, p. 91.

⁹⁷ Idem, *ibidem*, p. 91.

democracias modernas, ou seja, o poder dos governantes passa a ser limitado não somente pelas normas superiores fundadas em costumes ou em religião, mas também por direitos subjetivos dos administrados.

A liberdade, cujas construções remontam à Escola Natural do Direito, e portanto, integram a concepção de Personalidade Jurídica Individual, se viu pela primeira vez reconhecida, na medida em que a declaração final da primeira cláusula da Magna Carta, previa que o rei e seus descendentes garantiriam para sempre, a todos os homens livres do reino, todas as liberdades, o que representou um primeiro passo para o fim da divisão estamental até então em curso naquela sociedade, pois a partir daí o que passou a contar foi o *status libertatis*, independentemente de qualquer outra condição pessoal. Assim, foi graças a essa limitação do poder do rei que a democracia moderna e a proteção da Personalidade Jurídica Individual despontaram e começaram a dar os seus primeiros passos, nesse documento do século XIII.

Contudo, há que se descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses direitos e privilégios reconhecidos na época medieval, pois que outorgados pela autoridade real “em um contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se, propriamente, de direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade, alijando grande parte da população”⁹⁸.

De suma importância para a evolução que levou ao nascimento dos direitos fundamentais foi a Reforma Protestante, que conduziu ao gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa, como foi o caso do Édito de Nantes, promulgado por Henrique IV da França em 1598. Nesse contexto, enquadram-se ainda os documentos firmados por ocasião da Paz de Augsburg, em 1555 e da Paz de Westfália, em 1648, que para autores como TRUYOL marcou o final da Guerra dos Trinta Anos, assim como o conhecido *Toleration Act* da colônia americana de Maryland (1649) e seu similar da Colônia de Rhode Island, de 1663⁹⁹. LAFER assevera que, igualmente, não há como se desconsiderar a contribuição da Reforma e das consequentes guerras religiosas na consolidação dos modernos Estados nacionais e das monarquias absolutistas, que por sua vez, foram precondição para as revoluções burguesas do século XVIII, assim como

⁹⁸ TRUYOL, A., 1968, p. 12.

⁹⁹ Cf. TRUYOL, A., 1968, p. 14-15.

para os reflexos, já referidos, na esfera do pensamento filosófico, conduzindo à laicização da doutrina do direito natural, e à elaboração teórica do individualismo liberal burguês¹⁰⁰.

De qualquer modo, inobstante a decisiva contribuição desses documentos concessivos de liberdades, igualmente, não há como lhes atribuir a condição de portadores de direitos fundamentais, pois, conforme já identificado, podiam estes direitos ser nova e arbitrariamente subtraídos pela autoridade monárquica.

A Inglaterra, contudo, ainda foi palco de outra passagem que contribuiu para a positivação dos Direitos da Personalidade, ainda que à época tais direitos não fossem assim conceituados.

Durante os anos agitados em que reinaram na Inglaterra os “Stuart”, considerados pela doutrina como sendo os últimos soberanos ligados à Igreja Católica, o parlamento que no século XVII já era maciçamente protestante, procurou de todas as formas limitar o poder real, notadamente “o poder de prender opositores políticos, sem submetê-los a processo criminal regular”¹⁰¹. Inobstante a figura do *habeas-corpus* já existir na Inglaterra, antes mesmo da Magna Carta, sua existência limitava-se a um mandado judicial (*writ*) em caso de prisão arbitrária, o que fazia com que sua eficácia como um remédio jurídico fosse bastante reduzida, ante a inexistência de regras processuais adequadas que disciplinassem seu procedimento. Assim é que em 1679 uma lei¹⁰² foi criada para corrigir esse defeito e confirmar no sistema jurídico inglês a máxima “*remedies precede rights*”, ou seja, são as garantias processuais que criam os direitos e não o contrário.

COMPARATO, sobre essa passagem da história britânica, registra que tal como ocorria no Direito Romano, o Direito Inglês não concebia a existência de direitos sem uma ação judicial própria para sua defesa, sendo da criação dessa ação em juízo que nasceriam os direitos subjetivos, e não o contrário. Aduz ainda que nos direitos da família europeia continental, à qual se filiaram as legislações das colônias europeias, prevalece justamente a ideia contrária: os direitos subjetivos são o principal e as ações judiciais surgem como acessório que a eles deve

¹⁰⁰ Cf. LAFER, C., 2003, p. 120-121.

¹⁰¹ Idem, ibidem, p. 100.

¹⁰² A denominação oficial dessa lei foi: uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das prisões no ultramar.

adaptar-se¹⁰³. De fato, o Código Civil brasileiro vigente, por exemplo, declara em seu artigo 75 que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”.

Analisando a gênese dos grandes sistemas jurídicos europeus é possível entender a diversidade dessas concepções. O direito britânico, assim como o direito clássico romano sempre foi construído ao longo do tempo por advogados e juízes. Na Europa Continental, ao contrário, os sistemas jurídicos desde o século XI, com a fundação da Universidade de Bolonha, em sua maior parte foram criações intelectuais de juristas e de professores, justamente de onde derivou seu caráter mais sistemático e abstrato do que o do Direito britânico.

Essa diferença no método de criação do Direito reverberou, por conseguinte, na criação e positividade dos Direitos da Personalidade, assumindo a Ciência Jurídica duas linhas de tradição bem distintas: a inglesa e a francesa. Analisando essas tradições, verifica-se que os ingleses, mais pragmáticos, consideram que o progresso na proteção jurídica da pessoa humana provém mais das garantias, sobretudo das garantias judiciais, do que das simples declarações de direitos. A tradição francesa capitula as Declarações de Direitos sempre com grande força político-pedagógica, como uma forma de promover mudança na mentalidade dos administrados¹⁰⁴.

Assim, a importância histórica do *habeas corpus*, nos moldes da lei inglesa de 1679 consistiu no fato de que essa garantia judicial que foi criada para proteger a liberdade de locomoção, veio a se tornar o nascedouro de todas as outras que a ela se sucederam, para a proteção de outras liberdades fundamentais, todas elas integrantes da Personalidade Jurídica Individual. A título de exemplo cite-se o “*juicio de amparo*” e o mandado de segurança, que na América Latina, copiaram do “*habeas corpus*” seiscentista as características de serem ordens judiciais dirigidas a qualquer autoridade pública acusada de violar direitos líquidos e certos, ou seja, direitos cuja existência o autor pode demonstrar desde o início do processo, sem necessidade produção posterior de provas.

O caminho percorrido pelos Direitos da Personalidade em direção à sua consagração legislativa teve outro capítulo, ainda em terras inglesas. Trata-se da chamada *Bill of Rights*, documento datado de 1689, cuja

¹⁰³ Cf. SARLET, I., 2015, p. 101.

¹⁰⁴ Idem, ibidem, p. 101.

importância é inegável para a composição moderna da Personalidade Jurídica Individual.

Durante o século XVII a Inglaterra foi agitada por rebeliões e guerras civis, todas elas alimentadas por disputas religiosas. FERREIRA FILHO, tratando dessa passagem, afirma que:

[...] Carlos I foi deposto, condenado à morte e executado em 1642, sob a acusação de tentar restabelecer o catolicismo como religião do Estado. Após a ditadura de Cromwell, que durou até 1658, a dinastia Stuart, restabelecida no trono, manteve seu inabalável apego à religião católica. Tal como os Bourbon após a Revolução Francesa, os Stuart nada aprenderam e nada esqueceram. Carlos II, que reinou até 1685, logrou abafar todas as tentativas de revolta. Durante os quatro últimos anos de seu reinado, dispensou a convocação do parlamento para votação de impostos, graças ao copioso subsídio que recebeu pessoalmente de Luís XIV. Mas essa decisão imprudente acabou por acrescentar à virulenta querela religiosa outros movimentos de animadversão à coroa, considerada agora culpada de manter ligações traiçoeiras com o inimigo secular do país, o rei da França¹⁰⁵.

Mas, foi no reinado de Jaime II, sucessor de Carlos II, que a nobreza e o alto clero se rebelaram completamente, tudo porque em 1688 houve o nascimento de um herdeiro ao trono inglês que asseguraria a continuidade da monarquia sob a orientação da religião católica: a rebelião que fermentava há anos foi desencadeada¹⁰⁶. COMPARATO aponta que:

[...] Convidado por um grupo de sete nobres de dois partidos políticos – *Whigs* e *Tories* – a assumir o trono da Inglaterra, o Príncipe Guilherme de Orage desembarcou em Torbay em 5 de novembro. No dia 11 de dezembro, Jaime II fugia para a França.

¹⁰⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.

¹⁰⁶ Idem, *ibidem*, p. 78.

Reunido por sua própria iniciativa, o parlamento declarou então vago o trono da Inglaterra, e decidiu operar uma mudança dinástica. A coroa foi oferecida, conjuntamente, ao Príncipe de Orange e à sua mulher, Maria Stuart, filha mais velha de Jaime II, a qual professava a religião protestante. Os novos soberanos tomaram os nomes de Guilherme III e Maria II, após aceitarem, em sua integralidade, uma Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) votada pelo parlamento, a qual passou a constituir uma das Leis Fundamentais do reino¹⁰⁷.

O “*Bill of Rights*” foi promulgado exatamente um século antes da Revolução Francesa, de modo que sua importância histórica reside no fato de que, pela primeira vez, desde seu surgimento na Europa Renascentista, se pôs fim ao regime da Monarquia Absoluta, onde todo poder emanava do rei e em seu nome era exercido. A partir do ano de 1689, os poderes de legislar e o de criar os tributos já não mais pertenciam ao monarca, entrando na esfera de competência reservada do parlamento. É por esse motivo que desde esta época as eleições e o exercício da atividade parlamentar é cercada de garantias especiais, com o fito de preservar a liberdade desse órgão político diante do chefe de Estado.

É importante frisar que o documento assinado pelo Príncipe de Orange, como condição para seu acesso ao trono inglês, representou uma institucionalização do que Montesquieu, um século depois, chamaria de separação de poderes¹⁰⁸. Muito embora não fosse uma declaração de direitos humanos, nos moldes das declarações que seriam aprovadas nos Estados Unidos e na França, o *Bill of Rights* criava, com a divisão dos poderes aquilo que a doutrina alemã do século XX viria nominar, sugestivamente, de garantia institucional, ou seja, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, seria proteger os

¹⁰⁷ COMPARATO, F., 2010, p. 105.

¹⁰⁸ Há autores que entendem que a separação de poderes já havia sido trabalhada no pensamento de Locke e de Hobbes, no entanto para este trabalho adere-se à concepção de que foi em Montesquieu que a separação de poderes como princípio estatal foi institucionalizada em sua obra *Do Espírito das Leis*. MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

direitos que estão ligados à personalidade jurídica do ser humano, o que mais tarde transformou-se em dignidade da pessoa humana¹⁰⁹.

A transformação social resultado da promulgação do *Bill of Rights* não pode deixar de ser encarecida, de forma que não seria exagero sustentar que, ao limitar os poderes governamentais e garantir as liberdades individuais, essa lei, chamada de fundamental para o Reino Unido, suprimira a maior parte das peias jurídicas que embarçavam a atividade profissional dos burgueses. Para COMPARATO não há dúvida de que a Revolução Gloriosa¹¹⁰ contou com o apoio incontestado dos comerciantes e armadores ingleses, decididos a enfrentar a concorrência francesa no campo do comércio marítimo, de forma que, contrariando o que ele chama de “esquema marxista de interpretação histórica”, é possível que se diga que, pelo menos em terras britânicas, a revolução política criou condições para a Revolução Industrial do século seguinte, e não o contrário; é dizer, as relações sociais precederam e tornaram possível a transformação das forças produtivas¹¹¹.

Como registrado mais acima, a Revolução Gloriosa ocorreu num contexto de grande intolerância religiosa. Essa onda de combate à religião iniciou-se em 1685, quando o Rei Luís XIV revogou o edito de Nantes, datado de 1598, no qual se reconhecia aos protestantes franceses que vivam na Inglaterra a liberdade de consciência, uma limitada liberdade de culto e a igualdade civil com os católicos. Segundo FERREIRA FILHO, a essa manifestação de intolerância católica correspondeu a reação violenta dos anglicanos¹¹².

A referida Revolução apresentou um caráter contrário às liberdades públicas, pois, se de um lado estabeleceu pela primeira vez no Estado Moderno a separação dos poderes como garantia das liberdades civis, de outro, essa fórmula de organização estatal, no *Bill of Rights*, constituiu um instrumento de imposição, a todos os súditos do rei da Inglaterra, de uma religião oficial. Nesse caso COMPARATO registra que, portanto, os meios se revelaram, historicamente, mais importantes

¹⁰⁹ A história completa da elaboração do conceito de garantia constitucional, na Alemanha, encontra-se na obra de Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. III, Munique, 1988.

¹¹⁰ Revolução Gloriosa foi o nome dado à deposição do Rei Jaime II e a ascensão de Guilherme III e Maria II, após a assinatura da *Bill of Rights*.

¹¹¹ Cf. COMPARATO, F., 2010, p. 107.

¹¹² Cf. FERREIRA FILHO, M., 2010, p. 86.

que os fins: “o que contou doravante, na história política, foi a prevenção institucional da concentração de poderes, não a oficialização da falta de liberdade religiosa”¹¹³.

Contudo, o essencial do documento em análise, consistiu na instituição da separação dos poderes e na reafirmação de alguns direitos do cidadão, os quais são expressos ainda hoje, nos mesmos termos, pelas Constituições Modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis.

Em que pese a sua importância para a evolução no âmbito da afirmação dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, sugere SARLET que esta positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pôde, ainda, ser considerada como o marco inicial, isto é, como o nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Assevera, em continuidade, que isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades, em que pese a limitação do poder monárquico, não vinculavam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, de tal forma que, na Inglaterra, segundo o autor, houve uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais. Tal fundamentalização, adverte, não se confunde com a fundamentalidade em sentido formal, inerente à condição de direitos consagrados nas Constituições escritas (em sentido formal)¹¹⁴.

A disputa doutrinária sobre o nascimento dos direitos fundamentais está entre a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776 e a Declaração Francesa, de 1789.

Tradicionalmente, como explica TOBENÃS, deve-se considerar as formulações norte-americanas como o primeiro exemplo das modernas Declarações de Direitos. Segundo este autor, são várias as declarações que isoladamente aparecem nas diversas colônias inglesas da América do Norte, que passaram a ser, a partir das respectivas emancipações, membros dos Estados Unidos. Adverte, nesse sentido, que a mais célebre dentre as Declarações Norte-americanas é a intitulada Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 12 de junho de 1776¹¹⁵, mas resguarda a importância

¹¹³ COMPARATO, F., 2010, p. 108.

¹¹⁴ Cf. SARLET, I., 2015, p. 43.

¹¹⁵ Cf. TOBENÃS, J., 1995, p. 119.

histórica da Declaração de Independência das colônias Norte-americanas para a consecução daquele documento.

A respeito da origem doutrinária das Declarações americanas há diversas opiniões, todavia, como assevera SERRANO, muito frequentemente considera-se que tais Declarações são filhas das ideias filosóficas e enciclopedistas do século XVIII¹¹⁶. Mas, autores como JELLINEK impugnam esta suposição, aduzindo que os princípios do Contrato Social de Rousseau, favoráveis à onipotência da vontade geral, são absolutamente contrários a uma Declaração de Direitos. Para este autor, a raiz ideológica das Declarações em comento está nos critérios confessionais, calvinistas e puritanos, que sustentavam os grupos colonizadores da América do Norte¹¹⁷. Entende-se que, ambos os pontos de vista parecem compatíveis, pois que perfeitamente possível a influência, nas Declarações Norte-americanas, da tradição inglesa, do critério de liberdade religiosa e do ambiente enciclopedista da época, eis que todos esses aspectos não são excludentes entre si.

BATTAGLIA, comentando sobre as características das Cartas Norte-americanas, enquanto produto de variadas influências, o que as diferencia profundamente dos antigos documentos da história inglesa, assim registra:

[...] Mientras los textos ingleses no hacen más que confirmar la tradición nacional de las libertades patrias que se especifican en ellos, las costumbres de que en ellos se habla – si bien dichas costumbres aparezcan en el devenir histórico siempre más ricas e complejas, y sean determinadas y particulares en el sujeto a quien se refieren y en el objeto tutelado -, los textos americanos, recurriendo más a la naturaleza que a la historia, como intérpretes de una esencia profunda que liga las cosas y las vicisitudes de los hombres a Dios, instituyen las libertades universales y reivindican para el pueblo

¹¹⁶ Cf. SERRANO, Nicolás Perez. **La evolución de las declaraciones de derechos**. Discurso de abertura do curso de Direito da Universidade de Madri. Madri: Artes Graficas, 1990, p. 57 e seguintes.

¹¹⁷ Cf. JELLINEK, Véase. **Declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano**. Trad. A. Posada. Madrid: Suaréz, 1998, p. 77.

americano los derechos que todos los pueblos deben tener como leyes inmutables del hombre¹¹⁸.

Percebe-se, a partir desse entendimento, que apesar do avanço teórico que as Declarações Norte-americanas trouxeram consigo, elas careciam, em grande parte, do valor prático e normativo que haviam acompanhado as Declarações inglesas, já que suas prescrições estavam desprovidas de eficácia jurídica normativa.

As Declarações de Direitos Norte-americanas constituem cartas fundamentais de emancipação do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu, a exemplo da família, do estamento e das organizações religiosas. A afirmação da autonomia do sujeito enquanto possuidor de Personalidade Jurídica, que vinha progressivamente sendo feita na consciência europeia desde os fins da Idade Média, assume na Europa Ocidental e também nos Estados Unidos, sobremaneira no apagar do século XVIII, contornos jurídicos definitivos.

Segundo COMPARATO, isso se deu porque:

[...] a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa tornou o indivíduo mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu, em troca, a segurança da legalidade e nada mais. Foi preciso aguardar o advento do Estado Social, no século XX, para que os grandes riscos sociais da existência humana fossem assumidos, doravante não mais pelos grupos tradicionais, mas pelo Estado¹¹⁹.

¹¹⁸ Tradução livre: Enquanto os textos ingleses não fazem mais do que confirmar a tradição nacional das liberdades pátrias por eles fixada, os textos americanos, recorrendo mais à natureza do que à história, como intérpretes de uma essência profunda que liga as coisas e as vicissitudes dos homens a Deus, instituem as liberdades universais e reivindicam para o povo americano os direitos que todas as pessoas devem ter como leis imutáveis do homem. BATTAGLIA, Fernando. **Los derechos fundamentales del hombre, del ciudadano y del trabajador:** esencia, evolución, perspectivas futuras y Declaración de derechos en Estudios de Teoría del Estado. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Madrid, 1966, p. 162.

¹¹⁹ COMPARATO, F., 2010, p. 123

Como dito, as Declarações Norte-americanas são essencialmente Declarações de direitos individuais. Aliás, é importante dizer que o pensamento político-jurídico Norte-americano atrelado ao individualismo permanece até hoje vinculado a esta fase histórica, sem aceitar a evolução posterior, no sentido de uma afirmação dos direitos sociais e dos direitos da humanidade¹²⁰. Contudo, é preciso registrar que no campo dos direitos individuais, de onde deriva a ideia de Personalidade Jurídica Individual, os norte-americanos foram incontestavelmente os pioneiros. Se juridicamente o precedente das Declarações das colônias americanas é o *Bill of Rights* inglês, o seu fundamento filosófico parte não só de Locke, mas também do pensamento ilustrado europeu do século XVIII, notadamente dos escritos de Montesquieu e de Rousseau, como acima demonstrou-se quando se tratou da origem doutrinária das Declarações em análise.

Assim, os colonos americanos não funcionaram como polo passivo quanto ao recebimento do patrimônio cultural inglês: foram mais além e transformaram os direitos naturais em direitos efetivamente positivos, reconhecendo-os como de nível superior a todos os demais. Dessa forma, seguindo o modelo de proteção do indivíduo protagonizado pela Inglaterra, os norte-americanos deram aos direitos humanos/naturais a qualidade de direitos fundamentais, ou seja, deram aos direitos individuais componentes da ideia de Personalidade Jurídica status constitucional, colocando-os acima da legislação ordinária¹²¹.

Tanto é assim que a Constituição em sua acepção moderna é uma criação do Direito estadunidense. Para os antigos, a ideia de Constituição representava a organização de determinada sociedade, incluindo não só

¹²⁰ Para essa interpretação exclusivamente individualista, muito contribuiu a Suprema Corte dos Estados Unidos. Com efeito, ao julgar em 1803 o caso *Marbury v. Madison*, que consagrou o juízo de constitucionalidade das leis, declarou o juiz Marshall: “*The province of the Court is solely to decide on the rights of individuals, not to inquire how the Executive or Executive officers perform duties in which they have a discretion. Questions, in their nature political or which are, by the Constitution and laws, submitted to the Executive, can never be made in this court*”. Ora, os direitos sociais realizam-se por meio de políticas públicas ou programas governamentais. Se essas políticas não podem ser submetidas ao controle judicial então elas não geram direitos. Trecho da decisão do caso *Marbury v. Madison*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>. Acesso em 11/05/2016.

¹²¹ Cf. COMPARATO, F., 2010, p. 124.

as relações de poder político, como também o conjunto das instituições da vida privada, sobretudo a família, a educação e a propriedade. A politeia, na concepção grega, não era certamente um ato de vontade, nem do povo nem dos governantes, e, por isso mesmo, não tinha nenhum sentido finalístico já que ela não havia sido explicitamente criada para exercer determinada função, exprimindo, simplesmente, a estrutura social, sendo, portanto, a alma da cidade, ou seja, o que ela tem de mais íntimo e pessoal¹²².

Registre-se que essa ideia de Constituição ligada aos direitos naturais ou tradicionais do povo ainda permanece viva no direito político inglês. As antigas leis fundamentais, a exemplo do *Bill of Rights* apareciam muito mais como explicitações das franquias tradicionais do que como criações de um Direito novo. Já a Constituição em sua acepção moderna, ao contrário, tal como conceberam os norte-americanos, reveste-se de um ato supremo de vontade política do povo, cuja finalidade primeira é a proteção do indivíduo contra as arbitrariedades dos governantes, sendo esta a razão pela qual para esse movimento, a Constituição deve constar de um documento solene, que se traduz numa verdadeira Carta Magna das liberdades individuais.

Para MIRALLES, sobre as Declarações Americanas são destacáveis, resumidamente, as seguintes características:

1º) A influência decisiva do jusnaturalismo racionalista, que se aprecia em dois aspectos fundamentais: na afirmação dos direitos naturais dos seres humanos e na formação do Estado através do pacto entre os súditos (teoria contratualista).

2º) A presença da tradição inglesa, posto que as formulações de direitos seguem na linha dos velhos textos ingleses e a referência ao caráter inglês das colônias aparece continuamente. Se conjugam assim no modelo americano de Declarações de direitos, razão e história, já que em virtude da apelação à razão se justificará basicamente a independência em relação à Coroa inglesa.

3º) Influência da religião, que terá importantes consequências políticas. Assim, nos documentos

¹²² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 33.

aparecem frequentemente fórmulas religiosas, pois, não esqueçamos que dentre os povoadores das primeiras colônias se encontravam pessoas que haviam sido objeto de perseguição na Inglaterra e outros países intolerantes por seu pertencimento a determinadas seitas.

4º) As reflexões contidas nesses textos são constituídas em torno de três eixos fundamentais: a tolerância e a liberdade religiosa, os limites ao poder político e a humanização do Direito Penal e Processual.

5º) O pragmatismo que delas se colhe e que responde fundamentalmente à situação especial de configuração de um novo país. Num primeiro momento se recorre aos antigos direitos e liberdades inglesas, mas adaptando-os à nova situação e dando-lhes uma interpretação especial¹²³.

Com efeito, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia representou o principal documento norte-americano nesse campo de proteção das liberdades e dos Direitos da Personalidade, sendo considerada a primeira Carta onde os direitos fundamentais foram inscritos na acepção mais concreta do termo. O estilo adotado por seu autor, o americano George Mason, em 1787, é mais retórico do que propriamente técnico-jurídico, o que a faz se distanciar do modelo inglês de 1689. FERREIRA FILHO afirma que refletindo o espírito e a mentalidade puritana predominante nas colônias Norte-americanas, as regras de Direito são consideradas indissociáveis da moralidade pessoal, o que é possível perceber a partir da leitura do parágrafo 15 da Declaração, segundo o qual, “declara-se aí que o bom funcionamento das instituições depende, em última análise, das virtudes individuais dos cidadãos¹²⁴.”

¹²³ MIRALLES, Angela Aparisi. **La declaración de independencia americana de 1776 y los derechos del hombre**. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), n. 70 (1990). Disponível em: http://www.juntadeandalucia.es/educacion/vscripts/w_bcc1812/w/rec/4175.pdf. Acesso em 04/05/2016.

¹²⁴ Cf. FERREIRA FILHO, M., 2010, p. 97.

COMPARATO, ao seu turno, registra que a proclamação de abertura da Declaração, asseverando que todos os seres humanos são, pela sua própria natureza, igualmente livres e independentes, dá o tom de todas as grandes declarações de direitos que viriam a seguir, como a francesa do 1789 e a Universal de 1948¹²⁵. Assinala o autor que:

[...] É importante mencionar que os dois primeiros parágrafos da Declaração de Virgínia expressam com nitidez os fundamentos do regime democrático: o reconhecimento dos direitos inatos de toda pessoa humana, os quais não podem ser alienados ou suprimidos por decisão política e o princípio de que todo poder emana do povo, sendo os governantes a este subordinado. Completando a Declaração de soberania popular proclama o direito do povo substituir os governantes ou, mais radicalmente, de mudar a forma de governo, caso a organização estatal se revele incapaz de realizar os fins de toda sociedade política, quais seja, a felicidade e a segurança dos cidadãos¹²⁶.

O germe da categorização dos Direitos da Personalidade é apresentado nesta Declaração, sobretudo a partir do estabelecimento de uma característica que acompanharia os estudos da Personalidade Jurídica até os tempos atuais: a inalienabilidade. Segundo essa característica, todos os direitos individuais previstos no corpo do documento fundamental em comento não poderiam ser vendidos nem trocados.

As disposições dos parágrafos 8 a 13 e 16 têm por objeto, todas elas, a proteção da liberdade, que se mostra como a principal característica dos direitos naturais, de onde decorrem os Direitos da Personalidade Jurídica Individual¹²⁷. Desde a liberdade de ir e vir, a partir da instituição do Tribunal do Júri como um ente sagrado importado da Inglaterra, passando pela liberdade de imprensa, que se tornou um baluarte da ideia de liberdade norte-americana com a edição da primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos, até a liberdade de religião,

¹²⁵ Cf. COMPARATO, F., 2010, p. 127.

¹²⁶ Idem, *ibidem*, p. 127-128.

¹²⁷ Cf. COMPARATO, F., 2010, p. 129.

esta última claramente apresentada como uma exigência das virtudes cristãs.

Mas, o grande e mais importante elemento fruto das codificações de direitos norte-americanas não constava da Declaração de Virgínia: a fórmula geral do necessário respeito ao *due process of law*. Esse postulado, que influenciou todos os sistemas jurídicos ocidentais, foi construído sob os alicerces daquela Declaração, não a partir do parlamento, mas sim através do trabalho da jurisprudência estadunidense, que assentou entendimento segundo o qual além dos efeitos processuais (notadamente o direito a uma ampla defesa em todo processo), essa cláusula tem também um elemento substancial: toda vez que uma lei restringe ou suprime algum direito ligado a Personalidade Jurídica Individual, ela viola um direito inato da pessoa, cuja proteção constitui finalidade de toda organização estatal.

Todas essas ideias foram basilares para o desenvolvimento da ideia de Personalidade Jurídica Individual nas codificações posteriores, a exemplo da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão.

O grande movimento que eclodiu na França em 1789 veio operar na palavra “revolução” uma mudança semântica que fez com que desde então o termo passasse a ser usado para indicar uma renovação completa das estruturas sociais e políticas; a instalação não apenas de um governo ou de um regime político, mas de toda uma sociedade, no conjunto das relações de poder que compunham a sua estrutura. Tal significado não pôde ser verificado nas chamadas Revolução Gloriosa e Americana. Em relação à primeira, porque não houve, em tese, uma mudança substancial no poder político inglês, eis que no espaço de tempo em que ocorreu, ela se prestou a mudar a origem dinástica do poder real e a afirmar a influência do poder religioso sob a condução do Estado britânico. Quanto à segunda, porque essa revolução, tal qual como na Inglaterra de 1688, consistiu na restauração das antigas e costumeiras prerrogativas dos súditos norte-americanos da coroa britânica. Aliás, é significativo que toda a argumentação da Declaração de Independência visou a demonstrar não que o regime monárquico fosse essencialmente injusto, mas que o rei Jorge III havia decaído de sua soberania sobre os povos norte-americanos, pelo fato de se ter transformado num tirano, ao negar as liberdades tradicionais de que gozavam seus súditos do outro lado do Atlântico.

Os revolucionários franceses não eram os que se revoltavam para restaurar a antiga ordem política, mas os que lutavam com todas as armas, inclusive com violência, para induzir o nascimento de uma sociedade sem precedentes históricos. Para OLIVEIRA, a insatisfação popular, o ideal iluminista que rejeitou os antigos dogmas e tradições religiosas e os

fundamentos do direito natural, levaram os indivíduos a buscar outras formas de combater os privilégios e os poderes do clero, da nobreza e do soberano, em meio a uma crise financeira enfrentada pela monarquia na qual a estrutura fiscal e administrativa do reino era tremendamente obsoleta, e a tentativa de remediar essa situação por meio de reformas havia fracassado, derrotada pela resistência dos interesses encabeçados pelos *parlements*¹²⁸.

O resultado mais importante da mobilização feita pelos revolucionários nas ruas foi a queda da Bastilha, uma prisão estatal que nas palavras de OLIVEIRA “simbolizava a autoridade da monarquia absoluta e onde os revolucionários acreditavam que iriam encontrar armas para a revolução”¹²⁹. Confirmando o espírito da nova ideia de revolução, MICHELET, registra que a tomada da Bastilha, que ocorreu no dia 14 de julho de 1789:

[...] não foi de maneira nenhuma refletida. Foi um ato de fé. Ninguém o propôs. Mas todos acreditaram nele e todos agiram. Ao longo das ruas, do cais, das pontes, dos bulevares, a multidão gritava para a multidão: à Bastilha! À Bastilha! E no toque a rebate que soava, todos ouviam: à Bastilha!¹³⁰

A ideia de fundação de uma nova sociedade influenciou movimentos similares nas províncias e nos campos franceses, onde os camponeses começaram a invadir castelos e outras propriedades da nobreza. HOBSBAWN, sobre esse movimento de interiorização, afirma que “passadas três semanas após o 14 de julho, a estrutura social do

¹²⁸ Cf. OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **O princípio da fraternidade no âmbito das revoluções moderna e contemporânea**. In.: Direitos na Pós-modernidade: a fraternidade em questão. Org.: Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 82.

¹²⁹ Idem, *ibidem*, p. 86.

¹³⁰ MICHELET, Jules. **História da Revolução Francesa – da queda da Bastilha à festa da Federação**. Tradução de Maria Lucia Machado; consultoria e introdução Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, Círculo do Livro, 1989, p. 154.

feudalismo rural francês e a máquina estatal da França Real ruíram em pedaços”¹³¹.

A consciência de que a Revolução Francesa inaugurava um mundo novo tomou conta dos espíritos desde as primeiras jornadas revolucionárias. RIALS, citando a fala Chastenay, francês contemporâneo da Revolução, refere-se à emoção desde último, ao comentar a tomada da Bastilha: “[...] Sim, a Revolução”¹³². A palavra foi consagrada naquele dia, e essa palavra, que supunha uma ordem inteiramente nova, uma refusão completa, uma criação total, acelerou o movimento das coisas e não deixou subsistir nenhum ponto de apoio.

A convicção de fundar um novo mundo, que não sucedia ao antigo, mas a ele se opunha radicalmente, levou, aliás, os revolucionários à destruição sem remorsos de um número colossal de monumentos históricos e obras de arte, em todo o território do reino. Estavam tão convencidos de que acabavam de inaugurar uma nova era histórica que não hesitaram

[...] em abolir o calendário cristão e substituí-lo por um novo, cujo ano I iniciou-se em 22 de setembro de 1792, dia seguinte à data da instalação dos trabalhos da Convenção, a nova Assembleia Constituinte que inaugurou o regime republicano. Ao mesmo tempo, operaram a imediata substituição dos pesos e medidas, vigorantes havia séculos e que variavam de região a região e mesmo de cidade a cidade, pelo novíssimo sistema métrico decimal, fundado no cálculo matemático. Se o novo calendário deixou de vigorar com o término da Revolução, o sistema métrico acabou sendo adotado definitivamente em quase todo o mundo¹³³.

Foi esse espírito de inovação radical, como salientou MICHELET, que revelou a influência inconsciente, exercida pela visão cristã do mundo no espírito dos revolucionários. Assim como o Cristianismo operou uma

¹³¹ HOBBSAWN, Eric J. **A Revolução Francesa**. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p. 25.

¹³² RIALS, Stéphane. **La declaration des droits de l'homme et do citoven**. Paris: Hachette, 1988, p. 54.

¹³³ COMPARATO, F., 2010, p. 143.

recontagem do tempo histórico a partir do suposto ano de nascimento de Jesus Cristo, assim também imaginaram os próceres da Revolução Francesa que a História recomeçaria a partir da proclamação do novo regime republicano (mas não da tomada da Bastilha, como se poderia supor)¹³⁴.

O fruto dessa nova ideia de revolução foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembleia Nacional Constituinte, reunida em Versalhes em 26 de agosto de 1789, e promulgada a 3 de novembro do mesmo ano. A ela se seguiram as Constituições de 1791, e seguintes, mas, como indica BISCARETTI, as últimas Constituições conseguiram somente um valor transitório e contingente. Para ele, a Declaração de 1789 foi absorvida de modo indelével, em seus princípios essenciais, pelo ordenamento constitucional francês e mantida sempre em vida pelo Estado através de múltiplas vicissitudes, de tal modo que a ela, explicitamente, fazem referência os preâmbulos¹³⁵ das últimas Constituições francesas de 1946 e 1958¹³⁶.

O estilo abstrato e generalizante distingue nitidamente a Declaração de 1789 dos *Bill of Rights* dos Estados Unidos. Os norte-americanos, em regra, com a exceção de Thomas Jefferson, estavam mais interessados em firmar a sua independência e estabelecer o seu próprio regime político do que levar a ideia de liberdade a outros povos. Aliás, o

¹³⁴ Cf. MICHELLET, J., 1989, p. 21 e ss.

¹³⁵ **Preâmbulo da Constituição francesa de 1946:** Após a vitória dos povos livres ao longo dos regimes que tinham procurado para escravizar e degradar a humanidade, o povo francês proclama mais uma vez que todo o ser humano, sem distinção de raça, religião ou credo, tem direitos inalienáveis e sagrados. Ele reafirma solenemente os direitos e liberdades do homem e do cidadão consagrados na 1789 Declaração de Direitos e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República [...].

Preâmbulo da Constituição francesa de 1958: O povo francês proclama solenemente o seu compromisso com os direitos humanos e os princípios da soberania nacional, conforme definido pela Declaração de 1789, confirmada e completada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946, bem como com os direitos e deveres definidos na Carta Ambiental de 2004. Em virtude desses princípios e da livre determinação dos povos, a República oferece aos territórios ultramarinos que expressam a vontade de aderir a eles instituições novas fundadas sobre o ideal comum de liberdade, de igualdade e de fraternidade, e concebido com o propósito da sua evolução democrática

¹³⁶ Cf. BISCARETTI, P., 1965, p. 609.

sentido que atribuíam eles próprios à sua revolução era essencialmente o de restauração das antigas liberdades e costumes, na linha de sua própria tradição histórica¹³⁷. Os revolucionários franceses, em sentido contrário, julgavam-se apóstolos de um mundo novo, a ser anunciado a todos os povos e em tempos vindouros. Foi em razão desse espírito militante que TOCQUEVILLE considerou a Revolução Francesa mais próxima dos grandes movimentos religiosos do que das revoluções políticas¹³⁸.

Talvez em razão dessas características adotou-se os ideais de Liberdade, Igualdade e de Fraternidade como lema da Revolução, pois nas palavras de BAGGIO, “essa trilogia introduz ou ao menos insinua um mundo novo”¹³⁹ que era buscado pelos revolucionários; no entanto, o que se viu foi uma quebra dessa perspectiva política inédita, com o desaparecimento quase que imediato da Fraternidade da cena pública – inclusive não sendo inserida da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão -, permanecendo em primeiro plano a liberdade, cujas bases já haviam sido criadas pela escola do Direito Natural e a igualdade que numa perspectiva mais estrita, não incluía as mulheres como titulares de direitos civis e políticos. A ideia de liberdade e a de igualdade, geralmente mais antagônicas do que aliadas (justamente por estarem alheias a ideia de Fraternidade) foram as influências políticas consignadas na Declaração Francesa de 1789.

Assim é que TOBENÑAS afirma que o sentido concreto e histórico das liberdades inglesas e ainda das americanas, fica substituído na Declaração Francesa, com claras pretensões dogmáticas, por enunciados de tipo abstrato e geral, conferindo a ela um tom de características jusnaturalistas¹⁴⁰.

Por exemplo, a distinção que se faz no título da Declaração de 1789 entre o homem e o cidadão, responde a duas classes diversas de direitos e a dois distintos elementos do Direito Constitucional que os protege. Como observa AGESTA, os direitos do homem se definem como âmbito de sua vida individual frente à atividade do Estado; os direitos do cidadão, ao

¹³⁷ Cf. COMPARATO, F., 2010, p. 145-146.

¹³⁸ Cf. TOCQUEVILLE, Alexis. **O antigo regime e a Revolução**. Trad. Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 20.

¹³⁹ BAGGIO, Antônio Maria (Org). **O Princípio esquecido**. Trad. Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria Almeida. Vargem Grande Paulista, São Paulo: Cidade Nova, 2008, Vol. 1, p. 33.

¹⁴⁰ Cf. TOBENÑAS, J., 1995, p. 122.

seu turno, contêm as faculdades de um membro de uma sociedade política como participe do poder¹⁴¹. Nessa perspectiva é que os Direitos da Personalidade foram formalmente inseridos na referida codificação, ainda que ligados à ideia de direitos fundamentais.

No tocante às fontes de inspiração da Declaração Francesa de 1789, JELLINEK registra que sua origem pode ser encontrada na América e, mais concretamente, na Declaração do Bom Povo da Virgínia de 1776, e não em ideias políticas como a do Contrato Social, já que a filosofia rousseaniana se baseia no império da vontade geral e não na existência de direitos naturais¹⁴². DEL VECCHIO explica, ao seu turno, que parece indubitável que a Declaração de 1789 teve como origem fatores históricos, (pois a situação francesa requeria, ao instalar da revolução, profundas reformas, assim como aconteceu com os Estados Unidos, em relação às suas Declarações), e também ideológicos, sobretudo o movimento filosófico representado pela chamada Escola do Direito Natural e notadamente a teoria do Pacto Social de Rousseau¹⁴³. AGESTA anota que sua forma lapidar e clara faz constar em um texto breve de dezessete artigos o novo pensamento do século XVIII, estando presentes na Declaração as ideias de Locke, de Montesquieu, de Rousseau e também do Abade de Sieyes, em fórmulas quase esquemáticas¹⁴⁴. Em geral, a Declaração é uma expressão da Filosofia política daquele século, baseada na afirmação de um direito natural individualista que garante aos cidadãos, através de leis e manifestações da vontade geral, instrumentos contra os excessos do poder.

Aliás, não oferece dúvida o ponto de vista individualista, tanto filosófico quanto político e social, que preside as enunciações da Declaração de 1789, com todas as suas consequências que em harmonia com suas finalidades políticas se limita a enunciar os direitos individuais, sem expressão correlativa dos deveres. Acredita-se que isso foi fruto do próprio ambiente daquela época, o que fez com que seu texto respondesse

¹⁴¹ Cf. AGESTA, Luis Sánchez. **Hacia un nuevo perfil del derecho constitucional francés**. Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Año nº 6, Nº 17, 1986, págs. 337-344.

¹⁴² Cf. JELLINEK, V., 1998, p. 187 e seguintes.

¹⁴³ Cf. DEL VECCHIO, Jorge. **La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en la Revolución francesa**. Madrid: Hijos de Reus, 1957, p. 168. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=623>. Acesso em 04/05/2016.

¹⁴⁴ Cf. AGESTA, L., 1986, p. 337-344.

a um processo histórico favorável ao reconhecimento da Personalidade e das liberdades humanas. Precisamente por isso foi imensa a transcendência, europeia e mundial, que exerceu a Declaração Francesa no tocante ao reconhecimento dos direitos individuais, como também para a formulação e modelação do moderno Estado de Direito.

Nesse sentido:

[...] lo que da a la Declaración francesa una importancia histórica de primer orden todavía mayor que la de los *Bill of Rights* americanos, es el haber ofrecido a todos los pueblos de Europa, que aún se hallaban sujetos al régimen absoluto, un modelo teórico de libertad, en el cual se inspiraron, mejor que en ningún otro, para sus reivindicaciones políticas, asociando desde entonces en adelante la idea de un gobierno liberal con la de una determinación fundamental de los derechos del ciudadano. Y por lo menos, una parte de los principios de la Declaración fueron aceptados paulatinamente en las Constituciones de los modernos Estados.¹⁴⁵

Dentro do clima individualista próprio de seu tempo e característico também da Escola Racionalista do Direito Natural, a clássica Declaração Francesa representou um grande avanço no processo evolutivo das Declarações de Direitos Humanos, acentuando o caráter universal desses direitos (pressentido já nos textos americanos) e a precisão jurídica dos mesmos. Ademais, a ela se dá a continuidade da positivação dos Direitos da Personalidade, enquanto fruto da Escola

¹⁴⁵ Tradução livre: o que dá à Declaração francesa importância histórica de primeira ordem ainda maior do que o *Bill of Rights* americanos, é ter ela oferecido a todos os povos da Europa, que ainda se achavam sujeitos ao regime absolutista, um modelo teórico de liberdade eram, no qual se inspiraram, melhor do que nenhum outro, para suas reivindicações políticas, ligando a partir de então a ideia de um governo liberal com a de uma determinação fundamental dos direitos dos cidadãos. E, pelo menos, uma parte dos princípios da Declaração foram gradualmente aceitos nas constituições dos Estados modernos. AGESTA, Luis Sánchez. **Hacia un nuevo perfil del derecho constitucional francés**. Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Año nº 6, Nº 17, 1986, págs. 337-344.

Jusnaturalista, o que não havia sido feito de forma tão geral e compreensiva em nenhuma outra declaração anterior.

As liberdades individuais, com essa Declaração de Direitos alcançaram, para além das declarações anteriormente tratadas, uma definitiva precisão de contornos. A resistência à opressão, as liberdades de opinião e de culto foram positivadas, servindo seu texto de inspiração universalista como base para a criação posterior do chamado Direito Geral de Personalidade.

Em resumo, como características mais relevantes da Declaração Francesa de 1789 assinalam-se as seguintes:

- 1º) Constitui um caso paradigmático de formulação abstrata e racionalista dos direitos da personalidade como direitos naturais;
- 2º) Está escrita em um texto único, produto de várias redações, o que a diferencia das declarações norte-americanas;
- 3º) Supõe uma ruptura total com a tradição histórica anterior à legislação da Monarquia;
- 4º) Para além de uma declaração de direitos, a Declaração francesa de 1789 representa o núcleo do constitucionalismo moderno e seus principais postulados (separação de poderes, império da lei, soberania popular, etc.);
- 5º) Em relação às declarações norte-americanas, possui um caráter mais laico, aparecendo em seu texto apenas algumas referências religiosas;
- 6º) Estabelece uma nova legitimidade, que expressa a fundamentação de um novo Estado liberal de direito;
- 7º) Reconhece a vinculação dos direitos à Constituição, ou seja, supõe a necessidade de sua positivação para a plenitude de todos os direitos da pessoa humana;
- 8º) Transcende o âmbito nacional, posto que se apresenta como uma vocação universalista e se oferece como modelo a toda humanidade.¹⁴⁶

¹⁴⁶ PECES-BARBA, Gregorio Martinez. **Los derechos del hombre en 1789:** reflexiones en el segundo centenario de la Declaración francesa. Anuário de Filosofia do Direito VI, 1989, p. 57-128. Disponível em:

1.3.2 Direitos de Personalidade enquanto Direitos Fundamentais: sua constitucionalização e sua “inserção” do plano do Direito Privado.

Registre-se, mais uma vez, que os Direitos da Personalidade durante muitos séculos estiveram ligados à ideia de direitos fundamentais, o que justifica nosso mergulho doutrinário na respectiva teoria.

A partir da teoria dos direitos fundamentais, sobremaneira aquela encabeçada por COMPARATO e SARLET, pode-se dizer que as ideias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera: ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Esse pensamento encontra sintonia com o disposto no artigo 16 da Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão, segundo o qual “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, sem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição”.

A partir dessa formulação lançou-se as bases do que passou a ser o núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal e burguesa¹⁴⁷: a noção da limitação jurídica do poder do Estado, mediante a garantia de direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes. É assim que tais direitos passam a integrar, paralelamente ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo não somente a parte da Constituição formal¹⁴⁸, mas também, tornando-se

http://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10387/derechos_Peces_AFD_1987.pdf?sequence=1. Acesso em 05/05/2015. Tradução livre.

¹⁴⁷ Para aprofundamento no tema ver: MOREIRA, Vital. Economia e constituição: para o conceito de Constituição Econômica. Boletim de Ciência Econômica. Vol 18 (1975). Disponível em: https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/25917/1/BoletimXVIII_Artigo2.pdf?ln=pt-pt.

¹⁴⁸ A Constituição formal é o conjunto de **normas escritas**, hierarquicamente superior ao conjunto de leis comuns, independentemente de qual seja o seu conteúdo, isto é, estando na Constituição é formalmente constitucional, pois tem a forma de Constituição. As Constituições escritas não raro inserem matéria de aparência constitucional, que assim se designa exclusivamente por haver sido introduzida na Constituição, enxertada no seu corpo normativo e não porque se refira aos elementos básicos ou institucionais da organização política. No entendimento de Celso Ribeiro Bastos a “Constituição formal não procura

elemento nuclear da Constituição material¹⁴⁹. Pode-se afirmar, assim, que o Estado Constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu

apanhar a realidade do comportamento da sociedade, como faz a material, mas leva em conta tão-somente a existência de um texto aprovado pela força soberana do Estado e que lhe confere a estrutura e define os direitos fundamentais dos cidadãos. Para uma Constituição ser caracterizada nesse sentido ou ser enquadrada nessa classificação, entende-se que, além de sua elaboração obedecer a uma forma e a um procedimento específicos (mais dificultosos e solenes que as regras para a concepção da legislação infraconstitucional), suas normas devem possuir uma força normativa superior em relação a outras normas do ordenamento jurídico. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 46. São Constituições formais, portanto, "...as constituições quando emanadas de um poder constituinte democraticamente legitimado (1) que intencionalmente manifesta a vontade de emanar em ato compreendido na esfera desse poder; (2) de acordo com um procedimento específico; (3) são consideradas como fonte formal do direito constitucional. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 66. Canotilho coloca um requisito essencial para a Constituição formal, isto é, o poder constituinte democraticamente legitimado. Nesse entendimento, quando a Lei Fundamental advém de um poder não legitimamente democrático, essa não poderá ser caracterizada de formal por não obedecer a seus requisitos básicos (seriam os casos das Constituições outorgadas. Se a Constituição formal advém do poder constituinte, irá apanhar tanto o comportamento da sociedade como a própria concepção e o programa de desenvolvimento da mesma, inserido-os num documento como normas jurídicas. Aliás, "Las constituciones otorgadas tuvieron su origen en Francia (Corte Octroi). Su nacimiento se produce a través de un acto unilateral del Monarca, el cual se desprende espontáneamente de determinadas prerrogativas, que hasta esse momento habían sido absolutas. De este modo, el rey, normalmente debido a la presión popular, otorga una Constitución el la cual reconoce su propia autolimitación de su poder en favor del Parlamento". CONDE, Enrique Álvarez. **El Estado Constitucional el Sistema de Fuentes los Derechos y Libertades**. In: Curso de Derecho Constitucional. 2. ed. Madrid: Tecnos, v.1, 1996, p. 168.

¹⁴⁹ Paulo Bonavides entende por Constituição material as normas pertinentes "...à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da constituição". BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 63. Para o positivista Hans Kelsen, coerente com seu paradigma normativo, "... Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer:

feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente.

Tendo em vista que a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade, uma proteção juridicamente feita por meio do Direito, pode-se afirmar que a Constituição (e nesse sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os tais direitos somente poderiam aspirar eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional¹⁵⁰. Os direitos fundamentais podem ser considerados, nesse sentido, *conditio sine qua non*¹⁵¹ do Estado constitucional democrático, por isso o ocidente deu início à inserção desses direitos em suas cartas políticas.

Considerando-se o Estado Constitucional de Direito, não em seu sentido meramente formal, ou seja, “como um governo das leis”, mas sim como ordenação integral e livre da comunidade política no qual, além da garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização do poder e das competências dos órgãos estatais, se encontram reconhecidos, simultaneamente, como metas, parâmetros e limites da atividade estatal, certos valores, direitos e liberdades fundamentais,

com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais... A Constituição material pode consistir, em parte, de normas escritas, noutra parte, de normas não escritas, de Direito criado consuetudinariamente”. Fica claro, portanto, que, para Kelsen, Constituição material são normas constitucionais, ainda que estejam fora do documento escrito chamado de Constituição, que regulam a produção de outras normas. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247. Não é diferente o posicionamento de Pablo Lucas Verdú, acerca da Constituição material (normativo material) ensinando que: "Cuando se contempla la Constitución atendiendo exclusivamente a su contenido material estricto, a su estructura, esto es, a las disposiciones básicas reguladoras de la organización y funcionamiento de los poderes públicos, de sus correspondientes competencias y de las relaciones de aquéllas con los gobernados, estamos ante la *Constitución en sentido material*". VERDÚ, Pablo Lucas. **La crisis de la teoría del Estado en la actualidad Federalismo y estado federal La teoría de la Constitución en el marco del Derecho político**. Curso de Derecho Político. 3. ed. Madrid v.2, 1986, p. 425.

¹⁵⁰ Cf. SARLET, I., 2015, p. 60.

¹⁵¹ Essa expressão significa: “Condição sem a qual não”.

chega-se fatalmente à noção - umbilicalmente ligada à ideia de Estado de Direito -, de legitimidade da ordem constitucional e do Estado¹⁵².

É nesse contexto que assume relevo a concepção concebida por PINTO de que

[...] os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (que, ademais, não é comum a todos os direitos), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é hoje indissociável de tais direitos¹⁵³.

Nesse entendimento enquadra-se a lição de FERRAJOLI, no sentido de que todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas pelo Estado, ao mesmo tempo em que expressam os fins últimos que norteiam o moderno Estado Constitucional de Direito¹⁵⁴.

CANOTILHO registra que, mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-se “em autêntica reserva de justiça; em parâmetro de legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal”. Aduz ainda que “o fundamento de validade da constituição (=legitimidade) é a dignidade de seu reconhecimento com ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da coletividade, da sua bondade intrínseca”¹⁵⁵. A propósito, o autor complementa que do pensamento de juristas como Habermas, é possível partir da premissa de

¹⁵² Cf. CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 26.

¹⁵³ PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p.142.

¹⁵⁴ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: La ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 22.

¹⁵⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 115.

que as ideias dos direitos fundamentais (e dos Direitos da Personalidade) e da soberania popular (que se encontra na base e na gênese do pacto constituinte) seguem até hoje determinando e condicionando a auto-evidência normativa do Estado de Direito¹⁵⁶.

É nesse contexto que os direitos fundamentais, enquanto fórmula genérica de proteção do indivíduo nos séculos XVIII e XIX, passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumento de defesa da liberdade individual, ligada ao direito natural, elemento da ordem jurídica objetiva, integrando “um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico”¹⁵⁷.

Como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos, os direitos fundamentais integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais, a substância propriamente dita, o núcleo substancial, “formado pelas decisões fundamentais da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado Constitucional Democrático se tornam necessárias certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo”¹⁵⁸.

BISCARETTI afirma que durante o século XIX a enunciação dos direitos fundamentais sofreu uma dupla transformação: passou a integrar o texto das Constituições, imprimindo a suas fórmulas até em tão abstratas (fórmulas das declarações de direitos originárias da respectivas revoluções) o caráter concreto de normas jurídicas positivas, protegendo os particulares em relação aos respectivos Estados, o que culminou no processo de subjetivação dos direitos; e como consequência esse processo de subjetivação fez com que a pessoa humana fosse valorada para além da norma objetiva prescrita nas declarações, o que preparou o terreno para a validação da Personalidade Jurídica humana como um direito subjetivo que deveria estar a salvo do Estado, de outros particulares e do próprio indivíduo. Inicia-se aí um movimento de privatização dos direitos fundamentais, alocando-os dentro dos Códigos Civis sob a perspectiva dos Direitos da Personalidade, ainda que tal movimento não represente um avanço no tocante à adoção, por todos os ordenamentos ocidentais europeus, de um Direito Geral de Personalidade.

O Direito alemão, o Direito austríaco e o Direito suíço, durante o século XIX, influenciados pela nova ordem que se instalou após a

¹⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 116.

¹⁵⁷ SARLET, I., 2015, p. 61.

¹⁵⁸ Idem, *ibidem*, p. 62 e ss.

Revolução Francesa, mantiveram a tutela da Personalidade Jurídica através da aplicação de um mínimo Direito Geral de Personalidade que muito mais confundia do que explicava a natureza jurídica desses direitos. A forma genérica com que estes ordenamentos jurídicos tratavam o tema, em detrimento da ideia de Direitos da Personalidade multifacetados, influenciou os ordenamentos jurídicos ocidentais a pormenorizarem essa categoria de direitos a um único e genérico Direito de Personalidade.

CANTALI registra que o Direito Português, por exemplo, cujo fundo jusnaturalista subjazia às disposições do Código Civil de Seabra de 1867, tendendo, dessa forma, ao reconhecimento de um Direito Geral de Personalidade, não ficou alheio à influência do Positivismo e da Escola Histórica do Direito¹⁵⁹. Assim, a jurisprudência e a doutrina portuguesas reconheciam apenas alguns poucos direitos da personalidade, deixando a cargo da Teoria dos Direitos Fundamentais a tutela aos demais¹⁶⁰.

De maneira geral, assim como aconteceu em Portugal, foram os tribunais nacionais que desempenharam papel de suma importância nesse processo, pois, à falta de especificações doutrinárias concretas, a jurisprudência foi “moldando” os Direitos da Personalidade, procurando deduzir suas características e princípios informadores. A referência inicial que se faz a esse movimento encontra-se no “arrêt Lecocq”, de 25 de junho de 1902, em que pela primeira vez na história das democracias modernas, um tribunal, o francês, reconheceu ao autor de obra artística ou literária “a faculdade, inerente à sua personalidade”, de impedir modificações em sua obra¹⁶¹.

BERTONCELLO explica que as primeiras manifestações dos Direitos da Personalidade na legislação dos povos cultos datam do século XIX; contudo, segundo a autora, de maneira fragmentada e bastante incipiente. Assevera que, inicialmente, os Direitos da Personalidade foram positivados por meio de textos constitucionais; todavia, a falta de estruturação dos atributos da pessoa prejudicava o seu amparo jurídico, no âmbito do direito Privado¹⁶².

¹⁵⁹ Cf. CANTALI, F., 2009, p. 46.

¹⁶⁰ Cf. CAPELO DE SOUZA, R., 1995, p. 83

¹⁶¹ BERTONCELLO, Franciellen. **Direitos da Personalidade**: uma nova categoria de direitos a ser tutelada. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário Maringá. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp021795.pdf>. Acesso em 05/05/2016.

¹⁶² Idem, ibidem, p. 69.

O Código Civil austríaco, de 1810, já havia positivado disposições acerca dos chamados direitos inatos, os quais eram “fundados na única razão pela qual o homem há de considerar-se pessoa” (§16); no Código Civil de Portugal, datado de 1867, os legisladores definiram os direitos à existência, à liberdade, à associação, à apropriação e à defesa (arts. 359 a 367). O Código Civil da República da Alemanha, de 1896 – o BGB –, ao seu turno reconheceu o direito ao nome (§12) e a consequente responsabilização por atentados contra a pessoa (§823). Em comum tem-se que estes textos já reconheciam alguns Direitos da Personalidade, contudo, não os definia suficientemente¹⁶³.

O Código Civil da Suíça, de 1907, expressava no início do título primeiro, denominado “as pessoas naturais”, um parágrafo especial relevante sobre o Direito da Personalidade. Em seu artigo 27 o referido código oferecia, nas palavras de ALVES, uma codificação do direito da pessoa e da sua personalidade, ao regulamentar em seu texto a capacidade jurídica, a capacidade de exercício, a maioridade e o parentesco¹⁶⁴.

Mas, a primeira disciplina sistemática acerca dos Direitos da Personalidade no âmbito civil, ainda que muito sucinta, se deu de forma fracionada, no Código Civil Italiano, de 1942, que trouxe em seu texto a proteção do direito ao nome, do sobrenome, de disposição do corpo e da imagem¹⁶⁵, desvinculando, de certa forma, tais direitos da ideia de direitos públicos fundamentais.

Nada obstante ter sido a Itália o primeiro País a sistematizar certos Direitos da Personalidade, esse ato repercutiu contra o Direito Geral de Personalidade, pois a posição doutrinária fortemente apegada ao positivismo legal, caminhava no sentido de tipificar os direitos da personalidade incidentes sobre diversos bens ou modos de ser da pessoa. CUPIS perfila-se a esse posicionamento de que os Direitos da Personalidade são direitos essenciais ao homem, e esta essencialidade

¹⁶³ Cf. FRANÇA, Rubens Limongi. **Direitos da personalidade**. Revista dos Tribunais. São Paulo, n.º 567, jan. 1983, p. 118.

¹⁶⁴ Cf. ALVES, Cristiane Avancini. **Os direitos da personalidade e suas conexões intra, inter e extra-sistemáticas**. In: Revista Jurídica. Sapucaia do Sul – RS, n.º 330, abr. 2005, p. 38.

¹⁶⁵ Cf. FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 152.

repercute no ordenamento jurídico somente quando estes direitos adquirirem uma figura positiva tipificadora¹⁶⁶.

Importante registrar que o Código de Napoleão não agasalhou a tutela dos Direitos da Personalidade de forma expressa, o que veio a refletir nos diplomas civis de todas as nações que se inspiraram no *Codex* francês ao elaborar sua legislação – dentre eles o Código Civil brasileiro, de 1916¹⁶⁷. Os civilistas franceses, ainda no limiar do século XX, sustentavam a inexistência dos Direitos da Personalidade, sob o argumento de que estes não se enquadrariam na definição clássica de direitos subjetivos.

GEDEL assevera que Paul Roubier foi o principal expoente que negava a categoria dos Direitos da Personalidade, para quem esses direitos tratavam de situações jurídicas nas quais se faz presente a responsabilidade civil do autor do dano¹⁶⁸, isso porque, o Código Civil francês nasceu sem conter qualquer referência aos Direitos da Personalidade. Inobstante estas vozes na França, a influência do Positivismo legalista foi muito forte, onde também se deu preferência à especialização dos Direitos de Personalidade, repudiando-se a teoria de um direito geral, sob o argumento de que esta tutela geral seria indeterminável, abrangendo categorias diversas de direitos, além de que a multiciplidade dos direitos resultantes de determinada teoria não se coadunaria com as necessidades práticas¹⁶⁹.

Mas o sinal dos tempos modernos somado às novas situações fáticas que reclamavam tutela atingiram a França e em 1951, por meio de uma proposta de reforma do Código Civil francês, começou-se a discutir com maior propriedade a questão dos Direitos da Personalidade, propondo-se a inserção de uma espécie de cláusula geral de proteção a esses direitos, em virtude da dificuldade de sua regulamentação. A inovação mais importante do texto aprovado foi a previsão de uma tutela preventiva à cessação da ofensa à personalidade¹⁷⁰.

OLIVEIRA e MUNIZ aduzem que para além dessa inserção, mais expressiva foi a Constituição de 1958 que, em seu preâmbulo, aderiu aos

¹⁶⁶ Cf. CUPIS, A., 2008, p. 19.

¹⁶⁷ BRASIL, Lei nº 3.071 de 01/01/1916. Trata do Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.

¹⁶⁸ Cf. GEDIÉL, J., 1999, p. 34.

¹⁶⁹ Cf. CANTALI, F., 2009, p. 58.

¹⁷⁰ Cf. CAPELO DE SOUZA, R., 1995, p. 87 e ss.

princípios da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, o que culminou em 1971 com a decisão do Conselho Constitucional, que vinculou o legislador aos princípios da referida Declaração. Por fim, concluem os autores, que em função da aceitação pela jurisprudência da proteção devida aos Direitos de Personalidade, em 1970, reformulou-se o Código Civil, introduzindo novo texto ao art. 9º, o qual consagrou o direito ao respeito à vida privada¹⁷¹.

Em Portugal CAPELO DE SOUZA registra que o artigo 70º, nº1 do Código Civil de 1966 determina que a lei protegerá os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral, o que segundo ele exprime uma cláusula geral de proteção da personalidade, cuja tutela se daria tanto preventivamente como de maneira ressarcitória em caso de lesão¹⁷². OLIVEIRA e MUNIZ, tratando da legislação portuguesa, pontuam que além da consagração a nível ordinário, a Constituição de 1976, além de trazer em seu artigo 1º a garantia da dignidade da pessoa humana como valor social básico e regulamentar a proteção e incidência dos direitos fundamentais, muitos dos quais relativos aos Direitos de Personalidade, consagrou no artigo 26, nº1, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Para eles, diante dessa regulamentação ordinária e constitucional, praticamente em Portugal não há vozes discordantes quando à existência de um Direito Geral de Personalidade¹⁷³.

Esses exemplos são de suma importância para o estudo da tutela contemporânea da pessoa, da personalidade e dos Direitos da Personalidade no direito brasileiro, demonstrando que a tutela geral se tornava uma tendência mundial. SZANIAWSKI, sobre isso, afirma que

[...] constata-se, assim, que foi tendência do final do século XX, e torna-se realidade no século XXI, a afirmação do direito geral de personalidade, mediante a inserção na Constituição e em normas infraconstitucionais, da cláusula geral de tutela da personalidade humana, uma vez que a estreita visão privatística dos direitos de personalidade, que não

¹⁷¹ Cf. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **O Estado de direitos e os direitos da personalidade**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 532, p. 12-23, fev. 1980.

¹⁷² Cf. CAPELO DE SOUZA, R., 1995, p. 90-91.

¹⁷³ Cf. OLIVEIRA e MUNIZ, J; F., 1980, p. 12-23.

estejam vinculados à categoria ampla de direitos do homem, se mostra insuficiente para a tutela da personalidade. A ordem jurídica deve ser entendida como um todo, onde, dentro de uma hierarquia de valores, tenha um local primacial a noção de que o homem é pessoa dotada de inalienável e inviolável dignidade. Somente a leitura da norma civil à luz da Constituição e de seus princípios superiores é que revelará, à noção de direitos de personalidade, a sua verdadeira dimensão¹⁷⁴.

Observa-se, nesse sentido, a emergência do Direito Geral de Personalidade no século XX a partir da constitucionalização dos direitos fundamentais, que em grande medida são os Direitos de Personalidade. Isso se deu de forma expressa ou mesmo através do valor da dignidade da pessoa humana. Em nível ordinário essa inserção se deu amparada pelos valores e princípios constitucionais, o que aponta para uma consagração dessa categoria de direitos no século XXI, fazendo com que a realidade normativa atendesse à realidade fática.

1.3.3 A (re) publicização da proteção da personalidade jurídica.

Como visto anteriormente, a trajetória dos Direitos da Personalidade foi bastante dificultosa e em razão dos problemas que foram apontados, a difícil assimilação dessa temática reverberou principalmente no campo do Direito Privado, fazendo com que a autonomia dessa categoria de direitos, que num primeiro instante esteve sob as bases do Direito Público – ligados a ideia de direitos fundamentais - e que noutra ensaiou uma migração para a tutela do Direito Privado, somente tivesse lugar nas codificações ocidentais apenas no decorrer do século XX.

Os alemães, que sempre foram os principais opositores à positivação dos diversos Direitos da Personalidade, ainda no fim do século XIX, consagraram-se determinantes para que a proteção da pessoa humana ganhasse força e se desenvolvesse durante o caminhar do século seguinte. Por exemplo, autores como Puchta e Carl Neuner, ambos alemães, reconheciam através dos Direitos da Personalidade, o direito de a pessoa ser o seu próprio fim, afirmando-se e desenvolvendo-se como

¹⁷⁴ SZANIAWSKI, E., 2005, p. 62.

um fim em si mesma. O posicionamento de ambos foi ainda mais desenvolvido por Joseph Kohler com a teoria do *Individualrecht* de Otto von Gierke (teoria que foi fundamental para o reconhecimento dessa categoria de direitos pelo Direito Civil), o qual, distinguindo a personalidade dos Direitos da Personalidade, sustentou que a primeira seria um *status*, e não um direito propriamente dito e que os Direitos da Personalidade seriam os que garantem ao sujeito o domínio sobre o setor da própria esfera da personalidade¹⁷⁵.

Ainda que a denominação “Direitos da Personalidade” já fosse utilizada em esparsas manifestações no século XIX, o desenvolvimento da matéria só viria a ocorrer no curso do século XX, durante o qual tais direitos ensaiariam um novo posicionamento na Ciência Jurídica, como uma categoria autônoma¹⁷⁶. Todavia, ao contrário do que clamavam os defensores dessa temática, os Direitos da Personalidade, que num primeiro momento do século XX começaram a ser sistematizados sob as bases da disciplina do Direito Privado, retornaram quase que subitamente à disciplina do Direito Público, ainda que sob outra perspectiva, dando início ao processo de constitucionalização da área privatística.

BONAVIDES considera que o primeiro passo para uma mudança de perspectiva dos Direitos da Personalidade veio com a promulgação da Constituição de Weimar em 1919, a qual trouxe em seu corpo previsão de institutos característicos da seara privada. Essa centralização realizada pela Constituição veio a influenciar as concepções atuais de constitucionalização do Direito Privado, assim como a superação da dicotomia do ordenamento jurídico¹⁷⁷. CANTALI pontua que tal Constituição, propondo-se ao que definiu como socialismo democrático, foi responsável por uma mudança substancial na tutela da pessoa humana, consagrando que nas situações concretas onde estivesse esgrimida a personalidade, impunha-se efetiva a aplicação dos direitos pessoais¹⁷⁸.

Esse debate tomou maiores proporções a partir do segundo pós-guerra quando os horrores perpetrados contra a pessoa humana mostraram “o risco da subalternização do indivíduo humano face aos desígnios da

¹⁷⁵ Cf. CANTALI, F., 2009, p. 48,

¹⁷⁶ Cf. TENPEDINO, G., 1999, p. 24.

¹⁷⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 231.

¹⁷⁸ Cf. CANTALI, F., 2009, p. 49.

estrutura do poder detentora do aparelho do Estado”¹⁷⁹. Aliado a essa conjuntura, neste período, acelerou-se o desenvolvimento tecnológico no qual a opressão da mídia, a pressão ao comunismo, a utilização da informática e diversos outros fatores, com o acirramento da competitividade, “acabaram gerando uma severa interferência na vida privada dos cidadãos”¹⁸⁰.

CAPELO DE SOUZA afirma que

[...] essa nova perspectiva de mundo, diante de muitas situações complexas, levou o homem a reivindicar de forma mais contundente uma esfera de proteção pessoal, de resguardo e de ação, com o intuito de se defender e de se afirmar no meio social”¹⁸¹.

Ato contínuo, valorizando-se a tutela da pessoa humana, iniciou-se um verdadeiro processo de proteção do homem por sua digna existência, delineando-se, então, o perfil apresentado hoje pelos Direitos da Personalidade.

CANOTILHO, sobre essa nova estrutura de proteção da pessoa humana, assevera que:

[...] O sentido de uma República lastreada na dignidade da pessoa humana acolhe a ideia de um indivíduo conformador de si próprio e de sua vida segundo o seu projeto espiritual. Trata-se do reconhecimento do indivíduo como fundamento do domínio político da República, onde esta é tão somente uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios¹⁸².

A partir dessa constatação, que se somou ao fato de que a Constituição de Weimar foi colocada no vértice normativo, inclusive em relação ao Direito Privado, já que incorporou em seu texto várias

¹⁷⁹ CAPELO DE SOUZA, R., 1995, p. 84.

¹⁸⁰ CANTALI, F., 2009, p. 48.

¹⁸¹ CAPELO DE SOUZA, R., 1995, p. 84-85.

¹⁸² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 219.

temáticas privatísticas, se deu início a um processo de “ofuscamento de fronteiras entre o público e o privado”¹⁸³. Para CANTALI:

[...] A característica liberal de separação do público e do privado, onde aquele somente mantinha a coexistência das esferas individuais para que este atuasse livremente com base em suas próprias regras, veio a ruir na medida em que o Poder Público passou a assumir um caráter intervencionista e regulamentador que, comprimindo a autonomia individual, passou a intervir nas relações privadas, modificando as funções do Direito Civil, além de publicizar o privado¹⁸⁴.

A valorização da pessoa humana como ser dotado de dignidade recolocou o indivíduo como primeiro e principal destinatário da ordem jurídica nacional, fazendo com que as relações privadas também fossem tuteladas pelo Direito Constitucional, fenômeno que foi batizado, como dito antes, de constitucionalização do Direito Privado. Ocorre que esse processo de proteção da Personalidade Jurídica Individual ganhou contornos maiores, pois extrapolou os limites territoriais dos Estados nacionais e conclamou a comunidade internacional para tal fim, o que promoveu uma alteração paradigmática nos sistemas jurídicos ocidentais, ante suas participações em organismos internacionais de proteção do homem, criados no decorrer do século XX, sobretudo após a Segunda Guerra.

Os Direitos da Personalidade que eram uma preocupação interna passaram a integrar uma preocupação internacional, o que representou a ascensão do termo “direitos humanos”, para designar não só os direitos fundamentais de cada cidadão e cidadã em relação ao seu Estado de origem, mas também todos os direitos que estivessem ligados à ideia de personalidade.

Segundo os estudos de MORAES, os Direitos da Personalidade, após esse processo de internacionalização tornaram-se verdadeiros direitos de humanidade, pois, reportaram-se à essência presente na pessoa. Esse mesmo autor traça um esquema que sintetiza as potências

¹⁸³ GIORGIANNI, M., 1998 p. 33-35.

¹⁸⁴ CANTALI, F., 2009, p. 49.

existentes nos homens, por meio das quais a noção de humanidade é tomada como substância e como um conjunto de potencialidades que se revelam ou se transformam em atos, dando origem aos denominados Direitos da Personalidade ou de humanidade, como prefere¹⁸⁵.

É nesse sentido que a ideia de Direitos da Personalidade volta ao cenário jurídico da segunda metade do século XX, num debate mais internacional do que propriamente privado, sobretudo, com o fim do segundo conflito mundial, onde os mesmos passaram a estar atrelados à noção de direitos humanos. Isso gerou na Comunidade Internacional um desejo quase que compulsório, no sentido de construir um sistema jurídico que tivesse como principal escopo proteger a dignidade de toda pessoa humana, iniciando a partir daí a criação de normas internacionais e de tribunais especiais para julgar as violações engendradas pelos Estados nacionais contra a pessoa humana, pois constatou-se que:

[...] a legislação interna dos Estados que no decorrer do século XX já haviam positivado, ainda que de forma tímida os direitos de personalidade, era insuficiente, uma vez que, como demonstrou o totalitarismo alemão, o direito interno poderia ter sua interpretação, sua eficácia e também sua vigência adequada à vontade do detentor do poder, impondo-se a necessidade de tutelar os direitos da personalidade como efetivos direitos de humanidade, com vistas a impedir sua violação, quer fosse por particulares, quer fosse pelo próprio Estado, quer fosse pelo próprio destinatário, ganhando amparo a ideia de que tais direitos, para responderem a esses eventos, fossem caracterizados como inalienáveis, imprescritíveis, absolutos, indisponíveis, impenhoráveis e existentes inclusive depois da morte do destinatário¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Cf. MORAES, Walter. **Concepção tomista de pessoa**: um contributo para a teoria do direito da personalidade. Revista Forense. Nº 590, São Paulo, 1984, p. 121.

¹⁸⁶ SANTOS, Alberto Silva. **A internacionalização dos direitos humanos e o sistema interamericano de proteção**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 25-26.

Duas Guerras Mundiais, os horrores do holocausto nazista e a efetiva utilização da bomba atômica foram apenas alguns dos assustadores acontecimentos que o mundo testemunhou no curto intervalo entre 1914 e 1945. Muito embora a História já tenha conhecido outros massacres ainda mais destrutivos¹⁸⁷, nunca antes a repercussão de tais atrocidades provocou uma sensação de fragilidade tão generalizada. Em todo o mundo, despertaram os anseios por uma nova ordem de valores, apta a proteger a condição humana na sua redescoberta vulnerabilidade¹⁸⁸. Laços de solidariedade e de fraternidade foram formados em torno do propósito maior de preservação da humanidade, preocupação que passaria a guiar os passos da comunidade jurídica internacional.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, afirmaria expressamente que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. A consagração da dignidade humana como fundamento da liberdade e valor central da ordem jurídica internacional influenciou as Constituições da segunda metade do século XX, que a incorporaram como verdadeira razão de ser do Estado Democrático de Direito. A Constituição da República Federativa do Brasil, por exemplo, já menciona a dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, entre os fundamentos da República.

No Brasil, assim como em outros países, a dignidade humana assumiu posição de destaque no ordenamento jurídico¹⁸⁹, incorporando ao rol dos direitos fundamentais os direitos de personalidade. Considerada como princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e também como valor que norteia todas as regras jurídicas¹⁹⁰, a dignidade

¹⁸⁷ É o caso da “conquista” da América Latina, que deixou tantos ou mais mortos que a Segunda Guerra Mundial. Sobre o tema ver GALENO, Eduardo. **As veias da América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

¹⁸⁸ Como explica Humberto Eco: “Foi nesse século que se desenvolveu pela primeira vez uma solidariedade em escala planetária. Mesmo quando não a praticamos, sentimos que ela é um dever. [...] Outrora massacrava-se e não se sentia arrependimento”. Cf. ECO, Humberto. **Entrevistas sobre o fim dos tempos**. Rio de Janeiro: Rocco, 1999, p. 201.

¹⁸⁹ Cf. TEPEDINO, G., 1999, p. 50.

¹⁹⁰ Cf. FACHIN, Luiz Edson. **Fundamentos, limites e transmissibilidade – Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da**

humana tem sido o valor-guia de um processo de releitura dos variados setores do Direito, que vão abandonando o liberalismo e o materialismo de outrora, em favor da recuperação de uma abordagem mais humanista e mais solidária das relações jurídicas. Ao mesmo tempo, a visão cientificista do Direito vai cedendo espaço a um viés mais principiológico e valorativo, que estimula o reenvio da solução de casos concretos ao patamar mais elevado dos fundamentos do Estado Democrático de Direito¹⁹¹.

Nesse contexto, a dignidade humana tem sido diretamente aplicada a um sem-número de casos concretos, inclusive nas relações privadas, fazendo com que sua invocação tenha se tornado cada vez mais frequente, não apenas nos debates acadêmicos, mas também nas motivações das decisões judiciais, nas peças escritas pelos profissionais do Direito, nas decisões administrativas, nos debates legislativos, nas justificativas dos projetos de leis e assim por diante. Toda essa imensa importância revela-se espantosa quando se verifica que a dignidade humana é uma noção raramente conceituada.

Jorge Rafael Videla, responsável pelo golpe que destruiu Isabelita Perón e conduziu a Argentina à mais sanguinolenta ditadura de sua História, certa feita afirmou: “Para nós, o respeito aos Direitos Humanos não nasce somente no mandamento da lei ou nas declarações internacionais, mas é resultante da nossa cristã e profunda convicção de que a dignidade do homem representa um valor fundamental”¹⁹². A surpreendente autoria dessa frase revela como a invocação da dignidade humana em um grau elevado de abstração assume pouco ou nenhum significado e como seu uso indiscriminado pode conduzir à banalização de um conceito que ocupa posição central na ordem jurídica contemporânea, que abarca tanto a searas pública quanto a privada. É justamente por isso que se mostra imprescindível compreender o que é a dignidade humana, esmiuçando seu conceito e desbravando seus múltiplos aspectos.

disciplina dos Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro. Revista da EMERJ, v. 8, nº31, 2005, p. 58.

¹⁹¹ Cf. SCHREIBER, A., 2013, p. 7.

¹⁹² A frase é citada por Gherardo Colombo em sua obra *Sulle Regole*. COLOMBO, Gherardo. **Sulle Regole**. Milão: Feltrinelli, 2008, p. 26;

1.3.4 A dignidade do ser humano enquanto princípio derivante da proteção da personalidade individual.

A tarefa de conceituar a dignidade da pessoa humana não é das mais simples, pois poucos institutos jurídicos apresentam conteúdo tão fluido. A trajetória filosófica e jurídica dessa expressão “dignidade humana” não é unívoca, mas gravita sempre em torno de uma mesma ideia: a de que a espécie humana possui qualidade própria, o que a faz merecedora de uma estima única ou diferenciada, nas palavras de SCHREIBER¹⁹³. A dignidade humana não corresponde, nesse sentido, a algum aspecto específico da condição humana, mas exprime, em verdade, uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, sendo frequentemente apresentada como o valor próprio que identifica o ser humano como tal¹⁹⁴.

Antes de alçar participação ímpar nos ordenamentos jurídicos ocidentais do século XX, a dignidade humana exprimiu outras acepções no decorrer da História. No mundo romano, a *dignitas* exprimia um conceito político, sendo considerada um marco essencialmente profano, que derivava mais do fato do pertencimento às elites políticas do que de um elemento antropológico, inerente à natureza humana¹⁹⁵. Nessa perspectiva, já é possível colher-se determinados traços específicos da dignidade na Roma antiga, os quais demonstram que ela resultava de ações na esfera da política e que, portanto, deveria ser continuamente posta à prova para ser merecida¹⁹⁶. No início da tradição Cristã, de outro modo, a dignidade perde aquela referência ligada à dimensão exterior da existência, assumindo um significado mais profundo, compatível com a colocação e o destino do ser humano na ordem transcendente. RIDOLA expõe que

¹⁹³ Cf. SCHREIBER, A., 2013, p. 8.

¹⁹⁴ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 38-39.

¹⁹⁵ Cf. RIDOLA, Paolo. **A dignidade humana e o princípio liberdade na cultura constitucional europeia**. Coordenação e revisão técnica de Ingo Wolfgang Sarlet. Tradução de Carlos Luiz Streapazon e Tula Wesendonck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 24.

¹⁹⁶ Cf. RIDOLA, P., 2009, p. 24.

[...] Cipriano, Santo Ambrosio e Apônio escreveram que a dignidade humana tem um intenso significado relacionado com o martírio, concebido como a mais elevada expressão da dignidade, e que também é reivindicada a partir de um polêmico traço de identidade, qual seja, o de fazer parte de uma minoria que recusa, inclusive com a disposição de sacrificar a própria vida, critérios mundanos de reconhecimento da *dignitas*¹⁹⁷.

Já no pensamento dos primeiros expoentes da Igreja Cristã é possível colher-se aquilo que pode ser considerado a contribuição mais inovadora e duradoura do pensamento cristão para a formulação da dignidade humana, que é a ideia de que a dignidade diz respeito a todos os homens, o que representou uma mudança de paradigma na acepção desse instituto, fazendo com que a dignidade fosse colocada num campo mais teológico do que político, como acontecia em Roma. O homem do pensamento cristão se coloca, então, na mais elevada posição no mundo terreno, e isso pela marca indelével que deriva do fato de ter sido criado à imagem do seu Criador.

Com o advento da modernidade, e com a descoberta de novos fundamentos da subjetividade do homem, a reflexão sobre a dignidade não ficaria mais aprisionada às concepções romana e cristã, fazendo com que seu desenvolvimento se concentrasse na sua relação com a ideia de liberdade. Sobre essa mudança de concepção é importante registrar que:

[...] A passagem para a concepção de dignidade humana que começará a se delinear no pensamento humanista e renascentista do início da idade moderna – e que se afirmará depois, completamente, no século XVIII, sobretudo graças à Filosofia kantiana – estava já, de certo modo, preparada na fase em que a filosofia cristã medieval refletia as efervescências de uma sociedade na qual o desenvolvimento das cidades e das atividades mercantis, bem como da circulação da cultura, deixavam entrever uma imagem de homem que, embora ainda construída no contexto de um

¹⁹⁷ Idem, *ibidem*, p. 25.

robusto marco teológico, abria-se também para uma dimensão secular¹⁹⁸.

A percepção da dignidade atrelada a ideia de liberdade já era observada no pensamento de Tomás de Aquino, quando em suas obras ele soma à ideia de homem digno criado à imagem e semelhança de seu Deus, a concepção de ser humano fundado no livre-arbítrio e centrado na capacidade de escolher entre o bem e o mal. Assim, é com a filosofia tomista, portanto, que a dignidade assenta seu cerne na *vis electiva* e na liberdade do querer¹⁹⁹. Mas, como registrado anteriormente, é no pensamento humanista e renascentista que haverá uma virada decisiva na direção de uma concepção radicalmente nova de dignidade humana, a qual abrirá caminho para a chegada da moderna filosofia europeia²⁰⁰.

As concepções de dignidade humana propostas pelo moderno pensamento europeu se caracterizam por dois aspectos, segundo RIDOLA: “o gradual abandono da doutrina do *imago Dei*²⁰¹ e o reconhecimento do valor universal da dignidade humana”²⁰². Para ele, esse universalismo estava embutido nas premissas do jusnaturalismo racionalista e acentuava, na época da formação do Estado Moderno, que a dignidade era uma qualidade intrínseca do ser humano, cujo valor transcende às fronteiras dos Estados e do Direito Estatal²⁰³.

Importante para esse debate foi o pensamento de Samuel Pufendorf, que influenciado pelo clima das guerras religiosas, pela teologia das igrejas protestantes e, sobretudo, pelo individualismo hobbesiano, apresentou uma concepção de dignidade humana que romperia completamente com a doutrina do *imago Dei*, registrando que não seria nessa semelhança com Deus, nem em relação a ela, mas na natureza racional do ser humano que a liberdade encontraria seu

¹⁹⁸ Idem, *ibidem*, p. 31.

¹⁹⁹ Sugere-se, a título de aprofundamento sobre a contribuição de Tomas de Aquino a leitura da obra: AQUINO, Tomas de. **Suma Teológica**. Trad. de Alexandre Correia. Biblioteca do Ministério Público, 1937.

²⁰⁰ Para uma leitura diversa, que tende a valorizar os elementos de continuidade com a filosofia e a teologia medieval ver: POSSENTI, Vitorio. **Il principio-persona**. Roma, Armando Editore, 2006.

²⁰¹ Do latim: imagem de deus.

²⁰² RIDOLA, P., 2009, p. 34.

²⁰³ Idem, *ibidem*, p. 34-35.

fundamento²⁰⁴, gerando uma concepção completamente secularizada de dignidade humana²⁰⁵.

Essa abordagem laica da dignidade inaugurou, através de Pufendorf, um novo estágio nas discussões filosóficas, dominado por algo que a filosofia kantiana se encarregaria de elaborar de modo completo, qual seja, a ideia de que é a capacidade de conhecer a realidade que os cerca, de discernir as próprias ações e de se determinar a partir do livre-arbítrio que constituiria o paradigma da dignidade humana²⁰⁶.

A dignidade que resulta de tudo isso é a igual dignidade que deve ser reconhecida a todos os seres humanos que não serão, portanto, vistos como fruto de uma pseudo-ordem preestabelecida por Deus, mas sim da liberdade de perseguir os propósitos da existência no relacionamento com outros seres humanos.

RIDOLA registra que o significado universal da dignidade passaria por outra transformação em relação ao pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, derivando agora de uma matriz contratualista. Segundo ele:

[...] Kant se empenhará para elevar o valor da dignidade humana a um plano racional abstrato, em contraste com o caráter mais empírico que os jusnaturalistas, em especial Pufendorf e Hobbes, derivaram do contratualismo. A dignidade se manifestará, agora, como um valor intrínseco do ser humano como um *a priori* da filosofia prática e que, por si só, tem caráter absoluto: será entendida, precisamente, como algo cuja existência em si tem um valor absoluto e que, por ser um fim em si mesma, pode ser o fundamento de certas leis, e pode, portanto, ser o fundamento de um possível imperativo categórico²⁰⁷.

²⁰⁴ Para melhor compreensão acerca da contribuição do autor, sugere-se a leitura da obra: PUFENDORF, Samuel Von. **Os Deveres do Homem e do Cidadão (de acordo com as Leis do Direito Natural)**. Trad. Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Editora Topbooks, 2007.

²⁰⁵ Essa mudança de perspectiva já é evidente na obra de Thomas Hobbes, *O leviatã*, mais precisamente em seu capítulo XXI,

²⁰⁶ Cf. RIDOLA, P., 2009, p. 35.

²⁰⁷ RIDOLA, P., 2009, p. 37.

Esse posicionamento apontado por RIDOLA explica, ao menos em parte, a repercussão da filosofia kantiana, que chegou a influenciar as formulações do princípio da Dignidade Humana em muitas Constituições contemporâneas, bem como o êxito dessa filosofia num momento de grande fé na proteção dos direitos humanos, num contexto mais abrangente do que o das fronteiras do Direito Estatal. Desse modo, o pensamento kantiano foi o responsável por preparar o processo de translação do plano da dignidade para o plano dos direitos humanos, ao propor que o vínculo existente entre eles seria de natureza instrumental, que surgiria quando os direitos passassem a exprimir o que cabe a cada ser humano, em vista de sua essência²⁰⁸.

A filosofia hegeliana é considerada por RIDOLA o apogeu do itinerário da dignidade humana na modernidade europeia, pois, promoveu uma formulação sistemática da teoria da subjetividade ao mesmo tempo em que foi responsável pelo início de uma trajetória descendente, porque nessa filosofia, predomina uma inclinação processual a respeito do tema, que culminará por confluir a individualidade na mais elevada esfera da estabilidade²⁰⁹. Explica que Hegel se propõe a superar as limitações da teoria kantiana por meio de uma abordagem que privilegia a historicidade concreta do problema da subjetividade, como algo inseparável da situação na qual o indivíduo se encontra, e ressaltando a importância das contribuições de Hegel, afirma que mesmo havendo certa confusão entre individualidade e subjetividade em seu pensamento, o que coloca o coloca em evidência, é que em suas teorizações a dignidade humana aparece inserida numa concepção concreta de liberdade, a partir da qual o *eu* toma consciência da particularidade que o circunda, bem como do *outro* que a ele está ligado, sem todavia deixar de ser ele mesmo e de permanecer preso à generalidade da abstração absoluta²¹⁰.

Com efeito, a dignidade humana tornou-se um verdadeiro consenso ético no mundo ocidental, a partir da rejeição moral ao desastre representado pelo nazi-fascismo, seja numa perspectiva coletiva ou

²⁰⁸ Cf. KANT, Emmanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 89.

²⁰⁹ Cf. RIDOLA, P., 2009, p. 40.

²¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 41.

mesmo numa perspectiva individual²¹¹. Mas ainda assim, apesar de toda a construção jus-filosófica sobre esse instituto, anterior à segunda metade do século XX, nenhum instrumento nacional ou internacional arvorou-se a oferecer uma definição concreta para o termo, deixando a cargo da doutrina a criação de um significado para essa expressão. BARROSO²¹² afirma que não é fácil elaborar um conceito transnacional de dignidade humana, que seja capaz de levar em conta de maneira adequada toda a variedade de circunstâncias religiosas, históricas e políticas que estão presentes nos diferentes países. No entanto, apesar disso, na medida em que a dignidade tem ganhado importância, tanto no âmbito interno quanto no discurso internacional, se faz necessário estabelecer um conteúdo mínimo para o conceito, com o intuito de unificar seu uso e de certo modo lhe conferir certa objetividade, sobretudo quanto esse conceito está atrelado à noção de proteção da Personalidade Jurídica dos sujeitos.

Seguindo a linha desse autor, parte-se da ideia de dignidade humana como algo aberto, plástico e plural, sendo a concepção minimalista estabelecida por ele caracterizada da seguinte forma: (1) A dignidade humana identifica o valor intrínseco de todos os seres humanos, (2) assim como a autonomia de cada indivíduo, (3) sendo limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)²¹³.

O valor intrínseco é, no plano filosófico, o elemento ontológico²¹⁴ da dignidade humana e está ligado à natureza do ser. Corresponde, pois, ao conjunto de características que são inerentes e comuns a todos os seres humanos, o que lhes confere um status especial e superior no mundo, o que para BARROSO é distinto do de outras espécies²¹⁵. Desse valor decorrem dois postulados, um antiutilitarista e outro antiautoritário. Explica o autor que o primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio

²¹¹ Cf. BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Brasileiro**. A construção de um Conceito Jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 72.

²¹² Idem, ibidem, p. 72.

²¹³ Idem, ibidem, p. 72-73.

²¹⁴ A ontologia é um ramo da metafísica que estuda as características fundamentais de todas as coisas e sujeitos, incluindo aquilo que cada ser humano tem e não pode deixar de ter. Isso inclui questões como a natureza da existência e estrutura da realidade. Dicionário de Filosofia, 1988, p. 662.

²¹⁵ Cf. BARROSO, L., 2013, p. 76.

para a realização de metas coletivas ou de projetos pessoais de outros; o segundo, ao seu turno, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo e não o contrário²¹⁶. Assim, é justamente por ter o valor intrínseco de cada pessoa como conteúdo essencial que a dignidade humana é um valor objetivo²¹⁷ que não depende de qualquer evento ou experiência e que, portanto, não pode ser concedido ou perdido, mesmo diante do comportamento mais reprovável.

Dentro desse valor intrínseco é que a dignidade se inclui como valor jurídico, colocando-se na origem de todo o conjunto de Direitos da Personalidade. O primeiro deles é o direito à vida, um pré-condição básica para o gozo de todos os outros direitos. Nesse aspecto, BARROSO registra que a dignidade humana preenche quase que inteiramente o conteúdo do direito à vida, deixando espaço apenas para algumas poucas situações específicas e controversas, como o aborto, o suicídio assistido e a pena de morte²¹⁸. Um segundo direito diretamente relacionado com o valor intrínseco de cada indivíduo é a igualdade perante a lei e na lei. Todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração²¹⁹. Isso implica na proibição de discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo, à orientação sexual e à diversidade de gênero.

A autonomia compõe o elemento ético da dignidade humana. Trata-se do fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa²²⁰. Essa autonomia tem especial ligação com os Direitos da Personalidade— o valor intrínseco e a igualdade também o têm, mas essa questão já foi descrita em linhas anteriores – pois a noção central desse instituto é a autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida²²¹.

²¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 76.

²¹⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. **A democracia é possível aqui: princípios para um novo debate político**. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 9-10. (Tradução livre do inglês).

²¹⁸ Cf. BARROSO, L., 2013, p. 79.

²¹⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. **The sovereign virtue: the theory and practice of equality**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002, p. 1-7.

²²⁰ Cf. BARROSO, L., 2013, p. 81.

²²¹ Cf. POST, Robert. **Dignity, autonomy, and democracy**. Working papers, Institute of Governmental Studies, 2000-11. Disponível em:

Nesse sentido, a autonomia pressupõe o preenchimento de determinadas condições, como a razão, consubstanciada na capacidade mental de tomar decisões; a independência, que pressupõe a ausência de coerção, manipulação ou privações essenciais; e a escolha, esta como sendo a existência real de alternativas²²². A autonomia que compõe o núcleo ético da dignidade humana é a parte da liberdade pessoal que não pode ser suprimida por interferências sociais ou estatais por abranger decisões pessoais básicas, como as escolhas relacionadas com religião, relacionamentos pessoais, profissão, concepção política, assim como aquelas relacionadas com a expressão da sexualidade e do gênero. Corresponde, pois, essa autonomia, à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas.

A ideia de autonomia ligada à dignidade humana mostra-se mais evidente quando contrastada com a ideia de mínimo existencial²²³, também chamado de mínimo social²²⁴, ou o direito básico às provisões necessárias para que se viva dignamente²²⁵. A igualdade em sentido substantivo e mais especialmente a autonomia (pública e privada) são ideias dependentes do fato de os indivíduos terem suas necessidades vitais essenciais satisfeitas, ou seja, para serem livres e iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam estar além de limiares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar uma ficção e a dignidade humana não existir, gerando uma violação aos mais intrínsecos atributos da Personalidade Jurídica Individual.

O terceiro elemento retrata a dignidade como um valor comunitário. BARROSO²²⁶ chama esse terceiro elemento de “dignidade

<http://igs.berkeley.edu/publications/working_papers/WP2000-11.pdf> Acesso em 27 jul. 2016.

²²² Cf. BARROSO, L., 2013, p. 81-82.

²²³ Tradução literal da expressão utilizada por autores e cortes alemãs. Ver ALEXY, ROBERT. **A theory of constitutional rights**. Trad. Julian Rivers. New York: Oxford University Press, 2004, p. 290.

²²⁴ Cf. RAWLS, John. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 2005, p. 228-229

²²⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge, MA: MIT Press, 1996, p. 123.

²²⁶ Cf. BARROSO, L., 2013, p. 87-88.

como restrição ou dignidade como heteronomia”, pois que representa o componente social da dignidade.

Os contornos da dignidade humana são moldados a partir das relações do indivíduo com os demais, assim como com o mundo ao seu redor. A expressão “valor comunitário”, ainda que ambígua, é usada para identificar o que esse autor chama de “forças exógenas que agem sobre o indivíduo”²²⁷. A primeira força diz respeito aos compromissos, valores e crenças compartilhadas de um grupo social; a segunda força são as normas impostas pelo Estado. O indivíduo, portanto, vive dentro de si mesmo, de uma comunidade e de um Estado²²⁸. Sua autonomia pessoal é restringida por valores, costumes e direitos de outras pessoas tão livres e iguais quanto ele, assim como pela regulação estatal coercitiva. A dignidade como valor comunitário enfatiza, portanto, o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa, nas palavras de POST²²⁹.

A questão que se põe é saber-se em que circunstâncias e em que grau essas ações devem ser consideradas legítimas em uma democracia constitucional. Sabe-se que a máxima liberal segundo a qual o Estado deve ser neutro em relação às diversas concepções em uma sociedade pluralista não é incompatível com as restrições resultantes da necessária coexistência entre diferentes pontos de vista e de direitos potencialmente conflitantes. As interferências possíveis devem ser realizadas segundo as bases de uma legítima justiça a que RAWLS chamou de “consenso sobreposto”²³⁰, que possa ser compartilhado pela maioria dos indivíduos e grupos.

Assim, BARROSO arremata esse tema afirmando que o valor comunitário da dignidade humana, como restrição à autonomia pessoal, busca sua legitimidade na realização de três objetivos. O primeiro seria a proteção dos direitos e da dignidade de terceiros; o segundo a proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo e o último seria a

²²⁷ Cf. BARROSO, L., p. 87.

²²⁸ Idem, *ibidem*, p. 87-88.

²²⁹ Cf. POST, Robert. **Constitutional domains**: democracy, community, management, Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 2-3.

²³⁰ Trata-se de uma expressão que identifica as ideias básicas de justiça capazes de serem compartilhadas por defensores de diferentes doutrinas abrangentes, sejam religiosas, políticas ou morais. RAWLS, John. **The idea of overlapping consensus**. Oxford Journal of Legal Studies, n. 7, 1987, p. 1.

proteção dos valores sociais compartilhados. Não se deve confundir aqui o compartilhamento de ideias com o referendo de direitos, sobretudo quando estes derivam de questões verdadeiramente morais, dos quais são destinatários grupos estigmatizados, a exemplos de negros, índios, mulheres, homossexuais e pessoas que vivem seu gênero de forma diversa daquela pregada pela parcela heteronormativa da sociedade.

Foi apenas a partir do final da segunda década do século XX que a dignidade humana começou a aparecer nos documentos jurídicos, na tentativa de proteger o indivíduo, em sua particularidade, contra o próprio Estado, começando com a Constituição do México de 1917²³¹ e com a

²³¹ MEXICO. Constituição, 1917. **Artículo 1º.** En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. (...) Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra **la dignidad humana** y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. **Artículo 2º.-** La Nación Mexicana es única e indivisible. A – II - Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, **la dignidad e integridad** de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes. **Artículo 3º.-** Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias. II – “c”:- Contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, **la dignidad de la persona**, la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos. Artículo 25.- Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y **la dignidad de los individuos**, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

constituição da República de Weimar, em 1919. Outras constituições menos conhecidas do período anterior à Segunda Guerra Mundial possuíam referências à dignidade humana, seja em seus preâmbulos ou em seus textos, como por exemplo as constituições da Estônia (1937), Irlanda (1937), Nicarágua (1939), Equador (1929)²³².

Destarte, antes de alcançar o seu apogeu como um símbolo do humanismo do século XX, a dignidade esteve presente em escritos de natureza menos democrática, como por exemplo o esboço da constituição do Marechal Petain (1940), na França, elaborado durante o período de colaboração com os nazistas²³³ e a Lei Constitucional decretada por Francisco Franco (1945), durante a longa ditadura espanhola²³⁴.

Depois da Segunda Guerra Mundial, a dignidade foi incorporada a importantes documentos internacionais como a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e em outros numerosos Tratados e Pactos que exercem um papel central nos debates atuais sobre os direitos humanos, sobretudo em razão dos horrores perpetrados contra a pessoa humana no decorrer da Segunda Guerra. Recentemente, acrescente-se que a dignidade recebeu atenção especial da Carta Europeia de Direitos Fundamentais, do ano de 2000 e no esboço da Constituição Europeia de 2004.

Mas, mais importante do que a conceituação é a compreensão do propósito da sua incorporação ao ordenamento jurídico, qual seja, o de proteger a Personalidade Jurídica do indivíduo em seus mais genuínos aspectos e manifestações, tomando a pessoa “sempre como um fim e nunca como um meio”²³⁵. É nesse sentido que se revela contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto, sendo imprescindível para a disseminação dessa ideia, a proteção da Personalidade Jurídica Individual enquanto espectro de direitos subjetivos que encerra uma gama de direitos fundamentais e humanos.

La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

²³² Cf. CHRISTOPHER, McCrudden. **Dignity and Judicial interpretation of human rights**. European Journal of International Law, n. 19, 2008, p. 664.

²³³ Cf. BARROSO, L., 2013, p. 20.

²³⁴ Idem, ibidem, p. 20.

²³⁵ KANT, I., 1997, p. 79.

Esse entendimento não é inquestionável, pois a dignidade humana não apresenta um conceito de aplicação matemática, como se viu acima. A percepção do que é ou não é essencial ao ser humano variará em razão da cultura e da história de cada povo e também, ou mais ainda, de acordo com a concepção de vida de cada indivíduo. Essa fluidez não agrada os juristas mais positivistas, que sempre estão ansiosos por um porto seguro que os permita sempre discernir o certo do errado, o legítimo do ilegítimo, o lícito do ilícito, dando segurança e previsibilidade às soluções apresentadas aos conflitos que comumente se observam na vida social. Daí a necessidade iminente nos meios acadêmicos e profissionais do Direito de, sem rejeitar o caráter aberto desse princípio, indicar os principais atributos que a conformam. É desse contraponto que ressurgiram os Direitos da Personalidade na experiência jurídica contemporânea, sobretudo no sistema jurídico brasileiro, do qual se tratará a seguir.

1.4 A POSITIVAÇÃO DA PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INDIVIDUAL NO BRASIL.

1.4.1 Antes de 1988: breve histórico dos Direitos da Pessoa Humana nas Constituições do Brasil.

A positivação dos direitos da pessoa humana nas Constituições do Brasil corresponde a duas realidades cuja descrição demarcam o tortuoso caminho que os cidadãos brasileiros percorreram no sentido de tornar efetiva a proteção dos direitos mais básicos do ser humano. De um lado está a positivação, o aspecto formal dos chamados direitos humanos-fundamentais; doutro está a efetiva materialização – proteção – dos direitos consagrados nos textos normativos. Esse contraste esteve presente em todas as Constituições, motivo pelo qual, para este estudo, ater-se-á apenas ao aspecto formal referente a tais direitos.

Já no reinado de Dom Pedro I²³⁶, com a outorga da Constituição Política do Império do Brasil²³⁷, em 25 de março de 1824, havia previsão de proteção dos chamados “direitos civis e políticos dos cidadãos

²³⁶ Pedro I foi o primeiro imperador do Brasil pós independência. Seu reinado inicia após a partida de D. João VI para Portugal. Pedro I, nasceu em Portugal e desembarcou no Brasil junto com a família real portuguesa em 1808.

²³⁷ BRASIL. Constituição, 1824.

“*brazileiros*” num artigo que contava com trinta e cinco incisos onde se estabelecia quais eram e como se daria a proteção dos direitos e garantias individuais. Importante registrar que a Constituinte convocada em 1823 com o intuito de elaborar a Constituição do Brasil, já independente do Reino de Portugal e Algarves, foi dissolvida pelo imperador, que julgou estarem os parlamentares diminuindo e limitando seu poder na administração do país que “surgia” após a volta de D. João VI para Portugal. As sucessivas revoltas regionais que se seguiram à outorga da referida Constituição foram o termômetro que media a eficácia das normas que não tinham aplicabilidade num país de dimensões continentais, marcado por desigualdades que praticamente estabeleciam um regime de castas no meio social²³⁸.

Os Direitos da Personalidade que à época respondiam aos chamados direitos e garantias individuais não ficaram de fora do primeiro texto constitucional. O artigo 179 previu, ainda que de forma irônica, tendo em conta o regime de Estado que vigia, os princípios da igualdade e da legalidade²³⁹, os direitos à livre manifestação do pensamento, à impossibilidade de censura prévia²⁴⁰, à liberdade religiosa²⁴¹, à liberdade de locomoção²⁴², dentre outros.

A existência de um rol no qual os direitos humanos-fundamentais fossem expressamente declarados foi novamente repetida na primeira Constituição Republicana, datada de 24 de fevereiro de 1891²⁴³, que em

²³⁸ Como exemplo de movimentos separatistas pós outorga, pode-se citar a Confederação do Equador, de 1824, a Revolução Praieira, de 1848, a Guerra dos Farrapos de 1835, a Revolução Federalista, de 1832 e a Sabinada, de 1837.

²³⁹ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

²⁴⁰ Art. 179, inciso IV: Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

²⁴¹ Art. 179, inciso V: Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

²⁴² Art. 179, inciso VI: Qualquer póde conservar-se, ou sahir do Imperio, como lhe convenha, levando consigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro.

²⁴³ BRASIL. Constituição, 1891.

seu título III, seção II, previa a declaração de direitos²⁴⁴. Além dos tradicionais direitos que já haviam sido consagrados formalmente pela Constituição anterior, podemos destacar as seguintes previsões estabelecidas pelo artigo 72: direitos de reunião e associação²⁴⁵, ampla defesa²⁴⁶, abolição da pena de morte²⁴⁷, propriedade de marcas²⁴⁸, dentre outros.

A tradição das Constituições brasileiras preverem um capítulo sobre direitos e garantias fundamentais foi mantida pela Constituição promulgada aos dezesseis dias do mês de julho de 1934²⁴⁹, que em seu artigo 113²⁵⁰ acrescentou ao rol trazido pela Constituição anterior os seguintes direitos: a consagração do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada²⁵¹, a escusa de consciência²⁵², o direito do autor

²⁴⁴ Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes.

²⁴⁵ Art. 72. § 8º A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.

²⁴⁶ Art. 72. § 16 Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas.

²⁴⁷ Art. 72. § 21 - Fica, igualmente, abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra.

²⁴⁸ Art. 72. § 25 - Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento.

§ 26 Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

§ 27 - A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica.

²⁴⁹ BRASIL. Constituição, 1937.

²⁵⁰ Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

²⁵¹ Art. 113: 3) A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

²⁵² Art. 113: 4) Por motivo de convicções filosófica, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo o caso do art. 111, letra *b*.

na reprodução de obras literárias, artísticas e científicas²⁵³, a irretroatividade da lei penal²⁵⁴, a impossibilidade de prisão civil por dívida, multas e custas²⁵⁵, a impossibilidade de extradição de estrangeiro em razão de crimes políticos ou de opinião, a impossibilidade absoluta de extradição de brasileiro²⁵⁶ e a assistência jurídica gratuita²⁵⁷.

A Constituição de 1937²⁵⁸, promulgada aos dez dias do mês de novembro desse ano, apesar das características políticas preponderantes à época²⁵⁹, também consagrou extenso rol de direitos e garantias individuais, prevendo dezessete incisos em seu artigo 122. Além da repetição tradicional dos direitos humanos-fundamentais clássicos, trouxe como novidade constitucional o preceito da impossibilidade de aplicação das penas perpétuas²⁶⁰, dentre outros.

Em 1946 a Constituição²⁶¹ promulgada em dezoito de setembro além de prever um capítulo específico para os direitos e garantias individuais, estabeleceu em seu artigo 157 diversos direitos sociais relativos aos trabalhadores e empregados, seguindo, pois, uma tendência da época²⁶². Além disso, previu títulos especiais para a proteção da família, da educação e da cultura.

O artigo 141 da referida Constituição assegurou aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, como aliás fizeram as demais Constituições que a seguiram. Após esta enunciação

²⁵³ Art. 113: 20) Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de produzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar.

²⁵⁴ Art. 113: 27) A lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu.

²⁵⁵ Art. 113: 30) Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas.

²⁵⁶ Art. 113: 31) Não será concedida a Estado estrangeiro extradição por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, de brasileiro.

²⁵⁷ Art. 113: 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

²⁵⁸ BRASIL. Constituição, 1937.

²⁵⁹ Tem-se nesse período o início de uma ditadura, dirigida por Getúlio Vargas.

²⁶⁰ Art. 122: 13) Não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores.

²⁶¹ BRASIL. Constituição, 1946.

²⁶² O ano de 1946 demarca o retorno do Brasil à democracia, assim como a normatização de vários direitos trabalhistas destinados aos trabalhadores urbanos.

vinham as previsões específicas acerca dos direitos e garantias individuais que resguardavam o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário para apreciação de qualquer lesão a direito individual, o princípio do contraditório, a reserva legal a tributos e o direito de certidão.

A Constituição²⁶³ de vinte e quatro de janeiro de 1967 igualmente previa um capítulo de direitos e garantias e um artigo (158) prevendo direitos sociais aos trabalhadores, visando a melhoria de sua condição social. Seguindo a tradição brasileira de enumeração exemplificativa, a redação do artigo 150 muito se assemelhava à redação da Constituição anterior e trouxe como novidades o sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas, o respeito à integridade física e mental do detento e do presidiário, a previsão de competência mínima para Tribunal do Júri e a previsão de regulamentação da sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que lhes fosse mais favorável a lei nacional do falecido.

A Emenda Constitucional nº1 de dezessete de outubro de 1969, que produziu inúmeras e profundas alterações na Constituição de 1967, inclusive em relação à possibilidade de excepcionais restrições aos direitos e garantias individuais, não trouxe nenhuma alteração formal na enumeração dos direitos humanos-fundamentais.

A revolução no tocante à positivação dos direitos da pessoa humana ocorreu com promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, motivo pelo qual se dedicará um estudo específico a essa norma em razão de sua importância para a compreensão dos Direitos da Personalidade.

1.4.2 A Constituição de 1988 e a constitucionalização efetiva da proteção da personalidade

Para que se entenda o regramento constitucional destinado aos Direitos da Personalidade na Constituição de 1988 faz-se necessário, antes, compreender como o Direito Geral de Personalidade foi formatado para ser inserido no texto constitucional.

Ao analisarmos anteriormente como as Constituições do Brasil tratavam os Direitos da Personalidade, ainda sob o manto único da ordem dos direitos fundamentais, observou-se certa evolução na positivação de

²⁶³ BRASIL. Constituição, 1967.

tais de direitos, no entanto, a partir dos movimentos redemocratizantes que transformaram o Brasil da década de oitenta do século passado, a emergência em tratar dos Direitos da Personalidade segundo uma concepção de humanidade foi posta em curso, em razão dos faróis lançados por outros ordenamentos jurídicos.

A concepção doutrinária chamada de pluralista, que tem como um dos principais defensores Adriano de Cupis, defendia a existência de múltiplos Direitos de Personalidade, e a partir dessa concepção foram criadas duas teorias chamadas de atomísticas. Para CANTALI, a primeira teoria considerava a existência de uma série fechada de direitos, ou seja, para essa corrente, os Direitos de Personalidade seriam tipificados em *números clausus*; a segunda, ao contrário, sustentava uma série aberta, é dizer, uma atipicidade de Direitos de Personalidade²⁶⁴.

Adriano de Cupis é um dos principais entusiastas da concepção pluralista dos Direitos de Personalidade, sobremaneira daquela ligada à tipificação exaustiva desses direitos, classificando-os em: direito à vida e à integridade física; direito sobre as partes destacadas do corpo e direito sobre o cadáver; direito à liberdade; direito ao resguardo que integra o direito à honra e ao segredo; direito à intimidade pessoal que integra o direito ao nome, ao título e ao sinal pessoa e direito moral do autor²⁶⁵. CUPIS adverte, no entanto, que o Código Civil de seu País, a Itália, por não abarcar todos os direitos por ele sistematizados, possui uma disciplina parcial. Assim, como não admite outros direitos que não estejam tipificados em lei, alguns deles são tutelados reflexamente pelas normas penais²⁶⁶.

Apesar do brilhantismo doutrinário da obra desse autor, a teoria atomística tipificadora não mais encontra adeptos, em razão da evolução da Teoria dos Direitos de Personalidade, já que a admissão de uma tutela geral representa uma tendência mundial²⁶⁷. Todavia, a teoria atomística que registra uma série atípica de Direitos de Personalidade ainda encontra adeptos, a exemplo da doutrina francesa que segundo CAPELO DE SOUZA reconhece uma série ampla de direitos isolados de personalidade a partir da aplicação da norma que gera o dever indenizatório em caso de

²⁶⁴ Cf. CANTALI, F., 2009, p. 77.

²⁶⁵ Idem, ibidem, p. 77.

²⁶⁶ Cf. CUPIS, A., 2008, p. 30-36.

²⁶⁷ Cf. SZANIAWSKI, E., 2005, p. 87-93.

lesão a algum bem da personalidade, sustentando o caráter não taxativo das listas de Direitos da Personalidade²⁶⁸.

TOBEÑAS, também adepto da teoria atomística, admite uma série de direitos dos quais decorrem outros atípicos, os distribuindo em duas categorias, a saber: os direitos relativos à existência física ou inviolabilidade corporal que integram o direito à vida e à integridade física, à disposição do corpo, no todo ou em partes separadas e ao cadáver; e os do tipo moral que se referem à liberdade da pessoa, à honra, ao segredo e ao direito moral do autor²⁶⁹.

No Direito brasileiro também houve formulação de classificações diversas. PONTES DE MIRANDA, quando do início das discussões sobre a possibilidade de se criar um Código Civil substituto aos vigentes no país desde 1917, classificou os Direitos da Personalidade em: direito à vida, à integridade física, à integridade psíquica, à liberdade, à verdade, à honra, à imagem, à igualdade, ao nome, à intimidade e direito autoral²⁷⁰.

Já FRANÇA, que justificou a necessidade da classificação na falta de critério na distribuição da matéria, realizou uma divisão tripartite. Partiu o autor da premissa de que, a despeito do traço comum dos Direitos da Personalidade, já que todos eram direitos privados, deveriam eles ser agrupados de acordo com o aspecto que cada um concerne, ou seja, a integridade física que englobaria o direito à vida e aos alimentos, o direito sobre o próprio corpo vivo e morto, sobre o corpo alheio vivo e morto, sobre partes separadas do corpo vivo ou morto; a integridade intelectual, que compreendia o direito à liberdade de pensamento, o direito de autor científico e artístico e de inventor; e a integridade moral que se subdividia em direito à liberdade civil, política e religiosa, direito à honra, à honorificência, ao recato, ao segredo pessoal, doméstico e profissional, à imagem e à identidade pessoal, familiar e social²⁷¹. O autor, na tentativa de solucionar a discussão sobre se o Direito de Personalidade é único ou se são vários, sustentou que em sentido estrito há o direito geral e único

²⁶⁸ Cf. CAPELO DE SOUZA, R., 1995, p. 124-128.

²⁶⁹ Cf. TOBEÑAS, J., 1995, p. 34 e ss.

²⁷⁰ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 37-190.

²⁷¹ Cf. FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 411 e ss.

da pessoa sobre si mesma, mas em sentido lato, tem-se os direitos tutelados por seus diferentes aspectos²⁷².

GOMES, ao seu turno, classificou os Direitos da Personalidade em dois grandes grupos: os direitos de integridade física, que engloba o direito à vida, o direito sobre o próprio corpo inteiro e sobre as partes separadas, e os direitos de integridade moral, que compreendem o direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e o direito moral do autor²⁷³. Assevera CANTALI, tratando da obra de Orlando Gomes, que esse autor traçou os Direitos de Personalidade nesses dois grandes grupos, sob o argumento de que as classificações normalmente eram hipertrofiadas, ultrapassando os limites dos direitos privados de personalidade, ou porque deficientes, deixavam de abarcar todos os tipos tutelados pelo Direito, justificando tal falha na falta de elaboração de uma Teoria Geral dos Direitos da Personalidade²⁷⁴.

Quando se iniciaram as tarefas da Constituinte eleita em 1987, buscou-se deduzir ainda no princípio do texto constitucional um título exclusivo para tratar dos direitos e das garantias fundamentais, fato inovador no sistema jurídico do Brasil, já que as Constituições anteriores tinham por costume inicialmente tratar da organização política e administrativa, para depois estabelecer os direitos fundamentais e suas respectivas garantias.

Diante do fenômeno da publicização e da constitucionalização do Direito Privado, a partir de uma maior intervenção estatal nas relações interprivadas e da inserção de matérias privatistas no corpo das Constituições do pós Segunda Guerra, assim como diante da eleição da dignidade humana como valor fundante do Estado Democrático de Direito, o ser humano foi colocado no centro da preocupação do sistema, fazendo decair a dicotomia entre o público e o privado que permeou toda a discussão sobre os Direitos da Personalidade, o que em consequência proibiu o enclausuramento de qualquer disciplina em sistemas fechados. É nesse cenário que se afirmou no Brasil o Direito Geral de Personalidade.

A concepção monista, na qual seus adeptos entendem os Direitos de Personalidade na forma de um direito unívoco e esgotante, ordinário e

²⁷² Cf. CANTALI, F., 2009, p. 79.

²⁷³ Cf. GOMES, Orlando. **A reforma do Código Civil**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1965, p. 40 e ss.

²⁷⁴ Cf. CANTALI, F., 2009, p. 80.

geral, engloba direitos singulares que desenvolvem e concretizam a tutela geral da personalidade. Segundo TEPEDINO os defensores da teoria monista defendem tal posição apoiados na concepção do valor unitário da pessoa humana e de sua dignidade, sendo esta a razão pela qual tal doutrina preponderou no ordenamento jurídico brasileiro pós 1988²⁷⁵.

A adoção pelo Constituinte originário de 1988 dessa cláusula permitiria o desenvolvimento de uma atuante e dinâmica jurisprudência que “abarcaria as infinitas modalidades de lesão à personalidade, tutelando também a sua livre realização e desenvolvimento, adequando-se à sua complexidade”²⁷⁶. O Direito de Geral de Personalidade “seria então um direito único cujo conteúdo é indefinido e diversificado”²⁷⁷ “na medida em que este deve ter como objeto a personalidade humana em todas as suas facetas, atuais e futuras, previsíveis e imprevisíveis, a tutelar seu livre desenvolvimento”²⁷⁸.

Com efeito, os Direitos de Personalidade foram inseridos estrategicamente no rol de direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição da República, o qual, a partir da adoção dessa cláusula em seu §2º abriu a proteção constitucional para outros direitos fundamentais, ainda que não expressos no texto da Constituição, iniciando assim, conforme FACHIN, “um sistema constitucional consentâneo com a pauta valorativa afeta a proteção do ser humano em suas mais vastas dimensões, em tom nitidamente principiológico, a partir do reconhecimento de sua dignidade intrínseca”²⁷⁹.

Desde seu preâmbulo, bem como nos artigos 1º e 2º da Constituição da República, verifica-se o delineamento de um Estado garantidor dos direitos individuais e sociais, cujos fundamentos eleitos foram a dignidade humana e os valores sociais, objetivando a construção de uma sociedade pautada na liberdade, na justiça, na solidariedade e na

²⁷⁵ Cf. TEPEDINO, G., 1999, p. 44-46.

²⁷⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Direitos de personalidade e sua tutela**. Perfis de Direito Civil. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27.

²⁷⁷ CANTALI, F., 2009, p. 81.

²⁷⁸ CARVALHO, Orlando. **Teoria do direito civil**. Sumários desenvolvidos. Coimbra, 1981, p. 68.

²⁷⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito da Personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade**. Obra coletiva em homenagem à Professora Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Ed. Método, 2006.

igualdade formal e material, para assim promover o bem de todos, já que, segundo CANTALI, o fim último da norma é a tutela da pessoa humana em todas as suas dimensões²⁸⁰. Embora não se localize no texto constitucional uma norma que expressamente consagre o livre desenvolvimento da personalidade como decorrência da dignidade humana, como ocorre no direito alemão²⁸¹, por exemplo, a tutela geral conforme acima mencionado decorre desse princípio imanente.

É nesse sentido que FACHIN registra que o princípio da dignidade, estampado pela primeira vez num diploma constitucional do Brasil, é considerado como princípio fundamental diretor através do qual todo o ordenamento jurídico deve ser lido e interpretado, constituindo o que ele chama de cláusula geral de proteção e de promoção da personalidade, na medida em que a pessoa natural é a primeira e a última destinatária da ordem jurídica²⁸².

Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro adotou um sistema de proteção misto, no que toca à tutela da pessoa humana, pois nos dizeres de SZANIAWSKI, traz um sistema geral de proteção da personalidade extraído da dignidade humana e, ao lado, protege alguns direitos especiais de personalidade tipificados como direitos fundamentais, os quais convivem e atuam harmonicamente e cujo fim último é permitir o livre desenvolvimento da personalidade²⁸³.

A tendência mundial no sentido de dar amparo constitucional aos Direitos de Personalidade foi então acatada pela Constituição já em seu primeiro artigo, ao consagrar a dignidade da pessoa humana (o que por si só traz os atributos inerentes à personalidade humana), assim como no *caput* e em muitos incisos do artigo quinto, onde se previu a proteção à vida, à liberdade, à igualdade, à integridade psicofísica, à privacidade, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros. Isso somado à tutela do já mencionado §2º traz para a realidade jurídica do Brasil a impossibilidade de se negar tutela em relação a algum aspecto da existência humana sob o argumento de que não há previsão específica, uma vez que o interesse

²⁸⁰ Cf. CANTALI, F., 2009, P. 85.

²⁸¹ Art. 2º, alínea 1, da Constituição de Bonn: “Todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, nos limites dos direitos de outrem, da ordem constitucional e da ordem moral”.

²⁸² Cf. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 60-61.

²⁸³ Cf. SZANIAWSKI, E., 2005, p. 137.

existencial já tem relevância em função do princípio da dignidade²⁸⁴. A Constituição de 1988, dessa forma, confirma “a elasticidade da tutela da personalidade”²⁸⁵; “elasticidade no sentido de abrangência de tutela que faz incidir a salvaguarda da dignidade em todas as situações, previstas ou não, em que esgrimida a personalidade tida como valor máximo do ordenamento”²⁸⁶.

Nessa perspectiva, TEPEDINO conclui que a prioridade conferida à cidadania e à dignidade da pessoa humana como fundamentos da República, aliada à garantia da igualdade substancial e formal, bem como à garantia residual consagrada no §2º do artigo 5º da Constituição do Brasil, no sentido da não exclusão de garantias e direitos que, mesmo não expressos, decorram dos princípios do texto maior, além de condicionarem o intérprete e o legislador ordinário, modelando o sistema infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte²⁸⁷, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e proteção da personalidade humana, tomada como valor máximo do ordenamento²⁸⁸. Essa cláusula, segundo CANTALI, abarca todas as situações jurídicas em que a personalidade e seus desdobramentos estejam em jogo, “personalidade esta que, tomada como valor fundamental do ordenamento, está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessante mutável exigência de tutela”²⁸⁹.

1.4.3 A disciplina dos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002

A partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, a dignidade humana tornou-se o centro do Direito de Personalidade, estando assim relacionada com tais direitos, fazendo com que no âmbito do Direito Privado a proteção da dignidade humana se configurasse justamente nos chamados Direitos de Personalidade. A teoria dos Direitos de Personalidade possibilitou uma superação do caráter patrimonialista do Direito Privado, concretizado pelo Estado

²⁸⁴ Cf. SARLET, I., 2015, p. 90-94.

²⁸⁵ Expressão cunhada por PERLINGIERI, P., 2002, p. 185-186.

²⁸⁶ CANTALI, F., 2009, p. 91.

²⁸⁷ Cf. TEPEDINO, G., 1999, p. 49-50.

²⁸⁸ Cf. PERLINGIERI, P., 2002, p. 155.

²⁸⁹ CANTALI, F., 2009, p. 91.

Liberal, passando a proteger o que a pessoa tem de mais essencial, qual seja, a sua personalidade individual.

Não é difícil observar que a proteção e o reconhecimento dos Direitos da Personalidade no âmbito privatístico é bem posterior à proteção dos direitos fundamentais. Essa proteção, como dissemos mais acima, assim como a proteção da dignidade humana nos textos constitucionais pós-modernos, se deu, sobremaneira, a partir da segunda metade do século XX, quando o mundo se voltou para dentro da pessoa humana, no sentido de reverter o patrimonialismo da civilística clássica em direção à repersonalização do Direito²⁹⁰.

O Direito Civil brasileiro, fruto da codificação liberal, foi omissivo no que tange à sistematização dos Direitos de Personalidade, mas, como adverte CANTALI, não ignorava de todo a personalidade humana. Registra a autora que em dispositivos esparsos do Código Civil de 1916 é possível encontrar certa proteção, como nas hipóteses de indenização por lesão ao direito à integridade física e psicológica, de reparação do dano à honra em casos de injúria e difamação, de indenização por dano à honra da mulher ou por danos causados por violência sexual²⁹¹.

No que toca ao Código Civil de 1916 é importante verificar que em seu texto era possível encontrar a tutela de alguns Direitos de Personalidade de forma assistemática, com previsões absolutamente inespecíficas, sendo forçoso considerarmos que não havia nesse diploma legal nenhuma regra da qual se pudesse extrair uma fonte básica de proteção da personalidade; em outras palavras, não trazia o Código Civil revogado, previsões que insinuassem uma tutela geral da personalidade.

A partir dessa constatação é que se afirma não haver disciplina dos Direitos da Personalidade no referido diploma, pois conforme MARINHO e SZANIAWSKI, em razão da ideologia liberal que o subjazia, as raras hipóteses de proteção da personalidade destinavam-se a tutelá-los apenas através do binômio dano-reparação, denotando forte

²⁹⁰ Orlando de Carvalho explica que a repersonalização, responsável pela centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses, torna o Direito civil o *foyer* da pessoa, do cidadão puro e simples. Cf. CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. 2. ed. atual. Coimbra: Centelha, 1981, p. 92.

²⁹¹ Cf. CANTALI, F., 2009, p. 92.

apego ao caráter patrimonialista característico das codificações liberais²⁹².

Entretanto, não obstante a clarividência das disposições da legislação civil já revogada que permitiam a compreensão literal do mais conservador intérprete, no que tange à indenização do dano exclusivamente moral, houve resistência de efetivação até a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando se previu expressamente no rol dos direitos fundamentais a indenização por danos morais independentemente dos danos patrimoniais²⁹³. Tal resistência, não foi alterada imediatamente após a vigência do atual texto constitucional, uma vez que alguns intérpretes permaneceram, e ainda hoje permanecem, vinculados à estrutura do pensamento concebida no Direito Civil clássico, limites estes que ainda estão sendo superados.

Já em 1965, GOMES, justificando o projeto de Código Civil que substituiria a legislação de 1916, sustentava que seria imperdoável um Código hodierno que, imbuído do propósito de dignificar o homem, não emprestasse relevo aos Direitos da Personalidade, sejam eles os tradicionais (cuja classificação expusemos anteriormente), sejam aqueles que surgissem diante das novas exigências da vida²⁹⁴.

Assim, o Código Civil de 2002, em direção contrária ao Código de 1916, trouxe no início do seu texto um capítulo exclusivamente destinado à proteção dos Direitos da Personalidade, o que de certo modo representou uma evolução no tocante à positivação de tais direitos, mas também registrou a tímida e lacunosa regulação da matéria, sobremaneira se levarmos em conta que o anteprojeto do Código elaborado por Orlando Gomes, que foi a fonte inspiratória do anteprojeto de 1975, que resultou no atual código, é datado de 1963.

Todavia, adverte TEPEDINO, que mesmo que afirmados os Direitos da Personalidade no novo código, este entrou em vigor em 2003, ou seja, quinze anos após a promulgação da Constituição da República, quando então os Direitos da Personalidade passaram a integrar a ordem positiva ordinária, contando com uma cláusula geral de concreção e

²⁹² Cf. MARINHO, Josaphat. **Os direitos da personalidade no projeto de novo Código Civil brasileiro**. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 247. SZANIAWSKI, 2005, p. 177.

²⁹³ Cf. CANTALI, F., 2009, p. 93.

²⁹⁴ Cf. GOMES, O., 1965, p. 39.

proteção da personalidade humana²⁹⁵. Assim, nas palavras desse autor, o “Código nasceu velho” e, mesmo que merecedor de saudação o reconhecimento da pessoa e dos Direitos da Personalidade, “não se pode descurar que devemos encarar a nova codificação a partir de uma racionalidade centrada na visão unitária do Direito, pautada na principiologia de índole constitucional”²⁹⁶. É nessa linha de raciocínio que FACHIN afirma uma reconstitucionalização do Direito Civil brasileiro²⁹⁷.

É de se ressaltar o caráter pedagógico da inserção do capítulo destinado a tutelar os Direitos da Personalidade, já que, como dito, tal inserção não foi algo inovador no Sistema Jurídico Brasileiro, diante do regramento constitucional então vigente. Esse caráter pedagógico tem como principal função a orientação do intérprete sobre a opção axiológica do sistema, bem como a demonstração de que o Código de 2002 atenuou o caráter patrimonialista engendrado pelo Direito Civil Clássico, apontando, nos dizeres de FACCHINI NETO, para sua repersonalização²⁹⁸.

TEPEDINO assegura que apesar do referido caráter pedagógico ser reconhecidamente benéfico para o Direito Civil brasileiro, é de suma importância registrar que, do ponto de vista técnico, “o novo Código nasce obsoleto”. Para ele, um dos exemplos que comprovam essa tese é a própria disciplina dos Direitos da Personalidade, os quais “foram regulados de maneira tímida e tipificadora, conforme uma das linhas doutrinárias vigentes na década de sessenta, que não reconhecia a cláusula geral de proteção da pessoa, a qual veio a ser consagrada na Constituição de 1988”²⁹⁹.

Para driblar essa tendência atomística de tipificar os Direitos de Personalidade MOREIRA ALVES adverte que o novo Código apenas

²⁹⁵ Cf. TEPEDINO, Gustavo. **O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira.** In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II, p. 358.

²⁹⁶ Idem, ibidem, p. 358.

²⁹⁷ Cf. FACHIN, Luiz Edson. **A “reconstitucionalização” do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios.** Revista Jurídica, a. 52, n. 324, p. 16-19, out-2004. Também é possível encontrar essa citação em FACHIN, Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 11 e ss.

²⁹⁸ Cf. FACCHINI NETO, E., 2003, p. 152.

²⁹⁹ TEPEDINO, G., 2006, p. 358.

trouxe os princípios fundamentais da temática, não pretendendo ser exaustivo, pois, segundo ele, o autor da parte geral que corporificou o texto do atual Código, justificando o projeto, advertiu que:

[...] se abriu um capítulo para os direitos da personalidade, estabelecendo-se não uma disciplina completa, mas os seus princípios fundamentais. Essa disciplina não constou do Código Civil brasileiro por uma razão singela: na época em que foi elaborado, ainda se discutia se, realmente, havia direitos subjetivos da personalidade, tendo em vista que forte corrente doutrinária considerava não ser possível que o titular do direito subjetivo fosse ao mesmo tempo objeto desse direito, pelo fato de não se distinguirem os aspectos da personalidade e de se considerarem que esses aspectos formavam uma unidade e, portanto, tratava-se sempre da personalidade una da pessoa física ou natural³⁰⁰.

A Lei 11.406/2002, que instituiu o Código Civil brasileiro, à semelhança do Código Civil Italiano de 1942, que foi o primeiro texto legal-infraconstitucional a sistematizar a matéria, estabeleceu nos artigos 11 a 21 os Direitos da Personalidade. O artigo 11 discorre sobre a natureza desses direitos e o 12 trata da sua tutela. Nos artigos 13, 14 e 15 o legislador fez constar a proteção do direito à integridade psicofísica³⁰¹; nos artigos 16 a 18 constam as previsões acerca do direito ao nome e no 19 ao pseudônimo; no artigo 20 há o regramento destinado à imagem e à honra; e por fim, no artigo 21, consagrou-se o direito à privacidade e à vida privada.

³⁰⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos. **A parte geral do Projeto do Código Civil Brasileiro.** Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/231/393>. Acesso em 25/05/2016.

³⁰¹ Embora alguma parte da doutrina trabalhe com a integridade física e psíquica em separado, registramos que tal ponto de vista não mais pode prosperar, diante da impossibilidade de dissociação do corpo e do espírito, uma vez que não há como fragmentar aspectos da condição humana. Nesse sentido a lição de Perlingieri: “a pessoa é uma indissolúvel unidade psicofísica”. Cf. PERLINGIERI, 2002, p. 158.

No artigo 11 é possível encontrarmos as características dos Direitos da Personalidade: a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade. O artigo 12³⁰², previu a tutela preventiva dos Direitos da Personalidade, permitindo que se cesse a ameaça de lesão, bem como reconhecendo a tutela ressarcitória para o caso de ocorrência de danos. Segundo SZANIAWSKI, essa norma foi concebida para ser a cláusula geral de proteção e promoção dos Direitos de Personalidade do Código, sendo assim reconhecida pela doutrina civilista³⁰³.

CANTALI, sobre essa cláusula, faz um importante apontamento. Segundo essa autora, a cláusula geral prevista no artigo 12 do Código:

[...] está de acordo com a intensão de ampliação de tutela dos direitos de personalidade para garantir uma tutela integral que determina a proteção destes direitos em qualquer situação jurídica. Nesse sentido, a norma prevê, ao lado da tradicional tutela ressarcitória, a tutela inibitória. E mais, prevê também a possibilidade de utilização de outras sanções previstas em lei. Mostra-se bastante importante a utilização de novos instrumentos de proteção diante da dificuldade e insuficiência de instrumentos tradicionais em oferecer uma tutela realmente eficaz aos direitos de personalidade, principalmente frente às novas demandas que podem surgir na complexa sociedade atual, pós revolução tecnocientífica³⁰⁴.

Com efeito, o parágrafo único do artigo 12³⁰⁵ pôs fim à discussão acerca da legitimidade para requerer a tutela judicial dos Direitos da Personalidade da pessoa falecida. Antes mesmo da entrava em vigor do Código, a jurisprudência já fixava a legitimidade dos parentes próximos

³⁰² Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

³⁰³ Cf. SZANIAWSKI, E., 2005, p. 178-179.

³⁰⁴ CANTALI, F., 2009, p. 95.

³⁰⁵ Art. 12. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

na busca desses direitos³⁰⁶, não havendo mais, após a positivação, dúvidas sobre a legitimidade de o cônjuge, qualquer parente em linha reta e colaterais até o quarto grau, requererem a tutela de Direitos de Personalidade da pessoa falecida³⁰⁷.

No que tange ao direito ao próprio corpo, colhe-se do artigo 13 a permissão para atos de disposição de partes renováveis do corpo, mas sujeitos à regulamentação, a exemplo da doação de sangue ou de esperma. A lei, ao seu turno, autoriza hipóteses de limitação do direito ao próprio corpo, permitindo a diminuição permanente de alguma de suas partes,

³⁰⁶ PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. HERDEIROS. LEGITIMIDADE. 1. Os pais estão legitimados, por terem interesse jurídico, para acionarem o Estado na busca de indenização por danos morais, sofridos por seu filho, em razão de atos administrativos praticados por agentes públicos que deram publicidade ao fato de a vítima ser portadora do vírus HIV. 2. Os autores, no caso, são herdeiros da vítima, pelo que exigem indenização pela dor (dano moral) sofrida, em vida, pelo filho já falecido, em virtude de publicação de edital, pelos agentes do Estado réu, referente à sua condição de portador do vírus HIV. 3. O direito que, na situação analisada, poderia ser reconhecido ao falecido, transmite-se, indubitavelmente, aos seus pais. 4. A regra, em nossa ordem jurídica, impõe a transmissibilidade dos direitos não personalíssimos, salvo expressão legal. 5. O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima (RSTJ, vol. 71/183). 6. A perda de pessoa querida pode provocar duas espécies de dano: o material e o moral. 7. "O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima. Não seria razoável admitir-se que o sofrimento do ofendido se prolongasse ou se entendessem (deve ser estendesse) ao herdeiro e este, fazendo sua a dor do morto, demandasse o responsável, a fim de ser indenizado da dor alheia. Mas é irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando ainda vivo, tinha contra o autor do dano. Se o sofrimento é algo entranhadamente pessoal, o direito de ação de indenização do dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores" (Leon Mazeaud, em magistério publicado no Recueil Critique Dalloz, 1943, pg. 46, citado por Mário Moacyr Porto, conforme referido no acórdão recorrido). 8. Recurso improvido. (STJ - REsp: 324886 PR 2001/0066584-3, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 21/06/2001, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 03.09.2001 p. 159
LEXSTJ vol. 150 p. 209
RSTJ vol. 151 p. 157
RT vol. 799 p. 208)

³⁰⁷ Ressalte-se o fato de que o direito se ocupou de estender a personalidade da pessoa para além de sua morte, no intuito de protegê-la da forma mais ampla possível, mantendo-se perene a sua dignidade.

sobretudo por necessidade médica, como por exemplo nas cirurgias de redesignação de genitália sexual.

O parágrafo único do artigo 13 excepciona a regra admitindo o ato de disposição, nos casos de doação de órgãos duplos, tecidos ou partes do corpo, nos moldes previstos no art. 9º da Lei 9. 434/97³⁰⁸. O artigo 14 admite a disposição gratuita do próprio corpo para o pós-morte, desde que este ato tenha finalidade científica ou altruística³⁰⁹, vedando-se, portanto, a exploração com fins econômicos das partes do corpo³¹⁰.

SZANIAWSKI ao se debruçar sobre o artigo 15³¹¹ do Código Civil de 2002, explica que tal regra reflete o respeito à autonomia e à liberdade da pessoa em submeter-se ou não a tratamento médico ou intervenção cirúrgica que lhe traga de algum modo risco de vida. Segundo ele submeter-se a determinada terapia perpassa necessariamente pelo ato volitivo e livre do paciente após o “devido esclarecimento de todas as circunstâncias que envolvem o quadro clínico, o tratamento possível, os riscos e a possibilidade de sucesso”³¹². CANTALI evidencia uma falha nesse artigo, justificando que tal regra peca ao exigir o consentimento do paciente apenas quando o tratamento importar risco de vida. Para ela, a interpretação literal desse artigo acaba por gerar uma violação da dignidade humana, na medida em que esta também se revela no direito de autodeterminação pessoal, devendo então o referido artigo ser interpretado em consonância com princípios de índole constitucional, no sentido de que, seja qual for o tratamento a que deva se submeter o

³⁰⁸ Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

³⁰⁹ Caso o extinto não tenha disposto em vida sobre sua intenção de dispor de seu corpo após a morte, caberá o consentimento expresso do cônjuge ou de parentes em linha reta ou colateral até o segundo grau, conforme disposto no art. 4º da Lei 9.434/97, com redação dada pela Lei 10. 211/2001.

³¹⁰ Sobre esta temática ver: BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano**: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

³¹¹ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

³¹² Cf. SZANIAWSKI, E., 2005, P. 187-188.

paciente, com ou sem risco de vida, necessário é o seu livre consentimento³¹³.

O direito ao nome também obteve regramento junto aos Direitos da Personalidade. O artigo 19, por exemplo, estendeu ao pseudônimo a mesma proteção destinada ao nome. Nesse sentido autores como TEPEDINO aduzem que o Código foi acanhado no tocante à proteção desse aspecto da personalidade, pois uma interpretação literal pode gerar entendimento reducionista sobre essa matéria, já que o código se limitou a proteger o direito ao nome, apegado à doutrina tipificadora e fracionária das teorias atomistas, ao invés de tutelar o direito à identidade pessoal que se revela mais abrangente por abarcar todos os elementos identificadores de uma pessoa, como a identidade de gênero, a expressão de gênero (que inclui, por exemplo, a voz e a indumentária), a caligrafia e até a atual temática da identidade genética^{314 315}.

O texto dos artigos 17 e 18 reflete doutrina que tutela a honra e a imagem através do direito ao nome:

[...] Veja-se que o artigo 17 permite a publicação de nome alheio, desde que não o exponham ao desprezo público, resguardando assim uma esfera de liberdade de expressão e informação, bem como a honra. O artigo 18 determina que o nome alheio somente poderá ser utilizado em propaganda comercial se estiver devidamente autorizado pelo interessado. Aqui, novamente a ideia de consentimento como legitimadora do ato de disposição³¹⁶.

DONEDA, prepondera que há um complicador na regra estabelecida pelo artigo 18: o termo “propaganda comercial”. Para esse autor, o referido termo é utilizado com a intenção de impedir utilização do nome alheio, sem o consentimento, em situações que visem o lucro. Assevera, em sentido diverso, que:

³¹³ Cf. CANTALI, F., 2009, p. 96.

³¹⁴ Esta mesa crítica é feita por SZANIAWSKI, E., 2005, p. 189-190.

³¹⁵ Cf. TEPEDINO, G., 1999, p. 36.

³¹⁶ CANTALI, F., 2009, p. 97.

[...] o consentimento para utilização do nome alheio é necessário mesmo que não se verifique intuito lucrativo. O nome é direito de personalidade e sua utilização indevida, independente do intuito, é vedada. Não fosse assim, estaria legitimada a utilização do nome alheio, independentemente de autorização, quando a finalidade fosse exclusivamente humanitária ou assistencial. De outra banda, é permitida a utilização do nome mesmo quando o intuito é lucrativo, desde que devidamente autorizada pelo titular do direito de personalidade. Exemplo típico é dos esportistas que emprestam seus nomes para campanhas publicitárias em torno de marcas de produtos esportivos³¹⁷.

Dando continuidade, o artigo 20 regulou os direitos à imagem e à honra³¹⁸. Inicialmente é notável a advertência feita por TEPEDINO, segundo a qual, o tratamento em conjunto desses dois Direitos da Personalidade revela-se inoportuno³¹⁹, eis que contrariou a doutrina e a jurisprudência³²⁰ que caminhavam em sentido contrário. Para ele, assim como para autores como MIRAGEM³²¹, o abalo à honra é invariavelmente ofensivo, todavia, o uso indevido da imagem gera um dano independentemente de ter causado ofensa moral, uma vez que o

³¹⁷ DONEDA, Danilo. **Os direitos da personalidade no novo Código Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 52.

³¹⁸ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

³¹⁹ Inoportuno, pois, segundo o autor, esse posicionamento deixa de reconhecer a autonomia do direito à imagem. Cf. TEPEDINO, G., 1999, p. 36.

³²⁰ O autor cita o Recurso Especial nº 230268, o qual firmou a tendência em autonomizar o direito à imagem do da honra, eis que o dano é verificável na própria utilização indevida da imagem, mesmo que o uso não macule a honra do titular.

³²¹ Ver a obra: MIRAGEM, Carlos. **Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

dano é a própria utilização indevida da imagem³²². Da leitura do artigo observa-se que há o mesmo problema, outrora comentado, acerca da permissão de utilização da imagem não consentida se o intuito for lucrativo; registramos, mais uma vez, que independente de a utilização visar ou não o lucro, o consentimento do titular é base legitimadora do ato restritivo do direito.

Ainda nessa esteira, verifica-se ainda mais grave a problemática trazida pela regra que permite a utilização da imagem alheia, independente do consentimento, se necessária para a manutenção da

³²² Nesse sentido: DIREITO À IMAGEM. CORRETOR DE SEGUROS. NOME E FOTO. UTILIZAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. PROVEITO ECONÔMICO. DIREITOS PATRIMONIAL E EXTRAPATRIMONIAL. LOCUPLETAMENTO. DANO. PROVA. DESNECESSIDADE. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. INDENIZAÇÃO. QUANTUM. REDUÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA. HONORÁRIOS. CONDENAÇÃO. ART. 21, CPC. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. I - O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. II - A utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização. III - O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada IV - Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral. V - A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. VI - Diante dos fatos da causa, tem-se por exacerbada a indenização arbitrada na origem. VII - Calculados os honorários sobre a condenação, a redução devida pela sucumbência parcial resta considerada. VIII - No recurso especial não é permitido o reexame de provas, a teor do enunciado n. 7 da súmula/STJ.

(STJ - REsp: 267529 RJ 2000/0071809-2, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 03/10/2000, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 18.12.2000 p. 208
 JBCC vol. 187 p. 407)

ordem pública e da justiça. TEPEDINO sustenta que “não existe amparo constitucional para estes requisitos e, para evitar a declaração formal de inconstitucionalidade do artigo, é necessário utilizá-lo, excepcionalmente, apenas quando o interesse público, aliado à liberdade de expressão³²³, for de extrema relevância”³²⁴.

A privacidade, tutelada no artigo 21, é um tema deveras delicado, se se leva em conta o desenvolvimento tecnológico, assim como diante da dificuldade de realização dessa tutela por intermédio dos instrumentos tradicionais do Direito³²⁵. Sensível a esta debilidade, o legislador faculta ao julgador a tomada de providências necessárias, considerando o sistema de forma unitária, para impedir a violação da privacidade ou fazer cessar o ato lesivo³²⁶. Para TEPEDINO a tutela da privacidade se dá através de uma cláusula geral, que permite ao Poder Judiciário valer-se de outros mecanismos na tentativa de cessar ou impedir o ato lesivo a este Direito da Personalidade³²⁷.

Dessa breve exposição acerca da característica tipificadora que prevaleceu no Código, observa-se que em razão dessa influência atomística, o legislador inovou de forma muito sutil apenas ao veicular as cláusulas gerais contidas nos artigos 12 e 21. Estas, caso sejam lidas de forma isolada, podem não refletir como algo novo, pois como dito, a Constituição de 1988 já previu a tutela geral dos Direitos da Personalidade. No entanto, como registra TEPEDINO:

[...] se a análise partir da compreensão do sistema jurídico unitário informado pela normativa constitucional, os preceitos ganham significado, passando a ser percebidos como especificações analíticas da tutela geral da personalidade, consubstanciada no princípio da dignidade da pessoa humana. A partir daí é possível afastar-se da

³²³ Sobre esta temática ver: BARROSO, Luis Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade**. Revista trimestral de direito civil. Rio de Janeiro, v. 16, p. 59-102, out. – dez., 2003.

³²⁴ TEPEDINO, G., 1999, p. 36-37.

³²⁵ Em muitos casos a tutela da privacidade extrapola as ferramentas disponíveis pelo judiciário, sendo importante o trabalho conjunto entre poder público e sociedade civil.

³²⁶ Cf. CANTALI, F., 2009, p. 99.

³²⁷ Cf. TEPEDINO, G., 1999, p. 37.

ótica tipificadora e casuística, ampliando a tutela da personalidade para além dos direitos subjetivos previstos expressamente³²⁸.

Autores como SZANIAWSKI criticam a disciplina do Código a respeito dos Direitos da Personalidade. No entanto, especialmente no que toca ao artigo 12, este autor argumenta que as previsões casuísticas contrariam posição da doutrina contemporânea sobre esse tema, que concebem que os direitos especiais de personalidade também devem ser protegidos através de cláusulas gerais; “cláusulas gerais menores ao lado de cláusula geral de tutela e promoção da personalidade humana”³²⁹. CANTALI, ao seu turno, assevera que a crítica feita pelo referido autor é importante, mas tal argumento não pode servir para restringir a proteção dos Direitos da Personalidade. Assim, segundo ela, a norma que concede tutela geral de proteção da personalidade humana deve ser associada à série de direitos especiais da personalidade previstos nos artigos 13 a 21, na medida em que incide sobre todos os direitos tipificados e sequer a eles se limita, já que somente a tutela geral se presta a abarcar as irradiações da personalidade em todas as suas possíveis manifestações³³⁰.

CORTIANO JUNIOR aduz que a proteção especial destinada aos Direitos da Personalidade expressos, seja no texto constitucional, no Código Civil ou em outras leis esparsas, deve ser entendida e operacionalizada juntamente com a cláusula geral de tutela e promoção da personalidade. Segundo esse autor, uma e outra se complementam, de forma que onde não houver previsão específica, o ator do Direito deve levar em consideração a proteção genérica garantida através do princípio da dignidade humana³³¹.

Acerca da positivação dos Direitos da Personalidade na legislação ordinária, podemos então concluir que o Código Civil de 2002 consagrou tais direitos, todavia, não renovou a temática e conseqüentemente não evoluiu, sobretudo tendo em vista que os referidos direitos já faziam parte da cultura jurídica nacional, pelo menos a partir de 1988. A disciplina da

³²⁸ Idem, *ibidem*, p. 37.

³²⁹ SZANIAWSKI, E., 2005, p. 178-179.

³³⁰ Cf. CANTALI, F., 2009, p. 99.

³³¹ Cf. CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade**. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 47.

proteção da Personalidade Jurídica no Código ainda se manteve permeada pela lógica patrimonialista típica da era da codificação, uma vez que dispensou proteção orientando-se basicamente pelo binômio dano-reparação; importante, contudo, é a atualização metodológica feita com base nos princípios constitucionais para enfatizar a função promocional desses direitos, o que manteve e continuará mantendo o movimento de personalização do Direito que ao longo dos anos vem sendo concretizado na doutrina e na jurisprudência.

É importante registrar que:

[...] Lograram-se muitas conquistas a partir da metodologia civil-constitucional que propõe a releitura do Direito Civil à luz dos princípios constitucionais, e muitas outras ainda estão por se concretizar. O desafio permanece, principalmente levando em consideração que muitos civilistas chegaram a anunciar o ocaso do Direito Civil-Constitucional diante do novo diploma que, por ser posterior à Constituição, teria restaurado a unidade do Direito Privado, tornando desnecessária a interpretação constitucionalizada dos institutos do Direito Civil, já que o diploma teria nascido constitucionalizado. Essa posição é falaciosa pelo simples fato de que o Código Civil de 2002, muito embora tenha sido promulgado após a Constituição de 1988, foi elaborado na década de 70 do século passado e, assim, seu texto carrega anacronismos e deficiências que se opõem ao movimento de personalização. Ademais, traduz grave erro metodológico, já que ressuscitaria a dicotomia entre o público e o privado que há muito se vem tentando abrandar³³².

É nesse contexto que afirmamos que no decorrer do século XXI, muito mais do que antes, deve-se persistir na tarefa de conferir aos institutos do Direito Civil, sobretudo aqueles diretamente ligados ao exercício e proteção da Personalidade Jurídica Individual, uma interpretação conforme o núcleo constitucional da pessoa humana.

³³² TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil e o Direito Civil Constitucional**. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 377.

Importa, nesse sentido, que seja considerado muito mais do que a simples criação de um capítulo específico para disciplinar os Direitos da Personalidade, a exemplo do reconhecimento da publicização, da constitucionalização e da repersonalização do Direito, como fenômenos informadores de todo o sistema jurídico-constitucional, devendo o jurista interpretar as normas de caráter privado em conformidade com os valores constitucionais de forma sistemática, com o objetivo de preservar a integridade do sistema que ao mesmo tempo é uno e aberto.

A crítica apresentada por Gustavo Tepedino acerca da posição acanhada do legislador derivado no tocante à proteção limitada ao direito ao nome é a porta de entrada para o capítulo que se seguirá. A falta de tutela legal relacionada ao direito à identidade pessoal, que se revela um atributo da personalidade com abrangência múltipla, cria, formalmente e materialmente, uma problemática no tocante às questões atreladas à vivência das identidades de gênero, assim como naquelas relacionadas à expressão dessas identidades, sendo imperioso analisarmos em que medida a normativa constitucional que cria o Direito Geral de Personalidade pode abarcar, enquanto um legítimo espectro de direitos pessoais, a faculdade de se decidir como cada pessoa viverá esse atributo de sua personalidade que é o gênero.

CAPÍTULO II: O GÊNERO E SUAS IDENTIDADES

2.1 APORTES NECESSÁRIOS AO ESTUDO DO GÊNERO COMO EXPRESSÃO IDENTITÁRIA

Cacá Diegues, um diretor cinematográfico brasileiro cuja fama extrapola os limites do nosso País, comumente se vale de metáforas para dar vida a suas estórias³³³. Assim o foi, para se demonstrar o uso desse recurso linguístico, em pelo menos duas de suas obras: o filme *Deus é brasileiro*³³⁴ e também o filme *Bye bye Brasil*³³⁵.

No primeiro, ao final do filme, o personagem Taoca afirma que “A vida é um porto onde a gente acaba de chegar é nunca”. O enredo dessa estória conta que deus, já cansado de tanto trabalhar, resolve tirar férias. Desce à terra e escolhe o Brasil, país muito religioso, para encontrar um santo que se ocupe de seus deveres enquanto ele estiver ausente, muito embora o país não tenha um santo reconhecido oficialmente pela Santa Sé. Ele sai viajando pelo interior do Brasil, na companhia de Taoca, personagem vivido pelo ator Wagner Moura, um cara esperto, que enxerga nesse encontro inesperado a oportunidade de resolver seus problemas materiais. O filme trata dessa viagem, dos encontros vividos pelos personagens, das cidades por onde eles passam e também das transformações que acontecem tanto na trajetória de vida do rapaz, quanto do próprio deus.

Em *Bye bye Brasil*, outra comédia desse mesmo diretor, o enredo conta a estória de três artistas que cruzam o país, especialmente as regiões norte e nordeste, com uma caravana, fazendo espetáculos para as pessoas mais pobres da população brasileira, que ainda não tinham acesso à televisão: o filme trata das mudanças sociais e culturais que o país passara na década de 1970. Segundo DIEGUES, em entrevista dada à Rede

³³³ Optou-se pela palavra estória, grafada sem “h”, por tratar-se de vocábulo que na Língua Portuguesa identifica as narrativas ficcionais.

³³⁴ *Deus é Brasileiro* é um filme brasileiro de 2003; trata-se de uma comédia dirigida por Cacá Diegues, cujo roteiro é baseado no conto “O Santo que não Acreditava em Deus”, de João Ubaldo Ribeiro, adaptado pelos diretores, por João Emanuel Carneiro e Renata de Almeida.

³³⁵ *Bye Bye Brasil* é um filme brasileiro de 1979, uma comédia dirigida por Carlos Diegues e considerada por muitos como uma das mais importantes produções da década de 70.

Globo, o filme pretendia falar de mudanças profundas no coração e no “estômago do País”, através de uma viagem que não tinha nem paradeiro nem destino, cuja síntese, segundo ele, se dava nas palavras do personagem vivido por José Wilker, o Lorde Cigano, segundo o qual “A gente só se equilibra em movimento”³³⁶.

A imagem da viagem, para LARROSA, é constantemente evocada na Literatura e na Educação, sendo recorrente nas chamadas novelas de formação (*Bildungsroman*). Segundo este autor, esse recurso tradicionalmente conta “a própria constituição do herói através das experiências de uma viagem que, ao se voltar sobre si mesmo, conforma sua sensibilidade e seu caráter, sua maneira de ser e de interpretar o mundo”³³⁷. Nesse tipo de narrativa, como sugere, há uma espécie de correlacionamento entre a viagem exterior e uma viagem interior, e nesse processo, o viajante vai “formando sua consciência, sensibilidade e caráter”³³⁸.

LOPES adverte que os filmes de estrada guardam certos pontos de contato com esse tipo de narrativa, pois, nesse gênero de filme, o personagem ou os personagens estão numa espécie de trânsito, fuga ou na busca de algo frequentemente adiado e, ao longo da trajetória, veem-se diante de provas, conflitos e encontros. Ao se deslocarem, também se transformam e essa transformação é, muitas vezes, caracterizada como uma evolução³³⁹.

A ideia de viagem, enquanto uma metáfora, serve de base argumentativa para o tema que se está a introduzir. Contudo, para que essa figura de linguagem possa servir à lógica que se pretende, faz-se necessário, antes, que se compreenda que as pessoas não se desenvolvem de modo linear, pois em cada etapa da vida, cada um supera obstáculos, adquire novos conhecimentos e entra em contato com novas pessoas e com novos recursos de leitura. Daí porque LOURO reconhece que em tempos de pós-modernidade, como os que se vive, parece necessário pensar não só em processos difusos e plurais, mas, especialmente é

³³⁶ Entrevista concedida à Rede Globo de Televisão na década de 1980, cuja íntegra está disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=y8HYvp0dqkY>> Acesso em 29 jul 2016.

³³⁷ LARROSA, Jorge. **Pedagogia Profana**: danças, piruetas e mascaradas. Trad. Alfredo Veiga-Neto. Porto Alegre: Contrabando, 1998, p. 65.

³³⁸ Idem, *ibidem*, p.65.

³³⁹ Cf. LOPES, Denílson. **O homem que amava rapazes**. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2002, p. 23 e ss.

preciso supor que “o sujeito que encara uma viagem é, ele próprio, dividido, fragmentado e cambiante”³⁴⁰.

Segundo essa autora, é possível pensar que esse sujeito também se lança numa viagem ao longo de sua vida, no qual o mais importante é o ato de andar e não o ato de chegar, pois que não há onde chegar, não há um destino pré-fixado, interessando, nessa viagem, o movimento e as mudanças que se dão ao longo do trajeto. Assim, o processo de formação e de transformação dos sujeitos, ao invés de ser linear, caracteriza-se por constantes desvios e retornos sobre si mesmo, causando arranjos e desajustes, de forma que só o movimento é capaz de garantir algum equilíbrio ao viajante³⁴¹.

CLIFFORD, em seus estudos antropológicos sobre o uso do recurso literal e metafórico da viagem, sugere que por viagem se entenda o deslocamento entre lugares relativamente distantes, supondo que tal distância se refira ao espaço e eventualmente ao tempo. No entanto, adverte que talvez se possa pensar em viagem como uma distância cultural, naquela que se representa como diferença, naquele ou naquilo que é estranho, no “outro” distanciado e longínquo³⁴². A partir dessa reflexão, a metáfora da viagem servirá para que se reflita não apenas sobre os percursos e o trânsito entre lugares, mas também para refletir sobre partidas e chegadas, sendo relevante aqui os encontros e os desencontros, eis que a viagem transforma o corpo, o caráter e também o modo de ser e de estar dos sujeitos, impingindo suas marcas para além da imagem e do tempo, chegando a afetar corpos, identidades e personalidades em dimensões aparentemente definidas e decididas desde o nascimento, ou, quase sempre, bem antes dele.

Imagine uma mulher grávida³⁴³: conforme os meses de gestação avançam aumenta também a ansiedade para se saber qual é o sexo biológico da criança. Quando este sexo é revelado aquele corpo que era

³⁴⁰ Cf. LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho**: ensaios sobre sexualidade e teoria queer. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013, p. 13.

³⁴¹ Idem, ibidem, p. 13-14.

³⁴² Cf. CLIFFORD, James. **Routes** – Travel and translation in the late twentieth century. Londres: Harvard University Press, 1997, p. 107-113. Disponível em: <http://www.columbia.edu/itc/anthropology/schildkrout/6353/client_edit/week6/week6--clifford.pdf> Acesso em 29 jul 2016.

³⁴³ Em busca do conceito do gênero, enquanto categoria de identidade dos sujeitos, a autora propõe a observação de uma situação por ela chamada de “situação fundante” da humanidade.

uma abstração adquire concretude: é um menino ou uma menina! Essa declaração também começa uma espécie de viagem, ou, nas palavras de LOURO, instala um processo que, supostamente, deve seguir um determinado rumo ou direção, eis que essa afirmação, mais do que definir, decide o futuro de um corpo³⁴⁴. Essa revelação traz consigo um conjunto de esperanças e suposições ao redor de um corpo que ainda é uma promessa fazendo com que a eficácia simbólica das palavras proferidas pelo médico esteja baseada em seu poder de gerar expectativas, que se materializarão em cores, brinquedos e projetos futuros.

BUTLER argumenta que essa asserção desencadeia um processo de “fazer” desse um corpo feminino ou masculino; um processo que é baseado em características físicas que são vistas como diferenças e às quais se atribui significados culturais. Para ela, afirma-se e reitera-se uma sequência que de muitos modos já está consagrada, a sequência sexo-gênero-sexualidade³⁴⁵. Essa, para alguns, é uma viagem tortuosa.

LOURO enfatiza que o ato de nomear o corpo acontece no interior da lógica que supõe o sexo como um dado anterior à cultura e lhe atribui um caráter de imutabilidade, de a-historicidade e de binarismo. Essa lógica, segundo ela, implica que esse dado sexo vai determinar o gênero e induzir a uma única forma de desejo, não havendo outra possibilidade, senão seguir a ordem prevista³⁴⁶.

A afirmação “é um menino ou é uma menina” inaugura uma viagem que começa por um processo de masculinização ou de feminilização com o qual o sujeito, sem saber, se compromete ao nascer³⁴⁷. Para se qualificar como um sujeito legítimo, “como um corpo que importa, o sujeito se verá obrigado a obedecer às normas que regulam sua cultura”³⁴⁸.

³⁴⁴ Cf. LOURO, G., 2013, p. 15.

³⁴⁵ Cf. BUTLER, Judith. **Corpos que pensam:** sobre os limites discursivos do sexo. In: LOURO, Guacira. O corpo educado – Pedagogias da sexualidade. Trad. Tomaz Tadeu da Sila. Belo Horizonte: Autêntica, 1999, p. 35 e ss.

³⁴⁶ Cf. LOURO, G., 2013, p. 16-17.

³⁴⁷ Para maior aprofundamento sobre o contrato de gênero ver: DURO, Renato. **Interdição de gênero:** a lei que silencia o corpo. Conpedi 2015 – Direito, Arte e Literatura. Coordenadores: André Karam Trindade, Marcelo Campos Galuppo, Astreia Soares – Florianópolis, SC. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/y861uih8/mJ7k6Liv8y6Y863N.pdf>> Acesso em 20 jul. 2016.

³⁴⁸ BUTLER, J., 1999, p. 38 e ss.

No momento do nascimento, aquele ser que até então era uma promessa, encontra uma complexa rede de desejos para seu futuro, levando-se em conta o fato de ser um menino ou uma menina, ou seja, de ser um corpo que tem uma vagina ou um pênis. BENTO registra que essas expectativas são uma viagem estruturada numa “complexa rede de pressuposições sobre comportamentos, gostos e subjetividades que acabam por antecipar o efeito que se supunha causa”³⁴⁹. Os brinquedos, as cores das roupas, inclusive os acessórios que farão parte do enxoval são comprados levando-se em conta o que seria mais apropriado para uma vagina ou um pênis.

Ocorre que não é possível afirmar que todas as crianças que nascem com uma vagina irão gostar da cor rosa ou de brinquedos que não exigem muito esforço e inteligência, ou que todas as crianças que nasçam com um pênis poderão gostar de jogar futebol ou de vestir a cor azul, pois há “corpos que escapam”³⁵⁰. Aquilo que se evoca como um dado natural, o corpo-sexuado, é resultado das normas de gênero que imperam em cada sociedade, não havendo, nesse sentido, qualquer referente natural a justificar as condutas sociais de cada sexo, já que ao nascermos encontramos as estruturas em funcionamento. BENTO afirma que o original, que somos nós, inicia a vida contaminado pela cultura³⁵¹. Assim, quando o médico/a afirma ser o bebê um menino ele não está a descrever um menino, mas sim criando um conjunto de expectativas para aquele corpo que será construído como um menino, ou seja, ele está produzindo masculinidades e feminilidades condicionadas ao órgão genital³⁵².

Apesar disso, essa viagem muitas vezes é desobedecida e subvertida. Como não está garantida e resolvida³⁵³, como não pode ser decidida e determinada num só golpe – qual seja, a palavra fundante proferida pelo médico/a – essa ordem precisará ser diuturnamente reiterada, as vezes de modo explícito, outras vezes de modo dissimulado, e mesmo que existam regras, que se tracem planos e que se criem estratégias e técnicas, haverá aqueles que rompem e desarrumam o que

³⁴⁹ Cf. BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade?** São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 35.

³⁵⁰ LOURO, Guacira Lopes. **Corpos que escapam**. Estudos feministas: volume 04. Brasília/Montreal/Paris: Labrys, 2003.

³⁵¹ Cf. BENTO, B., 2008, p. 36.

³⁵² Cf. BENTO, B., 2008, p. 36.

³⁵³ Por ser um projeto social, que como tantos está susceptível ao insucesso.

parecia estar arranjado. Essa imprevisibilidade é inerente à viagem de cada um de nós e ainda que sejam tomadas todas as precauções, não há, concretamente, como impedir que alguns se atrevam a subverter essa sequência sexo-gênero-sexualidade. Serão justamente os subversivos que se tornarão os alvos das chamadas pedagogias corretivas e das ações de recuperação ou de punição, nas lições de LOURO³⁵⁴. Para eles e elas a sociedade reservará penalidades, sanções, reformas e exclusões³⁵⁵.

Com efeito, um trabalho pedagógico violento é posto em prática de forma contínua, repetitiva e interminável, tudo com vistas a inscrever nos corpos-sexuados o gênero e a sexualidade considerados legítimos. Isso é próprio da tentativa de retornar o sujeito à direção planejada de sua viagem.

Para LOURO:

[...] O processo parece, contudo, sempre incompleto; ele demanda reiteração, é afeito a instabilidades, é permeável aos encontros e aos acidentes, Efeitos das instituições, dos discursos de das práticas, o gênero e a sexualidade guardam inconstância de tudo o que é histórico e cultural; por isso, às vezes escapam e deslizam. Faz-se necessário, então inventar práticas mais sutis para repetir o já sabido e reconduzir ao bom caminho os desviantes³⁵⁶

O trinômio sexo-gênero-sexualidade é uma constante que acompanha cada ser humano vivente. A transgressão de qualquer uma dessas condições, para além de causar problemas individualmente identificáveis nos sujeitos, acaba por desestabilizar uma estrutura social, política e jurídica que está vigente e que impõe trajetórias de vida, comportamentos e decisões a cada um de nós, fazendo com que um simples passo na direção contrária coloque o indivíduo numa teia de insegurança jurídica e social, bem como numa orbe de violência física, moral e psíquica que sempre leva à inserção desses sujeitos no rol de seres humanos de segunda categoria³⁵⁷. Isso porque ao nascer, apresenta-se

³⁵⁴ Cf. LOURO, G., 2013, p. 16.

³⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 16.

³⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 17.

³⁵⁷ Mais adiante se tratará acerca desse conceito.

uma única possibilidade de construirmos sentidos identitários para nossas sexualidades e gêneros, havendo um controle minucioso na produção e na reprodução da heterossexualidade. Como as práticas sexuais se dão na esfera do privado, será através do gênero que se tentará controlar e produzi-la.

Ocorre que a sexualidade e o gênero hegemonicamente se expressam unidos. As confusões que uma criança faz ao misturar os dois mundos do gênero (masculino e feminino) são interpretados pelo olhar punitivo das instituições – família, igreja, escola – como um indicador de uma homossexualidade latente. É nessa hora que nas lições de BENTO entra em cena o controle produtor: “isso não é coisa de menino/a!”. Segundo ela, “esse controle é produtor porque produz masculinidades e feminilidades”³⁵⁸. É esse controle que faz com que todos nós interiorizemos essas verdades como se fosse um dado natural, algo que nasce conosco e que nos faz crer que a sexualidade normal e natural é a heterossexual e que esse comportamento deve seguir a trajetória definida para o sexo e para o gênero que cada um carrega em sua atuação social. Há, pois, uma amarração no sentido de que o corpo reflete o sexo, de forma que o gênero só pode ser entendido, só adquire vida, quando fruto dessa relação, fazendo com que todas as performatividades de gênero que atravessem essa amarração sejam postas às margens, sejam consideradas anormais, psicóticas, abjetas e esquisitas.

Repousa aqui a importância de se entender como se deu a construção heteronormativa dos padrões de normalidade, pois foi a partir dessa construção que o Direito foi moldado, sobretudo no que diz respeito a positivação de direitos e à concessão de garantias aos administrados. Analisar a construção político-biológica do sexo, assim como as formas pelas quais os corpos expressam seus desejos afetivos-sexuais mostra-se de importância impar para entender-se o estabelecimento do gênero, de suas identidades e de sua expressão na sociedade pós-moderna, sendo também importante esse estudo para uma análise mais profunda sobre a redefinição do gênero nos tempos atuais, uma vez que é dessa atividade de mutação que o Direito é permeado, sobremaneira quando estar-se a estudar o surgimento de novos (ou velhos novos) atores jurídico-sociais.

Retomando a metáfora da viagem, nas linhas que se seguem tenta-se realizar um estudo acerca do trinômio sexo-sexualidade-gênero, no sentido de verificar como a construção política-social-jurídica dessas

³⁵⁸ BENTO, B., 2008, p. 42.

categorias da existência humana foi responsável pela formação da identidade de homens e mulheres, com especial destaque à sociedade europeia e nos reflexos por ela produzidos nos países fruto de sua colonização. É claro que um estudo muito mais profundo desses temas demandaria a realização de outra tese doutoral, contudo, na exposição construída a seguir, espera-se contornar todos os aspectos essenciais no tocante à construção do referido trinômio, que sejam necessários à discussão do problema da presente pesquisa, que será esmiuçado no capítulo subsequente.

2.2 A CONSTRUÇÃO DO BINARISMO SEXUAL E O DISCURSO DA INTELIGIBILIDADE DOS CORPOS PARA OS MUNDOS JURÍDICO E SOCIAL.

De acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, sexo é a “conformidade física, orgânica, celular e particular que permite distinguir o homem da mulher, atribuindo-lhes um papel específico na reprodução”. Esse conceito, pelas informações contidas, revela resquícios de um traço característico das Ciências Médicas e Biológicas dos fins do século XVII e início do século XVIII: o surgimento do dimorfismo sexual a descrever a diferença entre os corpos masculinos e femininos.

Para que se entenda o modo pelo qual a divisão sexual passou a ser uma condicionante para a vida social dos seres humanos, LAQUEUR³⁵⁹ sugere a interpretação de duas compreensões da mesma estória contada por dois médicos do século XVIII, cuja primeira consta de um livro escrito em 1749, e a segunda de outro livro do ano de 1752, ambos escritos e publicados na França³⁶⁰.

O primeiro relato, feito por um médico de nome Bruhier, narra que um jovem aristocrata, que havia sido forçado pela família a ingressar em uma ordem religiosa, chegou a uma hospedaria no interior da França e percebeu que os donos do estabelecimento estavam devastados com a morte de sua única filha. Enlutados com a morte, os pais da jovem pediram que o monge velasse o corpo durante a noite, oportunidade em

³⁵⁹ LAQUEUR, Thomas. **Inventando o Sexo** – corpo e gênero dos gregos a Freud. Trad. Vera Whately. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p. 18.

³⁶⁰ A estória narrada por laqueur foi retirada da obra “dissertation sur l'incertitude des signes de la mort, et l'abus des enterremens, & embaumemens précipités, entre as páginas 74-79.

que, com a curiosidade espicaçada pelos comentários acerca da beleza da moça, levantou a mortalha e viu que o corpo não estava desfigurado e que as feições dela ainda estavam bastante vivas. Deixando de lado a conveniência e esquecendo-se do seu voto de castidade “tomou liberdades com a morta que os sacramentos do matrimônio teriam permitido durante a vida”³⁶¹.

Envergonhado do que fizera, na manhã seguinte o monge partiu apressadamente sem esperar pelo sepultamento que, segundo conta o autor, não aconteceria, pois na hora do enterro, quando o caixão estava sendo baixado à tumba, alguém percebeu que a moça se mexia, mostrando que não havia morrido e sim entrado em estado de coma. O prazer de ter a filha viva só diminuiu quando os pais descobriram que a jovem estava grávida; sem conseguirem uma explicação para a gravidez, a enviaram para um convento logo após o nascimento da criança³⁶².

O autor dessa obra sugere que seus leitores depreendam que somente testes científicos podem provar que uma pessoa está morta, e que mesmo um contato íntimo com o corpo dá margem a erros.

Contemporâneo de Bruhier, Antoine Louis³⁶³, chegou a uma conclusão distinta, muito mais pertinente ao tema que ora estar-se a analisar. Tomando como base as evidências levantadas por Bruhier, Louis argumenta que ninguém poderia ter achado que a moça estava morta, pois, como testemunhou o monge, ela não parecia ter morrido, e segundo este último, talvez até tenha dado sinais de que estava viva, sinais esses que qualquer médico ou até mesmo um leigo do século XVIII teria esperado nessas circunstâncias³⁶⁴. Complementa, afirmando que seria extremamente improvável que a filha dos hospedeiros pudesse ter concebido a criança sem se mexer, pois segundo ele, qualquer livro médico, ou mesmo os populares registros das parteiras e dos manuais de casamento que circulavam na Europa em todas as línguas faladas no continente, davam conta de que “quando a semente frutifica no ato da

³⁶¹ LAQUEUR, T., 2001, p. 13.

³⁶² Cf. LAQUEUR, T., 2001, p. 13-14.

³⁶³ O relato de 1752 foi extraído da obra *Lettres sur la certitude de la mort, où l'on rassure les citoyens de la crainte d'être enterrés vivans*, p. 53-54.

³⁶⁴ Cf. LAQUEUR, T., 2001, p. 14.

geração dá-se ao mesmo tempo uma extraordinária excitação e deleite em todos os membros do corpo”³⁶⁵.

Com base nessa afirmação, Louis conclui que a estória contada por Bruhier era uma fraude.

Em 1836 LAQUEUR relata que essa mesma estória foi contada de novo, todavia, ligeiramente modificada. Narra que dessa vez, a realidade do estado comatoso da jovem semelhante à morte não havia sido questionada; ao contrário, sua gravidez, nessas condições, havia sido citada como um entre vários outros casos de coito com mulheres insensíveis, para provar que o orgasmo era irrelevante à concepção³⁶⁶. JACOBUS, em obra dedicada ao estudo do desejo feminino, também faz referência a essa segunda interpretação tomando como referência outro conto francês cuja passagem afirmava que um cavaliço havia feito sexo com uma moça que parecia tão morta que somente acordou muito depois de ele ter partido, deixando-a grávida. Para essa autora, a mulher não só não precisava sentir prazer para conceber, como não precisava nem ao menos estar consciente³⁶⁷.

Já nos anos finais do século das luzes, a Ciência médica e todos aqueles que nela confiavam, deixaram de considerar o orgasmo feminino relevante para o ato da geração. A concepção, poderia ocorrer secretamente, sem os chamados tremores ou sinais de excitação; o orgasmo, antes um sinal do processo de geração, profundamente arraigado nos corpos do homem e da mulher foi relegado ao reino da mera sensação, à periferia da fisiologia humana – acidental, dispensável, um bônus contingente do ato da reprodução³⁶⁸.

É importante registrar que essa reorientação acerca do funcionamento sexual dos corpos estendia-se tanto ao homem quando à mulher, contudo, não se tem notícia de obras e escritos que tenham sustentado a ideia de que os prazeres e as paixões masculinas não

³⁶⁵ Essa citação foi retirada de outra obra, da qual se teve acesso a alguns capítulos. Trata-se de obra traduzida do Francês para o Inglês. VENETTE, Nicholas. **Conjugal love**; or the pleasures of the marriage bed considered in several lectures on human generation. 20. ed. Londres: Journal of European Studies, 1984, p. 233-255.

³⁶⁶ Cf. LAQUEUR, T., 2001, p. 15.

³⁶⁷ Cf. JACOBUS, Mary. **In parenthesis**: Immaculate conception and feminine desire. In.: *Body/Politics: Women and the discourses of Science*. Londres: Routledge, 1990, p. 11-28.

³⁶⁸ Cf. LAQUEUR, T., 2001, p. 15.

existissem ou mesmo que o orgasmo não acompanhasse a ejaculação durante a relação sexual³⁶⁹. Às mulheres, partindo-se da pseudo-descoberta dos seus prazeres, sobraram a passividade e falta de paixão e a alegada independência da concepção em relação ao prazer criou um espaço no qual “a natureza sexual da mulher podia ser definida, debatida, negada ou qualificada; e assim seguiram-se as coisas indefinidamente”³⁷⁰.

É no final do século XVIII que essa impropriedade acerca dos sentimentos e desejos sexuais das mulheres torna-se um verdadeiro marco biológico da diferença sexual. Mas essa nova aceção pode ser considerada apenas mais uma forma de interpretação do corpo feminino em relação ao masculino, pois durante milhares de anos acreditou-se que as mulheres tinham a mesma genitália que os homens, com a diferença de que a delas ficaria dentro do corpo e não do lado de fora, fazendo com que a mulher fosse vista fisiologicamente como um homem invertido que carregava dentro de si tudo que o homem trazia exposto³⁷¹.

Durante quase dois milênios, o ovário, que no início do século XIX se tornou um atributo específico da mulher, não tinha nem ao menos um nome específico. BENTO aduz que há escritos dos primeiros séculos depois do nascimento de Cristo nos quais usava-se a mesma palavra para descrever os ovários e os testículos masculinos (*orcheis*), deixando que o contexto esclarecesse o sexo ao qual se referia³⁷². STADEN, referindo-se a essa constatação, registra que na Grécia antiga, Herófilo denominara os ovários de *didymoi* (gêmeos), outra palavra padrão grega para testículos, e que sendo esse grego tão preso ao modelo mulher-como-homem, achava que as trompas de Falópio (*Fallopilus*) ligavam-se no pescoço da bexiga, como ocorre com os canais ejaculatórios do homem³⁷³.

Mas, em fins do século XVIII a natureza sexual humana mudou³⁷⁴. Por volta de 1800, segundo FOUCALT, os escritores determinaram-se a construir o que insistiam ser as diferenças fundamentais entre os sexos por meio de distinções biológicas constatáveis, expressando-as em uma

³⁶⁹ Idem, ibidem, p. 15-16.

³⁷⁰ Idem, ibidem, p. 15.

³⁷¹ Cf. LAQUEUR, T., 2001, p. 15 e ss.

³⁷² Cf. BENTO, B., 2008, p. 26.

³⁷³ Cf. STADEN, Heinrich von. *Herophilus: The art of Medicine in early Alexandria*. Cambridge: University Press, 1989, p. 168-186. Disponível em: <<http://docuk.download/topdf/herophilus-the-art-of-medicine-in-early-alexandria-by-heinrich-von-staden.pdf>> Acesso em 02 ago 2016.

³⁷⁴ Essa afirmação refere-se ao pensamento europeu pós iluminista.

retórica radicalmente diferente³⁷⁵. Em 1803, por exemplo, MOREAU, que é considerado o pai da Antropologia Moral, argumentou que não só os sexos eram diferentes, como também o eram todos os aspectos concebíveis em relação ao corpo e a alma, ou seja, em relação a todo aspecto físico e moral. Para ele, a relação da mulher para o homem é “uma série de oposições e contrastes”³⁷⁶.

Dessa forma, o modelo pelo qual homens e mulheres eram classificados conforme seu grau de perfeição metafísica (gregos) e seu calor vital (europeus pré-iluministas), ao longo de um eixo cuja causa final sempre era masculina, deu lugar a um *novel* modelo, chamado de dimorfismo, baseado na divergência biológica, mistificando a existência de dois sexos estáveis, incomensuráveis e opostos, o que revelou outro aspecto do significado da diferença sexual, o de que a vida política, econômica e cultural dos homens e das mulheres seriam baseados nessa concepção.

A busca em evidenciar a existência de dois sexos distintos partindo-se de diferenças anatômicas e biológicas concretas entre homens e mulheres somente foi posta em prática quando essas diferenças se tornaram politicamente importantes. Só em 1759, por exemplo, é que alguém se importou em reproduzir um esqueleto feminino de forma detalhada, no sentido de ilustrar as diferenças entre os corpos; até essa época havia uma estrutura básica anatômica do corpo humano, e essa estrutura era essencialmente masculina³⁷⁷.

Quando essas diferenças foram descobertas pela ciência, elas já eram, na forma como apresentadas, profundamente marcadas pela política de poder do gênero. Ocorre que essas novas formas de interpretar o corpo não foram uma consequência de um maior desenvolvimento das Ciências médicas. Segundo LAQUEUR, elas resultaram de dois grandes desenvolvimentos distintos analíticos, mas não históricos: um epistemológico e o outro político:

³⁷⁵ Cf. FOUCALT, Michel. **História da sexualidade**. A vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 2008. Vol. 1, p. 34 ess.

³⁷⁶ MOREAU, Jacques-Louis. **Histoire naturelle de la femme**. Vol 1. (Paris, 1803), p. 15. Disponível em <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k42702w/f3.item.zoom>> Acesso em 02 ago 2016.

³⁷⁷ Cf. LAQUEUR, T., 2001, p. 22.

[...] No final do século XVII, em certos contextos específicos, o corpo não era mais visto como um microcosmo de uma ordem maior, na qual cada partícula da natureza é posicionada dentro de várias camadas de significação. A ciência não mais gerava hierarquias de analogias, as semelhanças levavam o mundo inteiro a tentativas científicas criando um corpo de conhecimento ao mesmo tempo infinito e extremamente pobre. O sexo do Iluminismo, como fundamento biológico do que é ser masculino e feminino, foi tornado possível por essa mudança epistêmica³⁷⁸.

Mas, como assevera esse autor, a epistemologia sozinha não produziu o dimorfismo. Isso ocorreu em circunstâncias políticas:

[...] A política, amplamente compreendida como competição de poder, criou novas formas de constituir o sujeito e as realidades sociais dentro das quais o homem vivia. Falar em tom sério sobre sexualidade era, inevitavelmente, falar sobre a ordem social que ela representava e legitimava³⁷⁹.

As mudanças sociais e políticas não foram, por si sós, fundamentos para a reinterpretação dos corpos:

A ascensão da religião evangélica, a teoria política do Iluminismo, o desenvolvimento de novos tipos de espaços públicos no século XVIII, as ideias de Locke de casamento como um contrato, as possibilidades cataclísmicas de mudança social elaboradas pela Revolução Francesa, o conservadorismo pós-revolucionário, o feminismo pós-revolucionário, o sistema de fábricas com sua reestruturação da divisão sexual do trabalho, o surgimento de uma organização de livre mercado de serviços ou produtos, o nascimento das classes, separadamente ou em conjunto – nada disso causou a construção de um novo corpo sexuado. A

³⁷⁸ Idem, *ibidem*, p. 22.

³⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 22.

reconstrução do corpo foi, por si só, intrínseca a cada um desses desenvolvimentos³⁸⁰.

A diferença sexual entre homens e mulheres representou a mola propulsora para o desenvolvimento do trinômio sexo-sexualidade-gênero, isso porque a importância dessa diferença para todos os setores da vida social somente teria fundamento dentro dum contexto de luta sobre gênero e poder (exercício da sexualidade heterossexual). A criação de uma esfera pública pela burguesia francesa, por exemplo, levantou com violência a questão da diferença sexual, questionando quem deveria ocupar esse espaço legitimamente; a resposta, é claro, foi baseada no discurso biológico. Os que se opunham ao crescente poder civil reivindicado pelas mulheres baseavam seus discursos em aspectos psíquico-físicos, argumentando que os corpos femininos não eram adequados aos espaços quiméricos que a revolução abriria. O sexo foi o discurso que legitimaria a colocação da sexualidade heterossexual como normal, assim como foi o responsável por estabelecer os papéis a serem desempenhados por homens e mulheres na sociedade numa escala de hierarquia, tendo influenciado toda a cultura jurídica ocidental no tocante à determinação de quem e quais seriam os sujeitos com cidadania plena e quem e quais seriam os sujeitos com cidadania precária (ou uma não cidadania), nas palavras de BENTO³⁸¹.

O sexo, então, enquanto referente biológico que diferencia os corpos, foi o primeiro responsável pela concessão de inteligibilidade aos seres humanos, na medida em que cada pessoa só adquiriria representatividade na sociedade a partir dessa definição. O binarismo sexual produto da formatação Iluminista somado às questões de reprodução (que emergiam numa Europa devastada por pestes e doenças ainda sem cura) estabeleceu as relações de dominação de um sexo sobre outro e toda estrutura de relações sociais montada a partir dessa relação.

³⁸⁰ Idem, *ibidem*, p. 22-23.

³⁸¹ Cf. BENTO, Berenice Alves de Melo. **A (re)invenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond/Clam, 2006, p. 12 e ss.

2.3 A SEXUALIDADE HUMANA ENQUANTO CONSTRUÇÃO SOCIAL: A DICOTOMIA HOMO E HÉTERO.

Diferentemente do que se abordou acerca do sexo biológico, a orientação sexual guarda ligação com o desejo afetivo e sexual desempenhado por uma pessoa, em relação aos seus parceiros sexuais. Trata-se de um referente que determina por qual sexo ou por quais sexos determinada pessoa sente-se atraída afetiva e sexualmente.

A sexualidade ganhou contornos amplos na sociedade europeia e nas sociedades formadas por meio de suas concepções de vida, podendo ser abordada em relação à família, ao parentesco, ao casamento; ou como uma ameaça à ordem social – quando desvirtuada do padrão de normalidade –; como constitutiva da subjetividade dos corpos ou da identidade individual e social; ainda como representação, como desejo, como problema biológico ou genético, político e moral ou, mais direta e simplesmente, como atividade sexual. Repousa aí a importância de estudar esse referente da esfera social.

Como dito anteriormente, a superação do isomorfismo e o estabelecimento de diferenças biológicas entre humanos machos e fêmeas somente foi importante quando tais diferenças se tornaram politicamente relevantes. Mas, foi a sexualidade dos corpos que nos dois últimos séculos tornou-se objeto privilegiado do olhar de cientistas, religiosos, psiquiatras, antropólogos, educadores etc., passando a se constituir, efetivamente, numa questão. Com base nas mais diversas perspectivas, a sexualidade vem sendo descrita, compreendida, explicada, regulada, educada e normatizada, funcionando como alvo de vigilância e controle, com a particular referência de que nos dias atuais se ampliaram e diversificaram as formas de sua regulação, multiplicando-se as instâncias e as instituições que se autorizam a descrever e ditar suas normas, a definir os padrões de normalidade e a delimitar os saberes e as práticas pertinentes, adequadas ou reprováveis.

A sexualidade sempre esteve aliada à demarcação das posições de poder durante a formação das sociedades mais primitivas até a formação e perpetuação das sociedades modernas, motivo pelo qual o tema sempre foi tratado como algo intocável e indelével. De fato, relegados durante muitos anos a ocupar um estatuto marginal no plano das Ciências, notadamente das Ciências Sociais, os estudos empíricos sobre a sexualidade se multiplicaram de forma significativa somente com a descoberta do HIV/AIDS a partir da década de 80 do século passado, os quais foram concebidos no interesse da medicina preventiva, focalizando,

principalmente, o comportamento sexual e as práticas sexuais, sendo estas geralmente delimitadas pela noção de risco no sentido epidemiológico do termo³⁸².

As Ciências Médicas, de um lado, chamaram a atenção para alguns aspectos contemporâneos da sexualidade, mas por outro contribuíram para que a sexualidade terminasse por ser associada frequentemente à sua dimensão comportamental, reforçando uma concepção biologizante e naturalizada que foi responsável pela manutenção dos chamados padrões de normalidade no exercício do desejo humano, configurados sobre a bandeira da heterossexualidade. As abordagens que foram construídas no campo das Ciências Sociais, de outro lado, em contraposição ao discurso medicalizante, trouxeram à tona um problema original ou um ponto de partida relevante: a dificuldade de se obter uma visão unívoca da sexualidade. Isso pode ser atribuído, seja ao fato de que a sexualidade serve, frequentemente, como razão ou justificativa para legitimar realidades das quais os fundamentos não decorrem de sua ordem, seja ao fato de que ela pode ser abordada de diferentes ângulos e que sua delimitação ou conceituação depende e pode variar de acordo com os esquemas conceituais utilizados.

Com exceção da Antropologia, que tomou a sexualidade como forma de pensar o social e a sociedade, as formas de pensamento que se ocuparam em analisar mais de perto esse tema foram aquelas de caráter eminentemente ético ou normativo/terapêutico. LOYOLA adverte que a Medicina, por exemplo, ocupou-se da sexualidade muito mais com objetivos normativos do que terapêuticos propriamente, na medida em que transformou suas concepções em postulados científicos, principalmente através da obra de Kraft-Ebing³⁸³, uma série de interditos

³⁸² Cf. LOYOLA, Maria Andréia. **A sexualidade nas Ciências Humanas**. Rio de Janeiro> EdUERJ, 1998, p. 11 e ss.

³⁸³ Escrita na segunda metade do século XIX, a *Psychopathia Sexualis* de Richard Krafft-Ebing participa de um movimento histórico-cultural que institui o olhar e a autoridade médica como referências necessárias para se deliberar quanto à legitimidade dos diferentes comportamentos sexuais humanos. Suas incidências se estendem mesmo sobre o campo legal e jurídico. Obra que sintetiza e aprofunda os estudos da sexologia de seu tempo, *Psychopathia Sexualis* introduz uma delimitação do campo das perversões sexuais, uma nomenclatura - que inclui termos que seriam posteriormente consagrados como sadismo, masoquismo e fetichismo, e um rigor classificatório que a tornarão uma referência incontornável para todos os estudos posteriores nesse campo, incluindo a obra freudiana.

e normas sexuais³⁸⁴ que foram herdadas do Cristianismo, segundo a qual o erotismo deveria ser regulado pela exigência de reprodução da espécie e dos ideais de amor a Deus e à família³⁸⁵.

Foi na Medicina que a sexualidade terminou por, ao lado do sexo, ser unificada como instituto biológico voltado para a reprodução da espécie, o que fez com que todos os demais atributos ligados ao erotismo e ao desejo, desde sempre tidos como sexuais, passassem a ser submetidos a essa exigência primordial. Assim, a sexualidade foi identificada com a genitalidade e com a heterossexualidade e, mesmo a Psicanálise, que mais tarde romperia com essa tradição que colocava a sexualidade não-reprodutiva no capítulo das perversões, não escapou dessa concepção, sendo possível encontra-la em Freud como um pressuposto e um *a priori* a partir do qual a sexualidade seria entendida desde então³⁸⁶. É dessa forma que a relação entre sexualidade e reprodução permaneceu como um problema para todas as disciplinas que desejassem pensá-la.

A naturalização da sexualidade a partir dessa concepção reprodutiva, que a manteve ligada à ideia de continuação da espécie, foi a responsável pela criação dos padrões de anormalidade no tocante ao exercício do desejo humano: se a sexualidade dos corpos tem como objetivo a reprodução, e essa reprodução somente se dava tendo como pressuposto a diversidade de sexos, todas as possibilidades que fugissem a esse padrão foram consideradas abjetas, impuras e impróprias, o que refletiu diretamente na concepção jurídica e social de que a heterossexualidade era a única e possível orientação sexual destinada a homens e mulheres. O desejo sexual fora desse padrão representou e ainda hoje representa em alguns países um comportamento reprovável cuja reprimenda, para além de castigos corporais, pode levar à morte sumária dos desviantes³⁸⁷, e em tantos outros que se dizem democráticos, esse

³⁸⁴ Para maior esclarecimento sobre esse tema, sugere-se a leitura da seguinte obra: PEREIRA, Mário Eduardo Costa. **Krafft-Ebing, a Psychopathia Sexualis e a criação da noção médica de sadismo**. Rev. latinoam. psicopatol. fundam., São Paulo, v. 12, n.2, p. 379-386, June 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-47142009000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 03 Aug. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S1415-47142009000200011>.

³⁸⁵ Cf. LOYOLA, 1998, p. 11.

³⁸⁶ Cf. LOYOLA, M., 1998, p. 12.

³⁸⁷ Atualmente, existem 76 países hostis com a homossexualidade no mundo. A maioria deles encontram-se na África e no Oriente Médio – embora existam

comportamento sexual representa uma série de restrições fundamentais aos direitos inerentes à personalidade jurídica individual.

países aplicando leis homofóbicas em quase todos os continentes (a única exceção é a Europa). As penas contra homossexuais homens e mulheres são as mais variadas e incluem desde multas até execuções brutais por apedrejamento ou enforcamento. Por exemplo, nas Ilhas Maldivas, os castigos para homens homossexuais são o exílio e as chicotadas; para as mulheres o castigo é a prisão domiciliar. Essas ilhas seguem a lei da Shiria, onde o sexo entre homens é proibido. Na Tanzânia homens que praticarem atos sexuais entre si, ainda que consensualmente, podem ser sentenciados a uma pena mínima de 30 anos de prisão. Já as mulheres, podem ser condenadas a 5 anos de prisão, além de pagar uma multa de 500 mil Shillings (cerca de R\$ 735) no estado semiautônomo de Zanzibar. No resto do país, no entanto, não existem leis específicas criminalizando relações sexuais entre mulheres. No Qatar, a pena para homens que praticarem sexo entre si é de 7 anos caso não sejam muçulmanos, para os quais se aplica a lei da Sharia. Segundo a Sharia, um homem que praticar sexo anal com outro homem ou com uma mulher deve ser punido com a morte. No entanto, a lei costuma depender da interpretação do governo e dos juízes, os quais podem considerar como pena “somente” chibatadas. As pequenas ilhas caribenhas de São Cristóvão e Neves não são exatamente um paraíso tropical, principalmente se você for gay. As leis do país descrevem penas de até 10 anos, que podem ser estendidas a trabalhos forçados, para quem cometer “o abominável crime da sodomia”, ainda que consensual. O menor país insular do mundo, a Ilha Nauru, também é um dos menores quando o assunto é tolerância. O país pune homens que praticarem sexo anal com penas que variam de 7 a 14 anos de trabalhos forçados. Para outros atos sexuais, a pena é de 3 anos de trabalhos forçados. A lei ainda descreve os trabalhos como “árduos” e coloca a homossexualidade como algo que vai “contra a natureza”. As penas para homossexuais na Nigéria variam de acordo com o estado. Pelo menos 12 estados da parte norte do país adotam as leis descritas na Sharia, e, portanto, condenam relações homossexuais com a morte para homens e chicotadas para as mulheres. Nos outros estados, as penas são detenção que varia de 3 a 14 anos. Assim como em Nauru, a legislação nigeriana refere-se às relações homossexuais como atos “contra a ordem da natureza”. Além das condenações para atos sexuais, desde janeiro de 2016 são proibidos clubes, boates e qualquer outro tipo de aglomerações sexuais exclusivas para gays. De acordo com a seção 148 do código penal sudanês, a sodomia consiste em “inserir o pênis ou algo equivalente no ânus de uma mulher ou homem”. A pena para o ato é de 100 chibatadas e prisão por 5 anos na primeira e segunda ocorrência. Caso haja uma terceira ocorrência, o juiz pode determinar a prisão perpétua ou a execução do suspeito. A lei ainda prevê que a pessoa que autorizar a inserção do objeto ou órgão sexual em seu ânus também seja punida da mesma forma que a pessoa que executou o ato.

GARCÍA registra que a sexualidade sempre foi vista como o último reduto da natureza no ser humano, sendo assim concebida como energia, impulso, verdade íntima e sentimento que funciona (am) como limite, como fronteira, como substrato ou fundamento último da identidade social dos seres humanos. Assim, ao enquadrar a sexualidade dentro da normativa das Ciências Naturais, a Medicina desempenhou um papel de legitimadora da ordem social, fazendo com que essa naturalização do comportamento sexual heterossexual como sendo algo inato respondesse a um dos dispositivos discursivos mais amplamente utilizados nos discursos modernos e contemporâneos³⁸⁸. Para ele, a construção social da sexualidade parte justamente da tentativa de naturalizar os padrões de comportamento e de desejo. Se por um lado, a sexualidade é o mais animal e próximo à ordem natural que há no ser humano (devendo, portanto, ser controlada para que se mantenha a ordem social, que de outra forma se veria em perigo), de outro, a natureza se introduzirá como elemento na argumentação, com a função de ligar a sexualidade à reprodução como sua única forma legítima.

A sexualidade dos corpos deixou de lado seu aspecto natural para inserir-se no campo da construção social³⁸⁹, visto que sua regulação e vigilância pelas instituições passou a dimensionar o comportamento de homens e mulheres, influenciando, inclusive, as relações de gênero.

Assim, a sexualidade não é algo “dado” pela natureza e entendê-la implica compreender os rituais, linguagens, fantasias, representações, símbolos, convenções, ou seja, entender os processos profundamente culturais e plurais que a constituem³⁹⁰. Nessa perspectiva, duas concepções ajudaram os estudiosos das Ciências Sociais a levarem a cabo a ideia de que a sexualidade deveria ser encarada como um espaço socialmente construído.

A primeira concepção pode ser capturada da Psicanálise, pois foi essa ciência que efetuou o primeiro gesto de ruptura com o aspecto

³⁸⁸ Cf. GARCÍA, David Córdoba. **Teoría Queer**: Reflexiones sobre sexo, sexualidad y identidad. Hacia una politización de la sexualidad. In.: *Teoría Queer: políticas bolleras, maricas, trans, mestizas*. 2. ed. Daví Córdoma, Javier Sáez y Paco Vidarte (org.). Barcelona: Editorial EGALES, 2005, p. 24-25.

³⁸⁹ Cf. FOUCAULT, M., 2008, p. 59 e ss.

³⁹⁰ WOLFF, Cristina Scheibe; SALDANHA, Rafael Araújo. **Gênero, sexo, sexualidades**: categorias do debate contemporâneo. *Revista Retratos da Escola*, Brasília, v. 9, n. 16, p. 29-46, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.esforce.org.br>>. Acesso em 16 mar. 2017.

naturalista da sexualidade³⁹¹. Não há dúvidas de que, sobretudo na obra de Freud, esta ruptura teve um caráter oscilante e ambivalente. GARCÍA adverte que nem sempre se exploraram todas as consequências de algumas teses que a Psicanálise foi criando nesse terreno e, em muitas ocasiões, frente à abertura de vias a uma conceitualização da sexualidade radicalmente distinta desse modelo de naturalização, Freud retornou a posições que contradiziam sua própria tese³⁹².

Para o autor, quiçá o Freud mais citado em relação aos estudos sobre a sexualidade e o que dá a chave da tensão entre uma aproximação biologizante da sexualidade e sua nova concepção social, seja o autor dos “Três ensaios de teoria da sexualidade”³⁹³, obra escrita no início do século XX. A posição naturalizadora se reforça com a publicação desse livro, assim como com o advento de outros escritos da época, com a particularidade de que em tais textos se efetuaría uma relação com a sexualidade infantil³⁹⁴.

LAPLANCHE e PONTALIS apontam que o descobrimento de uma sexualidade infantil ativa fez com que Freud abandonasse a teoria da sedução que supunha a inexistência de um estado de inocência pré-sexual infantil³⁹⁵. Ante a evidência da existência de atividade sexual de crianças, Freud se decanta em direção a uma posição naturalizadora da sexualidade, que se desenvolveria de forma endógena seguindo estágios evolutivos em direção ao próprio fim:

[...] a vida sexual normal do adulto, na qual a obtenção de prazer fica a serviço da função

³⁹¹ Cf. GARCÍA, D., 2005, p. 27.

³⁹² Idem, ibidem, p. 27.

³⁹³ FREUD, Sigmund. **Três ensaios de teoria da sexualidade**. Trad. Paulo Dias Correa. Rio de Janeiro, Imago, 2002.

³⁹⁴ Cf. AMARAL, Mônica Guimarães Teixeira do. **Os três ensaios sobre a teoria da sexualidade**: um texto perdido em suas sucessivas edições? *Psicologia USP*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 63-84, jan. 1995. ISSN 1678-5177. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/psicousp/article/view/34521/37259>>. Acesso em: 04 aug. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.1590/S1678-51771995000200004>.

³⁹⁵ Cf. LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean-Bertrand. **Fantasia originaria, fantasías de los orígenes, origen de la fantasía**. Trad. Stella Abreu. Buenos Aires: Gedisa Editorial, 1985, p. 29-30. Disponível em: <<http://documents.mx/documents/fantasia-originaria-fantasia-de-los-origenes-origenes-de-la-fantasia.html>> Acesso em 04 ago 2016.

reprodutora, e as pulsões parciais, sob o primado de uma única zona erógena, formam uma organização sólida para a consecução do alvo sexual num objeto sexual alheio³⁹⁶.

Em resumo, a natureza sexual anterior à repressão social (infantil) teria em si mesma o código de seu próprio desenvolvimento normal em direção a um modelo heterossexual, genital e reprodutivo:

[...] Parece certo que o recém-nascido traz consigo germes de moções sexuais que continuam a se desenvolver por algum tempo, mas depois sofrem uma supressão progressiva, a qual, por sua vez, pode ser rompida por avanços regulares do desenvolvimento sexual ou suspensa pelas peculiaridades individuais³⁹⁷.

Mas, nessa mesma obra, e com relação às perversões sexuais, é possível verificar-se outra forma de aproximação à sexualidade. A partir da análise desses comportamentos, a normalidade sexual vai definir-se em relação a suas variações, perdendo seu caráter natural, devendo então serem explicados não só os processos psíquicos que conduziam a elas, mas também os processos psíquicos que estão ao seu redor. A evolução em direção uma sexualidade organizada em torno da genitalidade, na qual o objeto sexual é uma pessoa do sexo contrário e que tem como fim a reprodução, não estaria assegurada de antemão, pois suporia uma série de desvios e deslocamentos dos impulsos sexuais, devendo então ser assegurada pela intervenção social sobre o indivíduo³⁹⁸. É nesse sentido que se produziu na teoria freudiana sobre a sexualidade, um deslizamento constante entre o normal e o normativo.

LAPLANCHE e PONTALIS, todavia, afirmam que é possível dar um passo a mais e asseverar que a sexualidade para Freud é essencialmente perversa, uma vez que os impulsos corporais se transformam em sexuais desde o momento em que aqueles se separam das funções ou necessidades biológicas, que em princípio os

³⁹⁶ FREUD, S., 2002, p. 41-42.

³⁹⁷ Idem, *ibidem*, p. 43.

³⁹⁸ Idem, *ibidem*, p. 44-46.

sustentavam³⁹⁹ (por exemplo, somente quando a criança separa o prazer que disfruta ao mamar o peito da mãe da função alimentícia que este cumpre, e considera e busca esse prazer em si mesmo, para além da necessidade provocada pela fome, pode-se falar de sexualidade ou de impulso sexual)⁴⁰⁰. No mesmo sentido, somente quando se separa da função reprodutiva ou quando se vái mais além dela é que estar-se diante de elementos que podem se definir como sexuais⁴⁰¹. Portanto, se a perversão é definida por Freud como a sexualidade não orientada em direção à reprodução, pode-se concluir que toda sexualidade é de fato perversa.

A distinção que Freud faz entre instinto e impulso é o índice que marca esse distanciamento radical a respeito das posições naturalistas e biologicistas da sexualidade. O impulso sexual do ser humano está marcado por essa indeterminação em relação ao fim e ao objeto, diferentemente dos instintos próprios dos animais, nos quais subjaz um código preciso de desenvolvimento. O impulso sexual é o produto desse distanciamento da sexualidade humana em relação a toda função biológica, “é a marca de um fato: a sexualidade é um afastamento dessa função, sendo o impulso a perversão do instinto⁴⁰².”

Dentro dessa primeira perspectiva, há autores como LACAN⁴⁰³, que propõem deslocar a sexualidade de sua “origem natural”,

³⁹⁹ Cf. LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean-Bertrand. **Diccionario de psicoanálisis**. Trad. Daniel Laga. 6. ed. Buenos Aires: Paídos, 2004, p. 57.

⁴⁰⁰ Freud analisa o fenômeno do “mamar” como deslocamento do impulso sexual em direção a um órgão (tal qual o dedo) ou um objeto (a chupeta), uma vez que o impulso sexual foi desligado do peito materno e de sua função alimentícia. Para melhor compreensão ver: SANTOS, Natália De Toni Guimarães dos; FORTES, Isabel. **Algumas considerações sobre o campo do biológico em Freud, Laplanche e Lacan**. *Psicol. clin.*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, p. 131-149, Junho de 2013. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652013000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 16 Mar. 2017.

⁴⁰¹ O instinto sexual do homem não tem como fim a reprodução, mas sim determinadas formas de consecução do prazer. Para melhor compreensão ver: freud, 1908.

⁴⁰² Cf. LAPLANCHE, J., e PONTALIS, J., 2004, p. 58.

⁴⁰³ “Lacan - diferentemente dos psicanalistas pós-freudianos orientados pela suposta primazia das relações mãe-bebê - esclareceu esta tese afirmando que a constituição do sujeito do inconsciente se deve aos efeitos do campo da fala e da linguagem. Em seu primeiro ensino afirmou a primazia do simbólico (linguagem)

conduzindo-a a outra ordem, a do significante. Nesse sentido, o impulso seria uma formação, uma montagem que se produz no momento em que o instinto e a necessidade gerados se veem presos a uma rede simbólica. Num primeiro movimento, a necessidade instintiva se vê presa na rede que a origina, de forma que o objeto que a satisfaz passa a funcionar como signo do amor do outo (inicialmente a mãe). Num segundo momento, com a entrada do sujeito na ordem simbólica, por intermédio da lei paterna, a separação da mãe introduz o sujeito no circuito do desejo, caracterizado pela perda original e pela impossibilidade da reincorporação do objeto (definindo-se assim o desejo pela impossibilidade de sua satisfação). O impulso aparece, então, como a possibilidade e a necessidade de um gozo nessa própria impossibilidade de satisfação, nesse movimento circular de repetição pelo qual a satisfação do desejo é constitutivamente impossível⁴⁰⁴.

A segunda concepção foi delineada por FOUCAULT. Em sua obra “A vontade de saber”, esse autor expõe a sexualidade humana como um dispositivo normativo, apontando seus efeitos no campo do saber. Basicamente, sua contribuição abriu espaço para interrogar a sexualidade em sua historicidade e em sua contingência como dispositivo histórico próprio da modernidade ocidental.

O argumento central da obra foucaulteana é a tese de que a sexualidade é uma construção social, como afirmou-se anteriormente. E

sobre os outros registros, isto é, imaginário (corpo/mundo) e real (pulsões). É a ordem simbólica que nos faz homens, isto é, só podemos sê-lo alienados por meio dela, inseridos nela. Este ponto de vista será muito mais tarde substituído pela tese da autonomia dos registros. Lacan adotará uma perspectiva que privilegia o modo singular como se estabelece o enodamento entre eles. A nova perspectiva nos permite escapar à universalização do modo neurótico de enodamento dos registros que dirige seu primeiro ensino e que fundava-se no pressuposto da supremacia da função do Nome-do-Pai. Este último foi definido como o operador simbólico que, ao se impor ao imaginário e ao real, engendraria o desejo inconsciente submetido ao recalçamento e o sintoma como formação de compromisso ou retorno do recalçado. A psicose resultaria da forclusão do Nome-do-Pai, que deixa o inconsciente a céu aberto”. SANTOS, Tânia Coelho dos. **A dimensão real da desinserção na ordem simbólica**. Revista *aSEPHallus*, Rio de Janeiro, vol. VI, n. 11, nov. 2010 / abr. 2011. Disponível em: <www.nucleosephora.com/asephallus> Acesso em 10 ago 2016.

⁴⁰⁴ Cf. LACAN, Jaques. **Seminário XI**. Los cuatro conceptos fundamentales del psicoanálisis. Editorial Paidós. Buenos Aires, 2006, p. 169.

se a Psicanálise se aproximou dessa afirmação ao reconhecer que a sexualidade se constitui na medida em que as pulsões sexuais devem atravessar o campo do simbólico, inscrevendo-se e sublimando-se nas instituições para ter existência, (portanto reconhecendo que não há sexualidade natural prévia a este processo de repressão e deslocamento que está necessariamente inscrito nas formas historicamente concretas de cada sociedade), a tese de Foucault radicaliza o princípio construcionista⁴⁰⁵ ao uni-lo a uma nova concepção de poder.

Da leitura da obra de FOUCAULT depreende-se que sua intervenção se inscreve em um campo discursivo-teórico marcado pelo Marxismo e pela Psicanálise, e é com relação a esse marco e em diálogo com ele que se projeta sua tese de reconceitualização do poder⁴⁰⁶. A teoria do poder como produção de corpos e sujeitos que esse autor começa a desenvolver em “Vigiar e Punir”⁴⁰⁷, mais tarde aprofundada em “A

⁴⁰⁵ O Construtivismo parte do princípio de que as relações sociais são construídas ao longo do tempo pelas interações humanas. Foucault enfoca a sexualidade a partir de um olhar histórico como dispositivo de produção de subjetividade que atua por meio da incitação dos discursos de controle do corpo e dos seus prazeres. Para ele os significados que atribuímos à sexualidade e ao corpo são socialmente organizados e historicamente modelados no interior de relações definidas de poder. Para VANCE a abordagem construtivista da sexualidade tem como objetivo examinar seus significados subjetivos, a esfera do comportamento e da ideologia, além de analisar o corpo, suas funções e sensações como potenciais (e limites) incorporados e mediados pela cultura. Nessa abordagem, a força universal imperiosa do impulso sexual, a importância da sexualidade na vida humana, o status universalmente privado do comportamento sexual ou sua natureza essencialmente reprodutiva são apresentados como hipóteses e como pressupostos a priori. VANCE, Carole. **A antropologia redescobre a sexualidade**. Um comentário teórico. Phisys: Revista de Saúde Coletiva, v. 5, n. 1, pp. 7-31, 1995.

⁴⁰⁶ Há autores que não consideram ter o marxismo influenciado no discurso teórico de Foucault. Todavia, adotou-se essa aceção tendo em vista que o próprio Foucault faz referência à obra de Marx quando da análise sobre a divisão do trabalho e seus reflexos na concepção de poder.

⁴⁰⁷ Talvez *Vigiar e Punir* seja o livro no qual está mais evidente a grande influência de Karl Marx em sua obra. Foucault faz referência, inúmeras vezes, à obra de Marx, como por exemplo quando registra a analogia entre os problemas de divisão do trabalho e os de tática militar. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramalhe. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 275.

vontade de saber”, tem sua origem, em grande medida no segundo livro da obra “O Capital”, de Karl Marx, tal como o próprio Foucault assinala⁴⁰⁸. Segundo GARCÍA, o que FOUCAULT introduz e reforça a respeito dessas posições “é uma concepção dialógica pela qual os espaços de resistência tomam uma importância maior, e na qual as instâncias únicas do poder se dissolvem em uma rede muito mais complexa de relações”⁴⁰⁹.

O poder para FOUCAULT não é uma propriedade que se verifica a partir de uma única instância, que se impõe em um sentido único de cima para baixo, de dominadores a dominados:

[...] Deve-se, ao contrário, supor que as correlações de força múltiplas que se formam e atuam nos aparelhos de produção, nas famílias, nos grupos restritos e instituições, servem de suporte a amplos efeitos de clivagem que atravessam o conjunto do corpo social. Esses formam, então, uma linha de força geral que atravessa os afrontamentos locais e os liga entre si; evidentemente, em troca, procedem a redistribuições, alinhamentos, homogeneizações, arranjos de série, convergências desses afrontamentos locais. As grandes dominações são efeitos hegemônicos continuamente sustentados pela intensidade de todos estes afrontamentos⁴¹⁰.

As relações de poder, para FOUCAULT:

[...] não se encontram em posição de exterioridade com respeito a outros tipos de relações (processos econômicos, relações de conhecimentos, relações sexuais), mas lhes são imanentes; são os efeitos imediatos das partilhas, desigualdade e desequilíbrios que se produzem nas mesmas e, reciprocamente, são as condições internas destas diferenciações; as relações de poder não estão em posição de superestrutura, com um simples papel

⁴⁰⁸ FOUCAULT, M., 2008, p. 138.

⁴⁰⁹ GARCÍA, D., 2005, p. 30.

⁴¹⁰ FOUCAULT, M., 2008, p. 104-105.

de proibição ou de recondução; possuem, lá onde atuam, um papel diretamente produtor⁴¹¹.

Em verdade, as relações de poder são intencionais e não subjetivas: estão orientadas por um cálculo que não provém de nenhum sujeito individual ou coletivo, mas sim de sua própria lógica interna, pela qual distintas técnicas se relacionam entre si e se influenciam criando efeitos em conjunto⁴¹².

O que se põe em questão de forma radical em relação à noção de poder é a concepção deste como relação explicável em termos subjetivos. Diz-se isso, porque tradicionalmente se entendia o poder como uma relação entre dois sujeitos que existem com anterioridade a ela, relação caracterizada pela capacidade de a parte dominante impor e/ou proibir a outra parte de realizar uma série de ações/práticas. Nessa perspectiva, a construção das partes que entram na relação se referia a termos exteriores à relação em si, de forma que essa relação deveria ser explicada em função dos sujeitos⁴¹³.

A inovação trazida por FOUCAULT consiste em considerar os sujeitos da relação de poder como efeitos dessa relação, sendo ela quem produz seus próprios sujeitos, portanto, não haveria um antes que se possa regressar ao eliminar essa relação. Nesse ponto, portanto, se vincula o aspecto subjetivo do poder com seu aspecto positivo-produtivo, uma vez que, para que uma instância de poder possa proibir ou reprimir, deve existir como tal antes desse exercício e, ao seu turno, deve haver algo preexistente sobre o qual se proíbe ou reprime. Em uma concepção “em que é a própria rede de relações de poder que produz os sujeitos, é necessário remeter-se à dinâmica e à estruturação dessa rede e não à interioridade dos sujeitos ou a uma exterioridade independente da relação de poder”⁴¹⁴.

É desse marco que se segue a tese que Foucault situa em último lugar na enumeração dos princípios de seu método de aproximação teórica do poder, sendo esta a que mais tem gerado discussões acadêmicas, pois possui conteúdo e consequências mais diretamente políticas: “onde há poder há resistência e, no entanto (ou melhor, por isso

⁴¹¹ Idem, *ibidem*, p. 104.

⁴¹² FOUCAULT, M., 2008, p. 105.

⁴¹³ GARCÍA, D., 2005, p. 30.

⁴¹⁴ FOUCAULT, M., 2008, p. 105-106.

mesmo), esta nunca se encontra em posição de exterioridade em relação ao poder”⁴¹⁵. Tanto é assim que, como foi dito anteriormente, não há espaço subjetivo prévio constituído com anterioridade às relações de poder, de forma que não se pode remeter a este lugar para resistir ao poder ou para desmantela-lo. Nesse sentido, poder e resistência se atam em um duplo sentido: os espaços de resistência são produzidos pela mesma rede de relações de poder, de forma que esses espaços de resistência dependem dessa rede para se constituírem como tais, enquanto o poder se apoia nesses espaços para se reproduzir e se manter.

A partir dessas premissas, observa-se que o que FOUCAULT pretende na obra em referência é situar historicamente a emergência do dispositivo da sexualidade como efeito de uma série de tecnologias e estratégias de construção dos corpos e dos sujeitos, não deixando recair o peso explicativo desse dispositivo em elementos externos a essas tecnologias, senão que dentro de sua própria evolução, sem desconsiderar seus encontros com outras tecnologias e com outros dispositivos. Sua análise perpassa, inicialmente, pelas explicações dominantes entre a chamada “esquerda”, que foram construídas a partir das obras de autores freudo-marxistas, fundamentalmente Reich⁴¹⁶ e Stephen Marcus⁴¹⁷, para questionar a hipótese repressiva que estava na base de todas as análises críticas da sexualidade.

O argumento central dessa hipótese se desenvolve a partir da constatação, por parte do autor, de que a sociedade burguesa havia estabelecido uma crescente repressão da sexualidade, entendida como expressão mais ou menos natural do ser humano, para desviar suas energias em relação ao trabalho e à família, duas instituições fundamentais para manter e reproduzir o modelo de acumulação capitalista⁴¹⁸. Nas sociedades ocidentais pré-capitalistas houve uma certa liberdade sexual que somente terminou com o início do processo de industrialização⁴¹⁹, o que somado ao surgimento da sociedade burguesa, contribuiu para o estabelecimento de uma regulação fundamentalmente repressiva da sexualidade, de forma que aquela liberdade se veria submetida a uma estrita contenção, se impondo sobre ela o silêncio e o

⁴¹⁵ Idem, ibidem, p. 105.

⁴¹⁶ FOUCAULT, M., 2008, p. 143.

⁴¹⁷ Idem, ibidem, p. 10.

⁴¹⁸ Idem, ibidem, p. 11-12.

⁴¹⁹ Idem, ibidem, p. 134.

desconhecimento⁴²⁰, permitindo-se seu exercício, apenas, numa forma socialmente útil: para a reprodução⁴²¹ e dentro do matrimônio monogâmico⁴²². Essa hipótese, levantada por Foucault permite abertamente localizar o modelo de poder em relação à sexualidade: um poder em sua forma negativa de proibição e uma sexualidade mais ou menos natural, prévia e independente a esse poder, sobre a qual este exerce sua repressão e contenção.

As duas perspectivas acima apontadas demonstram alguns passos que levaram os cientistas sociais a analisarem a sexualidade como um espaço socialmente construído. Mostra-se importante, também, que se analise alguns argumentos desse debate, articulados ao redor da questão específica da homossexualidade e da heterossexualidade como categorias próprias da sexualidade (enquanto realidades trans-históricas), que podem, portanto, ser encontradas em qualquer contexto cultural presente ou passado.

HALPERIN aduz que a tese básica da maioria dos trabalhos produzidos acerca do construcionismo social aponta que a homossexualidade, como categoria, é um invento do século XIX, um produto do estabelecimento do regime da sexualidade na modernidade ocidental. Para ele, são dois os processos que constituem a emergência da sexualidade: o primeiro é a separação de um determinado domínio da vida social dos indivíduos com relação a outros campos pelos quais se interessavam anteriormente e a definição desse domínio em termos de sua correspondência com um aspecto específico da natureza psicofísica do ser humano; o segundo processo consiste na estruturação da ideia de uma identidade sexual dos indivíduos, a qual está ligada à existência de uma essência anterior que reponde à lógica desse campo sexual anteriormente delimitado⁴²³. Esses processos conformam, grosso modo, as posições essencialista e/ou construcionista.

A posição essencialista assume um marco epistemológico do tipo realista, segundo o qual a homossexualidade é um dado, um fato anterior a sua delimitação discursiva e, portanto, exterior ao contexto histórico no qual emerge e é definida. A aparição do termo homossexualidade no

⁴²⁰ Idem, *ibidem*, p. 10.

⁴²¹ Idem, *ibidem*, p. 62-63.

⁴²² Idem, *ibidem*, p. 45-46.

⁴²³ Cf. HALPERIN, David. **One hundred years of homosexuality and others essays on Greek love**. New York: Routledge, 1990, p. 46 e ss.

século XIX não é, desde esse ponto de vista, senão a denominação de um conjunto de elementos da realidade que existia dessa forma antes de ser nominada. Assim, por essa concepção, é possível rastrear a presença desses elementos em outros contextos e aplicar esse nome: reconhece-los como realidade e nomina-los com o significante que delimita essa realidade⁴²⁴.

A posição construcionista assume um marco contrário desde o qual a homossexualidade é uma construção discursiva e delimitada historicamente, sendo, pois, um produto contingente de determinadas condições contextuais. Portanto, se a sexualidade como regime que constitui os sujeitos definidos por uma essência sexual interior, por uma verdade inscrita no corpo, não existia até o século XIX, com anterioridade a esse momento não é possível falar-se de sujeitos homossexuais. GARCÍA, aponta que, nesse caso, é possível falar-se em práticas homossexuais, mas, ao estar inter-relacionadas com outros processos e estruturas sociais, ao não definir uma realidade específica pela qual os indivíduos podem ser especificados em tipos diferentes, essas práticas não se articulam como identidade ou subjetividade. Assim, supor a existência de homossexuais em épocas anteriores à modernidade seria um anacronismo⁴²⁵. No entanto, esse mesmo autor adverte que:

[...] Em muitas ocasiões, o construcionismo tem adotado posições essencialistas, não do tipo biologicista ou psicologista, mas sim do tipo estruturalista ou sociologista, quando pretendeu que o significado da categoria se esgotava no contexto de sua aparição, não considerando a possibilidade de sua abertura a um possível funcionamento em outros contextos ou quando assumiu em algumas ocasiões um modelo realista, não na relação entre o discurso do regime da sexualidade como seu referente, mas sim do discurso teórico a respeito desse fenômeno, considerado neste caso como histórico e discursivo. Negar a possibilidade de falar de homossexualidade na antiga Grécia é crer que essa sociedade é um todo que se explica por si mesmo e é pretender que o conhecimento dela se limite a

⁴²⁴ Cf. GARCÍA, D., 2005, p. 33.

⁴²⁵ Idem, ibidem, p. 33-34.

encontra-la como realidade exterior com um funcionamento autônomo. Pretender que não se pode falar de sexualidade nem de homossexualidade em outros contextos que não seja a modernidade ocidental supõe aceitar que esses conceitos estão definidos de maneira definitiva, que seu significado se esgota nas condições que aparece, implicando renunciar às possibilidades de resignificação e de movimento dos mesmos⁴²⁶.

Essa discussão a respeito do surgimento/existência da homossexualidade e sua alocação como parte das práticas anormais referentes ao sexo, colocou em evidência um regime de controle do desejo que autores como LOURO nominam de “regime da heterossexualidade”⁴²⁷. Esse regime, que tem seu início na modernidade, estabeleceu a aplicação de determinadas tecnologias de poder a serem direcionadas aos corpos e aos prazeres, constituindo um novo espaço de relações que constituíram o que FOUCAULT denominou de “o dispositivo da sexualidade”⁴²⁸.

⁴²⁶ Idem, *ibidem*, p. 33.

⁴²⁷ LOURO, G., 2013, p. 29.

⁴²⁸ Antes da instalação do dispositivo de sexualidade no século XVIII, o que imperava era o dispositivo de aliança, que valoriza o matrimônio, as relações de parentesco e a transmissão de nomes e bens, estruturando-se em torno de um sistema de regras que define o permitido e o proibido. Não se pode dizer que o dispositivo de sexualidade tenha substituído o dispositivo de aliança, mas que foi em torno deste que aquele se instalou e que hoje é o dispositivo de sexualidade que tende a sustentar o velho dispositivo de aliança. O dispositivo de sexualidade está ligado à economia através dos corpos, que são valorizados como objetos de saber e como elementos nas relações de poder, pois, ao penetrar neles, o poder controla as populações de modo cada vez mais global. A sexualidade torna-se então “um dispositivo de sujeição milenar”. Michel Foucault mostra que a primeira personagem investida pelo dispositivo de sexualidade foi a mulher histórica, burguesa e ociosa, e que durante muito tempo as camadas populares escaparam ao dispositivo de sexualidade, mantendo-se submetidas ao dispositivo de aliança. O dispositivo de sexualidade foi elaborado para e pelas classes privilegiadas, que buscavam autoafirmarem-se através da verdade sobre seu sexo e do cuidado com seu corpo; difundindo-se, depois, pelo resto do corpo social, para controle de natalidade e moralização das classes populares, a partir de instrumentos diferentes, de outra política sexual. Tal dispositivo irá se afirmar e

Anteriormente verificou-se que, longe de ser um aspecto natural da humanidade, a sexualidade e o sexo são efeitos dessas tecnologias, as quais delimitaram um novo domínio em torno do campo social, separando elementos unidos anteriormente a outros âmbitos ou práticas, e articulando-os em uma nova entidade relativamente autônoma, em relação ao resto da realidade social. A análise foucaultiana a respeito da emergência desse novo âmbito parte, pois, de uma consideração histórica: a modernidade, contra as explicações que pretendem inserir nela o lugar de um crescimento da repressão sexual, é o cenário de uma inflação discursiva ao redor do sexo⁴²⁹. Na mesma época em que se supõe a condenação da sexualidade ao silêncio e ao desconhecimento, se desenvolvem técnicas generalizadas que induziriam a falar sobre o sexo. Em definitivo, a sociedade burguesa, longe de reprimir a sexualidade, instaura um dispositivo destinado a produzir verdades sobre o sexo, através de um crescimento constante dos discursos que a ela se referem.

O novo regime ou dispositivo da sexualidade se constituiu através da generalização de técnicas de inflação discursiva ou técnicas de incitação a falar sobre o sexo⁴³⁰. Se estabeleceram lugares e mecanismo de observação e registro das práticas e desejos sexuais como forma específica de controle sobre os corpos. Não se tratou, todavia, de uma regulamentação nova sobre o um campo anteriormente livre de restrições que se expressaria em sua naturalidade⁴³¹; tratou-se, em verdade, de uma

ganhar força ao longo dos séculos XVII e XVIII com o desenvolvimento das relações de poder na sociedade ocidental. São dois os eixos em que se deu o desenvolvimento destas relações, o micro – individual – e o macro – social. No primeiro nível estão as relações que se estabelecem e agem sobre o corpo individual, sobre o organismo, sobre o corpo enquanto máquina. No segundo nível estão as estratégias dirigidas ao corpo social, à população, constituindo-se em uma *bio-política da população*. Ambos os eixos não se opõem, mas se entrelaçam e apoiam mutuamente. Está justamente nisso a relevância do dispositivo de sexualidade, pois segundo Foucault a articulação entre os eixos “não será feita no nível de um discurso especulativo, mas na forma de agenciamentos concretos que constituirão a grande tecnologia do poder no século XIX: o dispositivo de sexualidade será um deles, e dos mais importantes”. Cf. FOUCAULT, M., 2003, p. 153 e ss.

⁴²⁹ Cf. FOUCAULT, M., 2003, p. 15 e ss.

⁴³⁰ Idem, ibidem, p. 17 e ss.

⁴³¹ Foucault se desliza em muitas ocasiões em direção a esta outra posição que veria na época pré-moderna uma espécie de situação de liberdade dos prazeres

mutação nas formas de poder aplicadas aos prazeres corporais e aos intercâmbios e relações sexuais. Onde antes havia a lei da aliança com suas proibições (o tabu do incesto) e obrigações (a prescrição da exogamia⁴³²), agora, uma nova técnica baseada na disseminação e intensificação dos pontos de intervenção do poder, através da proliferação dos prazeres, vem a ocupar seu lugar⁴³³. Essa nova tecnologia estabeleceu, ou produziu o sexo, como um segredo que deve ser desvelado, e produziu a sua vez, as técnicas e os mecanismos para efetuar seu descobrimento, sua interrogação e sua decodificação, mecanismo duplo que engendra simultaneamente uma técnica de descobrimento da verdade do sexo, ao tempo em que constitui o sexo como uma questão ou uma verdade a se descobrir: num primeiro momento se inscreve um segredo nos corpos para depois, num segundo tempo, desvendá-lo; ou melhor, trata-se de um procedimento de operação simultânea pela qual a própria busca do sexo como segredo inscrito nos corpos, o produz como seu efeito, e mediante esse mecanismo se estabelece uma nova instancia de conhecimento que constrói, como todo dispositivo de conhecimento, o mesmo objeto que posteriormente pretende encontrar em estado bruto, à margem de sua intervenção⁴³⁴.

É essa mesma lógica a que, segundo o pensamento foucaulteano, determina o fato da multiplicação das perversões sexuais a partir do século XIX. No lugar de encontrar nessa época, tal e como defendiam as teses repressivas do sexo, um confinamento da sexualidade a sua forma heterossexual dentro do matrimônio, pode-se ver como se desenvolvem e se multiplicam suas formas perversas. Mediante essa multiplicação, o poder aumenta seus pontos de apoio e, ao revés, a expansão dos espaços de aplicação do poder é também causa dessa proliferação dos prazeres perversos:

anterior ao estabelecimento da norma regulamentadora. Da mesma maneira, em sua aproximação aos Diários de Herculine Barbin, tal e como sinalizado por BUTLER “Foucault apela a um caminho de multidisciplinidade libidinal pré-discursiva que efetivamente pressupõe uma sexualidade “antes da lei””. BUTLER, Judith. **O gênero em disputa**. O feminismo e a subversão da identidade. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 129.

⁴³² Em biologia, a *exogamia* refere-se ao cruzamento de indivíduos pouco relacionados geneticamente.

⁴³³ Cf. GARCÍA, D., 2005, p. 47.

⁴³⁴ Cf. GARCÍA, D., 2005, p. 47-48.

[...] O tipo de poder que se desenvolve opera por proximidades que erotizam (sensualizam) as técnicas de observação, registro e controle que as constituem. Assim que, por um lado, o poder intensifica e multiplica os prazeres nos próprios lugares de aplicação; e, a sua vez, o caráter secreto do sexo e as técnicas de interrogação geram um poder específico nas estratégias de ocultação e desvelamento desse segredo⁴³⁵.

Feitas essas considerações, é importante questionar onde está a homossexualidade nesse discurso? Inicialmente é importante consignar que homossexualidade não guarda relação com o gênero, tampouco com as identidades de gênero. Trata-se de uma dimensão ligada ao desejo afetivo e sexual dos sujeitos, na qual mostra-se aparente o interesse por pessoas do mesmo sexo. Para FOUCAULT, a homossexualidade forma parte do complexo de perversões que aparecem como efeito da aplicação dessa nova tecnologia do poder que é o dispositivo da sexualidade. Essas perversões, para além de multiplicarem-se, são incorporadas aos indivíduos como uma interioridade essencial ou como uma natureza que os define como sujeitos. Com efeito, antes da modernidade, os desvios relativos à lei reguladora da reprodução e do sexo eram considerados como práticas; a partir de então, as perversões são índices de uma personalidade específica de determinado tipo de pessoa. No movimento de constituição do sexo como verdade e segredo, as perversões em geral, e a homossexualidade em particular, se convertem em marcas de um segredo sexual escondido no mais profundo do ser:

[...] O homossexual do século XIX torna-se uma personagem: um passado, uma história, uma infância, um caráter, uma forma de vida; também é morfologia, com uma anatomia indiscreta e, talvez, uma fisiologia misteriosa. Nada daquilo que ele é, no fim das contas, escapa à sua sexualidade. Ela está presente nele todo: subjacente a todas as suas condutas, já que ela é o princípio insidioso e infinitamente ativo das mesmas; inscrita sem pudor na sua face e no seu corpo já que é um segredo que

⁴³⁵ GARCÍA, D., 2005, p. 48.

se trai sempre. É-lhe consubstancial, não tanto como pecado habitual, porém como natureza singular. É necessário não esquecer que a categoria psicológica, psiquiátrica e médica da homossexualidade se constituiu no dia em que foi caracterizada —o famoso artigo de Westphal em 1870, sobre as "sensações sexuais contrárias" pode servir de data natalícia — menos como um tipo de relações sexuais do que como uma certa qualidade da sensibilidade sexual, uma certa maneira de interverter, em si mesmo, o masculino e o feminino. A homossexualidade apareceu como uma das figuras da sexualidade quando foi transferida, da prática da sodomia, para uma espécie de androgenia interior, um hermafroditismo da alma. O sodomita era um reincidente, agora o homossexual é uma espécie⁴³⁶.

FOUCAULT localiza no interior do regime da sexualidade o processo de “incorporação das perversões e especificação dos indivíduos”⁴³⁷, que produzem o homossexual como tipo de pessoa com características determinadas e diferentes do resto dos indivíduos. Esse mecanismo de poder que constituiu o homossexual como um tipo específico de indivíduo também constituiu a homossexualidade como um efetivo risco ou perigo que atinge a todos os indivíduos, uma vez que todos estão submetidos à possibilidade de ser definidos por essa categoria.

Os distintos discursos que se desenvolveram sobre a homossexualidade, tanto os normativos e homofóbicos quanto os de resistência e liberação, tenderam a acentuar um dos polos dessa dicotomia ou ambiguidade discursiva: os discursos normativos e homofóbicos localizam a homossexualidade como uma natureza enferma do indivíduo bem como criam referentes que estabelecem a possibilidade de corrupção e desvio em qualquer indivíduo (que se baseiam em um modelo de contágio, e por tanto, estabelecem toda uma série de tecnologias sociais para evitar seu desenvolvimento e proliferação mediante certo controle); os discursos de resistência o fazem a partir de práticas separatistas de

⁴³⁶ FOUCAULT, M., 2003, p. 43-44.

⁴³⁷ Idem, *ibidem*, p. 43.

afirmação de uma identidade (natural ou social, inata ou politicamente construída) até o discurso de afirmação e reivindicação da perversidade polimorfa universal (que supõe a repressão de uma homossexualidade inata e latente que é necessário liberar em todo o corpo social)⁴³⁸.

A norma heterossexual, então, está assim marcada pelo seu outro homossexual de duas formas distintas: ao mesmo tempo em que o exterior deve se estabelecer para constituir-se como norma, deve também proibir para delimitar o espaço do possível, do permitido. Ocorre que, ao definir e delimitar esse exterior, a heterossexualidade lhe dá uma espécie de carta de existência, o constituindo como possibilidade, e, portanto, como risco e ameaça, devendo, assim, estabelecer mecanismos de defesa para evitá-lo:

[...] A linguagem e a lei que regulam o estabelecimento da heterossexualidade, já como uma identidade, já como uma instituição, já como uma prática, já como um sistema, são a linguagem e a lei da defesa e da proteção: a heterossexualidade assegura sua identidade e aponta seus limites ontológicos, protegendo-se a si mesma do que percebe como as contínuas intromissões depredadoras de seu outro contaminado: a homossexualidade⁴³⁹.

Uma aproximação como esta à heterossexualidade retoma assim a tese foucaultiana da inseparabilidade entre poder e resistência, entre norma e subversão; precisamente, no estabelecimento de um outro que permite e assegura a continuação do legítimo mediante a criação de um ponto de apoio para suas práticas, o poder produz o lugar desde o qual sua própria ação pode fracassar. Todo exercício de poder, toda constituição de uma norma, nas palavras de GARCÍA, produz um excesso, “um resto que impede sua totalização, a determinação completa do objeto que produz e sobre o qual se exerce”⁴⁴⁰. Ao estabelecer e proibir um comportamento externo, ao delimitá-lo e dá-lhe existência, a heterossexualidade subverte nesse mesmo mecanismo suas próprias

⁴³⁸ Cf. GARCÍA, D., 2005, p. 49-50.

⁴³⁹ FUSS, Diana. **Dentro/fora**. In.: CARBONELL, N; TORRAS M. *Feminismos literarios*. Madrid: Arco/Libros, 1999, p. 115.

⁴⁴⁰ GARCÍA, D., 2005, p. 50.

pretensões de ser natural e necessária, já que o que está proibindo não é possível, e precisamente por isso é necessário proibi-lo⁴⁴¹.

A homossexualidade, portanto, não é algo externo absoluto em relação à heterossexualidade, mas sim algo interno a ela, a seu próprio funcionamento e definição, funcionando como aquilo que assinala o seu limite de clausura enquanto um regime ou como identidade. A homossexualidade é o indicador de uma falta, de um vazio na estrutura da heterossexualidade, e a operação de sua externalização é o intento de recuperar a plenitude dessa estrutura, mediante a expulsão de sua própria impossibilidade inerente na figura do outro. Em outras palavras, a produção da homossexualidade como elemento externo e independente do regime heterossexual é o mecanismo pelo qual se pretende ocultar sua contingência estabelecendo a ilusão de sua necessidade⁴⁴².

2.4 ESTUDANDO O GÊNERO E CONCEBENDO SUAS IDENTIDADES.

2.4.1 Conceituando o gênero a partir das Teorias Feministas.

Gênero é uma palavra que necessariamente pede uma explicação a respeito de seu significado⁴⁴³. Serve para classificar os mais diversos fenômenos, tais como gêneros de literatura, de cinema, de música, dos

⁴⁴¹ Cf. WEEKS, Jeffrey. **El malestar de la sexualidad**. Significados, mitos y sexualidades modernas. Madrid: Talasa, 1993, p. 21.

⁴⁴² Idem, ibidem, p. 17 e ss.

⁴⁴³ Gender. n specialized or fml the physical and/or social condition of being male o female. Cambridge International Dictionary of English; gênero. S.M. 1. Classe cuja extensão se divide em outras classes, às quais, em relação à primeira, são chamadas espécies. Novo Dicionário Aurélio. Enquanto que, em inglês, gender é um substantivo que designa exatamente a condição física e/ou social do masculino e do feminino, a palavra gênero, em português, é um substantivo masculino que designa uma classe que se divide em outras, que são chamadas espécies. Existe, portanto, uma dificuldade semântica que confunde o leitor médio e que obriga, na verdade, a uma constante necessidade em definir o que seja gênero, sempre que utilizamos tal categoria em português. Aliás, a mesma dificuldade ocorre com a língua francesa, daí a utilização da expressão rapports sociaux de sexe ao invés de genre. MORAES, Maria Lygia Quartim de. **Usos e limites da categoria gênero**. Cadernos Pagu, v. 11, 1998, p. 1.

seres vivos na escala biológica, funcionando quase sempre como um termo classificatório. No contexto da presente tese, a palavra gênero será utilizada como termo que serve para classificar as pessoas em relação ao fenômeno da construção do masculino e do feminino, pela sociedade e pela cultura, o que fará com que tal palavra apresente diferentes concepções, diferentes focos de análise, conforme as bases teóricas que lhe servirão de sustentação.

Nessa condição, nem sempre esse foi um termo utilizado pelos cientistas sociais que, até a década de 60 do século passado, não se preocupavam com a construção social da identidade de homens e mulheres. Em verdade, no mundo acadêmico, a palavra gênero surgiu no momento em que pesquisadoras feministas buscavam, através dos chamados “estudos sobre as mulheres”, desnaturalizar a condição da mulher na sociedade⁴⁴⁴. Essa tentativa visava desconstruir a ideia de que tudo aquilo que a ela se referia estaria em sua natureza feminina, cujas características (maternidade, delicadeza, sensibilidade, obediência, amorosidade, afetividade, etc.) eram desvalorizadas pela sociedade ocidental de mercado, onde a competitividade e a agressividade (características vistas como naturais e essencialmente masculinas) eram mais valorizadas. A desigualdade entre homens e mulheres era interpretada como um dado natural, como algo que não poderia ser modificado, funcionando aí o início da contribuição dos estudos feministas para a desnaturalização dos gêneros.

A naturalização de comportamentos foi o mesmo componente utilizado pelas Ciências Médicas no tocante à sexualidade, conforme demonstrou-se no tópico anterior, todavia, no tocante ao gênero, esse componente avançou em termos negativos, pois desconsiderou que tanto mulheres como homens adquiririam suas características de feminilidade e de masculinidade na vida social, ainda antes do nascimento, através das expectativas criadas pelos pais e por todo o tecido social, tão logo saibam o sexo da criança que ainda é uma promessa. Essas expectativas, traduzidas nas cores dos brinquedos e dos enxovais, na decoração dos quartos, na escolha dos acessórios e até na forma como a mãe se comunica com o bebê em seu ventre, já carregam as formas de entender o que é ser homem e o que é ser mulher e, conseqüentemente, o que será ensinado ao novo ser.

⁴⁴⁴ Cf. SIMIÃO, Daniel Schroeter. **Gênero no mundo do Trabalho**. Cadernos de Gênero e Tecnologia. Ed. UTFPR, ano 1, n. 1, 2005, p. 1-2.

MORAES, adverte que foi no decorrer dos anos 90, em decorrência do impacto político das teorias feministas e de novas perspectivas de análise do “ser mulher”, que o uso da categoria gênero tornou-se mais frequente, sendo introduzido nas universidades e instituições acadêmicas em várias partes do mundo ocidental, inclusive no Brasil. As Ciências Sociais, seguindo a perspectiva desbiologizante⁴⁴⁵ das masculinidades e feminilidades, passou a utilizar o termo gênero partindo de uma seara culturalista, na qual as categorias diferenciais de sexo não implicariam no reconhecimento de uma essência masculina ou feminina, de caráter abstrato e universal, mas, diferentemente, apontariam para a ordem cultural como modeladora de mulheres e homens⁴⁴⁶. Em sentido mais claro, o que chamamos de homem e de mulher não seria o produto da sexualidade biológica, mas sim de relações sociais baseadas em distintas estruturas de poder⁴⁴⁷.

Mas, antes de se chegar a esse conceito de gênero, os meios acadêmicos foram trilhando outros caminhos na construção do significado desse termo. COSTA aduz que, buscando outras interpretações, tais como “gênero como variável binária, gênero como papéis dicotomizados, gênero como uma variável psicológica, como sistemas culturais e como relacional”, foi possível compreender que gênero, sexualidade e sexo biológico não possuiriam uma relação unívoca, mas que a complexidade do fenômeno era bem maior⁴⁴⁸.

Segundo COSTA, alguns teóricos, ao invés de entenderem o homem e a mulher como opostos binários, onde o gênero funcionaria como uma característica relacionada a diferença biológica, preferiram

⁴⁴⁵ Mais adiante se realizará uma descrição concreta acerca dessa perspectiva.

⁴⁴⁶ Cf. MORAES, M., 1998, p. 2-3.

⁴⁴⁷ HEILBORN, M. **Usos e abusos da categoria gênero**. In. HOLLANDA, H. B. de (org.) *Y Nosotras Latinoamericanas? Estudos sobre gênero e raça*. Fundação Memorial da América Latina, 1992, p.39-44. A categoria de gênero não deve ser acionada como um substituto de referência para homem ou mulher. Seu uso designa, ou deveria fazê-lo, a dimensão inerente de uma escolha cultural e de conteúdo relacional. Por outro lado, traz embutida a articulação desse código, que se apropria da diferença sexual tematizando-a em masculino e feminino, com outros níveis de significação do universo, porquanto no que respeita, por exemplo, às sociedades primitivas – e não apenas nelas – o gênero interage com outros códigos”.

⁴⁴⁸ COSTA, Claudia de Lima. **O leito de procusto: gênero, linguagens e teorias feministas**. *Cadernos Pagu*, v. 2, 1994, p. 147.

ênfatizar o caráter social do gênero, conceituando-o como sendo o papel que os indivíduos assumem na sociedade. Para ela, o paradigma dos papéis tem sido usado para analisar as diferenças entre as posições das mulheres e dos homens e para explicar como ambos são moldados para essas posições. Esse marco teórico sustenta, em linhas gerais, que através da socialização, homens e mulheres aprendem e internalizam identidades específicas pelo desempenho de determinados papéis, de modo que, masculino e feminino são aprendidos através da representação de papéis masculinos e femininos, da mesma maneira como um ator ou uma atriz aprende suas falas pela leitura e memorização de um roteiro. Além disso, a sociedade recompensa aqueles que se conformam com os papéis que lhes foram designados e pune aqueles que se desviam das regras que, por sua vez, são deduzidas a partir de exigências estruturais da ordem social⁴⁴⁹.

Essa abordagem de gênero, muito embora represente um avanço no tocante ao paradigma da diferença sexual – já que entende o gênero a partir de papéis institucionais e sociais específicos e não como uma característica intrínseca à biologia dos sujeitos – contém pressuposições questionáveis e falhas graves⁴⁵⁰. THORNE aponta que a primeira fraqueza nessa abordagem diz respeito ao fato de que a terminologia dos papéis não é de muito auxílio na compreensão do gênero. Ser homem ou ser mulher não equivale a ser um professor ou uma secretária:

[...] A terminologia dos papéis sexuais obscurece a questão sobre o efeito do gênero sobre papéis mais específicos – sobre normas, avaliações e comportamento real. Por exemplo, professoras geralmente recebem menos credibilidade, prestígio e pagamento do que professores⁴⁵¹.

Observa-se que a metáfora de papéis infiltra percepções e termina por equacionar o papel feminino com papéis específicos de mãe e esposa, de forma que:

⁴⁴⁹ Cf. COSTA, C., 1994, p. 147 e ss.

⁴⁵⁰ Cf. THORNE, Barrie. **Gender and social groupings**. In.: RICHARDSON, Laurel & TAYLOR, Vera (orgs). *Feminist Frontiers: Rethinking Sex, Gender and Society*. New York: Addison-Wesley, 1983, p.65.

⁴⁵¹ THORNE, B., 1983, p. 65.

[...] A conexão entre gênero e poder fica, portanto, fora da análise. Além do mais, muitas vezes não está claro a que o papel masculino ou o papel feminino se referem. Em alguns casos são usados para referir-se a um ideal normativo de comportamento; em outros casos, referem-se a estereótipos de papéis do homem ou da mulher⁴⁵².

Uma segunda crítica demonstra que a teoria dos papéis não fornece um relato adequado da mudança social. Os teóricos dessa corrente enxergam a mudança como sendo algo que acontece para os papéis de cada gênero, não como algo que surgiria dentro das relações entre os gêneros em consequência da interação dialética entre a prática social e a estrutura social⁴⁵³.

A terceira crítica afirma que o marco dos papéis não levanta questões de poder e desigualdade:

[...] A ideologia dos papéis masculinos e femininos obscurece as práticas material e social opressivas que sustentam distinções rígidas entre homens e mulheres. Ao enfatizar dualismos, essa teoria desvia a atenção da complexidade das relações sociais. O gênero é melhor entendido em termos políticos e sociais e com referência a formas e locais e específicas de relações e desigualdades sociais. O que a abordagem dos papéis oferece, em última instância, é uma visão abstrata das diferenças entre os sexos e suas situações, não uma visão concreta das relações entre ambos⁴⁵⁴.

Com feito, considerar o gênero como uma variável psicológica foi a opção de alguns pesquisadores ligados à área da Psicologia que

⁴⁵² COSTA, C., 1994, p. 148.

⁴⁵³ CARRIGAN, Tim; CONNELL, Bob; LEE, John. **Toward a New Sociology of Masculinity**. *Theory and Society* 14, no. 5, 1985, p. 551-604. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/657315>> Acesso em 15 ago 2016.

⁴⁵⁴ COSTA, C., 1994, p. 149.

“optaram por conceituar gênero como uma orientação ou força da personalidade”⁴⁵⁵.

Na busca de um conceito de gênero que se baseasse mais numa continuidade do que numa dicotomia, investigadores dessa área desenvolveram um instrumento no qual as diferenças entre as masculinidades e as feminilidades constituiriam mais uma questão de grau do que de oposição⁴⁵⁶. Por este instrumento, os “coeficientes de alta masculinidade/alta-feminilidade encontram-se no extremo da escala, com a androgenia representando uma combinação de pontuações elevadas tanto na masculinidade quanto na feminilidade”⁴⁵⁷. DALY descreveu que o andrógeno passou a significar algo como “John Travolta e Farrah Fawcett-Majors grudados com fita adesiva Scotch”⁴⁵⁸, de forma que o ser andrógeno designaria uma “pseudo-integridade em sua combinação de descrições distorcidas de gênero”⁴⁵⁹.

Contudo, apesar da popularidade da androgenia, o exame cuidadoso da validade da construção dessa escala não conseguia determinar o que exatamente estava sendo alvo de mensuração, tampouco o que significava. Desde então, inúmeros autores, a exemplo de LOTT⁴⁶⁰, vêm questionando a validade conceitual e política da androgenia, oferecendo várias críticas sobre ela; outros tantos⁴⁶¹, ao tecerem suas críticas, afirmaram que a escala em comento faz do comportamento andrógeno uma qualidade de gênero, uma espécie de autorreferente, de acordo com um modelo ainda dualístico e rígido de masculinidades e feminilidades, o qual, ainda está enraizado em expectativas estereotipantes⁴⁶².

Nessa perspectiva, o gênero, definido como orientação psicológica, continuou, a exemplo da noção anterior, a fundamentar

⁴⁵⁵ Idem, ibidem, p. 150.

⁴⁵⁶ Idem, ibidem, p. 150.

⁴⁵⁷ Idem, ibidem, p. 150-151.

⁴⁵⁸ DALY, Mary. **Gyn/Ecology: The metaethics of Radical Feminism**. Boston: Beacon Press, 1978, p. XI.

⁴⁵⁹ DALY, M., 1978, p. 387.

⁴⁶⁰ Para maiores esclarecimentos: LOTT, Berenice. **A feminist critique of Androgyny: toward the elimination of gender attributions for learned behavior**. In: MAYO, C; HENLEY, N. (Orgs.) *Gender and nonverbal behavior*. New York: Spring-Verlag, 1981, p. 171-180.

⁴⁶¹ Cf. LOTT, B., 1981, p. 387.

⁴⁶² Cf. COSTA, C., 1994, p. 150-151.

noções tradicionais de masculinidades e feminilidades, terminando por ratificar essa distinção que, na realidade, procurava dissolver. COSTA assegura que, quando se situa o gênero no âmago da “psique”, como uma força ou como uma orientação que seria em grande parte causa que explicaria o desejo e o comportamento, estar-se a excluir quaisquer considerações sobre a dimensão política de sua constituição: o gênero como efeito de práticas discursivas. Para a autora, teorizar hierarquias sexuais em termos funcionais ou psicológicos, ou ainda como um reflexo de limitações biológicas, minimiza diversas considerações sociológicas que buscam explicar como diferenças de gênero são criadas e mantidas pelas próprias relações de gênero⁴⁶³.

Outro marco teórico importante para o estudo que ora se estabelece foi a denominação do gênero como um sistema cultural. A influência derivada do movimento Feminismo Culturalista⁴⁶⁴ e do discurso sobre a

⁴⁶³ Idem, *ibidem*, p. 153.

⁴⁶⁴ Também conhecido como feminismo relacional, esse movimento tem como ponto de partida a postulação da existência de diferenças fundamentais entre homens e mulheres, que apresentam diferentes processos de desenvolvimento moral. Enquanto os homens, ao depararem-se com conflitos morais, frequentemente organizam-se por meio de ideias de justiça e formulam raciocínios lógicos baseados em direitos individuais abstratos, as mulheres são mais inclinadas a uma ética de cuidado, preocupada na preservação das relações e preferindo soluções contextuais e particularizadas.

Segundo as feministas relacionais, a voz diferente resultante deste processo diferenciado de desenvolvimento moral possibilitaria às mulheres maior capacidade de solução dos problemas, dada a ênfase em valores como cuidado com o outro, abertura, simpatia, paciência e amor. A denominação culturalista deve-se ao fato de visualizar a libertação feminina através da afirmação de uma contra-cultura centrada na realidade das mulheres. A afirmação dessa contra-cultura faria a realidade feminina inassimilável à norma geral de igualdade de tratamento, daí enfatizando que o tratamento como igual destas duas realidades diversas só é possível através de medidas diferenciadas. Neste sentido, as feministas culturalistas divergem da argumentação geralmente aceita pelas feministas liberais, que defendem a superação das desigualdades experimentadas pelas mulheres mediante igualdade de tratamento, relutando admitir medidas diferenciadas por nelas vislumbrar a presença de uma ideologia de superioridade masculina que se traduz, por exemplo, em atitudes paternalistas, reforçadoras dos papéis tradicionais que inferiorizam mulheres diante de homens. NASSIF, Luis. **As divisões do feminismo**, 2012. Disponível em: <

diferença fez com que essa visão entendesse o gênero como dois sistemas incomensuráveis. As culturalistas entendiam que as experiências típicas das mulheres, como aquelas que cuidam, alimentam e pacificam, lhes permitia criar uma espécie de cultura diferente, assim como lhes permitia articular diferentes epistemologias, assim como valores estéticos e culturais alternativos. Nessa concepção, a diferença se torna um conceito de grande importância para significar que as mulheres têm uma voz, uma psicologia e também experiências de amor diferentes. Essa concepção foi tomada como uma espécie de contra-cultura, fundada no mundo da cooperação/participação e sensibilidade da mulher no tocante às necessidades dos outros, a qual influencia o estilo do discurso proferido pelas vozes femininas, fazendo-o mais pessoal, relacional e ligado ao contexto, quando comparado ao dos homens⁴⁶⁵.

O argumento que melhor enquadra o discurso da mulher como uma subcultura linguística, distinta da do homem foi apresentado pelos autores MALTZ e BORKER. Para eles, homens e mulheres são originários de diferentes subculturas sociolinguísticas – baseada em uma extensa e retórica divisão nos universos de meninos e meninas na infância – em que ambos aprendem diferentes formas e regras de interação, assim como diferentes modos de discurso e diferentes direitos e deveres de falar e de ouvir. Acrescentam que quando tentam se comunicar uns com os outros, geralmente não são bem-sucedidos⁴⁶⁶. Ademais:

[...] sócio-linguistas e antropólogos que concebem o gênero seguindo um modelo de sistemas culturais, alegam que o fato do discurso das mulheres ter sido caracterizado como ausente de poder, ineficaz e incerto, somente revela as maneiras pelas quais os grupos dominantes (homens) distorceram e silenciaram as expressões

<http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/as-divisoes-do-feminismo>>. Acesso em 16 ago 2016.

⁴⁶⁵ Cf. COSTA, C., 1994, p. 153.

⁴⁶⁶ MALTZ, Daniel; BORKER, Ruth. **A cultural approach to male-female miscommunication**. In.: J.J Gumperz (org). *Language and social identify*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, p. 196-216. Disponível em: <<http://courses.umass.edu/comm497c/Reading%20pdfs/MaltzBorker.pdf>>.

Acesso em 16 ago 2016.

de um modelo alternativo das mulheres para o mundo⁴⁶⁷.

Esse marco teórico também está repleto de problemas, tanto ao nível da prática quanto ao nível da teoria. Em primeiro lugar:

[...] embora haja fatores econômicos, políticos, históricos e ideológicos bastante reais e concretos que contribuem para manter as mulheres como subcultura linguística separada (ex., o acesso desigual aos recursos por parte das mulheres; separação ocupacional e social entre homens e mulheres; a segregação das mulheres e de sua linguagem por instituições como o estado e os meios de comunicação em massa), o discurso sobre mundos separados põe demasiada ênfase na diferença, negligenciando as importantes semelhanças entre os seres humanos. Em segundo lugar, essa perspectiva pressupõe que só existe uma voz ou cultura feminina homogênea. Como o gênero em nossa cultura geralmente se imbrica com outras categorias de estratificação, bem como com dimensões que se encontram dentro do campo das relações de gênero (homossexuais, heterossexuais, transexuais, bissexuais, etc.), somente nos é possível falar de uma multiplicidade e diversidade de vozes femininas⁴⁶⁸.

COSTA ainda registra que essa perspectiva que assimila o gênero como um sistema cultural proporciona um movimento de idealização do mundo das mulheres, que chega a romantizar a opressão. Muito embora a celebração de uma cultura das mulheres traga resultados positivos – como por exemplo, a elevação da consciência das mulheres –, segundo essa autora, deve-se perceber que a própria noção de diferença pode agir de forma a obscurecer a dominação que os homens exercem sobre elas. Nesse sentido, a celebração da diferença, por intermédio do reforço de dualidades, como propõe essa visão de gênero, falha em desafiar e também em transformar as práticas institucionais que constituíram o

⁴⁶⁷ COSTA, C., 1994, p. 154.

⁴⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 154.

gênero como diferença hierárquica. Ou seja, pensar o gênero ao redor de oposições binárias sempre implicará na subordinação do segundo elemento em relação ao primeiro (do feminino em relação ao masculino; e mesmo que se inverta a ordem dos termos, segundo a autora, somente se repetiria o sistema que funcionava na posição inicial⁴⁶⁹.

MOI justifica que a adoção desse prisma que valora a diferença pode resultar no que ela chama de “faca de dois gumes”: a diferença, que no primeiro momento serviria para qualificar as mulheres positivamente, poderia ser utilizada como uma espécie de justificativa ideológica como forma de ratificar práticas institucionais discriminatórias (para manter as mulheres em seus devidos lugares ou mesmo para retorná-las a esses lugares)⁴⁷⁰. Aduz, ademais, que dado que os homens geralmente retêm maior poder na sociedade, “o discurso da diferença poderia (e seria) empregado para provar que certas atividades pouco agradáveis são mais condizentes com a natureza feminina que com a masculina”⁴⁷¹.

O quarto marco teórico representa o mais frutífero, em termos de contribuições para os estudos do gênero e das interações sociais como um todo, quando comparado aos anteriores. O ponto de partida para a compreensão das questões de gênero numa visão relacional, “não é o indivíduo, nem seus papéis, mas o sistema social de relacionamento dentro do qual os interlocutores se situam”⁴⁷². A forma relacional de entender as questões de gênero, como o nome sugere, leva em consideração uma série de relações que circundam a questão, abandonando a visão dicotômica e da divisão de papéis do gênero, onde se reconhecem “uma essência masculina ou feminina, de caráter abstrato e universal”⁴⁷³. Na visão relacional, o masculino e o feminino não são dois mundos à parte; ambos possuem características que podem variar, privilegiando-se a pluralidade e não apenas as diferenças.

Segundo LOURO:

[...] O conceito passa a ser usado, então, com um forte apelo relacional – já que é no âmbito das relações sociais que se constroem os gêneros. Deste

⁴⁶⁹ Cf. COSTA, C., 1994, p. 156-157.

⁴⁷⁰ Cf. MOI, Toril. **Teoria Literária Feminista**. Trad. Amaia Barcéna. Madrid: Cátedra, 1988, p. 154.

⁴⁷¹ MOI, T., 1988, p. 154.

⁴⁷² COSTA, C., 1994, p. 158.

⁴⁷³ MORAES, M., 1998, p. 2.

modo, ainda que os estudos continuem priorizando as análises sobre as mulheres, eles estarão agora, de forma muito mais explícita, referindo-se também aos homens⁴⁷⁴.

A visão relacional do gênero permite, na visão de COSTA, três coisas simultaneamente.

Em primeiro lugar, é possível que se desenvolva uma concepção dinâmica de masculinidades e feminilidades enquanto estruturas de relações sociais, cujos significados são dados pelo sistema de sexo/gênero da formação social em análise. Esse sistema, ao seu turno, refere-se ao que a autora chama de constituição simbólica e histórico-social das diferenças anatômicas entre os sexos, o que formaria uma rede através da qual o *self* desenvolve uma identidade corpórea, um certo modo de ser num corpo e de viver esse corpo⁴⁷⁵.

Em segundo lugar, ao focar a dinâmica dos contextos sociais e também das configurações particulares que derivam dos arranjos de gênero, essa conceitualização permite conceber a existência de uma pluralidade de masculinidades e de feminilidades, em oposição a uma visão dicotômica que prevê homens e mulheres como dois blocos homogêneos e indiferenciados entre si⁴⁷⁶. Essa concepção foi defendida de forma poética e ressonante por DERRIDA, o qual questionou:

E se alcançássemos, e se nos aproximássemos aqui (...) da área de uma relação com o outro onde o código de sinais sexuais não mais fosse discriminatório? A relação não seria assexual, longe disso, mas seria sexual de outra maneira: além da diferença binária que governa o decoro de todos os códigos, além da oposição feminino/masculino, além, também, da bissexualidade, além da homossexualidade e heterossexualidade(...). Enquanto sonho aproveitar a chance que esta questão oferece, eu gostaria de acreditar na multiplicidade de vozes sexualmente

⁴⁷⁴ LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação**: uma perspectiva pós-estruturalista. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 22.

⁴⁷⁵ Cf. COSTA, C., 1994, p. 159.

⁴⁷⁶ Idem, *ibidem*, p. 159.

assinaladas. Eu gostaria de acreditar nas massas, esse número indeterminável de vozes marcadas, esse móbile de sinais não-sexuais cuja coreografia pode carregar, dividir, multiplicar o corpo de cada 'indivíduo', seja ele classificado como 'homem' ou 'mulher' de acordo com os critérios em uso. Mas de onde viria o 'sonho' do inumerável, se é que é mesmo um sonho? Será que o próprio sonho não prova que o que foi sonhado deve estar lá, para propiciar o sonho?⁴⁷⁷

Em terceiro e último lugar, conceituar gênero a partir dessa perspectiva, permite entender como os gêneros são forjados e incrustados em “uma economia semiótica da diferença sexual”⁴⁷⁸. Ao se analisar a dinâmica das relações sociais COSTA explica que somos também capazes de compreender melhor como as diferenças de gênero são

⁴⁷⁷ Tradução livre do trecho: [...] et si nous atteignons ici, et si nous approchons ici (car cela ne s'atteint pas comme un lieu déterminé) la zone d'une relation à l'autre où le code des marques sexuelles ne serait plus discriminant? Relation dès lors non pas a-sexuée, très loin de là, mais autrement sexuée, au-delà de la différence binaire qui gouverne la bienséance de tous les codes, au-delà de l'opposition féminin/masculin, au-delà de la bisexualité aussi bien, de l'homosexualité ou de l'hétérosexualité (...) C'est en rêvant de sauver au moins la chance de cette question que je voudrais croire à la multiplicité de voix sexuellement marquées, à ce nombre indéterminable de voix enchevêtrées, à ce móbile de marques sexuelles non identifiées dont la choré-graphie peut entraîner le corps de chaque « individu », le traverser, le diviser, le multiplier, qu'il soit classé comme « homme » ou « femme » selon les critères en usage. Bien sûr, il n'est pas impossible que le désir d'une sexualité innombrable vienne encore nous protéger, comme un rêve, contre un implacable destin qui scelle tout à perpétuité du chiffre. Et cette clôture impitoyable viendrait arrêter le désir au mur de l'opposition, nous aurions beau nous débattre, il n'y aurait jamais que deux sexes, ni un de plus ni un de moins, la tragédie aurait ce goût, assez contingent en somme, qu'il faudrait affirmer, apprendre à aimer, au lieu de rêver l'innombrable. Oui, peut-être, pourquoi pas? Mais d'où viendrait alors le « rêve » de l'innombrable, si c'est un rêve ? A lui seul ne prouve-t-il pas ce dont il rêve et qui doit bien être là pour faire rêver? DERRIDA, Jaques. **Choréographies – entrevista com Christie V. McDonald**. In: DERRIDA, J. *Point de Suspension – entretiens*. Paris, Galilée, 1992, p. 167-168.

⁴⁷⁸ COSTA, C., 1994, p. 160.

construídas ou minadas, dependendo das articulações entre os múltiplos vértices da identidade no campo das práticas diárias^{479 480}.

Em resumo, a percepção do gênero como contextual, relacional e como efeito de certas estratégias abriu caminho para se entender as relações derivadas dos gêneros como processos moldados por escolhas individuais e por pressões situacionais compreensíveis dentro do contexto das interações sociais. Essa abordagem proporciona uma visão que interrompe as abordagens anteriores, conquanto o gênero deixa de ser encarado como um sistema monolítico, para ser apreendido como um sistema de configurações complexas, múltiplas e também heterogêneas.

Os debates encabeçados pelos Movimentos Feministas em relação ao gênero não pararam por aí. Em razão de uma constante reticência por parte de muitas teóricas no que se refere ao “chegar” a um consenso referente às questões anteriormente apontadas, algumas passaram a defender a desconstrução das ontologias de gênero através da negação da identidade sexual, em direção a uma nova economia de corpos e prazeres⁴⁸¹.

As contribuições histórica e discursiva, inauguradas a partir das perspectivas anteriormente retratadas, apesar de muito importantes para uma reflexão mais profunda sobre o “ser mulher” e conseqüentemente

⁴⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 160.

⁴⁸⁰ Por exemplo, Marjorie Goodwin, estudando as interações entre um grupo de crianças e jovens (de 9 a 14 anos) afro-americanos de um bairro operário na Filadélfia - EUA, mostra com riqueza etnográfica a importância do contexto na organização das relações de gênero. Enquanto engajados na fabricação de estilingues, os meninos emitiam ordens a seus companheiros (“me passe x”, “me dê y”), o que impunha uma separação hierárquica entre os interlocutores. Por outro lado, meninas fazendo anéis de gargalos de garrafas interagiam com as amigas através de convites (“vamos fazer x”), o que aproximava mais os interlocutores. No entanto, e curiosamente, quando as meninas brincavam de “casa”, utilizavam formas de linguagem que hierarquizavam a interação. Esse estudo, portanto, não estabelece uma dicotomia simplista entre meninos (hierárquicos e impessoais) e meninas (igualitárias e pessoais) mas, ao contrário, matiza com minúcia as maneiras pelas quais gênero, idade, raça, etnicidade, e contexto se imbricam mutuamente e estruturam o pequeno mundo que rodeia esse grupo de meninos e meninas. GOODWIN, Marjorie. **He-saide-she-said: talk as social organization among black children**. Bloomington: Indiana University Press, 1990.

⁴⁸¹ Como por exemplo a feminista francesa Monique Wittig, e as feministas norte-americanas Judith Butler e Joan Scott.

para os estudos sobre o gênero, esbarraram em inúmeros problemas de ordem conceitual e epistemológica. Nesse sentido, as preocupações teóricas relativas ao gênero ganharam novos contornos a partir das contribuições de duas autoras norte-americanas, as quais, segundo suas perspectivas, inauguraram novos conceitos e novas formulações teóricas com o desejo de reivindicar certo campo de definição, revelando o caráter inadequado das formulações existentes. Trata-se de JOAN SCOTT e JUDITH BUTLER.

Para descrever a contribuição de SCOTT em relação à criação de um conceito para o gênero, é importante, antes, reforçar que até a década de 1980 sobreviviam com grande força a dualidade entre gênero e sexo que reforçava o caráter fixo e permanente da oposição binária. Sem uma historização e sem uma desconstrução autêntica dos termos da diferença sexual o gênero ficava circunscrito a descrever unicamente a diferença entre homens e mulheres, com base na imposição cultural criada a partir das diferenças entre os corpos.

Essa dualidade inseria o sexo como um dado natural e o gênero como dado cultural. Quando em 1986 SCOTT escreve seu artigo intitulado “Gênero: uma categoria útil de análise histórica” essa concepção foi abalada. Como reconhece a autora, as teorias sociais formuladas desde o século XVIII até meados do século XX construíram suas lógicas discursivas tendo como base a oposição masculino/feminino, inclusive havendo algumas delas reconhecido uma “questão feminina” que deveria ser investigada, mas, o gênero, como meio de falar de sistemas de relações sociais ou entre os sexos, não havia aparecido⁴⁸². “Esta falta poderia explicar em parte a dificuldade que as feministas contemporâneas têm tido de integrar o termo gênero em conjuntos teóricos pré-existentes e em convencer os adeptos de uma ou de outra escola teórica que o gênero faz parte do seu vocabulário”⁴⁸³.

A definição de gênero para essa autora tem duas partes, que segundo narra, estão ligadas entre si, mas que deveriam ser analiticamente distintas. O núcleo central essencial de sua definição está baseado na

⁴⁸² Cf. SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Educação e Realidade, vol. 16, n. 2, p. 05-19, 1990. Disponível em: <http://compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/JoanScott_Genero_umacategoriautil.pdf> Acesso em 17. Mar. 2017.

⁴⁸³ SCOTT, J., 1990, p. 12.

conexão entre essas proposições. A primeira proposição afirma que o gênero é um elemento constitutivo das relações sociais, baseado nas diferenças entre os sexos e a segunda explica que o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder⁴⁸⁴.

Quando SCOTT descreve a primeira proposição, ela afirma que como elemento constitutivo das relações sociais fundadas sobre diferenças percebidas entre os sexos, o gênero implica quatro elementos relacionais entre si. O primeiro refere-se à criação de símbolos culturalmente disponíveis que evocam representações múltiplas (frequentemente contraditórias), que colocam, sobremaneira a mulher em situações de antagonismos, a exemplo da perspectiva Cristã acerca de Eva e Maria. O segundo diz respeito aos conceitos normativos que colocam em evidência interpretações do sentido dos símbolos que eles tentam limitar, os quais são expressos nas doutrinas religiosas, educativas, científicas, políticas ou jurídicas, tomando forma de uma oposição binária que afirma de forma categórica e sem equívoco o sentido do masculino e do feminino. O terceiro, ao seu turno, descreve a mulher apenas tendo como referencia o seu papel tradicional, ligando-a ao sistema de parentesco que fixa seu olhar sobre o universo doméstico e na família. O quarto aspecto do gênero é a identidade subjetiva que controla ou proporciona um acesso diferencial aos recursos materiais e simbólicos, o que o torna uma implicação fruto da construção do poder em si e o coloca como um meio de decodificar o sentido e de compreender as relações complexas entre as diversas formas de interação humana⁴⁸⁵.

A segunda proposição que conforma o conceito de gênero para a autora expõe que o gênero (e não o sexo biológico) é o primeiro atributo a justificar e hierarquizar as relações de poder entre homens e mulheres. A ênfase colocada sobre o gênero, todavia, não é explícita, mas constitui uma dimensão decisiva da organização, da igualdade e da desigualdade:

A articulação do conceito de classe no século XIX baseava-se no gênero. Quando, por exemplo, na França os reformadores burgueses descreviam os operários em termos codificados como femininos (subordinados, fracos, sexualmente explorados como as prostitutas), os dirigentes operários e

⁴⁸⁴ Cf. SCOTT, J., 1990, p. 12.

⁴⁸⁵ Cf. SCOTT, J., 1990, p. 13.

socialistas respondiam insistindo na posição masculina da classe operária (produtores fortes, protetores das mulheres e das crianças). Os termos desse discurso não diziam respeito explicitamente ao gênero, mas eram reforçados na medida em que se referenciavam a ele. A codificação de gênero de certos termos estabelecia e “naturalizava” seus significados. Nesse processo, as definições normativas do gênero historicamente situadas (e tomadas como dados) se reproduziram e se integraram na cultura da classe operária francesa⁴⁸⁶.

Para SCOTT, portanto, as relações entre os sexos são construídas socialmente, todavia, a noção de construção social não pode estar desvinculada da ideia de poder, que está presente nessa produção, surgindo daí sua concepção de que gênero significa o saber a respeito das diferenças sexuais, como sendo a compreensão produzida pelas culturas e sociedades sobre as interações humanas, corroborando num modo de ordenar o mundo⁴⁸⁷. Dessa forma a autora agrega tanto a construção do saber (pensado como algo relativo cujos usos e significados nascem de uma disputa política e são os meios através dos quais as relações de poder, ou seja, de dominação e de subordinação são construídas), quanto as relações de poder, em sua definição e instrumentalização do conceito de gênero.

BUTLER, em seus ensaios, realizou uma intrincada análise na qual critica a genealogia do gênero, na tentativa de desestabilizá-lo e configurá-lo como algo que vai além de uma característica cultural demarcada sobre o sexo, como aliás sugeria o sistema sexo/gênero⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ SCOTT, J., 1990, p. 16.

⁴⁸⁷ Cf. SCOTT, Joan W. **Preface a gender and politics of history**. Cadernos Pagu, n° 3, Campinas/SP 1994, p. 12.

⁴⁸⁸ Cf. MARIANO, Silvana Aparecida. O sujeito do feminismo e o pós-estruturalismo. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 13, n. 3, p. 483-505, Dec. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2005000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 Ago. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2005000300002>.

Quando BUTLER publica em 1990 *Gender Troubler*, um de seus objetivos chave era desenvolver uma crítica ao Essencialismo Clássico⁴⁸⁹ acerca da questão de gênero, principalmente para revelar seu caráter de construto histórico, submetido a processos de transformação constante, nos quais talvez se pudesse intervir ativamente. Por si só, tal intento não suscitou maiores controvérsias, especialmente se se levar em conta que há 40 anos atrás Simone de Beauvoir já havia afirmado que “ninguém nasce mulher: torna-se mulher”⁴⁹⁰. Mesmo assim, como foi possível essa obra despertar a atenção dos e das cientistas sociais de todo o mundo?

⁴⁸⁹ De acordo com CYRINO, o essencialismo de gênero encontra-se na origem dos fenômenos de segregação sexual, pois participa do processo de categorização sexual, apresentando homens e mulheres de maneira assimétrica e bipolar. O essencialismo de gênero apresenta, por exemplo, os homens como mais competentes na interação com “coisas” e as mulheres como mais competentes do que os homens na interação com pessoas, como se o comportamento dos indivíduos segundo o sexo revelasse características ligadas à natureza, expressas em diferenças de personalidade, de comportamento, de preferências profissionais. CYRINO, Rafaela. **Essencialismo de gênero e identidade sexual: o caso das mulheres executivas**. Cadernos Especializados Feministas, Uberlândia/MG, v. 24, n. 1, p. 79-102, Jan./Jun. 2011. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/neguem/article/download/14219/8140>>. Acesso em 18 ago. 2016.

⁴⁹⁰ “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino. Somente a mediação de outrem pode constituir um indivíduo como um Outro. Enquanto existe para si, a criança não pode apreender-se como sexualmente diferenciada. Entre meninas e meninos, o corpo é, primeiramente, a irradiação de uma subjetividade, o instrumento que efetua a compreensão do mundo: é através dos olhos, das mãos e não das partes sexuais que apreendem o universo. O drama do nascimento, o da desmama desenvolvem-se da mesma maneira para as crianças dos dois sexos; têm elas os mesmos interesses, os mesmos prazeres; a sucção é, inicialmente, a fonte de suas sensações mais agradáveis; passam depois por uma fase anal em que tiram, das funções excretórias que lhe são comuns, as maiores satisfações; seu desenvolvimento genital é análogo; exploram o corpo com a mesma curiosidade e a mesma indiferença; do clitóris e do pênis tiram o mesmo prazer incerto; na medida em que já se objetiva sua sensibilidade, voltam-se para a mãe: é a carne feminina, suave, lisa, elástica que suscita desejos sexuais e esses desejos são apreensivos; é de uma maneira agressiva que a menina, como o menino, beija a mãe, acaricia-a, apalpa-a; têm o mesmo ciúme se nasce outra criança;

Certo é que nessa obra BUTLER não se limita a reatualizar aquela ou outras perspectivas anti-essencialistas. Sua crítica parte de uma reconsideração a ascendentes derridianos sobre a oposição entre natureza e cultura, rechaçando frontalmente sua habitual transposição para o sistema sexo/gênero. No lugar de tomar o sexo como uma forma de passividade material sobre a qual se edificariam, por necessidade biológica ou cultural, os caracteres genéricos, a autora reconsidera o próprio sexo como um lugar a mais onde se deve questionar, desde uma perspectiva genealógica. Assim, gênero “é o meio discursivo/cultural pelo qual a ‘natureza sexuada’ ou ‘um sexo natural’ é produzido e estabelecido como ‘pré-discursivo’, anterior à cultura, uma superfície politicamente neutra sobre a qual age a cultura”⁴⁹¹. Tal superfície se encontraria sempre situada em um contexto cultural ou em um contexto de interpretação dado, fazendo referência ao termo beauvoiriano a partir do qual BUTLER realiza suas conclusões:

[...] Se, como afirma ela {Simone de Beauvoir}, o corpo é uma situação, não há como recorrer a um corpo que já tenha sido sempre interpretado por meio de significados culturais; conseqüentemente, o sexo não poderia qualificar-se como uma facticidade anatômica pré-discursiva. Sem dúvida, será sempre apresentado, por definição, como tendo sido gênero desde o começo⁴⁹².

Em marcos conceituais clássicos, como os que se estudou anteriormente, seria fácil identificar termo a termo as oposições sexo/gênero e corpo/discurso, mas, o discurso de BUTLER, ao problematizar a autonomia do sexo em relação ao gênero, dificulta esse tipo de reducionismo, de sorte que, ao longo da obra, corpo e discurso se apresentam inter-relacionados de formas diversas, ambos jogando um

manifestam-no da mesma maneira: cólera, emburramento, distúrbios urinários; recorrem aos mesmos ardis para captar o amor dos adultos”. BEAUVOIR, S., 1967, p. 9-10.

⁴⁹¹ BUTLER, J., 2003, p. 25.

⁴⁹² Idem, *ibidem*, p. 27.

papel essencial na construção performativa do sexo e gênero. Nessa perspectiva, gênero para BUTLER é performatividade⁴⁹³.

A ideia de performatividade pode ser concebida quando BUTLER afirma que o gênero demonstra ser performativo, vale dizer, constituinte da identidade que pretende ser ou que simula ser, revelando-se um sempre fazer, embora não um fazer por um sujeito que se possa dizer que preexista ao feito⁴⁹⁴.

Numa primeira aproximação é perceptível que BUTLER parece dar prioridade à corporalidade frente ao discurso em sua relação com o gênero, já que a abordagem deste último – mediante a reiterada atualização das ficções regulativas que conforma os ideais de gênero – tem lugar principalmente como uma estilização⁴⁹⁵ do corpo e pode ser lido sobre sua superfície:

⁴⁹³ A performatividades parte da ideia de que o papel do gênero seria produzir a falsa noção de estabilidade, em que a matriz heterossexual estaria assegurada por dois sexos fixos e coerentes, os quais se opõem como todas as oposições binárias do pensamento ocidental: macho x fêmea, homem x mulher, masculino x feminino, pênis x vagina etc. É um discurso que leva à manutenção da tal ordem compulsória. Essa manutenção se daria pela repetição de atos, gestos e signos, do âmbito cultural, que reforçariam a construção dos corpos masculinos e femininos tais como nós os vemos atualmente. Trata-se, portanto, de uma questão de *performatividade*. Para Butler, gênero é um ato intencional, um gesto performativo que produz significados. Cf. PISCITELLI, Adriana. **Gênero: a história de um conceito**. In: ALMEIDA, Heloisa Buarque de; SZWAKO, José (Orgs.). *Diferenças, igualdade*. São Paulo: Berleandis & Vertecchia, 2009, p. 88.

⁴⁹⁴ Cf. BUTLER, J., 2003, p. 25.

⁴⁹⁵ O termo *stylization*, utilizado por Butler para definir gênero, é uma nominalização do verbo *stylize*, cuja melhor tradução seria *fazer conformar a um dado estilo* ou *tornar convencional*. Esse termo, portanto, tem menos a ver com estilo subjetivo (como no uso em português de 'estudos estilísticos'), e muito mais com a repetição de normas sociais rígidas para convencionar práticas e comportamentos sociais. PINTO, Joana Plaza. **Conexões teóricas entre performatividade, corpo e identidades**. DELTA, São Paulo, v. 23, n. 1, p. 1-26, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-44502007000100001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 Ago. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-44502007000100001>

[...] O gênero não deve ser interpretado⁴⁹⁶ como uma identidade estável ou um *locus* de ação do qual decorrem vários atos; em vez disso, o gênero é uma identidade tenuamente constituída no tempo, instituído num espaço externo por meio de uma repetição estilizada de atos. O efeito do gênero se produz pela estilização do corpo e deve ser entendido, conseqüentemente, como a forma corriqueira pela qual os gestos, movimentos e estilos corporais de vários tipos constituem a ilusão de um eu permanente marcado pelo gênero⁴⁹⁷.

Com efeito, tal superfície será um lugar de interpretação e incorporação (o *embodiment* sempre imperfeito) de uma norma cultural disposta a ser repetida, citada e reinterpretada em uma dinâmica que mostra precisamente seu caráter textual e discursivo:

[...] Tais atos, gestos e realizações - geralmente interpretados - são performativas no sentido de que a essência ou a identidade que pretendem expressar são invenções fabricadas e mantidas mediante signos corporais e outros meios discursivos⁴⁹⁸.

Esses aspectos especificamente discursivos se mostram como fundamentais no processo de construção e fixação das disposições sexuais ao longo da discussão com a psicanálise freudiana. BUTLER se refere concretamente à necessidade de estabelecer um ponto de partida narrativo para reestabelecer o relato psicanalítico da aquisição do gênero, no lugar de se manter inquestionável a postulação das disposições sexuais. O que interessa à autora, em relação a essa função narrativa, é seu papel no processo de consolidação da proibição como tática auto-amplificadora da proibição em si, especialmente no caso dos tabus do incesto e da homossexualidade⁴⁹⁹.

As influências culturais, especificamente as linguísticas e/ou narrativas, têm um papel central na produção de identidades

⁴⁹⁶ Na tradução brasileira, no lugar de “interpretado” está “construído”, o que altera completamente o sentido. Segue-se a tradução espanhola.

⁴⁹⁷ BUTLER, J., 2003, p. 200.

⁴⁹⁸ Idem, *ibidem*, p. 217.

⁴⁹⁹ Cf. BUTLER, J., 2003, p. 98.

normalizadas⁵⁰⁰, não somente graças a sua capacidade para transitar e fixar os diversos tabus culturais, mas também em sua capacidade para silenciar e excluir do campo da inteligibilidade cultural as possíveis construções subjetivas que entrem em conflito, de uma ou de outra maneira, com a norma dominante. BUTLER reinterpreta a lei repressora – o sistema coercitivo que conduz à produção da heterossexualidade normativa – como uma lei do discurso, que distingue o dizível do indizível⁵⁰¹.

Com efeito, a crítica à construção melancólica do ideal do “eu” freudiano se centra no fundacionismo que faz pensar as disposições sexuais como originárias e desprovidas de uma história que permita interroga-las para fazê-las “pensáveis”. O papel de delimitação do inteligível efetuado pela lei do discurso se converte em um “emascaramento” do processo de construção daquele que pretende ocupar o lugar do dado, de forma que longe de ser fundante, estas disposições são resultado de um processo cujo objetivo é disfarçar sua própria genealogia; em outras palavras, as disposições são rastros de uma história de proibições sexuais impostas que não foi contada e que tenta fazer com que essas proibições sejam inenarráveis⁵⁰².

A redescrição da lei repressora (do esquema psicanalítico) como lei do discurso é fundamental para o desenvolvimento da teoria da performatividade apresentada por BUTLER em suas considerações sobre o gênero. A retórica da proibição remeteria a uma dinâmica de liberação/repressão que ocultaria o papel produtivo da norma cultural, impedindo que se desse conta de sua influência nas estruturas mais gerais de inteligibilidade, exatamente onde se estabelecem as condições de inteligibilidade dos sujeitos. Assim, a teoria da performatividade se ocupa dos modos de produção dos sujeitos, de sua construção, sempre desde a origem no interior da cultura e de suas estruturas normativas; por isso BUTLER propõe diversos modos estratégicos de ressignificação da norma cultural, pois é precisamente da necessidade que esta tem de se

⁵⁰⁰ O vínculo entre narratividade e construção da identidade não é, desde logo, uma ideia exclusiva do discurso psicanalítico ou do discurso que Judith Butler faz sobre o pós-estruturalismo. Para outros enfoques sobre essa questão, ver especialmente: RICOEUR, Pablo. **Sí mismo como otro**. In.: El sí de la identidad narrativa. Madrid, Siglo XXI, 1996.

⁵⁰¹ Cf. BUTLER, J., 2003, p. 99.

⁵⁰² Idem, ibidem, p. 99.

repetir para exercer sua ação reguladora, de onde provém sua intrínseca vulnerabilidade.

Assim, todo efeito de poder se produz performativamente, isto é, a norma é capaz de conformar a realidade segundo seus ditames somente quando pode ser reproduzida, recitada e repetida, mantendo, ademais, a ilusão de seu caráter originário, essencial e não derivado⁵⁰³. É precisamente esta frágil ontologia dos ideais regulatórios a que permite a introdução do “erro e da anomalia”, no momento exato da repetição.

Dessa afirmação retira-se que além de ser performatividade, gênero é também norma. Ao contrário das concepções apresentadas anteriormente, BUTLER avança e introjeta o gênero numa perspectiva muito mais jurídica do que unicamente social ou cultural, eis que a regulação que se realiza em relação às performances de gênero é repressora e punitiva, pois é a partir dessa regulação que se institucionaliza o processo pelo qual as pessoas são consideradas ou não, normais⁵⁰⁴.

Adverte a autora que entender o gênero como uma norma requer maiores elaborações. Primeiro, ela explica que uma norma não é o mesmo que uma regra, assim como não é o mesmo que uma lei. Norma, na concepção de BUTLER, opera no âmbito de práticas sociais sob o padrão comum implícito da normalização, de maneira que, muito embora uma norma possa ser analiticamente separada das práticas nas quais ela está imersa, ela também pode se mostrar recalcitrante a quaisquer esforços de descontextualização de sua operação. Isso faz com que normas possam ou não ser explícitas, e quando elas operam como o princípio normalizador da prática social, elas geralmente permanecem implícitas, difíceis de perceber e mais clara e dramaticamente discerníveis nos efeitos que produzem⁵⁰⁵. É por isso que as normas de gênero, em sua essência, nunca estão escritas, a exemplo do estabelecimento de cores para os gêneros, de brinquedos, de roupas, de cortes de cabelo, de acessórios, de profissões e de posturas físico-culturais. Segundo, e baseando-se nessa afirmação, a autora registra que é a norma quem governa a

⁵⁰³ Cf. BUTLER, J., 2003, p. 99-100.

⁵⁰⁴ Cf. BUTLER, Judith. **Regulações de gênero**. Cad. Pagu, Campinas, n. 42, p. 249-274, Junho 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332014000100249&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 19 Mar. 2017.

⁵⁰⁵ Idem, *ibidem*, p. 250.

inteligibilidade, permitindo que práticas específicas sejam reconhecidas como tais “impondo uma grelha de legibilidade sobre o social e definindo os parâmetros do que será e do que não será reconhecido como domínio do social”⁵⁰⁶.

Gênero, pois,

[...] é o aparato pelo qual a produção e a normalização do masculino e do feminino se manifestam junto com as formas intersticiais, hormonais, cromossômicas, físicas e performativas que o gênero assume. Supor que gênero sempre e exclusivamente significa as matrizes "masculino" e "feminina" é perder de vista o ponto crítico de que essa produção coerente e binária é contingente, que ela teve um custo, e que as permutações de gênero que não se encaixam nesse binarismo são tanto parte do gênero quanto seu exemplo mais normativo⁵⁰⁷.

Gênero, portanto, seria, em verdade, o mecanismo pelo qual as noções de masculino e feminino são produzidas e naturalizadas, mas:

[...] gênero pode muito bem ser o aparato através do qual esses termos podem ser desconstruídos e desnaturalizados. De fato, pode ser que o próprio aparato que pretende estabelecer a norma também possa solapar esse estabelecimento, que esse estabelecimento fosse como que incompleto na sua definição. Manter o termo "gênero" em separado de masculinidade e feminidade é salvaguardar uma perspectiva teórica que permite analisar como o binarismo masculino e feminino esgotou o campo semântico de gênero. Quer estejamos nos referindo à "confusão de gênero", "mistura de gêneros", "transgêneros" ou "cross-gêneros", já estamos sugerindo que gênero se move além do binarismo naturalizado. A assimilação entre gênero e masculino/feminina, homem/mulher,

⁵⁰⁶ BUTLER, 2014, p. 250-251.

⁵⁰⁷ Idem, ibidem, p. 253.

macho/fêmea, atua assim para manter a naturalização que a noção de gênero pretende contestar.

É a partir desse conjunto teórico que BUTLER justifica a existência e a proliferação de identidades que, a partir de ressignificações subversivas dos ideais regulatórios, desestabilizam o sistema normativo heterocentrado. Todavia, a autora alerta que não é possível afirmar que qualquer configuração de gênero seja factível, pois as possibilidades de que outras ficções de gênero se materializem dependem, de um lado, dos limites dos discursos culturais a nossa disposição (os quais, na tradição ocidental, ainda repousam sobre estruturas binárias), e, por outro lado, da chamada inventividade visionária (a partir de uma posição às margens desses discursos) para subverter as linhas de demarcação através de estratégias de performance como, por exemplo, das identidades *drags*, travestis e transgêneros como um todo⁵⁰⁸.

2.5 A IDENTIDADE DE GÊNERO ENQUANTO MANIFESTAÇÃO INDIVIDUAL DO SUJEITO.

Nos tópicos anteriores procurou-se estabelecer uma diferença, ainda que eminentemente teórica, sobre as categorias sexo, sexualidade e gênero. Observou-se que, inobstante estejam essas categorias ligadas, sobremaneira a partir de toda a conjuntura social imposta aos corpos tendo como referência o binarismo dos sexos, elas não se confundem. O sexo refere-se à biologia dos corpos, cuja construção também é fruto de um contexto; a sexualidade ou a orientação sexual liga-se aos desejos afetivos e sexuais, possuindo também um referente social, construído a partir da ideia de normalização das práticas sexuais; o gênero, ao seu turno, apresenta-se como algo mais complexo pois abarca as duas noções anteriores, mas agrega à sua concepção dispositivos culturais e, sobretudo, normativos, que qualificam os corpos, atribuindo-lhes a necessária intelegibilidade para que se adentre nas categorias de normalidade e de humanidade. A figura abaixo esquematiza essas diferenças.

⁵⁰⁸ Cf. COSTA, C., 1994, p. 164.

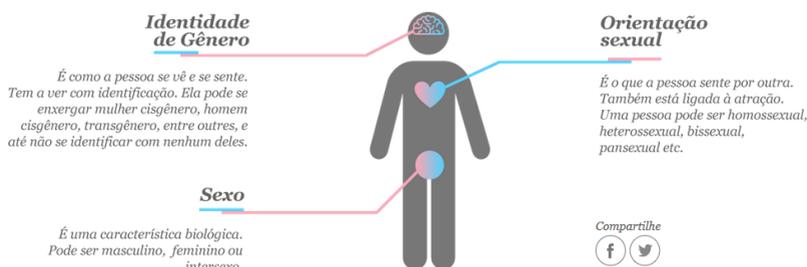


Imagem 1: Dicionário de gênero

As considerações apresentadas anteriormente acerca do conceito de gênero são de suma importância para que se entenda o que são as identidades de gênero, e conseqüentemente para que se possa estabelecer o porquê de tais identidades serem dignas de respeito social e de tutela estatal. Todavia, antes, por uma questão metodológica, é interessante explicar com maior exatidão o que significa o termo “expressão de gênero” para, na sequência, adentrarmos especificamente nas identidades derivadas das performances de gênero.

Expressão de gênero é a forma pela qual se demonstra o gênero, seja através de ações, de vestimentas ou de comportamentos, baseando-se nas noções de masculinidade e feminilidade. A aparência, a fala, o comportamento e os movimentos corporais, além de outros fatores, sinalizam como cada um gostaria de ser visto e entendido, seja como masculino, como feminino, como ambos ou como nenhum gênero. Essas expressões variam de acordo com a sociedade ou com o espectro de sociedade que esteja sob análise.

Para que se entenda o significado dessa expressão, mister a contribuição de MAED. Em 1935, a antropóloga norte-americana Margareth Mead publicou o livro *Sexo e Temperamento*⁵⁰⁹, obra clássica

⁵⁰⁹ A autora norte-americana ao conviver com esses indivíduos (as tribos analisadas), percebeu o quão diferente pode ser a personalidade dominante de um grupo para outro. Isso porque a sociedade em que os indivíduos estão inseridos lapida os mesmos de acordo com o ideal de ser humano do grupo, evidenciando o fato de o homem ser flexível e maleável quanto à formação de sua personalidade. Porém, como é discutido na obra, existem aqueles indivíduos os

para os estudos de gênero. Nesse texto, a autora demonstrou que numa mesma ilha localizada nos territórios da Nova Guiné, três tribos⁵¹⁰ atribuíam diferentes expressões de gênero para homens e mulheres. A agressividade e a passividade, que são comportamentos ocidentalmente associados, respectivamente, a homens e mulheres, como uma espécie de determinismo biológico, nestas tribos, eram associadas de outra forma.

Na tribo dos Arapesh, homens e mulheres assumiam caracteres de alta cordialidade e docilidade; inclusive em razão dessa característica, tanto os homens quanto as mulheres assumiam um papel maternal, sendo tarefa tanto do pai quanto da mãe o cuidado com alimentação, higiene, produção de ornamentos e ensinamentos para com os filhos, os quais eram moldados e formatados para transformarem-se na personalidade tranquila, delicada e receptiva, típica dos adultos da tribo⁵¹¹. Isso refletia, segundo a autora, uma característica fundamental dessa cultura, a cooperação: os indivíduos eram unidos em vários níveis de atuação⁵¹². Na parte final do primeiro capítulo, o qual foi dedicado ao estudo da tribo mencionada, a autora reafirma que o objetivo básico de seus estudos de campo na Nova Guiné era descobrir em que grau as diferenças temperamentais entre os sexos eram inatas e em que medida eram culturalmente determinadas, além de investigar minuciosamente os mecanismos educacionais ligados a essas diferenças. Registra, pois, seu sentimento de decepção ao deixar os Arapesh, pois, segundo ela, não foi possível encontrar diferenças temperamentais entre os sexos, nem ao estudar as crenças culturais, nem ao observar os indivíduos em suas realidades⁵¹³.

Em relação à tribo Mundugumor, MAED adverte que, de forma surpreendente, a tônica cultural dessa tribo contradizia e contrastava com a cultura dos Arapesh, inobstante serem dois povos que compartilhavam inúmeros traços econômicos e sociais e que faziam parte de uma mesma área cultural, estando separados por apenas 100 milhas,

quais fogem à regra quanto ao padrão que deveria ser apresentado. O objetivo da obra, porém, era analisar se o temperamento está obrigatoriamente ligado à diferença biológica dos sexos, se o homem tem sempre tendências agressivas e dominadoras, e a mulher tendências pacatas e maternais. Cf. MEAD, Margaret. **Sexo e Temperamento**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1976.

⁵¹⁰ Os Arapesh, os Mundugumo e os Tchambuli.

⁵¹¹ Cf. MEAD, M., 1976, p. 60.

⁵¹² Idem, ibidem, p. 31 e ss.

⁵¹³ Idem, ibidem, p. 165.

aproximadamente. Os Mundugumor chegavam ao extremo oposto dos Arapesh e, ao desprezarem o sexo como base para o estabelecimento de diferenças de personalidade, padronizavam o comportamento de homens e mulheres como ativamente masculinos, viris e sem quaisquer das características suavizadoras e adoçantes que geralmente costuma-se associar inalienavelmente femininas⁵¹⁴. O estudo realizado nessa tribo em alguma medida proporcionou resultados semelhantes aos que foram obtidos na tribo anterior: os homens e as mulheres foram moldados para o mesmo padrão temperamental, embora este padrão, em sua violência, seu individualismo, seu apetite de poder e posição, contrastasse agudamente com a personalidade ideal dos Arapesh, como sua ênfase carinhosa e dócil⁵¹⁵.

Diferentemente dos dois primeiros grupos, os Tchambuli têm entre os sexos expressões de gênero determinadamente contrastantes, como uma organização patriarcal, porém, com uma característica relevante: os homens são dependentes emocionalmente e de certa forma economicamente das mulheres. Com cerca de quinhentas pessoas, a tribo vive à beira de um lago com rica matéria orgânica; os homens permaneciam à beira deste lago e as mulheres mais à encosta das montanhas. O povo Tchambuli era conhecido pelos dotes artísticos e artesanais, principalmente dos homens, que eram responsáveis pelas cerimônias e ornamentação das casas. Às mulheres era atribuído o cuidar das crianças, a pesca e o fazer de mosquiteiros, os quais eram vendidos aos vizinhos, tarefa que aliás era de onde os Tchambuli tiravam suas riquezas⁵¹⁶.

A partir desse estudo outros foram feitos em diversos grupos humanos, demonstrando, da mesma forma, que a forma de expressar o gênero de homens e mulheres não eram sempre as mesmas, variando de acordo com a sociedade e a cultura analisada. GROSSI, explica que, o que acontecia até muito recentemente, era que a maioria dos antropólogos olhavam para outras culturas com um olhar iminentemente ocidental, cujo contexto tratava as mulheres como culturalmente passivas, o que os impedia de perceber variantes culturais do comportamento de homens e

⁵¹⁴ MEAD, M., 1976, p. 168.

⁵¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 229.

⁵¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 231 e ss.

mulheres⁵¹⁷, que a partir de estudos como o de MAED, puderam ser percebidos e estudados.

Ocorre que, para além de mudarem as formas de expressão dos gêneros de uma cultura para outra, é possível também que se observem mudanças quando analisadas as expressões de gênero dentro de uma mesma cultura. No tocante à cultura ocidental, por exemplo, é possível observar a enorme importância dos movimentos sociais da segunda metade do século XX para a transformação de modelos esperados, até então, para homens e mulheres, os quais foram consolidados a partir do Iluminismo e da Revolução Francesa⁵¹⁸.

Muitos textos acadêmicos e panfletos de origem feminista produzidos no Brasil:

[...] apresentavam uma visão "neo-evolucionista" da situação das mulheres no Ocidente. Nesta perspectiva, parece que as mulheres estariam evoluindo de uma situação de grande opressão para uma de libertação. Estes textos começam, por exemplo, falando da mulher no tempo do homem das cavernas, quando eram puxadas pelos cabelos; depois falam do tempo de Jesus Cristo, quando as mulheres eram apedrejadas, como Maria Madalena; passam pela Idade Média, com exemplos das bruxas queimadas nas fogueiras; e finalmente chegam aos dias de hoje, falando dos avanços que as mulheres conseguiram a partir de suas lutas. Estes textos, que seguidamente são divulgados em datas comemorativas, como o dia Internacional da Mulher, o 8 de março, acabam, de alguma forma reificando ideias neo-evolucionistas, segundo as quais haveria uma linha evolutiva na história das mulheres⁵¹⁹.

No tocante a situações de opressão das quais as mulheres, por serem mulheres, foram seguidamente vítimas ao longo da História:

⁵¹⁷ GROSSI, Mirian Pillar. **Identidade de gênero e sexualidade**. In.: Antropologia em primeira mão. N. 6. Florianópolis: PPGAS/UFSC, 1995, p. 6.

⁵¹⁸ Cf. GROSSI, M., 1995, p. 7 e ss.

⁵¹⁹ GROSSI, M., 1995, p. 7.

[...] Muitas historiadoras nos têm mostrado que, mesmo em épocas de grande opressão das mulheres, havia situações e práticas nas quais elas detinham poder e reconhecimento social. No campo da Antropologia, o mesmo tem sido feito quando se reflete sobre a particularidade de cada sociedade, sendo possível perceber que, em muitas delas, há espaços de poder eminentemente femininos⁵²⁰.

Todavia, para a análise sobre as expressões de gênero a que o presente trabalho se propõe, deve-se localizar as noções de masculinidade e de feminilidade no seio da sociedade contemporânea, vale dizer, passando pela Revolução Industrial, chegando na configuração do modelo de representação política ocidental que se localiza no projeto revolucionário iluminista, pois foi nesse projeto de sociedade que se separaram as esferas pública e privada⁵²¹, às quais são intrinsecamente associadas às expressões de gênero, contra as quais todas as vertentes do feminismo e da *novel* Teoria *Queer*⁵²² têm lutado, desde as sufragistas⁵²³.

Feitas essas considerações, abordar-se-á, doravante, a questão da identidade ou das identidades de gênero, algo um pouco mais complexo, pois que remete à constituição do sentimento que cada um de nós nutre acerca de sua identidade individual.

Inicialmente, mister esclarecer que para o presente estudo tratar-se-á identidade de gênero e identidade sexual como expressões sinônimas, por opção metodológica, tendo em vista que os estudos específicos sobre o tema dificultam a exata distinção entre tais expressões. Por exemplo, PERES aduz que essas expressões devem de fato serem tidas como sinônimas, mesmo afirmando sua preferência pela denominação

⁵²⁰ Idem, *ibidem*, p. 7-8

⁵²¹ Sobre o feminismo e a temática dos espaços público e privado ver: BIROLI, Flávia. **O público e o privado**. In.: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e política*. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 31-46.

⁵²² Sobre a teoria Queer indica-se a leitura da seguinte obra: CÓRDOBA, David; SÁEZ, Javier; VIDARTE, Paco. **Teoria Queer**: políticas bolleras, maricas, trans, mestizas. 2. ed. Madrid: Editorial Egales, 2005.

⁵²³ Para maiores esclarecimentos sobre as sufragistas, indica-se a obra: WOLLSTONECRAFT, Mary. **Reivindicação dos direitos da mulher**. Trad.: Ivania Pocinho Motta. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

“identidade de gênero”, em razão do conteúdo mais amplo que ela engloba⁵²⁴, a exemplo da concepção anteriormente apresentada acerca das expressões de gênero. Portanto, opta-se pela expressão “identidade de gênero” justamente por nela estarem inseridas o conteúdo da “expressão de gênero” e da “identidade sexual”.

Quando se pretende estudar as identidades derivantes do gênero, faz-se importante identificar o marco teórico e também epistemológico a partir do qual se fará a análise pretendida. Nessa perspectiva, para além da posição anti-essencialista⁵²⁵ que nega tanto o caráter natural da identidade, assim como seu caráter fixo e estável, a Teoria *Queer*⁵²⁶, acrescenta que a identidade do sujeito é uma construção social que deve se entender como um processo aberto a constantes transformações e redefinições⁵²⁷.

⁵²⁴ PERES, Ana Paula. Barion. **Transexualismo**: o direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 90-90.

⁵²⁵ Op. Cit. 142.

⁵²⁶ Queer é uma palavra que no uso da língua inglesa pode referir-se tanto a sujeitos masculinos como a sujeitos femininos, e por extensão, a todas e cada uma das combinações derivadas da dicotomia de gênero que se possa imaginar, ou que se possa articular na prática cotidiana de comunidades marginais, em relação à heterossexualidade. Nesse sentido, queer é mais do que a soma de gays e lésbicas, inclui esses dois grupos e a muitas outras figuras identitárias construídas nesse espaço marginal (transexuais, transgêneros, travestis, etc) uma vez que se refere à inclusão de todas aquelas que podem proliferar em seu seio.

⁵²⁷ “Ni lo queer nació en la universidad, ni nunca entrará en sus aulas de forma pacífica (tal vez no entrará de ninguna otra forma: lo queer es la antítesis de la universidad, lo no universalizable, lo que el universal deja caer como desecho, la caída del sistema omniabarcador, su resto inasimilable, ineducable, no escolarizable, indecente, indocente e indiscente es lo queer, por decirlo de modo lapidario); ni siquiera el término «queer» es un invento académico, si bien ha sido a través de la universidad y de la generalización y proliferación del monstruo bicéfalo de eso que se dio en llamar queer theory como lo queer ha llegado a consolidarse y a transmitirse a otros países no anglófonos más allá de su contexto de surgimiento en EEUU. La palabra, en su sentido eminentemente político y reivindicativo, pues la historia puramente lingüística del término es más larga, la encontramos ya abanderando las siglas del manifiesto de Queer Nation, nacido en 1990 en el seno de ACT UP en New York. Lo queer deambula por las calles desde siempre como ruedan las prostitutas en busca de cliente, como vuelan los panfletos subversivos en una mani, y no está esperando a que alguien considere esta o aquella súbita aparición un momento de especial relevancia histórica, el

Os estudos “*queer*” terão como um dos eixos fundamentais a análise dos mecanismos históricos e culturais que produzem as identidades que são patologizadas, invertendo o foco da análise, do indivíduo para as estruturas sociais. BENTO registra que nesse processo de desnaturalização de comportamentos, o foco explicativo para a constituição das identidades desloca-se do indivíduo para as genealogias dos discursos que limitam a categoria “humanidade” a apenas duas possibilidades excludentes⁵²⁸: “ou você tem pênis ou vagina. Ou você é homem ou é mulher. Dois corpos, dois gêneros. Ou você é masculino ou feminino, mas sejamos todos heterossexuais. Nada de ambiguidade, um horror a indeterminação”⁵²⁹.

Os estudos “*queer*”, então, radicalizam o projeto feminista, em um debate interno ao campo, mas que o extrapola, à medida que habilita a entrarem na categoria de humanidade pessoas transexuais e travestis, *drag queen*, *drag kings*, lésbicas, gays, bissexuais, e todos aqueles designados pela literatura médica ou pelas ciências “psi” como sujeitos portadores de transtornos, portanto, psicóticos, desviados, perversos. Na perspectiva “*queer*”, as margens manterão uma relação de disputa e de explicitação do caráter ideológico daqueles que produzem discursos que alimentam a reprodução das margens, de forma que as posições de gênero que os corpos ocupam nas estruturas sociais serão interpretadas como um sistema complexo, que põe em movimento múltiplas relações de poder, e no qual será sempre possível intervir, criando espaços de resistência, a exemplo da própria experiência transexual, que nos remete às experiências das identidades de gênero, objeto da análise que se segue⁵³⁰.

Para desnaturalizar as identidades e estabelecer as disputas, uma das estratégias desse marco teórico é transformar e incorporar o insulto homofóbico como elemento identitário. Por exemplo, em uma entrevista concedida ao historiador espanhol Jesús Carrillo, BEATRIZ PRECIADO registra que prefere ser chamada de “sapatão”, pois no cotidiano é assim que a reconhecem e a nomeiam. Lésbica, para ela, é uma categoria

acta fundacional de lo queer, o su ingreso en la Historia con mayúsculas”. (grifo nosso). VIDARTE, Paco. **El banquete univeersitario**: disquisiciones sobre el s(ab)er queer. In.: CÓRDOBA, David; SÁEZ, Javier; VIDARTE, Paco. Teoria Queer: políticas bolleras, maricas, trans, mestizas. 2. ed. Madrid: Editorial Egales, 2005, p. 77.

⁵²⁸ Cf. BENTO, B., 2008, p. 52

⁵²⁹ BENTO, B., 2008. p. 52.

⁵³⁰ Cf. BENTO, B., 2008, p. 53.

médica, de forma que quando se é chamada de sapatao, a resposta “*queer*” que ela dá é: sou, e daí?⁵³¹

SILVA explica que as condições que possibilitam a emergência do movimento “*queer*” ultrapassam questões pontuais da política e da teorização gay e lésbica, de forma que tais condições precisam ser compreendidas dentro do quadro mais amplo do pós-estruturalismo. Assim, tal como havia feito o feminismo, essa teoria:

[...] efetua uma verdadeira reviravolta pesistemológica, pois ela quer nos fazer pensar *queer* (homossexual, mas também diferente) e não *straight* (mas também quadrado): ela nos obriga a considerar o impensável, o que é proibido pensar, em vez de simplesmente considerar o pensável, o que é permitido pensar. O *queer* se torna, assim, uma atitude epistemológica que não se restringe à identidade e ao conhecimento sexuais, mas que se estende para o conhecimento e a identidade de modo geral. Pensar *queer* significa questionar, problematizar, contestar todas as formas bem-comportadas de conhecimento e de identidade. A epistemologia *queer* é, neste sentido, perversa, subversiva, impertinente, irreverente, profana, desrespeitosa⁵³².

Mesmo antes da esquematização da Teoria “*Queer*”, que se deu sobretudo a partir da década de 80 do século passado, autores como STOLLER já apresentavam estudos sobre as implicações do gênero em relação às identidades dos sujeitos, os quais foram trazidos para os estudos “*queer*”.

⁵³¹ CARRILLO, Jesús. **Entrevista com Beatriz Preciado**. Cad. Pagu, Campinas, n. 28, p. 375-405, June 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332007000100016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 22 Ago. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-83332007000100016>.

⁵³² SILVA, Tomaz Tadeu da. **Documentos de identidade**: uma introdução às teorias do currículo. Belo Horizonte: Autêntica, 1999, p. 107.

No final da década de 1960 do século passado, esse autor estudou inúmeros casos de sujeitos à época considerados “hermafroditas”⁵³³ ou com genitais escondidos⁵³⁴, os quais haviam sido juridicamente registrados com o gênero oposto ao seu sexo biológico. Após sua análise, ele afirmou que seria “mais fácil mudar o sexo biológico do que o gênero de uma pessoa”⁵³⁵, pois segundo explica, uma criança aprende a ser menino ou ser menina até os três anos de idade, momento de passagem pelo complexo de Édipo e pela aquisição da linguagem, sendo este um momento importantíssimo para a constituição do simbólico, uma vez que a língua é um elo que liga o sujeito à sua cultura⁵³⁶.

STOLLER aduz que todo sujeito tem um núcleo de identidade de gênero, que para ele é um conjunto de convicções pelas quais se considera socialmente o que é masculino ou feminino. Este núcleo não se modifica no decorrer da vida psíquica do sujeito em análise, sendo possível associar-se novos papéis a esta convicção⁵³⁷.

GROSSI, nessa linha de raciocínio, assevera que este núcleo de nossa identidade de gênero se constrói no processo de sociabilização, a partir da rotulação do bebê como menino ou menina, o que se dá no momento do nascimento ou mesmo antes, com as novas tecnologias de detectar o sexo do feto, quando se atribui um nome à criança e esta passa a ser tratada imediatamente como menino ou como menina. É a partir desse assinalamento que autora explica que socialmente se esperará da

⁵³³ A discussão em torno do “hermafroditismo” não é algo exatamente novo. Ela tem ocupado, há séculos, o pensamento de filósofos, médicos, juristas, entre outros. A palavra hermafrodita surgiu na Grécia, representando uma combinação dos nomes de dois deuses: Hermes (o filho de Zeus) e Afrodite (deusa da beleza e do amor sexual). Um dos mitos de origem do primeiro hermafrodita, sugere que Hermes e Afrodite tiveram um filho de beleza estonteante, de tal forma que teria despertado a paixão de uma ninfa. A ninfa, tomada por seus sentimentos, colou-se ao corpo de Hermaphroditos, e os dois tornaram-se um. Cf. MACHADO, Paula Sandrini. **O sexo dos anjos**: um olhar sobre a anatomia e a produção do sexo (como se fosse) natural. Cadernos Pagu (24), jan-jun, p. 249-281. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n24/n24a12.pdf> > Acesso em 03 out. 2016.

⁵³⁴ Hoje em dia o termo correto é pessoa intersexual.

⁵³⁵ STOLLER, Robert J. **Masculinidade e feminilidade**: apresentações do gênero. Trad. Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artes Medicas, 1993, p. 199.

⁵³⁶ Cf. STOLLER, R., 1993, p. 199.

⁵³⁷ Idem, *ibidem*, p. 200.

criança comportamentos condizentes com o seu sexo, de forma que, caso tenha havido um erro nessa rotulação, será praticamente impossível realizar uma mudança na identidade de gênero desse indivíduo após os três anos de idade, momento em que todo ser humano descobre que é único e não a extensão do corpo da mãe⁵³⁸.

Com efeito, a identidade de gênero não guarda qualquer relação com o desejo afetivo que cada sujeito desenvolve; ao contrário, ela está ligada apenas ao sentimento individual de pertencimento ao universo dos gêneros. Assim, por exemplo, a homossexualidade não deve ser tida como um desvio da identidade de gênero, uma vez que dentro da categoria sexualidade há sujeitos que assumem identidades socialmente atribuídas ao masculino e outros ao feminino, ou a ambos, ou a nenhum: sexualidade e identidade de gênero são espectros distintos da identidade dos sujeitos, sendo aquela apenas uma das variáveis que configura a identidade de gênero em concomitância com outras coisas, como a expressão de gênero, e esta, a identidade de gênero, uma categoria pertinente para pensar o lugar do indivíduo no interior de uma cultura determinada⁵³⁹. Aliás, a orientação que designa objeto sexual e de desejo, com efeito, somente é realizada a partir da adolescência, não interferindo na identidade de gênero do indivíduo criado sob a rotulação do “ser macho ou ser fêmea”, portanto, do ser masculino ou feminino⁵⁴⁰.

GROSSI adverte que:

[...] Um homem que não deseje mulheres e que se sinta atraído por homens não deixa de se sentir homem. Mas é claro que, devido a pressões sociais, alguém que não é heterossexual se sente "diferente" daquilo que aprendeu como o comportamento sexual correto. Mesmo as travestis sabem que são “homens”, e algumas chegam mesmo a dizer que estão apenas "brincando" de ser mulheres ao se vestirem e se portarem corporalmente enquanto tais. Muitas delas parecem reproduzir muito mais o modelo de feminilidade ocidental do que as próprias mulheres, como atesta, por exemplo, o estudo sobre travestis da Lapa no

⁵³⁸ Cf. GROSSI, M., 1995, p. 8.

⁵³⁹ Idem, ibidem, p. 8-9

⁵⁴⁰ Cf. STOLLER, R., 1993, p. 203.

Rio de Janeiro, feito por meu colega Hélio R. S. Silva. (...) As próprias mulheres se sentem intimidadas ou provocadas com este "excesso de feminilidade" que as travestis fazem questão de ostentar. Um exemplo disto foi dado pela provocadora pós-feminista norte-americana Camille Paglia, numa entrevista ao caderno Mais da Folha de São Paulo em 1994, em que ela afirmava: "aprendi a ser mulher com as drag-queens. Me fantasio para ser mulher e consigo representar este papel por um dia. Mas depois volto para casa, coloco uma roupa velha e não me sinto nada sexy"⁵⁴¹.

Determinado está que a identidade de gênero se refere ao sentimento de pertencimento individual aos universos masculino e feminino, ou mesmo a todo o universo existente entre essas duas perspectivas: o ser masculino, o ser feminino, o ser ambos e o não ser nenhum. Todavia, o feixe de possibilidades que se abre entre essas duas nuances comporta um outro universo que agrega muito mais do que simplesmente os indivíduos que se adequam integralmente a uma dessas perspectivas identitárias⁵⁴². É justamente em razão da existência de sujeitos que transitam entre os gêneros, e daqueles que rechaçam viver a normatividade socialmente atribuída a eles que os estudos sobre o gênero e suas identidades ganham contornos jurídicos. Dessa forma, para o estudo em curso, será relevante as considerações acerca das identidades de gênero desviantes do padrão sexo/gênero, pois são os sujeitos que se enquadram nesse grupo que sofrem as principais e maiores restrições no tocante ao exercício de direitos básicos que, formalmente são concedidos aos sujeitos que vivem em conformidade com os gêneros binários.

O universo das identidades de gênero pode ser verificado a partir das diversas nomenclaturas a identificar as formas como os indivíduos se inserem no mundo dos gêneros. Todavia, é importante explicar que essa questão é muito mais complexa do que qualquer descrição que se objetive fazer em alguns parágrafos, pois há quem não se sinta identificado pelos

⁵⁴¹ GROSSI, M., 1995, p. 11.

⁵⁴² O conceito de cisgeneridade integra essa concepção. Cis são as pessoas que guardam identidade entre o sexo biológico e o gênero atribuído a este sexo. Cis podem ser tanto heterossexuais como bissexuais ou mesmo homossexuais.

termos descritos no glossário do presente trabalho, de maneira que a melhor forma de saber o que cada pessoa é e como se deve dirigir-se a ela é perguntando a maneira que cada um se identifica. Apenas a título ilustrativo cita-se as seguintes identidades:

“Bigênero: alguém que se identifica como homem e mulher ao mesmo tempo. Uma identidade bigênero é uma combinação destes dois gêneros, mas não obrigatoriamente uma repartição meio a meio, já que quem se identifica assim muitas vezes sente – e expressa – cada um desses gêneros por inteiro. Assim como indivíduos que se identificam como fluidos, pessoas bigênero podem se apresentar como homens, como mulheres, ou neutros dependendo do dia.

Cisgênero: uma pessoa que tem a identidade de gênero comumente associada a seu sexo biológico (por exemplo, alguém que é considerada mulher quando nasce e vive como uma mulher).

Gênero Fluido: alguém cuja identidade de gênero e apresentação não se limita a apenas uma categoria de gênero. Pessoas de gênero fluido podem ter compreensões dinâmicas ou flutuantes do próprio gênero, mudando de um para outro de acordo com o que sentir melhor no momento. Por exemplo, uma pessoa de gênero fluido pode se sentir mais como um homem num dia e mais como uma mulher no dia seguinte, ou sentir que nenhum dos termos se aplica a ele.

Não-binário: Pessoas que se identificam como não-binárias desprezam a ideia de uma dicotomia entre macho e fêmea, ou mesmo de um contínuo entre macho e fêmea com a androginia no centro. Para eles, o gênero é uma ideia tão complexa que se encaixaria melhor num gráfico tridimensional, ou numa rede multidimensional.

Pangênero: o pangênero é similar ao andrógino, no sentido de que a pessoa se identifica como um terceiro gênero com algum tipo de combinação dos aspectos tanto masculinos como femininos, mas um pouco mais fluidos. Também pode ser utilizado como um termo inclusivo para designar “todos os gêneros”.

“Trans”: este é um termo inclusivo, que se refere às muitas maneiras que uma pessoa pode transcender ou até mesmo transgredir o gênero ou as normas de gênero (por exemplo, inclui indivíduos que se identificam como transgênero, transexuais, gênero diverso etc.). Na maior parte das vezes o asterisco (*) não é seguido de um sexo ou termo de gênero – escreve-se simplesmente Trans* – para indicar que nem todas as pessoas se identificam com um rótulo de sexo ou gênero já estabelecido.

Travesti: pessoa que é identificada no nascimento como do gênero masculino, mas que objetiva se construir como pertencente ao gênero feminino, podendo, para tanto, incluir ou não, o uso de procedimentos estéticos e/ou cirúrgicos⁵⁴³.

Todos e todas que fogem do binarismo, ou seja, aqueles e aquelas que não se identificam como pessoas “cis”, por uma questão metodológica, serão chamados, doravante, de transgêneros ou transexuais, ou mesmo pessoas “trans”., tendo em conta o universo de, pelo menos, 56 identidades que fogem à binariedade para os gêneros.

Ao se delimitar os sujeitos que servirão de base para o estudo ora proposto surge um questionamento: o que é transexualidade? Inicialmente registre-se que o presente trabalho optou por adotar a nomenclatura “transexualidade”, no lugar do transexualismo, com o objetivo de evitar a conotação de enfermidade que a Língua Portuguesa atribuiu às palavras com o sufixo “ismo”, já que estar-se a tratar de questões ligadas à identidade dos sujeitos, ou seja à forma como cada um se percebe em relação aos gêneros, e não a patologias. Aliás, inobstante a manutenção do termo “transexualismo” no CID-10⁵⁴⁴, sob o código F64, a abordagem desse tema sob uma perspectiva de Direitos da Personalidade, que em uma análise mais geral são também os direitos humanos, implica certa flexibilidade no tocante à avaliação das diversas formas individuais de expressão dos sujeitos, com o intuito de não limitar a expressão dessas identidades ao estudo e à rigidez de um diagnóstico médico, que dificulte um olhar mais direto sobre a realidade da pessoa. Para CASTEL, o fenômeno transexual só tem de médico o fato

⁵⁴³ Dicionário de Gêneros. Em: < <http://dicionariodegeneros.com.br/>>.

⁵⁴⁴ Código Internacional de Doenças, 10º versão.

contingente de estar inserido entre as síndromes psiquiátricas⁵⁴⁵, assim como aconteceu com a homossexualidade, que há muito foi expurgada do CID⁵⁴⁶.

A primeira menção à palavra transexual ocorreu em 1910, pelo sexólogo alemão Magnus Hirschfeld sob a forma de “*Die Tranvestiten*”, tendo sido D. O. Cauldwell o responsável, em 1949, por descrever o fenômeno com as nuances psiquiátricas que ainda hoje emprestam diagnóstico a essa condição, em artigo intitulado “*Psychopathia transexualis*”, no qual relatava um caso de redesignação sexual do feminino para o masculino⁵⁴⁷.

Todavia, os estudos mais recentes, sobretudo aqueles encampados pela Antropologia e pelas Ciências Sociais já alocam o fenômeno transexual fora da seara patológica, inserindo-a dentro da perspectiva identitária. BENTO, em pesquisa desenvolvida durante três anos sobre a experiência transexual no Brasil e na Espanha verificou que a concepção universalizada da transexualidade, segundo a qual as pessoas que assim se identificam almejam transformar suas genitálias restou mitigada. Isso porque segundo a autora, a maioria das pessoas que se auto-intitulam transexuais não reivindicavam cirurgias de adequação genital, mas quase que exclusivamente a mudança dos seus documentos com base na aparência do gênero que vivem, aparência essa obtida com base em técnicas de hormonização, aplicação de silicones e uso de maquiagem, o que demonstra que na maioria dos casos o fenômeno transexual ocorre dentro do âmbito da identidade⁵⁴⁸.

De acordo com a pesquisa acima mencionada, o desejo pela cirurgia, quando ocorria, não estava necessariamente ligado à sexualidade, ou seja, à readaptação do corpo para viver a

⁵⁴⁵ Cf. CASTEL, Pierre-Henri. **Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do "fenômeno transexual" (1910-1995)**. Rev. bras. Hist. São Paulo, v. 21, n. 41, p. 77-111, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01882001000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 04 Out. 2016.

⁵⁴⁶ A França foi o primeiro país do mundo a promover a exclusão da transexualidade de sua lista nacional de doença, no ano de 2010.

⁵⁴⁷ Cf. CASTEL, P., 2001.

⁵⁴⁸ Cf. BENTO, Berenice. **Da transexualidade oficial às transexualidades**. In: PISCITELLI, Adriana; GREGORI, Maria Filomena; CARRARA, Sérgio (Orgs.). *Sexualidade e saberes: convenções e fronteiras*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 168.

heterossexualidade, ou mesmo a um mal-estar anatômico. Observou-se, em verdade, que quando ocorria o desejo por uma cirurgia de redesignação, esta estaria ligada à necessidade de reconhecimento da pessoa como parte de um gênero específico, na busca por sua inteligibilidade social que proporcionaria a essas pessoas ingressar na categoria de sujeitos de direitos humanos. Por exemplo, a autora cita o caso de Andréia que justificou a necessidade de redesignação sexual pelo fato de sentir-se constrangida ao tomar banho com outra mulher sem despertar dúvida quanto à sua identidade feminina⁵⁴⁹. Como registra a autora, “se a sociedade se divide em corpos-homens e corpos-mulheres, aqueles que não apresentam essa correspondência fundante tendem a estar fora da categoria do humano”⁵⁵⁰.

Contextualizando a questão da identidade de gênero no Brasil, é importante registrar um fato emblemático. Na década de oitenta do século passado, ainda quando o Brasil vivia sob o regime de uma ditadura civil-militar, uma notícia publicada na capa do Jornal Notícias Populares, trouxe para cena nacional um debate público sobre questões de gênero e de sexualidade. A reportagem principal do tabloide dizia: “A mulher mais bonita do Brasil é um homem”. Desde o momento em que o jornal começou a ser entregue aos assinantes e disponibilizado para venda nas bancas, pela primeira vez na história do país a sociedade começa a se deparar com as confusões de gênero em nível midiático.



Imagem 2: Capa do Jornal Notícias Populares de maio de 1984

⁵⁴⁹ Cf. BENTO, B., 2004, p. 170.

⁵⁵⁰ Idem, ibidem, p. 170.

O nome Roberta Close reverberou pelo país adentro despertando a curiosidade das pessoas que admiravam e examinavam de forma incrédula aquele corpo, buscando sinais de masculinidades. Trabalho em vão: era impossível encontrá-los. Durante muitos anos Roberta reivindicou o exercício de sua identidade de gênero, afirmando ser uma mulher transexual, todavia, sem muita pressa, a justiça sempre lhe negava tal direito, fazendo com que durante anos ela tivesse que se submeter ao constrangimento de portar documentos civis que negavam sua existência dentro da sociedade.

O problema da sociedade, em especial dos profissionais de saúde, juízes, advogados, professores, amigos e familiares em lidar com questões ligadas às identidades de gênero revela como as convenções sociais são as responsáveis pela construção das masculinidades e feminilidades, limitando o gênero à genitália concebida a partir do sexo biológico⁵⁵¹.

Na história mundial é possível encontra-se exemplos que demonstram como as permissões para a mobilidade entre os gêneros masculino e feminino, nos três últimos séculos, mudaram consideravelmente. A doutrina especialista em estudos de gênero⁵⁵² aponta, quase que em unanimidade a história de Chavelier Charles D'Eon Beaumont como um expoente para demonstrar como as sociedades dos séculos XVII e XVIII lidavam com a questão das identidades de gênero.

Beaumont era considerado um excelente espadachim e, em razão disso, a convite do então rei da França Luís XV, integrou o serviço secreto de seu país. FRIEDLI afirma que durante 49 anos a sociedade francesa acreditou que Beaumont fosse uma mulher que algumas vezes se vestia de homem, sendo pública essa dúvida sobre o seu sexo, inclusive

⁵⁵¹As Ciências Sociais quando tentam definir o que é o sexo humano socorrem-se de dados físicos e biológicos, os quais demarcam como característica do sexo a existência de um aparelho genital, cujo traço diferenciador entre eles produz as perspectivas humanas dos machos e fêmeas. Durante quase a totalidade da história moderna o sexo era responsável pelo modo como as pessoas agiam, pensavam e sentiam, no entanto esse dado biológico, como até então concebido, não era capaz de distinguir os diferentes níveis de realidade desses fenômenos, tarefa conferida ao gênero, cujo conceito é construído culturalmente para dar sentido ao sexo anatômico - construção social.

⁵⁵² Para aprofundar esse tema consultar BUTLER (1993).

desencadeando apostas em locais públicos e privados, gerando grandes rumores à época⁵⁵³. Segundo FARRER:

Ele nasceu em Tonnerre, Burgundy, há 70 milhas de Paris, em 5 de outubro de 1728. Ele se formou em direito. Ele sempre esteve próximo à Corte Francesa, servindo ao seu país como um diplomata e soldado, como membro do serviço secreto de Luis XV (o serviço secreto de Luis). A guerra dos 7 anos começou na Europa quando Frederick II invadiu o terreno Anglo-saxônico em 27 de Agosto de 1756. A partir de 1756 até 1760 D'Eon iniciou uma renovação da aliança entre França e Rússia. Ele então lutou com distinção na campanha de 1761 como um capitão de dragões. Em 1762 ele foi para a Inglaterra para dar assistência ao Duque de Nivernais na negociação do Tratado de Paris que foi assinado em 10 de fevereiro de 1763. D'Eon foi condecorado com a cruz de St. Louis⁵⁵⁴.

BENTO narra que, seja para melhor exercer suas funções de espião a serviço da coroa, incumbido de complexas missões em países como Inglaterra e Rússia, ou mesmo porque ele se sentia confortável em ser reconhecido socialmente como uma mulher, Charles D'Eon/Madame

⁵⁵³ FRIEDLI, Lynne. **Mulheres que se faziam passar por homens**: um estudo das fronteiras entre os gêneros o século XVIII. In: ROUSSEAU, G. S; PORTER, Roy (orgs.) *Submundos do sexo no iluminismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 1999, p. 55.

⁵⁵⁴ Tradução livre de: He was born in Tonnerre in Burgundy about 70 miles out heats of Paris on October 5th, 1728. He qualified in law. He was well connected and came to the notice of the French court, serving his country as a diplomat and soldier and also as a member of Louis XV's secret service, "Le Secret du Roi." The Seven Years' War began in Europe when Frederick II invaded Saxony on August 29th, 1756. From 1756 to 1760 d'Eon played an important part in renewing the alliance between France and Russia. He then fought with distinction in the 1761 campaign as a captain of dragoons. In 1762 he went to England to assist the Duc de Nivernais in negotiating the Treaty of Paris which was signed on February 10th, 1763. D'Eon was awarded the Cross of St. Louis. Farrer, Peter. **D'Eon de Beaumont, New Facts, Or Fiction**. GENDYS 2002, The Seventh International Gender Dysphoria Conference, Manchester England, 2002, p. 2.

Beaumont não teve sua posição ameaçada perante a corte francesa. Havia grande tolerância por parte do rei e da própria sociedade da época com a dúvida plantada sobre o sexo daquele alto funcionário público, o que nos faz concluir que a relação entre o corpo e gênero que norteava a definição do que era feminino e masculino não estava atrelada à genitália. Madame Beaumont morreu aos 82 anos⁵⁵⁵.



Imagem 3: Madame Beaumont

Vincular comportamento ao sexo, gênero à genitália e a partir de aí definir o feminino pela presença de uma vagina e o masculino pela presença de um pênis é uma construção do século XIX, quando, segundo FOUCAULT “o sexo passou a conter a verdade última de todos nós”⁵⁵⁶. Nesse século começam a desaparecer da vida pública estas pessoas que viviam suas respectivas identidades de gêneros fora do marco binário, quando então elas passam a ser encontradas em livros de medicina e também nas clínicas de psiquiatria, como doentes, pois esse marco que opõe o masculino ao feminino produziu e reproduziu a ideia de que o gênero “reflete e espelha o sexo e que todas as outras esferas constitutivas dos sujeitos estão amarradas a essa determinação inicial”⁵⁵⁷. Assim, a natureza seria a responsável pela construção da sexualidade e também responsável pelo posicionamento dos corpos de acordo com as “supostas” disposições naturais⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ BENTO, B., 2008, p. 16.

⁵⁵⁶ FOUCAULT, M., 1985, p. 65.

⁵⁵⁷ BENTO, B., 2008, p. 17.

⁵⁵⁸ Cf. BENTO, B., 2008, p. 17-18.

Mas foi no século XX que a Medicina e as chamadas ciências “psi”⁵⁵⁹ se revelaram como detentoras de saberes exclusivos capazes de desvendar os mistérios que podem levar um ser humano de um sexo a viver e reivindicar o reconhecimento social que comumente é dado a outro. Essa apropriação nos remete a concluir que o trânsito entre os gêneros e a vivência de suas identidades diversas, nas sociedades ocidentais, são, a partir de então, encarados como doença.

BUTLER adverte que quando nos remetermos às experiências de trânsito entre os gêneros, faz-se importante que não realizemos uma análise presentista, que segundo ela é caracterizada pela universalização de uma série de pressupostos, sem levar em conta as condições históricas e culturais⁵⁶⁰. É nesse sentido que, ao contrário do que projeta a Medicina e as ciências “psi”, deve-se entender o fenômeno da vivência das identidades de gênero como uma experiência identitária, que é caracterizada pelo conflito entre normas de gênero, desvinculando essa identidade da sexualidade e ligando-a, em definitivo, ao gênero.

A partir dos anos de 1950, quando se “criou” um saber clínico-médico sobre esta experiência identitária, a medicina se deparou com a impossibilidade de objetivamente determinar se a pessoa que está a reivindicar uma identidade transexual é “um/a transexual de verdade”, isso porque a pessoa que se identifica como transexual não possui qualquer tipo de alteração cromossômica ou de qualquer outro tipo,

⁵⁵⁹ Por ciências “psi” entende-se a Psicologia, a Psiquiatria e a Psicanálise. Fazemos a ressalva de que essa afirmação é relativa, pois dentro de tais ciências que tratam do assunto de outra forma.

⁵⁶⁰ BUTLER, Judith. **Bodies that matter**: on the discursive limits of sex. New York/London: Routledge, 1993, p. 77.

restando à tais ciências⁵⁶¹ inserirem a transexualidade no conceito de transtorno psicológico⁵⁶²:

Na década de 1950 foram publicados os primeiros artigos que registraram e defenderam a especificidade do “fenômeno transexual”. Mas desde o início daquela década o endocrinologista Harry Benjamin se dedicava a estabelecer as ocorrências que justificariam a diferenciação das pessoas transexuais em relação às homossexualidades. A relação de abjeção que as pessoas transexuais têm com as genitálias seria uma das frequências observadas nos seus discursos. Ainda que Benjamin tenha defendido a cirurgia de transgenitalização como a única alternativa terapêutica possível para as pessoas transexuais, estabelece critérios tomados por ele como científicos para que seja possível diagnosticar “o verdadeiro transexual” e assim autorizar a intervenção. Em seu livro *O fenômeno transexual*, publicado em 1966, ele fornece as bases para esse diagnóstico. O critério fundamental para definir o “transexual de verdade” seria a relação de abjeção, de longa duração, com suas genitálias. Para evitar que cometam suicídio, as cirurgias deveriam ser recomendadas a partir de um rol de

⁵⁶¹ A Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID-10) apresenta os códigos e a tipificação da doença que devem estar presentes em todos os diagnósticos para que tenham validade legal. O “transexualismo”, por exemplo, é definido como “transtornos da identidade sexual (F64.0)”. Além do transexualismo”, há o “travestismo bivalente (F64.1), o transtorno de identidade sexual na infância (F64.2), outros transtornos da identidade sexual (F64.8), o transtorno não especificado da identidade sexual (F64.9)”, ou seja, eliminou-se, em 1973, o “homossexualismo” do DSM e, em 1975, do CID-10, mas o que assistimos em seguida foi a uma verdadeira proliferação de novas categorias médicas que seguem patologizando comportamentos a partir do pressuposto heteronormativo, que exige uma linearidade sem fissuras entre sexo genital, gênero, desejo e práticas sexuais. BUTLER, J., 2003, p. 77.

⁵⁶² Cf. BENTO, B., 2008, p. 19-20.

procedimentos arrolados por Benjamin em sua obra seminal⁵⁶³.

Como, então, ter certeza se uma pessoa é realmente transexual? É nesse momento que a Medicina e as ciências “psi” criam procedimentos falhos para determinar se a pessoa que se diz transexual é realmente transexual, obtendo as respostas perseguidas a partir de convicções individuais hegemônicas para os gêneros, ou seja, as definições do que seja um/a homem/mulher de “verdade” se extraem e refletem nas definições do que seja um/a transexual de “verdade”, fazendo com que essa concepção acerca da transexualidade seja utilizada pelos juristas no momento de, por exemplo, autorizar a mudança registral do nome e do gênero nas respectivas certidões de nascimento, em países como o Brasil, onde não há uma lei que proteja o exercício da identidade de gênero.

Para a Medicina e para as ciências “psi”, durante muito tempo, a demanda das pessoas transexuais em realizar cirurgias de transgenitalização foi interpretada como uma necessidade de ajustar o corpo biológico para que se pudesse existir uma real unicidade entre o gênero e a sexualidade⁵⁶⁴. Em síntese, a mulher transexual precisaria ter uma vagina, para então receber o pênis e o homem transexual demandaria um pênis para que sua masculinidade fosse assegurada; se a mulher é socialmente adjetivada como passiva e frágil e o homem como ativo e competitivo, por uma logicidade cultural, se esperará que os/as transexuais implementem esse padrão⁵⁶⁵. São essas as convenções que

⁵⁶³ BENTO, Berenice; PELÚCIO, Larissa. **Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 570, jun. 2016. ISSN 0104-026X. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2012000200017/22863>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

⁵⁶⁴ A tendência cirúrgica intensificou-se ao longo das décadas de 1960 e 1970, ao mesmo tempo se produziam indicadores que sugeririam onde deveria ser buscado o diagnóstico para diferenciar transexuais de gays, lésbicas e travestis. Nesse marco, em 1969, realizou-se, em Londres, o primeiro congresso da Associação Harry Benjamin, que passou a se chamar Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association (HBIGDA), em 1977. A transexualidade passou a ser considerada uma “disforia de gênero”, termo cunhado por John Money em 1973. BENTO, B., PELÚCIO, L., 2016, p. 571.

⁵⁶⁵ A patologização da sexualidade continua operando com grande força, não mais como “perversões sexuais” ou “homossexualismo”, mas como “transtornos de

hoje orientam os profissionais de saúde e do Poder Judiciário quando se aproximam de pessoas transexuais.

Como já mencionado anteriormente, a Medicina e as ciências “psi” encaram a transexualidade como uma doença psíquica, ligando-a à sexualidade, ou seja, ao fato de que toda pessoa transexual seja homossexual, quando em verdade, a transexualidade está ligada às experiências de gênero, o que não necessariamente leva à realização de cirurgias de redesignação, uma vez que estas são encaradas por tais ciências como uma forma de adequar a pessoa “trans” aos padrões de masculinidade e feminilidade aceitos pela sociedade, que estão baseados no binarismo sexual (homem x mulher). Portanto, a transexualidade deve ser compreendida como uma das múltiplas expressões identitárias que emergem como uma resposta inevitável a um sistema que estabelece as ordens de gênero com fundamento exclusivo na diferença sexual e que organiza a vida fundamentando-a na produção do que é normal e anormal, localizando a verdade das identidades em estruturas corporais.

Aliás, como dissemos no início deste capítulo, os discursos científicos sobre as diferenças físicas e biológicas entre homens e mulheres, sobretudo aqueles criados nos séculos XVIII e XIX foram estabelecidos levando em conta o papel social do homem e da mulher. Na segunda metade do século XVIII as diferenças anatômicas e até mesmo as fisiológicas dos sexos não eram consideradas, quando então tornou-se politicamente importante fazer uma diferenciação biológica entre ambos a partir de um discurso científico. A Biologia como fundamento argumentativo da ordem moral somente aparece no fim do século XVII e ao longo dos séculos posteriores esse quadro muda por intermédio de inúmeras produções científicas que passaram a ratificar a importância dessa diferenciação sexual na determinação dos comportamentos⁵⁶⁶.

Nesse período histórico a permissão de mobilidade entre os gêneros é interrompida integralmente. Isso porque havia certa permissividade de que mulheres se vestissem e se passassem por homens, o que fez com que no século XVIII esse fenômeno crescesse consideravelmente. Na verdade, isso se deu em razão de uma resistência

gênero”. Se o gênero só consegue sua inteligibilidade quando referido à diferença sexual e à complementaridade dos sexos, quando se produz no menino a masculinidade e na menina a feminilidade, a heterossexualidade está inserida aí como condição para dar vida e sentido aos gêneros. Idem, *ibidem*, p. 572,

⁵⁶⁶ LAQUEUR, T., 2001, p. 192-193.

aos novos papéis de mãe, dona de casa e de esposa imputadas ao feminino pela modernidade⁵⁶⁷.

Com efeito, a partir dessa proibição, a Ciência se tornou a responsável por desfazer os “disfarces da natureza”, determinando um sexo verdadeiro, de forma que os corpos a partir de então iriam justificar as desigualdades e a hierarquia entre o masculino e o feminino, fazendo com que se perpetuasse o entendimento de que as diferenças entre homens e mulheres seriam irrelativizáveis⁵⁶⁸.

As normas de gênero nascem, então, partindo do que se convencionou ser apropriado para os sexos. Ora, se o órgão que diferencia e qualifica o feminino é a vagina e se a vagina tem como funções servir à heterossexualidade⁵⁶⁹ e à maternidade, entende-se que toda mulher tem vagina, o que por este raciocínio faz com que, por exemplo, mulheres transexuais jamais consigam sair da posição de seres incompletos. Por essa concepção, que até hoje está presente na sociedade, o único lugar habitável para o feminino é no corpo das mulheres e do masculino no corpo dos homens; o masculino e o feminino só conseguem encontrar sua inteligibilidade quando ligados à diferença sexual. Este é o carma que acompanha o exercício das identidades transexuais.

Eis o motivo pelo qual alguns/algumas transexuais sentem necessidade de adequar suas genitálias ao gênero que socialmente expressam. Como já registrado, a transgenitalização, em verdade, torna-se um imperativo social que tem como objetivo controlar e produzir a sexualidade normal nos corpos, e a chancela que autoriza no Brasil esse procedimento é a patologização da identidade de gênero como um transtorno mental⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ FRIEDLI, L., 1999, p. 233.

⁵⁶⁸ BENTO, B., 2008, p. 29.

⁵⁶⁹ Para Monique Wittig (1992) a heterossexualidade é um regime de poder e não uma prática sexual. A mulher não é uma identidade natural, mas uma categoria política que surge no marco do discurso heteroconcentrado. WITTIG, Monique. **The category of sex**. In *The straight mind and other essays*. New York: Beacon Press, 1992, p. 1-8.

⁵⁷⁰ De acordo com a Resolução nº 1652/2002 do Conselho Federal de Medicina: Considerando ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou auto-extermínio; Art. 3º. Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados: 1. Desconforto com o sexo anatômico natural; 2. Desejo expresso de eliminar

A transexualidade, então, joga na cara da sociedade que nem todos nós somos predestinados a cumprir os desejos incutidos em nossas estruturas corpóreas, pois nas palavras de BUTLER “há corpos que escapam”⁵⁷¹ ao processo de produção dos gêneros e ao fazê-lo se põem em risco, uma vez que, desobedecem às normas de gênero, ao mesmo tempo em que revelam as possibilidades de transformação dessas mesmas normas que os perseguem:

[...] Os olhares acostumados ao mundo dividido em vagina-mulheres-feminino e pênis-homens-masculino ficam confusos, perdem-se diante de corpos que cruzam os limites fixos do masculino/feminino e ousam reivindicar uma identidade de gênero em oposição àquela informada pela genitália e ao fazê-lo podem ser capturados pelas normas de gênero mediante a medicalização e patologização da experiência. Na condição de doente, o centro acolhe com prazer os habitantes da margem para melhor excluí-los. Este centro construirá explicações aceitas como oficiais (documentos oficiais seriam os que disciplinam essas experiências) como doenças⁵⁷².

As formas idealizadas dos gêneros geram hierarquia e exclusão. Na relação homem x mulher, as Teorias Feministas cuidaram em desintegrar o regime de verdades que durante muito tempo (e porque não dizer, ainda hoje) condenou as mulheres a uma morte em vida. A inscrição de princípios em textos constitucionais entregando às mulheres sua parcela de liberdade e igualdade não representou uma desconstrução desse sistema, revelando na prática a ineficiência dessa positivação, uma vez que a sociedade ainda se encontra vinculada a pensamentos que reforçam as identidades hegemônicas (do homem). A liberdade e a igualdade prevista nos textos constitucionais modernos não conseguiram resolver esse problema.

os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3. Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4. Ausência de outros transtornos mentais.

⁵⁷¹ BUTLER, J., 2003, p. 50-56

⁵⁷² BENTO, B., 2008, p. 22.

A inscrição de princípios (como, por exemplo, a liberdade e a igualdade), nas primeiras Declarações e Constituições modernas, limitaram/discriminaram as mulheres negando-lhes os direitos políticos e civis, impedindo assim, o exercício de uma plena cidadania, a partir de uma visão de inferioridade e diminuição de sua capacidade intelectual reforçada por alguns filósofos Iluministas, como Jean-Jacques, que em sua obra *Emílio* ou *Da Educação* afirmava que

[...]A busca das verdades abstratas e especulativas, dos princípios, dos axiomas nas ciências, tudo o que tende a generalizar as ideias não é da alçada das mulheres, pois todos os seus estudos devem ligar-se à prática; cabe a elas fazer a aplicação dos princípios que o homem descobrir, e também cabe a elas fazer as observações que levam o homem ao estabelecimento dos princípios. Todas as reflexões das mulheres naquilo que não diz respeito imediatamente a seus deveres devem visar ao estudo dos homens ou aos conhecimentos agradáveis que só têm o gosto como objeto, pois, no que se refere às obras de gênio, elas ultrapassam seu entendimento; elas tampouco têm justeza e atenção bastantes para serem bem-sucedidas nas ciências exatas; e, no que se refere aos conhecimentos físicos, cabe ao mais ativo dos dois sexos, ao mais dinâmico, que vê mais objetos, cabe ao que tem mais força e que mais a exerce examinar as relações entre os seres sensíveis e as leis da natureza⁵⁷³.

Portanto, a liberdade e a igualdade presentes nos textos constitucionais modernos reforçaram e seguem reforçando as desigualdades e discriminações entre mulheres e homens, visto que, “cuando la Razón pasa a ser el rasgo esencialmente humano, la mujer es negada de Razón y definida como naturaleza”⁵⁷⁴. Desse modo:

⁵⁷³ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Emílio ou Da Educação**. Tradução Roberto Leal Ferreria. 4a.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 565.

⁵⁷⁴ MOLINA PETIT, C. **Debates sobre el género**. In: C. Amorós (ed): *Feminino y filosofía*. Thémata, Síntesis, Madrid, 2000, p. 117.

El hecho de ser – definida como – naturaleza la relega a la esfera privada, doméstica, familiar vinculada al ámbito de las necesidades. La misma Razón ilustrada que sirvió para liberar a los hombres de antiguas sujeciones sirvió para justificar la dominación de las mujeres⁵⁷⁵.

Por isso, se para as mulheres heterossexuais, que por convenções sociais estão inseridas nos padrões de normalidade para o gênero esse problema ainda é recorrente, o que dizer das pessoas transexuais que em nosso país transitam pela invisibilidade legal, que é aquela que dá o ponto de partida para todas as demais, até porque se você não existe para a lei, como reclamar nos demais casos?

Essa invisibilidade legal que acompanha a todos e todas que reivindicam o reconhecimento de suas identidades de gênero, por vezes parece estar sendo mitigada por movimentos que correm na direção contrária à proteção legislativa de transexuais e travestis no Brasil:

[...] No Brasil, no entanto, há uma criatividade inédita no cenário internacional: inventou-se o nome social para as pessoas trans. São normas que regulam o respeito à identidade de gênero em esferas micro: nas repartições públicas, em algumas universidades, em bancos. Assim, nas universidades que aprovaram a utilização do nome social, os estudantes trans terão sua identidade de gênero respeitada. E como podemos explicar a nossa singularidade? Seria um descaso do Legislativo? Certamente, o vácuo legal pode ser lido por uma óptica conjuntural, e ao analisar a composição das forças no Congresso Nacional seremos tentados a pensar que é devido exclusivamente à hegemonia conservadora que ora domina o Parlamento que surgiu o nome social⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ MOLINA PETIT, C., 1994, p. 21.

⁵⁷⁶ BENTO, Berenice. **Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal.** Contemporânea, São Carlos/SP, v. 4, n. 1 p. 165-182 Jan.–Jun. 2014. Disponível em: <

Situações como a acima apontada demonstram que a identidade de gênero possui uma intrínseca relação com o direito à identidade pessoal que está abarcada pelo manto da Personalidade Jurídica Individual de cada sujeito, todavia, ante uma invisibilidade legal que coloca todo o coletivo “trans” como parte de uma cidadania precária, surge a tarefa de se verificar se do cotejo das normas internacionais, constitucionais e das normas infralegais seria possível, ao menos em tese, aproximar o direito à identidade de gênero à mesma normatividade dada aos chamados direitos humanos e fundamentais, os quais se conjugados concedem ao sujeito o *status* de cidadão em sua plenitude. Será esse o desdobramento do capítulo que se segue.

CAPÍTULO III: A ABERTURA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO EMANCIPAÇÃO DA PESSOA HUMANA: A INSERÇÃO DO DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE E SEUS EFEITOS CONCRETOS.

3.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE ENQUANTO DIREITOS HUMANOS/FUNDAMENTAIS

No primeiro capítulo deste trabalho apresentou-se a normativa histórica e também a normativa nacional acerca dos Direitos da Personalidade, tendo ficado evidenciado que, a despeito da inexistência de cláusula que estabeleça no Código Civil o Direito Geral de Personalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana contido na Constituição Federal abarcaria essa falta.

Isso não deixa dúvidas de que não há no Ordenamento Jurídico Brasileiro diferença substancial entre os Direitos da Personalidade e os direitos fundamentais. Em verdade, os Direitos de Personalidade são direitos fundamentais em sede de Direito Privado, o que de certo modo já não importa em diferença de âmbito de aplicação diante dos fenômenos da publicização e da constitucionalização do Direito Privado, temas também já trazidos no intróito desta tese. Dessa forma, a partir de agora, os Direitos da Personalidade serão considerados como direitos humanos fundamentais de personalidade, consideração que coloca tais direitos, antes tidos apenas em relação ao aspecto privado da vida dos sujeitos, no mesmo patamar que abriga as liberdades públicas protegidas pelo texto constitucional vigente.

SARLET afirma que os Direitos da Personalidade nem sempre são fundados diretamente na lei, mas são sempre direitos de fundamento constitucional, ainda que este fundamento seja implícito, uma vez que até mesmo os direitos especiais de personalidade que estão previstos na legislação civil decorrem de um direito geral de tutela e também da promoção da personalidade que é extraído do princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁷⁷.

⁵⁷⁷ Cf. SARLET, I., 2001, p. 107.

A fundamentalidade dos Direitos da Personalidade, nesse sentido, não advém apenas de sua previsão constitucional, mas, sobretudo, da indissociabilidade existente entre os bens que são tutelados por ela e o sujeito que é titular de tais direitos⁵⁷⁸, o que marca os Direitos da Personalidade com caracteres típicos dos direitos fundamentais. Como explica SZANIAWSKI, o Direito Civil é insuficiente para a construção da doutrina sobre o Direito Geral de Personalidade, sendo imprescindível a ligação dos Direitos da Personalidade aos direitos fundamentais, cuja vinculação está no princípio da dignidade humana⁵⁷⁹.

Nessa perspectiva, deve-se considerar os Direitos da Personalidade como direitos originários e inatos, os quais todos os seres humanos adquirem pelo simples fato de serem concebidos ou de nascerem, não havendo necessidade de que haja o concurso de qualquer meio de aquisição ou pressuposto posterior⁵⁸⁰. São, assim, direitos que decorrem única e exclusivamente do reconhecimento da personalidade jurídica, o que, nas palavras de CAPELO DE SOUZA, os faz naturais ao sujeito, já que resultam da própria natureza do ser humano, como o direito à vida, ao corpo, à integridade, à honra e à liberdade⁵⁸¹.

Com efeito, SZANIAWSKI registra que a expressão “direitos inatos”, compreendida como algo que é anterior à ordem jurídica, não é a mais adequada, isso porque a consciência moral e a forma de ver o ser humano dentro da sociedade se modificam, o que também modifica a forma de percepção dos direitos essenciais à personalidade. Para ele, justamente porque tomados de essencialidade, tais direitos possuem lugar próprio no ordenamento jurídico, conformando disciplina adequada para garantir o destaque e proteção necessários⁵⁸². CANTALI, aduz que os Direitos da Personalidade são vinculados ao direito positivo (normas e princípios) assim como os demais direitos subjetivos, de maneira que, a denominação direitos inatos somente seria pertinente se entendida simplesmente como aqueles direitos que são inerentes à pessoa⁵⁸³.

⁵⁷⁸ Cf. GEDIEL, José Antônio Peres. **A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador**. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 149.

⁵⁷⁹ Cf. SZANIAWSKI, E., 2005, p. 111.

⁵⁸⁰ Cf. TOBEÑAS, J., 1995, p. 22.

⁵⁸¹ Cf. CAPELO DE SOUZA, R., 1995, p. 416.

⁵⁸² Cf. SZANIAWSKI, E., 2005, p. 81.

⁵⁸³ Cf. CANTALI, F., 2009, p. 131.

A generalidade é também outra característica típica dos Direitos da Personalidade, referindo-se à titularidade do direito, isso porque a todo ser humano, em razão de ter reconhecida sua condição de pessoa, é atribuído os Direitos de Personalidade. Segundo MELO, são direitos que não estão ligados a uma categoria determinada de pessoas, respondendo “justamente a aspectos da natureza humana que se caracterizam pela identidade na diferença e pela universalidade na variedade”⁵⁸⁴, revestindo-se, efetivamente, na forma de direitos essenciais.

CANTALI, ao discorrer sobre essa característica, assevera que os Direitos de Personalidade são essenciais, sob pena de a própria personalidade humana ser descaracterizada, caso sua proteção não seja reconhecida pela ordem jurídica, de forma que, em sendo essenciais e reconhecidos a todas as pessoas, são gerais, e, portanto, titularizados por todos os seres humanos⁵⁸⁵. Essa essencialidade explícita porque estes direitos são fundamentais e, portanto, imprescindíveis à própria personalidade. Essas são as mesmas considerações apresentadas por CUPIS, o qual identifica os Direitos da Personalidade como essenciais ao sustentar que na sua ausência a própria pessoa não existiria como tal, já que sem eles todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo⁵⁸⁶ e por BITTAR, que afirma que a ausência dos Direitos da Personalidade torna a pessoa irrealizável, e sua essencialidade se mostra exatamente na medida em que tais direitos formam o que ele chama de “medula da personalidade”⁵⁸⁷.

Do mesmo modo, podem ser considerados como direitos vitalícios e necessários. Vitalícios porque acompanham o ser humano durante toda sua existência, inclusive, irradiando efeitos para depois e antes dela, uma vez que a proteção jurídica se estende para o momento anterior ao nascimento e também para depois da morte. São necessários porque são indispensáveis “à plena afirmação do ser humano e desenvolvimento de sua personalidade em uma comunidade de pessoas”⁵⁸⁸, o que já revela

⁵⁸⁴ MELO, Cláudio Ari. **Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos da personalidade**. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 91.

⁵⁸⁵ Cf. CANTALI, F., 2009, p. 131.

⁵⁸⁶ Cf. CUPIS, A., 1950, p. 18-19.

⁵⁸⁷ Cf. BITTAR, C., 2015, p. 6.

⁵⁸⁸ Cf. CANTALI, F., 2009, p. 132.

importante abstração que sai do aspecto individual do sujeito para uma perspectiva coletiva de reconhecimento desses direitos.

GOMES, ao descrever essa característica, registra que ao serem vitalícios e necessários, não podem faltar, diferentemente dos demais direitos, e dessa forma, não podem se perder, devendo acompanhar o seu titular ao longo de sua existência, e depois dela⁵⁸⁹.

Ao serem considerados originários, necessários, essenciais e vitalícios é de se concluir que os Direitos da Personalidade não podem ser destacados do seu titular, o que os caracteriza, também, como direitos inalienáveis⁵⁹⁰. Não podem, pois, ser vendidos nem doados por completo a outras pessoas e, nesse mesmo sentido, em outra perspectiva, não podem ser adquiridos por outrem⁵⁹¹, daí afirmar-se que não há aquisição ou extinção através de negócios jurídicos, o que os retiraria por completo da esfera de seu titular.

Os Direitos da Personalidade também são considerados direitos absolutos, na exata medida em que são oponíveis contra todos:

[...] Os Direitos da Personalidade atribuem ao seu titular uma série de poderes jurídicos, os quais recaem imediatamente sobre o bem jurídico tutelado, o que traduz uma afetação plena e exclusiva desses bens a favor do titular. Tais poderes, em contrapartida, geram em todos os demais integrantes da sociedade um dever geral de abstenção, uma obrigação universal negativa. Desse modo, diz-se que os direitos da personalidade têm natureza de direitos absolutos, no sentido de serem oponíveis contra todos, prevalecem contra todos, ou seja, possuem eficácia *erga omnes*. Ser pessoa é suficiente para ser titular de direitos da personalidade e para opô-los contra qualquer pessoa⁵⁹².

A oponibilidade gera, no que toca aos sujeitos passivos, uma obrigação geral negativa, que se consubstancia num dever jurídico de

⁵⁸⁹ Cf. GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 152-153.

⁵⁹⁰ Cf. TEPEDINO, G., 1999, p. 33.

⁵⁹¹ Cf. PONTES DE MIRANDA, F., 2000, p. 8.

⁵⁹² CANTALI, F., 2009, p. 135.

abstenção em relação a esses direitos. Todavia, acrescente-se, não se trata apenas de simples dever de abstenção, mas sim, e sobretudo, um dever de o Estado, a comunidade e os demais particulares em respeitá-los. Assim, consoante a doutrina de TEPEDINO, o respeito implica mais do que pura abstenção, pois envolve prestações de caráter positivo que se revelam em dever de auxílio, diante de outro dever que este autor chama de solidariedade social⁵⁹³.

Nesse sentido, a característica que propõe os Direitos de Personalidade como direitos absolutos impõe um dever jurídico positivo e negativo, no qual o primeiro, também chamado de dever de auxílio, verifica-se, por exemplo, na relação entre o particular e o Estado, e o segundo verifica-se na ideia de que além de não poder lesar os Direitos da Personalidade, respeitando-os, o Estado tem de proporcionar condições efetivas para o pleno desenvolvimento existencial da pessoa humana, seja através de decisões judiciais que reconheçam direitos inerentes à personalidade, e também por meio da elaboração de leis que disciplinem com especificidade a proteção destinada a ela.

Importante a contribuição de CANTALI no tocante à oponibilidade dos Direitos de Personalidade. Para essa autora, esses direitos são essencialmente absolutos assim como o são os direitos reais, contrapondo-se aos direitos de crédito que são relativos; no entanto, esclarece, que tal característica não deve gerar compreensão equivocada de que os Direitos da Personalidade são direitos de conteúdo absoluto⁵⁹⁴. O caráter absoluto:

[...] não pode ser compreendido como gerador de imposição ilimitada e em qualquer circunstância. Na perspectiva relacional, do ser com os outros, o caráter absoluto dos direitos de personalidade se relativiza. A doutrina civilista conservadora não enfrenta esta questão, apegando-se tão somente à noção de direito absoluto em face da oponibilidade. Entretanto, tal diferenciação merece atenção, na medida em que, tratando-se de direitos fundamentais, a doutrina constitucional constatou que não é possível sustentar o caráter absoluto

⁵⁹³ Cf. TEPEDINO, G., 1999, p. 34.

⁵⁹⁴ Cf. CANTALI, F., 2009, p. 136.

desses direitos, já que se conjugam e se limitam reciprocamente⁵⁹⁵.

FACHIN, por exemplo, parte da premissa de que os Direitos da Personalidade, como verdadeiros direitos fundamentais, não são garantidos ilimitadamente já que quando em conflito podem ceder uns aos outros, até como forma de garantir mínima eficácia a todos⁵⁹⁶. SARLET, ao se turno, afirma que se todos os indivíduos são titulares de direitos fundamentais, inevitável é a colisão deles nas relações jurídicas, o que deve ser solucionado através de critérios de ponderação e proporcionalidade⁵⁹⁷, sempre primando pelo não sacrifício completo de qualquer um deles para a preservação da essência de cada um⁵⁹⁸. Assim, é o conflito que relativiza os direitos fundamentais de personalidade, mesmo que alguns deles se aproximem de um caráter absoluto, como o direito à vida, por exemplo⁵⁹⁹.

Esse mesmo autor registra, quando enfrenta a questão dos limites referentes aos direitos fundamentais, que ao menos em princípio, não existe nenhum direito que seja absoluto, totalmente imune a qualquer tipo de restrição, no entanto, acrescenta que esta possibilidade de restrição está sujeita a um limite, que ele chama de “limite dos limites”, no sentido de assegurar pelo menos o núcleo essencial dos direitos fundamentais, coibindo abusos que possam levar à supressão de direitos⁶⁰⁰.

Verifica-se, assim, que é a própria dignidade humana, princípio que pressupõe os direitos fundamentais, que funciona como limite dos direitos e como limite dos limites, ou seja, é ela “a barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais”⁶⁰¹. Ocorre que é o “direito dos outros” o que funda a doutrina dos limites imanentes dos direitos fundamentais, a qual embasa a possibilidade de realizar limitações ou restrições não expressamente autorizadas aos direitos fundamentais. Essa doutrina “surge por força do reconhecimento imperativo de que, em um Estado de Direito, o princípio da igual dignidade de todos impõe à liberdade de cada um as limitações

⁵⁹⁵ Idem, *ibidem*, p. 136.

⁵⁹⁶ Cf. FACHIN, E., 2006, p. 17.

⁵⁹⁷ Cf. SARLET, I., 2001, p. 158.

⁵⁹⁸ Idem, *ibidem*, p. 159.

⁵⁹⁹ Cf. CANTALI, F., 2009, p. 137.

⁶⁰⁰ Cf. SARLET, I., 2001, p. 118.

⁶⁰¹ Idem, *ibidem*, p. 124.

decorrentes do reconhecimento recíproco da igual liberdade dos outros”⁶⁰².

Nesse sentido, pode-se concluir que nem mesmo a dignidade da pessoa humana, que no Brasil figura como valor supremo do ordenamento, fica absolutamente imune. Para SARLET, até mesmo o princípio da dignidade acaba por sujeitar-se, em sentido contraposto à igual dignidade de terceiros, a uma necessária relativização. No entanto, mesmo que se reconheça essa possibilidade, não há dúvidas quanto à necessidade de manutenção de um núcleo essencial que é efetivamente intangível, vedando-se qualquer conduta que importe em coisificação ou instrumentalização do ser humano⁶⁰³.

Dessa forma, a limitação que deve ocorrer em relação ao gozo efetivo dos direitos fundamentais de personalidade repousará apenas, quando tal gozo represente limitação ou supressão ao direito do outro. Assim, quando se afirma o caráter absoluto dos Direitos da Personalidade, é importante que se conceba sua oponibilidade contra todos, não devendo o jurista jamais entender este caráter relacionado com o conteúdo dos direitos, o qual, como demonstrado é sempre relativizável.

As características analisadas acima demonstram que os Direitos da Personalidade são direitos ligados estrita e diretamente à pessoa humana. CAPELO DE SOUZA, nesse sentido, afirma que os esses direitos “na esfera jurídica global do sujeito prendem-se ao hemisfério pessoal, dizendo respeito diretamente à categoria do ser e não do ter da pessoa, muito embora influam nesta, não tendo como objeto coisas do mundo externo e nem sequer pessoas diferentes do seu titular”⁶⁰⁴. Dessa forma, eles protegem os bens da personalidade não exteriores, que são inerentes à pessoa, de modo que devem ser caracterizados como direitos pessoais ou extrapatrimoniais. Essa característica, para TEPEDINO, relaciona-se diretamente com a essência dos direitos fundamentais de personalidade, que se referem ao ser humano, sendo a partir disso que se revela a impossibilidade de correspondência de estimativa pecuniária,

⁶⁰² NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 449-450.

⁶⁰³ Cf. SARLET, I., 2001, p. 130-137.

⁶⁰⁴ CAPELO DE SOUZA, R., 1995, p. 412-415.

impossibilitando uma avaliação econômica em relação ao direito em si, sendo, portanto, tais direitos inestimáveis⁶⁰⁵.

PERLINGIERI, partindo dessa constatação, explica que é nesse sentido que os Direitos da Personalidade se opõem aos direitos subjetivos liberais, os quais tinham como objetivo sempre e apenas bens patrimoniais, que pudessem ser aferidos economicamente. Registra que os direitos que ora se analisa não têm como objeto um bem patrimonial, já que o seu objeto são os bens que se ligam à subjetividade do ser humano. No entanto, deixa claro que tal característica não impede que esses direitos produzam efeitos ou consequências patrimoniais, pois a ofensa ilícita a quaisquer dos bens da personalidade é pressuposto de fato gerador da obrigação de indenizar⁶⁰⁶. Portanto, como assevera CAPELO DE SOUZA, a lesão pode dar lugar a reflexos econômicos, através do ressarcimento do dano, tanto material, como moral. Mas, nunca esse caráter patrimonial, referente ao direito à indenização, alterará a extrapatrimonialidade dos Direitos da Personalidade⁶⁰⁷.

A possibilidade de lesão a Direito de Personalidade:

[...] gera pretensão ressarcitória ou reparadora. A reparação deve ser intentada pelo próprio titular do direito, até porque esta faculdade de postulação é essência do direito subjetivo. Em regra, o titular do direito subjetivo tem um lapso temporal definido em lei para exercer pretensão defensiva de seu direito, sob pena de tal pretensão convallescer, prescrever. Entretanto, quando esta pretensão diz diretamente com os bens inerentes ao ser, decorrentes de seu caráter pessoa, não perece com o passar do tempo. Portanto, pode-se afirmar que tais direitos são imprescritíveis. A pretensão que nasce da lesão à direito de personalidade jamais convallesce⁶⁰⁸.

PEREIRA, ao tratar dessa outra característica, explica que a imprescritibilidade não se dá apenas em face da pretensão que nasce em

⁶⁰⁵ Cf. TEPEDINO, G., 1999, p. 33.

⁶⁰⁶ Cf. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155.

⁶⁰⁷ Cf. CAPELO DE SOUZA, R., 1995, p. 415.

⁶⁰⁸ CANTALI, F., 2009, p. 133-134.

caso de lesão. Por serem direitos inerentes ao ser, sustenta o autor serem os mesmos essenciais e necessários, não estando sujeitos à extinção pelo não uso, de forma que o decurso do tempo permanece inerte diante do eventual desinteresse do titular, mesmo diante de sua inércia⁶⁰⁹.

Observa-se, desse modo, que os Direitos da Personalidade não se submetem à prescrição aquisitiva, tampouco à extintiva, configurando-se em direitos que, além de vitalícios e essenciais, são absolutos e perenes, daí porque sua proteção estende-se para além da morte do titular, sem restrição temporal. Por ostentarem todas essas características, os direitos fundamentais de personalidade também são impenhoráveis, não havendo como cogitar a execução forçada dos direitos que são inerentes ao ser, como explica BITTAR⁶¹⁰.

3.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA A PROTEÇÃO DAS IDENTIDADES DE GÊNERO ANTE A INEXISTÊNCIA DE DISCIPLINA LEGAL PARA O TEMA

No tópico anterior demonstrou-se que os direitos relativos à personalidade jurídica são em sua essência direitos humanos/fundamentais. Dessa forma, a inclusão do direito à identidade de gênero no rol protetivo de direitos humanos/fundamentais gera reflexos na normatividade nacional que protege a personalidade jurídica individual.

Atualmente no Brasil não existe legislação que proteja o exercício da identidade de gênero de pessoas transgêneras, o que demanda por parte dos profissionais do Direito atividade hermenêutica muito mais apurada, tendo em vista que é a partir do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana que se obtém a tutela da Personalidade Jurídica individual em casos no quais não há regramento legal a disciplinar determinada situação jurídica.

A transexualidade pode ser abordada a partir de duas perspectivas, uma biomédica e outra social. A abordagem biomédica, define a transexualidade como disforia de gênero, atrelada a distúrbio psicológico, o que se dá em razão de não ser possível um diagnóstico físico-clínico sobre essa questão, restando à Medicina alocar essa perspectiva identitária

⁶⁰⁹ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 242.

⁶¹⁰ Cf. BITTAR, C., 2015, p. 5.

como transtorno mental. Essa abordagem físico-clínica é aquela absorvida pelo Direito, sobremaneira quando se analisam os pedidos de reconhecimento da identidade de gênero, por meio de ações judiciais, onde o Estado verifica a existência ou não de patologias para a concessão de direitos. A abordagem social, que é a que realmente deveria interessar ao Direito, resta desamparada pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, visto que a perspectiva identitária que reflexe o gênero fora dos marcos binários da Biologia não possui proteção jurídica, o que contribui para a diminuição progressiva da dignidade de homens e mulheres “trans” no Brasil.

Não há como refutar a ideia de que a abordagem físico-clínica, muito embora patologizante, contribua de certo modo para a ampliação dos frutos advindos da abordagem social da transexualidade, no entanto, tais frutos parecem estar circundados ao aspecto individual dos sujeitos, uma vez que, apesar da crescente discussão acerca desse tema em ambientes acadêmicos e também no Poder Judiciário, o número de assassinatos marcados pela transfobia não para de crescer no Brasil⁶¹¹. Essa discussão será retomada no capítulo que se segue.

A tutela dos direitos relativos à identidade de gênero envolve o tratamento do tema sob dois ângulos distintos: uma primeira dimensão está ligada à vida íntima e privada, que decorre da liberdade e da

⁶¹¹ Segundo o banco de dados do Grupo Gay da Bahia (GGB), atualizados diariamente no site QUEM A HOMOTRANSFOBIA MATOU HOJE, 318 LGBT's foram assassinados no Brasil só em 2015: um crime de ódio a cada 27 horas: 52% gays, 37% travestis, 16% lésbicas, 10% bissexuais. A homofobia mata inclusive pessoas não LGBT: 7% de heterossexuais confundidos com gays e 1% de amantes de travestis. Proporcionalmente, as travestis e transexuais são as mais vitimizadas: o risco de uma “trans” ser assassinada é 14 vezes maior que um gay, e se compararmos com os Estados Unidos, as 119 travestis brasileiras assassinadas em 2015 em comparação com as 21 trans americanas, têm 9 vezes mais chance de morte violenta do que as “trans” norte-americanas. Segundo agências internacionais, mais da metade dos homicídios contra transexuais do mundo, ocorrem no Brasil. No ano de 2014 foram 331 mortes, em 2013 foram 314 e em 2012 foram 338. Em 2015, somente em 1/4 dos homicídios o criminoso foi identificado (94 de 318), e menos de 10% das ocorrências redundou em abertura de processo e punição dos assassinos. Informações contidas no Relatório Anual de 2015 do Grupo Gay da Bahia. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/2016/01/28/assassinato-de-lgbt-no-brasil-relatorio-2015/>> Acesso em 07. Nov. 2016.

autonomia para o livre desenvolvimento da personalidade, em cujo processo se dará a identificação do gênero; e noutra dimensão, uma esfera pública que se refere à igualdade de tratamento, ao reconhecimento e ao respeito que deve ser dado a essa identidade por parte da coletividade e do Estado, tratando-se “de dimensão igualitária que corresponde à etapa de generalização dos direitos humanos”⁶¹².

Essa dicotomia entre o público e o privado, como mostrou-se no capítulo inicial, é explorada pela doutrina, revelando-se importante, para a presente tese, analisar o ponto que as aproxima, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana, que é protegido tanto pela normativa internacional dos Direitos Humanos (o Direito Internacional dos Direitos Humanos), pelo Direito Constitucional e pela normativa legal infraconstitucional.

CANÇADO TRINDADE explica que a importância da pessoa humana que foi reconhecida por intermédio dos tratados internacionais e pelas normas internas dos Estados nacionais enfraquece a rígida distinção traçada entre o Direito Público e o Privado, a qual, segundo ele, não resiste aos imperativos de proteção dos direitos humanos, que visam resguardar ostensivamente os vulneráveis e os mais fracos, que em sua maioria são as vítimas de violação⁶¹³.

Segundo GONÇALVES, o artigo 5º, §2º da Constituição Federal do Brasil é exemplo de complementação entre os ordenamentos internacional e doméstico, estabelecendo a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional, na implementação dos direitos humanos⁶¹⁴. Nesse sentido, concorrem ambas as ordens para a proteção da pessoa humana, enquanto resultado do processo de universalização que para CANÇADO TRINDADE se explica pela consciência coletiva que entrega normatividade à ideia de dignidade inerente à pessoa⁶¹⁵. Isso revela que a fonte material principal do Direito Internacional dos Direitos Humanos seria a consciência jurídica universal, a qual nas palavras desse autor, formaria ramo autônomo da

⁶¹² LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**. Barueri: Manole, 2005, p. 37.

⁶¹³ Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado Internacional de Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003, v. I, p. 42.

⁶¹⁴ Cf. GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Transexualidade e Direitos Humanos: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 93.

⁶¹⁵ Cf. CANÇADO TRINDADE, A., 2003, p. 37.

Ciência Jurídica, com especificidade própria voltada para a tutela dos seres humanos nos âmbitos nacional e internacional, em toda e qualquer circunstância⁶¹⁶:

[...] Exemplo dessa especificidade é a natureza não multilateral dos tratados de direitos humanos, que cria regime objetivo, de normas convergentes e representativas de interesses coletivos dos Estados (proteção dos direitos humanos, em favor do indivíduo), contraposto ao regime de reciprocidade, caracterizado pelas vantagens mútuas aos Estados contratantes⁶¹⁷.

Importante consignar que a internacionalização dos Direitos Humanos, bem como o processo de internalização das normas de Direito Internacional por parte dos Estados nacionais também têm fundamento na preocupação desses Estados em dar legitimidade internacional aos seus governos, o que transformou o tema dos direitos humanos em “um elemento de diálogo entre os povos”⁶¹⁸.

Metodologicamente, então, é possível identificar três níveis de proteção que contribuem para concretizar a identidade de gênero como parte do espectro da personalidade jurídica individual⁶¹⁹: o plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que está delineado no texto das Declarações e Resoluções criadas pelos respectivos Organismos Internacionais, assim como nas decisões proferidas por estes organismos; o plano do Direito Constitucional doméstico, especialmente no que toca aos direitos à liberdade, à igualdade e à intimidade; e no plano infraconstitucional, especificamente em relação ao direito ao corpo, ao nome, ao estado e à vida privada.

Nessa perspectiva, partindo-se do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, voltado à proteção contra a

⁶¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 38-39.

⁶¹⁷ RAMOS, Andre de Carvalho. **Processo internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 28-29.

⁶¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 18.

⁶¹⁹ Essa divisão é meramente metodológica, já que a dignidade da pessoa humana contida na constituição normatiza todos os direitos humanos, fundamentais e da personalidade numa mesma escala de importância para o ordenamento jurídico nacional.

discriminação por identidade de gênero, das normas nacionais e internacionais relativas à proteção da pessoa e de sua personalidade, pretende-se enumerar os fundamentos que podem contribuir para o reconhecimento do direito à identidade de gênero como atributo derivado da personalidade jurídica, e dela integrante, tendo como pano de fundo a eficácia irradiante dos direitos humanos em relação ao Ordenamento Jurídico nacional.

3.2.1 O Direito Internacional dos Direitos Humanos

O primeiro fundamento pode ser colhido a partir da proteção dada às questões de gênero e sexualidade por intermédio do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Essa proteção é fruto da interação entre o sistema mundial, conhecido como o sistema ONU – Organização das Nações Unidas – e vários sistemas regionais de proteção de direitos distribuídos pelos cinco continentes, dos quais, para os propósitos lançados no presente capítulo, interessa analisar o Sistema Regional Interamericano.

A crescente necessidade de proteção efetiva dos direitos humanos foi a mola propulsora para o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos como disciplina autônoma, apartada do Direito Internacional. Nesse sentido o DIDH apresenta caráter especial e também específico em relação ao Direito Internacional Público: esse último tem por escopo, tradicionalmente, regulamentar as relações de reciprocidade e equilíbrio entre Estados, seja por meio de negociações ou de concessões mútuas, que visam ao interesse dos Estados pactuantes⁶²⁰; o DIDH, ao seu turno, tem por finalidade garantir o exercício dos direitos da pessoa humana, constituindo-se de um novo *corpus juris*, com o objetivo de assegurar a proteção dos seres humanos, em âmbito interno e externo, por meio de normas e mecanismos de supervisão e controle. Preocupa-se, assim, com a sistematização de normas, procedimentos e instituições, cujas finalidades específicas são a proteção e a promoção do respeito aos direitos humanos.

Difere-se do Direito Internacional Público, também, por ter concretamente transformado o indivíduo em sujeito de Direito Internacional, a partir do momento em que instituiu em determinados

⁶²⁰ Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15.

documentos dotados de força cogente, a possibilidade de apresentação de petições individuais diretamente aos órgãos internacionais encarregados do controle e da supervisão das violações, ações ou omissões relacionadas aos direitos humanos. Desse modo, a grande inovação do DIDH consiste na consideração do indivíduo e de sua dignidade como um bem jurídico passível de proteção, independentemente de qualquer condição ou circunstância em que se encontre o sujeito a ser protegido.

[...] Ora, se o direito internacional contemporâneo reconhece aos indivíduos direitos e deveres (como o comprovam os instrumentos internacionais de direitos humanos), não há como negar-lhe personalidade internacional, sem a qual não poderia dar-se aquele reconhecimento. O próprio direito internacional, ao reconhecer direitos inerentes a todo ser humano, desautoriza o arcaico dogma positivista que pretendia autoritariamente reduzir tais direitos aos ‘concedidos’ pelo Estado. O reconhecimento do indivíduo como sujeito tanto de direito interno como de direito internacional, dotado em ambos de plena capacidade processual [...], representa uma verdadeira revolução jurídica, à qual temos o dever de contribuir. Esta revolução vem enfim dar um conteúdo ético às normas tanto do direito público interno como do direito internacional⁶²¹.

Nas palavras de CANÇADO TRINDADE, o DIDH insurge-se contra a seletividade discricionária dos direitos humanos, a fragmentação dos mesmos em categorias e contra a sua projeção em gerações, haja vista a configuração do “fenômeno não de uma sucessão, mas antes da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, a revelar a natureza complementar de todos os direitos humanos”⁶²². Para ele, as visões fragmentárias, seja no tempo ou no espaço, não vêm ao encontro do objeto último do DIDH, qual seja, o de assegurar a proteção

⁶²¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A personalidade e capacidades jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 3, n. 3, p. 3-33. 2002.

⁶²² CANÇADO TRINDADE, A., 2003, p. 25.

integral do ser humano em todas as áreas de atividade humana e em toda e quaisquer circunstâncias⁶²³.

No que tange à característica do DIDH de operar em defesa dos ostensivamente mais fracos, visto não reger relações entre iguais, é importante registrar que:

[...] Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Não se nutre das barganhas da reciprocidade, mas se inspira nas considerações de *ordre public* em defesa de interesses superiores, da realização da justiça. Neste domínio de proteção, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas⁶²⁴.

Com efeito o DIDH não existia como ramo autônomo do Direito antes da Segunda Guerra Mundial, tendo se formado a partir da vigência da Carta da ONU, datada de 1945, expandindo-se e enriquecendo-se com os distintos instrumentos internacionais de proteção criados a partir de então. PIOVESAN, assevera que nessa perspectiva, tem-se ramo do Direito extremamente recente (Direito do pós-guerra), que se constituiu como resposta às atrocidades cometidas durante a era nazista. Dessa forma, a partir do flagelo da Segunda Guerra, nasce a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional⁶²⁵.

As temáticas da identidade de gênero e da sexualidade quase sempre foram invisibilizadas no debate internacional. Essa realidade começa a mudar quando em 2003 o Brasil e a África do Sul apresentam a Resolução “Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero” perante a ONU. Nas palavras de VECCHIATTI e VIANA, inaugurou-se novo capítulo na história dos direitos humanos das pessoas LGBTI porque se propiciou a discussão de temas afetos à essa

⁶²³ Cf. CANÇADO TRINDADE, A., 2003, p. 25.

⁶²⁴ Idem, *ibidem*, p. 20.

⁶²⁵ Cf. PIOVESAN, F., 2010, p. 78.

coletividade⁶²⁶, sobremaneira por meio dos trabalhos de mobilização dos movimentos sociais do Brasil que desde 1970 vinham pressionando as entidades jurídicas internacionais para o reconhecimento de suas demandas. Aliás, sobre a importância desempenhada pelos movimentos sociais na proteção de direitos de coletividades historicamente estigmatizadas, WOLKMER capta a essência da reconfiguração desses movimentos num novo contexto político e social em que o coletivo LGBTI se insere:

Os “novos movimentos sociais” devem ser entendidos como sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana em certo grau de “institucionalização”, imbuídos de princípios valorativos comuns e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais. [...] aos movimentos sociais que emergem ao longo das décadas de 70, 80 e 90 é-lhes reconhecida a possibilidade de construírem um novo paradigma de cultura política e de uma organização social emancipatória. Na verdade, uma correta compreensão dos movimentos sociais deve ser visualizada no contexto de rupturas culturais e crises de valores que atravessam a sociedade ocidental a partir da metade do século XX⁶²⁷.

Na primeira década do século XXI a identidade de gênero passa a ser considerada pelo DIDH como um aspecto da dignidade humana, possuindo proteção seja no âmbito do Sistema Internacional da ONU, seja

⁶²⁶ Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; VIANA, Thiago Gomes. **LGBTI e o sistema interamericano de direitos humanos**: A construção da cidadania internacional arco-íris. In: Vladimir Oliveira da Silveira; Jefferson Aparecido Dias; Ana Maria D'Ávila Lopes. (Org.). Direito internacional e direitos humanos I - Anais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v., p. 332-361.

⁶²⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Alfa Ômega, 2001, p. 122-123.

nos sistemas regionais ocidentais. Essa consideração em parte foi enaltecida a partir da publicação dos chamados Princípios de Yogyakarta.

Muito embora tais princípios – em torno de 29 – não tenham sido aprovados com força de norma, eles acabaram recepcionados pela comunidade internacional, servindo como fonte orientadora no que toca à fixação de políticas internas relativas aos temas de sexualidade e identidade de gênero. Os Princípios de Yogyakarta, nesse sentido, são expressos ao incluir o direito à identidade de gênero como parte integrante do rol de Direitos Humanos, prevendo já no primeiro enunciado⁶²⁸ que todos os seres humanos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero têm direito ao pleno desfrute de todos os Direitos Humanos.

A preocupação da ONU no que toca à proteção dos indivíduos e de suas identidades de gênero foi mais uma vez ratificada quando das comemorações dos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Assembleia Geral desse organismo, atenta às crescentes violações de direitos humanos ocasionadas por razões ligadas às identidades de gênero não heteronormativas em todo o mundo, aprovou a Declaração Conjunta nº A/63/635/2008 assinada por sessenta e seis países, através da qual foi afirmado que o princípio da não discriminação estender-se-ia às questões de gênero e sexualidade⁶²⁹.

A referida Declaração Conjunta, já em sua parte introdutória reafirma o princípio da universalidade dos direitos humanos, tal e como

⁶²⁸ Princípio 1. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Os seres humanos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero têm o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos. Os Estados deverão: a) Incorporar os princípios da universalidade, interrelacionalidade, interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos nas suas constituições nacionais ou em outras legislações apropriadas e assegurar o gozo universal de todos os direitos humanos; b) Emendar qualquer legislação, inclusive a criminal, para garantir sua coerência com o gozo universal de todos os direitos humanos; c) Implementar programas de educação e conscientização para promover e aprimorar o gozo pleno de todos os direitos humanos por todas as pessoas, não importando sua orientação sexual ou identidade de gênero; d) Integrar às políticas de Estado e ao processo decisório uma abordagem pluralista que reconheça e afirme a interrelacionalidade e indivisibilidade de todos os aspectos da identidade humana, inclusive aqueles relativos à orientação sexual e identidade de gênero.

⁶²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Conjunta nº A/63/635, 2008.

estabelece a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 1º⁶³⁰, asseverando, também, que todas as pessoas têm direito ao gozo de seus direitos humanos sem qualquer distinção de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição, tal como estabelece o artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶³¹ e o artigo 2º dos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos⁶³² e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁶³³, assim como o artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁶³⁴. Assegura, dessa forma, que o princípio de não-discriminação, contido em inúmeros instrumentos internacionais exige que os direitos humanos se

⁶³⁰ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948: Artigo 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

⁶³¹ Idem, ibidem. Artigo 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

⁶³² Pacto Internacional de direitos civis e políticos. Artigo 2. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

⁶³³ Pacto Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais. Art. 2. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

⁶³⁴ Pacto internacional de direitos civis e políticos. Art. 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

apliquem por igual a todos os seres humanos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Nesse caminho, a Assembleia Geral convoca a todos os países e mecanismos internacionais relevantes de direitos humanos a se comprometerem com a promoção e proteção dos direitos de todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual e identidade de gênero, deixando claro que essas perspectivas da vida humana são parte destes direitos cujo respeito é necessário para a promoção e proteção da dignidade de todos e todas.

O DIDH, ainda no âmbito do Sistema Internacional de proteção, foi responsável pela aprovação de nova Declaração, cuja apresentação se deu perante o Conselho de Direitos Humanos da ONU, no ano de 2011. Denominada “Declaração conjunta para fazer cessar os atos de violência e as violações de direitos humanos a eles relacionadas, dirigidos contra as pessoas por conta de sua orientação sexual ou identidade de gênero”, este documento contou com a assinatura de oitenta e cinco países, indicando uma maior adesão por parte dos Estados nacionais à nova política internacional de proteção aos direitos ligados à diversidade sexual, em especial à identidade de gênero. Todos os países Ibero-americanos, à exceção do Peru, subscreveram a referida declaração e comprometeram-se a implementá-la.

Ainda no ano de 2011 o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas aprovou a Resolução A/HCD/17/L.9/Ver.1⁶³⁵, sobre direitos humanos, identidade de gênero e sexualidade, através da qual expressou forte preocupação com a violência e com a discriminação sofrida pela comunidade LGBTI, denunciadas perante a ONU através do sistema de recebimento de demandas internacionais. Tal resolução solicitou que o Alto Comissário da ONU encomendasse estudo, a ser finalizado ainda no ano de 2011, com o fito de levantar dados acerca da violência por identidade de gênero em todas as regiões do globo. Também convocou painel de discussão no sentido de propor um diálogo construtivo, informativo e transparente sobre leis e práticas discriminatórias que porventura fossem detectadas, cuja realização se deu durante a 19ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos, no mês de fevereiro de 2012. Esse painel constatou a recusa de vários Estados em participar da discussão

⁶³⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Resolução A/HCD/17/L.9/Ver.1, 2011.

sobre as violações de direitos humanos baseadas na identidade de gênero, revelando a necessidade de se aprofundar o debate sobre a questão.

No âmbito do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos é de se memorar a inédita Resolução nº 2435/2008 - Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero⁶³⁶, aprovada pela Assembleia Geral da OEA em 03 de junho de 2008. Esse documento foi resultado do empreendedorismo normativo internacional em matéria de direitos humanos encabeçado pelo Brasil, cuja delegação em atividade perante esse organismo internacional, com arrimo nas disposições dos Princípios de Yogyakarta, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Declaração Americana dos Direitos do Homem, na Carta da OEA, e ainda, com base nos princípios de universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, expressou preocupação com os “atos de violência e das violações aos Direitos Humanos correlatas, perpetradas contra indivíduos e motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero”⁶³⁷.

No ano de 2009 foi aprovada no âmbito da OEA a Resolução nº 2504⁶³⁸, na qual consta uma efetiva preocupação desse órgão em relação às violações de direitos humanos motivadas pela orientação sexual e pela identidade de gênero, passando então a condenar a violência perpetrada contra pessoas LGBTI, ao tempo em que insta os Estados-membros a investigarem e responsabilizarem os autores de condutas ilícitas com base na orientação sexual e identidade de gênero da vítima.

A normativa contida na resolução em comento também solicita aos Estados-membros assegurar proteção adequada aos defensores de direitos humanos que militam contra a violência e as violações de direitos cometidos contra indivíduos em virtude de sua orientação sexual e identidade gênero, assim como requer à Comissão Interamericana de

⁶³⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS Assembleia Geral. Resolução nº 2435, 2008.

⁶³⁷ Cf. ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Asamblea general. **Resolución n. 2435/2008 de 03 de jun. de 2008.** Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016.

⁶³⁸

Direitos Humanos e demais órgãos do Sistema Interamericano atenção a essa temática⁶³⁹.

A Resolução nº 2600/2010 avança em relação à anterior em dois pontos, a saber: que os Estados-membros considerem adotar medidas de enfrentamento ao tratamento discriminatório motivado por orientação sexual e identidade de gênero e a sugestão à CIDH para realizar um estudo temático sobre discriminação e violência contra o coletivo LGBTI⁶⁴⁰, no âmbito das Américas.

Nessa mesma linha seguiram-se as declarações e resoluções posteriores, das quais destacam-se:

a) a Resolução nº 2653/2011, aprovada em 07 de junho de 2011 na qual consta recomendação aos Estados-membros para adotarem políticas públicas contra a discriminação que tenha por base a orientação sexual e identidade de gênero; a determinação de criação de um plano de trabalho intitulado “Direitos das Pessoas LGBTI”; a determinação para elaboração de um informe com essa temática, de abrangência regional, para o qual devem os Estados-membros contribuir; a solicitação ao Comitê Jurídico Interamericano da realização de estudos sobre as implicações jurídicas e desenvolvimentos conceituais e terminológicos referentes à orientação sexual e identidade de gênero⁶⁴¹; por fim, reiterou-se a necessidade dos estudos a serem feitos pela Comissão de

⁶³⁹ Cf. ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Asamblea general. **Resolución n. 2504, de 04 de jun. de 2009a.** Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2504_XXXIX-O-09.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016.

⁶⁴⁰ Cf. ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Asamblea general. **Resolución 2600, de 08 de jun. de 2010.** Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2600_XL-O-10_esp.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016.

⁶⁴¹ Os estudos foram plasmados no “Informe del Comité Jurídico Interamericano – Orientación sexual, identidad de género y expresión de género – CJI/doc.417/12.

Assuntos Jurídicos e Políticos, agora com a participação da sociedade civil⁶⁴²;

b) A Resolução nº 2721/2012, aprovada em 04 de junho de 2012 na qual consta referência à criação da Unidade de Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Intersexuais (LGBTI) pela CIDH e o plano de trabalho desta unidade, que prevê a elaboração de um relatório regional sobre o tema, assim como a conclusão do 2º Informe da CIDH sobre a Situação de Defensores de Direitos Humanos nas Américas, reconhecendo que os mesmos, nas suas atividades de promoção e defesa dos direitos humanos de pessoas LGBTI, desempenham um papel importante na região, atuando no controle social do cumprimento dos deveres estatais referentes aos direitos à vida privada, igualdade e não-discriminação, uma tarefa que os submete a diversas situações de vulnerabilidade, inclusive na condição de vítima de crimes (ofensas pessoais, ameaças, criminalização de atividades, assassinatos etc.)⁶⁴³;

c) a Resolução nº 2807/2013, datada de 06 de junho de 2013, na qual consta menção ao informe do Relator Especial da ONU sobre a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes (A/HRC/22/53), especialmente a delicada situação dos intersexuais⁶⁴⁴, instando

⁶⁴² Cf. ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Asamblea general. **Resolución n. 2653, de 07 de jun. de 2011b.** Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2653_XLI-O-11_esp.pdf>. Acesso em: 15 set. 2015.

⁶⁴³ Cf. ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Asamblea general. **Resolución n. 2721, de 04 de jun. de 2012b.** Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2721_XLII-O-12_esp.pdf>. Acesso em: 15 set. 2015.

⁶⁴⁴ “[...] crianças nascidas com atributos sexuais atípicos são frequentemente submetidas a intervenções cirúrgicas irreversíveis, esterilização involuntárias ou cirurgia reconstrutiva urogenital involuntária, praticadas sem seu prévio

aos Estados-membros a fazerem levantamento sobre crimes de natureza homofóbica e transfóbica, a fim de obter-se fundamentos para políticas públicas de proteção a pessoas LGBTI⁶⁴⁵.

Destaque-se que os documentos criados pela OEA acima mencionados podem ser considerados como diretrizes internas cuja aplicabilidade importa muito mais em considerações no âmbito administrativo dessa organização do que propriamente em normas cogentes vinculativas. Isso porque, as Resoluções e Declarações não estão submetidas à normatividade da Convenção de Viena, que estabelece o conceito do que vem a ser entendido por Tratado Internacional. Para convenção, tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica. Inobstante isso, as Recomendações e Resoluções dos organismos internacionais, externando preocupação com a violência e discriminação em relação à sexualidade e à identidade de gênero propagam o valor da tolerância no plano internacional, estimulando a busca por mecanismos jurídicos de proteção, entre os quais emergem os Direitos da Personalidade, tratando-se de ramo típico do ordenamento jurídico interno.

A questão relativa à identidade de gênero somente veio a ser regulada em forma de tratado em território americano com a publicação da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, na qual se reafirmou que os princípios da igualdade e da não-

consentimento informado nem de seus pais, ‘em uma tentativa de corrigir seu sexo’, o que lhes acarreta infertilidade permanente e irreversível e um grande sofrimento psíquico” Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Asamblea general. **Resolución n. 2807, de 06 de jun. de 2013b**. Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016.

⁶⁴⁵ Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Asamblea general. **Resolución n. 2807, de 06 de jun. de 2013b**. Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016.

discriminação, já previstos em tratados anteriores, são conceitos democráticos dinâmicos que propiciam a promoção da igualdade jurídica efetiva, e pressupõem obrigação por parte dos Estados de adotarem medidas especiais para proteger os direitos dos indivíduos ou grupos que sejam vítimas de discriminação e intolerância, em qualquer esfera da atividade humana, seja pública ou privada, com vistas a promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, bem como combater a discriminação e a intolerância em todas as suas manifestações individuais, estruturais e institucionais.

A partir desta convenção a OEA reitera firmemente o que já vinha expressando por meio de suas decisões anteriores⁶⁴⁶, qual seja o compromisso em favor da erradicação de todas as formas de discriminação e intolerância e a convicção de que todas as atitudes discriminatórias representariam uma negação de valores universais como direitos inalienáveis e invioláveis da pessoa humana, e dos propósitos, princípios e garantias previstos em sua Carta de fundação, na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na Declaração Universal de Direitos Humanos, na Carta Social das Américas⁶⁴⁷, na Carta Democrática Interamericana, na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e dos Direitos Humanos⁶⁴⁸.

⁶⁴⁶ O caso 11.656 (Marta Lúcia Álvarez Giraldo X República da Colômbia) apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 18 de maio de 1996; o caso denominado “Senhora X” contra o Chile, do ano de 2003; o caso denominado Karen Atala e filhas x Chile, cuja petição foi apresentada em 24 de novembro de 2004, dentre outros.

⁶⁴⁷ Esse documento internacional americano cuida da reafirmação do compromisso dos Estados em dar efetividade aos direitos sociais, econômicos e culturais. Art. 2º A promoção e a observância dos direitos econômicos, sociais e culturais são inerentes ao desenvolvimento integral, ao crescimento econômico com igualdade e à consolidação da democracia nos Estados do Hemisfério. Os Estados membros se comprometem a promover e a consolidar progressivamente a plena efetividade dos direitos e princípios econômicos, sociais e culturais, por meio das políticas e programas que considerem mais eficazes e adequados a suas necessidades, em conformidade com seus processos democráticos e os recursos disponíveis,

⁶⁴⁸ Declaração criada pela UNESCO. No capítulo “A – Da dignidade humana e dos direitos humanos” consta: Artigo 2. a) A todo indivíduo é devido respeito a

A importância da criação do documento em comento se dá por duas razões. Primeiro, porque a partir da vigência da respectiva Convenção, os Estados que de fato tivessem o compromisso de proteger a dignidade de seus cidadãos e cidadãs ficariam obrigados a proverem políticas públicas e legislativas de fomento ao livre exercício das identidades de gênero. Em segundo, porque quaisquer violações contra esse livre exercício seriam analisadas a partir do cotejo entre a jurisprudência/recomendações da Corte e da Comissão Interamericanas e a letra da Convenção acima apontada, desfazendo o entendimento quase sempre levantado pelos Estados demandados de que as normas internacionais do Sistema Interamericano não protegem expressamente a identidade de gênero⁶⁴⁹.

A Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância reconhece o dever de se adotarem medidas nacionais e regionais para a promoção e o incentivo do respeito e da observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de todos os grupos e indivíduos sujeitos à jurisdição da OEA, sem distinção por motivo de gênero, idade, orientação sexual, idioma, religião, opinião pública ou de outra natureza, origem social, posição econômica, condição de migrante, refugiado ou deslocado, nascimento, condição infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, deficiência, sofrimento psíquico incapacitante ou qualquer outra condição social⁶⁵⁰.

Observa-se que o referido documento internacional, ao mencionar as expressões “gênero” e “orientação sexual” acaba com o silêncio constante do Pacto de São José da Costa Rica⁶⁵¹, trazendo para o rol de

sua dignidade e aos seus direitos, independentemente de suas características genéticas. b) Esta dignidade torna imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e ao respeito à sua singularidade e diversidade.

⁶⁴⁹ Esse fundamento foi levantado no caso 11.656 (Marta Lúcia Álvarez Giraldo X República da Colômbia). Para maior aprofundamento ver: Informe nº71/99 – Caso 11.656 – Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

⁶⁵⁰ Parte introdutória da Convenção: RECONHECENDO o dever de se adotarem medidas nacionais e regionais para promover e incentivar o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de todos os indivíduos e grupos sujeitos a sua jurisdição, sem distinção por motivo de gênero, idade, orientação sexual, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição econômica, condição de migrante, refugiado ou deslocado, nascimento, condição infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, deficiência, sofrimento psíquico incapacitante ou qualquer outra condição social.

⁶⁵¹ Convenção Americana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969.

direitos humanos protegidos pelo Sistema Interamericano aqueles decorrentes da sexualidade e da identidade de gênero, como já fazia a ONU em seus relatórios, resoluções e declarações. A partir da expressa positivação da identidade de gênero como um direito humano, o Sistema Interamericano passa a contar com normativa específica que protege esse aspecto da personalidade, não necessitando de interpretações extensivas de outras expressões constantes das convenções e tratados internacionais já vigentes dentro da OEA⁶⁵².

A Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância também avança no tocante ao seu posicionamento quanto aos princípios da igualdade e da não-discriminação, que já se faziam presentes no Pacto de São José da Costa Rica. Agora, o Sistema Interamericano reconhece expressamente que tais princípios são conceitos democráticos e dinâmicos que propiciam a promoção da efetiva igualdade jurídica entre os seres humanos, pressupondo ser uma obrigação do Estado-parte adotar medidas especiais para proteger os direitos dos indivíduos ou grupos que sejam vítimas de discriminação e intolerância, em qualquer esfera da atividade humana, seja pública ou privada, tudo com vistas a promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, bem como para combater a discriminação e a intolerância em todas as suas manifestações individuais, estruturais e institucionais. Nesse sentido, a Convenção afirma que as democracias americanas, na busca pela proteção de uma sociedade pluralista, devem respeitar a identidade sexual e de gênero de toda pessoa, devendo os Estados criarem condições que possibilitem expressar, preservar e desenvolver tais identidades.

Tendo em vista o reconhecimento do caráter dinâmico dos princípios da igualdade e da não-discriminação, a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância cria um conceito específico de discriminação elencando todas as condutas que quando perpetradas por pessoas públicas ou privadas serão consideradas atos que implicam em violação das disposições Convencionais. Nesse

⁶⁵² A interpretação extensiva era utilizada tanto pela Comissão como pela Corte Interamericanas em casos cuja causa de pedir fosse baseada em discriminação baseada na sexualidade ou identidade de gênero. Os casos mencionados na nota 63° demonstram como a hermenêutica do direito internacional dos direitos humanos trabalhava para conceder asilo aos direitos ligados à diversidade sexual.

sentido, considera-se discriminação⁶⁵³ qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes da Organização dos Estados Americanos.

Há também na Convenção o conceito de discriminação indireta, que se reveste num poderoso instrumento para a proteção jurídica da identidade de gênero, já que em uma grande maioria dos casos os atos de discriminação perpetrados são realizados por meio de atos aparentemente neutros que, num primeiro momento, não sinalizariam a existência de um ato de discriminação. Para a Convenção, discriminação indireta é aquela que ocorre quando um dispositivo de lei ou de qualquer outro ato normativo, quando uma prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar alguma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, ou quando tais condutas as coloca em situação de desvantagem em relação a outros grupos que não estão inseridos nas categorias tidas por suspeitas^{654 655}.

Ainda dentro do quadro de definições, a Convenção cria um conceito ainda mais inovador no campo da proteção contra a discriminação: trata-se do conceito de discriminação múltipla⁶⁵⁶. Será considerada múltipla a discriminação resultante de qualquer preferência, distinção, exclusão ou restrição que se baseiem, de modo concomitante, em duas ou mais condutas previstas no *caput* do artigo 1.1 ou outros critérios previstos em instrumentos internacionais, cujo objetivo ou resultado seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou o exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdade fundamentais consagrados nos documentos internacionais ratificados pelos Estados Parte.

Dentro desse capítulo introdutório onde constam as definições que moldam o texto da Convenção há outro conceito importante: o conceito

⁶⁵³ Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância. Artigo 1º (1)

⁶⁵⁴ Categorias suspeitas são grupos historicamente vulneráveis a processos de discriminação, como o são as mulheres, os negros, os homossexuais e todos e todas que vivem uma identidade de gênero fora dos marcos binários.

⁶⁵⁵ Artigo 1º (2) Discriminação indireta.

⁶⁵⁶ Artigo 1º (3) Discriminação múltipla ou agravada.

de intolerância⁶⁵⁷. A Convenção considera ato de intolerância quaisquer condutas ou conjunto de condutas ou manifestações que denotem desrespeito, rejeição ou desprezo à dignidade, às características, às convicções ou opiniões de pessoas por serem diferentes ou contrárias às opiniões dominantes, podendo tais condutas se manifestarem, por exemplo, a partir da marginalização e exclusão de grupos em condições de vulnerabilidade da participação em qualquer esfera da vida pública ou privada ou mesmo a partir da prática de violência contra esses grupos.

Como se observa, o Direito Internacional dos Direitos Humanos teve papel fundamental no tocante à inserção dos direitos ligados à diversidade sexual no âmbito protetivo dos direitos humanos, em especial em relação à identidade de gênero, o que sinaliza maior visibilidade da população transgênera, demonstrando uma passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, no caminho para a determinação de novos sujeitos titulares de direito. Além do plano internacional, que funcionou como o primeiro fundamento para a consideração da identidade de gênero como aspecto da personalidade jurídica individual, a concretização dos direitos do coletivo “trans” também encontra fundamentos nos princípios da liberdade e da igualdade, que em seguida serão apresentados.

3.2.2 A Liberdade

O segundo fundamento que embasa o enquadramento do direito à identidade de gênero dentro do rol protetivo dos direitos da personalidade é o direito à liberdade.

A liberdade, para aqueles que a consideram um direito superior e anterior à criação do direito positivo, e admitem a existência do direito natural, é considerada o direito que ocupa o mais alto grau na hierarquia dos direitos humanos e fundamentais. Para autores como CUPIS esse direito é considerado uma prerrogativa que além de essencial, é inato, no sentido de que para sua existência é suficiente o pressuposto da personalidade jurídica⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ Artigo 1º (5) Intolerância.

⁶⁵⁸ Cf. CUPIS, Adriano de. **O direito à liberdade**. In: Os direitos da personalidade. Tradução de Adriano Vera Jardim e António Miguel Caiero. Lisboa: Livraria Morais, 1962, p. 107.

Quando se pretende estudar o direito à liberdade, a primeira dificuldade que se opera é a definição desse instituto, tendo em vista as várias acepções que podem compreender tal definição.

Desde a concepção de liberdade natural cunhada por John Locke até os dias atuais, muitas foram as tentativas de integralizar o conceito de liberdade. ALEXY explica que o conceito de liberdade é, ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos fundamentais e menos claros, cujo âmbito de aplicação soa quase ilimitado, quando se verifica a conotação positiva que o próprio termo induz⁶⁵⁹. Por isso, complementa o autor, denominar algo como livre ou associar determinada conduta à liberdade, “suscita no ouvinte um estímulo para compartilhar desse valor”⁶⁶⁰. Com efeito, assumida a dificuldade de conceituar a liberdade, optou-se por identificar os sentidos a ela atribuídos pela doutrina especializada.

BOBBIO registra que na linguagem política a liberdade possui dois modos distintos de correlação: a liberdade dos modernos, como gozo privado e a liberdade dos antigos, como participação no poder político⁶⁶¹. A liberdade antiga nessa concepção é entendida como a liberdade participativa do cidadão, consistindo na liberdade ativa de participar na *polis*, que está associada à ideia de participação política e de democracia. A liberdade moderna, em sentido contrário, pertence à esfera privada, sendo concebida como um não impedimento ou como uma faculdade potestativa, que permite ao indivíduo optar entre o exercício e o não exercício de um direito específico⁶⁶².

A essa concepção política de liberdade BERLIN adiciona as noções de liberdade positiva e negativa. Para ele, enquanto a liberdade positiva está voltada para a pergunta “por quem sou governado?”, a liberdade negativa está relacionada com a pergunta “o quanto sou governado?”⁶⁶³.

⁶⁵⁹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 218.

⁶⁶⁰ ALEXY, R., 2008, p. 218.

⁶⁶¹ Cf. BOBBIO, Norberto. **Kant e as duas liberdades**. In: BOVERO, Michelangelo (Org.). *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 105.

⁶⁶² Cf. LAFER, Celso. **O moderno e o antigo conceito de liberdade**. In: *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo: Perspectiva, 1980, p.12.

⁶⁶³ BERLIN, Isaiah. **Dois conceitos de liberdade**. In: *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: UNB, 1981, p. 133 e ss.

Sob a perspectiva da filosofia política é possível conceber-se dois modos de compreender a liberdade. Nesse sentido, BOBBIO explica que a liberdade pode ser entendida ora como não impedimento, ligada à perspectiva liberal de liberdade, atribuindo a Montesquieu essa definição; ora como autonomia, no sentido do poder de obedecer às leis vigentes, quando a liberdade corresponderia não a uma autodeterminação individual, mas à autodeterminação coletiva, conferindo a Rousseau a elaboração dessa perspectiva⁶⁶⁴.

No tocante à doutrina da Teoria Geral do Direito, BOBBIO registra a existência de diferenças entre os significados atribuídos à liberdade. Num primeiro momento, a liberdade se identificaria como tudo aquilo que é ao mesmo tempo permitido e não obrigatório; num segundo momento, seu significado estaria relacionado com aquilo que é obrigatório por força de obrigação autoimposta, portanto, oposta à coerção⁶⁶⁵.

Inobstante ter identificado diferenças nos usos do termo “liberdade”, tanto na linguagem jurídica como na linguagem política, BOBBIO afirma a possibilidade de encontrar um núcleo comum entre ambas as concepções, que pode ser sintetizado na ideia de autodeterminação contida em todas as acepções do termo⁶⁶⁶. Segundo narra, para a teoria liberal a liberdade dirigir-se-ia no sentido de ampliar a esfera de autodeterminação individual, restringindo ao máximo o poder coletivo; já a teoria democrática visa a ampliação da esfera da autodeterminação coletiva, na valorização da liberdade como autonomia ou “como o poder de ditar as próprias leis”⁶⁶⁷. Essa distinção estaria explicada pelo fato de que a doutrina liberal consideraria a liberdade sob a perspectiva do indivíduo isolado, enquanto um todo em si mesmo e a doutrina democrática considera a liberdade sob a égide do indivíduo enquanto participante da coletividade, sendo, pois, parte de um todo⁶⁶⁸.

A autodeterminação, assim, constitui-se no núcleo comum presente nos diversos sentidos do termo liberdade. Para GONÇALVES, a autodeterminação:

⁶⁶⁴ Cf. BOBBIO, N., 2000, p. 103-104.

⁶⁶⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. **Da liberdade dos modernos comparada à dos pósteros**. In: Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Org. Michelanelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002, p. 234.

⁶⁶⁶ Cf. BOBBIO, 2000, p. 102.

⁶⁶⁷ Idem, *ibidem*, p. 102-103.

⁶⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 103.

[...] Possui um âmbito negativo, de exigência de abstenção do Estado naquilo que somente diz respeito ao indivíduo em proteção à intimidade; e um aspecto positivo, manifestado pela possibilidade de agir, participar e ditar as próprias leis. Sob tal aspecto positivo, o direito de autodeterminação, ao que parece, refere-se tanto à esfera pública, no sentido de participação social e política, quanto à vida privada, no que toca à autodeterminação pessoal e moral. Nesse quadro, pode-se afirmar que a face positiva da liberdade, enquanto permissão para agir, possui um caráter público e o caráter privado, envolvendo tanto a liberdade política exercida na esfera pública, quando a liberdade de definir os contornos da própria vida, referindo-se à liberdade na esfera privada⁶⁶⁹.

Tendo por base as diversas acepções de liberdade acima expostas, afirma-se que o tema das identidades de gênero guarda relação mais próxima com os sentidos moderno, negativo e liberal da liberdade, as quais se concentram no indivíduo enquanto objeto de proteção. Diz-se isso porque a identidade de gênero é algo que pertence à esfera íntima dos sujeitos, dentro da qual a liberdade ganha um sentido de não impedimento no âmbito de ação da pessoa, admitindo-se restrições apenas quando causar dano a outrem. Por outro lado, entende-se que a identidade de gênero também pode ser analisada sob o prisma da liberdade em sentido positivo, quando relacionada à autodeterminação dos sujeitos, no que toca às escolhas entre os modernos estilos de vida, o que, no plano jurídico, fundamenta o direito ao desenvolvimento da personalidade.

Tratando especialmente da liberdade enquanto autodeterminação e enquanto autorrealização do sujeito é importante consignar qual o caminho percorrido por esse instituto no sentido de delinear a substituição do sentido a ela atribuído no decorrer da história mundial.

COMPARATO aduz que para a filosofia clássica a estrutura do cosmos e a natureza humana eram as responsáveis por oferecer normas sobre o sentido de uma vida correta, as quais consistiam um modelo digno de imitação tanto pelo indivíduo quanto pela comunidade política.

⁶⁶⁹ GONÇALVES, C., 2014, p. 107.

Segundo narra, as doutrinas da boa vida e da sociedade justa como a ética e a política, apresentavam-se inspiradas num todo comum que correspondia à totalidade da natureza, resultando daí a universalidade de exemplares modos de vida⁶⁷⁰. Nesse sentido, a unidade essencial do mundo ético era a responsável por conceituar a lei como princípio ético que não fazia distinção entre o Direito, a Moral e a Religião, o que ultrapassou a Antiguidade Clássica e perdurou durante a Idade Média Ocidental até meados do século XVI⁶⁷¹.

Esse sistema ético que estava baseado na ideia de universalidade atribuía baixíssimo relevo à liberdade individual, assim como ao singularismo de cada sujeito, o que subsumia todos e todas a realizarem condutas universais, do que resultavam poucas alternativas de comportamentos desejáveis⁶⁷². Assim, o processo histórico que se seguiu, bastante influenciado pelo Renascimento, pela Reforma Protestante e também pelo Iluminismo, deu início a ruptura dessa concepção, resultado em uma crescente valorização do indivíduo, o que marcou, no início da modernidade, o desaparecimento da cultura de estratificação social que eram típicas na Idade Média, possibilitando à pessoa, enquanto ser singular, construir sua história individual com liberdade⁶⁷³.

É justamente o valor da liberdade aplicado ao sujeito individual que resultou nas ideias de autorrealização e de autodeterminação, cujas bases foram desenvolvidas a partir da segunda metade do século XVIII, as quais difundiram, segundo HABERMAS, a noção de responsabilidade pela própria história individual, em substituição às instruções universais cunhadas pela filosofia antiga, mais precisamente àquelas que se referem à forma de vida virtuosa⁶⁷⁴.

No século XIX o autor STUART MILL publicou a obra “Sobre a liberdade”, considerada “uma das mais nobres e apaixonadas defesas da liberdade”⁶⁷⁵. Nessa obra MILL afirma que somente seria legítimo interferir em assuntos ligados à esfera de individualidade dos sujeitos,

⁶⁷⁰ Cf. COMPARATO, F., 2006, p. 150.

⁶⁷¹ Idem, *ibidem*, p. 150-151.

⁶⁷² Cf. GONÇALVES, C., 2014. 109.

⁶⁷³ Idem, *ibidem*, p. 109.

⁶⁷⁴ Cf. HEBERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, p. 129.

⁶⁷⁵ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, verbete *liberalismo*, p. 605.

sem sua concordância expressa, por razões de autoproteção, o que revelou a pequena esfera de ingerência que se admitia ao poder estatal em relação à liberdade⁶⁷⁶. Para o autor a individualidade era uma expressão da liberdade, no sentido de que aquela permitiria ao sujeito dirigir sua vida a partir do seu íntimo e não tendo como referência os costumes ou tradições seguidas por outras pessoas, ressaltando que a existência de diferentes experiências de vida era de caráter ímpar para a evolução da humanidade, desde que tais experiências não causassem dano aos demais⁶⁷⁷.

Com efeito, o desenvolvimento da individualidade, nos termos propostos pelo autor acima mencionado, parece pressupor a capacidade de escolha por parte dos sujeitos, “cabendo-lhes descobrir que parte da experiência disponível é adequadamente aplicável às suas próprias circunstâncias e ao seu próprio caráter”⁶⁷⁸, o que demonstra a imperiosa obrigação de atribuir ao indivíduo a responsabilidade pela construção do seu próprio eu. Acrescenta MILL que a liberdade de escolha traz consigo a necessidade do uso das faculdades humanas da percepção, do juízo, do discernimento, da atividade mental e também da preferência moral, através do que ele chama de “poderes humanos intelectuais e mentais”, para o que não se faz suficiente a observação de regras de costumes tradicionais, sendo, assim, a liberdade a única fonte inabalável e permanente de desenvolvimento⁶⁷⁹.

HABERMAS assinalou que a liberdade se refletiu na exigência da busca pela autorrealização, no sentido de valorização da realização individual, o que foi incorporado à normativa da modernidade. Segundo esse autor, a conduta consciente da vida da pessoa pode ser medida pelo ideal pressivista da autorrealização, pela ideia deontológica da liberdade e pela máxima utilitarista da multiplicação das chances individuais de vida, de forma que a partir do século XVII a ideia do que seria uma sociedade justa passa a se identificar com a ideia própria do mundo moderno, a qual deixa a critério de todas as pessoas aquilo que eles querem iniciar com o tempo de suas vidas, em visível substituição à ideia cunhada pela Filosofia Clássica que designava os modos de vida

⁶⁷⁶ Cf. MILL, Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução de Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2006, p. VIII/IX.

⁶⁷⁷ Cf. MILL, S., 2006, p. 106.

⁶⁷⁸ Idem, *ibidem*, p. 109.

⁶⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 109.

aceitáveis como universalmente decisivos na concepção do sujeito enquanto pessoa⁶⁸⁰. Essa concepção de liberdade que está voltada para a ideia de autorrealização do sujeito é a que reflete na construção da identidade individual.

De acordo com GONÇALVES, a ideia de independência do sujeito possui conteúdo negativo, que se refere à emancipação da pessoa em relação às formas comunitárias pré-modernas, e conteúdo positivo que consiste na liberdade virtual de juízo e de ação, do sujeito em relação ao grupo em que está inserido. A partir dessa concepção há a primazia da identidade individual sobre a coletiva, pois esta última passa a depender não do lugar atribuído pelo nascimento, mas da representação que o sujeito faz de si mesmo, como membro integrante de determinado grupo⁶⁸¹.

Também é possível encontrar reflexão que caminha nesse mesmo sentido na obra de BAUMAN, para quem a identidade moderna está relacionada com a independência do sujeito, que é alcançada pela ideia de liberdade individual. Para ele, o mundo moderno é definido como líquido, em razão de sua rápida transformação e da rápida transformação das instituições, assim como pela inexistência de extratos sociais fixos, fazendo com que a identidade não mais se revista de solidez, nem de imutabilidade, já que depende das escolhas que a pessoa realiza pela vida⁶⁸². Aponta esse autor a individualização como o resultado da ideia de liberdade no mundo moderno, como consequência da emancipação do sujeito, que está liberto das determinações herdadas, atribuídas e inatas, o que permite transformar a ideia de identidade humana de uma coisa que foi dada em algo construído, na qual os próprios atores são responsáveis por desempenhar essa tarefa, assim como são esses atores encarregados de arcar com as respectivas consequências⁶⁸³.

HURRELL registra que essa concepção de liberdade também engendrou influência no cenário internacional, sobretudo na concepção

⁶⁸⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 03.

⁶⁸¹ Cf. GONÇALVES, C., 2014, p. 110-111.

⁶⁸² Cf. BAUMAN, Zigmunt. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 17-18 e 21-22.

⁶⁸³ Cf. BAUMAN, Zigmunt. **Identidade no mundo globalizante**. In: A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas. Tradução de José Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Jahar, 2008, p. 183.

de soberania dos povos. De acordo com o autor, a identidade do povo em abstrato, observada em termos cívicos, sobre a qual assentava a ideia de soberania, não mais se mostra eficiente, pois em seu lugar ganhou importância a noção de soberania que está calcada na ideia de identidade particular de um povo, com história específica e com consciência própria sobre si, daí, segundo ele, a substituição da ideia amorfa de soberania popular pela ideia de nação, com forte apelo emocional⁶⁸⁴. O crescimento do nacionalismo cultural e também linguístico na Europa, segundo HURRELL, decorre, entre outros fatores, do ato de valorização do único e do particular em detrimento do universal, assim como da ideia pré-romântica de que o valor moral está assente nos sentimentos e nas percepções individuais e não em razões ou leis universais⁶⁸⁵.

HONNETH, em fins do século XX, aprofundou o estudo acerca da liberdade dirigida à autorrealização, para quem esta deveria ser entendida como uma forma de alcançar os anseios de vida eleitos pelos sujeitos que possuem autonomia. Nesse sentido, liberdade não se referiria simplesmente à ausência de coerção, mas sim e ao mesmo tempo deveria ser compreendida como “a falta de bloqueio interno, de inibição psíquica e de angústias” e como “uma espécie de confiança dirigida para fora, que oferece ao indivíduo segurança tanto na expressão das carências como na aplicação de suas capacidades”⁶⁸⁶.

HONNETH apresenta, então, uma proposta que acrescenta à ideia de autodeterminação – como ausência de coerção externa – uma noção de liberdade ampliada, estendida à esfera psíquica, que pressupõe a ausência de bloqueio psíquico, que se dá por meio da confiança no reconhecimento pelo grupo, o que permite à pessoa alcançar sua autorrealização e assim incorporá-la entre os sentidos da liberdade. Aliás, é importante consignar que para esse autor a ideia de liberdade se insere no contexto da intersubjetividade, na exata medida em que a liberdade de autorrealização é dependente de condições que são adquiridas por intermédio do reconhecimento entre os parceiros de interação⁶⁸⁷, entre as quais se pode

⁶⁸⁴ Cf. HURRELL, Andrew. **Nationalism and the politics of identify**. In: *On Global Order. Power, values, and the Constitution of International Society*. Nova York: Oxford University Press, 2007, p. 124-125.

⁶⁸⁵ Cf. HURRELL, A., 2007, p. 125.

⁶⁸⁶ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. A gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 273.

⁶⁸⁷ Cf. HONNETH, A., 2009, p. 273.

citar a confiança e a segurança para livremente se revelar ao outro⁶⁸⁸. Nesses termos pode-se considerar que a liberdade, que originalmente foi concebida como direito natural e inato ganha outro significado, de natureza complementar, que transcende a ideia de liberdade abstrata e de indivíduos isolados, alcançando dimensão coletiva e também concreta, a se expressar através de condições pessoais e também internas que possibilitam ao sujeito fazer escolhas livres, revelando uma interação entre as esferas íntima e psíquica de exercício da liberdade, que adquire-se por esse processo de interação⁶⁸⁹.

A liberdade, pois:

[...] assegura à pessoa uma ampla esfera de não impedimento, ou de ausência de ingerência estatal em aspectos da vida privada que só lhe dizem respeito e que se lhe afiguram relevantes para a autorrealização, ao mesmo tempo que o reconhecimento recíproco do direito de liberdade amplia as condições de mútuo respeito, de confiança e segurança para assumir e expressar as escolhas íntimas perante a coletividade⁶⁹⁰.

Nesses termos, é possível consignar-se que a escolha pela aparência, assim como pelo modo de vida que culturalmente são atribuídos ao sexo/gênero oposto ao do sujeito, que caracteriza a identidade de gênero, é protegida pelo Direito sob o manto da liberdade, justamente naquilo que assegura ao indivíduo uma margem de opções que se dirigem à sua autorrealização, de forma que o respeito a tais escolhas pode contribuir para uma expansão do próprio sentido de liberdade dentro da comunidade em que essa situação se apresenta, “na medida em que poderá inspirar a confiança de que a expressão da liberdade de um será respeitada pelos outros, estimulando escolhas livres por parte dos demais parceiros de interação”⁶⁹¹.

A construção da identidade, dentro da perspectiva da liberdade, também guarda relação com a ideia de autonomia do sujeito. Como esclareceu-se anteriormente, a liberdade, no sentido de direito de

⁶⁸⁸ Idem, *ibidem*, p. 274.

⁶⁸⁹ Cf. HONNETH, A., 2009, p. 274.

⁶⁹⁰ Idem, *ibidem*, p. 274.

⁶⁹¹ GONÇALVES, C., 2014, p. 113.

autodeterminação, é caracterizada pela existência de dois âmbitos, um positivo e outro negativo, implicando, simultaneamente, em uma exigência de abstenção por parte do Poder Público em relação à intimidade dos sujeitos e também na possibilidade de agir, participar e também de ditar as próprias leis. É nessa perspectiva que o direito de autodeterminação pode aproximar-se da ideia de autonomia.

RICOUER explica que nem todas as perspectivas que interferem na identificação do sujeito resultam de sua liberdade. Há, segundo esse autor, fatores objetivos e independentes da vontade do titular que atuam na formação de sua identidade, a exemplo do lugar atribuído pelo nascimento⁶⁹². A anterioridade do status civil familiar em relação à identidade individual do sujeito, para RICOUER é:

[...] esse lugar que, antes de qualquer conscientização egológica, confere-me aos olhos da instituição civil a identidade designada pelos termos filho de, filha de. Concentrando-me na significação que tem para mim essa identidade civil, descubro com surpresa que, antes de poder pensar em mim mesmo e de ser sujeito de percepção, de ação, de imputação, de direito, fui e continuo a ser esse objeto, essa res⁶⁹³.

Contudo, MIRANDA pontua que a assunção da dignidade da pessoa humana como um valor fundamental que vincula a interpretação do ordenamento, impõe que se considere a pessoa como sujeito e não como um objeto ou instrumento, o que ultrapassa a ideia de identificação acima exposta, baseada no lugar do nascimento sem qualquer escolha, na direção de uma identidade a ser delineada pela pessoa, a partir de sua autonomia. A ideia de autonomia, nesses termos, foi inicialmente desenvolvida por KANT, para quem esta seria a faculdade de determinar a si mesmo e de agir em conformidade com a representação de certas leis, não podendo ser exercida sem um mínimo de competência ética⁶⁹⁴. Para GONÇALVES:

⁶⁹² Cf. RICOEUR, Paul. **Percurso do Reconhecimento**. Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2006, p. 207.

⁶⁹³ RICOEUR, P., 2006, p. 207-208.

⁶⁹⁴ Cf. KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 79-80.

Kant contrapôs a autonomia à heteronomia, distinguindo-as com base na origem da causa eficiente para a ação. Assim, entende autônoma a conduta iniciada por uma lei autoimposta e heterônoma a ação decorrente de uma causa externa, ressaltando a relevância do papel da razão e da consciência na autodeterminação. Acrescenta que o desejo motivados da ação autônoma deve corresponder a uma máxima que possa ser convertida em lei universal, de modo que o desejo e o cumprimento do dever moral perfazem uma unidade ideal⁶⁹⁵.

Para o presente trabalho interessa estudar a autonomia a partir de sua relação com a liberdade, sob o ângulo da subjetividade. Nesse sentido importante registrar que HABERMAS, quando tratou da consciência do tempo da modernidade e de sua necessidade de autocertificação, afirmou que muito embora em Kant já se expressasse uma concepção de modernidade, Hegel foi o primeiro a tomar como problema o processo pelo qual a modernidade se desligara das tradições do passado, numa perspectiva crítica⁶⁹⁶. Narra que Hegel identifica como princípio dos tempos modernos a subjetividade, por meio da qual se confere ao sujeito a liberdade de se reconhecer em si: “a grandeza do nosso tempo é o reconhecimento da liberdade, a propriedade do espírito pela qual este está consigo mesmo”⁶⁹⁷, introduzindo a ideia de autorrelação do sujeito consigo mesmo que mais tarde foi discutida por AXEL HONNETH⁶⁹⁸.

HABERMAS explica que o termo subjetividade deve ser compreendido sob quatro diferentes conotações. A primeira refere-se ao individualismo, uma vez que na modernidade reconhece-se ao sujeito o direito de fazer valer suas pretensões. A segunda reconhece o direito de

⁶⁹⁵ GONÇALVES, C., 2014, p. 115.

⁶⁹⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 24.

⁶⁹⁷ HABERMAS, J., 2002, p. 25.

⁶⁹⁸ Neste trabalho, dado o interesse para o tema, a referência Hegel limita-se ao conceito de subjetividade, sem a preocupação de ingressar no conceito hegeliano de eticidade ou moralidade objetiva, contraposto às ideias de direito abstrato individual e de moralidade subjetiva kantiana.

crítica como princípio moderno, segundo o qual, aquilo que é reconhecido por todos deve se mostrar legítimo a cada um. O terceiro está ligado à autonomia da ação. O quarto se refere à própria filosofia idealista, ou à apreensão pela filosofia da ideia de si mesma⁶⁹⁹.

Nesse diapasão, em relação aos conceitos morais, a subjetividade resultaria no reconhecimento da liberdade individual dos sujeitos, autorizando-os a definirem o que considerem válido para suas vidas, tendo como base a exigência de que se persiga um bem-estar individual em consonância com o bem-estar dos outros⁷⁰⁰. Assim, a vontade subjetiva ganha autonomia em relação às leis universais, “mas só na vontade, enquanto subjetiva, pode a liberdade, ou a vontade que é em si, ser efetiva”⁷⁰¹. Nessa perspectiva GONÇALVES assegura que acrescida da noção de subjetividade a autonomia distancia-se do dever moral pregado pela concepção kantiana, aproximando-se do desejo individual e livre dos indivíduos, dirigido a construir uma boa relação consigo próprio⁷⁰².

Retornando aos estudos encabeçados por MILL tem-se que esse autor relaciona a autonomia à liberdade e à felicidade. Registra que o desenvolvimento autônomo do sujeito é um dos principais ingredientes da felicidade humana, essencial ao desenvolvimento individual e social, cuja maior dificuldade de realização reside no fato de que as pessoas não reconhecem o valor intrínseco da espontaneidade individual, assim como não manifestam respeito a ela⁷⁰³. Essa ideia, assim, vincula a autonomia à liberdade, que para o autor é típica da espontaneidade, a ser entendida como:

[...] a capacidade de manifestar fluência emocional à autenticidade de propósitos para agir livremente e criar, sem cessar, formas inéditas de interação conosco, com os outros e com o mundo. Essa habilidade tem como requisito a liberdade da experimentação moral sem a qual nada de novo pode surgir. Mas justamente por ser um experimento inédito, a ação espontânea não tem

⁶⁹⁹ Cf. HABERMAS, J., 2002, p. 25-26.

⁷⁰⁰ Idem, ibidem, p. 27.

⁷⁰¹ Idem, ibidem, p. 27.

⁷⁰² Cf. GONÇALVES, C., 2014, p. 117.

⁷⁰³ Cf. MILL, J., 2006, p. 107.

precedente causal nem fins previsíveis. O efeito do ato livre, em consequência, pode ser algo meritório ou reprovável. A condição para o início da ação é, portanto, a confiança na disposição do outro para aceitar o inusitado, inclusive o que incomoda, sem represálias imediatas, até que o sujeito possa corrigir eventuais malogros do que se propôs a fazer. O estímulo cultural à devassa da privacidade destrói tudo isso. A desconfiança inibe a ação, já que poucos ousam apostar no imprevisto sem contar, de modo tácito, com a tolerância do outro em caso de insucesso”⁷⁰⁴.

A concepção de autonomia, assim, passa a agregar valor à vontade subjetivamente considerada e à espontaneidade, não necessariamente vinculadas a uma máxima universal, como propunha Kant, revelando uma mudança em relação ao seu conteúdo⁷⁰⁵.

A partir dessa nova concepção de autonomia, COSTA aduz que ela pode ser entendida como a capacidade de dirigir-se, de escolher e de criar objetivos, assim como de optar por certa visão de mundo e agir de acordo com isso⁷⁰⁶. LORENZETTI, acrescenta a esse conceito a ideia de que a autonomia deve ser considerada como a possibilidade de decidir sem condicionamentos externos, reconhecendo, também, uma flexibilização do sentido original do termo proposto por Kant⁷⁰⁷.

Juridicamente tem-se que a autonomia da vontade diz respeito à manifestação da liberdade sob o aspecto subjetivo, como “o poder de a pessoa estabelecer, pelo exercício de sua vontade, o nascimento, a

⁷⁰⁴ COSTA, Jurandir Freire. **O direito à espontaneidade**. Folha de São Paulo, 09 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs0909200109.htm>> Acesso em 03 out. 2016.

⁷⁰⁵ Cf. GONÇALVES, C., 2014, p. 117.

⁷⁰⁶ Cf. COSTA, Ronaldo Pamplona. **Homossexualidade: saúde x doença**. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). *Bioética e sexualidade*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004, p. 69.

⁷⁰⁷ Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 502.

modificação e a extinção de suas relações jurídicas⁷⁰⁸; no que toca ao aspecto objetivo, corresponde, segundo AMARAL, à autonomia privada ou ao poder jurídico normativo de “criar juridicamente essas relações, estabelecendo-lhes o respectivo conteúdo e disciplina”⁷⁰⁹.

Especialmente no tocante ao aspecto objetivo, o estudo da liberdade desemboca numa análise diretamente ligada à perspectiva da vida privada e do livre desenvolvimento da personalidade. A força da autonomia enquanto nuance da liberdade patenteia-se, sobremaneira, no respeito à vida privada dos sujeitos e corrobora no direito ao livre desenvolver de sua personalidade como melhor lhe convier, aspectos que são caros a todos e todas que reivindicam suas identidades de gênero.

Quanto ao direito à privacidade é importante consignar que ele não constava expressamente das declarações fruto das revoluções atlânticas do século XVIII. Foi a partir da fórmula *the right to be let alone*, utilizada em um artigo escrito em 1890, de autoria de Samuel Dennis Warren, que pela primeira vez mencionou-se a ideia de privacidade como uma das dimensões da liberdade e da autonomia⁷¹⁰.

No século XX a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, positivou o direito à privacidade, ao reconhecer que ninguém estaria sujeito a interferências em sua vida íntima, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação, devendo a lei proteger a pessoa contra tais interferências e ataques⁷¹¹. Também o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos de 1966, a Convenção Americana de 1969, conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica, assim como a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos positivaram o direito à privacidade. Especialmente quanto a este último documento, é imperioso mencionar que a gramática de proteção da privacidade está formulada de forma muito mais precisa, na medida em que, além da afirmação de que qualquer pessoa teria direito ao respeito à sua vida privada e familiar, também afirma que de tal direito deriva a proibição de haver ingerência de autoridade pública no exercício desse direito, a não

⁷⁰⁸ AMARAL, Francismo. **Direito Civil**. Introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 22.

⁷⁰⁹ Idem, ibidem, p. 22.

⁷¹⁰ Cf. LAFER, C., 2003, p. 239.

⁷¹¹ Art. 12 da DUDH: Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.

ser quando esta ingerência esteja prevista em lei e constitua uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, para a defesa da ordem e prevenção de infrações penais, além da proteção da saúde ou da moral ou da proteção de direitos e liberdades de terceiros⁷¹².

No Brasil o direito à vida privada consta do artigo 5º, X da Constituição da República: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Observa-se que o legislador originário menciona separadamente a vida privada e a intimidade, o que sugere uma distinção entre tais institutos. FERREIRA FILHO explica que a intimidade, em verdade, inclui-se na vida privada, mas com ela não pode ser confundida, pois consiste em seu núcleo mais profundo, no qual se situam os sentimentos, as escolhas e opções pessoais. A liberdade da vida íntima, nesse sentido, abarca as escolhas de modo e projeto de vida, que são baseadas na consciência do sujeito, que só lhe dizem respeito, uma vez que estão em sua esfera pessoal, e não refletem na esfera pessoal dos outros⁷¹³.

SAMPAIO quando se debruça sobre o estudo desses institutos, o faz a partir de uma pesquisa etimológica a partir dos vocábulos *intimus* e *privatus*. Para esse autor, a raiz da palavra intimidade remete a um conteúdo relacional de proximidade, amizade e confiança, já a raiz da vida privada indaga algo isolado, distante e solitário⁷¹⁴.

Entende-se, todavia, pela inexistência de diferenças relevantes entre esses conceitos, pois o direito à vida privada parece conter os aspectos relativos à intimidade, e inobstante não tenha o Código Civil de 2002⁷¹⁵ mencionado a palavra intimidade quando descreveu a proteção destinada à vida privada, é possível concluir-se que aquela encontra

⁷¹² Cf. PIOVESAN, Flávia. **Código Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: DPJ, 2008, p. 1432.

⁷¹³ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 310-311.

⁷¹⁴ Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à Intimidade e à Vida Privada**: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Minas Gerais: Del Rey, 1998, p. 268.

⁷¹⁵ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

proteção infralegal sob o manto desta última, reconhecendo-se que o ordenamento assegura a tutela do núcleo íntimo do sujeito ora sob a denominação de intimidade, ora sob a de vida privada, pelo que nessa tese utilizar-se-á ambas como sinônimos.

Considerando-se ambos os termos como sinônimos, o direito à intimidade, como um espectro da liberdade, pode ser entendido como o direito ao resguardo e o direito ao segredo. CUPIS assevera que o resguardo seria o modo de ser da pessoa, que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros, daquilo que se refere a ela só. O direito ao segredo, ao seu turno, está associado à tutela da liberdade, que assegura ao indivíduo o livre desenvolvimento da atividade pessoal entre as paredes domésticas, assim como a plena independência dos que ali habitam perante os que não têm o direito de nelas entrar⁷¹⁶. Registre-se que, como o próprio autor explica, a menção às “paredes domésticas” não deve ser interpretada de forma literal, pois, por segredo doméstico se deve entender “não o segredo da *res* que seria a casa, mas sim uma forma de segredo pessoal, isto é, das atitudes íntimas da pessoa assumidas na sua habitação”⁷¹⁷.

Emerge desse contexto dois aspectos que são complementares no que toca à composição do direito à intimidade. O primeiro, seria a permissão para realizar escolhas íntimas com liberdade; o segundo seria o resguardo da publicidade como forma de garantir a independência no que se refere à opinião de terceiros, por ocasião da tomada de decisão⁷¹⁸. Isso coloca à intimidade como expressão do princípio da exclusividade, que garante a cada um a singularidade que é inerente à condição humana, o que implica no respeito às decisões pessoais com base no enfoque da diferença em relação a todas as pessoas e não com base em padrões objetivos ou normas⁷¹⁹.

Verificada a importância da intimidade para a pessoa também se faz necessário indagar o conteúdo e os bens que nela se incluem, com vistas a delinear mais um fundamento derivado da liberdade a justificar a inserção da identidade de gênero no rol de direitos da personalidade.

⁷¹⁶ Cf. CUPIS, Adriano de. **O Direito ao resguardo**. In: Os direitos da personalidade. Tradução de Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 129.

⁷¹⁷ CUPIS, A., 1961, p. 163.

⁷¹⁸ Cf. GONÇALVES, C., 2014, p. 122.

⁷¹⁹ Cf. LAFER, C., 2003, p. 268.

Nesse sentido, necessário consignar a lição de LAFER, segundo a qual a intimidade é ao mesmo tempo direito humano, direito fundamental e direito da personalidade, correspondendo ao direito de o sujeito estar só e à possibilidade que deve ter todo indivíduo de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que somente a ele se refere, e que se relaciona ao seu modo de ser no âmbito privado⁷²⁰. Assim essa perspectiva engloba, entre outras coisas, aspectos da identidade física e social, assim como o direito de autodeterminação, o direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito de estabelecer e manter relações com outros indivíduos e com o mundo exterior, o que permite constatar que a configuração da aparência e a atuação do sujeito de acordo com o gênero que se identifica, inserem-se dentro de seu conteúdo.

Nessa toada, a ideia de intimidade se mostra ampliada, correspondendo não somente ao direito aos segredos dos dados biológicos, incluindo também a proteção das escolhas de vida de cada indivíduo. Essas escolhas denotam um sentido de vida privada como construção voluntária, não como dado, mas sim como uma construção que se dá a partir da intervenção direta do interessado. Assim, a identificação com o gênero oposto ao determinado no assento de nascimento insere-se no âmbito da intimidade e resulta da dinâmica da vida e dessa vida privada em construção. GONÇALVES acrescenta que é nessa medida que a identidade de gênero liga-se ao livre desenvolvimento da pessoa e à expansão da personalidade, pressupondo uma esfera de não impedimento, e, portanto, de autonomia para se definir os projetos de vida, alcançada pela tutela da intimidade, o que se dá em âmbito internacional, constitucional e infralegal. Para ela, assim, o direito à intimidade garante o segredo de informação, permitindo uma maior liberdade de escolha⁷²¹.

Afirma-se, então, que o direito à intimidade ou à vida privada, num ordenamento que está regido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, requer ampla interpretação, que esteja assente na liberdade, na autodeterminação, na autorrealização, na subjetividade, na autonomia e no livre desenvolvimento da personalidade.

Numa interpretação lógica, se a identidade de gênero está protegida pelo corolário da intimidade, é de se entender que ao estar a intimidade protegida pela sistemática dos direitos fundamentais e dos

⁷²⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 239.

⁷²¹ Cf. GONÇALVES, C., 2014, p. 125.

direitos da personalidade, forçoso reconhecer que a liberdade possibilita inserir as identidades de gênero como uma das formas de livre desenvolvimento da personalidade jurídica individual.

Com efeito, em que pese não haja no Sistema Jurídico Brasileiro um princípio específico que delinhe o livre desenvolvimento da personalidade, como ocorre na Espanha⁷²², no Peru⁷²³ e na Itália⁷²⁴, por exemplo, com base nos estudos acima realizados acerca da liberdade e na sistemática protetiva da personalidade jurídica individual já apresentada, é possível admitir-se a existência desse princípio, no que se refere à permissividade dada ao indivíduo para fazer opções íntimas e dirigi-las no caminho à sua autorrealização, que é corolário da dignidade humana, protegida nos âmbitos interno e internacional. RAMOS assume que os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, que para o presente trabalho são sinônimos, não são típicos, cabendo assim um constante alargamento do seu rol, com base justamente na dignidade humana, a qual é protegida de um ponto de vista ético-valorativo, que se concretizou historicamente, acrescentando que é justamente a margem móvel do conceito de dignidade humana que explica a eficácia irradiante dos direitos fundamentais sob todos os aspectos da individualidade dos sujeitos⁷²⁵.

Dessa forma demonstra-se a existência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade com base na dignidade da pessoa humana, pois ela consagra a integridade física e moral da pessoa e a defesa da autonomia individual, baseadas na liberdade. É possível fazer a mesma consideração em relação ao direito à intimidade, na exata medida em que um dos objetivos da proteção da intimidade é garantir ao indivíduo uma esfera de liberdade, na qual as escolhas não precisam ser

⁷²² ESPANHA. Constituição, 1978. **De los derechos y deberes fundamentales. Artículo 10.** 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

⁷²³ PERU. Constituição, 1993. **Artículo 2°.-** Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

⁷²⁴ ITÁLIA. Constituição, 1947. **Art. 2°.** A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, ora como indivíduo, ora no seio das formações sociais onde aquele desenvolve sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres inexcusáveis de solidariedade política, econômica e social.

⁷²⁵ RAMOS, A., 2002, p. 13.

justificadas a ninguém, devendo atender exclusivamente ao interesse do titular do direito, em prol de seu desenvolvimento e da sua autorrealização⁷²⁶.

Assim, a mudança de gênero nos assentos civis, assim como a adequação corporal, quando for do interesse do indivíduo, estão amparadas pela liberdade pessoal, que deve ser exercida sob o manto do livre desenvolvimento da personalidade, cujo curso possibilita a identificação do sujeito segundo o gênero que melhor lhe descreve enquanto pessoa. A liberdade, em cotejo com a dignidade humana permite que se reconheça civil e juridicamente o gênero de identificação da pessoa, no efetivo respeito à personalidade jurídica individual, o que permite concluir que a identidade de gênero integra o espectro protetivo da personalidade.

3.2.3 A Igualdade

No item anterior o tema em análise foi abordado sob a perspectiva da liberdade e de seus desdobramentos, como a autonomia, o direito à intimidade e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, com vistas a buscar fundamentos para a inserção da identidade de gênero no rol protetivo dos Direitos da Personalidade. Ocorre que o plano da liberdade afigura-se insuficiente para garantir efetiva dignidade às pessoas “trans”, tendo em vista que o respeito à suas identidades de gênero não heteronormativas envolve uma proteção jurídica que deve ser tratada também sob a perspectiva da igualdade, partindo-se de um dimensão pública e relacional que prescreve a necessidade de inclusão, por meio do reconhecimento de direitos. Nesse sentido, o direito à igualdade se mostra como uma forma de aperfeiçoamento da tutela jurídica da liberdade, uma vez que tal princípio, nas palavras de PEREIRA, é a definição do conceito geral da personalidade como atributo natural da pessoa humana, sem distinção de sexo, de condição de desenvolvimento físico ou intelectual, sem gradação quanto à origem ou à procedência⁷²⁷.

⁷²⁶ Cf. GONÇALVES, C., 2014, p. 127.

⁷²⁷ Cf. PEREIRA, 2006, p. 240.

Tanto em documentos internacionais⁷²⁸ como na normativa constitucional brasileira⁷²⁹ o princípio da igualdade é tratado sob a perspectiva da diferença biológica sexual, cujas nuances foram descritas no capítulo anterior. Apesar de no Sistema Interamericano de Direitos Humanos já existir tratado internacional que descreva a identidade de gênero e a sexualidade como perspectivas que podem ser alcançadas pelos conceitos de discriminação, tendo em vista que tal documento não recebeu as assinaturas necessárias para entrar em vigor, necessário tratar a garantia da igualdade e da proibição de discriminação com fundamento da literalidade do termo “sexo”, com as seguintes considerações.

PIOVESAN explica que os direitos sexuais compreendem o direito de decidir livremente e responsabilmente sobre sua sexualidade, o direito

⁷²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948: Artigo 2º. Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, **de sexo**, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**, 1966. Artigo 2º. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, **sexo**, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, 1969. Artigo 1º. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, **sexo**, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

⁷²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

de ter controle sobre o corpo, o direito de viver sua orientação sexual sem sofrer discriminação, o direito a receber educação sexual, o direito à privacidade, o direito de fruir do progresso científico e a consentir livremente à experimentação, com os devidos cuidados éticos⁷³⁰. Partindo dessa explicação, observa-se que diante da amplitude da concepção de direitos sexuais cunhada pela autora, é possível inferir que a questão da identidade de gênero entrelaça-se, em alguma medida, com o tema da sexualidade, ainda que não esteja diretamente ligada a ela ou ao sexo biológico. Como já explicado no capítulo antecedente, muito embora a identidade de gênero não seja propriamente uma questão ligada ao sexo, mas sim ao gênero, a adoção da perspectiva de BUTLER que inclui o componente psicológico entre os elementos que definem o sexo como algo construído, assim como o gênero, autoriza que se realize o mesmo raciocínio no que se refere à vedação de discriminação a ele direcionado⁷³¹. Ademais, a perspectiva da identidade de gênero também pode ser alcançada na medida em que sua proteção infere-se no direito ao próprio corpo e à privacidade, temas que estão abarcados pela temática dos direitos sexuais.

RIOS acrescenta que a proibição de discriminação sexual deve incluir a discriminação por gênero, pois para ele o sexo se refere, não somente ao aspecto biológico, mas também ao papel social e à imagem que são atribuídos a ele, na esteira do que sustenta BUTLER. Ou seja, se muito da discriminação baseada no sexo está assentada, para além dos caracteres físicos, nos papéis sociais pela pessoa desempenhado, não há como deixar de incluir a discriminação por identidade de gênero no espectro de proteção em razão de sexo, sobretudo em países onde a identidade de gênero não possui proteção legal específica, como é o caso

⁷³⁰ Cf. PIOVESAN, Flávia. **A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno**. In: Temas de Direitos Humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 258.

⁷³¹ “Judith Butler desfaz a distinção sexo/gênero para argumentar que não há sexo que não seja já e, desde sempre, gênero. Todos os corpos são “generificados” desde o começo de sua existência social (e não há existência que não seja social), o que significa que não há corpo natural que preexista à sua inscrição cultural. Isso parece apontar para a conclusão de que gênero não é algo que somos, é algo que fazemos, um ato, ou mais precisamente, uma sequência de atos, um verbo em vez de um substantivo, um fazer em vez de um ser”. SALIH, Sara. **Judith Butler e a Teoria Queer**. Tradução e notas de Guacira Lopes Louro. São Paulo: Autêntica, 2015, p. 89.

do Brasil⁷³². Isso porque, como dito, sexo e gênero devem ser consideradas realidades conjuntas e indissociáveis, de modo que a verificação da existência ou não de discriminação deve abarcar a análise do tratamento desfavorável tanto na perspectiva do sexo, como também do gênero, incluindo nesse último os papéis e as representações sociais que lhes são típicos. Nesse sentido, para o autor, a discriminação em razão de gênero e também em razão de orientação sexual mostra-se anda mais grave do que aquela baseada exclusivamente no sexo biológico, pois gênero e sexualidade são dimensões fundamentais na construção da subjetividade e na configuração da vida social⁷³³.

Feitas essas considerações, entra-se em específico no estudo do direito à igualdade, o que será feito sob duas perspectivas. A primeira diz respeito à uma análise da violação da igualdade, que se concretiza na estigmatização, na discriminação e também na omissão legislativa que circunda o tema da identidade de gênero. A segunda refere-se a uma investigação no tocante aos instrumentos normativos disponíveis no Ordenamento Jurídico Brasileiro para, na ausência dessa legislação, promoverem a inclusão pelo Direito, através do reconhecimento do direito à identidade de gênero entre os direitos da personalidade, facilitando o acesso à vida pública, assim como o reconhecimento da condição e da dignidade das pessoas “trans”.

A concepção de igualdade é bastante remota, podendo ser encontrada mesmo no texto bíblico Cristão, como se vê no relato de Gálatas 3:28 – Não há judeu nem grego, escravo nem livre, homem nem mulher; pois todos são um em Cristo Jesus – ou em Romanos 10:12 – Não há diferença entre judeus e gentios, pois o mesmo Senhor é Senhor de todos e abençoa ricamente todos os que o invocam⁷³⁴.

Com efeito, para além dessa concepção bíblica, COMPARATO sustenta que a Revolução Francesa foi o movimento que, em um curto espaço de tempo, desencadeou a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais, como a humanidade jamais experimentara até

⁷³² RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero**: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 714.

⁷³³ Cf. RIOS, R., 2008, p. 717.

⁷³⁴ Cf. COMPARATO, 2010, p. 55.

então. Para ele, na tríade famosa composta pela Liberdade, Igualdade e Fraternidade, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário, isso porque a liberdade, para os homens⁷³⁵ de 1789, limitava-se praticamente à supressão de todas as peias sociais ligadas à existência de estamentos ou corporações de ofício, e a fraternidade⁷³⁶, como virtude cívica, seria o resultado necessário da abolição de todos os privilégios⁷³⁷.

Defende esse mesmo autor que em pouco tempo percebeu-se que o espírito da Revolução Francesa era, muito mais, a supressão das desigualdades estamentais do que a consagração das liberdades individuais para todos, daí porque, ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos, com a Revolução Americana do século XVIII, a ideia de eparação dos Poderes foi rapidamente esquecida, inobstante houvesse esse princípio no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução. Isso se deu porque a supressão dos privilégios, tanto na lei quanto nos costumes, exigia a organização de uma forte centralização de poderes, sem rígidas separações entre os diferentes ramos do Estado e sem qualquer concessão de autonomia federativa aos entes locais, o que levou, posteriormente, à reinstalação de um poder absoluto⁷³⁸.

A ideia de igualdade que surgiu na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, propunha que todos os homens nasceriam livres e permaneceriam livres e iguais em direitos; as distinções sociais somente poderiam se fundar na utilidade comum. Esse enunciado

⁷³⁵ A palavra homem aqui refere-se única e exclusivamente às pessoas do sexo masculino, brancos e heterossexuais. Isso porque, mulheres, estrangeiros, crianças e escravos estavam excluídos da concepção de cidadão francês em 1789.

⁷³⁶ A Fraternidade será analisada com maior precisão no capítulo seguinte, mas, é significativo mencionar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 só se referia à liberdade e à igualdade. A fraternidade fez sua entrada na Constituição de 1791, como um dos objetivos da celebração de festas nacionais: Título primeiro, artigo terceiro: Serão estabelecidas festas nacionais para conservar a lembrança da Revolução Francesa, manter a fraternidade entre os cidadãos, e ligá-los à Constituição, à Pátria e à lei. O tríptico famoso só veio a ser proclamado oficialmente com a Constituição de 1848: Em presença de Deus e em nome do povo francês a assembleia nacional proclama: Ela tem por princípio a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

⁷³⁷ Cf. COMPARATO, F., 2010, p. 148.

⁷³⁸ Idem, ibidem, p. 148.

cuidava da concepção de igualdade geral, abstrata e não individualizada, conformada na ideia de igualdade formal que se fazia necessária para permitir aos cidadãos o exercício de seus respectivos interesses privados, o que à época era entendido como suficiente para a manutenção da ordem⁷³⁹. Em que pese os limites dessa igualdade formal, vez que desconsiderava a maioria da população francesa, formada por mulheres, crianças, escravos e estrangeiros, não se ignora sua relevância, a exemplo do que propõe ALEXY, explicando que a igualdade jurídica representa um valor em si mesma, de aplicação imediata e menos problemática do que a igualdade material, pois por estar ligada ao ato de tratamento em si e não ter de levar em consideração seus múltiplos efeitos, é mais simples e mais segura em sua aplicação do que o princípio da igualdade fática⁷⁴⁰. Para exemplificar essa problemática ALEXY propõe uma análise esclarecedora:

[...] Um pai que presenteia seus dois filhos com duas bolas idênticas satisfaz plenamente, sem grandes reflexões e com segurança, a igualdade em seu sentido relacionado ao ato. Por outro lado, é altamente incerto e de difícil decisão saber se ele também promove alguma igualdade relacionada a consequências. Se um dos filhos fica feliz com o presente, e o outro não, pode-se dizer que, ao menos no que diz respeito ao critério da igualdade de felicidade, não houve a promoção de uma igualdade relacionada a consequências. O critério de igualdade de felicidade é um dos critérios mais inseguros de igualdade fática, mas ele sublinha um problema central na promoção da igualdade fática, que consiste no fato de que aquele que decide consegue ter uma visão apenas incompleta do processo de fomento dessa igualdade e pode controlá-lo apenas parcialmente. Diante disso tudo, não há dúvidas de que o princípio da igualdade jurídica não deve ser abandonado em favor do princípio da igualdade fática⁷⁴¹.

⁷³⁹ Cf. LAFER, C., 2003, p. 150.

⁷⁴⁰ Cf. ALEXY, R., 2008, p. 418-419.

⁷⁴¹ ALEXY, R., 2008, p. 419.

Num primeiro momento ALEXY sustenta que o enunciado da igualdade foi interpretado como um dever de igualdade na aplicação do Direito, mas que atualmente a concepção que prevalece é a de que o princípio deve ser observado também na criação do Direito, vinculando todos os poderes do Estado⁷⁴². Daí entender-se que, na atualidade, o alcance do princípio da igualdade não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal, mas sim que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia, de onde se pode afirmar que a igualdade perante a lei não é igualdade exterior à lei, mas igualdade na lei, tendo por destinatários todos os órgãos de criação do Direito, incluindo todos os poderes do Estado⁷⁴³.

Com efeito, a preocupação com a igualdade material só aparece na história do Direito em fins do século XVIII, como o surgimento de uma nova classe, a do proletariado e suas respectivas reivindicações, o que impôs uma nova ética no que se refere à igualdade, que a partir de então deveria limitar a ordem econômica, desenvolvendo-se sob a perspectiva dos direitos sociais, quando então o princípio da igualdade cingiu-se e passou a proteger direitos de igualdade específicos, para além do direito geral de igualdade inaugurado com a Revolução Francesa. Para o estudo que se realiza, importa analisar o direito geral de igualdade, visto que é esse que está estampado nas Constituições modernas sob a fórmula do “todos são iguais perante a lei”⁷⁴⁴.

Como sugere o teor literal dessa fórmula, por muito tempo a expressão “perante a lei” engendrava um significado de dever de igualdade na aplicação do Direito, o que por definição, vinculava somente os órgãos de aplicação, mas nunca o legislador, o que permitia que o Poder Legislativo criasse normas discriminatórias, sobremaneira entre os sexos. Essa percepção acerca da igualdade perante a lei começa a mudar a partir da jurisprudência do Tribunal Federal Alemão que passou a interpretar essa expressão não apenas como um dever de igualdade na aplicação, mas também na criação do Direito⁷⁴⁵.

ALEXY sustenta que o enunciado geral de igualdade, agora também dirigido ao legislador, por uma questão lógica, não poderia exigir

⁷⁴² Idem, *ibidem*, p. 395.

⁷⁴³ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, t. IV, p. 219.

⁷⁴⁴ Cf. ALEXY, R., 2008, p. 393.

⁷⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 395.

que todos fossem tratados exatamente da mesma forma ou que todos fossem iguais em todos os aspectos, pois a igualização, em todos os aspectos, sugeriria que todos quisessem fazer sempre a mesma coisa, o que funcionaria como uma espécie de limitação do intelecto e da vida dos sujeitos. O enunciado geral, então, não permitiria toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção, sendo necessário encontrar um meio termo entre esses dois extremos. Um ponto de partida seria a fórmula clássica: “o igual deve ser tratado igualmente, o desigual desigualmente”, cunhada por Aristóteles⁷⁴⁶:

[...] A fórmula “o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente” pode ser interpretada de duas maneiras bastante distintas. A primeira interpretação restringe-a ao postulado de uma prática decisória universalizante. Para o legislador isso significa que as normas por ele criadas têm que ter a forma de normas universais condicionadas, ou seja: para todo x, se x tem as propriedades E1, E2...En, então, para x deve valer a consequência jurídica R. (...) Mas não há dúvidas que esse postulado não significa grande avanço. Ele nada diz sobre que características, de que indivíduos, devem ser tratadas de que forma. Se o enunciado geral de igualdade se limitasse ao postulado de uma prática decisória universalizante, o legislador poderia, sem violá-lo, realizar qualquer discriminação (...). A partir dessa interpretação, a legislação nazista sobre judeus não violaria o enunciado “os iguais devem ser tratados igualmente”⁷⁴⁷.

Para se chegar a uma vinculação substancial do legislador, então, ALEXY explica que a fórmula em questão deve ser interpretada não como uma exigência dirigida ao conteúdo, ou seja, não no sentido formal, mas como um dever material de igualdade:

[...] Como o Tribunal Constitucional Federal corretamente observa, os problemas de uma tal

⁷⁴⁶ ALEXY, R., 2008, p. 398.

⁷⁴⁷ Idem, ibidem, p. 398.

interpretação decorrem do fato de que dois indivíduos ou duas situações nunca são iguais em todos os aspectos. A igualdade, tanto quanto a desigualdade, entre indivíduos e situações é sempre uma igualdade ou uma desigualdade em relação a determinadas características: a é igual a b em relação à característica E. Juízos desse tipo são juízos sobre uma igualdade fática parcial, ou seja, relativos apenas a algumas e não todas as características do par a ser comparado. Eles são verdadeiros se tanto a quanto b tiverem a característica E. O mesmo vale para o juízo de desigualdade⁷⁴⁸.

É nessa perspectiva que o valor da igualdade insere-se num contexto global que inclui, para a sua consecução, outros valores constitucionais, a exemplo da vedação de privilégios e discriminações, assim como impõe o tratamento de situações não apenas como existem, mas também como deveriam existir, de modo a compreender a igualdade perante a lei como igualdade por meio da lei⁷⁴⁹. Essas concepções identificam os sentidos negativo e o sentido positivo da igualdade, respectivamente.

Com efeito, como dito anteriormente, a concepção de igualdade que inicialmente reduzia-se à concepção formal foi acrescida da perspectiva da igualdade material, que correspondia ao ideal de justiça social. Essa última concepção, a partir do século XX ganhou uma nova nuance, que correspondia ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades diversas, e a consequente proteção dessas identidades, que sugeriu a igualdade orientada por critérios como gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia etc⁷⁵⁰. Trata-se da igualdade material harmonizada como as políticas específicas de direitos humanos, voltadas à proteção das vítimas preferenciais da exclusão⁷⁵¹.

Quanto a essa nova nuance, afigura-se importante a contribuição de LORENZETTI, para quem, a partir dessa nova ideia de igualdade

⁷⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 399.

⁷⁴⁹ Cf. MIRANDA, J., 2008, p. 253 e ss.

⁷⁵⁰ Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 62.

⁷⁵¹ Cf. GONÇALVES, C., 2014, p. 140.

material surge o direito de ser diferente, decorrente de um processo de diferenciação do indivíduo em relação a outro, que exigiu medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento⁷⁵². PIOVESAN registra que é à luz dessa política de reconhecimento que se avançou na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrespeitadas, na desconstrução de estereótipos e preconceitos e na valorização da diversidade cultural⁷⁵³:

[...] O direito à igualdade material, o direito à diferença e o direito ao reconhecimento de identidades integram a essência dos direitos humanos, em sua dupla vocação em prol da afirmação da dignidade humana e da prevenção do sofrimento humano. A garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento de identidades é condição e pressuposto para o direito à autodeterminação, bem como para o direito ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, transitando-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas⁷⁵⁴.

Se na concepção de igualdade formal, esta é tida como um pressuposto e como um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças. Nesse sentido, a ótica material constrói e afirma a igualdade com respeito à diversidade, de forma que será justamente o reconhecimento de identidades e a partir do direito à diferença que poderá conduzir o Direito a uma plataforma emancipatória e igualitária.

É essa igualdade, que está baseada na ideia de reconhecimento e de visibilidade das diferenças, e não na abstração dessas ideias, que se pretende entregar à população “trans”. Nessa linha, a contribuição de

⁷⁵² Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**. Fundamentos de Direito. Tradução de Bruno Miragem. Notas e revisão da tradução de Claudia Lima Marques. São Paulo: RT, 2009, p. 265.

⁷⁵³ Cf. PIOVESAN, F., 2012, p. 63.

⁷⁵⁴ PIOVESAN, F., 2012, p. 63.

FLORES: o caráter abstrato do Direito, derivado da ideia de que formalizar significa abstrair, as vezes pode implicar na ideia de que a abstração da diferença resulte no aprofundamento das desigualdades, em nome de uma igualdade meramente formal e distante da real⁷⁵⁵. Dessa forma, urge a necessidade da tutela do diferente, em suas singularidades, no sentido de se lhe promover a Justiça por intermédio da garantia de igualdade à identidade concreta do sujeito.

Essa perspectiva inaugura a admissão de tratamento diferenciado em nome da igualdade material, sem que isso implique qualquer ilegalidade na forma de tratamento. ALEXY explica que o estabelecimento do serviço militar somente para adultos, a aplicação de penas somente para criminosos julgados, ou de maiores impostos para as pessoas mais ricas são exemplos de tratamento diferenciado realizado pelo legislador, à luz das diferentes posições fáticas ocupadas pelas pessoas, que não violariam o princípio da igualdade⁷⁵⁶. MIRANDA complementa esse rol exemplificativo afirmando que tais hipóteses de diferenciação resultam da natureza das coisas, como ser ex-aluno de determinada universidade ou pertencer a uma determinada região, que podem ser definidas como critérios de admissão em determinada associação, sem qualquer ofensa à igualdade⁷⁵⁷.

A adoção de tratamento diferenciado em nome da igualdade revela ser necessário, então, identificar qual característica poderá ser utilizada na aferição da igualdade ou da desigualdade entre os sujeitos e situações, na promoção ou na vedação de tratamento diferenciado, como forma de implementar a melhor forma de realização do princípio da igualdade⁷⁵⁸. Sob a perspectiva do Direito, admitindo-se que as leis discriminam situações para submetê-las a tais ou quais regras, “distinguindo seus efeitos com base em pontos de diferença identificados como relevantes”⁷⁵⁹, mostra-se relevante questionar quais discriminações são juridicamente aceitáveis, partindo da ideia de “Existência de Razão

⁷⁵⁵ FLORES, Joaquín Herrera. **La construcción de las garantías**. Hacia una concepción antipatriarcal de la libertad y la igualdad. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia. Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 111-145.

⁷⁵⁶ Cf. ALEXY, R., 2008, p. 397.

⁷⁵⁷ Cf. MIRANDA, J., 2008, p. 265.

⁷⁵⁸ Cf. GONÇALVES, C., 2014, p. 141.

⁷⁵⁹ GONÇALVES, C., 2014, p. 141.

Suficiente”, proposta por ALEXY e da ideia de “Correção Lógica e de Fundamento Constitucional que o Justifique”, proposta por MELLO.

Com relação à primeira ideia, ALEXY apresenta o conceito de “razão suficiente”, cuja concepção, para ele, é necessária para justificar a adoção de tratamento desigual. Uma razão é suficiente para a permissibilidade de tratamento desigual se esse tratamento, em virtude dessa razão, deixa de ser arbitrário, justificando existirem direitos de igualdade definitivos e abstratos que consistem no direito de ser tratado igualmente, se não houver razão suficiente para permitir a adoção de tratamento desigual, e no direito de ser tratado desigualmente, caso haja razão suficiente para o tratamento desigual:

[...] De tudo isso se infere a necessidade de haver uma razão suficiente que justifique uma diferenciação, e também que a qualificação dessa razão como suficiente é um problema de valoração. Neste ponto, interessa apenas a primeira questão. A necessidade de se fornecer uma razão suficiente que justifique a admissibilidade de uma diferenciação significa que, se uma tal razão não existe, é obrigatório um tratamento igual. Essa ideia pode ser expressa por meio do seguinte enunciado, que é um refinamento da concepção fraca do enunciado geral de igualdade, a que aqui se deu preferência: Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório⁷⁶⁰.

A “razão suficiente” como proposta por ALEXY, deverá ser encontrada dentro do respectivo ordenamento jurídico sob análise, que estará materializada nos princípios que delineiam a interpretação do sistema, sobremaneira aqueles estabelecidos expressamente ou tacitamente na Constituição. Por esse raciocínio, forçoso reconhecer que o tratamento desigual somente será admitido se estiver inspirado na concretização dos respectivos valores constitucionais, sob pena ser identificada uma ação arbitrária. Mas, essa “razão suficiente”, como uma espécie de cláusula aberta, mostra-se insuficiente para tratar a questão, de

⁷⁶⁰ ALEXY, R., 2008, p. 398.

forma que se faz necessário acrescentar outros fundamentos para auxiliar na compreensão de seu conteúdo⁷⁶¹.

Nessa perspectiva, apresenta-se a contribuição de MELLO acerca da admissão de tratamento diferenciado em nome da igualdade. De início, esse autor sustenta que a incidência do tratamento diferenciado deve levar em conta, também, fatores como sexo e o gênero, além de uma análise sobre pessoas, coisas e situações envolvidas, com o fito de se realizar uma correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida pelo legislador e o tratamento desigual estabelecido na legislação, somado à exigência de que essa correlação esteja em concordância com os princípios constitucionais. Dessa forma, explica que, para que uma desigualdade não seja reconhecida como uma quebra de isonomia faz-se necessário que se analisem três aspectos dessa situação: o elemento tomado como fator de diferenciação; a correlação lógica e abstrata entre o fator de discriminação e a desigualdade no tratamento jurídico; e a harmonia dessa correlação com os valores protegidos pela constituição⁷⁶².

Não é suficiente, desse modo, apenas o argumento baseado na coerência racional que é própria da lógica, para autorizar a utilização de tratamento diferenciado/discriminatório; exigindo-se, como visto, que o tratamento desigual ou discriminatório, para ser considerado lícito, esteja em concordância com os princípios expressos ou tácitos previstos na Constituição sob análise. MELLO ressalta, nessa linha de raciocínio, que para a tutela da igualdade “não é suficiente o poder arguir-se fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima”⁷⁶³. Fora desse parâmetro, sustenta o autor, haverá incompatibilidade com o preceito da isonomia⁷⁶⁴.

Também MIRANDA parece convergir nesse mesmo sentido, para quem:

[...] O princípio da igualdade não funciona por forma geral e ‘abstracta’, mas perante situações ou termos de comparação que devam reputar-se concretamente iguais – e, antes de tudo, à luz de

⁷⁶¹ Cf. GONÇALVES, C., 2014, p.142.

⁷⁶² Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., 17. tir. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 17-22.

⁷⁶³ MELLO, C., 2009, p. 440.

⁷⁶⁴ Cf. MELLO, C., p. 440.

padrões valorativos ou da ordem axiológica constitucional. O princípio da igualdade não se reduz a uma pura dimensão formal – a uma mera igualdade perante a lei – traduzida na simples imparcialidade da aplicação desta, qualquer que seja o seu conteúdo: assume, bem mais do que isso, uma dimensão material, que se impõe ao próprio legislador, e exige uma verdadeira igualdade da lei. Entendido nesses termos, põe o princípio da igualdade o problema de saber o que em determinado tipo de situações ou para determinados efeitos deve ser considerado igual, ou seja, a prévia identificação dos elementos ou ‘factores’ que em cada caso devem ter-se como relevantes ou irrelevantes para esse juízo⁷⁶⁵.

A propósito, como assegura LAFER, a interpretação de princípios de índole constitucional envolve dois tipos de reflexão: uma reflexão sobre o ângulo interno da norma e do ordenamento; e uma reflexão sobre o ângulo externo, correspondente aos fatos e valores que exigem ponderação⁷⁶⁶. No que toca especialmente ao controle da igualdade, deve-se somar a essas reflexões a necessidade de um juízo axiológico a respeito da pertinência da característica eleita como critério de diferenciação, partindo-se do pressuposto, como assegura ALEXY, de que não existe igualdade ou mesmo desigualdade absoluta em relação a todos os aspectos⁷⁶⁷.

GONÇALVES arremata, considerando restar claro que a compatibilidade entre o tratamento diferenciado e a Ordem Constitucional é condição *sine qua non* para autorizar qualquer distinção em nome do princípio da igualdade. Todavia, a autora também registra a dificuldade de proceder à avaliação dessa compatibilidade, na medida em que confluem diversos valores e interesses de caráter plural contidos na

⁷⁶⁵ MIRANDA, 2008, p. 226-227.

⁷⁶⁶ Cf. LAFER, Celso. **Filosofia do Direito e princípios gerais**. In: ALVES, Alaôr Caffé; LAFER, Celso; GRAU, Eros Roberto; COMPARATO, Fábio Konder; TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O que é Filosofia do Direito?* Barueri: Manole, 2004, p. 70.

⁷⁶⁷ Cf. ALEXY, 2008, p. 400.

Constituição, o que torna necessária a atividade hermenêutica do intérprete⁷⁶⁸:

[...] De todo modo, assumida a diferença natural entre os homens, o princípio da igualdade, em regra, não autoriza o tratamento diferenciado baseado na constatação da diferença, visto que esta [...] decorre da singularidade humana. A avaliação, então, da diferença autorizadora do tratamento desigual, não se baseia exclusivamente na realidade das coisas, mas envolve a reflexão sobre os valores constitucionais, de modo que somente seja autorizada a distinção de tratamento voltada à realização de valor preponderante no caso concreto⁷⁶⁹.

É a partir disso que se mostra importante analisar o tratamento diferenciado com referência à negativa do direito à identidade de gênero – aqui incluso o direito à adequação corporal sem a necessidade de patologização das identidades “trans”, o tratamento hormonal sem adequação de genitália sexual; a adequação do assento de nascimento de acordo com a identidade de gênero – com base na perspectiva do princípio da igualdade.

Essa análise perpassa, antes de tudo, pela consideração de que a identidade dos sujeitos funciona como forma de expressão moral da pessoa, e sua construção decorre da herança deixada pelo Romantismo em relação à liberdade de autoexpressão⁷⁷⁰. BOVERO assevera que a identidade é, acima de tudo, um problema lógico e ontológico, relacionado ao mesmo tempo à alteridade, à diferença e à igualdade, implicando o afirmar-se singular, entre iguais⁷⁷¹, conformando-se em um problema psicológico e antropológico que se refere à subjetividade dos sujeitos, e em última análise à noção moderna de consciência e de autoconsciência⁷⁷².

⁷⁶⁸ Cf. GONÇALVES, 2014, p. 143.

⁷⁶⁹ Idem, ibidem, p. 143.

⁷⁷⁰ Cf. TEPEDINO, G., 1999, p. 55.

⁷⁷¹ BOVERO, Michelangelo. **Identità individuali e collettive**. In: *Ricerche politiche due. Identità, interessi e scelte collettive*. Il Saggiatore, Milano, 1983, p. 33. Tradução de Camila de Jesus Mello Gonçalves.

⁷⁷² Cf. BOVERO, M., 1983, p. 33.

Esse mesmo autor vislumbra na identidade a representação da pessoa natural, um modo e uma forma de ser que o indivíduo fornece de si próprio em suas relações com os demais. Assim, as dicotomias indivíduo-coletividade e identidade individual – identidade coletiva são correspondentes, no entanto, não são coincidentes, equivalendo em certa medida à dicotomia realidade e representação⁷⁷³. A concepção de identidade seria, dessa forma, entendida pelo conjunto de predicados, caracteres e determinações eleitos pelo indivíduo para responder à indagação “quem és?”⁷⁷⁴, acrescentando que a independência moral da pessoa é resultante do comportamento seu em relação à estrutura da vida social⁷⁷⁵.

É possível reconhecer que a composição da identidade deriva de um componente axiológico que a coloca num processo de interdependência com relação à moralidade, na medida em que crenças e valores específicos acabarão delineando a forma pela qual será reconhecida e identificada a pessoa no meio social, compondo os contornos de sua identidade⁷⁷⁶. De se verificar que a identidade, nesse sentido, não se resume apenas ao nome e à genealogia, incluindo nessa concepção as escolhas, as referências morais da pessoa e sua orientação expressadas no convívio social⁷⁷⁷, estando incluída entre os bens da personalidade, no sentido de que ela satisfaz os fins da pessoa enquanto sujeito moral de direito⁷⁷⁸, o que possibilita entender que o bem jurídico da identidade pode ser incluído no patrimônio moral da pessoa.

No caso das pessoas “trans” o tema da identidade assume importância central, na medida em que é a identidade de gênero desses sujeitos que afirma a sua individualidade bem como que consiste em elemento distintivo em relação às outras pessoas, o que revela a essencialidade da identidade para a caracterização desses indivíduos, resultando dificultoso justificar a existência de razão suficiente para vedar a essas pessoas o reconhecimento de suas identidades no plano jurídico, “sem com isso incorrer na negativa da própria natureza humana da pessoa

⁷⁷³ Idem, *ibidem*, p. 31.

⁷⁷⁴ Cf. BOVERO, M., 1983, p. 34.

⁷⁷⁵ Idem, *ibidem*, p. 41.

⁷⁷⁶ Cf. GONÇALVES, C., 2014, p. 197.

⁷⁷⁷ Idem, *ibidem*, p. 198.

⁷⁷⁸ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. Teoria Geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I, p. 104.

a quem a identidade é negada”⁷⁷⁹. A mera identificação pelo sexo biológico não aproveita às pessoas “trans”, considerando-se a divergência entre esse elemento estático, de um lado e a aparência e sentimento de pertencimento da pessoa, de outro, o que forçosamente leva a concluir a existência de arbitrariedade na distinção de tratamento, que nessa medida afronta o princípio da igualdade, no que se refere à negação do direito à identidade de gênero que abrange, como dito anteriormente, o direito à adequação corporal sem a necessidade de patologização das identidades “trans”, o tratamento hormonal sem adequação de genitália sexual e a adequação do assento de nascimento de acordo com a identidade de gênero.

A análise da licitude de tratamento diferenciado, no que toca à negativa do direito à identidade de gênero, pode ser bem mais esclarecida quando aplicados os critérios descritos por MELLO com relação à correlação lógica e de fundamento constitucional a justificar tal tratamento.

Como assinalado pelo autor, a licitude desse tratamento pressupõe a correlação lógica entre o fator de diferenciação e a desigualdade estabelecida, demandando a compatibilidade do tratamento discriminatório com os valores máximos existentes no Ordenamento Jurídico, que em regra são encontrados nas letras dos princípios constitucionais. A desigualdade de tratamento dispensada ao caso em análise, que consiste na vedação ao reconhecimento da identidade de gênero das pessoas “trans”, não guarda correlação lógica com o respectivo fator de diferenciação, que se concretiza na identificação com o gênero contraposto ao sexo biológico, tendo em vista que o direito à identidade não é direito privativo de apenas alguns sujeitos de direito – aqueles que se auto-identificam com o conjunto de atributos sociais condizentes com seu sexo biológico -, mas sim, trata-se de atributo especial comum a toda e qualquer pessoa humana.

Para GONÇALVES, levando em conta que a identidade funciona como uma projeção imaterial da pessoal, que integra a personalidade jurídica individual, a negativa de reconhecimento jurídico da identidade de gênero gera limitação do gozo de direitos inerentes à condição de pessoa, inexistindo, nesse sentido, fundamento lógico que a justifique⁷⁸⁰, o que resulta “na menor amplitude de direitos da personalidade dos

⁷⁷⁹ Cf. GONÇALVES, C., 2014, p. 144.

⁷⁸⁰ Cf. GONÇALVES, C., 2014, p. 144.

transexuais em relação àqueles que não o são⁷⁸¹, em patente violação ao princípio da igualdade.

Se se considera que a identidade está ligada ao exercício da autonomia, na definição do ser moral, a proteção dessa identidade está protegida pelo ordenamento, mais precisamente nos princípios constitucionais que inspiram toda a construção do Direito, em especial a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a privacidade, por exemplo, motivo pelo qual a negação ao reconhecimento da identidade de gênero atenta frontalmente contra o texto constitucional vigente atualmente no Brasil:

[...] Tudo indica que a distinção de tratamento que subtrai da pessoa o direito de ser reconhecida como se sente e aparenta ser, nega-lhe a autonomia que a caracteriza como ser humano, em violação à sua dignidade. Em outras palavras, impedir a pessoa de ter sua identidade sexual juridicamente tutelada aparentemente consiste em tratamento desigual despojado de amparo constitucional. [...] Não se postula a defesa da igualdade absoluta, admitindo-se hipóteses em que o tratamento desigual possa ser justificável, diante da existência de razão suficiente, o que sempre será analisado de acordo com os princípios constitucionais. Apenas que, sob o ângulo do direito ao reconhecimento do gênero de identificação como expressão da identidade, ao que parece, o tratamento desigual do transexual não se justifica e, muito pelo contrário, fomenta a discriminação, em ofensa ao princípio constitucional da igualdade⁷⁸².

Observa-se, nesse sentido, o quão importante se mostra o reconhecimento da identidade de gênero como forma de inclusão das pessoas “trans”, pois tal reconhecimento representa o acolhimento da diversidade e a inserção desses sujeitos no meio social, o que sinaliza uma alternativa para diminuir a violência e a estigmatização que diuturnamente são experimentadas por todos e todas que expressam suas identidades de gênero em discordância com a concepção binária para os

⁷⁸¹ Idem, *ibidem*, p. 144.

⁷⁸² GONÇALVES, C., 2014, p. 145.

sexos, viabilizando a admissão das pessoas “trans” como parceiros de interação, “sem constrangimentos e em condições de igualdade”⁷⁸³.

O reconhecimento é um instituto jurídico por meio do qual HONNETH explica ser possível a concretização da igualdade, sendo a partir desse estudo que buscar-se-á fundamentos que possam justificar o reconhecimento jurídico da identidade de gênero, com base na igualdade.

Partindo da ideia de Hegel, para quem a formação prática da identidade do ser humano pressupõe o reconhecimento intersubjetivo, HONNETH delinea uma teoria social que se baseia no reconhecimento recíproco nos níveis de amor, no Direito e na solidariedade ou estima social. Nessa linha de raciocínio, sua teoria está calcada na identificação do que ele chama de “força moral” que impulsiona a luta pelo reconhecimento, assim como nas consequências derivadas desse reconhecimento para a sociedade e também para o indivíduo⁷⁸⁴. Constrói o autor a ideia de que o ser humano edifica seu padrão de autorreferência através da relação que mantém com os outros seres humanos, fixando no reconhecimento recíproco a etapa inicial do processo de desenvolvimento da intersubjetividade individual⁷⁸⁵.

A primeira forma de reconhecimento recíproco, segundo HONNETH, se dá pela perspectiva do amor, o que para ele inclui “as relações emotivas fortes entre poucas pessoas, segundo o padrão de relações eróticas entre dos parceiros, de amizades e de relações pais/filhos”⁷⁸⁶. Essa perspectiva coincide com o emprego que Hegel faz acerca da concepção de amor, para quem esse sentimento também designa mais do que somente o relacionamento sexualmente preenchido, porque sua efetivação se confirma mutuamente na natureza concreta das carências dos seres humanos, nas várias espécies de relações afetivas⁷⁸⁷. Com efeito, HONNETH afirma que a primeira experiência de reconhecimento e de individuação pode ser descrita a partir da relação da mãe/bebê, iniciada no nascimento, que é uma superação da fase de fusão, na qual a criança está fundida no corpo da mãe, no período gestacional. Ainda que nos seis primeiros meses de vida da criança haja simbiose entre mãe/filho, a partir desse período inicia-se o que ele chama de período de

⁷⁸³ Idem, *ibidem*, p. 146.

⁷⁸⁴ Cf. HONNETH, A., 2009, p. 155 e ss.

⁷⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 157.

⁷⁸⁶ Idem, *ibidem*, p. 159.

⁷⁸⁷ Cf. HONNETH, A., 2009, p. 159-160.

teste da realidade externa, realizado pela criança, aparecendo então o primeiro reconhecimento do outro. Assegura que, havendo uma boa experiência nesse período a criança desenvolverá intensa vivência afetiva em relação à possibilidade de amar o outro, inobstante tenha havido essa diferenciação estabelecida pela individuação recíproca⁷⁸⁸.

Ao introduzir nessa reflexão o conceito de “capacidade de estar só”, enquanto “expressão prática de auto-relação individual”⁷⁸⁹ que estabelece a auto-confiança, HONNETH explica que essa capacidade pressupõe confiança no que se refere à durabilidade da dedicação materna, concebendo-se uma ideia de tolerância em relação à ausência da mãe. Nesse sentido, é esse processo de amadurecimento, que faz com que mãe e criança se percebam como seres independentes que se conforma na estrutura comunicativa que faz do amor uma relação de reconhecimento recíproco⁷⁹⁰.

RICOER acrescenta que o reconhecimento relativo à esfera do amor se baseia justamente na libertação dos laços afetivos fusionais, assim como na confiança na permanência da vinculação recíproca entre parceiros afetivos⁷⁹¹, do que, segundo ele, resulta a ideia normativa de aprovação social, em um nível pré-jurídico, de forma que ao negar-se esse reconhecimento tem-se o início do processo de humilhação, uma vez que o sujeito sente-se como que olhado de cima e privado de aprovação é como se não existisse⁷⁹².

Uma segunda esfera do reconhecimento presente na teoria social de HONNETH é aquela que deriva da estima social, a qual o autor indica como sendo uma condição para que os indivíduos possam referirem-se positivamente a suas propriedades e capacidades concretas⁷⁹³. O reconhecimento pela forma da estima social está fundado na valorização das diferenças individuais que caracterizam os sujeitos e a possibilidade de se atribuir valor a diferentes personalidades está fundada na abertura e na ampliação dos valores e objetivos éticos eleitos por cada sociedade, tendo em vista que o “valor social só pode ser medido pelo grau que cada

⁷⁸⁸ Idem, *ibidem*, p. 170.

⁷⁸⁹ HONNETH, A., 2009, p. 174.

⁷⁹⁰ Cf. HONNET, A., 2009, p. 175.

⁷⁹¹ Cf. RICOEUR, P., 2006, p. 211.

⁷⁹² Idem, *ibidem*, p. 206.

⁷⁹³ Cf. HONNETH, A., 2009, p. 200.

um parece estar em condições de contribuir para com a realização das predeterminações dos objetivos sociais”⁷⁹⁴.

Dessa forma a estima social, como forma de reconhecimento recíproco, é uma forma de reconhecimento individualizante, vez que está baseada na valorização do que é particular a cada uma, de maneira que “uma pessoa só pode se sentir valiosa quando se sabe reconhecida em realizações”⁷⁹⁵. É por isso que na medida em que se abrem concepções valorativas em relação a distintos modos de vida, engendra-se maior possibilidade de estima social dirigida às várias formas de realização individual, o que sugere que a tolerância e a liberdade, enquanto objetivos sociais, podem contribuir para tornar aquele que é diferente em alguém que é digno de reconhecimento, tendo em conta que honra, dignidade e *status* dependem justamente da estima social dirigida à formas de autorrealização eleitas pela pessoa, vale dizer, depende da atribuição de valores positivos pela comunidade a determinados modos de vidas ou crenças⁷⁹⁶. Daí porque:

[...] A degradação valorativa de determinados padrões de autorrealização tem para seus portadores a consequência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como a algo a que caberia um significado positivo no interior de uma coletividade; por isso, para o indivíduo, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de autoestima pessoal, ou seja, uma perda de possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características. Portanto, o que aqui é subtraído da pessoa pelo desrespeito em termos de reconhecimento é o assentimento social a uma forma de autorrealização que ela encontrou arduamente com o encorajamento baseado em solidariedades de grupos⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴ HONNETH, A., 2009, p. 200.

⁷⁹⁵ Idem, *ibidem*, p. 216.

⁷⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 217.

⁷⁹⁷ HONNETH, A., 2009, p. 217-218.

Com efeito, inobstante a relevância das anteriores formas de reconhecimento recíproco, é patente que HONNETH se debruça nas experiências de reconhecimento no plano do Direito, assim como nas consequências advindas das violações à isonomia em relação à pessoa, enquanto um centro de imputação moral⁷⁹⁸, revelando-se, para o estudo que se realiza, identificar qual seria a potencialidade do reconhecimento jurídico no que toca à concretização da igualdade enquanto uma alternativa que possa combater a discriminação e a violência em que funcionam como vítimas as pessoas “trans”.

RICOEUR aduz que é perceptível na obra de HONNETH que o reconhecimento, através do Direito, contribuiu para a convivência coletiva e para a vida em sociedade, apontando que a ideia do “ser reconhecido” presente na obra do autor parte de um ponto de vista hegeliano, na medida em que essa ideia pode ser identificada como o motivo moral original, que está apto a criar a experiência política⁷⁹⁹ “tal qual o medo da morte violenta e o cálculo racional que este opõe à vaidade”, presentes na concepção de estado de natureza cunhado por Hobbes⁸⁰⁰. Nesse sentido, o autor acrescenta que na perspectiva jurídica, aquela capacidade de estar só à qual referiu-se quando do estudo do reconhecimento através do amor é substituída pela palavra “livre”, a descrever a racionalidade presente em toda pessoa; a confiança vê-se substituída pelo respeito, estendendo-se para além dos laços afetivos e chegando a pretensões universais⁸⁰¹.

Analisando com cautela a obra de HONNETH observa-se que as inferências de RICOEUR de fato são verdadeiras, pois sob o ângulo do Direito, aquele autor confere relevância especial ao reconhecimento recíproco no sentido de possibilitar ao indivíduo uma autorreferência como “centro de imputação de direitos e obrigações”, afirmando que é justamente do dever de respeitar o outro que nasce a nossa consciência como sujeitos de direito:

[...] Para o direito, Hegel e Mead perceberam uma semelhante relação na circunstancia de que só podemos chegar a uma compreensão de nós mesmos como portadores de direitos quando

⁷⁹⁸ Cf. RICOEUR, P., 2006, p. 189.

⁷⁹⁹ Cf. RICOEUR, P., 2006, p. 189.

⁸⁰⁰ RICOEUR, P., 2006, p. 189.

⁸⁰¹ Cf. RICOEUR, P., 2006, p. 211.

possuímos, inversamente, um saber sobre quais obrigações temos de observar em face do respectivo outro: apenas da perspectiva normativa de um "outro generalizado", que já nos ensina a reconhecer os outros membros da coletividade como portadores de direitos, nós podemos nos entender também como pessoa de direito, no sentido de que podemos estar seguros do cumprimento social de algumas de nossas pretensões⁸⁰².

É em torno do princípio da igualdade que HONNETH localiza uma tensão que desemboca na luta social por ampliação de direitos individuais fundamentais e por reconhecimento jurídico. Segundo narra, o princípio da igualdade na modernidade foi ampliado partindo do entrelaçamento de dois fios evolutivos, distintos sistematicamente: o primeiro, relativo ao seu conteúdo material, tendo em vista que o *status* de uma pessoa de direito não foi ampliado apenas no aspecto objetivo, admitindo-se maiores chances individuais de liberdade de realização de atividades sociais, em comparação à sociedade estamental anterior; o segundo fio evolutivo refere-se ao aspecto social, através do qual a igualdade é transmitida a um número sempre crescente de membros da sociedade, como consequência da universalização jurídica que atribuiu o *status* de sujeito de direitos a um crescente número de grupos⁸⁰³:

[...] No primeiro caso, o direito ganha, como vimos, em conteúdos materiais, através dos quais também as diferenças nas chances individuais de realização das liberdades socialmente garantidas encontram uma crescente consideração jurídica; no segundo caso, ao contrário, a relação jurídica é universalizada no sentido de que são adjudicados a um círculo crescente de grupos, até então excluídos ou desfavorecidos, os mesmos direitos que a todos os demais membros da sociedade. Uma vez que as relações jurídicas modernas contêm estruturalmente essas duas possibilidades evolutivas, tanto Hegel como Mead estão

⁸⁰² HONNETH, A., 2009, p. 179.

⁸⁰³ Cf. HONNETH, A., 2009, p. 193.

convencidos de que há um prosseguimento da "luta por reconhecimento" no interior da esfera jurídica; portanto, os confrontos práticos, que se seguem por conta da experiência do reconhecimento denegado ou do desrespeito, representam conflitos em torno da ampliação tanto do conteúdo material como do alcance social do status de uma pessoa de direito⁸⁰⁴.

Essa concepção universalizante das relações jurídicas modernas, que estão baseadas no valor fundamental da pessoa, é a que possibilita a existência de uma luta por reconhecimento, através do confronto entre normas válidas de caráter universal e a efetiva aplicação dessas normas em situações concretas⁸⁰⁵, sendo, para HONNETH, a imputabilidade moral a capacidade que leva os sujeitos a exercerem o respeito mútuo e a se reconhecerem enquanto sujeitos de direitos em uma comunidade. Essa imputabilidade moral representa, para ele, a capacidade humana de decidir de forma racional e com autonomia individual sobre questões de ordem moral⁸⁰⁶:

[...] se uma ordem jurídica pode se considerar justificada e, por conseguinte, contar com a disposição individual para a obediência somente na medida em que ela é capaz de reportar-se, em princípio, ao assentimento livre de todos os indivíduos inclusos nela, então é preciso supor nesses sujeitos de direito a capacidade de decidir racionalmente, com autonomia individual, sobre questões morais; sem uma semelhante atribuição, não seria absolutamente imaginável como os sujeitos devem ter podido alguma vez acordar reciprocamente acerca de uma ordem jurídica. Nesse sentido, toda comunidade jurídica moderna, unicamente porque sua legitimidade se torna dependente da ideia de um acordo racional entre indivíduos em pé de igualdade, está fundada na assunção da imputabilidade moral de todos os seus membros⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ HONNETH, A., 2009, p. 193-194.

⁸⁰⁵ Cf. HONNETH, 2009, p. 186-187.

⁸⁰⁶ Idem, *ibidem*, p. 187-188.

⁸⁰⁷ HONNETH, A., 2009, p. 188.

A partir de tais lições forçoso se mostra confirmar que a imputabilidade moral (ou racionalidade) e o desejo de ser reconhecido ou de ser respeitado são características intrínsecas a todos os seres humanos, do que resulta que o desprezo à identidade de gênero bem como a negativa de seu reconhecimento jurídico como atributo da personalidade, desembocam numa patente violação do princípio da igualdade. Diz-se isso porque a identidade de gênero consiste num aspecto da individualidade que é construída a partir da ideia de imputabilidade moral dos sujeitos, cuja ideia principal é o reconhecimento externo, de maneira que, em não sendo admitido a todos e todas idêntico direito à identidade, estrar-se a ferir a isonomia jurídica, motivando, nesse sentido, o início de uma luta moral por direitos e pelo reconhecimento desses direitos.

Essas considerações feitas por HONNETH referem-se ao plano abstrato da norma. Todavia, em sua obra ele também trata da consequência da privação de direitos sob uma perspectiva do respeito individual, que se relaciona com a ideia de dignidade humana. Assim, sustenta que se todos partilham de idêntica característica em relação à imputabilidade moral, a negação de direitos a alguns compromete a ideia de ser merecedor de respeito por parte do sujeito a quem se nega tais direitos, inserindo nessa análise a concepção do que ele denomina “autorrelação”, sendo esta a consequência do reconhecimento jurídico sobre a relação da pessoa com ela mesma⁸⁰⁸. Para HONNETH é através do reconhecimento jurídico que a pessoa desenvolve uma autorrelação positiva, o que lhe possibilita intensificar a capacidade de se referir a si própria como um ser moralmente imputável, a quem foi adjudicado direitos, surgindo aí uma correlação entre a autonomia (ligada à ideia de liberdade) e o reconhecimento de direitos, pois é dessa correlação que a pessoa adquire consciência de poder respeitar a si própria⁸⁰⁹: “o sujeito adulto obtém a possibilidade de conceber sua ação como uma manifestação da própria autonomia, respeitada por todos os outros, mediante a experiência do reconhecimento jurídico”⁸¹⁰.

Nessa toada, esse autor ainda relaciona a ideia de reconhecimento jurídico à conquista do autorrespeito, assegurando que a possibilidade de se exercer pretensões jurídicas tendo por base direitos previamente

⁸⁰⁸ Cf. HONNETH, A., 2009, p. 194.

⁸⁰⁹ Idem, *ibidem*, p. 194.

⁸¹⁰ HONNET, A., 2009, p. 194.

reconhecidos reforça nos sujeitos uma consciência de si como uma pessoa moralmente imputável, e, dessa consciência positiva, que decorre justamente da possibilidade de se auto-referir como membro da coletividade, partilhando os mesmos direitos, é que nasce o autorrespeito:

[...] visto que possuir direitos individuais significa poder colocar pretensões aceitas, eles (os direitos individuais) dotam o sujeito individual com a possibilidade de uma atividade legítima, com base na qual ele pode constatar que goza do respeito de todos os demais. É o caráter público que os direitos possuem, porque autorizam seu portador a uma ação perceptível aos parceiros de interação, o que lhes confere a força de possibilitar a constituição do autorrespeito; pois, com a atividade facultativa de reclamar direitos, é dado ao indivíduo um meio de expressão simbólica, cuja efetividade social pode demonstrar-lhe reiteradamente que ele encontra reconhecimento universal como pessoa moralmente imputável⁸¹¹.

Partindo-se da literatura do retromencionado autor, observa-se que a negação de direitos de personalidade, derivada de reconhecimento denegado, resulta na perda da possibilidade de autorrespeito individual⁸¹², atingindo a pessoa em sua perspectiva moral, desconfigurando a autonomia e a expectativa de ser reconhecido como sujeito com plena capacidade de formular juízos morais, o que leva ao “sentimento de não possuir status de um parceiro de interação com igual valor moralmente em pé de igualdade”⁸¹³. Como decorrência dessa experiência, inaugura-se um processo de perda do autorrespeito, justamente em razão da impossibilidade de o sujeito se referir a si próprio como sendo titular dos mesmos direitos dos demais, o que gera uma sensação de desigualdade nas relações interativas com os demais membros da coletividade⁸¹⁴.

Nessa medida, a perda do autorrespeito parece transcender à ideia de isonomia, atingindo o âmago do ordenamento jurídico, transfigurado na ideia da dignidade da pessoa humana, uma vez que direitos inerentes

⁸¹¹ HONNETH, A., 2009, p. 197.

⁸¹² Cf. HONNETH, A., 2009, p. 198.

⁸¹³ HONNETH, A., 2009, p. 216.

⁸¹⁴ Cf. HONNETH, A., 2009, p. 217.

à própria condição humana não são reconhecidos a determinado sujeitos, resultando na violação da dignidade. O tratamento diferenciado às pessoas “trans”, derivado da negativa de reconhecimento de suas identidades, consiste numa patente violação da igualdade, tendo em vista que é a capacidade de decidir autonomamente e de ser reconhecido e respeitado por tais decisões uma das notas comuns entre os seres humanos, que, nessa perspectiva, veda a distinção de tratamento⁸¹⁵:

[...] Tal violação da igualdade implica consequências para a relação da pessoa consigo própria, comprometendo-lhe o autorrespeito, em razão da impossibilidade de que se perceba como alguém a quem foram adjudicados direitos partilhados pelos demais membros da comunidade, em ofensa à sua dignidade.

Assim, pode-se concluir que o não reconhecimento da identidade de gênero às pessoas que a reivindicam, inobstante a constatação de absoluta igualdade entre todos os seres humanos no que se refere à imputabilidade moral e ao desejo de ser reconhecido, concepções delineadas por HONNETH, cria violação que não se restringe apenas ao princípio da igualdade, mas que se alarga e atinge, também, a dignidade que é inerente à condição humana, cuja proteção pelo Direito independe da identidade de gênero que se pede o reconhecimento.

3.3 A INSERÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO NO ROL DE DIREITOS DA PERSONALIDADE: SUPERAÇÃO DA INSEGURANÇA JURÍDICA.

No item anterior discorreu-se sobre os três fundamentos que poderiam justificar a abertura do rol dos Direitos da Personalidade para a inserção da identidade de gênero em seu âmbito protetivo. Viu-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim como o Princípio da Liberdade e o da Igualdade possuem normatividade suficiente para o reconhecimento dessa perspectiva identitária, tendo em conta a ausência de legislação específica que regule essa matéria.

⁸¹⁵ Cf. GONÇALVES, C., 2014. P. 153.

De se notar que o reconhecimento da identidade de gênero e a consequente autorização para a alteração dos documentos civis não pode ser confundido com uma espécie de liberdade ilimitada, até mesmo porque o direito à identidade de gênero não é absoluto, uma vez que deve, assim como os demais Direitos da Personalidade, respeitar os próprios limites jurídicos à tutela desses direitos, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana e a ordem pública.

A segurança jurídica que tanto se pretende preservar – num ordenamento jurídico calcado na existência de uma Constituição formal e rígida, e de leis infraconstitucionais dando normatividade às matérias que necessitam de regulamentação –, é um pressuposto que vincula todo o ordenamento jurídico, assim como toda a compreensão do que é a Ciência do Direito. Nesse sentido, quando a regulamentação de uma perspectiva da personalidade cuja ideia infere numa ética de emancipação dos direitos humanos não ocorre, indiretamente o ordenamento jurídico coloca todos os sujeitos que estão marcados por essa negativa, num patamar de indivíduos de segunda categoria, alocando-os numa espécie de grupo cuja cidadania é contingente ou inexistente.

Para além dessa constatação, a inexistência de regulamentação dessa perspectiva identitária gera prejuízos que vão além do próprio indivíduo. Coloca-se em cheque a estabilidade de todo o ordenamento jurídico, pois, permite-se que diversos órgãos julgadores, usando da prerrogativa de integração das normas jurídicas, expeçam decisões diferentes, em casos cuja causa de pedir e o pedido são idênticos⁸¹⁶.

Quando se ventila o reconhecimento da dignidade das pessoas “trans” através da confirmação judicial da identidade de gênero, coloca-se nas mãos do julgador a tarefa de identificar se aquela pessoa que reivindica o direito ao reconhecimento possui autonomia suficiente para decidir se sua forma de identificação moral pode ou não ser compartilhada, legalmente, com os demais membros da sociedade. Essa tarefa de julgar esbarra, quase sempre, em concepções pessoais baseadas no senso comum, visto que o tema da transexualidade, que juridicamente está ligada à personalidade individual, como demonstrado, também guarda relação com asserções de cunho moral e religioso. Nesse sentido, ao apresentar-se ao Poder Judiciário demandas em que se pedem o

⁸¹⁶ Segundo a Teoria adotada pelo Direito Processual Civil inserta no Novo Código de Ritos Cíveis, a causa de pedir e o pedido, juntamente com as partes, são considerados elementos da ação.

reconhecimento da identidade de gênero, abre-se a possibilidade de que se prolatem decisões com argumentos morais que desconsideram a eficácia irradiante dos direitos humanos; ao mesmo tempo, todavia, prolatam-se decisões que reconhecem essa perspectiva identitária como uma decorrência da proteção da dignidade humana, da liberdade e da igualdade, seja no âmbito do direito doméstico ou mesmo no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

É justamente dessa “insegurança jurídica” que coloca em questão a cidadania de pessoas estigmatizadas historicamente, que surge a necessidade de regulamentação do direito à identidade de gênero, não como uma decorrência de outros direitos autonomamente já considerados, mas sim como um direito próprio, cujo fundamento principal seja a dignidade e a ideia de pertencimento a uma sociedade plural e efetiva.

Para que se tenha ideia do problema relativo à insegurança jurídica nos casos de judicialização da identidade de gênero, abaixo realiza-se um estudo colacionando decisões em que se mostra evidente a similitude entre as causas de pedir e os pedidos, todavia, mesmo assim, em razão da falta de regulamentação do tema, observa-se a prolação de decisões diferentes. Importante registrar que, como todas as demandas envolvendo alteração do estado da pessoa correm em segredo de justiça, apenas sendo oportunizado o acesso às peças dos autos aos advogados habilitados, a análise que será feita partirá dos dados colhidos dos acórdãos que analisaram a questão em sede de recurso. Nesses recursos constam dos relatórios as informações que descrevem a causa de pedir e o pedido, as quais servirão de paradigma para a verificação dos efeitos decorrentes da falta de legislação em relação ao tema da identidade de gênero.

Os primeiros dois processos paradigmas narram as histórias de dois transexuais que requereram a retificação de seus assentos de nascimento para constar tanto o prenome como o gênero de acordo com sua identidade de gênero. Em ambas ações, o juiz (a) de primeiro grau julgou procedente o pedido de retificação, determinando que o cartório de registro civil alterasse o prenome e o gênero dos interessados. O Ministério Público, ato seguinte, apresenta recurso de apelação requerendo a reforma da sentença, pugnando para que a parte do julgado no qual consta a determinação de alteração do gênero seja modificada, sob a alegação de que houve violação à Lei de Registros Públicos.

Na primeira ação, cuja apelação foi tombada sob o nº 0460307-20.2015.8.21.7000, originária da Vara de Registros Públicos da Comarca de Porto Alegre-RS, o apelo do Ministério Público, que considerou apenas a legalidade da Lei de Registros Públicos como fundamento do pedido de reforma, que é datada da década de 1970, foi provido e a

sentença de primeiro grau foi reformada. Dessa forma o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul determinou que a alteração do prenome poderia ser feita, todavia, a alteração do gênero não:

REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE PRENOME E DE SEXO. ALTERAÇÃO DO NOME. POSSIBILIDADE. AVERBAÇÃO À MARGEM. A ALTERAÇÃO DO SEXO SOMENTE SERÁ POSSÍVEL APÓS A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO.

4. No entanto, é descabida a alteração do registro civil para fazer constar dado não verdadeiro, isto é, que o autor seja do sexo feminino, quando inequivocamente ele é do sexo masculino, pois ostenta órgãos genitais tipicamente masculinos. 5. A definição do sexo é ato médico e o registro civil de nascimento deve espelhar a verdade biológica, somente podendo ser corrigido quando se verifica erro. Recurso provido, por maioria. (Apelação Cível Nº 70067749291, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 18/05/2016).

Na segunda ação, cuja apelação foi tombada sob o nº0152454-96.2016.8.21.7000, também oriunda da Vara de Registros Públicos da Comarca de Porto Alegre, o Ministério Público atuante naquela Vara apresenta o mesmo argumento mencionado do processo anterior, segundo o qual não é possível alterar-se o gênero de nascimento sem que isso viole a Lei de Registros Públicos. Ocorre que o mesmo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, diante de situação idêntica à anterior, ou seja, a mesma causa de pedir (autor que reconhece sua identidade de gênero como sendo diversa daquela atribuída jurídica e socialmente ao seu sexo biológico) e o mesmo pedido (alteração dos assentos civis para constar nome e gênero de acordo com sua identidade de gênero), manteve a decisão de primeiro grau:

APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. ALTERAÇÃO DO GÊNERO. AUSÊNCIA DE

**CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO
SEXUAL OU
TRANSGENITALIZAÇÃO.
POSSIBILIDADE.**

O sexo é físico-biológico, caracterizado pela presença de aparelho genital e outras características que diferenciam os seres humanos entre machos e fêmeas, além da presença do código genético que, igualmente, determina a constituição do sexo – cromossomas XX e XY. O gênero, por sua vez, refere-se ao aspecto psicossocial, ou seja, como o indivíduo se sente e se comporta frente aos padrões estabelecidos como femininos e masculinos a partir do substrato físico-biológico. É um modo de organização de modelos que são transmitidos tendo em vista as estruturas sociais e as relações que se estabelecem entre os sexos. Considerando que o gênero prepondera sobre o sexo, identificando-se o indivíduo transexual com o gênero oposto ao seu sexo biológico e cromossômico, impõe-se a retificação do registro civil, independentemente da realização de cirurgia de redesignação sexual ou transgenitalização, porquanto deve espelhar a forma como o indivíduo se vê, se comporta e é visto socialmente. Sentença de procedência confirmada. (Apelação Cível Nº 70069422608, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 27/07/2016).

No que toca a esses dois julgados, importante destacar que: (i) as duas sentenças combatidas foram prolatadas pelo mesmo juízo e pelo mesmo juiz⁸¹⁷, o que sugere a existência de segurança jurídica no que toca a ações que possuem o mesmo pedido e a mesma causa de pedir; (ii) as

⁸¹⁷ Ambos os acórdãos estão anexados à presente tese, onde se poderá verificar as informações aqui prestadas.

apelações apresentadas foram escritas pelo mesmo membro do Ministério Público em exercício na Vara de Registros Públicos da Comarca de Porto Alegre; (iii) em razão de questões de competência ambos os recursos foram distribuídos para juízes (desembargadores) atuantes na sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; (iv) a mesma câmara julgadora, ao analisar recursos com identidade de matéria proferiu decisões díspares; e (v) os recursos paradigmas foram julgados no ano de 2016.

Com efeito, essa insegurança jurídica acarreta uma prolongação da jornada da pessoa transexual no que toca ao reconhecimento de sua personalidade jurídica individual, que nos casos em análise, diz respeito ao reconhecimento de suas respectivas identidades de gênero. Ademais, a prolação de decisões como as que se analisa além de comprometer segurança jurídica do ordenamento e violar a dignidade daquele cujo apelo foi reformado, atinge de morte o princípio da igualdade, nos moldes da concepção apresentada por ALEXY, na medida em que diante de sujeitos iguais, com situações jurídicas idênticas, o mesmo Tribunal, e mais especialmente a mesma Câmara Julgadora, os trata de forma desigual. É dizer, o deferimento de um direito fica condicionado à sorte, no sentido de que, a depender do órgão julgador para quem for distribuído o recurso, ter-se-á decisões favoráveis ou não, deixando de lado a concepção matriz do ordenamento jurídico segundo a qual todos e todas possuem o mesmo direito à dignidade.

Para que se entenda a dimensão do problema advindo da inexistência de legislação específica sobre o reconhecimento da identidade de gênero, analisa-se a seguir mais dois julgados, dessa vez, oriundos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na primeira ação, oriunda do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, cuja tramitação se deu perante o juízo de direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Pires, a demanda cingiu-se a pedido de retificação de registro civil (prenome e gênero), na qual o juiz de primeiro grau ao julgar improcedentes tais pedidos, entendeu que o diagnóstico de “transexualismo” não autorizaria, por si só, a alteração de seu prenome, tampouco de seu gênero. O apelo foi apresentado e após a regular tramitação foi a julgamento pelo Tribunal de Justiça daquele Estado. No julgamento do recurso, o Tribunal reformou a decisão de primeiro grau em sua totalidade, nos moldes das razões apresentadas pela parte autora:

**REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DE
PRENOME E SEXO DA REQUERENTE EM
VIRTUDE DE SUA CONDIÇÃO DE**

TRANSEXUAL. ADMISSIBILIDADE. HIPÓTESE EM QUE PROVADA, PELA PERÍCIA MULTIDISCIPLINAR, A DESCONFORMIDADE ENTRE O SEXO BIOLÓGICO E O SEXO PSICOLÓGICO DA REQUERENTE. REGISTRO CIVIL QUE DEVE, NOS CASOS EM QUE PRESENTE PROVA DEFINITIVA DO TRANSEXUALISMO, DAR PREVALÊNCIA AO SEXO PSICOLÓGICO, VEZ QUE DETERMINANTE DO COMPORTAMENTO SOCIAL DO INDIVÍDUO. ASPECTO SECUNDÁRIO, ADEMAIS, DA CONFORMAÇÃO BIOLÓGICA SEXUAL, QUE TORNA DESPICIENDA A PRÉVIA TRANSGENITALIZAÇÃO. OBSERVAÇÃO, CONTUDO, QUANTO À FORMA DAS ALTERAÇÕES QUE DEVEM SER FEITAS MEDIANTE ATO DE AVERBAÇÃO COM MENÇÃO À ORIGEM DA RETIFICAÇÃO EM SENTENÇA JUDICIAL. RESSALVA QUE NÃO SÓ GARANTE EVENTUAIS DIREITOS DE TERCEIROS QUE MANTIVERAM RELACIONAMENTO COM A REQUERENTE ANTES DA MUDANÇA, MAS TAMBÉM PRESERVA A DIGNIDADE DA AUTORA, NA MEDIDA EM QUE OS DOCUMENTOS USUAIS A ISSO NÃO FARÃO QUALQUER REFERÊNCIA. DECISÃO DE IMPROCEDÊNCIA AFASTADA. RECURSOS PROVIDOS, COM OBSERVAÇÃO. APELAÇÃO Nº 0008539-56.2004.8.26.0505, DA COMARCA DE RIBEIRÃO PIRES. DESEMBARGADORES FRANCISCO LOUREIRO (PRESIDENTE) E PERCIVAL NOGUEIRA. SÃO PAULO, 18 DE OUTUBRO DE 2012.

Noutra demanda, desta vez oriunda da Comarca de Bauru, o juízo de primeiro grau também julgou pela improcedência dos pedidos de retificação do prenome e do gênero, sob o fundamento de que a Lei de Registros Públicos não autorizaria esse procedimento. O Tribunal de Justiça de São Paulo, instado a analisar recurso de apelação apresentado pela parte interessada, proferiu decisão reformando a sentença objurgada,

todavia, reconheceu apenas o direito à alteração do nome, determinando que os documentos civis do interessado comportassem um nome condizente com o gênero feminino, mas nesse mesmo documento constasse a identificação do gênero como sendo masculino:

Registro Civil. Pedido de retificação do prenome e do sexo. Apelante, de aparência feminina, que é conhecido no meio social pelo prenome de Nicolle. Compatibilização do prenome com a aparência do indivíduo, sem dizer, ainda, na necessidade da sua adequação à maneira pela qual é conhecido no meio social. Alteração deferida com lastro nos arts. 57 e 58 da LRP, com a devida averbação (art. 29, par. I, f, LRP). Recurso, nesta parte, provido. 3ª Câmara de Direito Privado Apelação Cível n. 990.10.115057-3. Relator: Des. Donegá Marandini.

Analisando os acórdãos acima apresentados, verifica-se mais uma vez um espectro de insegurança jurídica dentro de um mesmo Tribunal. Num recurso de apelação, os julgadores proferem decisão no sentido de conferir na integralidade o direito à identidade de gênero; em outro, concede-se parcialmente tal direito, como se a dignidade da pessoa humana pudesse ser fracionada e entregue em forma de conta-gotas. Tem-se, nas demandas relatadas, identidades de Tribunais, identidades de causa de pedir e de pedido e, como resultado tem-se decisões diferentes, violando a igualdade dos peticionantes na medida em se encontram em situações similares.

As demandas envolvendo questões de identidade de gênero ultrapassam os pedidos de adequação registral. Nesse sentido, quando uma pessoa “trans” é submetida a situações vexatórias, em razão de sua condição identitária, os tribunais são instados a analisar se tais situações configuram uma ofensa e um abalo moral à honra do requerente. Trata-se de analisar se a identidade de gênero é um direito cuja violação insere-se na proteção da dignidade humana e da personalidade individual.

As próximas decisões a serem analisadas ventilam situações em que a negativa de acesso a banheiro às pessoas transexuais causaram abalo psicológico e expuseram o/a transexual a uma situação vexatória perante as pessoas que presenciaram o fato.

Na primeira ação, oriunda do juizado distrital especial cível da comarca de Florianópolis – Santo Antônio de Lisboa, tombada sob o

nº0800504-39.2009.8.24.0090, a questão trata da negativa de utilização de banheiro público a uma transexual, por parte de funcionários de um shopping center. Consta do processo que ao entrar no referido shopping a parte autora se viu seguida por seguranças, os quais comunicavam-se por rádio e faziam deboches de sua condição identitária. Ao tentar utilizar o banheiro feminino a mesma foi abordada por uma funcionária e forçada a se retirar do banheiro, sob a alegação de estar causando constrangimento às demais clientes. Nervosa, a autora não conseguiu segurar suas necessidades fisiológicas acabando por defecar em suas vestes em pleno corredor do shopping, na presença de inúmeras pessoas.

Ao julgar essa ação o magistrado reconheceu a existência de violação à dignidade e à personalidade da parte autora, e condenou o shopping center ao pagamento de R\$15.000,00 (quinze mil reais) a título de reparação moral. O recurso apresentado pela parte ré desconsiderou que os autos tramitaram segundo o rito sumaríssimo previsto na Lei 9.099/95, a qual prevê que contra sentença de mérito deve ser apresentado Recurso Inominado, no prazo de 10 dias, tendo sido apresentado Recurso de Apelação, no prazo de 15 dias. Esse defeito processual grave foi desconsiderado e o Tribunal de Justiça, que recebeu o recurso, deu provimento ao apelo para julgar improcedente o pedido de indenização, e para condenar a requerente ao pagamento de custas e honorários advocatícios, nos seguintes moldes:

Apelações Cíveis. Ação de indenização por danos morais. Abordagem de segurança de “Shopping Center” em toailete feminino. Sustentado ato discriminatório. Fragilidade do acervo probatório. Ausência de conduta culposa atribuível ao estabelecimento comercial. Abalo moral. Ausência de repercussão. Conduta emoldurada como um mero dissabor. Pressupostos da responsabilidade civil não configurados. Inexistência de ato ilícito, Dever de compensar afastado. Sentença Reformada. Recurso provido da ré e prejudicado o do autor. Apelação Cível nº 2012.019304-1. Des. Fernando Carioni. Nº Edital: 1895/12 Disponibilizado no Diário da Justiça Eletrônico edição nº 1397 - www.tjsc.jus.br. 24.05.12.

Importante ressaltar que foi a partir desse julgado que a questão foi levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Ao serem apresentados

recursos especial e extraordinário, contra o acórdão acima transcrito, o TJ/SC proferiu decisão pelo não conhecimento de ambos os apelos, contra a qual foram apresentados agravos de instrumento, como forma de destrancamento dos recursos apresentados. Tendo o Superior Tribunal de Justiça acolhido a negativa de seguimento do Recurso Especial, o processo foi enviado ao Supremo Tribunal Federal que, converteu o agravo em recurso extraordinário da seguinte forma:

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 questão, nesse sentido, encontra-se constitucionalizada, aguardando o julgamento pelo Tribunal.

Dando continuidade à análise das decisões, tem-se uma ação oriunda da Comarca de Bauru, no Estado de São Paulo. Nessa demanda, assim como na anterior, uma transexual foi impedida de utilizar o banheiro, dessa vez, de uma academia de ginástica, o que lhe causou constrangimento perante os demais usuários, expondo sua condição de pessoa “trans” a partir de uma situação vexatória. Além do impedimento de usar o banheiro, a autora da ação também narrou que teve sua matrícula cancelada de forma unilateral, mesmo estando com todos os pagamentos em dia. A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido de indenização, condenando a academia ao pagamento de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) a título de danos morais:

DANO MORAL. ACADEMIA DE GINÁSTICA. ALUNO TRANSEXUAL QUE SE UTILIZAVA BANHEIRO FEMININO. EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE ADVERTÊNCIA PRÉVIA. DISCRIMINAÇÃO POR PRECONCEITO SEXUAL CARACTERIZADA. DANO MORAL CABÍVEL. APELO IMPROVIDO. TJ/SP. Apelação Cível nº435.252.4/1-00. Des. Relator. Testa Marchi.

No acórdão acima transcrito observa-se que o Tribunal, ao manter em sua integralidade a sentença objeto do recurso, confirmou que a discriminação perpetrada contra a apelada, em razão de sua condição de transexual, configuraria um abalo moral, vez que presentes os requisitos necessários à configuração de ato ilícito. Como se vê, mais uma vez, diante de situações idênticas os tribunais em análise apresentaram decisões diferentes, corroborando no entendimento de que a falta de regulamentação legal da identidade de gênero, além de gerar uma insegurança jurídica em relação ao Ordenamento Jurídico, dificulta ainda mais o caminho percorrido pelas pessoas “trans” na direção do reconhecimento de suas identidades.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais também é possível constatar a insegurança jurídica decorrente de decisões diferentes, em situações idênticas.

Na apelação cível de nº0308915-34.2015.8.13.0702, oriunda da Comarca de Uberlândia, tem-se uma demanda em que a pessoa interessada requereu ao juízo de direito da vara de registros públicos a alteração de seu prenome e de seu gênero, sob o fundamento de que ao apresentar-se socialmente como mulher, portando documentos onde o prenome e o gênero indicavam ser um homem, ocasionava-se grande desconforto individual, colocando a requerente, inúmeras vezes, diante de situações em que sua identidade civil era questionada. Ao analisar o pleito, o juízo de primeiro grau entendeu pela improcedência total dos pedidos, assegurando que, tanto o prenome quanto o gênero são imutáveis, tendo em conta as disposições da Lei de Registros Públicos. Em grau de recurso a 5ª Câmara Cível do TJ/MG deu provimento ao recurso, determinando, apenas, a alteração do prenome, nos seguintes moldes:

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL -
RETIFICAÇÃO REGISTRO DE
NASCIMENTO - TRANSEXUAL -
ALTERAÇÃO DO NOME - POSSIBILIDADE
- RESPEITO AO PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA -
EXPOSIÇÃO A SITUAÇÕES VEXATÓRIAS
E HUMILHANTES - ALTERAÇÃO DA
DESIGNAÇÃO DO SEXO -
IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES -
PROVIMENTO DO RECURSO.
APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.15.030891-5/001
- COMARCA DE UBERLÂNDIA -**

No segundo processo paradigma, tem-se uma demanda oriunda da mesma Comarca de Uberlândia, na qual a magistrada julgou improcedentes os pedidos de alteração de prenome e gênero, ao argumento de que o registro público é norteado pelos princípios da veracidade e da imutabilidade, que inviabilizam o pleito por não ter havido cirurgia de transgenitalização para mudança do sexo. No apelo apresentado, sustentou a requerente que sempre manifestou comportamento próprio do genótipo feminino, bem como características morfológicas secundárias que lhe conferem a condição de mulher, sendo reconhecida em seu meio social como pessoa do sexo feminino, alegando que sofre muitos constrangimentos em virtude da discrepância entre sua imagem corpórea e o nome e sexo que constam em seus documentos, na esteira dos argumentos apresentados na demanda anterior. Ocorre que nesse caso, ao ser a apelação distribuída para a 6ª Câmara Cível do TJ/MG, a apelante logrou sucesso em seu recurso, tendo a relatora, ao dar provimento ao pedido de reforma da sentença, determinado a alteração do prenome e do gênero nos respectivos assentos civis:

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE
RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL -
ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO -
TRANSEXUAL - INTERESSADO NÃO
SUBMETIDO À CIRURGIA DE
TRANSGENITALIZAÇÃO - PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA - POSSIBILIDADE IN
ABSTRACTO - INSTRUÇÃO PROBATÓRIA
- AUSÊNCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA
- OCORRÊNCIA - NECESSIDADE DE**

INSTRUÇÃO PROBATÓRIA EXAURIENTE PARA O DESLINDE DO FEITO. O reconhecimento judicial do direito dos transexuais à alteração de seu prenome conforme o sentimento que eles tem de si mesmos, ainda que não tenham se submetido à cirurgia de transgenitalização, é medida que se revela em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Presentes as condições da ação e afigurando-se indispensável o regular processamento do feito, com instrução probatória exauriente, para a correta solução da presente controvérsia, impõe-se a cassação da sentença, sob pena de se configurar o cerceamento de defesa da parte autora. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.14.043172-8/001 - COMARCA DE UBERLÂNDIA.

A partir dos acórdãos colacionados observa-se que a falta de regulamentação legal acerca do exercício da identidade de gênero, para além de comprometer a dignidade das pessoas “trans”, também macula o ordenamento jurídico, na medida em que num mesmo País a questão de direitos individuais é submetida a decisões diferentes, sujeitando os interessados a uma jornada processual cujo resultado está adstrito à distribuição dos processos dentro de um mesmo tribunal. Surge então a necessidade de se verificar, a título ilustrativo, como um país que tenha regulamentado o exercício das identidades de gênero, superou a insegurança jurídica advinda de decisões conflitantes, nos moldes como apresentado anteriormente, e quais foram os ganhos em matéria de direitos advindos dessa opção legislativa. Para tanto, utilizar-se-á o exemplo da República Argentina, que no ano de 2012 aprovou a Lei de Identidade de Gênero.

3.4 A SUPERAÇÃO DA INSEGURANÇA JURÍDICA E O GANHO EM MATÉRIA DE DIREITOS INDIVIDUAIS POR MEIO DA REGULAMENTAÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO: O CASO DA ARGENTINA.

A América Latina, desde a primeira década do século XXI vem se tornando uma região empreendedora em matérias de direitos sexuais, a exemplo do que já vinha ocorrendo em países europeus, desde os fins do século passado. Com efeito, empreendedores de normas podem ser

conceituados como agentes que promovem determinadas ideias, ou mesmo, criam essas ideias, por meio de interpretações e formulações próprias⁸¹⁸. Ao defenderem fortemente a ideia à qual pretendem conferir peso normativo, esses agentes, que podem ser Estados, organizações não-governamentais ou mesmo organismos internacionais, tornam-se atores com fundamental importância no tocante à emergência das normas em plano interno e internacional⁸¹⁹.

Quando se estuda temas afetos à diversidade sexual, a que se pode creditar os motivos pelos quais os empreendedores decidem agir num ambiente cujas concepções éticas sobre o que é ou não apropriado pesam no tocante à decisão se tornar um protetor dos direitos ligados à diversidade? A resposta a tal questionamento deve considerar o crescente nível de comprometimento dos Estados em internalizar a normativa internacional acerca do tema, bem como o interesse na promoção internacional de um padrão de comportamento que considerem internamente apropriado. A legitimidade que adquire dado Estado na criação de normas internas que refletem efeitos em âmbito internacional é exaltada como recurso imaterial de poder – *non-imaterial capability*⁸²⁰ – capaz de tornar o empreendedor um expoente internacional ganhando prestígio e relevância no tocante ao tema.

Inobstante tenha-se escolhido a República Argentina como exemplo para analisar a superação da insegurança jurídica e o ganho em matéria de direitos individuais a partir da adoção de lei específica sobre a identidade de gênero, é importante memorar que foi a República Oriental do Uruguai o primeiro País latino a promover o debate acerca dessa perspectiva identitária, aprovando em 2009 a Lei 18.620 que reconheceu o direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana conforme a identidade de gênero eleita pelo indivíduo. Foi no Uruguai que pela primeira vez acrescentou-se ao rol protetivo dos direitos da personalidade o direito à identidade de gênero⁸²¹.

⁸¹⁸ Cf. NOGUEIRA, Maria Beatriz Bonna. **Empreendedorismo Normativo e Direitos Humanos**: O Brasil e a Promoção Internacional dos Direitos LGBT. In: Direito Internacional Atual. Coord. Liliana Lyra Jubilut. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 155.

⁸¹⁹ Cf. NOGUEIRA, M., 2014, p. 157.

⁸²⁰ Idem, ibidem, p. 158.

⁸²¹ Ley 18.620/2009, que trata da regulamentação do direito à identidade de gênero: **Artículo 1º**. (Derecho a la identidad de género).- Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de

A Argentina entra para o rol de países empreendedores de normas ligadas à diversidade no ano de 2010, ao transformar-se no primeiro Estado latino-americano a modificar sua legislação nacional mediante a sanção da Lei 26.618, que mudou várias disposições do Código Civil para permitir o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo. O processo até a sanção da lei levou a um largo e persistente trabalho das organizações promotoras da diversidade sexual, que para além das questões ligadas à dignidade humana, levantaram a crescente insegurança jurídica que havia se instalado naquele país desde que, em novembro de 2009, um juiz de primeira instância declarou a inconstitucionalidade das normas do Código Civil que proibiam o casamento entre pessoas de sexos idênticos, determinando a realização do matrimônio de dez casais que se apresentaram ao Cartório de Registro Nacional sob sua jurisdição⁸²².

Essa insegurança jurídica também se refletia nos casos relativos às questões de identidade de gênero, num primeiro momento em razão de decisões proferidas por juízes de primeiro grau de algumas cidades que deferiam os pedidos de retificação de registro, noutro momento a partir da publicação da Constituição da Cidade Autônoma de Buenos Aires, que em 1996 introduziu na normativa argentina o reconhecimento e a tutela expressa do direito à identidade de gênero⁸²³. Assim o debate pelo

género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro. Este derecho incluye el de ser identificado de forma que se reconozca plenamente la identidad de género propia y la consonancia entre esta identidad y el nombre y sexo señalado en los documentos identificatorios de la persona, sean las actas del Registro de Estado Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros.

⁸²² Cf. FERREYRA, Fernando Britos. **Anotaciones sobre la recepción del derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina**. 2010, p. 1. Disponível em: <http://estudiojuridicobritosferreyra.blogspot.com.br/2010/10/ anotaciones-sobre-la-recepcion-del.html>> Acesso em 19. Out. 2016.

⁸²³ **ARTICULO 12.-** La Ciudad garantiza: 1. El derecho a la identidad de las personas. Asegura su identificación en forma inmediata a su nacimiento, con los métodos científicos y administrativos más eficientes y seguros. En ningún caso la indocumentación de la madre es obstáculo para que se identifique al recién nacido. Debe facilitarse la búsqueda e identificación de aquellos a quienes les hubiera sido suprimida o alterada su identidad. Asegura el funcionamiento de organismos estatales que realicen pruebas inmunogenéticas para determinar la filiación y de los encargados de resguardar dicha información. 2. El derecho a comunicarse, requerir, difundir y recibir información libremente y expresar sus

reconhecimento do direito à identidade de gênero surge, justamente pela crescente onda de decisões judiciais díspares acerca dos mesmos pedidos de autorização para redesignação sexual, assim como de retificação de registros civis, decisões que partiam de um absoluto rechaço até o deferimento total por parte dos magistrados. Para que se tenha ideia da insegurança jurídica gerada a partir de decisões díspares, cita-se abaixo alguns julgados, os quais comumente são enumerados nas obras que tratam do reconhecimento do direito à identidade de gênero na República Argentina⁸²⁴.

Numa demanda oriunda da Comarca de Rosário, cuja decisão foi proferida em 21/05/1999, uma transexual que havia se submetido à cirurgia de transgenitalização requereu a alteração de seus documentos civis, em relação ao gênero e ao prenome. O juiz de primeiro grau, ao analisar os pedidos, deferiu apenas a alteração do sexo/gênero e indeferiu a alteração do prenome. O que chama atenção nesse caso é que o magistrado, mesmo reconhecendo o direito à identidade de gênero, no que toca à mudança do sexo nos documentos, referia-se à peticionante sempre utilizando pronome masculino⁸²⁵.

No ano de 2001, o juiz da Vara Cível e Comercial da Comarca de Córdoba proferiu decisão (nº19) acolhendo a pretensão da parte autora de anular sua certidão de nascimento e fazer constar nos registros um novo assentamento civil, no qual haveria informação expressa da alteração em razão do diagnóstico de “transexualismo”⁸²⁶. Ainda no ano de 2001, dessa vez na cidade de Mar del Plata, província de Buenos Aires, outra sentença é proferida. Nesse julgado, pela primeira vez o Poder Judiciário do país reconheceu o direito à identidade de gênero a uma mulher transexual não operada, autorizando a intervenção cirúrgica e ordenando a retificação dos prenomes e do sexo em forma de averbação⁸²⁷.

opiniones e ideas, por cualquier medio y sin ningún tipo de censura. 3. El derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte inviolable de la dignidad humana.

⁸²⁴ Cf. SESSAREGO, Carlos Fernández. **Sexualidad y bioética**. La problemática del transexualismo. Disponível em: https://www.personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/AA_005752_resource1_orig.doc.> Acesso em 19. Out. 2016.

⁸²⁵ Idem, ibidem.

⁸²⁶ Cf. FERREYRA, F., 2010, p. 12.

⁸²⁷ Idem, ibidem, p. 12.

Em 2003, também na cidade de Mar del Plata, o magistrado que analisou o pedido de alteração de registro civil de uma mulher transexual condicionou o deferimento do pedido à realização de cirurgia de adequação sexual⁸²⁸. Em 2006, nessa mesma Comarca, o pedido de autorização judicial para realização de intervenção cirúrgica de alteração de genitais foi indeferido, sob o argumento de que a petionante carecia de liberdade psíquica, o que lhe impedia de ter consentimento real sobre a prática médica⁸²⁹.

Em 2007 o juiz da cidade de Morón, província de Buenos Aires, denegou o pedido de mudança de sexo/gênero e do prenome de uma mulher transexual operada. Contra essa decisão foi interposto recurso, tendo o Tribunal anulado a sentença de primeiro grau, determinando a alteração dos assentos civis da requerente, em conformidade com sua identidade de gênero⁸³⁰.

Da análise das decisões acima mencionadas observa-se que os magistrados proferiam julgamentos que variavam desde a negativa em aceitar a existência do direito à identidade de gênero até a aceitação total desse direito, independente da realização de cirurgias de redesignação. A exemplo do que acontece atualmente no Brasil, na Argentina, como se viu, ocorria patente insegurança jurídica em relação ao tema em análise, o que somente foi resolvido quando da publicação da Lei 26.743/12, denominada Lei de Identidade de Gênero, a qual representou um dos maiores avanços legislativos em matéria de direitos personalíssimos e da bioética. A base do projeto de lei apresentado ao Congresso da República foi a Lei de Identidade de Gênero da República Oriental do Uruguai, ratificando os reflexos e o prestígio internacional que os empreendedores de normas protetivas de direitos humanos recebem a partir de suas condutas internas.

O texto da Norma reconhece o direito à identidade de gênero (art. 1º); fixa o conceito de identidade de gênero, o que representou um avanço em relação à lei uruguaia que não o fez⁸³¹; outro avanço registrado na lei

⁸²⁸ Idem, *ibidem*, p. 13.

⁸²⁹ Idem, *ibidem*, p. 13.

⁸³⁰ Cf. FERREYRA, F., 2010, p. 14.

⁸³¹ **ARTICULO 2º** — Definición. 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

argentina em relação a sua antecessora, foi a desnecessidade de procedimento judicial e de patrocínio jurídico para alteração do nome e do sexo/gênero nos documentos nacionais de identificação; inseriu disposição aberta em seu artigo 13, estabelecendo que nenhuma outra norma poderá limitar, restringir, excluir ou suprimir o exercício do direito à identidade de gênero das pessoas, devendo interpretar-se e aplicar-se as normas sempre em favor do acesso ao referido direito.

A lei aprovada impõe como primeira reflexão a obrigação do reconhecimento da identidade como conceito multifacetado, ligado à noção da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o direito à identidade reconhecido pela lei não se limitou a considerar o aspecto físico ou biológico da pessoa, mas também a compreender a bagagem espiritual, intelectual, política e profissional, através das quais o indivíduo se projeta socialmente exteriorizando sua personalidade.

Registre-se que essa noção do direito à identidade como decorrência da dignidade humana foi apresentada como fundamento do projeto legislativo que resultou na aprovação da Lei em comento. Sustentaram os proponentes que a identidade sexual seria direito integrante do mais amplo direito à própria identidade, o qual, ao seu turno, faz parte de um complexo maior de direitos humanos que decorrem da dignidade do homem e da personalidade jurídica⁸³². Ainda como fundamento para a aprovação da lei, os deputados argentinos amarraram o direito à identidade a uma direta e indissolúvel vinculação com o direito a não ser discriminado, à saúde, à intimidade e ao direito a se ter um projeto de vida, direitos que, para os proponentes além de serem protegidos pela Constituição Nacional, o são em diversos tratados de direitos humanos incorporados à normativa constitucional argentina⁸³³, os

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.

⁸³² DOMÍNGUEZ, Andres Gil. **La verdad: un derecho emergente**. Buenos Aires: La Ley, 1999, p. 219.

⁸³³ Fundamentos apresentados pelos Deputados ao Congresso nacional: Señor presidente: La identidad sexual es uno de los aspectos más importantes de la identidad personal pues se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto. "El derecho a la identidad, al que definen como el derecho a ser uno mismo y no otro, lo que se ha denominado -con cita de Fernández Sessarego- "la mismidad de cada ser humano, absolutamente equiparable a la libertad o la vida"se fue perfilando con caracteres autónomos,

quais protegem a dignidade do ser humano em virtude do reconhecimento e do respeito a sua identidade, a exemplo do art. 3º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a personalidade jurídica da pessoa humana.

Assim como acontece em grande parte dos países, as pessoas “trans” formam grupo altamente marginalizado e praticamente invisível dentro da sociedade. Na República Argentina, com a publicação da Lei de Identidade de Gênero deu-se passo fundamental para a visibilidade, para a identidade e para a integração das pessoas “trans” dentro da sociedade, tendo em vista que a partir desta lei iniciou-se um avanço na construção de um País mais igualitário e inclusivo, consolidando sua democracia e permitindo que todos e todas pudessem ter acesso à educação, à saúde e ao trabalho, sem discriminação em razão de

dentro de los derechos personalísimos. En un primer momento se pensó que sólo abarcaba el derecho al nombre, pero con el transcurrir del tiempo se le fueron agregando otros componentes que apuntan cada uno a una parte de la personalidad: la imagen, la filiación, el sexo, el estado civil, entre otros. Lejos de constituir un numerus clausus, estos componentes están en continua evolución." El de la identidad sexual es un derecho integrante del más amplio derecho a la propia identidad, el que forma parte, a su vez, del plexo mayor de derechos humanos sustanciales. "Dentro de la teoría de la integralidad de los derechos humanos, un claro principio orientador es el de "la norma más favorable a la persona". Si asumimos que cada ser humano es único e irrepetible, la identidad es la condición de nuestra particularidad, de nuestro ser concreto en el mundo. Toda persona tiene derecho a su propia identidad, a su verdad personal, a ser considerado como realmente es, a ser "el" y no "otro"." El derecho a la identidad tiene una directa e indisoluble vinculación con el derecho a no ser discriminado, a la salud, a la intimidad y al proyecto de vida. Se constituye como un concepto genérico que ensambla otros derechos que tutelan diversos aspectos de la persona y cuya sumatoria nos da como resultado el perfil de la identidad personal. Estos derechos están protegidos en nuestra Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la misma. El derecho a la identidad está protegido en la Constitución Nacional en los artículos 33 y 75 inc. 19 que en el párrafo 4 estatuye que el Congreso "debe dictar normas que protejan la identidad y pluralidad cultural", de donde el derecho a la identidad quedaría no sólo entre los implícitos del art. 33 sino que hay declaración expresa de su existencia y de la necesidad de su protección. Disponible em: <<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=5259-D-2007>> Acesso em 10 Out. 2016.

identidade de gênero, promovendo assim a diversidade entre todos os cidadãos e cidadãs.

A Lei 26.743/12 reconhece a identidade de gênero como direito inerente à personalidade jurídica individual, ao livre desenvolvimento de sua pessoa conforme dita identidade e, em particular, o direito de a pessoa ser identificada desse modo nos instrumentos que acreditem sua identidade. Garante também às pessoas “trans” o acesso à mudança registral de seu nome e sexo/gênero em suas certidões de nascimento, no documento nacional de identificação e o direito de ter acesso aos serviços públicos de saúde integral que incluem tratamentos de harmonização e operações de redesignação sexual para aqueles e aquelas que tenham esse desejo.

Até o ano de 2013, os estudos realizados com a população “trans” na Argentina eram focados principalmente no âmbito da saúde pública, fazendo visíveis os altos níveis de vulnerabilidade social dessa população; as frequentes situações de estigma e discriminação vividas e o alto índice de infecção pelo vírus do HIV e por outras doenças sexualmente transmissíveis. Sem embargo, poucos estudos haviam sido realizados dentro da República Argentina com o propósito de avaliar as condições de vida do coletivo “trans”, fazendo com que até o ano de 2013 não existissem informações nacionais que medissem o nível de impacto que o reconhecimento legal da identidade de gênero como parte da personalidade jurídica individual obteve sobre essas condições.

A Fundação Huésped é uma organização da sociedade civil argentina que desde 1989 realiza um trabalho científico e social muito ativo para alcançar uma sociedade equitativa, na qual sejam garantidos os direitos individuais e o acesso à saúde em um contexto de não discriminação. Em parceria com a (ATTTA) Associação de Travestis, Transexuais e Transgêneros da Argentina, a Fundação Huésped realizou uma pesquisa que envolveu cerca de 498 pessoas “trans” entre os anos de 2013/2014, com o propósito de contribuir para o conhecimento das consequências da implementação da Lei de Identidade de Gênero nas condições de vida desse coletivo, focando principalmente em temas como a saúde, a educação, o trabalho, a moradia e direitos civis e políticos.

A pesquisa realizada teve como alvo mostrar o processo de humanização do coletivo “trans” que se originou a partir da publicação da Lei de Identidade de Gênero, e a partir do diagnóstico gerado, levar ao conhecimento da comunidade internacional a evolução e a melhora no aspecto da qualidade de vida das pessoas “trans”, esperando contribuir para a adoção de legislação e políticas públicas semelhantes em países

que assim como a Argentina, são considerados empreendedores normativos em matéria de direitos da diversidade sexual.

A percepção acerca do impacto da Lei de Identidade de Gênero na Argentina partiu de outro estudo realizado pela Fundação Huésped no ano de 2011, quando ainda não havia sido publicada a lei em questão. Esse estudo⁸³⁴ analisou as percepções e experiências de estigma e discriminação em população de mulheres “trans” e de homens gays, de onde se verificou que eram as mulheres “trans” o grupo mais sistematicamente excluído devido a situações de discriminação que ocorrem desde muito cedo em suas vidas, e que seu bem-estar social estava abaixo das expectativas, devido ao estigma sofrido e suas consequências.

Constatou-se que a exclusão legal, econômica e social das pessoas “trans” afetava negativamente cada âmbito de suas vidas, gerando condutas pessoais de autoexclusão, baixa autoestima e abandono ou frustração no cumprimento de seus projetos de vida. Partindo dessa conclusão, que se somou à crescente insegurança jurídica derivada da adoção de decisões díspares em relação a esse coletivo, o que foi sanado ante à concessão de autonomia às pessoas “trans” para decidirem sobre seu corpo e sua identidade civil, foi que ainda no ano de 2011 houve a proposição da Lei de Identidade de Gênero, que após aprovada fez com que a Argentina contasse com uma norma que reconhecesse legalmente a existências das pessoas “trans”, o que certamente melhoraria suas condições de vida e diminuiria os níveis de exclusão social, de violência e de discriminação cotidianas.

Após pouco mais de um ano da publicação da Lei de Identidade de Gênero a referida fundação realizou nova investigação, tendo como principal objetivo colher respostas do coletivo “trans” acerca dos impactos sociais e jurídicos proporcionados pela lei em comento. Ao serem questionadas a respeito da percepção pessoal sobre as mudanças realizadas a partir da publicação da Lei, as respostas foram bastante

⁸³⁴ O informe final dessa pesquisa feita no ano de 2011, antes da aprovação da Lei de Identidade de Gênero está disponível no site: <<http://www.huesped.org.ar/wp-content/uploads/2012/06/Informe-Final-Percepciones.pdf>> Acesso em 20 de jul 2014.

positivas: “*Muchísimos cambios. Se han abierto muchas puertas*”⁸³⁵. Alguns dos principais âmbitos em que se verificou avanços a partir da implementação da lei são o da família, da educação, da saúde e dos direitos civis e políticos. Segundo os destinatários, o reconhecimento legal de suas identidades se percebe como o reconhecimento de suas existências e portanto, se apresenta como um recurso de empoderamento para a população “trans”, brindando uma ferramenta fundamental para enfrentar situações de estigma e discriminação.

O direito à saúde integral, sem sombra de dúvidas, foi um dos maiores avanços proporcionados pela lei. Toda e qualquer pessoa que resida em território argentino poderá solicitar o acesso a intervenções cirúrgicas totais ou parciais e/ou tratamentos integrais hormonais para afirmar sua identidade de gênero autopercebida, acabando com a ideia de patologização da transexualidade ao dispensar o acompanhamento psiquiátrico e psicológico para tais intervenções. Verificou-se que ao encampar as políticas públicas especificadas pela referida lei o Estado argentino ampliou o número de consultas médicas acerca de tratamentos hormonais, tratamentos endocrinológicos e cirurgias de readequação sexual, diminuindo a mortalidade do coletivo, tendo em vista não necessitarem mais socorrerem-se a clínicas particulares onde o tratamento não seguia os padrões médicos necessários. O resultado da pesquisa feita com 46 homens “trans” e 452 mulheres “trans” nas diversas províncias do país mostram um salto que partiu do zero na política de assistência à saúde desse coletivo.

⁸³⁵ ARGENTINA. Fundación Huésped y ATTTA. **Ley de identidad de género y acceso al cuidado de la salud de las personas “trans” en Argentina**, 2014, p. 11.

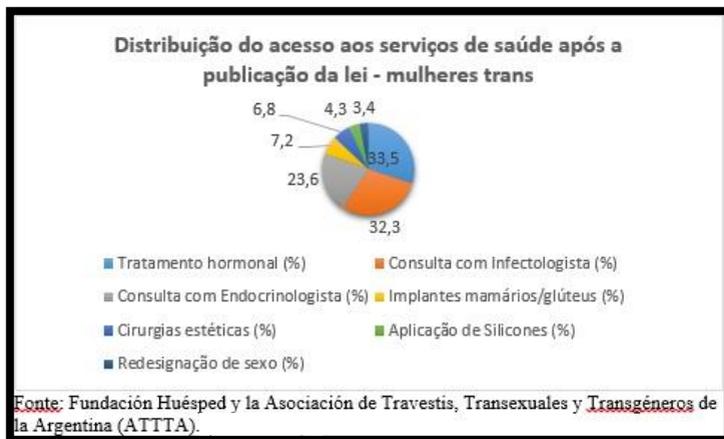


Gráfico 1



Gráfico 2

Ainda quanto ao tema da saúde, quando se indagou aos entrevistados acerca de situações específicas de estigma e discriminação dentro de serviço público de atenção, antes e depois da sanção da Lei de Identidade de Gênero, observa-se grandes diferenças no percentual referente a cada resposta. Enquanto que 58,2% dos 46 homens “trans” evitou socorrer-se a um centro de saúde estatal, por temer atos de discriminação antes da lei, essa porcentagem foi reduzida para 12,1% no

ano de 2014. Do mesmo modo, 43,6% mencionou não ter sido chamado por seu nome de eleição antes da lei, tendo essa porcentagem sido reduzida para 13,1%, a partir da promulgação da lei.

Em termos gerais, a lei proporcionou bom impacto nesse aspecto, facilitando o acesso à saúde dos homens “trans”, fazendo com que desde a aprovação da lei em comento 67% dos entrevistados não tivesse sofrido situações de discriminação. O gráfico abaixo demonstra essa expressiva evolução.

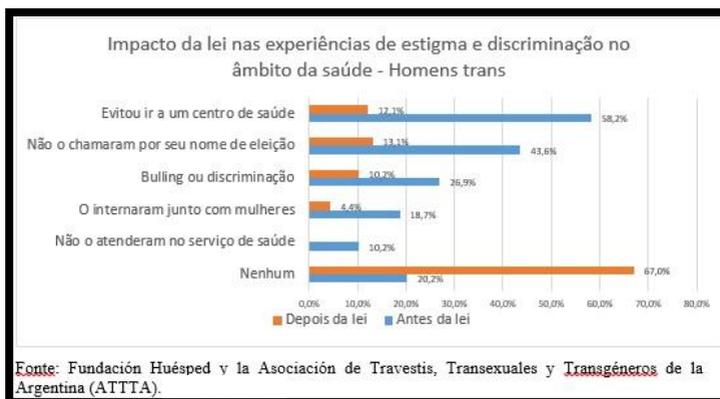


Gráfico 3

No tocante às mulheres “trans”, observou-se também avanço quanto à diminuição das experiências de estigma e discriminação dentro do serviço público de saúde após a promulgação da Lei de Identidade de Gênero. Enquanto que 41,2% das 452 entrevistadas evitava dirigir-se ao serviço público de saúde por medo de serem discriminadas, antes da promulgação da lei, apenas 5,3% o fizeram no ano de 2014. Situações como o fato de não serem chamadas por seu nome de eleição e serem ridicularizadas ou agredidas pelos funcionários diminuíram, respectivamente de 67,1% para 17% e de 40,2% para 12,7%, respectivamente.

Positivamente, desde maio de 2012, mês da publicação da Lei de Identidade de Gênero, 7 em cada 10 entrevistadas mencionou não ter sofrido nenhuma situação de estigma e discriminação, em comparação com os 19,2% que, antes da promulgação da lei afirmaram ter sofrido com tais situações. Um dado importante e muito relevante é que o fato de as mulheres “trans” possuírem seu nome de eleição já estampado em seus documentos de identidade diminuiu a incidência de situações de estigma

e discriminação, o que corrobora a particular importância e efetividade da lei em questão.

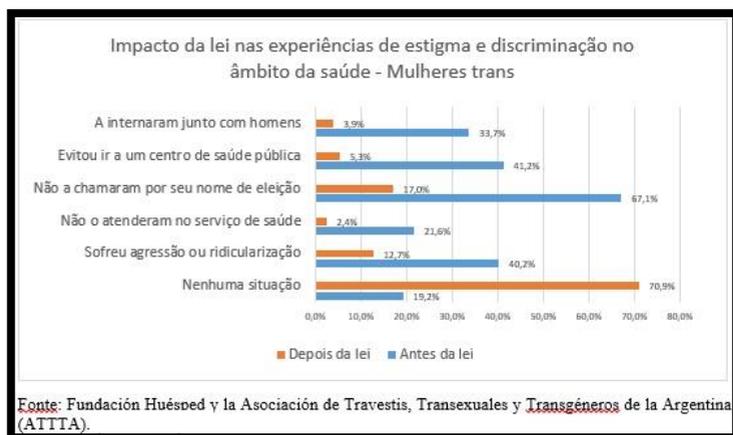


Gráfico 4

Outro aspecto relevante derivado do reconhecimento da identidade de gênero como direito da personalidade foram as políticas de emprego para o coletivo “trans” do País. O Ministério do Trabalho, Emprego e Seguridad Social, por meio da Secretaria de Empleo, pôs em prática linha de trabalho voltada para a inclusão laboral de pessoas travestis, transexuais e transgêneros, com o objetivo de contribuir com a melhora da empregabilidade dessa população através da adoção de distintas ferramentas, fazendo com que essas pessoas tivessem outras possibilidades de trabalho, além comércio sexual⁸³⁶. Essas ações são articuladas com os governos provinciais, com os municípios, organizações sociais e atores do mundo do trabalho e proporcionaram diminuição expressiva das situações de estigma e discriminação no ambiente de trabalho, mostrando que a publicação da Lei de Identidade de Gênero repercutiu positivamente nesse campo.

Das mulheres “trans” entrevistadas, 54,6% informaram que tiveram uma oportunidade de trabalho negada devido a sua identidade

⁸³⁶ Informação disponível no Portal do Ministério do Trabalho da República Argentina. Ver: <<http://www.trabajo.gov.ar/diversidadsexual/>> Acesso em 20 Out. 2016.

“trans” e 33,9% afirmaram que não solicitaram emprego ou que lhe negaram aumento de salário em razão de sua identidade de gênero, reduzindo-se ambas as percentagens para 12,5% e 3,2%, respectivamente, após a publicação da lei. Nessa mesma linha, 25,4% afirmou que teve de renunciar ao seu trabalho antes da lei, mas somente 3,2% se encontrou em situação semelhante após a implementação da norma. Os resultados mostram que 76,1% das entrevistadas não viveram nenhuma dessas experiências entre os anos de 2012 e 2014.



Gráfico 5

Quanto aos homens “trans”, a partir das mesmas situações experimentadas no gráfico anterior, verificou-se que após a publicação da Lei de Identidade de Gênero houve decréscimo no quantitativo de negação de oportunidade de trabalho, passando de 52,2% para 20,4%. A quantidade de pessoas que tiveram que deixar seu trabalho em razão de sua identidade de gênero também diminuiu, passando de 41% para 13,1%, assim como a quantidade de situações de ameaça e de *bulling* por parte dos colegas de trabalho, passando de 23,6% para 3,7%. A quantidade de pessoas que relutaram em se dirigir aos entrevistados por meio de seu nome de eleição caiu de 22% para 5,5%.

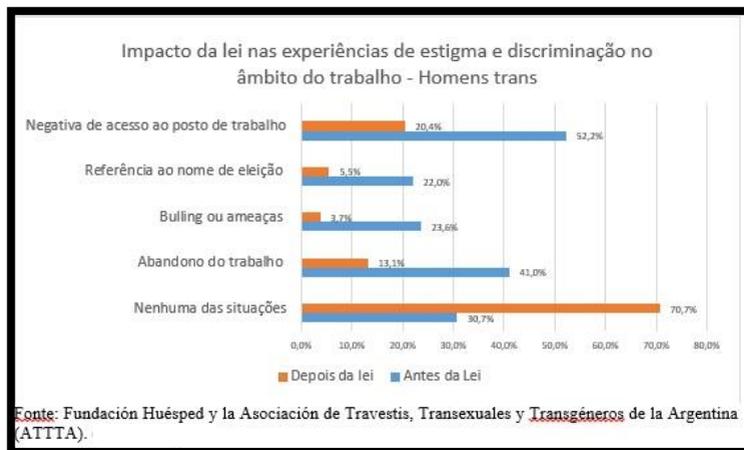
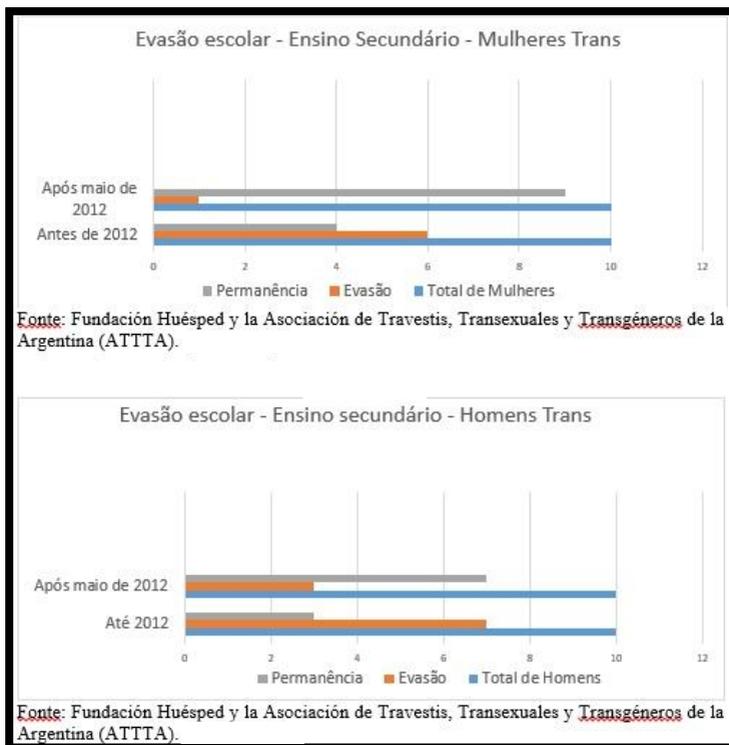


Gráfico 6

A educação foi um dos campos mais beneficiados com a publicação da Lei de Identidade de Gênero, pois, na República Argentina, segundo dados da ATTTA, a deserção desse coletivo, dentro do sistema educacional era bastante alta antes da publicação da lei. Essas mudanças ocorreram não só porque as pessoas “trans” passaram a exercer seus direitos enquanto cidadãs, mas também porque as instituições educativas e seus docentes e diretores passaram a adotar posição diferente em relação à presença desse coletivo nos bancos educacionais, fazendo com que existam hoje na Argentina centros educativos de diferentes níveis de escolaridade que estão orientados a receber a população “trans” e outras instituições em que os funcionários estão mais capacitados e sensibilizados em relação à temática, como consequência do trabalho dos ativistas desse coletivo.

Entre os maiores de 16 anos, seis em cada dez mulheres e sete em cada 10 homens “trans” abandonaram o nível secundário em razão da discriminação sofrida em razão de sua identidade de gênero. Por meio de programas direcionados, até o ano de 2014 houve redução drástica da evasão escolar, havendo também diminuição nas experiências de estigma e discriminação dentro do ambiente acadêmico, o que de certo modo favorece a permanência do coletivo nos diferentes graus de educação. Os dois gráficos abaixo sintetizam a contribuição da Lei de Identidade de Gênero para a diminuição da evasão escolar na Argentina; os subsequentes demonstram a diminuição das experiências de estigma e discriminação dentro do ambiente acadêmico, ratificando a importância

da Lei no campo da educação, tornando-a uma norma cujos efeitos são plurifacetados.



Gráficos 7 e 8

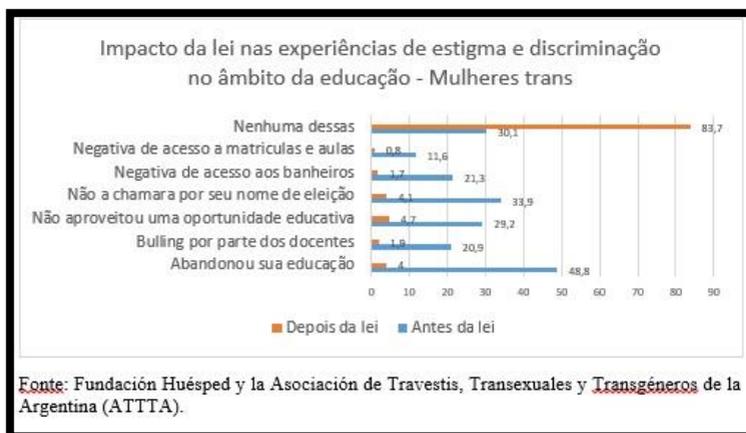


Gráfico 9

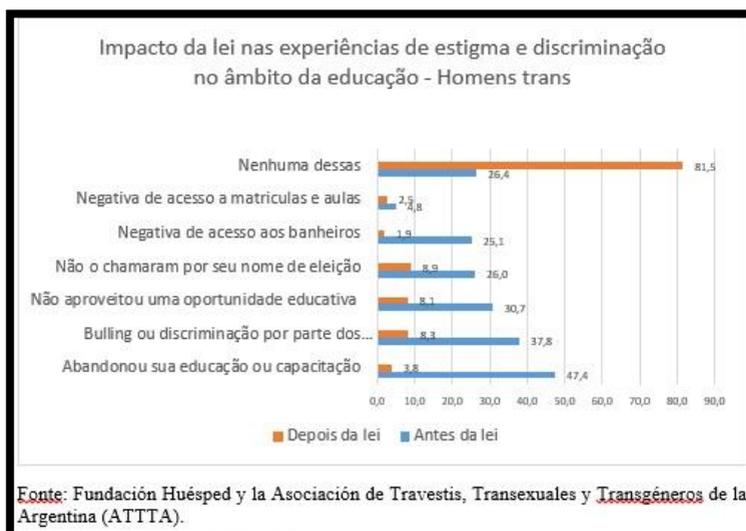


Gráfico 10

Ainda no campo da educação pode-se relatar ainda outro avanço. Após a aprovação da Lei de Identidade de Gênero, 15,7% das 452 mulheres trans entrevistadas procederam com a correspondente mudança de seus nomes nos certificados acadêmicos outorgados antes da vigência da norma; 14,4% voltaram aos estudos e 10% procedeu com a mudança efetiva de seu nome junto aos registros acadêmicos das instituições

educativas a que pertencem. Esses dados ratificam que a identidade de gênero aposta nos documentos de identificação gerou mais cidadania e dignidade no que toca aos serviços de educação.

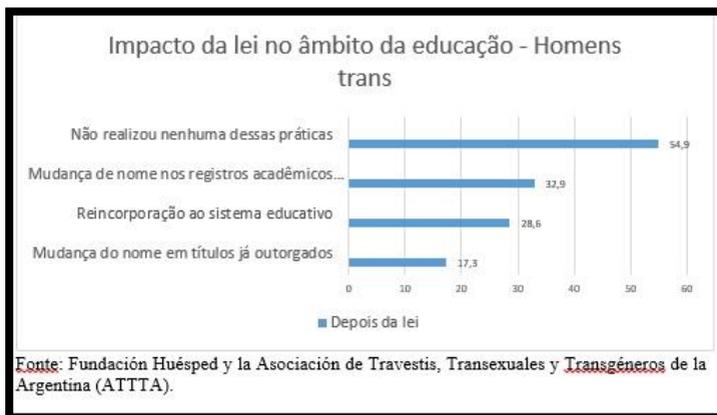


Gráfico 11

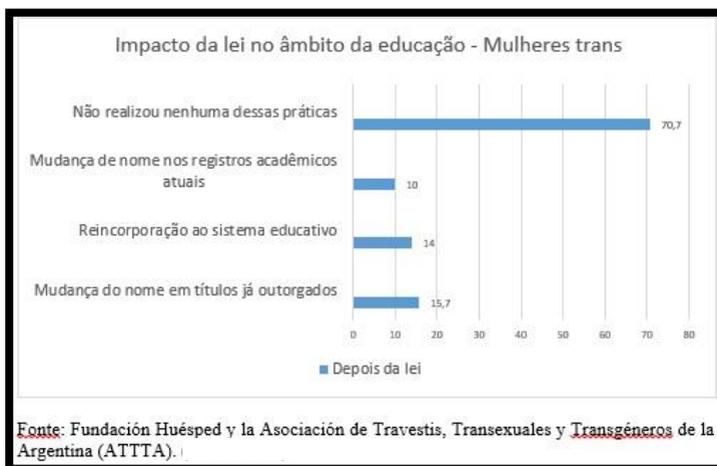


Gráfico 12

No que se refere à questão da moradia, é possível observar-se que a Lei de Identidade de Gênero também proporcionou avanço na tolerância em relação à diversidade sexual. O rechaço por parte de vizinhos, a necessidade de mudar de domicílio em razão de experiências de violência

e discriminação, assim como a negativa na efetivação de contratos de alugueis e de compra e venda também sofreram decréscimo, como demonstram os gráficos que se seguem:

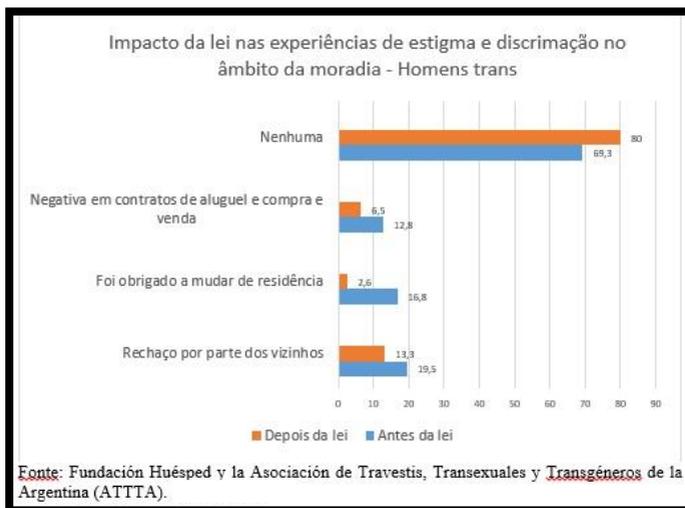


Gráfico 13

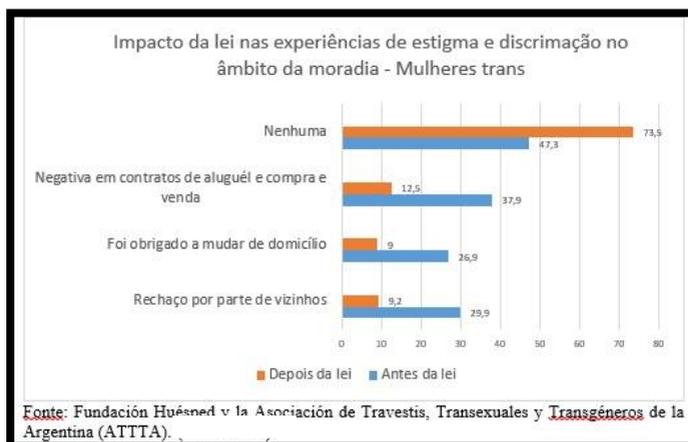


Gráfico 14

Os dados acima trazidos referem-se a questões ligadas à educação, ao trabalho, à saúde e à moradia, âmbitos que proporcionaram e estão

proporcionando uma revolução cultural e social na República Argentina, no tocante à percepção de cidadania por parte do coletivo “trans”, tendo em vista a inserção do direito à identidade de gênero no rol de direitos protegidos pela personalidade jurídica individual.

Sabe-se que a população “trans” está inserida em um ambiente de vulnerabilidade devido às situações de estigma e discriminação a que sempre estivera submetida. Ocorre que apesar disso, após a promulgação da Lei de Identidade de Gênero em território argentino, constatou-se que esta lei está gerando um impacto notoriamente positivo nas condições e qualidade de vida dessas pessoas, mesmo tendo sido publicada a pouco mais de quatro anos.

Os resultados evidenciam que a aplicação da lei, ao garantir os direitos fundamentais das pessoas “trans”, promove melhoras em sua qualidade de vida, pois realiza um incremento no que se refere ao acesso à saúde, à educação, ao trabalho e sobretudo ao exercício dos direitos civis. No tocante à saúde, as pessoas “trans” com residência na Argentina estão cada vez mais se aproximando do sistema público de atenção com o fim de adequar seus corpos de acordo com sua identidade de gênero, deixando de lado os tratamentos realizados sem controle médico; desde a promulgação da lei, pelo menos 1/3 da população entrevistada utiliza os serviços públicos de saúde para tratamentos de harmonização, sobretudo os homens “trans”.

A discriminação sofrida no âmbito da educação sempre foi causa com especial relevância na decisão de deixar a escola. Mas, após a adoção da lei, foi possível observar clara tendência à redução das experiências de discriminação, conjuntamente com a incorporação à educação formal e consequentemente uma melhor inclusão social dessa população.

O trabalho sexual continua a ser a saída laboral mais frequente por parte desse coletivo, todavia, a Lei de Identidade de Gênero produziu e vem produzindo a esperança de inserção dentro do âmbito dos trabalhos formais, criando nova alternativa ao coletivo “trans”, dando-lhe acesso aos postos de trabalho do serviço público e privado, tendo como paradigma apenas o grau de instrução e as experiências profissionais, excluindo-se a identidade de gênero como barreira ao acesso ao trabalho.

Em relação à moradia e à convivência social os números mostraram que a tolerância em relação à identidade de gênero aumentou, possibilitando a inserção desse coletivo nas relações sociais do dia-a-dia, proporcionando uma convivência pacífica e harmoniosa entre todos os componentes da sociedade.

A todos esses números positivos deve ser somado o fato de a Argentina está a ponto de se tornar o primeiro País da América Latina a

contar com uma “Casa Trans”, financiada pela Administração Pública. Trata-se de outra política de promoção à diversidade sexual com o objetivo de humanizar o estereótipo do coletivo, abrindo um espaço que servirá de ponto de encontro para o compartilhamento de experiências, o recebimento de informações sobre saúde e de integração laboral ou educativa.

Quanto às perspectivas legislativas para o tema, tramita perante o Congresso Nacional da República um projeto de lei que pretende facilitar a isenção de impostos às empresas que contratem trabalhadores “trans”, com vistas a promover maior inserção desse coletivo no mercado de trabalho e assim diminuir o número de pessoas que vivem do comércio sexual.

A partir desse estudo, do qual resulta ser amplamente positiva a adoção de legislação semelhante no Brasil, espera-se acabar ou ao menos compensar os anos de segregação e invisibilidade a que esse coletivo esteve e está inserido, conferindo-lhe, sobretudo a humanidade a que tanto almejam.

3.5 A REGULAMENTAÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO NO BRASIL

No Brasil já existe em tramitação nas casas legislativas um projeto de lei que visa regulamentar o direito à identidade de gênero. O Projeto de Lei nº 5.002/2013 foi protocolado perante a Câmara dos Deputados pelo Deputado Federal Jean Wyllys – PSOL/RJ, militante das causas ligadas à coletivos historicamente oprimidos, reconhecido como sendo o primeiro deputado na história da República Brasileira a declarar-se homossexual antes mesmo de ser eleito para o cargo. Nomeado Lei João Nery, o projeto ganhou esse nome em homenagem a João Nery o primeiro “transhomem” do Brasil, o qual realizou sua cirurgia de redesignação de sexo ainda durante a ditadura civil-militar.

Seguindo o exemplo da República do Uruguai e da República Argentina, o projeto de Lei é um melhoramento das legislações aprovadas nos referidos países, o qual inicia especificando o direito das pessoas a serem tratadas de acordo com sua identidade de gênero e em particular a serem tratadas desse modo nos instrumentos que acreditem sua identidade pessoal a respeito do prenome, da imagem e do gênero contidos neles. Dito de outra forma, o artigo 1º do projeto especifica que nos documentos civis constará, a pedido da pessoa interessada, o gênero e o prenome que a identifique, frutos de seu reconhecido social. Complementando, o artigo

2º, prevê o direito fundamental à identidade de gênero como decorrência da dignidade humana, ratificando esse direito como sendo a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, o qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo.

O parágrafo único do artigo 2º, expressa a forma como a referida identidade de gênero pode ser exercida, seja através da modificação da aparência ou da função corporal através de meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra índole, desde que isso seja livremente escolhido, ou que tal expressão ainda poderá se dar através de outras expressões de gênero, inclusive a vestimenta, o modo de falar e os trejeitos derivativos dos maneirismos sociais.

O artigo 4º especifica os requisitos a serem observados pelas pessoas que desejem realizar a retificação de sexo e de prenome, a saber: I - ser maior de dezoito (18) anos; II – apresentar-se a um cartório no qual deverá manifestar que requer a retificação registral da certidão de nascimento e a emissão de uma nova carteira de identidade, conservando o número original de ambos os documentos; III - expressar o/s novo/s prenome/s escolhido/s para que sejam inscritos. No tocante aos requisitos mencionados, registramos oportunamente a ratificação do conceito de livre expressão da identidade de gênero, como sendo algo muito mais do que a mudança corporal de um sexo para o outro, incluindo outras expressões de gênero como a forma de se vestir e de se expressar. Nesse sentido, andou bem o projeto ao prever a desnecessidade de intervenção cirúrgica de transexualização total ou parcial (como exigem alguns magistrados), terapias hormonais, tratamento ou diagnóstico psicológico ou médico ou autorização judicial para início do processo de retificação do registro e dos documentos pessoais.

É importante registrar a disposição prevista no artigo 5º do projeto em análise. Trata-se de disposição disciplinadora da idade civil necessária para a realização do procedimento administrativo de retificação do sexo e do prenome. Prevê o dispositivo que as pessoas que ainda não tenham dezoito anos de idade deverão realizar a solicitação através de seus representantes legais, além de exigir-se a expressa conformidade de vontade da criança ou adolescente, levando em consideração os princípios de capacidade progressiva e interesse superior da criança e do adolescente, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se de dispositivo que se preocupa com a o critério biológico de maturidade mental adotado pela legislação brasileira, para aferição da maioridade civil e penal. Esse dispositivo congrega a possibilidade de crianças e adolescentes realizarem o procedimento administrativo, desde

que haja aprovação dos seus representantes, e caso não haja – seja por impossibilidade ou por negação – defere-se ao Poder Judiciário a análise do caso específico para verificar se a mudança do sexo e do prenome atende aos princípios do interesse superior da criança e do adolescente.

Cumpridos os requisitos acima mencionados, dispõe o art. 6º que caberá ao Registro Civil de Pessoas Naturais efetuar a mudança de sexo e prenome/s, emitindo nova certidão de nascimento – e a conseqüente emissão de nova carteira de identidade civil -, devendo imediatamente informar a mudança aos órgãos responsáveis pelos registros públicos para que se realize a atualização de dados eleitorais, antecedentes criminais e peças judiciais, garantindo-se a perpetuação da pessoa nascida. Nesse ponto, o projeto de lei brasileiro aponta a possibilidade de haver menção à mudança de sexo e de prenome nos documentos pessoais, desde que haja expressa autorização do interessado. A inserção desse mandamento corrobora as críticas feitas à lei argentina que proíbe, sob qualquer pretexto, a colocação de informações que possam denotar a realização do procedimento.

Outro artigo que denota a preocupação com a segurança jurídica é o 7º. Tendo em mente que a segurança das relações reguladas pelo Direito é um dos argumentos contrários à aprovação do projeto de lei, há expressa menção de que a alteração do prenome não alterará a titularidade dos direitos e obrigações jurídicas que pudessem corresponder à pessoa com anterioridade à mudança registral, nem daqueles que provenham das relações próprias do Direito de Família em todas as suas ordens e graus, as quais se manterão inalteráveis, incluída a adoção. Ademais, preocupou-se o projeto de lei, ao contrário daquele que lhe deu forma – o da República Argentina – em determinar a alteração necessária e sem maiores dificuldades de documentos como diplomas, certificados, CPF, passaporte, Carteira Nacional de Habilitação e Carteira de Trabalho e Previdência Social.

No tocante às questões familiares, o projeto de lei também não silenciou. Positivou a preservação da maternidade ou paternidade da pessoa no registro civil de seus/suas filhos/as, retificando automaticamente também tais registros civis, se assim solicitado, independente da vontade da outra maternidade ou paternidade. Cuidou, também em preservar o matrimônio da pessoa “trans”, retificando automaticamente também, se assim solicitado, a certidão de casamento independente de configurar uma união homotransafetiva ou heteroafetiva.

Outro avanço que observa-se no projeto diz respeito à disciplina da cirurgia de transgenitalização. Hoje esse procedimento é regulado por portaria administrativa do SUS – Sistema Único de Saúde – a qual

determina o cumprimento de alguns prazos para a realização do procedimento. Por exemplo, exige-se acompanhamento terapêutico por pelo menos dois anos como condição para a viabilização da cirurgia, bem como o diagnóstico de transexualidade, além da maioridade⁸³⁷. No projeto em estudo, toda pessoa maior de dezoito anos poderá realizar intervenções cirúrgicas totais ou parciais de transexualização, inclusive as de modificação genital, e/ou tratamentos hormonais integrais, a fim de adequar seu corpo à identidade de gênero autopercebida. Em todos os casos, será requerido apenas o consentimento informado da pessoa adulta e capaz não sendo necessário, em nenhum caso, qualquer tipo de diagnóstico ou tratamento psicológico ou psiquiátrico, ou autorização judicial ou administrativa. No caso das pessoas que ainda não tenham dezoito (18) anos de idade, vigorarão os mesmos requisitos estabelecidos para a obtenção do consentimento acerca da alteração do prenome e do sexo.

O projeto de Lei denominado João Nery parece tentar corrigir anos de segregação e de exclusão de uma população que pela própria história⁸³⁸ é restringida de direitos individuais e sociais básicos. Esse direito, – o de viver sua identidade de gênero de forma plena - não supõe que a mudança de um prenome seja a única e exclusiva forma de inclusão social a ser destinada à comunidade transgênera, nem que a aprovação de uma lei vá pôr em risco as organizações familiares em favor das quais os discursos de ódio são levantados, senão que pretende – meramente – corrigir anos de exclusão e humilhação pelo desconexo existente entre a identidade civil e o identificado, assim como transferir a ideia de visibilidade transgênera como algo que faça parte do indivíduo de forma fática e de forma jurídica.

No capítulo que se segue, cuida-se de apresentar, inicialmente, um panorama que retrata como se dá a absorção das perspectivas patológica e biológica sobre a transexualidade, para em seguida propor um quarto fundamento que pode promover o reconhecimento do direito à identidade de gênero. Trata-se de uma nova relacionalidade entre o Direito (Estado), a sociedade e os indivíduos, representada pelo Princípio da Fraternidade. No Brasil, tanto o Princípio da Igualdade quanto o da Liberdade estão

⁸³⁷ Portaria 1.707/2008 – Ministério da Saúde; Resolução 1.652/2002 – Conselho Federal de Medicina.

⁸³⁸ No capítulo que se segue será apresentado um estudo acerca da história da população “trans” no Brasil.

positivados na Constituição vigente, no entanto, o que se observa é que tais princípios, unicamente considerados, mostraram-se insuficientes para responder de forma adequada às demandas que estão relacionadas à existência de barreiras que impedem uma efetiva entrega de dignidade a pessoas “trans”, motivo pelo qual, justifica-se o estudo desse princípio como forma de agregar uma nova relacionalidade a essa questão.

CAPÍTULO IV: “TRANS” FORMANDO A IDENTIDADE DE GÊNERO: A INSERÇÃO DA PERSPECTIVA SOCIAL DA TRANSEXUALIDADE NA PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INDIVIDUAL COM BASE NO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE.

No capítulo terceiro, a problemática que conduziu o estudo realizado buscou identificar fundamentos jurídicos que dessem guarida à inserção da identidade de gênero como um direito que compõe, ao lado de outros, a personalidade jurídica individual dos sujeitos. Verificou-se que inobstante haver proteção constitucional e legal aos vetores que abarcam toda a perspectiva atinente ao exercício das identidades de gênero no Brasil, esse assunto ainda é tratado como tema marginal, seja em razão da falta específica de legislação que discipline o exercício das referidas identidades, bem como em razão da insegurança jurídica ocasionada pelas inúmeras decisões judiciais que, em atividade hermenêutica, procuram dar normatividade (ou não) aos princípios que promovem o direito à identidade de gênero.

O presente capítulo está dividido em duas partes: na primeira, que funcionará como instrumento de análise da hipótese da pesquisa, se verificará como o Direito, ou mais precisamente o Sistema Judicial brasileiro, mitiga a dignidade das pessoas “trans”, reforçando a ideia de patologização das identidades de gênero não binárias, ao condicionar o exercício dessas identidades à apresentação de laudos médicos que atestem a existência do fenômeno da disforia de gênero; ainda nessa primeira parte far-se-á uma análise acerca do nome social, fenômeno tipicamente brasileiro, o qual será utilizado para identificar se a sistemática protetiva dos Direitos da Personalidade se apresenta ou não de forma limitada em relação às pessoas que reivindicam o trânsito entre os gêneros. Na segunda parte, apresentar-se-á um novo modelo de análise da questão das identidades transexuais a partir de uma perspectiva não mais biológica, mas sim social e fraterna, com base na naturalização do fenômeno transexual.

4.1 A GRAMÁTICA DA PATOLOGIZAÇÃO E DA BIOLOGIZAÇÃO DAS IDENTIDADES DE GÊNERO E SUA TRANSPOSIÇÃO PARA O SISTEMA JURÍDICO NACIONAL.

A cineasta Camila Biau, durante as filmagens do documentário “Além das sete cores”⁸³⁹, compartilhou da vida e da história de Daniela Glamour Garcia, protagonista desse filme que foi inteiramente rodado na Rua Augusta, no centro de São Paulo, e que tinha como objetivo mostrar as inquietudes e as vivências que compreendem o universo das pessoas “trans” no Brasil. Durante as filmagens a protagonista esclarece sua preocupação em ter que pensar o tempo todo em sua sexualidade e em sua identidade de gênero, por imposição social, o que torna essas reflexões algo um tanto quanto opressivo. Em sua última fala, Dani, como gosta de ser chamada, registra sua busca por elementos de identificação que sejam capazes de tornar sua vida habitável, fora das referências patologizantes e biologizantes que estão presentes na Medicina e na Psicologia, e que são transplantadas para o Direito⁸⁴⁰. Essa cena última deixa claro o cansaço da protagonista em relação à sua luta diária na busca pelo reconhecimento de sua humanidade, o que talvez justifique o início do seu processo transexualizador, oferecido pelo Hospital das Clínicas, logo após o fim das filmagens: em resumo, para adentrar na categoria de humanidade e ser aceita socialmente Dani foi buscar nos discursos médicos e “psi” os termos de sua busca por inteligibilidade.

Como mencionado no segundo capítulo, as identidades transexuais sempre permearam o imaginário popular. O exemplo de Madame de Beaumont, funcionária do Estado Francês durante o reinado de Luís XV,

⁸³⁹ Nesse documentário a cineasta **Camila Biau apresenta Daniela Glamou**. Imersa na movimentada cena noturna da região da Rua Augusta, Daniela Glamour Garcia conduz o espectador nesta crônica “queer” sobre os conflitos de quem decide viver à margem do que é considerado “normal” pela maioria. As normas, limites, classes e categorias que nos são impostas tem mesmo a capacidade de nos fazer sentir habitáveis em nós mesmos, questiona ela?

⁸⁴⁰ BIAU, Camila. **Além das sete cores**: um documentário *queer*. Projeto experimental apresentado como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Comunicação Social, Habilitação em Rádio e Televisão, ao Departamento de Comunicação Social da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Bauru, 2011.

demonstra como durante os séculos XVII e XVIII havia certa permissividade em relação ao trânsito entre gêneros. Com efeito, na década de 1950 do século passado foram publicados os primeiros trabalhos científicos que anunciaram a transexualidade como um fenômeno eminentemente biológico, fazendo com que os personagens que compunham o imaginário popular, a partir de então, saíssem dos livros de história e passassem a constar dos manuais de doenças. Os discursos iniciais, a exemplo daquele criado pelo endocrinologista Harry Benjamin, costumavam identificar a pessoa transexual exclusivamente pela aversão que ela possuía em relação à genitália, surgindo daí a cirurgia de transgenitalização como o único meio terapêutico para resolver a questão. Esses mesmos discursos também passaram a preponderar critérios de ordem médica que seriam capazes de diagnosticar “o verdadeiro transexual”. Assim, identificado o verdadeiro transexual, a cirurgia de transgenitalização seria o procedimento necessário para evitar que pessoas “trans” cometessem suicídio⁸⁴¹.

O diagnóstico preciso do transexualismo (termo anteriormente usado) ganhou concretude na década de 1980, quando houve a sua inclusão no Código Internacional de Doenças (CID). Nessa mesma década a Associação de Psiquiatria dos Estados Unidos da América aprovou uma nova versão de seu Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM), dessa vez incluindo a transexualidade na lista de “transtornos de identidade de gênero”. A versão subsequente desse manual, além de ratificar a transexualidade como transtorno mental estabeleceu os critérios de diagnósticos para a identificação da doença, incluindo a descrição do transtorno e o tratamento, o que se tornou uma referência, em todo o mundo, corroborando no fenômeno crescente da patologização das identidades “trans”.

Como registra BENTO e PELÚCIO o DSM, que já está em sua quinta edição, ratifica a defesa do chamado dimorfismo. Justificam as autoras que essa defesa se dá porque o manual patologiza qualquer nível de deslocamento dos gêneros masculino e feminino que caminhe por fora dos marcos heterossexuais, recomendando intervenção médica e psicológica especializada para reestabelecer a ordem e a coerência entre

⁸⁴¹ Cf. BENJAMIN, Henry. **Transvestism and transsexualism**. International Journal of Sexology, v. 7, n.1, 1953, p. 23 e ss.

corpo, gênero e sexualidade. Para as autoras é esse mapa que fornece as bases fundamentais para a construção do diagnóstico de gênero⁸⁴².

Tanto no DSM, quando no CID, assim como no SOC (Standards of Care)⁸⁴³ o coletivo de pessoas “trans” é desenhado como um conjunto de pessoas transtornadas. Apontam as autoras que apesar dessa identidade de tratamento, é possível verificar diferenças entre esses documentos. Para o SOC o transexual de verdade possui como única alternativa, na tentativa de resolver seus transtornos ou disforias, as chamadas cirurgias de redesignação sexual. Ao seu turno, o DSM tangencia a questão da cirurgia, vez que sua preocupação principal é a de apontar as manifestações do transtorno na infância, na adolescência e também na fase adulta. Especialmente nesse documento, não há diferença entre o corpo, a sexualidade e o gênero, de forma que são exatamente os possíveis deslocamentos entre os gêneros masculino e feminino em relação ao sexo biológico (corpo) que definem o transtorno, já que para o manual, o gênero normal só pode existir quando for referenciado ao sexo genital, que por consequência irá estabilizá-lo. No que toca ao CID, importante frisar que não se trata de manual de orientação ou mesmo de indicador de diagnóstico, mas sim de convenção médica que delinea as características das doenças, estabelecendo códigos que serão utilizados internacionalmente por profissionais da saúde⁸⁴⁴.

Interessante notar, por exemplo, que a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID-10) registra, como dito anteriormente, os códigos e também as tipificações das doenças que devem constar de todos os diagnósticos médicos, para que tenham validade jurídica. A transexualidade é definida como um “transtorno de identidade sexual (F64.0), mas para abarcar todas as possíveis expressões identitárias decorrentes desse fenômeno, há também outros diagnósticos a exemplo do travestismo ambivalente (F64.1), o transtorno de identidade sexual na infância (F64.2), outros transtornos de

⁸⁴² Cf. BENTO, Berenice; PELÚCIO, Larissa. **Despatologização do gênero**. A politização das identidades abjetas. Estudos Feministas, Florianópolis, 20(2): 569-581, maio-agosto/2012.

⁸⁴³ O SOC tem como principal propósito articular um consenso profissional internacional em relação ao manejo psiquiátrico, psicológico e médico e cirúrgico das desordens da identidade de gênero, orientando os profissionais no entendimento dos parâmetros dentro dos quais podem oferecer assistência às pessoas “trans”. Para uma leitura do SOC, consultar: <www.wpath.org>.

⁸⁴⁴ Cf. BENTO, B; PELÚCIO, L., 2012, p. 571

identidade sexual (F64.8), e o transtorno não especificado de identidade sexual (F64.9). De se notar que apesar de o referido código ter eliminado, ainda em 1975 o termo “homossexualismo”, o que ocorreu foi o alargamento de novas categorias médicas que seguem o caminho da patologização dos comportamentos a partir de um pressuposto de cunho eminentemente heteronormativo, o qual exige linearidade, sem aberturas, entre o sexo biológico, o gênero e as práticas sexuais, como bem explica BUTLER⁸⁴⁵.

Nesse sentido, a patologização das práticas sexuais e do desejo continua ocorrendo com grande força, todavia, como se observa, não mais como perversões ou como “homossexualismo”, mas sim como transtornos de gênero. Se o gênero só adquire sua inteligibilidade quanto está referido à diferença sexual biológica e também à complementariedade dos sexos, no momento em que se produz no menino a masculinidade e na menina a feminilidade, “a heterossexualidade está aí inserida como condição para dar vida e sentido aos gêneros”⁸⁴⁶.

Apesar desse ritmo de patologização das identidades “trans” através dos dizeres médicos e psicológicos, a partir de 2007 iniciou-se um movimento internacional denominado *Stop Trans Phatologization*, como o fito de retirar a transexualidade do rol de doenças identificadas como transtornos mentais. As associações formadas por e para a defesa das pessoas “trans” utilizam como argumento para esse movimento o fato de que o saber médico que diagnostica a transexualidade, o faz utilizando normas de gênero estabelecidas em relação à heterossexualidade, ante a inexistência de testes biológicos que atestem quem é transexual de verdade. O movimento gira em torno de cinco eixos centrais: a) a retirada do transtorno de identidade de gênero do DSM e do CID; b) retirada da menção de sexo nos documentos oficiais; c) abolição dos tratamentos de normalização binária para pessoas intersexo; d) livre acesso aos tratamentos hormonais e às cirurgias (sem tutela psiquiátrica); e e) luta contra a transfobia, propiciando a educação e a inserção social e laboral das pessoas transexuais⁸⁴⁷.

Essa campanha pelo fim do diagnóstico de gênero, todavia, enfrenta argumentos que apresentam como estratégia discursiva a ideia de diferença sexual dos corpos, a qual é entendida como natural, ou seja,

⁸⁴⁵ Cf. BUTLHER, J., 2003, p. 37 e ss.

⁸⁴⁶ BENTO, B; PELÚCIO, L., 2012, p. 572.

⁸⁴⁷ Cf. BENTO, B; PELÚCIO, L., 2012, p. 573,

normal e imutável; as identidades, pois, derivam do corpo sexuado. Como demonstrou-se no capítulo segundo desse trabalho, os corpos sexuados estão inseridos em uma gama de processos históricos que os classifica, significa e intervenciona, de modo que pessoas em que o gênero não estiver em conformidade como o sexo biológico devem estar fadadas a tratamentos médico. Ocorre que todos os argumentos levantados pelo movimento de patologização possuem em seu bojo fragilidades e lacunas que merecem ser apontadas e desmistificadas, como forma de demonstrar que o saber médico que é utilizado no Brasil, para o exercício das identidades de gênero transexuais, o mesmo que é utilizado em políticas de corpo e políticas de Estado, por estarem baseados nas mesmas ideias fundacionais definidoras de gênero, colocam em risco a ideia de autonomia e de liberdade presentes na concepção de personalidade jurídica individual.

O primeiro argumento que patologiza a transexualidade é baseado na ideia de diferença natural entre os gêneros, segundo a qual as pessoas “trans” são doentes porque ou se nasce homem ou se nasce mulher. Esse argumento circula amplamente em todas as esferas e relações sociais, no entanto, não se pode identificá-lo como parte exclusivamente do senso comum, pois o senso comum e o pensamento científico hegemônico se retroalimentam, o que torna difícil entender onde começa um e onde termina o outro. O senso comum, no presente, afirma o dimorfismo entre homens e mulheres baseando-se nas Ciências Biológicas; o pensamento científico hegemônico apropria-se nas recorrências observáveis nas relações de gênero para conferir cientificidade aos seus argumentos, reforçando, dessa maneira, a diferença sexual natural, subsumindo nessas “verdades” os aspectos de índole cultural e simbólica que conformam as percepções sobre corpos, gêneros, órgãos e fluidos⁸⁴⁸.

FAUSTO-STERLING adverte que a ideia de que o ser humano é delineado pelos hormônios, confere uma espécie de segurança ontológica, sobremaneira para aqueles/as que lutam para conseguir um diagnóstico de transtorno de identidade de gênero. É que ter uma doença, ou mesmo ser considerado uma pessoa transtornada, pode apresentar-se como espécie de força libertadora, “justamente por situar as experiências transexuais fora da agência e da capacidade do sujeito em produzir

⁸⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 575.

significados múltiplos para o gênero, a sexualidade e o corpo”⁸⁴⁹. Por essa perspectiva, raramente se considera:

[...] que nossos corpos são complexos demais para dar respostas claras sobre a diferença sexual. Quando mais procuramos uma base física simples para o sexo mais claro fica que sexo não é categoria física pura. Aqueles sinais e funções corporais que definimos como masculinos e femininos já vêm misturados em nossas ideias sobre gênero⁸⁵⁰.

Essa ideia apresentada no trecho acima transcrito elabora discussão epistemológica, antropológica e também histórica a respeito das múltiplas configurações e performances de gênero, assim como das práticas sexuais, e ajuda sustentar a ideia já apresentada no capítulo segundo dessa tese, de que o gênero tem menos ligação com a natureza do que com as relações de poder.

O segundo argumento que implica na continuidade da ideia de manutenção do gênero como categoria diagnóstica é a visão suicidógena. Por essa visão, seria inviável retirar a obrigatoriedade de terapia psicológica ou mesmo flexibilizar o protocolo médico porque pessoas transexuais podem se suicidar depois de fazerem as transformações corporais que achem pertinentes, em razão de arrependimento posterior, já que as cirurgias são irreversíveis.

LIONÇO demonstra quão frágil é esse argumento que apresenta as pessoas “trans” como potencialmente suicidas. Aduz que tal argumento parte da defesa de uma necessidade de um protocolo médico rígido que obrigue pessoas “trans” a se submeterem a acompanhamento terapêutico como forma de protegê-las de seus próprios desejos. Complementa, afirmando que essas terapias, realizadas por meios institucionais, terminam por afirmar categoricamente que essas pessoas são doentes, portadoras de subjetividades que estão desconectadas com a realidade, de maneira que encontram-se sem condições psicológicas de administrarem

⁸⁴⁹ FAUSTO-STERLING, Anne. **Dualismo em duelo**. Cadernos Pagu, Campinas: Núcleo de Estudos de Gênero – Pagu, n. 17/18, 2001, p. 10.

⁸⁵⁰ FAUSTO-STERLING, A., 2001, p. 12.

suas vidas e suas escolhas⁸⁵¹. Essa também pode ser considerada outra estratégia discursiva que declara a inexistência de autonomia e deslegitima a condição de sujeitos das pessoas “trans”, violando suas liberdades individuais e como consequência suas personalidades jurídicas.

BENTO e PELÚCIO advertem que a questão do protocolo utilizado nos centros de saúde do Brasil que fazem cirurgias de transgenitalização é o responsável por definir o gênero como categoria medicalizável; o passo subsequente é o de estabelecer os mecanismos que poderão curar essas disfunções, em integral atenção ao que prevê o DSM e o CID⁸⁵².

Ocorre que esse argumento ligado ao suicídio não tem como ser mantido. Primeiro porque a demanda principal das pessoas transexuais não é, necessariamente, a mudança de sexo por meio de intervenção cirúrgica; segundo porque ainda que o fosse, existem inúmeros procedimentos cirúrgicos realizados em hospitais e clínicas brasileiras que também se revestem do caráter de irreversibilidade, a exemplo das intervenções plásticas; terceiro porque se se parte do pressuposto de que há inúmeras possibilidades para as práticas de gênero, e de que todos e todas que desejam realizar alterações corporais a fim de migrarem para outro gênero, diverso do que legalmente e biologicamente lhe foi imposto ao nascer, são sujeitos capazes de conferir sentido para essas transformações, não há razão para determinar que esses desejos sejam considerados uma espécie de transtorno mental.

A questão do suicídio aparece com muita frequência não como decorrência de arrependimento posterior às cirurgias e às terapias, mas sim em razão da discriminação e da marginalização a que estão sujeitos todos e todas que vivem a experiências “trans”, sobretudo pela desconformidade entre sua identidade social e sua identidade civil. Inúmeros são os relatos. Em fevereiro de 2016 a militante transfeminista Kayla França após relatar em uma rede social as pressões transfóbicas que vinha sofrendo, se despediu dos amigos num último suspiro, antes de pular da janela de seu apartamento em São Paulo: “Como desistir de quem você é? Isso não significa a própria morte? E quantas vezes nós morremos

⁸⁵¹ Cf. LIONÇO, Tatiana. **Atenção integral à saúde e diversidade sexual no processo transexualizados do SUS**: avanços, impasses, desafios. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 19, n.1, p. 43-63, 2009.

⁸⁵² Cf. BENTO, B; PELÚCIO, L., 2012, p. 576.

esse mês?”⁸⁵³. Na cidade de Natal, em novembro de 2016, Iuri Dantas, cometeu suicídio por não ter resistido à transfobia institucionalizada. Sua mãe, ao comentar o fato disse: “Se tem duas palavras que podem me definir no dia de hoje é: dor e saudade (...) Não perdi um filho, perdi um amigo, companheiro, parceiro de aventuras e principalmente um confidente maravilhoso. Meu filho pagou um preço muito alto pelo fato de ser um ser autêntico, sincero, corajoso e livre de preconceitos e hipocrisias”⁸⁵⁴. Dos inúmeros casos obtidos através da pesquisa “transexual suicídio”, em nenhum deles consta a informação de que o evento se deu em razão de arrependimento em relação às terapias hormonais, cirurgias de readequação ou mesmo em relação aos documentos civis por ventura alterados através de determinação judicial.

À falta de uma estatística oficial, ou seja, realizada por órgãos públicos encarregados da Segurança Pública nos Estados da federação, inúmeras associações e organizações não governamentais têm trabalhado no sentido de quantificar e detalhar as mortes e as ações de homo, bi e transfobia, com vistas a dimensionar a extensão do dano à vida de todo o coletivo LGBTI no Brasil. Por exemplo, o GGB – Grupo Gay da Bahia, uma das organizações mais atuantes nessa atividade de exposição da violência à comunidade LGBTI brasileira, publicou em 2016, os dados obtidos durante o ano de 2015 em todo o território nacional. Observa-se que das 318 mortes catalogadas 37% refere-se à morte de pessoas “trans”, e dentro desse percentual, no ano de 2015 a pesquisa não constatou nenhuma morte por suicídio em relação a esse segmento do coletivo LGBTI. Os suicídios foram verificados apenas em relação ao segmento de gays e bissexuais, totalizando, em 2015, a cifra de 5 mortes. Isso demonstra que o argumento levantado acerca do suicídio de pessoas “trans” ou é inexistente ou quando é verificado está ligado a questões de transfobia⁸⁵⁵.

⁸⁵³ Texto retirado do perfil de Kayla França, na rede social Facebook.

⁸⁵⁴ Os dois casos acima mencionados, foram obtidos através de uma simples pesquisa realizada no *google*. Para tanto digitou-se as palavras “transexuais” e “suicídio”. Os casos mencionados estão entre as primeiras respostas dadas pelo mecanismo de pesquisa. Nota-se, analisando esses casos, como quase todos os demais, que os casos de suicídios de pessoas trans estão relacionados, em quase sua totalidade, a questões de transfobia.

⁸⁵⁵ Dados colhidos do relatório anual do GGB. Disponível em: <<http://pt.calameo.com/read/0046502188e8a65b8c3e2>> Acesso em 27. Nov. 2016.

Um terceiro argumento que também pode ser refutado é aquele que reforça as concessões estratégicas⁸⁵⁶. De um lado as pessoas “trans” e do outro o Estado, que somente custeia as terapias e as cirurgias a partir da existência do diagnóstico de disforia de gênero. BENTO e PELÚDIO explicam que para as pessoas transexuais que precisam utilizar os serviços públicos para realizarem determinadas transformações corporais, a retirada do caráter de transtorno das classificações e definições referentes às suas vivências é uma preocupação. No entanto, há também aqueles que defendem a manutenção do gênero como categoria diagnóstica, ancorando-se de forma oportunista no argumento do acesso aos serviços públicos de saúde, sobremaneira aqueles profissionais que operam fielmente as disposições do DSM e do CID⁸⁵⁷. Para ambas as autoras, no entanto, independentemente do interesse que motiva a defesa do diagnóstico de gênero, o que ocorre “é uma inversão à lógica do pertencimento a uma comunidade chamada Estado-Nação pois os interesses hegemônicos do Estado passam a ser defendidos como verdades a-históricas e a biopolítica passa a ser naturalizada por um discurso de atemporalidade”⁸⁵⁸.

Essa afirmação decorre do fato de que se para o Estado as pessoas normais em relação ao gênero são aquelas que possuem correspondência entre o sexo, a performance e as práticas afetivas, e se essa definição gera modo de operar que exclui todos os demais sujeitos que vivem fora desses marcos, estar-se diante de “uma contradição com sua própria definição universalizante”⁸⁵⁹. Assim:

[...] A resposta para resolver essa contradição nos limites do DSM é a inclusão excludente. O silêncio diante de uma produção e reprodução de uma cidadania precária e deficitária, intencionalmente implementada pelo Estado, nos retira da posição de vítimas para a de cúmplices. Concordar que o gênero continue sendo diagnosticado, em vez de

⁸⁵⁶ Por concessões estratégicas deve-se entender o movimento que condiciona, por parte do Estado, o respectivo atendimento à saúde da pessoa “trans” ao diagnóstico de disforia de gênero.

⁸⁵⁷ Cf. BENTO, B; PELÚDIO, L., 2012, p. 577.

⁸⁵⁸ BENTO, B; PELÚDIO, L., 2012, p. 577.

⁸⁵⁹ Idem, *ibidem*, p. 577.

questionado, é permitir que os seres construídos como abjetos devam continuar habitando as margens do Estado. O Estado ganha sua concretude nas ações de sujeitos históricos. Fazemos o Estado a cada ato em que o experienciamos. Ele não é um ente substantivado, uma força abstrata que paira sobre nossas cabeças e que tem o poder absoluto e não está acima do mundo da vida⁸⁶⁰.

Condicionar o acesso ao cuidado integral à saúde das pessoas “trans” ao diagnóstico de gênero é, nos dizeres de CABRAL, pôr em evidência o terrorismo discursivo que sustenta a cidadania cirúrgica. E mais, condicionar o exercício digno das identidades de gênero não binárias a um diagnóstico médico é colocar obstáculo ao exercício da personalidade individual que não consta de nenhum instrumento normativo⁸⁶¹. Assim as concessões estratégicas restam refutadas, vez que é dever do Estado prestar assistência a todos que necessitem, independente das concepções de normalidade psíquica que coloquem num determinado coletivo de pessoas uma pecha diagnóstica que não existe.

Um último argumento que legitima a patologização das identidades de gênero das pessoas “trans” é a questão da autoridade científica. Por esse argumento, o diagnóstico de gênero deve ser mantido porque está previsto no DSM, no CID e no SOC; e por estar nesses documentos, sob diversas nomenclaturas, a transexualidade está cientificamente comprovada como sendo anormalidade de gênero.

Contudo, uma simples leitura do DSM, por exemplo, demonstra que os princípios de testabilidade utilizados para a inserção da transexualidade como transtorno mental podem ser questionados. Os transtornos de identidade de gênero, que identificam o fenômeno transexual não possuem cientificidade comprovada, nas letras próprias do manual em análise, o qual no excerto “achados laboratoriais associativos”, afirma que:

⁸⁶⁰ Idem, ibidem, p. 577.

⁸⁶¹ Cf. CABRAL, Mauro. “Relatório”. In: ARILHA, Margareth; LAPA, Thaís de S.; PISANECHI, Tatiane C. Transexualidade, travestilidades e direito à saúde. São Paulo: CCR, 2010, p. 210.

[...] Não existe qualquer teste diagnóstico específico para o Transtorno da Identidade de Gênero. Na presença de um exame físico normal, geralmente não se indica o cariótipo de cromossomas sexuais e avaliações de hormônios sexuais. A testagem psicológica pode revelar identificação ou padrões de comportamento do gênero oposto⁸⁶².

Em que pese esteja o DSM em sua 5ª versão, observa-se que os achados laboratoriais que não especificavam um diagnóstico específico para a transexualidade renderam apenas a retirada do termo “transtorno de identidade de gênero”, colocando-se em seu lugar a “disforia de gênero”, mantendo assim o caráter de doença mental não diagnosticável por exames clínicos.

O SOC parece também reconhecer limitações científicas aos testes realizados para a produção do diagnóstico de disforia de gênero, todavia, faz constar em seu texto a esperança de que essas incertezas poderão ser resolvidas no futuro, através de outras investigações científicas. Nas palavras de BENTO e PELÚCIO, tal afirmação é suficiente para comprovar a não cientificidade do diagnóstico, no entanto, mesmo com essa constatação, a disforia é mantida no manual, causando consequências graves na vida de inúmeras pessoas pelo mundo afora.

A leitura dos manuais em referência demonstra que, em verdade, a cientificidade constante de suas letras repousa única e exclusivamente na definição da disforia de gênero através de protocolos universais, nos quais se define a normalidade e a anormalidade de gênero, a orientar e também autorizar intervenções corporais, para, ao fim, reconhecer que não há nenhuma confiabilidade nas afirmações feitas sobre os diagnósticos de gênero.

O caso específico do DSM demonstra tratar-se de um código que:

⁸⁶² DSM-V. Disponível em: <http://c026204.cdn.sapo.io/1/c026204/cld-file/1426522730/6d77c9965e17b15/b37dfc58aad8cd477904b9bb2ba8a75b/obaudoeducador/2015/DSM%20V.pdf>. Acesso em 20. Nov. 2016.

[...] materializa uma visão cultural hegemônica e singular de gênero, mas que, contraditoriamente, consegue seu êxito por apresentar-se como universal porque tem como aliada a retórica da cientificidade de seus achados. Portanto, a defesa da diferença sexual como dado primeiro para se definir o gênero é uma construção de gênero. É preciso reafirmar que o DSM-V, o CID-10 e o SOC são falaciosos e produtores institucionais de identidades abjetas. Quem formula esses códigos é um grupo fechado de especialistas orientados pelos preceitos heteronormativos que, aliás, têm fundamentado a ciência ocidental moderna⁸⁶³.

Sobre esse último argumento, importante mencionar a doutrina de WALTERS, segundo o qual:

O discurso psiquiátrico parte da noção de que o diagnóstico é o resultado do conhecimento produzido através do método científico. No entanto, se o método é tão confiável, porque todos nós, pessoas transexuais, vivemos nosso gênero de maneira tão distinta? Se há uma condição congênita ou biológica para a suposta "transexualidade", como se explica, então, que alguém decida ser trans aos 14 anos e outras pessoas aos 40 e outra aos 80? E como explicar as diferenças na maneira de viver o gênero - e os trânsitos entre todos estes - nas diferentes classes sociais?⁸⁶⁴

Os argumentos acima refutados demonstram quão falhas são as ideias que reforçam o diagnóstico de gênero como uma doença mental. Essa concepção patologizante foi recepcionada e produzida em parte pelo Estado brasileiro. Diz-se em parte porque se por um lado o conhecimento

⁸⁶³ BENTO, B; PELÚDIO, L., 2012, p. 578.

⁸⁶⁴ WALTERS, Pau Crego. **Construir lo que somos**. In: MISSÉ, Miguel; COLL-PLANAS, Gerald. El gênero desordenado: críticas en torno a la patologización de la transexualidad. Barcelona e Madrid: Egales, 2011. p. 248-252.

médico-biológico produzido no Ocidente foi o responsável pela abjeção das identidades “trans”, alocando-as numa invisibilidade legal e social, por outro lado há de se observar que em situações pontuais (ações judiciais que pedem a adequação do gênero social ao gênero civil) e nas microesferas de interação social, a sistemática patologizando vem perdendo espaço. Essas situações pontuais demonstram um caminho de vitórias à comunidade “trans”, mas também revelam certas ambiguidades que têm características tipicamente nacionais, quando se verifica que a concessão de direitos à coletivos historicamente oprimidos demonstra a criação de uma espécie de cidadania contingente. Inicia-se pela despatologização verificada nas microesferas e na sequência entra-se na questão judicial.

Nos últimos anos é inegável que a mobilização pelo reconhecimento de direitos à população “trans” em vários países ocidentais tem possibilitado várias conquistas, a exemplo da mais avançada lei de identidade de gênero, publicada na República Argentina. Essa Lei normatizou as cirurgias de redesignação sexual, as terapias hormonais e a mudança nos documentos civis dos e das transexuais argentinos. A evolução em matéria de Direitos Humanos ocorrida na Argentina, primeiramente com publicação da lei do casamento igualitário e em continuidade, com a lei de identidade de gênero, esta última no ano de 2012, demonstram que as questões ligadas à diversidade sexual necessitam ser politizadas pois envolvem para além de Direitos Humanos e fundamentais, questões de autonomia e de reconhecimento da personalidade jurídica dos indivíduos. No Brasil, contudo, observa-se a ocorrência de um fenômeno intrigante, que caracteriza certa criatividade quando comparado com outros países: à falta de legislação específica como possuem alguns países pioneiros na matéria, elaborou-se uma espécie de paliativo para tentar superar o vácuo legal que torna invisíveis transexuais que aqui vivem.

Para dar continuidade a esse raciocínio, importante realizar-se uma contextualização das experiências transexuais no Brasil.

No fim dos anos 50 e princípios dos anos 60 do século XX, quando Harry Benjamin estabeleceu nos Estados Unidos da América a dicotomia Travestis-Transexuais nos discursos médicos, no Brasil democrático do Pós-Segunda Guerra Mundial, as pessoas “trans” lograram dar um passo inicial, partindo do carnaval popular, em direção aos teatros das grandes cidades, e com isso, angariaram aceitação social mais majoritária. Enquanto se inauguravam abertamente bares direcionados ao público sexo-diverso e surgiam múltiplas autodeterminações nas subculturas gay, lésbicas e “trans”, determinadas pessoas como a, hoje, mundialmente

famosa Rogéria, viviam uma ascensão como novas estrelas nacionais. Sobre essa personalidade, BALZER explica que a sociedade da época a denominou como sendo uma travesti, que naqueles anos significava artista de transformismo, ainda que Rogéria não personificasse nenhum transformista, mas sim sua própria identidade “trans”⁸⁶⁵. Em entrevista realizada por BALZER, como parte de sua tese de doutoramento junto à Universidade de Berlim, em 2008, Rogéria explicou que sempre se sentiu feminina e, como muitas outras travestis de seu tempo, tomava hormônios para lograr aparência mais próxima de uma mulher, na concepção ocidental do termo⁸⁶⁶.

O estrelato de Rogéria, assim como de muitas outras travestis brasileiras experimentou final brusco no ano de 1964, em razão golpe militar que levou o País a uma ditadura que durou vinte anos. O governo militar declarou gays, lésbicas e travestis inimigos da moral da família tradicional brasileira, aos quais deveria todo o aparato estatal combater. As consequências, especificamente em relação às travestis, foram a proibição do exercício laboral, a censura e as prisões arbitrárias em qualquer parte da cidade; aquelas pessoas que, assim como Rogéria, tinham condições financeiras, se exilaram, as demais permaneceram no País estando expostas à violência e à arbitrariedade da polícia e das forças armadas. Como aponta BALZER, mesmo nesse Estado de Exceção se desenvolveram discursos próprios e novos métodos de modificação corporal, a exemplo da injeção de silicone industrial líquido para lograr curvas, seios e feições femininas⁸⁶⁷.

Após os vinte anos de ditadura militar, a sociedade brasileira não mais enxergava as travestis como estrelas do teatro, mas sim como criminosas associadas à prostituição, ao uso de substância psicoativas proibidas e, mais tarde, ao HIV/AIDS, o que fez com que até os dias atuais, grande parte, senão quase a totalidade de pessoas “trans” no Brasil se vejam afetadas pela exclusão no mercado de trabalho formal, obrigando-as, por necessidade econômica, a ganhar a vida com o trabalho

⁸⁶⁵ Cf. BALZER, Carsten. **Eu acho que transexual é aquele que disse:** Eu sou transexual. Reflexiones etnológicas sobre la medicalización globalizada de las identidades trans a través del ejemplo de Brasil. In: MISSÉ, M. & COLL PLANAS, G. (eds.). El género desordenado. Críticas en torno a la patologización de la transexualidad. Madrid: Égales, 2012, p. 88.

⁸⁶⁶ Cf. BALZER, C., 2012, p. 89.

⁸⁶⁷ Idem, ibidem, p. 89.

sexual. De se mencionar que estrelas como Rogéria, que voltaram do exílio, passaram a utilizar de vez o nome de “transformistas” como forma de dar continuidade às suas carreiras, aumentando assim a multiplicidade de conceitos e termos subculturais acerca das experiências “trans”, o que de certo modo colocou essas pessoas novamente nos canais e programas de TV, a exemplo do Programa Sílvio Santos, no SBT (Sistema Brasileiro de Televisão) e no Chacrinha⁸⁶⁸, programa exibido pela Rede Globo de televisão.

Os profissionais de saúde que realizavam cirurgias de adequação sexual em pessoas transexuais, durante a ditadura, foram presos e condenados pelo crime de lesões corporais, o que somente começou a mudar no fim da década de 90, do século passado, a partir da aprovação da Resolução DFM 1.483/97⁸⁶⁹, que legalizou os procedimentos de transgenitalização no país⁸⁷⁰. Ao mesmo tempo, adentraram no Brasil de forma massiva os discursos norte-americanos medicalizantes, convertendo as pessoas “trans” outrora criminalizadas durante a ditadura, em pessoas efetivamente doentes e também à margem da lei civil, pois que de fato essas pessoas saíram do imaginário social para comporem as cifras da invisibilidade legal.

Ao contrário do que foi experimentado pela comunidade de lésbicas e gays, o coletivo formado por pessoas “trans” não logrou atenção do Estado brasileiro, na primeira década do século XXI⁸⁷¹. Aquela comunidade começou a obter decisões judiciais que incluíam desde a questão do reconhecimento da união estável entre pessoas de sexos idênticos, passando por autorização para adoção bilateral e por direitos sucessórios, até o reconhecimento do direito ao casamento igualitário. O coletivo “trans” experimentou outro movimento.

Basicamente quando se intenta descrever o caminho percorrido por pessoas transexuais no Brasil no tocante ao reconhecimento de seus direitos, para além do aspecto histórico de suas trajetórias pessoais, é comum mencionar-se a invenção do chamado “nome social”. Diz-se

⁸⁶⁸ José Abelardo Barbosa de Medeiros, mais conhecido como Chacrinha, era apresentador do programa televisivo Cassino do Chacrinha, exibido pela Rede Globo. Nesse programa apresentavam-se artistas nacionais de renome além de calouros, que buscavam na TV uma chance de chegar ao estrelato.

⁸⁶⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução DFM 1.483, 1997.

⁸⁷⁰ Cf. COUTO, Edvaldo Souza. **Transexualidade**: O corpo em mutação. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 1999, p. 105-108.

invenção porque em nenhum outro país é possível observar tamanha criatividade. O nome social engloba uma série de normas que regulam o respeito à identidade de gênero em esferas menores de poder, a exemplo das universidades, bancos públicos e privados e repartições públicas específicas. Essa singularidade do nome social poderia ser considerada fruto da inexistência de uma lei federal que discipline a matéria, todavia, essa invenção à brasileira apresenta dados que podem ajudar a verificar como as elites políticas (inclua-se as elites econômicas, sexuais, de gênero e raciais) se apoderaram da estrutura do Estado com vistas a impedir a entrega de direitos a populações historicamente estigmatizadas.

Nessa medida, o nome social revela um modo especial, uma prática típica dos detentores do poder no Brasil que apenas garantem conquistas a essas populações de forma seccionada, ou como bem explica BENTO, “a conta-gotas, aos pedaços”⁸⁷². Para a autora, esse movimento garante efetivamente que os excluídos sejam incluídos para continuarem dentro do processo de exclusão⁸⁷³, o que remete a se considerar, nessa discussão, o que é cidadania, ou mesmo quem é um cidadão.

A cidadania, para MARSHALL, é composta por três dimensões: a dimensão social, a civil e a política⁸⁷⁴. Para que se considere alguém como cidadão todas essas dimensões precisam ser verificadas. A dimensão civil é composta pela gama de direitos necessários à liberdade individual; a dimensão política abarca o direito de participar no exercício do poder político; e a dimensão social parte do direito a um mínimo bem-estar econômico até a segurança de participar da vida social e de ser considerado um ser civilizado.

Partindo dessa concepção de cidadania, originariamente criada em relação à população do Reino Unido, é possível concluir que à falta de alguma dessas dimensões estar-se diante de uma espécie de cidadania contingente. A cidadania contingente representa, assim, dupla negação de cidadania, vez que nega aos destinatários tanto a condição humana quanto a condição de sujeito a pessoas que carregam em seus corpos determinadas marcas identificatórias⁸⁷⁵. Essa dupla negação pode ser conferida na trajetória histórica impingida no corpo das mulheres,

⁸⁷² BENTO, B., 2014, p. 166.

⁸⁷³ Cf. BENTO, B., 2014, p. 166.

⁸⁷⁴ Cf. MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

⁸⁷⁵ Cf. BENTO, B., 2014, p. 167.

especialmente em relação ao direito ao voto e à igualdade civil, de homens negros e de mulheres negras, e relação a toda a retórica jurídica criada a partir da Lei Euzébio de Queiróz, passando pela Lei do Ventre Livre, pela Lei dos Sexagenários, chegando à Lei Áurea, assim como de lésbicas, de gays e também das pessoas “trans”.

Esse *modus operandi*, pode ser melhor clarificado quando aprofundada a batalha legal e jurídica perpetrada por homens e mulheres homoessuais no Brasil. Em 1995, a então deputada federal Marta Suplicy apresentou o projeto de Lei 1151/1995, do qual constava a regulamentação da união entre pessoas de sexo idêntico. Esse projeto não obteve qualquer desenvolvimento naquela casa federal, inobstante a vida das pessoas diretamente interessadas continuar a se desenvolver. Assim, gays e lésbicas passaram a recorrer ao Poder Judiciário para obterem o reconhecimento de direitos atinentes ao *status* família, a exemplo da adoção, da dependência em relação à previdência privada e ao Imposto de Renda, e também à própria conformação da união estável nos moldes delineados pela lei às pessoas de sexos diversos.

Ainda no ano de 2000, registre-se, o Ministério Público Federal apresentou ação junto à seção judiciária de Porto Alegre requerendo que o INSS (Instituto Nacional da Seguridade Social) reconhecesse o direito previdenciário dos companheiros homossexuais, de forma que a partir do deferimento da medida liminar pela Justiça Federal daquele Estado, cujos efeitos abrangem todo o território do País, o direito de previdência foi estendido a todos e todas que o requeressem e fizessem a prova da união estável⁸⁷⁶. No que toca à adoção não unilateral, ou seja, naquela em que duas pessoas de sexos idênticos requerem esse provimento, somente em 2005 se teve notícia de decisão favorável, a qual foi proferida pela justiça de Bagé, no Estado do Rio Grande do Sul⁸⁷⁷.

⁸⁷⁶ A medida liminar foi confirmada na sentença de primeiro grau e o recurso interposto pelo INSS, após a procedência do pedido ter sido mantida pelo Tribunal Regional Federal, foi desprovido pelo Superior Tribunal de Justiça. Para ter acesso ao acórdão: < <http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/dsexuaisreprod/Parecer%20-%20ACP%20-%20INSS%20-%20inclusao%20do%20companheiro%20homossexual%20c.pdf>> Acesso em 27. Nov. 2016.

⁸⁷⁷ Segundo narra ARAÚJO, no Estado do Rio Grande do Sul, na cidade de Bagé, em novembro de 2005, foi concedida adoção de dois meninos a duas mulheres gaúchas, que conviviam em união afetiva estável há mais de 07 (sete) anos, pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude daquela Comarca, Dr. Marcos Danilo

Apenas em 2009, é que o Poder Judiciário passou a receber demandas requerendo o deferimento da possibilidade de inclusão de companheiro e/ou companheira homossexual como dependente de Imposto de Renda. O Ministério Público Federal do Piauí ajuizou nesse ano Ação Civil Pública⁸⁷⁸ requerendo esse provimento, o qual foi deferido, em sede de liminar pela Justiça Federal daquele Estado, todavia os efeitos dessa decisão somente foram aproveitados naquele Estado.

A caminhada desse coletivo não parou por aí. Em 2011, o STF (Supremo Tribunal Federal), em decisão unânime, reconheceu a equiparação da união estável entre pessoas do mesmo sexo às uniões entre pessoas de sexos diversos, o que teoricamente viabilizaria os direitos à pensão por morte, por acidente, à herança e também à adoção. Nesse caso

Edon Franco. No caso, o Juízo estendeu à companheira da mãe adotiva, o vínculo da maternidade para com os menores, pois, além da convivência de fato, sendo educados e convivendo com ambas, o pedido da outra mãe sócio-afetiva se baseou no desejo de compartilhar, juridicamente, com a sua companheira (legalmente mãe adotiva), as mesmas responsabilidades e deveres jurídico-parentais com os menores. O Ministério Público da Comarca em questão recorreu da decisão, por entender que “a adoção por casal convivente em união estável somente poderia ocorrer da união entre homem e mulher”. Não obstante, o vanguardista Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por intermédio da Sétima Câmara Cível, negou provimento, por unanimidade, à Apelação Cível interposta pelo Ministério Público (Proc. 70013801592), confirmando a possibilidade de adoção por casal homoafetivo. Reportando-nos ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não podemos deixar de citar trecho de artigo escrito pela então Desembargadora Maria Berenice Dias, especialista em Direito Homoafetivo, no que diz respeito a adoção: “Vivendo em famílias homoafetivas e possuindo um vínculo jurídico com relação a apenas um par, resta absolutamente deseparada com relação ao outro, que também é considerado pai ou mãe. A ausência do estabelecimento de uma relação chancelada juridicamente gera a absoluta irresponsabilidade de um dos genitores para com a criança. ... Negar a possibilidade de reconhecimento da filiação que tem por base a afetividade, quando os pais são do mesmo sexo é uma forma perversa de discriminação que só vem prejudicar quem apenas quer ter alguém para chamar de mãe, alguém para chamar de pai. Se são dois pais ou duas mães, não importa, mais amor irá receber”. ARAÚJO, Cristine Borges da Costa. **A adoção por casal homoafetivo**. Disponível em: < <http://araujocosta.com/images/1.pdf>> Acesso em 27. Nov. 2016.

⁸⁷⁸ Processo n. 2009.40.00.001593-9. Por decisão do Tribunal Regional Federal a liminar foi confirmada e os efeitos da sentença foram mantidos apenas a quem residia no Estado do Piauí.

em especial, os casais formados entre pessoas de mesmo sexo, que tiveram reconhecido seu direito à extensão do conceito de família, outrora deferido apenas às famílias formadas por pares heterossexuais, passaram a ter certo óbice à transformação de suas uniões em casamento. Isso porque apesar de a Constituição da República estabelecer em seu artigo 226, §3º que a união estável somente seria reconhecida entre um homem e uma mulher (essa primeira parte do dispositivo legal foi a que recebeu interpretação conforme para determinar que sua leitura fosse feita de forma a possibilitar o reconhecimento entre duas pessoas, independente do sexo natural), deveria a lei facilitar sua conversão em casamento. A partir da decisão proferida pelo STF, diversos casais compareceram aos cartórios de registro civil requerendo justamente essa conversão, o que liminarmente foi negado pelos respectivos oficiais de registro. O Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2013, em exercício de sua competência constitucional de administrar o Poder Judiciário do Brasil, com vistas a resolver de vez essa questão, fez publicar a Resolução 175⁸⁷⁹, determinando a todos os cartórios que seria vedado às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pares homoafetivos; a recusa à efetivação dos referidos procedimentos implicaria a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

A partir do exemplo anterior, os qual demonstra o modelo de concessão de cidadania à conta-gotas em relação a coletivos estigmatizados, é possível identificar-se um ponto em comum entre tais situações: a conquista de direitos que por motivação constitucional e internacional deveriam ter eficácia plena desde o primeiro momento, foi sendo “legislada” aos poucos. BENTO, ao tratar dessa questão explica que é como se houvesse um subtítulo direcionado aos/às excluídos: “calma, vamos ver o quanto você resiste e se você acredita mesmo que merece adentrar no reino da cidadania”⁸⁸⁰. Essa forma de lidar com a ampliação dos limites da cidadania é um carácter tipicamente brasileiro, como acontece, inclusive com a questão do nome social para as pessoas transexuais.

De pronto, é importante frisar que a criação de leis estabelecendo os contornos do exercício da identidade de gênero fora dos marcos binários se dá partindo-se da compreensão que o legislador tenha sobre o

⁸⁷⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 175**, 2013.

⁸⁸⁰ BENTO, B., 2014, p. 172.

que seja gênero. Assim, estando essa concepção mais próxima de uma visão biológica (sexo biológico macho x fêmea, inalteráveis), serão grandes as exigências para o deferimento do direito de realização de intervenções cirúrgicas, de terapias hormonais e para a alteração de prenome e de gênero nos documentos civis. Nota-se que nessas legislações o Estado confere ao Direito normatizado um caráter autorizativo, pois é comum estipular-se a necessidade de diagnósticos psiquiátricos e psicológicos para que seus pedidos sejam válidos e procedentes.

A título de exemplo, cita-se a Lei de Identidade de Gênero da Espanha. Essa concepção autorizativa faz com que as pessoas “trans” que desejem alterar seus documentos, sem terem se submetido a cirurgia de transgenitalização, necessitem de um diagnóstico de Disforia de Gênero emitida por um médico especialista⁸⁸¹. Exemplo contrário pode-se colher da Lei de Identidade de Gênero da Argentina, na qual o que prevalece não é a concepção patologizante da identidade, mas sim o autoreconhecimento como pessoa “trans”, não sendo requerido da pessoa interessada qualquer tipo de exame ou de atestado para que se possa realizar a alteração de prenome e gênero nos documentos civis⁸⁸².

⁸⁸¹ ESPANHA. Ley N°3, 2007. Art. 4. Requisitos para acordar la rectificación. 1. La rectificación registral de la mención del sexo se acordará una vez que la persona solicitante acredite: a) Que le ha sido diagnosticada disforia de género. La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia: 1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia. 2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior. b) Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado. (grifos não existentes no original).

⁸⁸² ARGENTINA. Ley n° 26.743, 2012. ARTICULO 2° — Definición. 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

No Brasil, em específico, o projeto de Lei de Identidade de Gênero em trâmite no Congresso Nacional, desde 2013, é orientado por uma sistemática completamente despatologizante, a exemplo da legislação argentina. Mas, a conjuntura política tanto do Senado Federal quanto da Câmara dos Deputados deixa claro que esse projeto, assim como todos os outros que de alguma forma tentaram tutelar direitos relativos à diversidade sexual, não sairá do papel. É justamente desse impasse legislativo que surge a questão do “nome social”.

O Brasil é o único país de que se tem notícia que, em razão do quadro acima apresentado, possui sistemas de micro-interação que garantem um direito que é negado em razão da inexistência de determinada disciplina legal. O “respeito” à identidade de gênero de pessoas “trans”, à falta de uma legislação, é feito por intermédio do “nome social”. É assim que, por exemplo, uma estudante “trans” poderá ter seu nome social na chamada escolar; no entanto, no mercado de trabalho e em todas as outras dimensões de sua vida, se verá obrigada a submeter-se a situações de humilhação em razão de portar documentos que estejam em dissonância em relação à sua performance de gênero.

Para que se possa estabelecer o paradoxo e assim chegar ao âmago da ambiguidade criada com o “nome social”, utilizar-se-á o exemplo da Resolução n. 232/2012, publicada pelo Conselho Universitário da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, cuja normatização é similar ao de outras instituições. Dispõe o artigo 1º da referida Resolução

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. ARTICULO 4º — Requisitos. Toda persona que solicite la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen, en virtud de la presente ley, deberá observar los siguientes requisitos: 1. Acreditar la edad mínima de dieciocho (18) años de edad, con excepción de lo establecido en el artículo 5º de la presente ley. 2. Presentar ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, una solicitud manifestando encontrarse amparada por la presente ley, requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservándose el número original. 3. Expresar el nuevo nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse. **En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico** (grifos não existentes no original).

que será assegurado ao aluno ou à aluna da UFRN, cujo nome oficial não reflita adequadamente sua identidade de gênero, a possibilidade de uso e de inclusão nos registros acadêmicos do seu nome social. Define-se, ato contínuo, o conceito de nome social, o qual será considerado como sendo o modo como a pessoa é reconhecida, identificada e denominada na sua comunidade ou meio social, quando o nome oficial não refletir sua identidade de gênero ou possa implicar qualquer tipo de constrangimento ao portador do documento civil.

Da leitura do dispositivo mencionado no parágrafo anterior, observa-se que dentro do ambiente acadêmico da UFRN, para que o estudante ou a estudante tenha sua identidade de gênero reconhecida não se faz necessário qualquer tipo de exigência, seja relativa a exames médicos ou outros documentos, devendo o/a interessado/a comparecer ao setor responsável pelo registro escolar, preencher um formulário e assim proceder com a alteração, o que também poderá ser feito por servidores técnicos e professores daquela instituição federal de ensino, nos moldes da Portaria n.233/2010, do Ministério do Planejamento⁸⁸³. Ademais, compulsando-se o documento em análise, verifica-se que é também reconhecido pela Resolução o direito de ser chamado oralmente pelo seu “nome social”, sem que haja menção ao seu nome civil, incluso nas frequências de aulas, entrega de certificados e em solenidades de colação de grau, defesa de trabalhos de graduação (TCC) de mestrado (dissertação) e doutorado (tese), o que se estende às declarações e documentos similares produzidos pela universidade.

⁸⁸³ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Portaria nº233, 2010. Art. 1º Fica assegurado aos servidores públicos, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, o uso do nome social adotado por travestis e transexuais. Parágrafo único. Entende-se por nome social aquele pelo qual essas pessoas se identificam e são identificadas pela sociedade. **Art. 2º Fica assegurada a utilização do nome social, mediante requerimento da pessoa interessada, nas seguintes situações:** I - cadastro de dados e informações de uso social; II - comunicações internas de uso social; III - endereço de correio eletrônico; IV - identificação funcional de uso interno do órgão (crachá); V - lista de ramais do órgão; e VI - nome de usuário em sistemas de informática. § 1º No caso do inciso IV, o nome social deverá ser anotado no anverso, e o nome civil no verso da identificação funcional. § 2º No Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos - SIAPE será implementado campo para a inscrição do nome social indicado pelo servidor. (grifos não existentes no original).

BENTO, que é professora da UFRN e foi uma das percussoras da adoção do “nome social” no âmbito daquela instituição explica que essa normatização refere-se a um nível capilar das relações sociais, que é o ambiente acadêmico, e que o órgão máximo daquela instituição orientou-se por uma sensibilidade bastante singular que foi a de garantir que as normas gerais ganhassem vida onde a vida realmente acontece: nas interações cotidianas e nas microinterações⁸⁸⁴. Tais normas gerais, complementa a autora, são aquelas oriundas da própria Constituição de República (arts. 3º, IV e 5º, *caput*⁸⁸⁵, XLI, 205, 206, I⁸⁸⁶), da Lei n. 9.394/96⁸⁸⁷ que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação brasileira (art. 3º, IV⁸⁸⁸).

Essa normatização do uso do nome social no âmbito das interações cotidianas e nas microinterações sociais também foi adotada por outras instituições e órgãos, a exemplo do Ministério da Saúde⁸⁸⁹, Instituto

⁸⁸⁴ Cf. BENTO, B., 2014, p. 176.

⁸⁸⁵ Os arts. 3º, inciso IV, e 5º, *caput* e inciso XLI, da Constituição Federal de 1988, dispõem que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação e que todos são iguais perante a lei, sem distinção ou discriminação de qualquer natureza, devendo a lei punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

⁸⁸⁶ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

⁸⁸⁷ BRASIL. Lei 9.394, 1996.

⁸⁸⁸ Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância.

⁸⁸⁹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria 1.820, 2009: Art. 4º Toda pessoa tem direito ao atendimento humanizado e acolhedor, realizado por profissionais qualificados, em ambiente limpo, confortável e acessível a todos. Parágrafo único. É direito da pessoa, na rede de serviços de saúde, ter atendimento humanizado, acolhedor, livre de qualquer discriminação, restrição ou negação em virtude de idade, raça, cor, etnia, religião, orientação sexual, identidade de gênero, condições econômicas ou sociais, estado de saúde, de anomalia, patologia ou deficiência, garantindo-lhe: I - identificação pelo nome e sobrenome civil, devendo existir em todo documento do usuário e usuária um campo para se registrar o nome social, independente do registro civil sendo assegurado o uso do

Federal de Santa Catarina⁸⁹⁰, Universidade Federal de Santa Catarina⁸⁹¹, dentre outros em âmbito federal. Em âmbito estadual cite-se o Decreto nº 1.675/2009, do Governo do Estado do Pará, a Lei 5.916/2009, do Estado do Piauí, o Decreto 55.588 do Estado de São Paulo, o Decreto 35051/2010 do Estado de Pernambuco, todos normatizando o uso do nome social no âmbito da Administração Pública Estadual direta e indireta.

Da análise de todas essas normatizações depreende-se que de um lado estão todas as regulamentações relativas à identidade de gênero de pessoas “trans” em múltiplas instituições, e do outro está a completa inexistência de leis que garantam e também que assegurem a vivência digna de todas as experiências identitárias e da diversidade humana. Entre essa inexistência e a proliferação de normas regulamentando em pequenos âmbitos o uso do nome social, é possível reconhecer um complexo paradoxo que esteve e está sendo construído no Brasil no que toca ao pleno reconhecimento do direito à autodeterminação do gênero: de um lado a pessoa/estudante, para ter direito ao exercício de sua identidade de gênero não precisa apresentar qualquer documento que ateste ser possuidor/a de transtorno, disforia ou outra neurodiscordância; doutro, essa mesma pessoa que naquele microssistema angariou o direito de ter reconhecida plenamente sua identidade social, necessita de um diagnóstico de transtorno mental que lhe possibilite realizar intervenções em seu corpo para adequar-se ao gênero identificado, sendo que é esse mesmo diagnóstico que será requisitado pelas autoridades judiciárias para (ou não) deferirem pedidos de alteração de Registro Civil. Observa-se, pois, que o mesmo Estado que reconhece é o mesmo que nega o direito à identidade de gênero, ou em outra medida, é o mesmo que precariza tal direito na medida em que condiciona a possibilidade de vivência plena dessa identidade (nome e gênero nos documentos) a um laudo médico

nome de preferência, não podendo ser identificado por número, nome ou código da doença ou outras formas desrespeitosas ou preconceituosas;

⁸⁹⁰ Deliberação nº006/2010: Art. 1º Fica determinada a possibilidade da inclusão do nome social de travestis e transexuais nos respectivos registros acadêmicos de todos os campi do Instituto Federal de Santa Catarina, em respeito aos Direitos Humanos, à pluralidade e à dignidade humana, a fim de garantir o ingresso, a permanência e o sucesso de todos no processo de escolarização. Parágrafo Único. O nome social é aquele por meio do qual travestis e transexuais são reconhecidos, identificados e denominados no meio social, no ato da matrícula ou a qualquer momento, no decorrer do ano letivo.

⁸⁹¹ Resolução Normativa nº18/CUN.

psiquiátrico, bem como à necessidade de produção de um processo judicial para tal fim.

Essa conjuntura paradoxal permite excogitar como essa configuração de ordem discursiva traduz uma “real farsa” no que toca ao diagnóstico de gênero e à patologização dessas experiências identitárias tão plurais, como revelam-se ser as experiências “trans”. Ou seja, num ambiente há o pleno reconhecimento à identidade de gênero, noutra esse mesmo direito é condicionado à assinatura de um profissional de saúde, atestando a disforia de gênero enquanto doença psíquica. Leia-se, no Brasil é esse o quadro que se apresenta quando se discute questões de direitos relativos à pessoas “trans”, o que nos faz questionar como é possível exigir-se desse coletivo laudos médicos para alteração corporal e para alteração dos assentos de nascimento, se na escola, na universidade e no trabalho (repartições públicas) encontra-se garantido o direito à autodeterminação quanto à identidade de gênero.

A proliferação do nome social, sem dúvidas, representou e representa, quando analisada a conjuntura política e social do Brasil, um avanço em termos jurídicos, todavia, é importante questionar o motivo pelo qual houve uma crescente criação de micronormatizações, como as que se trouxe anteriormente, e mesmo assim ainda persiste o silêncio legal no que toca à adoção de uma norma geral e nacional que ponha fim à precariedade atinente à existência de todo o coletivo de pessoas “trans”.

Conforme lição de BENTO:

[...] Embora se possa explorar e defender as potencialidades desse “jeitinho brasileiro” por 1) garantir ambientes menos hostis às pessoas trans e 2) fornecer argumentos locais e gerais contra a patologização, acredito que aqui ainda nos movemos em uma dimensão da cultura política brasileira onde cidadania é transmutada em dádiva. A aprovação do nome social, por exemplo, nas universidades não é uma garantia imediata de sua efetivação. Pelos relatos de pessoas trans em encontros nacionais, nota-se que há um segundo momento de luta: a implementação nas chamadas e em outros documentos⁸⁹².

⁸⁹² BENTO, B., 2014, p. 177.

Paralelamente à questão do nome social tem-se a judicialização das demandas “trans”. Recorrer ao Poder Judiciário, no Brasil, na tentativa de garantir a efetivação de direitos tem sido uma “novidade” no que toca ao caminho percorrido pela coletividade LGBTI no sentido de reverter a concepção de cidadania contingente arraigada na sociedade. Esse recurso, no entanto, não pôde ser utilizado pelas mulheres, em relação à capacidade de votar e serem votadas, tampouco pelos escravos, na linha do que se descreveu anteriormente. Assim, a judicialização da vida tornou-se uma via única, em razão do silêncio normativo específico a dirigir situações ligadas a coletividades historicamente estigmatizadas. No caso específico das pessoas “trans” observa-se, para além da insegurança jurídica demonstrada no capítulo antecedente, um “vai-e-vem” de concessões e não concessões que em grande medida excepcionam a sistemática de proteção da pessoa humana estabelecida pela Constituição da República.

Do mesmo modo como aconteceu com gays e lésbicas, o coletivo formado por pessoas “trans” criou consciência coletiva de pertencimento e a partir disso passou a demandar, judicialmente, direitos historicamente negados. As ações judiciais que propunham a análise do direito ao reconhecimento da autoidentidade, ou melhor, do direito à autodeterminação individual, partiram, sobremaneira, da necessidade de adequação dos Registros Cíveis à forma como o/a petionante desenvolve sua vida perante a sociedade. No Brasil, em razão da regulamentação do processo de transgenitalização pelo SUS, não se teve notícia de ações judiciais direcionadas a obter provimento no sentido de permitir a realização desse ato cirúrgico, inobstante até meados da década de 1990 esse procedimento ser considerado crime por parte do profissional médico que o realizava. Todavia, a partir do crescimento do número de demandas envolvendo alteração dos assentos cíveis de pessoas “trans”, observou-se, de um lado, uma espécie de empoderamento desses sujeitos, e de outro, em movimento contrário, a continuidade do processo de precarização da cidadania, com a especial condição de que o deferimento ou não dos direitos pretendidos agora passava a ser feito não mais dentro de um processo de invisibilidade, como ocorre em relação à falta de lei que regule esse tema. Agora, o poder de vida e de morte que possui a Justiça, no que se refere a determinar se aquele sujeito pode ou não existir perante os órgãos oficiais de registro, ganhava materialidade e autoria.

Em regra, a matéria ventilada nas ações que pugnam pelo reconhecimento do direito à identidade de gênero, colocam em discussão

duas matérias de ordem hierárquica distinta: a proteção e a promoção dos direitos e garantias individuais descritos especialmente nos títulos I e II da Constituição da República, o que engloba toda a sistemática jurídica nacional relativa aos Direitos Humanos, fundamentais e também aos Direitos da Personalidade, já que como trabalhado anteriormente, todos esses direitos em alguma medida possuem o mesmo tratamento constitucional; e de outro lado a sistemática infralegal que disciplina a aposição do nascimento com vida nos Registros Cíveis do País, em especial aquela prevista na Lei de Registros Públicos, datada da década de 1970.

A causa de pedir comum a essas demandas judiciais é a vivência, por parte da/o requerente, de uma vida pautada nas performances de gênero social e juridicamente atribuídas a pessoas de sexo distinto. Ou seja, a motivação que passou a levar as pessoas “trans” a judicializarem o gozo dos direitos atinentes à sua personalidade jurídica individual é a convicção de pertencer ao gênero oposto, tendo por base a consideração de gêneros binários típicos das sociedades ocidentais. Os pedidos, ao seu turno, variam; no entanto, essa variação foi consideravelmente mitigada, na medida em que os processos quase sempre iniciavam com pedidos de alteração de prenome; em seguida as demandas passaram a envolver a alteração tanto do prenome quanto do sexo civil aposto no momento do nascimento, quase sempre em razão de cirurgias de readequação genital feitas no Brasil ou em outros países do mundo; por fim, as demandas passaram a ventilar alterações dos assentos cíveis, em relação ao prenome e ao sexo civil, independente da cirurgia de readequação.

Num primeiro momento as decisões judiciais, ao negarem o pedido de alteração, o faziam sob o argumento de que não havia permissivo legal, a saber, não havia disposição na Lei de Registros Públicos, que autorizasse a alteração dos assentos cíveis, salvo nas hipóteses taxativas nela previstas, o que não abarcava a hipótese descrita na causa de pedir. Além disso mencionava-se a imutabilidade dos sexos como premissa para a negativa, ainda que nos autos do processo houvesse diagnóstico de transexualidade, estabelecendo-se nesse ponto a absorção da perspectiva biologizante do gênero⁸⁹³.

Num segundo momento o Poder Judiciário passou a deferir os pedidos de alteração registral de forma parcial. Dessa vez ao permitir

⁸⁹³ APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008539-56.2004.8.26.0505 – TJSP, decisão já mencionada no capítulo anterior.

apenas a alteração do prenome, fundamentava-se o constrangimento pelo qual a pessoa estava sujeita ao portar documentos dos quais se pudesse inferir ser aquele sujeito alguém do sexo oposto; todavia, a manutenção do sexo de nascimento passou a ser medida constante nesses decisórios, os quais, para tanto, passaram a exigir, como prova para o deferimento parcial, laudos médicos atestando a incapacidade mental do requerente, o que inaugurou a perspectiva patologizante do gênero, o que somado à anterior, dificulta ainda mais o acesso pleno aos direitos vindicados pela comunidade “trans”.

Posteriormente, a justiça brasileira passou a deferir integralmente o pedido de alteração de documentos, tanto em relação ao sexo/gênero quanto em relação ao prenome. Ocorre que aqui, assim como na hipótese anterior, condicionava-se a entrega do provimento judicial à realização de perícias médicas-psicológicas, com vistas a comprovar o diagnóstico de disforia de gênero, estabelecendo-se integralmente a perspectiva patologizante do diagnóstico de gênero.

Ambas as perspectivas possuem em comum o fato de serem legitimadas pelo Poder Judiciário como o único e mais poderoso saber acerca da autonomia individual do sujeito, no que toca à sua autodeterminação de gênero, mitigando sua liberdade e o livre desenvolvimento da personalidade. A palavra da pessoa, assim como sua autoidentificação como uma pessoa transexual é dispensada, o que revela que os saberes médicos e psiquiátricos possuem força probante mais valorada do que a realidade de vida de quem requer a alteração de registro.

A perspectiva biologizante acerca da normalidade dos gêneros tem início desde o momento em que o médico, com sua palavra fundante, informa o sexo daquele ser que ainda é uma promessa. Após o nascimento, as tecnologias discursivas dirigem-se para a preparação do corpo para que ele desempenhe com êxito o gênero que lhe foi atribuído, tendo como única referência o fato de aquele corpo ter um pênis ou uma vagina⁸⁹⁴. Assim a construção da infância é feita a partir de proibições e afirmações, que funcionam como uma espécie de pedagogia dos gêneros hegemônicos, tendo como principal objetivo preparar os corpos para a vida referenciada na heterossexualidade, construída tendo por base a ideologia da complementariedade dos sexos.

A biologização dos corpos, transportada para as decisões judiciais, reconhece que ao nascer todos e todas são apresentados a uma única

⁸⁹⁴ Cf. BENTO, B., 2008, p. 39.

possibilidade de construção de sentidos identitários para a sexualidade e para o gênero, o que gera um controle minucioso na produção da heterossexualidade; e como as práticas sexuais se dão na esfera privada, será através do gênero que a sociedade e as instituições tentarão controlar e produzir a heterossexualidade. Os gêneros, para que sejam inteligíveis devem obedecer à lógica biologizante, segundo a qual vagina-mulher-feminino *versus* pênis-homem-masculino. A complementariedade natural entre essa lógica seria a prova cabal de que a humanidade é necessariamente heterossexual e que os gêneros só serão inteligíveis e possuirão sentido quando estiverem relacionados às capacidades inerentes a cada corpo.

Há, nessa linha de raciocínio, uma “amarração” no sentido de que o corpo reflete o sexo e o gênero só poderá ser entendido quando derivado dessa relação. Nessa medida, ao se estabelecer que os sexos e os gêneros são imutáveis e naturais, utilizando essa narrativa para negar o gozo e o exercício dos mais basilares direitos à pessoa, a Justiça internaliza a concepção binária de complementariedade entre os sexos e os gêneros, em detrimento de enunciados constitucionais que autorizam o direito à autonomia e à autodeterminação dos sujeitos, com base na pedra motriz do ordenamento, verificada na axiologia do princípio da dignidade humana.

Para que se entenda como se dá a efetivação dessa sistemática menciona-se o caso de uma transexual do Rio Grande do Sul. Sandra, nome social utilizado por ela, ingressou perante o Judiciário daquele Estado requerendo a alteração de seu registro de nascimento, em relação ao seu prenome e ao sexo nele constante. Após a instrução probatória o magistrado proferiu sentença dando procedência a ambos os pedidos. Em sede de recurso, o Ministério Público pediu a reforma parcial da sentença, mais precisamente no que toca ao sexo do requerente, alegando que essa informação, por ser biológica, não pode ser alterada por determinação judicial. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, acolhendo o apelo ministerial, deu provimento ao pedido para reformar a sentença de primeiro grau, alterando-a no sentido de permitir apenas a alteração do prenome, mantendo-se o sexo de nascimento. A ementa abaixo transcrita demonstra o pronunciamento do Tribunal:

REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE.
PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE PRENOME E
DE SEXO. ALTERAÇÃO DO NOME.
POSSIBILIDADE. AVERBAÇÃO À

MARGEM. A ALTERAÇÃO DO SEXO SOMENTE SERÁ POSSÍVEL APÓS A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. 1. O fato da pessoa ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano social, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido por apelido, que constitui prenome feminino, justifica a mudança do nome, já que o nome registral é compatível com o sexo masculino. 2. Diante das condições peculiares da pessoa, o seu nome de registro está em descompasso com a identidade social, sendo capaz de levar seu usuário a situação vexatória ou de ridículo, o que justifica plenamente a alteração. 3. Deve ser averbado que houve determinação judicial modificando o registro, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se, assim, a publicidade dos registros e a intimidade do requerente. 4. No entanto, é descabida a alteração do registro civil para fazer constar dado não verdadeiro, isto é, que o autor seja do sexo feminino, quando inequivocamente ele é do sexo masculino, pois ostenta órgãos genitais tipicamente masculinos. 5. A definição do sexo é ato médico e o registro civil de nascimento deve espelhar a verdade biológica, somente podendo ser corrigido quando se verifica erro. Recurso provido, por maioria⁸⁹⁵.

Observa-se que a fundamentação utilizada pelos juízes de segundo grau para reformarem a sentença recorrida baseou-se justamente na ideia biologizante dos corpos, conforme fundamentação anteriormente apresentada. Essa concepção desmaterializa a ideia de dignidade da pessoa humana, pois ao exigir que alguém que se apresente socialmente como mulher e que seja identificada com um prenome feminino, possua em seu documento a informação deslegitimadora de sua identidade de gênero (sexo diverso) está-se a dar prioridade à biologia em detrimento dos direitos constitucionais que protegem a personalidade jurídica humana.

⁸⁹⁵ Apelação Cível: 0460307-20.2015.8.21.7000 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

A exigência de cirurgia de transgenitalização para a mudança do sexo/gênero, como a que consta do julgado acima, vai de encontro à defesa dos Direitos Humanos por condicionar o exercício do direito à personalidade à mutilação física, sendo que somente a vontade livre e consciente da pessoa, sem qualquer imposição estatal, pode legitimar o devido procedimento cirúrgico. A imposição de um condicionamento da identidade de gênero à cirurgia configura, claramente, intromissão estatal na identificação da identidade de gênero, mitigando a normativa constitucional que protege a pessoa em sua mais plena essência de ser dotado de razão.

A patologização pode ser verificada a partir da força regulatória acreditada ao DSM, ao CID e ao SOC, os quais são utilizados como fonte de referência para dar efetividade à prova pericial requerida como requisito essencial ao deferimento da alteração dos assentos civis. Essa força é facilmente sentida, com toda a sua dramaticidade, quando referenciada a sujeitos concretos, como é o caso das pessoas “trans”, quando o poder/saber médico atua distribuindo normalidades e produzindo anormalidades. O diagnóstico tido como prova essencial pelo Poder Judiciário somente pode ser obtido, no Brasil, após anos de consultas e investigações; ao final é preciso que um profissional ateste a condição de transexual e fale em nome no paciente.

O “calvário” vivido pelas pessoas “trans” no Brasil pode ser verificado através da trajetória de Andréia Stefanie⁸⁹⁶. Analisando essa trajetória é possível verificar as falhas de um sistema que se propõe científico, arrogando-se o direito de definir a verdade das identidades. Andréia teve dois laudos: num primeiro, os médicos e psiquiatras afirmaram não se tratar de um caso de “transexualismo”. No segundo os profissionais enquadraram sua situação identitária nos moldes definidos pelo CID.

O dossiê foi composto por cinco documentos; os três laudos iniciais negaram o diagnóstico; os dois últimos reconheceram a doença. Em 09/04/2001 houve o primeiro laudo pericial, realizado pelo Instituto de Medicina Legal Leonídio Ribeiro, vinculado à Polícia Civil do Distrito Federal, assinado por dois psicólogos. Em 09/11/2001 houve um parecer social emitido pelo Núcleo de Perícia Social, ligado à promotoria de Justiça Criminal de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde, então

⁸⁹⁶ Com autorização de Andréia, sua trajetória até o diagnóstico de transexualidade foi trazido por BENTO, B., 2008, p. 123 e ss.

coordenado pelo promotor Diaulas Costa Ribeiro; tal parecer foi assinado por uma assistente social e por duas estagiárias. Em 22/02/2002 emitiu-se laudo psiquiátrico, assinado por dois médicos-legais também vinculados ao IML do DF. Os três laudos acima mencionados entregues à Andréia foram unânimes em não reconhecer o diagnóstico de “transexualismo”.

Os dois últimos: em 23/03/2003 um psicólogo do Instituto Médico Legal (IML) encaminha a paciente para exames de rotina, por suspeitar que o diagnóstico não foi preciso. Em 08/04/2005 o mesmo psicólogo assina um novo laudo.

Entre o primeiro e o último laudo transcorreu-se quatro anos. Em todos eles verifica-se uma sucessão de repetições quanto à trajetória da pericianda, mas, no último, o psicólogo ao detalhar a vida de Andréia, com ênfase em sua relação com a mãe, construiu um texto claramente influenciado pela concepção psicanalítica de Robert Stoller, que culpa a genitora do transexual pelo desenvolvimento de sua anormalidade. Esse mesmo psicólogo, ao reconhecer o diagnóstico, afirmou em seu laudo que a paciente estava em atendimento perante aquele Órgão desde 2002, e em razão de ter verificado que a mesma possuía o desejo de viver e ser aceita como uma pessoa do sexo oposto, o que acompanhava um sentimento de mal-estar e de inadequação em relação ao seu sexo anatômico, configurava-se a CID-10: F64.0 – transexualismo, reconhecendo os danos psicológicos vividos pela pericianda, em razão dos diagnósticos anteriores, que lhe negavam tal condição. Observa-se que, mesmo já constando do prontuário da paciente os danos causados em razão da negativa do diagnóstico, somente dois anos após a emissão do terceiro laudo negativo, houve o reconhecimento do diagnóstico.

Esse laudo, assinado por profissionais das Ciências Médica e Psicológica, é o documento que transpassa as paredes dos hospitais e das clínicas e chega ao Poder Judiciário. A sistemática é bastante parecida com a hipótese de biologização, anteriormente apresentada. Exige-se a comprovação do diagnóstico de transexualidade ou mesmo a realização de uma cirurgia de readequação (o que não necessariamente é a demanda principal das pessoas transexuais) para o deferimento de uma alteração registral (a principal demanda do coletivo “trans”), mitigando-se, novamente, o direito à autodeterminação da pessoa que comparece ao Judiciário requerendo a adequação de seus assentos de nascimento, para que enfim ela possa adentrar na categoria de humanidade atribuída aos gêneros inteligíveis. Ao negar esse pedido, ou condicioná-lo a um exame médico pericial ou a uma cirurgia de adequação sexual (sem que essa seja do interesse do peticionante) obstaculiza-se a entrega da parcela de

dignidade de quem a requer, violando-se todo um sistema protetivo da pessoa, que em última análise precariza ainda mais a cidadania (ou a não cidadania) da pessoa transexual.

Repise-se que tal exigência viola totalmente a autonomia da pessoa no que se refere à sua autodeterminação em relação à vivência do gênero que se identifica. Ora, sabe-se que a convicção do juiz é formada a partir dos elementos de prova, todavia, ao condicionar a produção dessa prova à um exame médico cuja realização viola precipuamente a dignidade do periciando, tendo em vista que o exame serve para determinar se a pessoa possui ou não uma enfermidade mental que não tem ligação com a vivência do gênero, visto que isso é uma padronização social que varia de sociedade para sociedade, é patente que houve a preponderância de uma norma infralegal em relação à norma constitucional.

É importante reforçar, também, que essa exigência revela que o Poder Judiciário transportou para dentro de sua estrutura o fenômeno da patologização das identidades transexuais, alocando esse saber médico como peça primeira quando se trata de deferir direitos ligados à efetiva humanidade dos peticionantes, mitigando e limitando o exercício e o gozo de liberdades fundamentais, como se revela ser o direito à autodeterminação, às ideias patologizantes criadas sob a batuta de uma heterossexualidade compulsória (que determina a sexualidade e o gênero normais) a que devem estar imersos todos os sujeitos.

Como mencionado anteriormente, a matéria trazida no bojo dessas ações discute direitos contidos em normas de hierarquia diferentes. A causa de pedir e os pedidos a que se fez referência mais acima sempre foram baseados na normativa constitucional protetiva dos direitos da pessoa humana, a saber o corolário da dignidade da pessoa humana, bem como os princípios da igualdade e o da liberdade (e todas as suas ramificações). Com efeito, observa-se dos julgados já mencionados nessa tese que em nenhuma decisão proferida pelo Judiciário houve a preponderância dessa normativa em detrimento dos argumentos infralegais que condicionariam o deferimento de tais pedidos. É dizer, no sopesamento entre normas definidoras de direitos individuais e normas relativas à construção do Registro Civil do País, deu-se prevalência a estas últimas, quase sempre sob o argumento da necessidade de proteger a segurança jurídica que se espera dos Registros Cíveis.

Ocorre, todavia, que o empoderamento de identidades abjetas, a exemplo das pessoas “trans”, somado ao silêncio normativo acerca de suas questões identitárias, vem inaugurando nos últimos dois anos (2015/2016) um novo saber jurídico que mitiga os fenômenos da biologização e da patologização anteriormente tratadas. Esse movimento

partiu, inicialmente, no sentido de não condicionar mais a alteração de prenome e de gênero à cirurgias de adequação genital; ato contínuo, observou-se que esse movimento vem se posicionando no sentido de que o diagnóstico de gênero seja afastado, ou mesmo desqualificado, como prova para o deferimento das alterações registrais das pessoas “trans”, assumindo o direito à autodeterminação e à autoidentificação social um papel que prepondera sobre as demais questões que vinculavam ou impossibilitavam os referidos pedidos.

Esse fenômeno começa a se concretizar no Brasil no mesmo ano de 2015 quando o Grupo de Estudos em Direito e Sexualidade da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (GEDS/USP) fez publicar uma pesquisa estatística realizada pelos alunos e alunas daquela instituição, que demonstrou, a partir da análise de 363 acórdãos de diversos Tribunais do país, que as alterações de Registro Civil de pessoas “transexuais” é 30% menor do que as alterações de registro de pessoas “cis”. Na pesquisa, realizada entre os anos de 2005 e 2012, constatou-se que em 77% dos casos de deferimento, o Poder Judiciário exigiu que os peticionantes realizassem cirurgia de readequação sexual para obterem o provimento requerido⁸⁹⁷. Considerando-se que o caminho até a cirurgia (para aqueles que desejam – segundo a pesquisa apenas 10% das pessoas “trans” possuem essa demanda) é longo, fazendo com que a fila de espera chegue há pelo menos 10 anos, a exigência feita pelos magistrados e magistradas posterga a vivência digna das pessoas transexuais, assim como condiciona essa vivência à realização de um ato cirúrgico que, como se viu, não integra a vontade de pelo menos 90% das pessoas que demandam a alteração de seus documentos.

O movimento de despatologização e desbiologização das identidades “trans” que se iniciou, no âmbito dos movimentos sociais nacional e internacional, como dito, começa a refletir no Poder Judiciário, ainda que de forma tímida. Diz-se isso, porque até a confecção desse capítulo final, encontrou-se, até o ano de 2016, apenas uma decisão judicial que desconsiderou a necessidade de diagnóstico de transexualidade como doença mental ou de realização de cirurgia de adequação genital, como condição para o deferimento do pleito referente à alteração registral do peticionante.

⁸⁹⁷ Os dados da pesquisa podem ser consultados na página: <https://gedsfdusp.wordpress.com/>.

Com autorização da parte, a qual, inclusive, permitiu a inserção de seu nome social e nome de batismo nessa tese, analisa-se o julgado⁸⁹⁸ que tomou as páginas dos principais veículos de comunicação do país, no dia 31 de outubro de 2016, data da publicação da decisão: “Pela primeira vez, mulher “trans” pode mudar gênero sem avaliação médica”⁸⁹⁹; “Justiça autoriza pela primeira vez mulher “trans” a mudar nome e gênero sem a exigência de laudo⁹⁰⁰”; “Pela primeira vez justiça autoriza retificação de documentos de mulher “trans” sem laudo”⁹⁰¹.

Neumir Afonso Cunha ingressou perante a Justiça de São Bernardo do Campo, Estado de São Paulo, requerendo a retificação de seu nome para Neon Afonso Cunha, assim como do gênero masculino para feminino. Alegou que embora ostente a genitália masculina, após a maioria passou a se identificar como pertencente ao gênero feminino, desenvolvendo sua personalidade, o comportamento social, civil e psicológico, como se do gênero oposto fosse, apresentando-se em todos os âmbitos de sua vida como uma pessoa do gênero feminino. Aduziu que não pretendia se submeter à cirurgia de transgenitalização, buscando, no processo, as referidas alterações apenas para que ocorra uma correspondência entre nome, gênero e personalidade, respeitando-se sua individualidade⁹⁰².

O Ministério Público em exercício perante a 6ª Vara Cível de São Bernardo requereu, como condição para o deferimento, a realização de uma perícia médico-psiquiátrica, contra a qual se opôs a requerente. O magistrado ao proferir sentença meritória afirmou entender ser desnecessária a realização da perícia requerida pelo *Parquet*, indeferindo tal providência ao argumento de que a transexualidade não seria uma condição patológica⁹⁰³, bem como que a identidade de gênero é

⁸⁹⁸ Processo nº 1012057-34.2016.8.26.0564

⁸⁹⁹ <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/10/1827866-pela-primeira-vez-mulher-trans-pode-mudar-genero-sem-avaliacao-medica.shtml>.

⁹⁰⁰ <http://www.nlucon.com/2016/11/justica-autoriza-pela-primeira-vez.html?showComment=1478800505943>.

⁹⁰¹ <http://br.blastingnews.com/brasil/2016/11/pela-primeira-vez-justica-autoriza-retificacao-de-documentos-de-mulher-trans-sem-laudo-001229893.amp.html>

⁹⁰² Informações colhidas da sentença proferida nos autos do processo nº1012057-34.2016.8.26.0564.

⁹⁰³ “Com o objetivo de retirar as pessoas transgênero da classificação de transtornos mentais da Organização Mundial da Saúde (OMS), cientistas mexicanos realizaram o primeiro estudo de campo que demonstra que as

autodefinida por cada pessoa. Com essas manifestações preliminares, proferiu-se sentença em sede de julgamento antecipado da lide (art. 355, I do NCPC).

Em sede de fundamentação o magistrado asseverou que a questão cingia-se em torno da dignidade da pessoa humana. Para ele, a imutabilidade do nome não é regra absoluta, pois tanto a lei quando a doutrina, atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana e também outros interesses sociais relevantes, admitem sua alteração em algumas hipóteses, sobremaneira para evitar que não sejam vivenciadas situações vexatórias por parte da pessoa que ostenta determinado nome. Registrou o juiz que a pretensão trazida nos autos visava não somente evitar tais situações constrangedoras no momento da apresentação de documentos pessoais nos quais o registro de gênero é diverso da sua real identificação sexual, estendendo-se a pretensão para que fosse atribuída à

mudanças na identidade de gênero não são uma doença. O estudo, publicado na revista médica britânica “The Lancet Psychiatry”, foi apresentado no México nesta quinta-feira por autoridades sanitárias e da OMS. A pesquisa é a primeira de várias que já estão sendo feitas no Brasil, França, Índia, Líbano e África do Sul, e que serão apresentadas em 2018 na discussão da 11ª versão da Classificação Internacional de Doenças (CID-11) da OMS, que serve como referência médica para os países-membros. — Esta reclassificação não só vai promover a discussão de novas políticas de saúde para que a comunidade trans tenha melhores acessos aos serviços de saúde e atenção, mas também (...) pode ajudar a reduzir o estigma e a rejeição de que são vítimas — afirmou Ana Fresán, uma das autoras do estudo. A pesquisa demonstra que as questões psiquiátricas na população transexual são produto da violência e discriminação que sofrem e não, como se classifica atualmente, produto da sua transexualidade. — Se não é uma doença agora, então ocorre que nunca foi, que fique claro, não é que antes fosse uma doença e agora não é mais — explicou Eduardo Madrigal, presidente da Associação Mexicana de Psiquiatria. O estudo de campo consistiu em 260 entrevistas com adultos (maiores de 18 anos) transgêneros que recebem atenção médica na clínica especializada Condesa, que trata exclusivamente doenças de transmissão sexual. A presidente do Conselho Nacional para Prevenir a Discriminação, Alexandra Haas, afirmou que “é problemático que se assuma a identidade trans como patologia”. — Pensar a identidade como uma doença nos obriga a buscar uma cura, e em vez disso os esforços institucionais devem focar em reconhecer a diversidade, promover a inclusão e garantir os direitos — acrescentou”. Informações disponíveis em: <
<http://despatologizacao.cfp.org.br/estudo-prova-que-transexualidade-nao-e-transtorno-psiquiatrico/>> Acesso em 01. Dez. 2016.

peticionante formal e legalmente sua verdadeira identificação com o gênero feminino, que sempre ostentou por considerar-se uma pessoa transexual.

Essa consideração pessoal não estaria condicionada à realização de cirurgias, tendo em vista que não pode o Poder Judiciário compelir alguém, contra seu livre arbítrio e ferindo o direito de escolha sobre o seu próprio corpo e à integridade física, a realizar tal procedimento. Para o julgador, na linha de raciocínio do que foi exposto nesta tese, trata-se, em verdade, de direito ligado à personalidade jurídica individual da peticionante, a garantia do reconhecimento de sua real identidade, o que lhe permitirá uma vida mais digna, eis que abarcará proteção à imagem e à honra, preservando-lhe a saúde, que compreende muito mais do que a ausência de doenças, mas também o bem-estar físico, mental e social do sujeito.

Um traço particular da sentença em análise é o sentimento de empatia apresentado pelo julgador quando se refere à trajetória pessoal da requerente:

[...] Trata-se de pessoa madura, nascida no ano de 1970, em Minas Gerais. Relatou a história pessoal de sua família, vinda para São Bernardo do Campo em busca de melhores oportunidades de vida. Descreveu a dolorosa rejeição paterna diante da revelação do transexualismo do quarto filho de uma família de origem mineira. Relatou episódios de violência sexual e até mesmo de estupro. Por fim, falou da redenção com sua própria aceitação pessoal e o procedimento cirúrgico para o implante de seios. Do detalhado e emocionado relato pessoal verifica-se que a problemática da identidade sexual de alguém é muito mais ampla do que seu sexo morfológico. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade, em respeito à pessoa humana, como valor absoluto. Manter-se a situação presente implicaria em insustentável posição de angústia, incerteza e conflito.

Outro aspecto que merece destaque é a utilização da normativa internacional, em especial aquela contida nos Princípios de Yogyakarta, nos moldes da argumentação apresentada do capítulo anterior, na qual defendeu-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos é fonte normativa e fundamentativa para a inclusão da identidade de gênero de pessoas transexuais no rol de direitos relativos à personalidade jurídica individual:

[...] Sobre a desnecessidade da cirurgia de transgenitização e de que cabe a cada pessoa se autodefinir quanto ao gênero, basta lembrar o princípio nº 3 da Carta de Yogyakarta: “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. Os Estado deverão: (...) b) tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa; c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para que existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa - incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos - reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa.

Ao justificar a desnecessidade de prévia cirurgia de adequação genital ou de laudo médico atestando a enfermidade mental para o

deferimento dos pedidos apresentados pela autora, o magistrado assevera que se é o sexo psicológico que dirige o comportamento social externo do indivíduo, deve-se verificar se, no caso concreto, existe esta identidade como o sexo feminino, sob o ponto de vista também psicológico. Nesse sentido:

[...] os documentos juntados aos autos comprovam a manifestação do transexualismo e de todas as suas características, demonstrando que a parte autora sofre inconciliável contrariedade pela identificação sexual masculina que tem hoje. Sempre agiu e se apresentou socialmente como mulher, sendo seu desejo mudar a sua definição sexual no registro civil. A confirmar isto, vejam-se as fotografias de pp. 37/46 e as declarações de amigos a pp. 27/28, 29, 30, 31, 32/33, 34 e 35/36 que confirma que a parte autora sempre se comportou como pessoa do sexo feminino, atendendo pelo nome de Neon. Conservar o ‘sexo masculino’ no assento de nascimento da parte autora, valorizando-se o biológica, em detrimento da realidade psicológica e social, equivaleria a manter a parte autora em estado d anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.

Por fim, e antes de proferir seu julgamento, o magistrado faz constar na decisão o posicionamento do Ministro do STF Celso de Mello, segundo o qual:

[...] nunca se deve olvidar que a função da justiça é contramajoritária, no Estado democrático de direito, numa sociedade plural, quando se cuida da proteção das minorias: A função contramajoritária do supremo tribunal federal e a proteção das minorias. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere ‘o monopólio da última palavra’

em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina. (trecho da ementa do antes referido AgR no RE 477.554).

Com base nesses argumentos e em contra a toda a sistemática patologizante e biologizante verificada nas inúmeras decisões proferidas em sede de análise da matéria em discussão, o magistrado Celso Lourenço Morgado⁹⁰⁴ deu pela procedência integral dos pedidos, determinando a alteração do prenome e do gênero da parte autora, sem a necessidade de laudos médicos-psiquiátricos ou de prévia realização de cirurgia de transgenitalização.

A sentença em referência, à falta de legislação específica, inaugura novo momento no que toca ao reconhecimento das experiências “trans” como parte de uma vivência identitária. Ao afastar o conteúdo patológico dessas experiências identitárias, observa-se que o julgador considerou a pessoa requerente não mais como objeto da demanda – a qual deveria ser submetida a um exame médico para atestar característica tipicamente enquadrada como transtorno psíquico –, mas sim como um sujeito livre e autônomo, capaz de discernir sobre como se autoidentificar e como essa autoidentificação deve ser percebida pela sociedade. Essa consideração que alocou a pessoa “trans” como sujeito de direito e não como objeto do direito apresenta novo sentimento de justiça, orientado para a concretização de um mínimo ético que avalia as identidades de gênero construídas fora do marco heteronormativos a partir de uma diferença positiva, e não negativa como propõe a sistemática patologizante.

É importante mencionar que a decisão em comento confere juridicidade à proteção da dignidade da pessoa humana prevista na Constituição Nacional, na medida em que se observa a conjunção do valor intrínseco desse princípio, que figura como seu elemento ontológico, assim como de seu elemento ético e também do seu elemento social. Com

⁹⁰⁴ Juiz titular da 6ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo/SP.

efeito, o valor intrínseco da dignidade pode ser aferido partindo-se da afirmação da posição especial da pessoa humana no mundo, que a distingue dos outros seres vivos e das coisas. O elemento ético presente na dignidade da pessoa humana enquanto princípio jurídico, pode ser aferido tendo por base o reconhecimento do direito à autonomia do sujeito, o qual envolve a capacidade de autodeterminação no sentido de se poder decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a personalidade jurídica, fazendo valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. O elemento social da dignidade também pode ser verificado. Trata-se do valor comunitário, que posiciona o indivíduo em relação ao grupo, à sociedade em que está inserido, reconhecendo nele parte de um todo, o que o qualifica a viver e expor sua identidade de gênero conforme sua livre escolha.

Inobstante se trate de decisão única, já que durante as pesquisas realizadas não foram encontradas em território nacional outros pronunciamentos judiciais que apliquem a sistemática despatologizante aqui defendida, infere-se que tal decisão se trata de novo norte que poderá influenciar as posturas judiciais acerca dessa matéria, enquanto não for editada lei disciplinando o tema. Todavia, numa perspectiva mais geral, o reconhecimento jurídico e social das diversas performances de gênero pode ser conseguido a partir de uma mudança cultural que mitigue o individualismo tipicamente encontrado na perspectiva liberal de igualdade e de liberdade. Sobre essa nova forma de conceber a diversidade como integrante da universalidade, apresenta-se em seguida um novo saber relacional que desitoxica o pensamento pós-moderno podendo conduzi-lo a uma ideia fraternal de convivência social.

4.2 A FRATERNIDADE COMO CONTEÚDO IMANENTE AO RECONHECIMENTO LEGAL E SOCIAL DAS IDENTIDADES “TRANS”.

4.2.1 A Fraternidade, sua vocação histórica, política e social, e sua concepção a partir da Revolução Francesa.

Durante a construção da presente tese procurou-se apresentar os contornos da identidade de gênero enquanto uma perspectiva identitária que integra a personalidade jurídica dos sujeitos. No caminho percorrido demonstrou-se que quando a identidade de gênero não está em perfeito acordo com as normas sociais estabelecidas para os sexos e para os

gêneros, as quais são baseadas no sistema binário heteronormativo, o sujeito em questão encontra barreiras sociais e também jurídicas para exercer com dignidade os direitos que compõem sua personalidade.

Evidenciou-se, também, que a identidade de gênero possui uma dupla exigência: a primeira, diz respeito ao autoreconhecimento da pessoa como parte de um coletivo que não aceita as normas de comportamento que lhes são impostas, sem qualquer espécie de consentimento prévio; a segunda, refere-se à exposição de sua autoidentidade perante sociedade e a expectativa de que tanto na esfera comunitária quanto na esfera jurídica essa identidade seja considerada, reconhecida e respeitada.

Nota-se, pois, que a vivência digna das pessoas que em algum momento da vida transitam entre os gêneros e entre as normas que delineiam os comportamentos, somente alcança sua plenitude quando ambas as exigências estão presentes, vale dizer, o autoreconhecimento, por si só, não é suficiente para que determinada pessoa possa usar e gozar da parcela de igualdade e de liberdade prevista na Constituição Federal e nos tratados internacionais de promoção e defesa dos Direitos Humanos; é imprescindível que haja, por parte da sociedade e do Estado, o reconhecimento de que aquele ser existe e que sua performance de gênero integra sua qualidade de pessoa. É nesse ponto que o exercício das identidades de gênero fora dos marcos heteronormativos encontra óbice.

Pretende-se, pois, nas linhas que se seguem, estabelecer um vínculo sócio-jurídico entre os já conhecidos princípios da igualdade e da liberdade, no qual o amálgama que pode conceder a parcela de humanidade reivindicada pelas pessoas que exercitam os gêneros de forma não normativa, esteja presente justamente nesse elo de ligação, o qual urge ser a proposta da Fraternidade, tanto em perspectiva jurídica quanto em perspectiva social de relacionalidade.

Quando o reconhecimento de um grupo e de seus membros como sujeitos de direito depende da consciência dos demais membros da sociedade, é notório que a igualdade e a liberdade entram numa espécie de falência normativa, justamente porque tais princípios possuem em sua composição ideais individualistas que não se prestam, ao menos numa análise mais estrita, ao reconhecimento do outro como parte de um todo, em que as diferenças também compõem o núcleo de convivência pacífica e harmônica que se espera da coletividade. É nessa falência que a Fraternidade ressurgir (adiante se explicará o porquê desse ressurgimento) como demanda jurídica, e sobremaneira, como demanda social a ressignificar a ideia de cidadania política e, sobretudo, de cidadania sexual.

Nesse sentido, cumpre importância ímpar entender o nascedouro da Fraternidade, seu desenvolvimento (que se fez presente ao longo da história humana, incluindo os primeiros cristãos, passando pela Modernidade, chegando à Idade Contemporânea), quando tem-se lugar diante das já mencionadas igualdade e liberdade), as possíveis causas de seu esquecimento pelos Estados modernos, sua importância enquanto princípio jurídico e a necessidade de seu resgate enquanto uma espécie de demanda social imanente ao reconhecimento jurídico e social de direitos, e no caso deste estudo, em relação às identidades de gênero vividas fora dos marcos heteronormativos.

Registre-se que de forma manifesta ou subentendida, desde os primórdios da civilização, em inúmeras ocasiões a Fraternidade tem apresentado um papel de destaque, seja tomando a forma de amizade cívica ou política, de um vínculo legitimador da comunidade ou da solidariedade, da emancipação em benefício de grupos sociais mais vulneráveis ou simplesmente como subjetividade de práxis humanitária⁹⁰⁵. A etimologia da palavra Fraternidade, cuja origem provém do latim *frater*, traduz o seu significado como sendo sinônimo de "irmão", expressando a ideia de “Laço de parentesco entre irmão e irmã, assim como laço de solidariedade e de amizade entre homens, entre membros de uma sociedade”⁹⁰⁶. Como derivação tem-se *fraternitas*: “[...] 3. Elo estreito entre pessoas pertencentes à mesma organização ou que participam do mesmo ideal. 4. Amor ao próximo”⁹⁰⁷.

JUSTE, com efeito, explica que a Fraternidade não tem suas origens na família, afirmando, inclusive que em verdade a relação familiar é, um subproduto da Fraternidade⁹⁰⁸. A carga conceitual do significado de Fraternidade tem origem mais elementar, mais básico do que a família.

⁹⁰⁵ Cf. BAGGIO, 2008, p. 27.

⁹⁰⁶ Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, p. 214.

⁹⁰⁷ Cf. LAROUSSE, Cultural. São Paulo: Nova Cultural, 2006, p. 1131.

⁹⁰⁸ Esclarece JUSTE que, dizer que a fraternidade tem como fonte a família é um desiderato, uma vez que consiste em uma metáfora pois enfatiza a horizontalidade na relação: não é a direção vertical de pai para filho, senão que ressalta a igualdade básica entre os cidadãos, em termos de cooperação e ajuda mútua. Cf. JUSTE, Oriol Farrés. **Trazas de la fraternidad**: Para una antropología filosófica. Propuesta de Simposio para el I Congreso de la REF: Fraternidad. Trayectoria histórico - conceptual de un concepto político. Angel Puyol (Coord.), Valencia, set., 2014.

A raiz *frater* revela isso, eis que remete ao mistério da *fratria*: *The phratry is the darkest problem among the Greek social institutions*⁹⁰⁹.

Na Grécia antiga, *phrater* não designava o irmão de sangue, sendo aplicada para aqueles que mantinham ligações de vizinhanças. A origem do vocábulo *phrater* corresponde ao termo indo-europeu *brather*⁹¹⁰ e se refere a um membro das antigas *fratrias*, palavra que representou um dos primeiros nomes referentes à relação social baseada na vida e no trabalho em comum⁹¹¹.

SÁ, soma-se a essa explicação, quando expõe que o termo *fratria* deriva do grego *Phratría* e significa “irmandade”, sendo que num período da história de Atenas tal palavra referia-se a um clã formado por família da nobreza e seus dependentes. Depois, as *phratríai* mudaram de posição e foram consideradas organizações religiosas que faziam cultos e proporcionavam certo relacionamento entre os cidadãos⁹¹². O homem ateniense era membro de uma associação hereditária denominada *frátria*, que possuía rituais de aceitação do aspirante como componente (baseado na herança) e na sua importância como cidadão, o que ressalva o caráter político e a razão de ser da *frátria*.

O termo *Phratría*, também, reporta-se a Clístenes, o fundador da democracia ateniense. No processo de reorganização da antiga civilização grega, houve o rompimento da forma de disposição social em grupos familiares, de maneira que todas as pessoas que pertenciam a tais grupos foram admitidas à condição de cidadãos. As *fratrias*, apesar de terem

⁹⁰⁹ A *fratria* é o problema mais escuro entre as instituições sociais gregas (tradução livre). Cf. JUSTE, O., 2014, p. 66.

⁹¹⁰ *Brather*, termo de origem indo-europeia, que o grego conservou o sentido próprio de *Phrater*, melhor que qualquer outra língua. Idem, ibidem, p. 67.

⁹¹¹ Idem, ibidem, p. 69.

⁹¹² Clístenes (508-506 a.C.), promoveu reformas significativas, entre as quais, destaca-se a reformulação dos cultos. Qualquer ateniense deveria fazer parte de uma das organizações: o *demos*, a *trítia*, a *tribo* e a *frátria*, além da *pólis*. Uma união de *demos* formaria uma *trítia*, a qual juntando-se a mais duas comporia uma tribo (da montanha, da planície e do litoral). As *frátrias* continham rituais à heróis e deuses específicos, ligados aos seus interesses: a) questões de cidadania - *Apolo Patroos* e *Zeus Xenios*; b) nascimento e saúde dos novos membros - *Defesos*, *Leto* e *Artemis Orthosia*. Cf. SANTOS, Valeria Reis. **A constituição do direito na Grécia clássica**. Portal TJRS, 2003, p. 16-17. Acesso em: 17 Mar. 2017.

resistido em parte a essa reorganização⁹¹³, foram reestruturadas, passando a ostentar natureza de grupo religioso, mas, os cidadãos atenienses foram mantidos em sua estrutura, não podendo ser afastados⁹¹⁴.

O conhecimento elementar da Fraternidade também pode ser verificado nas ideias e nas formas de organização social apregoadas por Platão (427-347 a.C.), quando em sua obra “A República” propôs que ninguém fosse capaz de identificar seu pai ou sua mãe, pois ao se reconhecerem como irmãos, seria possível evitar o uso da violência de uns contra outros⁹¹⁵. Ao dissertar sobre essa obra, CASERTANO explica que: “[...] ideias como Fraternidade e proveniência comum de uma sociedade, na qual cada um dá o seu contributo com base nas próprias possibilidades, não só devem ser demonstradas, como deveriam começar a fazer parte também do ‘modo de sentir’ da nova humanidade”⁹¹⁶.

Dessa mesma época histórica, tem-se Aristóteles (384-322 a.C.), o qual com seus argumentos sobre a amizade cívica, defendia que os cidadãos se uniriam em consenso para instituir uma comunidade política: “De fato, consideramos a amizade o maior bem para a cidade, pois ela é a melhor salvaguarda contra as revoluções, e a unidade da cidade, [...]”⁹¹⁷. JUSTE ao expor a proposta aristotélica, diz que para ele a amizade cívica ou cidadã ajudava a manter uma maior estabilidade e um clima de cooperação entre os integrantes da comunidade política. A Fraternidade

⁹¹³ Clístenes, líder do Partido Democrático, assumiu o poder em Atenas, no ano de 509 a.C. Com o intuito de criar um Estado fundamentado na igualdade política e na participação de todos os cidadãos no governo, organizou uma Constituição, com a previsão de que todo cidadão, independentemente da renda, poderia tomar posse em qualquer cargo público, além do direito ao voto, restringido este apenas aos homens atenienses maiores de 18 anos e filhos de pai e mãe atenienses. Permaneciam excluídos dos direitos de cidadania as mulheres, os estrangeiros e os escravos. Fez constar também que os cidadãos participavam da Eclésia (Assembleia Popular).

⁹¹⁴ Cf. SÁ, Fernando de Almeida. **Senso moral e política: uma história da idéia de fraternidade/humanidade nos liberalismos dos séculos XVIII e XIX**. Rio de Janeiro, 2008. 297 f. Tese (Doutorado em História) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2008, p. 30–31.

⁹¹⁵ Cf. PLATÃO. **A República**. Bauru, SP: Edipro, 1994, p. 294-295. (Série Clássicos).

⁹¹⁶ CASERTANO, Giovanni. **Uma introdução à república de platão**. São Paulo: Paulus, 2011, p. 37.

⁹¹⁷ Cf. ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 38.

civil propiciaria, nas palavras do autor, uma maior solidariedade e uma melhor convivência entre os cidadãos e, como concórdia, impediria a discórdia ou batalhas no seio das classes sociais, ou seja, no plano teórico, se apresentaria como uma mescla que tenderia à imparcialidade política e a evitar os enfrentamentos e insurreições⁹¹⁸.

Um dos elementos mais interessantes no argumento aristotélico acerca da Fraternidade (amizade), consiste no fato de que ela, a amizade, não só emerge como um ideal normativo, mas também como um papel estratégico na construção social. A amizade cívica possibilitaria a concórdia, todavia, e precisamente por essa razão, evitaria a discórdia entre as classes sociais que constituíam a *polis*, o povo e as oligarquias.

Observa-se, na visão de JUSTE, que Aristóteles oscila ao utilizar a expressão amizade cívica: por um lado, refere-se a paz social e, por outro, a movimento político democrático, radicalmente igualitário e combativo. Esses dois significados da amizade cívica estão de acordo com a dupla concepção do ideal moderno de Fraternidade na França em 1789: a coesão social e o impulso revolucionário⁹¹⁹. Ainda aduz que a concepção de amizade e Fraternidade civil nasceu com a democracia, como a perspectiva do particular nos assuntos políticos, ou seja, o uso do sentido comum, a sensatez ou o sentido da justiça que, em princípio, estaria ao alcance de qualquer pessoa. Em Aristóteles, conclui, encontra-se a primeira teorização explícita do que, com o passar dos séculos, se chamará de Fraternidade e que consiste no movimento de amizade por igualdade e emancipação, características típicas da democracia⁹²⁰.

É nesse período que “a fraternidade constitui-se em componente essencial da vida política”⁹²¹. Os filósofos gregos, sobretudo Platão e Aristóteles, observavam a democracia com criticidade, pois acreditavam que a concepção de liberdade ofuscaria a definição de Fraternidade. Ambos ponderavam que a Fraternidade tinha uma importância capital na comunidade, sendo aceitável promover a hierarquia das fraternidades, ou seja, a Fraternidade de parentesco precisaria abdicar à de associação, e a

⁹¹⁸ Cf. JUSTE, Oriol Farrés. **La amistad cívica en aristóteles**: concordia y fraternidad. Anales del seminario de história de la filosofía, América do Norte, p. 41-67, n. 32, mar. 2015. Disponível em: <<http://revistas.ucm.es/index.php/ashf/article/view/48679>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

⁹¹⁹ Idem, ibidem, p. 53-58.

⁹²⁰ Idem, ibidem, p. 60 e 63.

⁹²¹ SÁ, F., 2008, p. 30.

Fraternidade de associação necessitaria ceder à Fraternidade da cidadania⁹²².

Com efeito, nos Antigo e Novo Testamentos da Bíblia cristã, a palavra “irmãos” refere-se às pessoas que compõem a família, que seriam de uma mesma tribo, o que implicaria numa relação fraterna. A Fraternidade, dessa forma, aparece em inúmeras passagens bíblicas⁹²³ anunciando, especialmente, o conjunto das condições que permitem aos homens (como irmãos), deixarem de lado as rivalidades para se auxiliarem mutuamente, tolerando as diferenças, as pretensões, as limitações do outro. Nesse ínterim, a Fraternidade constitui-se em escopo da civilização e não numa circunstância natural, servindo de base para justificar o cumprimento de um dos alicerces do Cristianismo, qual seja, o mandamento de “amar ao próximo como a si mesmo”, superando, pois, três dificuldades universais da convivência pacífica: amar a si mesmo, amar os outros e amar os outros como a si mesmo⁹²⁴.

A expressão “Amarás o teu próximo como a ti mesmo”, encontrada em Mateus 22,³⁹²⁵ precisa ser interpretada à luz da fórmula: “[...] vos amei uns aos outros. Como eu vos amei, amai-vos também uns aos outros”, situado em João 13, 34⁹²⁶, em que Jesus não contesta a primeira passagem, tão-somente clarifica o seu sentido. Em outras palavras, significa dizer que “Não é o amor [...] que o indivíduo nutre por si mesmo que será capaz de construir um laço com seu irmão, mas o amor que Deus,

⁹²² Cf. SÁ, F., 2008, p. 29.

⁹²³ Exemplos de fraternidade na Bíblia: Livros Bíblicos: do Gênesis, cap. 4, v. 2 e 9; cap. 13, v. 8; do Salmos, cap. 19, v. 13; do Deuteronômio, cap. 25, v. 3; cap. 1, v. 16; cap. 2, v. 4; do Mateus, cap. 5, vv. 43-48; do Lucas, cap. 10, v. 29; do Êxodo, cap. 2, vv. 11-22; cap. 6, cap. vv. 14-27; cap. 18, vv. 13-27; dos Números no cap. 7, vv. 10-89; do Atos dos Apóstolos, cap. 2, vv. 44-47; cap. 4, v. 32; cap. 11, vv. 27-30; dos Romanos cap. 15, v. 27. Cf. BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Tradução de Padre Antônio Pereira de Figueredo. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 2000. Edição Ecumênica.

⁹²⁴ Cf. SÁ, F. de A., 2008, p. 30.

⁹²⁵ Novo Testamento. Livro de Mateus, Cap. 22, ver. 39. Cf. Bíblia de Jerusalém, 2002, p. 1744.

⁹²⁶ Novo Testamento. Livro de João, Cap. 13, ver. 34. Cf. Bíblia de Jerusalém, 2002, p. 1879.

em Cristo, derrama sobre ele, ensinando-o a amar do modo correto e, conseqüentemente, a amar os outros”⁹²⁷.

O conceito cristão de Fraternidade, reflete-se na incondicional e irrestrita gratuidade do “amor de Deus”, o qual, logo na ação fecunda, não se sente aliciado pela bondade inerente da criatura, diferente da amizade aristotélica, que se origina no valor do outro, seja quanto às virtudes, ao prazer ou mesmo às utilidades⁹²⁸. Para exemplificar esse “amor fraterno”, como “puro dom”, a parábola do bom samaritano, localizada em Lucas, 10, 36-37⁹²⁹ clarifica o entendimento: “Qual dos três em tua opinião, foi o próximo do homem que caiu nas mãos dos assaltantes?” Questionou Jesus ao doutor da lei. Este replicou: “Aquele que usou de misericórdia para com ele”. Elucida SAVAGNONE que “Próximo a gente não é, mas se torna, a partir do próprio dom de si. E a desigualdade, a pobreza, a necessidade constituem a mola propulsora desse movimento de aproximação⁹³⁰”.

É importante consignar que a tradição cristã fez da Fraternidade o alicerce basilar de uma nova expressão das relações humanas e sociais, em que deveriam ser respeitadas todas as diferenças naturais, históricas e culturais dos seres humanos, pois:

Enquanto efusão do amor de Deus⁹³¹, o *ágape* fraterno não conhece barreiras, une os desiguais e dá-se mesmo onde não encontra reciprocidade, o

⁹²⁷ Cf. SAVAGNONE, Giuseppe. Fraternidade e comunicação, com especial referência à comunicação jornalística. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O princípio esquecido/2**: exigências, recursos e definições da fraternidade na política. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 205.

⁹²⁸ Cf. SAVAGNONE, G., 2009, p. 201.

⁹²⁹ Novo Testamento. Livro de Lucas, Cap. 10, ver. 36-37. Cf. Bíblia de Jerusalém, 2002, p. 1808.

⁹³⁰ SAVAGNONE diz ainda que “O amor ao próximo, em Israel, não era desconhecido, mas abraçava fundamentalmente os membros do próprio povo” Cf. SAVAGNONE, G., 2009, p. 201.

⁹³¹ Na base do conceito de “amor fraterno”, encontra-se na Primeira Epístola de São João 4, 8: “Aquele que não ama não conhece a Deus, porque Deus é amor”. Cf. Novo Testamento. Livro de 1 João, Cap. 4, vers. 8. Bíblia de Jerusalém, 2002, p. 2131. “Deus é amor”, entendida esta expressão como “[...] puro dom que procede de quem tem o bem para aquele que não o tem”. Cf. SAVAGNONE, G., 2009, p. 199-200.

que não ocorria com a amizade. A consequência disso é que não há mais estrangeiros: todos se tornaram “concidadãos”. E num mundo onde a cidadania era fonte de inumeráveis privilégios, dos quais os não-cidadãos eram rigorosamente excluídos, isso significava algo muito relevante no âmbito público⁹³².

A interpretação universal desse amor fraterno apresentou reflexos na esfera pública, relativizando, por exemplo, a definição de estrangeiro e ultrapassando todas as contraposições de origem, de nacionalidade, de gênero e de caráter social. Mesmo o crescimento da questão da globalização incluiu em sua linha de entendimento muitas das procedências destas representações: “[...] os seres humanos são todos irmãos, para além dos diversos liames geográficos, políticos e culturais”. Todavia, continua SAVAGNONE em sua exposição, que essa universalidade não pode ser confundida com uma igualdade que anula e não respeita as diferenças entre as pessoas, eis que cada pessoa é única e haverá de apreciar um ambiente comum de recíproco reconhecimento⁹³³.

Na Idade Média a percepção cristã do termo Fraternidade não se restringia à questão espiritual. Por exemplo, existiam as chamadas “confrarias”, cujos sentidos da palavra e dos signos religiosos confundiam-se com uma estirpe profana. As “confrarias”, neste período denominavam-se *Phratría*⁹³⁴ referindo-se a união de negociantes de várias cidades que se agregavam em comunidades, o que delineou o conceito de confraternização (confrarias - irmandades). Nessa perspectiva, SÁ assevera que a confraternização medieval, sob o ponto de vista histórico-conceitual, implica em dois marcos distintos:

1. São constatados vínculos fraternos de toda espécie, tanto espirituais como terrenos, que

⁹³² Cf. SAVAGNONE, G., 2009, p. 203

⁹³³ Idem, ibidem, p. 204-205. Este assunto será melhor trabalhado nos próximos capítulos.

⁹³⁴ *Phratría*: termo de origem grega, que significa “[...] 1. um agrupamento de clãs ou outras unidades sociais dentro de uma tribo. 2. (na Grécia antiga) um grupo social, baseada no parentesco real ou fictício, com as leis corporativas e um conjunto de divindades tutelares.” Cf. College Dictionary da Random House Kernerman Webster, 2010.

tendem a ser fixados institucionalmente. A consciência do sentimento fraterno foi articulada socialmente e encontrou sua expressão disseminada em diferentes formações sociais. A associação fraterna, na medida em que ultrapassa o vínculo de irmãos consangüíneos, sempre envolve, no mundo medieval, a união organizada para o exercício do sentimento fraterno, seja para fins religiosos, seja para fins terrenos; 2. As confrarias articuladas socialmente resultaram de um evidente e dominante componente cristão⁹³⁵.

O começo do Feudalismo, na Idade Média, foi marcado pela perseguição e pelo impedimento da livre circulação dos membros destas associações, fato que forçou seus integrantes a se refugiarem em igrejas e abadias. Com o crescimento da especialização das profissões, em paralelo a essas confrarias, apareceram as associações laicas que, afora as preocupações profissionais, se destinavam à prática da caridade e da solidariedade⁹³⁶.

É importante mencionar que a especialização profissional demandava o conhecimento de artes e métodos específicos, os quais eram guardadas sob segredo e juramento, com o intuito de proteger e resguardar a associação (confraria), bem como a fim de consolidar uma reserva de mercado do mentor (mestre)⁹³⁷. A existência do segredo e a livre agregação nas confrarias, amedrontava instituições como a Igreja e o Estado, pois um de seus objetivos era o de manter sob seu domínio a consciência da população e do poder político como um todo. Essa postura,

⁹³⁵ Cf. SÁ, F., 2008, p. 32.

⁹³⁶ Idem, ibidem, p. 33.

⁹³⁷ Observa-se que naquele período, a especialização do trabalho já era considerada um bem capital, cujos conhecimentos práticos e científicos (matemáticos, químicos, geológicos) somente eram transmitidos com reservas e mediante características peculiares e misteriosas para evitar fossem apropriadas facilmente. Como exemplos citam-se as técnicas dos ofícios de extração de minério, fundição, solda, fabricação de ferramentas e instrumentos de medição. Cf. ALVES, Jairo de Lima. **O ciclo do tempo**. In: O Livro do Pucci – A/0794 – (Parte XVII). Recanto do Escritor. Disponível em: http://jairodelimaalves.blogspot.com.br/2010_04_01_archive.html. Acesso em 14 Mar. 2017.

colocou as associações sob desconfiança, surgindo daí proibição explícita ao seu funcionamento, bem como perseguições a seus membros, como por exemplo: o aniquilamento dos Templários, por Felipe (O Belo), com a cumplicidade do Papa Clemente V; a condenação das Confrarias pela Igreja Católica no Concílio⁹³⁸ de Avignon⁹³⁹, em 1326; a interdição, pelo Parlamento Inglês, das associações de pedreiros em 1360, e consecutivamente, até mesmo as oposições à Maçonaria cometidas pelos regimes nazista, fascista e comunista, anos mais tarde⁹⁴⁰.

Aliás, com relação à Maçonaria, impede ressaltar que no ano de 1723, a Fraternidade esteve no cerne das Constituições de Anderson⁹⁴¹, considerada a Carta Magna dos maçons⁹⁴², as quais foram elaboradas no contexto histórico da “idade das luzes”, em que se buscava a razão das

⁹³⁸ Concílio significa “1 ECLES reunião de dignatários eclesiásticos, esp. Bispos, presidida ou sancionada pelo papa, para deliberar sobre questões de fé, costumes, doutrina ou disciplina eclesiástica [...] **c. ecumênico** assembleia magna que reúne todo o episcopado universal; concílio geral [...]”. Cf. Dicionário HOUAISS da língua portuguesa, 2009, p. 512.

⁹³⁹ Em 18 de abril de 1326 - O Concílio de Avignon em seu Cânon XXXVII condena as Corporações de construtores. Elas já haviam sido condenadas pela Igreja em 1189 no Concílio de Troyes e foram novamente indiciadas por seus “segredos iniciáticos”. Cf. ASLAN, Nicola. **História geral da Maçonaria: fastos da maçonaria brasileira**. Londrina/PR: A trolha, 1997, p. 123.

⁹⁴⁰ Cf. ALVES, J., 2010.

⁹⁴¹ “A Constituição de Anderson consiste nos preceitos relacionados em uma Constituição que regula os Francos-Maçons desde 1723, sendo considerada a obra prima e a base legal da Maçonaria. Em termos históricos, a Maçonaria inglesa originou-se por um francês (Jean Théophile Desaguliers) e um escocês (James Anderson) no ano de 1717. E, quanto a questão intelectual, coube ao pastor escocês presbiteriano James Anderson e Jean Théophile Desaguliers (academia de ciências Royal Society, filósofo e naturalista francês, filho de pastor calvinista refugiado na Inglaterra). Em 1720, Jorge Payne, segundo Grão-Mestre, esboçou um regulamento solicitando a James Anderson para dar um acabamento ao documento e, quando Desaguliers foi o terceiro Grão-Mestre, a ideia da Constituição obteve força e novos contornos, sendo publicada em 1723 como a *Constituição dos Maçons Livres* ou a *Constituição de Anderson*”. Cf. GUIMARÃES, José Maurício. **Maçonaria Moderna e as Constituições de Anderson**. Disponível em:

<https://liberdadeeamorcassia.mvu.com.br/site/maconaria-moderna-e-as-constituicoes-de-anderson/1GnsuwQgoq4-3/nta.aspx>. Acesso em 19 Mar. 2017.

⁹⁴² Cf. SÁ, F., 2008, p. 34.

coisas, constituindo-se como algo que, após o obscurantismo medieval, influenciaria a ambiência cultural e intelectual dos seus idealizadores. A Fraternidade para a maçonaria é percebida como ajuda mútua, como filantropia, assim como uma forma de convivência entre os “irmãos” (maçons), juntamente com a bondade, a lealdade, a honra, a honestidade, a amizade, a tranquilidade, a obediência, etc., sentimentos que o maçom “se vê obrigado a praticar em todo e qualquer espaço em que se encontrar, ao ingressar na ordem”⁹⁴³.

Com feito, modernidade é a designação genérica que comumente se adota para caracterizar o período histórico, ou melhor, o processo social, marcado pela descensão das fundamentações que vigiam até o fim da era medieval, consideradas, até então, tradicionais. Por tradicionais deve-se entender as fundamentações em que os valores sociais e as normas jurídicas que as sedimentam, estavam baseados em prerrogativas e diferenças ofensivas à igualdade primária pela qual progressivamente é assentado o ideal de universalidade laica e racionalista. Contudo, a Modernidade não chegou num momento estanque, inobstante os livros demarquem seu início a partir da tomada de Constantinopla pelos Turcos Otomanos. Ela foi paulatinamente lançando luz sobre as trevas medievais, de forma que com o passar dos anos as explicações teleológicas que foram o signo mais claro do período histórico anterior foram sendo domadas a partir de inúmeras posturas científicas que surgiram daquele momento em diante.

Nesse sentido, passagem para a acepção moderna de Fraternidade, por um lado, teve seu sentido acolhido como um pensamento autônomo e, por outro, esgotou o seu significado até então aceito, que se consubstanciava nas ideias de cristianização e de confraria. De acordo com SAVAGNONE “Na Idade Moderna, o Iluminismo procurou acolher o conceito de Fraternidade secularizando-o. O passo fundamental foi a eliminação da figura do Pai e a sua substituição por outra, bem mais neutra, de um poderoso Arquitecto”⁹⁴⁴. Com a troca da representação do Pai do cristianismo, houve o aparecimento de falaciosas divindades, às quais muitas pessoas passaram a adorar, assumindo um papel de verdadeiros servos, o que desembocou nas ideologias totalitárias que, a partir da Revolução Francesa, seduziram e envolveram o homem

⁹⁴³ SÁ, F., 2008, p. 34-35.

⁹⁴⁴ Cf. SAVAGNONE, G., 2009, p. 205.

moderno⁹⁴⁵. Dessa forma, a noção de Fraternidade construída pelos filósofos gregos e pela cultura medieval não sobreviveu ao pensamento iluminista, de maneira que a ideia de que o homem consiste em um animal político que carece de uma identificação cívica para seu aprimoramento ou o arquétipo das confrarias espirituais, foram renunciadas pela tradição liberal⁹⁴⁶.

A Fraternidade continuou a viver, porém, com uma carência de significados. Ela permaneceu como uma utopia protegida e difundida pelas Igrejas e pelas confrarias, completamente distante da atuação política, ao oposto do que se verifica no período em que foi aposta ao lado dos princípios da liberdade e da igualdade. TOSI assevera que desse ponto de vista, “seria ilusório pensar em conseguirmos nos livrar definitivamente da influência do pensamento cristão, de seus valores, de suas coordenadas conceituais. Embora secularizado, o cristianismo continua sendo o paradigma fundante do espírito do Ocidente”⁹⁴⁷.

Com o advento da Contemporaneidade, demarcada historicamente a partir do ano de 1789, quando iniciou-se a Revolução Francesa, o poder político ocidental foi completamente redefinido, o que gerou a ascensão da burguesia, o desenvolvimento do pensamento capitalista como forma de organização econômica, além da formação dos Estados Nacionais e dos nacionalismos que iriam estar na origem de diversas disputas territoriais na Europa e nas áreas coloniais⁹⁴⁸. No campo específico do

⁹⁴⁵ Cf. SAVAGNONE, G., 2009, p. 206.

⁹⁴⁶ Cf. SÁ, F., 2008, p. 35.

⁹⁴⁷ Cf. TOSI, Giuseppe. **A fraternidade é uma categoria política?** In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). *O princípio esquecido/2: exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 44.

⁹⁴⁸ “A divisão esquemática dos períodos da história entre Antiga, Medieval, Moderna e Contemporânea foi traçada por historiadores do início do século XIX logo após o processo revolucionário que se desencadeou na França. Desse modo, a expressão “Idade Contemporânea”, como sendo o último estágio do processo histórico vivido até então, referia-se aos acontecimentos que eram contemporâneos a esses historiadores do século XIX. Desde então, tornou-se corriqueiro adotar essa divisão. Assim como a Idade Moderna, simbolicamente, teve início com a conquista de Constantinopla pelos turcos-otomanos em 1453, a Idade Contemporânea teve seu marco inicial simbólico com a irrupção da Revolução Francesa em 1789, inobstante antes dessa data já se fosse possível identificar traços do pensamento político, social e cultural que caracterizou esse momento histórico, a exemplo da corrente de pensamento Iluminista. Também é

Direito, o sistema republicano baseado na divisão dos poderes e o surgimento do Constitucionalismo podem ser mencionados como legado dessa passagem da história.

A França do século XVIII era estratificada e o rei governada com poderes absolutos. Os ideais iluministas deram margens à conclamação de grande insatisfação popular, gerando um clima de antagonismo com o Antigo Regime e também um desejo de mudar a forma como o Estado era administrado. A insatisfação popular junto com as manifestações públicas foram a mola propulsora da Revolução. Os privilégios concedidos à nobreza, ao clero e ao soberano, colocaram a França num colapso financeiro e isso somado à insatisfação popular que já se fazia presente em Paris, levou o povo às ruas sob a bandeira da “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, cujo resultado mais importante segundo OLIVEIRA foi a queda da Bastilha, uma prisão que significava a autoridade da monarquia e onde os revolucionários acreditavam que iriam encontrar armas⁹⁴⁹.

HOBSBAWM afirma que após esse fato, a estrutura social do feudalismo rural francês e o próprio Estado absolutista ruíram em pedaços⁹⁵⁰. E acrescenta:

[...] pode não ter sido um fenômeno isolado, mas foi muito mais fundamental do que outros fenômenos contemporâneos, e suas consequências foram, portanto, mais profundas. Em primeiro lugar, ela se deu no mais populoso e poderoso Estado da Europa (não considerando a Rússia). Em 1789, cerca de um em cada cinco europeus era francês. Em segundo lugar, ela foi, diferentemente de todas as revoluções que a precederam e a seguiram, uma revolução social de massa, e incomensuravelmente mais radical do que qualquer levante comparável. [...] Em terceiro lugar, entre todas as revoluções [...] foi a única ecumênica.

importante frisar que a Revolução Americana, ocorrida entre os anos de 1776 e 1783 já vindicava alguns aspectos típicos da idade Contemporânea, todavia, devido à importância universal atribuída à Revolução Francesa, é a partir desta que os historiadores demarcam simbolicamente o fim da Idade Moderna”. MANACORDA, M. A. **História da Educação**: da antiguidade aos novos dias.

10. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 22.

⁹⁴⁹ Cf. OLIVEIRA, O., 2011, p. 87.

⁹⁵⁰ Cf. HOBSBAWM, E., 1996, p. 25.

Seus exércitos partiram para revolucionar o mundo; suas ideias de fato o revolucionaram⁹⁵¹.

Apesar de a Revolução ter como lema a tríade acima mencionada, os princípios-deveres da igualdade e da liberdade tiveram seus respectivos desenvolvimentos, transformando-se, ambos, em categorias políticas propriamente ditas, ingressando como princípios nas Constituições de um sem número de Estados Nacionais. A Fraternidade, ao seu turno, não teve a mesma sorte.

BAGGIO esclarece que a tríade revolucionária não deve ser entendida como um dado ou como um fato de 1789, pois sua natureza é muito mais complexa. Para o autor, o lema da Revolução conviveu com outros e só esteve no centro das atenções durante pouco tempo. A dupla liberdade-igualdade, caracterizou a primeira Revolução, datada de 1789; a segunda, a de 1848, projetou retroativamente para 1789 uma importância histórica que a tríade não teve, adotando-a para se apresentar como continuação e cumprimento de 1789⁹⁵². A criação histórica do lema da Revolução Francesa deve ser feita a partir dessa leitura dinâmica.

Com efeito, o início da Revolução tinha como centro somente a liberdade. Após o evento de 1789 a liberdade foi aos poucos sendo implantada, todavia, de fato, enquanto durou a monarquia, os franceses não se sentiam iguais, pois até o golpe de Estado de 10 de agosto de 1792, que destronou Luis XVI, estava vigente um regime censitário que conferia o direito ao voto somente a uma metade da população, relegando a outra parte à condição de subcidadãos⁹⁵³. A disposição dos três princípios como síntese do que clamavam os revolucionários foi obtida a partir da análise das bandeiras criadas pelos distritos franceses, dentre as quais apenas uma fazia referência à fraternidade; nenhuma, ao seu turno, mencionava a igualdade, ao passo que frequentemente a liberdade estava

⁹⁵¹ Cf. HOBBSAWM, Eric. **A era das Revoluções: 1789 - 1848**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 72.

⁹⁵² Cf. BAGGIO, Antônio Maria (Org). **Fraternidade e reflexão politológica contemporânea**. In: O Princípio esquecido. Trad. Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria Almeida. Vargem Grande Paulista, São Paulo: Cidade Nova, 2008, Vol. 2, p. 10.

⁹⁵³ Cf. BAGGIO, 2008, Vol. 1, p. 25.

presente nas referidas bandeiras⁹⁵⁴. Oficialmente, apenas em 1790 é que foi encontrada uma menção à Fraternidade, na fórmula de juramento dos deputados eleitos naquele ano: “permanecerão unidos a todos os franceses pelos laços indissolúveis da Fraternidade”⁹⁵⁵.

BAGGIO registra que somente em 1792 é que a igualdade foi formalmente posta ao lado da liberdade, inclusive tendo tais palavras sido impressas nas moedas nacionais, o que, segundo o autor, fez parecer que essa junção expressaria, ela sozinha, a essência da França revolucionária. O termo Fraternidade já circulava em 1790, muito embora os significados e conteúdos a ele emprestados variassem. Predominava, contudo, a ideia de uma Fraternidade como forma de união de todos os franceses, num sentido patriótico, o que lhe relegava certa ambiguidade, uma vez que os conflitos sanguíneos eram uma herança da luta de classes que compunha o palco daquele momento histórico⁹⁵⁶.

O aparecimento da Fraternidade ao lado da igualdade e da liberdade somente ocorreu por ocasião da Festa da Federação, em 14 de julho de 1790, momento em que os soldados-cidadãos se abraçavam prometendo liberdade, igualdade e fraternidade. Durante os preparativos da festa, homens e mulheres prestavam colaboração espontânea aos organizadores, aos quais se juntaram os jovens e veteranos mutilados, numa demonstração de cumplicidade que deixava claro o papel relevante que a fraternidade assumiu no desenrolar dos ritos da festa. BAGGIO complementa explicando que a noção de cidadania, que antes era baseada apenas na liberdade e na igualdade, passa a ter um novo fundamento, o qual se revelava como um vínculo extensivo a todos os cidadãos franceses que se reuniam em irmandade após a fragmentação da França feudal⁹⁵⁷:

[...] Uma nova França é descoberta pelos franceses, os quais, pela primeira vez, a percorrem como um território unitário. A fraternidade permite que se encontrem numa dimensão horizontal de relações, deixando entre parênteses a estrutura vertical na qual ainda vivem. A fraternidade é tal que não nega a paternidade ainda reconhecida do rei, mas, pela

⁹⁵⁴ Idem, *ibidem*, p. 26.

⁹⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 26.

⁹⁵⁶ Cf. BAGGIO, 2008, p. 26.

⁹⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 28.

primeira vez, ela é vivida não no sentido de subordinação, mas como abertura à infinitas possibilidades de convivência entre diferentes⁹⁵⁸.

Em 1790 os três princípios já caminhavam juntos, no entanto, como parte de uma trilogia somente se reuniram por ocasião do discurso sobre a organização das Guardas Nacionais, em 5 de dezembro daquele ano, quando Robespierre apresentou um projeto de decreto que no artigo 16 descrevia o emblema da formação militar que anunciava que “Eles carregarão no peito estas palavras bordadas: O povo francês, e acima: Liberdade, Igualdade, Fraternidade”⁹⁵⁹.

A Fraternidade neste período (1790-1791) “*sustentou o avanço do processo de democratização*”, alerta BAGGIO, provendo o alicerce para a aceção de povo, assim como para suplantar as categorias censitárias⁹⁶⁰ que ainda eram comuns na França pós tomada da Bastilha. Desse modo apresentou, nesse momento, o valor especial que as sociedades encerraram no período revolucionário:

A idéia da fraternidade desempenhava ali um papel destacado, porque graças a ela juntavam-se setores sociais que, antes, viviam separados, e desenvolveu-se a idéia do sufrágio universal, que pressupõe o conceito de povo. A fraternidade, nesse caso, permite a formulação da *própria idéia de povo*, realidade mais ampla e múltipla do que a de nação⁹⁶¹.

Saliente-se que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, assim como a Declaração de Independência das treze colônias americanas de 1776 só concedeu status de princípio à liberdade e à igualdade, de forma que a Fraternidade somente foi mencionada, pela primeira vez na Constituição francesa de 1791, como uma espécie de virtude cívica. A decretação oficial da tríade somente ocorreu com a Constituição de 1848.

⁹⁵⁸ BAGGIO, 2008, p. 28.

⁹⁵⁹ Idem, *ibidem*, p. 28.

⁹⁶⁰ Cf. BAGGIO, A., 2008, p. 32.

⁹⁶¹ Cf. BAGGIO, A., 2008, p. 31, grifos do autor.

Ocorre que esse novo mundo que foi anunciado pela tríade logo em seguida decaiu, em razão do desaparecimento quase que repentino da Fraternidade da cena pública. Permanecem em primeiro lugar a liberdade e a igualdade, que de alguma forma se tornaram visões de dois mundos e de dois sistemas econômicos e políticos que protagonizaram uma disputa de poder nos séculos subsequentes. Liberdade e Igualdade passaram por um processo evolutivo que as levou a se tornarem categorias de caráter político, que se manifestaram ora como princípios constitucionais, ora como ideias base de vários movimentos políticos; à Fraternidade não se entregou a mesma sorte, e o pensamento democrático se manteve em silêncio a seu respeito⁹⁶².

As causas do preterimento da Fraternidade, segundo BAGGIO, podem assim ser resumidas: o excesso de ambição humana inserida na etimologia da palavra; as raízes cristãs apostas em seu conceito; a ambiguidade do seu conteúdo, que muitas vezes ligava a ideia de fraternidade à de solidariedade, que também possuía um viés religioso; e, por fim, as dificuldades do próprio uso da terminologia “irmão” no contexto da democracia francesa pós-revolução⁹⁶³.

Importante analisar com cautela as razões apresentadas pelo autor como causas de preterição da Fraternidade. O excesso de ambição humana deve ser entendido como o excesso de ganância da humanidade, pois foi justamente os perigos e os riscos derivados do individualismo pós-revolução, ao tornar instáveis as relações sociais, que fomentaram uma crescente onda de egoísmo, de violência, de intolerância e discriminação, sentimentos que não se coadunam com quaisquer das acepções que se aponha à Fraternidade.

De se notar que ROUSSEAU em sua obra “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens” apresentou uma severa crítica ao uso da expressão “fraternidade”, pois segundo ele, ela diminuía a coesão cívica, devendo então ser utilizada apenas quando se referisse às relações entre os cidadãos franceses, o que poderia contribuir para reforçar a união interna dentro do país⁹⁶⁴. Tanto é assim que a ideia de Fraternidade apresentada com a Revolução Francesa de

⁹⁶² Cf. BAGGIO, 2008, p. 9.

⁹⁶³ Idem, ibidem, p. 11-13.

⁹⁶⁴ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Editora Ridendo Castigat Moraes. Disponível em: <http://www.ebookbrasil.org>.

1789 não foi a mesma ideia retratada em 1791 quando da Revolução do Haiti, o que demonstra que esse princípio não foi vivido da mesma forma por todos. BAGGIO esclarece que a França não havia reconhecido aos negros o direito de aplicar em solo haitiano os princípios da trilogia revolucionária, seja por questões de ordem econômica, seja por razões de ordem cultural; aquela, em razão do auxílio econômico prestado à Colônia, esta pelo fato de que o povo francês do século XVIII acreditava na inferioridade natural dos povos originariamente oriundos da África. É por isso que esse autor consigna que deve-se considerar a Revolução Haitiana a outra face da Revolução Francesa⁹⁶⁵.

Ainda sobre essa causa de preterição, e divergindo da concepção acima apresentada, RESTA introduz a ideia de Fraternidade afastando-a de uma acepção egoísta, ancorando-a como algo que promoveu o pacto entre indivíduos concretos e diferentes entre si. Assegura que inicialmente, ela representava uma espécie de solidariedade entre as nações, pois pressupunha uma comunidade política fundada em princípios nacionais que confirmavam o sentimento de pertencimento. Desse modo, a Fraternidade deslocava a ênfase da singular linha da amizade da política para um repartimento de um sentimento de proximidade, o que alargou o significado da ideia de proximidade, abrindo seus limites de interpretação tanto temporal como espacialmente⁹⁶⁶.

Passando à preterição do princípio da fraternidade em razão de suas raízes eminentemente cristãs, é importante logo mencionar que foi o próprio cristianismo quem incluiu no circuito cultural europeu a ideia encampada pela trilogia, contudo, como afirma BAGGIO, a operação seguinte, por parte dos Iluministas, foi a de arrancar os princípios da tríade do âmbito do Cristianismo, fundamentando-os, em primeiro lugar, na cultura pagã pré-cristã. Ao desenvolver-se, por parte dos Iluministas, uma batalha intensa contra a Igreja e sua autoridade, o Princípio da Fraternidade resultou muito mais prejudicado do que os demais, tendo em vista suas raízes claramente cristãs⁹⁶⁷.

Isso se deu porque o rompimento do Estado com a Igreja e também com o Cristianismo era parte dos objetivos da revolução, “não porque a

⁹⁶⁵ Cf. BAGGIO, A., 2008, p. 41.

⁹⁶⁶ Cf. RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 10 e ss.

⁹⁶⁷ Cf. BAGGIO, A., 2008, p. 39.

Igreja não podia tomar um lugar na nova sociedade que ia se fundar; mas porque ocupava até então o lugar mais privilegiado na velha sociedade⁹⁶⁸. Nesse sentido, a analogia que se fazia entre a fraternidade e os ensinamentos cristãos não era bem vista pelos Iluministas, sobremaneira em razão do choque que tais ideias representavam em relação à política de rompimento com o antigo regime. HOBBSAWN, tratando desse rompimento, afirma que a Revolução Francesa pode ser considerada, entre todas as revoluções contemporâneas, como sendo a única ecumênica, de maneira que, a fim de acabar com as estruturas feudais que se faziam presentes na França de 1792, com o fito de estruturar a nova república, a Assembleia Constituinte tomou medidas que suprimiram o dízimo e confiscaram os bens do clero, com vistas a saldar o déficit nacional⁹⁶⁹.

A ambiguidade extraída dos significados da palavra fraternidade, assim como o fato de ela ter sido associada à solidariedade, também foi uma das causas levantadas por BAGGIO para o preterimento do princípio revolucionário. Sugere o autor que a solidariedade dá uma aplicação parcial aos conteúdos da fraternidade, no entanto, para ele, esta teria um significado específico que não pode ser reduzido a todos os outros significados, ainda que bons e positivos, pelos quais se procura dar-lhes uma aplicação:

[...] Por exemplo, a solidariedade tem sido muitas vezes realizada – permite que se faça o bem aos outros embora mantendo uma posição de força, uma relação vertical que vai do forte ao fraco. A fraternidade, porém, pressupõe um relacionamento horizontal, a divisão dos bens e dos poderes, tanto que cada vez mais se está elaborando – na teoria e na prática – a ideia de uma solidariedade horizontal, em referência à ajuda recíproca entre sujeitos diferentes, seja pertencentes ao âmbito social, seja do mesmo nível institucional⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a Revolução**. Trad. Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 56.

⁹⁶⁹ Cf. HOBBSAWM, E., 1996, p. 32.

⁹⁷⁰ BAGGIO, A., 2008, p. 22.

PIZZOLATO, ao descrever a Fraternidade no âmago do ordenamento jurídico italiano, registra que não se deve confundi-la com a solidariedade. Ao explicar a caracterização da fraternidade como o relacionamento horizontal entre sujeitos iguais, assevera o autor que é possível considera-la como uma forma intensa de solidariedade que une pessoas, as quais se identificam tendo por base um sentimento profundo de irmandade. Para ele, então, a Fraternidade tratar-se-ia de uma solidariedade que se realiza entre iguais, ou seja, entre elementos que se podem ser aferidos num mesmo plano, sendo contraditório nela falar quando se está diante de relações que brotam do paternalismo de quem está numa posição de supremacia, como é o caso da ideia de solidariedade⁹⁷¹.

A dificuldade do uso da terminologia “irmão” nas democracias modernas também é apontada como uma das causas para o esquecimento da Fraternidade. Importante frisar que a Revolução Francesa contestou o chamado antigo regime, caracterizado como sendo absolutista, colonialista e mercantilista, de maneira que a partir da Constituição de 1791 o Estado francês consignou a instituição de uma monarquia parlamentarista, a igualdade formal, o confisco de bens da Igreja Católica, dentre outras mudanças. TOCQUEVILLE explica que a formação político partidária da época restou configurada a partir da diferença de concepção encabeçada pelos Girondinos e pelos Jacobinos. Aqueles, ao contarem com o apoio da realeza francesa, representavam a alta burguesia; estes, ao seu turno, representavam a média e a pequena burguesia, além dos camponeses⁹⁷². Essa divisão, tanto na primeira quanto na segunda revolução, criou um cenário de guerra e de luta pelo poder que transformou a recém conquistada democracia num regime ditatorial, dentro do qual todos que eram considerados traidores do regime estavam fadados a padecerem na guilhotina. Essa época, segundo HOBBSWAM foi denominada a “Era do Terror”⁹⁷³.

Esse cenário, nas palavras de BAGGIO, fez surgir associações e clubes que propunham uma orientação política para a Fraternidade, a qual

⁹⁷¹ Cf. PIZZOLATO, Filippo. **A Fraternidade no Ordenamento Jurídico Italiano**. In: BAGGIO, Antonio Maria. O princípio esquecido. Trad. Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria Almeida. Vargem Grande Paulista, São Paulo: Cidade Nova, 2008, Vol. 1, p. 113.

⁹⁷² Cf. TOCQUEVILLE, A., 1997, p. 61 e ss.

⁹⁷³ Cf. HOBBSWAM, E., 1996, p. 31 e ss.

não mais estava limitada à ideia de formação do povo francês, passando a orientar um trabalho constante de vigilância e de denúncia contra funcionários públicos, fazendo com que a imposição da Fraternidade se baseasse na ideia de “seja meu irmão ou morra”⁹⁷⁴. Nota-se, pois, que muito embora a Fraternidade tenha contribuído para o processo democrático da França revolucionária, assim como para o surgimento de uma nova forma de configuração social, na prática o que se observava era a proliferação de comportamentos que em muito se distanciavam do ideal pregado pela ideia basilar de irmandade.

Ao tratar desse tema, TOCQUEVILLE registra que muito embora tenha a Fraternidade sido apresentada como uma força de união do povo francês, as noções sobre ela que foram geradas no âmago da revolução, aliadas aos ideais liberais clássicos que ganhavam força naquela época, distanciavam-se da compreensão inicial desse princípio. O autor aduz, a título de exemplo, que no liberalismo clássico, a liberdade era vivida somente por aqueles que possuíam condições de produzir e de consumir, vale dizer, por homens que estavam no topo da cadeia produtiva, o que não permitia que a Fraternidade tivesse espaço⁹⁷⁵.

Anteriormente demonstrou-se, de forma resumida, as causas que podem ter levado os Estados nacionais modernos a abandonarem a fraternidade enquanto princípio político. No entanto, a partir do século XX, observou-se um interesse específico de estudiosos das Ciências Políticas no sentido de verificar a possibilidade de um resgate da fraternidade, como forma de reestabelecer uma ligação mais concreta entre a liberdade e a igualdade e os anseios contemporâneos inaugurados com o advento da pós-modernidade ocidental.

A Modernidade, como assentado anteriormente, tem seu marco filosófico baseado na ideia de razão, o que fez com que muitas proposições que antes tinham espaço durante a Idade Média fossem deixadas de lado em prol, por exemplo, do pensamento positivista que ganhava contornos. Inobstante tenha a modernidade estabelecido um novo lugar no que toca às relações sociais, ela não foi capaz de fornecer respostas plenamente satisfatórias que pudessem resultar num relacionamento harmônico e também inclusivo entre os seres humanos. A Ciência ganhou status de verdade absoluta, o que fez com que esse pensamento repercutisse na ética, na moral, na religião, na política, no

⁹⁷⁴ BAGGIO, A., 2008, p. 31.

⁹⁷⁵ Cf. TOCQUEVILLE, A., 1997, p. 63.

Direito e em outras áreas, todavia, para que isso ocorresse a modernidade relegou todo o conhecimento que não se caracterizava como científico⁹⁷⁶.

BAGGIO, ao tratar dos motivos que ensejam o resgate da fraternidade nos tempos pós-modernos, enumera como primeiro, a necessidade de reunir novamente a trilogia, com vistas a conferir fundamento à políticas dos Direitos Humanos que tiveram início no século XX, sobremaneira após o segundo conflito mundial⁹⁷⁷. A formação histórica que carrega o lema da Revolução entregou à fraternidade o papel de oportunizar a criação de um novo modelo de Estado, assim como de um novo ser humano e de novos direitos, o que foi fruto do esforço pedagógico dos revolucionários, ao assumirem deliberadamente a missão de dar formação coletiva, de identificar o “espírito público” ou a “consciência política” que fosse capaz de criar a unidade dos cidadãos, a partir de então livres individualmente e, portanto, separados⁹⁷⁸.

Com efeito, tais afirmações servem como fundamento para um traslado da fraternidade para os dias atuais, na medida em que a política de Direitos Humanos necessita de um pesar que ultrapasse as barreiras dogmáticas estabelecidas pelo individualismo, mitigando o preconceito e as visões reducionistas em relação às diferenças. Nesse sentido, a reunião da trilogia nos tempos atuais se mostra necessária porque a igualdade e a liberdade, unicamente consideradas, fracassaram ou mesmo ficaram incompletas em seus intentos modernos. Basta lembrar que nas sociedades, mesmo aquelas mais industrializadas, onde a produção de bens é maior em relação à necessidade da população, o que levaria a pensar que nestas sociedades a liberdade e a igualdade foram implementadas, existem ainda grandes faixas de pobreza, o que só confirma que essa forma de fazer democracia é justamente a forma que produz desigualdade, pois, de acordo com TOURAINE, a democracia liberal “reduz o mais possível as intervenções do poder político e favorece a regulação social pela negociação direta e pelo mercado”⁹⁷⁹. As

⁹⁷⁶ Cf. MORIN, Edgar. **O método 6 – Ética**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 75-76.

⁹⁷⁷ Cf. BAGGIO, A., 2008, p. 11-12.

⁹⁷⁸ Cf. BAGGIO, Antônio Maria (Org). **A ideia de fraternidade em duas Revoluções**: Paris 1789 e Haiti 1791. In: O Princípio esquecido. Trad. Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria Almeida. Vargem Grande Paulista, São Paulo: Cidade Nova, 2008, Vol. 1, p. 33.

⁹⁷⁹ TOURAINE, Alain. **Igualdade e diversidade**: o sujeito democrático. São Paulo: EDUSC, 1998, p. 25.

sociedades mais industrializadas, em verdade, são carecedoras de fraternidade, pois apesar de serem tidas por desenvolvidas, nelas ainda continua a existir uma subclasse composta pela população marginalizada, a qual o funcionamento fisiológico da economia de mercado não consegue recuperar. Para BAGGIO, é esse mecanismo que produz os marginais⁹⁸⁰.

A tríade, novamente junta, funcionaria como um feixe de princípios democráticos que poderiam levar ao que MORIN chama de democracia planetária. O papel desempenhado pela fraternidade nessa reorganização se daria não somente ao fato de que ela seria capaz de atravessar a viscosidade e a impermeabilidade da diferença nos tempos atuais, mas também porque ela, ao lado dos outros dois princípios, poderia ajudar na superação da inimizade, pois o problema-chave da realização da humanidade, sobretudo em relação às coletividades historicamente oprimidas, é ampliar o “nós”, de forma que um reconheça o outro como irmão⁹⁸¹.

A aproximação que se deve fazer com a fraternidade também tem fundamento no fato de que ela reafirma os conteúdos políticos e jurídicos abarcados pela igualdade e pela liberdade. De acordo com RAWLS a fraternidade é o elo que maximiza o conteúdo valorativo dos outros dois princípios, uma vez que ela está ligada à ideia de estima social, à superação das relações servis, ao senso cívico de pertencimento e também à solidariedade social. O autor, ao propor essa reaproximação entre os três princípios, entrega à fraternidade o papel de novo elemento fundamental do contratualismo pós-moderno, sistema que somente dará efetividade à ideia de Direitos Humanos se baseado na sistematização de uma percepção do outro como sendo parte de um todo do qual toda a coletividade faz parte⁹⁸².

BAGGIO, nessa mesma linha, aduz que é como se a trilogia francesa fosse comparada às pernas de uma mesa: “são necessárias todas as três para que ela se sustente”⁹⁸³. Nesta afirmação, com a qual se concorda, a fraternidade, então, se resgatada, poderia se tornar efetivamente uma espécie de terceira categoria, para completar e dar

⁹⁸⁰ Cf. BAGGIO, A., 2008, p. 34.

⁹⁸¹ Cf. MORIN, E., 2005, p. 167 e ss.

⁹⁸² Cf. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 101.

⁹⁸³ BAGGIO, 2008, p. 18.

novos ares aos fundamentos e às perspectivas das democracias, gerando um dinamismo de relações que criaria significados inexplorados.

Afirmar que a fraternidade tem o condão de reafirmar o sistema axiológico criado pela igualdade e pela liberdade é, nas palavras de SILVA, articular para que ela valide os sentimentos humanos, uma vez que o valor como ente ideal representaria o modelo mais completo capaz de ser realizado, de maneira que na relação entre valor, Direito e sociedade, é o ser humano quem convive diretamente com as experiências do dia-a-dia, sendo ele próprio quem elege os valores indissociáveis à sua dignidade, como faz crer a ideia de identidade de gênero apresentada nesse trabalho⁹⁸⁴.

BAGGIO ainda apresenta outro fundamento para o resgate da fraternidade nos tempos atuais: ela fomenta práticas jurídicas de caráter inclusivo. Para ele, esse fundamento surge da consideração de que a conservação das reais estruturas democráticas está baseada na ocupação e na participação de todos e todas nos espaços públicos, assim como na fruição digna dos direitos fundamentais, de modo que a inadequação entre a previsão e a concretização desses direitos pode ser relacionada diretamente à ausência de fraternidade⁹⁸⁵. ROPELATO, ao tratar da importância da fraternidade para o sistema democrático, registra que ela, a fraternidade, é “o coração inteligente da democracia”⁹⁸⁶.

Depreende-se, nessa linha de raciocínio, que a fraternidade pode ser a mola propulsora para a interrupção de processos de exclusão, ao colocar-se como princípio de construção social e de legitimação normativa, a partir do qual é possível conceber o outro como sendo merecedor da mesma dignidade do eu, uma vez que sua concepção relacional, nas palavras de ROPELATO, conduz ao reconhecimento dos semelhantes entre os múltiplos sujeitos, grupos sociais e culturais, do mesmo modo que a assimilação de uma relação de fraternidade como pertencimento recíproco implica colocar em prática relações de partilha e

⁹⁸⁴ Cf. SILVA, Moacyr Motta da. **A ideia de valor como fundamento do Direito e da Justiça**. In.: DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELLO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. *Política Jurídica e Pós-Modernidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 151-152.

⁹⁸⁵ Cf. BAGGIO, 2008, p. 19 e ss.

⁹⁸⁶ ROPELATO, Daniela. **Notas sobre Participação e Fraternidade**. In: *O Princípio esquecido*. Trad. Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria Almeida. Vargem Grande Paulista, São Paulo: Cidade Nova, 2008, Vol. 1, p. 110.

de responsabilidade⁹⁸⁷. BAGGIO, ao se referir a esse fundamento, complementa que a fraternidade é essencial para a conservação das estruturas democráticas, porque ninguém pode se conhecer totalmente por si mesmo; são os outros, nas palavras do autor, que sempre completam a visão que nós, enquanto indivíduos e como povos, temos de nós mesmos. São os outros que nos dizem, de diversas formas, quem realmente somos⁹⁸⁸.

O último fundamento eleito como base para o resgate da fraternidade é sua contribuição para a realização da dignidade da pessoa humana. BITAR explica que inobstante a modernidade tenha como um dos seus vários marcos a ideia de emancipação do indivíduo em relação ao Estado e a estruturação do pensamento capitalista-individualista, ambos impregnados pelo mito da liberdade e do progresso, a crise econômica-social-jurídica fruto da atualidade também pode ser creditada à mesma lógica. Para o autor, o momento atual nomeia um contexto histórico particular que se funda na base das reflexões críticas acerca do esgotamento dos paradigmas instituídos pela modernidade⁹⁸⁹.

A falta de consciência coletiva e a falência de paradigmas do Direito e da Justiça, em razão do cotidiano ser apreendido pela ótica mercantilista, fazem com que a época atual seja marcada por uma crise de Estado e por uma crise de Estado Social. O coletivo, apesar de ser conclamado como um direito, não possui autonomia jurídica como um bem, o que despersonaliza os sujeitos e suprime sua participação efetiva na sociedade. “Sonega-se ao coletivo a tutela específica do processo coletivo, relegando-o ao faz-de-conta de uma segurança jurídica ineficaz e inoperante”⁹⁹⁰.

Nesse sentido, o resgate da Fraternidade nos tempos atuais contribui para o projeto que ora se tenta pôr em prática, o qual implica em refletir sobre as mazelas da sociedade, no sentido de tentar superá-las, no caminho à efetiva entrega da parcela de dignidade a que todos e todas têm direito. Dessa forma, através da fraternidade será possível o

⁹⁸⁷ Idem, *ibidem*, p. 102.

⁹⁸⁸ Cf. BAGGIO, A., 2008, p. 34.

⁹⁸⁹ Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Revista Sequência, Florianópolis, vol. 29, n. 57. Dez/2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br>. Acesso em 12 dez. 2016.

⁹⁹⁰ PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 33.

reconhecimento e também a inclusão do outro como sujeito de direito, possibilitando-lhe participar de todos os espaços públicos e privados, uma vez que ela proporciona uma estruturação social e jurídica que se distancia do viés individualista e discriminatório tão comuns na atualidade.

Cria-se, com o resgate que se propõe, uma dinâmica entre todos os seres humanos, os quais acabam por desenvolver um vínculo de pertencimento, reconhecendo-se livres, iguais e com suas diferenças, comprometidos com a vida em sociedade, o que faz surgir responsabilidades para além da relação instituída entre o Estado e o indivíduo. Vê-se, pois, que os fundamentos apresentados evidenciam que a fraternidade não pode continuar no limbo da preterição, de maneira que retomá-la, enquanto o princípio jurídico e social pode engendrar uma nova ligação entre as ideias de liberdade e de igualdade no que toca à efetivação da dignidade humana como um bem palpável, sobremaneira quando se está a discutir temas tão delicados como os que são apresentados nesse trabalho.

4.2.2 O Princípio da Fraternidade e sua inserção como parte do catálogo normativo nacional.

A Fraternidade, por sua gênese, remonta a documentos ligados a religiões, em especial o Cristianismo, bem como à ideia de irmandade defendida por sociedades secretas, dentre outras acepções. Por conta dessa gênese é que LUBICH conceitua a fraternidade como uma categoria de pensamento que conjuga unidade e distinção, ambas consideradas como anseios da humanidade contemporânea⁹⁹¹. BAGGIO, ao seu turno, enquadra a fraternidade como um princípio esquecido, propondo um modo de vivê-lo baseado na harmonia e na coletividade fortemente influenciado pela teologia cristã no decorrer da história dos povos ocidentais. É por conta disso que o autor afirma que a linguagem fraterna está relacionada com uma vasta gama de nuances em Cristo, assim como a uma miríade de manifestações de caráter prático que parte de uma visão simples do ato de dar esmolas, passando pelo dever de hospitalidade, chegando a complexas obras de solidariedade social⁹⁹².

⁹⁹¹ Cf. LUBICH, Chiara. **Ideal e luz**. Pensamento, espiritualidade e mundo unido. São Paulo: Cidade Nova, 2003, p. 310.

⁹⁹² Cf. BAGGIO, A., 2008, p. 7 e ss.

Como se vê o tema fraternidade sempre foi enfrentado como um ideal cristão ou mesmo como uma categoria política, mas não como uma categoria jurídica, como está a ocorrer na contemporaneidade, ao contrário da liberdade e da igualdade. Talvez a resistência em emprestar normatividade a ela seja em razão dos mitos que se formaram a sua volta, tais como o de entendê-la como sendo algo que, ao desenvolver-se espontaneamente, não poderia nunca ser objeto de coação.

MACHADO assevera que analisar um assunto cujo entendimento geral o coloca como sendo algo meta jurídico, como soa ser a fraternidade enquanto categoria jurídica, importa estabelecer uma premissa sem a qual esse princípio não poderá ser alcançado. O autor aduz que essa premissa deve ser o reconhecimento da igualdade formal e material em relação a todos os seres humanos, vale dizer, o reconhecimento da mesma igualdade digna; essa dignidade, complementa, deve ser considerada numa perspectiva dinâmica e não estática, de modo a entender a pessoa segundo suas aspirações individuais e também coletivas, assim como segundo sua participação na comunidade, num contexto relacional.⁹⁹³ Nesse sentido, a construção da juridicidade do princípio da fraternidade deve levar em conta as transformações estruturais e conjunturais pelas quais os Estados nacionais têm passado, em especial o Brasil, cuja sociedade sempre esteve caracterizada por uma tradição de natureza secular individualista e autoritarista, tanto nas relações políticas quanto nas relações sociais.

BAGGIO explica que esse movimento de inserção da fraternidade no campo do Direito deve ser feito como forma de romper com a ideologia estritamente racional característica da modernidade. Deve-se, ao realizar esse caminho de inserção, ter em mente que os princípios jurídicos da liberdade e da igualdade não lograram o sucesso que deles se esperava, de maneira que inserir a fraternidade na Ciência do Direito, como uma categoria de status constitucional, traria como consequência a criação de uma carga axiológica que de pronto mitigaria a dogmática que tem como característica a propagação de verdades imutáveis, a qual exerce um controle aparentemente neutro sobre vários aspectos da vida em sociedade⁹⁹⁴.

⁹⁹³ Cf. MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídico-constitucional**. Disponível em: <http://portalciclo.com.br>. Acesso em 13. Dez. 2016.

⁹⁹⁴ Cf. BAGGIO, A., 2008, p. 9 e ss.

A fraternidade, enquanto ideal jurídico constitucional vem esculpida no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, cuja letra traça os caminhos percorridos pelo constituinte para a conformação final da lei fundadora da atual república brasileira, em fins do século XX. Apesar de parte da doutrina nacional conceber essa parte introital da Constituição como sendo um texto desprovido de normatividade, sem embargo desse tradicional reconhecimento e também do reconhecimento jurisprudencial que caminha nesse sentido, apresentando, assim, o preâmbulo desvestido de força cogente, o presente trabalho perfila-se à corrente da denominada tese da eficácia idêntica, a qual admite a igualdade entre o preâmbulo e demais normas constitucionais⁹⁹⁵. Diz-se isso porque, ao alocar a fraternidade na parte capitular do texto constitucional, observa-se que o constituinte originário optou por introduzi-la no discurso jurídico fundante do Estado, circunscrevendo-a a outros temas caros ao texto, como a ideia de inclusão, união, tolerância e dignidade, o que denota que o status de fraternidade permeia todo o discurso apresentado em seguida.

Ao afirmar que é objetivo fundamental do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o artigo 3º da Constituição apresenta a fraternidade como um dos valores que conformam a ideia do

⁹⁹⁵ No tocante à força normativa do preâmbulo constitucional, as opiniões na doutrina são divergentes. Dissentem autores nacionais e estrangeiros a propósito do tema. São três as principais vertentes teóricas sobre o assunto. A primeira admite a igualdade entre o preâmbulo e demais normas constitucionais, o que se denominou tese da eficácia idêntica. Aderiram a essa vertente autores como Carlos Ayres Britto, Walber Moura Agra, Tupinambá Nascimento, Pinto Ferreira, todos do Brasil; a essa primeira tese também se perfiliam juristas europeus, a exemplo de Karl Friedrich, Carl Schmitt, Garcia-Pelayo, Georges Burdeau, Paolo Biscaretti di Ruffia, Lafferrière, Hans Nawiaski e Bidard Campos. A segunda, a tese da irrelevância jurídica, advoga a ausência de qualquer comando cogente no preâmbulo, colocando-o como parte da política ou da história e fora do direito. Atualmente, poucos são os doutrinadores que a sustentam, mormente à vista de sua clara incongruência com o Direito Constitucional Moderno. A terceira intitula-se tese da relevância específica ou indireta, participando o preâmbulo das características jurídicas da constituição, mas não se confundindo com o articulado no seu corpo. Defendem-na Henry Campbell Black, Jorge Miranda, Alexandre de Moraes, J.J. Gomes Canotilho. Para o nome atribuído às teses, ver: BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, pág. 66. Especificamente em relação à tese aqui adotada, qual seja a da eficácia idêntica ver BRITTO, C. A. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Estado Democrático de Direito. A dimensão política que se colhe dessa afirmação consubstancia-se no desejo de construção de uma sociedade livre; a dimensão social, ao seu turno, está radicada na ideia de construção de uma sociedade justa; e a dimensão fraternal, que corrobora a normatividade desse princípio, está vinculada à construção de uma sociedade solidária, e por conseguinte fraterna *stricto sensu*. Nos dizeres de MACHADO esses três valores trazem para o texto constitucional a ideia da tríade francesa revolucionária, encerrando valores próprios de liberdade, de igualdade e de fraternidade⁹⁹⁶.

A inserção da fraternidade como categoria jurídica para além de contribuir para a formação do Estado brasileiro e para as bases da sociedade, também deve ser considerada quando se analisa os processos e os procedimentos jurídicos estabelecidos no texto constitucional, assim como os critérios de tomada de decisão no que toca à construção de uma sociedade sem preconceitos e pluralista. BAGGIO explica que o intercâmbio ativo entre a liberdade, a igualdade e a fraternidade permite equalizar a política econômica, as decisões legislativas e a atuação do Judiciário⁹⁹⁷. É nesse sentido que a fraternidade passa a ser considerada como um princípio jurídico constitucional que deve ser utilizado para a compreensão das normas, assim como para a reafirmação dos objetivos e dos fundamentos do Estado brasileiro, exercendo uma espécie de força centrípeta sobre as demais normas da Constituição, projetando sua importância, sobremaneira, para o viés interpretativo de todo o sistema constitucional⁹⁹⁸.

Além de estar presente diretamente no preâmbulo da Lei Maior, a hermenêutica constitucional precipuamente exercida pela Suprema Corte do Brasil vem atribuindo cada vez mais normatividade ao princípio da fraternidade, corroborando o entendimento acima apresentado, no sentido de que o exercício da liberdade e da igualdade somente ganha significado e atende às perspectivas da democracia, se aliado à vivência da fraternidade. Especialmente no campo da diversidade sexual, cujo abordagem é feita na presente tese, é importante descrever o julgamento da ADPF-132/RJ e da ADI-4.277/DF, no qual o princípio da fraternidade

⁹⁹⁶ Cf. MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídico-constitucional**. Disponível em: <http://portalciclo.com.br>. Acesso em 13. Dez. 2016.

⁹⁹⁷ Cf. BAGGIO, A., 2008, p. 23.

⁹⁹⁸ Cf. BULOS, U., 2012, p. 40.

funcionou como vetor interpretativo do próprio texto constitucional, quando da análise do reconhecimento da união estável homoafetiva como instituto jurídico similar à união civil formada por pessoas de sexos diferentes. Abaixo transcreve-se a ementa do julgamento:

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

Relator: Min. Ayres Britto, julgado em 05/05/2011.
Tribunal Pleno.

No julgamento acima transcrito o Ministro Carlos Ayres Britto, ao julgar procedente o pedido de equiparação das uniões civis, trouxe como fundamento de seu voto a aplicação da fraternidade como princípio imperativo apto a promover o bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer outras formas de discriminação, cuja normatividade alí reconhecida estaria apta a inaugurar uma nova fase do constitucionalismo: o constitucionalismo fraterno. A fraternidade, pois, figurou como estrutura fundante de um novo movimento jurídico, cuja realização parte da interlocução entre igualdade e liberdade.

A Constituição fraternal, como a que se soa considerar a lei brasileira, compreende aquela parte da ordem constitucional que enseja uma especial atenção com o próximo, e isso pode ser colhido analisando as disposições que garantem os Direitos Sociais, assim como as disposições que emprestam proteção a grupos específicos, a exemplo dos idosos, dos jovens, dos índios, das crianças e dos adolescentes. Por mais diferentes e minoritários que sejam eventualmente tais grupos, a proteção e inclusão deles somente pode ocorrer a partir de uma atuação pautada na ideia de fraternidade, tendo em conta a sucumbência dos ideais individualistas apresentados pela igualdade e liberdade modernas, unicamente consideradas. Isso porque o Constitucionalismo Moderno, assim como o Estado Democrático de Direito atuais não surgiram preocupados com tais considerações de amor ao próximo. Nas palavras de BRITTO:

Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chagando, nos dias presentes, à etapa fraternal da sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, **a dimensão das ações estatais afirmativas**, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera

proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade. Isto é, **uma comunhão de vida**, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico⁹⁹⁹.

Nota-se, nesse sentido, que a fraternidade, enquanto um princípio jurídico extraído da Constituição vigente, serve de base à interpretação das normas jurídicas, e ao revestir-se desse caráter principiológico, destaca-se por conferir ao Direito mais humanidade, em detrimento do dogmatismo que caracteriza o status atual.

Apenas para demonstrar a abrangência do Princípio da Fraternidade e sua normatividade constitucional, mostra-se importante destacar, para além do tema da presente pesquisa, outras situações jurídicas em que tal princípio foi aplicado.

No campo do Direito Penal o Princípio Constitucional da Fraternidade vem sendo aplicado através da chamada Justiça Restaurativa¹⁰⁰⁰, do respeito à sistemática nacional e internacional de

⁹⁹⁹ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 216-217.

¹⁰⁰⁰ A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções dos traumas e perdas causados pelo crime. A denominação *justiça restaurativa* é atribuída a Albert Eglash, que, em 1977, escreveu um artigo intitulado *Beyond Restitution: Creative Restitution*, publicado numa obra por Joe Hudson e Burt Gallaway, denominada “Restitution in Criminal Justice”. Eglash sustentou, no artigo, que havia três respostas ao crime – a retributiva, baseada na punição; a distributiva, focada na reeducação; e a restaurativa, cujo fundamento seria a reparação. A prática restaurativa tem como premissa maior reparar o mal causado pela prática do ilícito, que não é visto, *a priori*, como um fato jurídico contrário á norma positiva imposta pelo Estado, mas sim como um fato ofensivo à pessoa da vítima e que quebra o pacto de

proteção aos Direitos Humanos e também da humanização da aplicação das penas. Como exemplo dessa última possibilidade, tem-se a alteração incluída no Código de Processo Penal, em especial no artigo 318, V, onde consta a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

No que toca à hipótese de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, em novembro de 2016 o Superior Tribunal de Justiça, através do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, em julgamento de Recurso Ordinário impetrado contra decisão em *Habeas Corpus*, utilizou da

cidadania reinante na comunidade. Portanto, o crime, para a justiça restaurativa, não é apenas uma conduta típica e antijurídica que atenta contra bens e interesses penalmente tutelados, mas, antes disso, é uma violação nas relações entre infrator, a vítima e a comunidade, cumprindo, por isso, à Justiça Restaurativa identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa relação e do trauma causado e que deve ser restaurado. Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal e caracterizado pelo encontro e inclusão. A voluntariedade é absoluta, uma vez que os componentes da comunidade protagonistas desse modelo alternativo de justiça (autor e vítima) livremente optam por esse modelo democrático de resolução de conflito. A informalidade também é sua característica, malgrado relativa, distanciando-se do formalismo característico do vigente processo penal. O encontro é requisito indispensável para o desenvolvimento da técnica restaurativa, pois o escopo relacional, intrínseco a esse modelo alternativo, é a energia para se alcançar democraticamente uma solução para o caso concreto. Por tudo isso, é fácil entender porque a inclusão também é regra da prática restaurativa, uma vez que os cidadãos contribuem diretamente para o processo de pacificação social. Na justiça tradicional, ao revés, o Estado impõe a vontade da lei e o distanciamento dos envolvidos na relação litigiosa é latente, cabendo-lhes, apenas, um papel de meros coadjuvantes. Dentre as diversas modalidades de Justiça Restaurativa podemos destacar a mediação (*mediation*), reuniões coletivas abertas à participação de pessoas da família e da comunidade (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*). BRANDÃO, Delano Cântico. **Justiça Restaurativa no Brasil: Conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7946>

. Acesso em dez 2016.

normativa constitucional atribuída ao Princípio da Fraternidade para deferir o pedido da defesa. Segue a ementa:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. FILHO MENOR DE 12 ANOS, COM HIDROCEFALIA. POSSIBILIDADE. ART. 318, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO PROVIDO.

1. O inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, determina que poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

2. O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade.

3. O princípio constitucional da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º).

4. Multicitado princípio é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei nº 13.257/2016 decorre, portanto, desse resgate constitucional.

6. Recurso conhecido e provido para substituir a prisão preventiva da recorrente pela prisão domiciliar¹⁰⁰¹.

No caso acima mencionado, tratava-se de paciente presa em flagrante pela suposta prática do crime de tráfico de entorpecentes, descrito pelo art. 33 da Lei 11.343/2006. Irresignada com a conversão da prisão em flagrante em preventiva, a defesa da paciente impetrou *Habeas Corpus* perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, requerendo a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, tendo em vista que a segregada possuía um filho portador de doença grave. A ordem foi denegada porque segundo o Tribunal, não havia de se cogitar a conversão da prisão quando não demonstrada, de forma concreta, ser tal providência necessária aos cuidados do filho portador de doença grave. Chegando ao STJ, antes de analisar o mérito do recurso, o relator colheu o parecer do Ministério Público Federal, o qual, pugnou pelo indeferimento da conversão.

Como se observa da ementa, o magistrado utilizou como fundamento de sua decisão a ideia de que o princípio da fraternidade é uma categoria jurídica, de forma a não pertencer apenas às religiões ou à moral, como faz crer uma leitura simplória do termo. A redescoberta do princípio que faz parte do lema da Revolução Francesa, diz o ministro, apresenta-se como um fator de fundamental importância na contemporaneidade por causa da complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias, em especial o Brasil. A fim de proteger e resguardar a integridade física e emocional do filho da recorrente, menor de 12 anos, o magistrado conferiu normatividade ao Princípio Constitucional da Fraternidade e determinou, seguido por seus pares, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Além do campo do Direito Penal, o Princípio Constitucional da Fraternidade também vem sendo utilizado como valor-orientativo da sistemática jurídica brasileira em outras áreas. Por exemplo, no ano de 2007, a atual presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Carmem Lúcia, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.768-4/DF,

¹⁰⁰¹ STJ - RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 74.123 - RS (2016/0202163-1). Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/recurso-habeas-corporus-74123-rs.pdf>.

garantiu a gratuidade dos transportes públicos urbanos e semi-urbanos aos idosos, tendo como parte do fundamento do acórdão o Princípio da Fraternidade. Segundo a ministra, o direito daqueles que têm mais de 65 anos de idade ao transporte público, como determinou a lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) encarna uma decisão política de amparar a velhice como um valor constitucional, devendo tal direito ser qualificado como um Direito Social e também como um Direito de Fraternidade, que está ligado à assistência social, e por isso pertencente aos direitos de terceira dimensão:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBANOS E SEMI-URBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATO. NORMA LEGAL QUE REPETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. [...] o direito daqueles que têm mais de 65 anos ao transporte gratuito “encarna uma decisão política de amparar a velhice como valor constitucional, por isso deve ser classificado ou como direito social de uma fatia determinada da população, logo de segunda geração; ou como direito de solidariedade ou fraternidade, ligado à assistência social, e por isso pertencente à classe dos direitos de terceira geração, (...) o que já [seria] bastante para inferir que a sua implementação pelo poder público municipal, sempre a atrair prestações positivas de cunho oneroso, submeter-se-á à luz da chamada reserva do possível” (fl. 6); Em essência,

tem-se que o direito ao transporte gratuito dos que têm mais de 65 anos não é um fim em si mesmo. A facilidade de deslocamento físico do idoso pelo uso de transporte coletivo haverá de ser assegurado, como afirmado constitucionalmente, como garantia da qualidade digna de vida para aquele que não pode pagar ou já colaborou com a sociedade em períodos pretéritos, de modo a que lhe assiste, nesta fase da vida, direito a ser assumido pela sociedade quanto aos ônus decorrentes daquele uso¹⁰⁰².

Ainda nesse campo de direitos transindividuais¹⁰⁰³ a Suprema Corte do Brasil aplicou o Princípio Constitucional da Fraternidade como razão de decidir no julgamento da ADI nº 2.649/DF, no ano de 2008. Também a Ministra Carmem Lúcia, como no caso anterior, decidiu pela improcedência dos pedidos feitos pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros em relação à Lei 8.899/1994, que concedeu passe livre às pessoas deficientes. No julgamento da ação, a Ministra salientou que a busca de igualdade de oportunidades e possibilidades de humanização das relações sociais determina a adoção de políticas públicas a fim de que se amenizem os efeitos das carências de seus portadores. Ao entregar normatividade ao Preâmbulo da Constituição, o

¹⁰⁰² STF – ADI 3.768-4. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>.

¹⁰⁰³ De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, os direitos transindividuais ou coletivos em sentido lato se classificam em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Os direitos difusos são aqueles que possuem o mais elevado grau de transindividualidade e, em face disso, não há como determinar todos os sujeitos titulares, o que, por outro lado, dá sustentação à indivisibilidade do objeto e a sua reparabilidade indireta. Os direitos coletivos em sentido estrito caracterizam-se pela transindividualidade restrita ao número de sujeitos que compõem uma determinada classe, grupo ou categoria de pessoas, unidas por uma relação-jurídica base, permitindo-se apenas a disponibilidade coletiva do objeto. Os direitos individuais homogêneos, ou acidentalmente coletivos, decorrem de uma origem comum e são dotados de transindividualidade artificial ou instrumental, para fins de economia processual e facilitação ao direito de acesso à justiça, os sujeitos titulares são determinados e podem fruir individualmente do objeto da reparação.

qual para a julgadora contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988, afirma que é nessa passagem do texto maior que contém o esclarecimento de que os trabalhos constituintes se desenvolveram para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos Direitos Sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Para a relatora:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL E INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS - ABRATI. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 8.899, DE 29 DE JUNHO DE 1994, QUE CONCEDE PASSE LIVRE ÀS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA, DA ISONOMIA, DA LIVRE INICIATIVA E DO DIREITO DE PROPRIEDADE, ALÉM DE AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FONTE DE CUSTEIO (ARTS. 1º, INC. IV, 5º, INC. XXII, E 170 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): IMPROCEDÊNCIA. (...) Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se afirme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos¹⁰⁰⁴.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº186, na qual discutia-se a (in) constitucionalidade da política de cotas da Universidade de Brasília, à época denominadas de étnico-raciais, também

¹⁰⁰⁴ STF – ADI nº 2.649/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>.

teve como razão de decidir a incidência do Princípio da Fraternidade. Em especial, o voto do Ministro Gilmar Mendes resgata a ideia de fraternidade no sentido de atribuir a ela a chave por meio da qual se poderia abrir várias portas para a solução dos problemas contemporâneos, sobremaneira aqueles em relação à igualdade e à liberdade:

Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (...) Não posso deixar de levar em conta, no contexto dessa temática, as assertivas do Mestre e amigo Professor Peter Häberle, o qual muito bem constatou que, na dogmática constitucional, muito já se tratou e muito já se falou sobre liberdade e igualdade, mas pouca coisa se encontra sobre o terceiro valor fundamental da Revolução Francesa de 1789: a fraternidade (HÄBERLE, Peter. Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Trotta; 1998). E é dessa perspectiva que parto para as análises que faço a seguir. No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade. Vivemos, atualmente, as consequências dos acontecimentos do dia 11 de setembro de 2001 e sabemos muito bem o que significam os fundamentalismos de todo tipo para os pilares da liberdade e igualdade. Fazemos parte de sociedades multiculturais e complexas e tentamos ainda compreender a real dimensão das manifestações

racistas, segregacionistas e nacionalistas, que representam graves ameaças à liberdade e à igualdade. Nesse contexto, a tolerância nas sociedades multiculturais é o cerne das questões a que este século nos convidou a enfrentar em tema de liberdade e igualdade. Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiosincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias.

A partir de toda essa análise observa-se que ao insculpir a Fraternidade no texto constitucional, seja de forma expressa, seja a partir da aplicação de específicos critérios de interpretação utilizados nos casos concretos, traslada-se o sentido axiológico a ela atribuído pela modernidade, acrescentando-se a esse sentido a normatividade reconhecidamente aplicada aos princípios constitucionais, os quais, devido a importância jurídica que possuem, evocam o ideário de dignidade coletiva, que vai além da dignidade individual, aliás, integrando-a. ÁVILA assevera que o redirecionamento que se tem observado no Direito, no que toca à adoção cada vez mais frequente de princípios como causa de decidir, assume um papel fundamental na perspectiva atual do Estado Democrático, pois é através dos métodos hermenêuticos que a tutela passa a ser entregue no sentido da vontade estabelecida pelo constituinte originário¹⁰⁰⁵.

Infere-se, por toda essa narrativa, que a Fraternidade se apresenta como um verdadeiro princípio constitucional, o que a reveste de um maior poder de concentração e especificação no que se refere a situações nas quais ela pode ser aplicada. ÁVILA, acrescenta que ao se analisar a

¹⁰⁰⁵ Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 121.

Constituição vigente, é perceptível que a Fraternidade aparece como princípio fonte de seu texto, ao lado da dignidade da pessoa humana (à qual a fraternidade empresta o significado de dignidade coletiva), da liberdade e também da igualdade, não apenas em razão de sua localização, mas, sobretudo, pelo catálogo de direitos fundamentais que ela apresenta durante todo o seu texto, os quais, nas palavras do autor, não deixam de ser fruto da ideia de Fraternidade¹⁰⁰⁶.

A normatividade do Princípio da Fraternidade contribui, assim, para a construção de um saber prático que urge ser importante para a solução de problemas e para a concretização dos chamados direitos da personalidade, os quais estão estampados na própria Constituição. Diz-se isso porque diante da inexistência de um procedimento racional que possa fornecer uma única decisão correta para todos os casos, o princípio da jurídico Constitucional da Fraternidade vem a representar uma espécie de “luz” no que toca à solução de casos de difícil resolução, característicos da velocidade e das mudanças sociais que se verificam na atualidade. É nesse sentido que o Princípio da Fraternidade acrescenta às noções de Estado, de Direito e de democracia um espaço para interpretações inclusivas, sobrepujando as acepções individualistas que estão impregnadas nessas concepções modernas, em prol de um compromisso de todos para com a disciplina protetiva estabelecida na Constituição: ou seja, a tarefa de construir uma sociedade livre, justa e solidária passa a ser um tarefa não somente do Estado em relação aos administrados, mas também dos administrados em relação a seus pares. Propõe-se, a partir dessa normatividade, que se implemente um modelo normativo que maximize a dignidade, a liberdade e igualdade.

4.3 UMA PROPOSTA DE INSERÇÃO DA FRATERNIDADE EM RELAÇÃO ÀS IDENTIDADES “TRANS”.

A Fraternidade deve ser observada, para além de sua categoria política, como uma categoria jurídico-constitucional determinante na efetivação dos componentes da Personalidade Jurídica Individual, pois conforme toda a fundamentação apresentada nesse trabalho, mostra-se certo que uma sociedade fraterna é a base da realização de direitos, constituindo, sobremaneira, a melhor ferramenta de reconhecimento da

¹⁰⁰⁶ Idem, *ibidem*, p. 123.

dignidade humana, pois ela funciona como amálgama entre a liberdade e a igualdade. Nesse contexto, a Fraternidade, em suas práticas multifacetadas, se apresenta, nas lições de POZZOLI e HURTADO como (i) a composição necessária de laços familiares, entre povos e indivíduos, compreendendo a família humana; ii) o “valor orientativo” de novos direitos, necessário ao aprimoramento da vida em sociedade, instrumentalizando um Direito que recupere a razão sensível, que se preocupe e seja capaz de atender às novas demandas e (iii) a mais nova possibilidade de integração, por um pacto comum substancial de mudanças, com aplicação em todos os sistemas sociais¹⁰⁰⁷.

A Fraternidade situa-se estruturada no ideário de uma sociedade fundada na liberdade e na igualdade em dignidade e direitos, onde todos os seres humanos devem agir uns em relação aos outros com espírito de irmandade, como determina o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Diante dessa previsão é que se iniciou um processo de constitucionalização da Fraternidade, a exemplo da cláusula “*societate fraterna*”, que consta do Preâmbulo da nossa Constituição Federal de 1988, a qual estabelece ser o Brasil um Estado Democrático que objetiva assegurar direitos, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça, que se apresentam como valores supremos de uma sociedade fraterna¹⁰⁰⁸. Importante registrar que o constitucionalismo fraternal foi introduzido na doutrina jurídica, em nosso país, com as reflexões do Ministro Carlos Ayres Brito, em sua obra “Teoria da Constituição” e, no caso, mesmo que se sustente ausente a força normativa do preâmbulo, impende reconhecê-lo como o espírito da Constituição que ele apresenta, em seus princípios informadores¹⁰⁰⁹.

Como restou demonstrado no decorrer da presente tese, o Estado Fraternal projeta seus efeitos alcançando microssistemas normativos, a exemplo dos estatutos jurídicos que asseguram a tutela integral da criança e do adolescente, com especial destaque à primeira infância, do idoso e das pessoas com deficiência, cujas dimensões novas do Direito

¹⁰⁰⁷ Cf. POZZOLI, Lafayette; HURTADO, André Watanabe. **O princípio da fraternidade na prática jurídica**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 27, p. 287, jan/2011.

¹⁰⁰⁸ Cf. ALVES, Jônes Figueiredo. **Abraço de torcedores na Euro resgatou o Princípio da Fraternidade**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-17/jones-figueiredo-abraco-torcedores-euro-resgatou-fraternidade>. Acesso em 20. Dez. 2016.

¹⁰⁰⁹ Cf. ALVES, J., 2016.

Contemporâneo emprestam concretude à compreensão de Fraternidade, em especial por estabelecerem uma consciência responsável sobre o outro, seja em favor dos cuidados que esse outro necessite, seja em razão de sua proteção legal, com posturas atitudinais solidárias, na acepção mais próxima à concepção de Fraternidade. Nesse sentido, na atualidade a Fraternidade e sua noção de cuidado para com o outro torna-se se valor jurídico, em linha do compromisso preambular constitucional.

A normatividade do Princípio da Fraternidade deve ser compreendida como um fiel bem jurídico, que pode ser extraído da ideia de bem-estar social presente na Constituição atual, devendo ser alcançado nas inúmeras possibilidades de interação social típicas de uma sociedade complexa, como soa ser a sociedade contemporânea, e em especial, a brasileira, caracterizada como multicafetada e muito conflituosa:

[...] Os fraternais são tendentes à pacificação social e por ela desenvolvem uma sociedade menos conflituosa. Eles situam-se na adequada dimensão do ser humano em dinâmica de sua história pessoal, interagindo com as correlações de forças sociais que envolvem os outros em uma mesma práxis de natureza convivencial. Demais disso, Direito e Fraternidade complementam-se entre si, nas relações sociais concretas que emprestam à experiência humana o emprego dos sujeitos sociais, enquanto sujeitos de direito, destinados a um papel (re)conciliatório, através do qual formula-se uma sociedade aberta, tolerante e mediadora de melhor qualidade de vida. Torna-se, de efeito, indispensável que a fraternidade, como categoria jurídica, implemente os seus enunciados e princípios no ordenamento jurídico e, sobretudo, servindo como base interpretativa, em vocação de decisões judiciais e de políticas públicas. Indispensável à ideia e ao implemento da solidariedade social, a sua concepção principiológica fornece método e relacionalidade ao próprio sistema que ela confere¹⁰¹⁰.

¹⁰¹⁰ ALVES, J., 2016.

A Fraternidade coloca-se como categoria de humanização do Direito, com sua matriz adstrita ao necessário aperfeiçoamento das relações. Nesse sentido, afirma-se que não existe exercício de liberdade sem igualdade (formal e material), assim como, que a impossibilidade de esses dois princípios serem concretamente aplicados está ligada justamente à ausência da Fraternidade, vez que esta impõe uma consciência de si e do outro que foge às regras da ideologia do individualismo liberal (onde os princípios da liberdade e da igualdade foram concebidos e desenvolvidos), pois a Fraternidade é incompatível com uma liberdade e uma igualdade pela metade, ou seja, o discurso formal de igualdade perante a lei acaba abrindo um abismo não apenas relacional, mas um abismo jurídico entre cidadãos e não-cidadãos negando direitos que deveriam ser reconhecidos e garantidos a todos os seres humanos em respeito a sua dignidade e suas diferenças¹⁰¹¹.

Por isso, WARAT ao discorrer sobre a fantasia jurídica da igualdade afirma que:

Desde a Revolução Francesa começa-se a falar de igualdade de todos os cidadãos. Esta igualdade determina a submissão de todos frente à lei. Todos têm direito a que a lei não lhes seja aplicada arbitrariamente. Nada se diz da igualdade de participação efetiva na formação das leis. Nem do direito de todos a que sejam respeitadas suas diferenças. Tratar os homens ignorando a diferença de seus desejos é ignorá-los e submetê-los a certos desejos institucionalmente triunfantes. [...] Ignorar que os outros são diferentes é aniquilá-los como seres com existência autônoma¹⁰¹².

Assim como aconteceu com as mulheres, que tiveram que se organizar em uma identidade coletiva para demandar direitos e para negociá-los com os detentores do poder, o coletivo LGBTI, vem lutando

¹⁰¹¹ Cf. SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de. OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; **O exercício fraterno das identidades de gênero**: a transexualidade para além da igualdade e da liberdade. In: Participação, democracia e cidadania na perspectiva do Direito iberoamericano. 1 ed. Florianópolis: Conpedi, 2016, v.3, p. 235-261.

¹⁰¹² WARAT, Luis Alberto. **A Fantasia Jurídica da igualdade**: Democracia e Direitos Humanos numa pragmática da singularidade. In: Revista Sequência, n° 24, set./1992, Florianópolis, SC, p. 39-40.

contra essa cultura de exclusão, buscando um empoderamento de suas identidades para poder compartilhar os mesmos lugares que os demais cidadãos. O grupo formado pelas identidades “trans”, em especial, ainda não venceu a luta pela liberdade e pela igualdade, o que pode funcionar como uma forma mais concreta de inserção da Fraternidade nas demandas desse coletivo, ante a própria inexistência de leis que regulem o exercício de suas identidades de gênero.

A liberdade, que em linhas gerais proíbe o Estado de fazer interferência na vida privada dos cidadãos, no caso das pessoas que vivenciam as identidades “trans”, funciona como um não-direito. Seja (i) a partir da criminalização dos movimentos sociais encabeçados por este coletivo, que são considerados como de menor expressividade; (ii) pela necessidade de chancela estatal para a realização de uma cirurgia de adequação do corpo ao gênero social, patologizando estas identidades; (iii) seja pela constante, porém, invisibilizada violência a que estão submetidas travestis e transexuais quando do exercício de suas identidades, quando então são mortas/os em seções de tortura, com a chancela da sociedade, que diz que aquele corpo não tem humanidade suficiente para compartilhar o mesmo espaço com os “normais”. Em razão de todas essas condições é que se reafirma que a liberdade não é um princípio que possa ser aplicado a este coletivo.

À igualdade não assiste melhor sorte. Em linhas anteriores se mencionou o processo histórico percorrido pelas mulheres brasileiras na tentativa de se fazerem presente em todos os espaços, inclusive os espaços públicos. A barreira imposta pelo gênero e pelo sexo hegemônicos sempre partiu de uma tentativa de desqualificar e de desumanizar as mulheres, todavia, essa política de exclusão também fez outras vítimas. Ao negro, lhe foi negada humanidade e, portanto, direitos sob a alegação de que ele não possuía alma; ora, quem não tem alma não é gente e se não é gente não deve ter direitos. Aos gays a barreira imposta para reconhecer sua falta de humanidade foi o exercício da sexualidade “anormal”, tendo como referência a heterossexualidade. No caso das/os transexuais, todas essas barreiras se juntam.

A transexualidade inaugura um debate ou mesmo uma disputa sobre o que é o ser humano, ou seja, quem tem direito aos Direitos Humanos? Politicamente, a retórica destes direitos parece ter triunfado, pois, agora, ela pode ser adotada pelos partidos de esquerda ou direita, pelo Norte ou pelo Sul. No entanto, justamente quando se começou a atentar para a necessidade de proteção da pessoa humana é que se registrou o maior número de violações dos Direitos Humanos, sobremaneira a partir de finais do século XVIII, chegando ao ponto em

que MARCEL afirma que a vida humana nunca foi tão universalmente tratada como uma *commodity* desprezível e perecível quanto durante nossa própria época, e que se o século XX é a era dos Direitos Humanos, seu triunfo é, no mínimo, um paradoxo, já que precisamente nessa época se testemunhou mais violações de seus princípios do que qualquer uma das épocas anteriores por ele chamadas de – menos iluminadas –¹⁰¹³.

Nesse diapasão, os Direitos Humanos podem ser examinados a partir de duas perspectivas relacionadas, mas relativamente distintas, como prescreve DOUZINAS: uma subjetiva e outra institucional. A perspectiva institucional os analisa como uma resposta do Estado aos seus administrados; essa corrente não menospreza sua importância, mas, os coloca como uma mera obrigação estatal, sem levar em conta o caráter pós-histórico que os faz direitos em constante mutação. A perspectiva subjetiva aduz que os Direitos Humanos foram desde o início uma experiência política da liberdade, a expressão da luta para libertar os indivíduos da repressão externa e permitir sua autorrealização¹⁰¹⁴. É nessa segunda perspectiva que repousa a busca pela pergunta apresentada: quem tem direito aos Direitos Humanos?

A busca pelo gozo e a fruição dos referidos direitos tem como principal resultado a autorrealização do destinatário. Esse destinatário foi o fruto de um imaginário judaico-cristão que dominou e domina o Ocidente e que cristalizou e, até mesmo isolou as variadas expressões de gênero e da sexualidade humana, como se essas manifestações da natureza do homem possuíssem uma realidade concreta e também única. BENTO afirma que o fruto desse imaginário foi um ser de pele branca, homem (macho), rico e, sobretudo, heterossexual. Quando esse imaginário começou a ser questionado, e os “marginais” passaram a exigir serem enquadrados dentro do conceito de humanos, os Direitos Humanos tiveram que reconhecer a existência de identidades coletivas cujos integrantes durante muito tempo na história ocidental foram considerados serem (des) humanos, como os negros, as mulheres, os homossexuais e os/as transexuais¹⁰¹⁵.

¹⁰¹³ MARCEL, Gabriel. **Creative Fidelity**. Trad. R. Rosthal. Nova York: Farrar, Strauss & Co, 1994, p. 94.

¹⁰¹⁴ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 6.

¹⁰¹⁵ BENTO, B., 2006, p. 77.

O movimento negro, o movimento feminista e o movimento LGBTI são a expressão desse levante que pôs em evidência a necessidade de os Direitos Humanos serem pensados numa perspectiva coletiva, não em razão de número, mas em razão de grupos que sistematicamente e historicamente foram oprimidos e, conseqüentemente, tiveram parte ou a totalidade de sua cidadania tolhida pelo Estado. A perspectiva da Fraternidade se insere nessa ideia. É nesse cenário que a diversidade de gênero aparece como uma das formas de vivência da cidadania, entrando em discussão a luta contra a transformação dos comportamentos sociais em categorias que aprisionam o ser humano, numa espécie de forma normativa de viver as identidades de gênero. A heteronormatização foi então relativizada, o que possibilitou a inclusão da comunidade LGBTI no rol de pessoas aptas a serem detentoras de Direitos Humanos, sobretudo os direitos ligados à sua sexualidade e ao exercício do gênero.

Quando o constituinte brasileiro positivou a igualdade entre homens e mulheres ele dirigiu esse mandamento ao binarismo sexual (macho e fêmea). Assim, não soa estranho que todos aqueles que fujam desse dualismo sejam vítimas diuturnas do heteroterrorismo¹⁰¹⁶. No caso de gays e lésbicas (e aqui se está falando de orientação sexual e não de gênero) a visibilidade pública de sua sexualidade não é compulsória, visto que as práticas sexuais se dão no privado. Para as identidades “trans” a visibilidade ganha outro contorno:

[...] ela é compulsória a certa altura de suas vidas, pois que, ao contrário da orientação sexual, que de diversos modos pode ser ocultada pela mentira, omissão ou mesmo pelo próprio armário, a identidade de gênero é tida pelas pessoas “trans” como um estigma que não se pode ocultar, da mesma forma que ocorre com a pele dos negros e negras¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁶ Vítimas das normas de gênero que põem a heterossexualidade como a única via da sexualidade humana, considerando-a normal.

¹⁰¹⁷ SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de; GURGEL, Yara Maria Pereira. **Caminhando entre a (in) visibilidade:** uma análise jurídica sobre o projeto de lei nº5.012/2013 – Lei de Identidade de Gênero. Revista Direito e Liberdade – Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte. V. 16. n. 1. p. 55-72.

A visibilidade “trans” é obrigatória, uma vez que sua identidade está tatuada em seus corpos como um estigma que não se pode ocultar sob qualquer disfarce que se proponha a tanto. É em razão disso que o preconceito e a violência que sofrem são maiores, e, via de consequência, é maior a parcela de igualdade e de liberdade que lhes é devida.

Mas é a invisibilidade pela qual transitam as identidades “trans” que mostra que a igualdade formal e a liberdade, ambas previstas na Constituição Federal de 1988 não lhes alcança. Não é comum ver-se transexuais em festas de formatura de graduação, pois, muitos e muitas abandonam a educação formal em razão da perseguição praticada pelo heteroterrorismo; incomum, também o é, observar estas mesmas pessoas com empregos formais, uma vez que, o pensamento dominante acredita que a única opção laboral para este coletivo é a venda do corpo. Educação e trabalho são Direitos Sociais fundamentais cujo exercício deve ser garantido a todos os cidadãos, de forma que retirá-los ou não proporcioná-los significa discriminar e excluir este coletivo de uma plena cidadania.

Talvez a violação mais patente ao princípio da igualdade derive da invisibilidade legal a que estão submetidas as identidades “trans”. O gozo e o exercício dos mesmos direitos conferidos aos considerados “normais” só aparece quando o Poder Judiciário é instado a se manifestar a partir das demandas que lhes são apresentadas. É por isso que para esse coletivo o poder da Justiça é um poder de vida e morte. Quando alguém pede ao Poder Judiciário que autorize a retificação do seu assento de nascimento (o que só ocorre ante a inexistência de uma lei que discipline a matéria), para adequá-lo à sua identidade de gênero, o juiz (a) por não dispor de conhecimento para identificar se aquele demandante é realmente um transexual, socorre-se de laudos e pareceres elaborados por membros da medicina e das ciências “psi”. O pedido feito pela pessoa para tornar-se igual àqueles que são aceitos pela sociedade depende de um referendo que para ser dado, patologiza aquela identidade.

A desigualdade a que está submetida a pessoa “trans” é tamanha, que é necessário que um corpo de pessoas diga se ela pode ou não modificar o seu corpo, ou seja, que estas pessoas decidam se o/a requerente é ou não suficientemente doente para ser agraciado com uma intervenção cirúrgica (que na maioria das vezes ocorre numa tentativa de fazer a pessoa “trans” sentir-se inserida nas normas de gênero vigentes). Com base nisso é que o Poder Judiciário funciona com agente patologizador das identidades “trans”, pois, ao ratificar o parecer da equipe médica, chancela o transtorno mental apontado, colocando a transexualidade como uma doença relativa à sexualidade e não como uma incompatibilidade com as normas de gênero.

É com base nessas afirmações que se entende que a Fraternidade pode contribuir para a desconstrução do pensamento vigente acerca da transexualidade, na medida em que detém significativa carga valorativa e jurídica que possibilita a proteção de uma matriz autoaplicável de um padrão de relacionalidade e de reciprocidade, de vínculo consigo e com o “outro” que dispensa o reconhecimento das identidades de gênero apenas pelo viés médico patologizante. Essa contribuição contribuirá para a redefinição do conceito de cidadão político, e sobretudo, de cidadão sexual.

É possível reconhecer que a lógica jurídica vigente produz vítimas, vale dizer, pessoas ou grupos que ficam desprotegidos em razão de as normas não conseguirem acompanhar o que NICKNICH chama de “efeitos da modernidade da tecnologia, das relações humanas e das demais ciências”. Para a autora o próprio Direito os exclui¹⁰¹⁸.

BOBBIO, ao tratar da multiplicação de novos sujeitos afirma que (i) o aumento da quantidade de bens considerados mercedores de tutela; (ii) a extensão da titularidade de certos direitos típicos a outros sujeitos; (iii) e a consideração do homem não mais como ente genérico ou “abstrato”, mas sim na concretude das maneiras de ele ser em sociedade (criança, idoso, transexual, doente, etc.) faz surgir uma nova concepção de direitos¹⁰¹⁹.

Ocorre que a contemporaneidade também traz consigo a obsolescência e a falta de leis, o que faz com que o ser humano fique desprotegido, carecendo que a doutrina e a jurisprudência forneçam respostas, dada a ausência de normas positivas. Os novos sujeitos se organizam em novos movimentos sociais e tomam consciência a partir de sua corporalidade vivente e enferma, de serem vítimas excluídas do sistema de Direito, “naquele aspecto que define substantivamente sua *práxis* crítica ou libertadora¹⁰²⁰. Descobre-se a “falta de” como “novodireito-a” certas práticas ignoradas ou proibidas pelo Direito vigente, ou seja, um Direito que existia apenas na subjetividade dos oprimidos ou

¹⁰¹⁸ NICKNICH, Monica. **A fraternidade como valor orientativo dos novos direitos na pós-modernidade.** In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Direitos na Pós-modernidade: a fraternidade em questão.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, parte I, p. 49.

¹⁰¹⁹ Cf. BOBBIO, N., 1992, p. 68.

¹⁰²⁰ OLIVEIRA, O., 2011, p. 149.

excluídos se impõe historicamente como novo direito, e se adiciona como direito novo na lista dos direitos positivos.

O modelo de cidadania de MARSHALL, a que se referiu no início desse capítulo foi bastante criticado pelos setores feministas e LGBTI, justamente por se assentar quase que exclusivamente na legitimação civil/política que o Estado concedia aos administrados, reduzindo a participação cidadã àquela que ele sancionasse ou permitisse, ou seja, tendo por base única e exclusivamente as concepções de igualdade e liberdade jurídicas heterocentradas. Assim, a noção de cidadania sexual foi construída no sentido de definir a capacidade de efetivo exercício da sexualidade e das diversas expressões de gênero (aqui incluída a identidade de gênero), aliadas aos direitos e deveres decorrentes do exercício da cidadania¹⁰²¹.

Como essa concepção de cidadania não abarcava, integralmente, todos e todas que compunham os diversos coletivos descritos na sigla LGBTI, o conceito de cidadania sexual, inicialmente cunhado por EVANS, foi criado como forma de discutir aspectos de uma cidadania diferenciada, inclusiva, marcada neste caso, pela questão da sexualidade e por uma reivindicação de direitos e responsabilidades desde sempre negados em função da heterossexualização da figura do chamado “bom cidadão”¹⁰²². EVANS se utiliza do próprio conceito para explorar a interação entre Estado e mercado, analisando a partir daí o impacto dessa tensão na sexualidade, sobretudo nas sexualidades consideradas imorais.

Coube a PLUMMER propor um adendo a esse conceito, apresentando a expressão *intimate citizenship*, para designar as escolhas que as pessoas fazem a respeito de seus corpos, emoções, relacionamentos, identidade de gênero e seus desejos¹⁰²³, o que permitiu que a concepção criada por EVANS pudesse descrever os direitos sexuais de um determinado grupo, como também o acesso a um conjunto de direitos que estão ligados ao exercício da sexualidade e do gênero.

Registre-se que a atribuição de uma dimensão sexual à cidadania também foi defendida por PÉREZ-LUÑO, quando esse autor fez

¹⁰²¹ Cf. EADIE, Jo. **The Essential Glossary – Sexuality**. London: Arnold, 2004, p. 203.

¹⁰²² Cf. EVANS, David. *Sexual citizenship: The material construction of sexualities*. London: Routledge, 1993, p. 33.

¹⁰²³ Cf. PLUMMER, Ken. **Telling Sexual Stories: Power, Change and Social Worlds**. London: Routledge, p. 33 e ss.

referência ao uso do conceito de cidadania, numa acepção programática do termo, mencionando a utilização dessa palavra no contexto de lutas por liberdade:

Assim, o movimento em favor dos direitos civis na sociedade norte-americana da segunda metade do século passado, ou a luta contra o apartheid na África do Sul, assim como as ações de determinados coletivos cívicos e diversas ONGs que reivindicam a ampliação da cidadania europeia a quantos refugiados, imigrantes e estrangeiros que habitam nos diversos países integrados pela União Européia. Atitudes desse tipo constituem exemplos notórios da dimensão pragmática que pode assumir a linguagem da cidadania¹⁰²⁴.

Ocorre que o “bom cidadão” foi delineado a partir da sexualidade tida como normal, assim como a partir da vivência das normas de gênero dentro dos padrões heteronormativos¹⁰²⁵.

A concepção de cidadania sexual a que se referiu acima, no âmbito de seus intentos ampliativos, colaborou com as discussões internacionais, sobretudo por meio dos organismos de proteção dos Direitos Humanos, no sentido de atribuir visibilidade ao coletivo de pessoas gays e lésbicas. Esse processo de visibilidade, para ganhar concretude, necessariamente envolveu ativamente políticas de semelhança e de normalização (com heterossexuais), deixando de lado todas as performatividades públicas mais transgressoras para os gêneros binários, de maneira que ao invisibilizar as expressões e as identidades de gênero não heteronormativas, revelou a natureza inerentemente sexual da cidadania, pondo fortemente em questão a existência de modelos de cidadania baseados em princípios heterossexuais e patriarcais.

Retira-se que a concepção de cidadania sexual cunhada por EVANS considerava que todos seriam livres e iguais, todavia, apesar dos esforços engendrados pelo autor, permaneceu a ideia de que ser livre e igual e, portanto, adentrar na categoria de cidadão sexual, representaria

¹⁰²⁴ PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique. **¿Civerciudadaní@ o ciudadaní@.com?**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2003, p. 19.

¹⁰²⁵ Cf. RICHARDSON, David. **Desiring Sameness?** The Rise of a Neoliberal Politics of Normalisation. *Antipode*, 37, 2005, p. 515–535.

seguir o modelo heterossexual para os gêneros, transformando a luta por direitos numa verdadeira luta por equiparação.

Quando grupos específicos ganharam visibilidade, a exemplo do coletivo de pessoas “trans”, observou-se que a demanda apresentada não se resumiria a uma luta por equiparação, pois as necessidades jurídicas e sociais reivindicadas eram outras, o que fez com que o conceito de cidadania sexual ficasse obsoleto em relação a comunidade “trans”. A cidadania de Marshal que já não se prestava a abarcar essas pessoas emprestou seus efeitos utópicos à concepção de cidadania sexual apresentada por EVANS, pois, ao negligenciarem a dimensão psicológica da cidadania por meio da negação do reconhecimento da relevância da identidade pessoal na vida social, tanto a teoria tradicional desse conceito, assim como a própria concepção de cidadania sexual que se perpetuou no ocidente, reproduziram a percepção de que os membros da comunidade política possuem os mesmos interesses e a mesma inserção social. Isso porque o discurso jurídico muitas vezes compreende os indivíduos como pessoas que possuem os mesmos tipos de identidade e os mesmos objetivos pessoais¹⁰²⁶.

HINES registra que as narrativas de conceitualização da cidadania, a partir dos Direitos Humanos, têm servido para privilegiar determinadas identidades sociais, culturais ou políticas em detrimento de outras. Explica o autor que essas mesmas perspectivas são as responsáveis por criar um ideal universalista de cidadania, incluindo apenas as pessoas que estejam conformes às normas de gênero, fazendo com que algumas pessoas do coletivo LGBTI sejam mais reconhecidas do que outras, dentro do espaço das margens¹⁰²⁷.

A heteronormatividade, enquanto uma prática regulatória do sexo, do gênero e do desejo, estabelece condições não apenas para a inteligibilidade dos sujeitos, mas também para a inteligibilidade da cidadania sexual, transformando a concepção de cidadania em algo exclusionista. É por essa razão que o próprio conceito de cidadania é caracterizado pela exclusão baseada nas normas de gênero e sexuais,

¹⁰²⁶ Cf. YOUNG, Iris Marion. **Polity and group difference**. A critique of the idea of universal citizenship. *Ethics*, v. 99, n. 2, pp. 250-274, 1989.

¹⁰²⁷ Cf. HINES, S. **A pathway to diversity?: Human rights, citizenship and the politics of transgender**. *Contemporary Politics*, 15, 2009. p. 87-102.

mitigando os princípios da liberdade e da igualdade em relação a grupos que divergem das normas reguladoras.

Com efeito, a demanda do coletivo “trans”, muito mais do que configurar uma luta por igualdade e por liberdade, transformou-se numa luta pelo reconhecimento de humanidade, característica que permite a todos e todas serem enquadrados como seres de importância social e jurídica. Essa demanda por humanização coloca em análise a seguinte questão: as pessoas “trans” podem ser parte deste coletivo – a humanidade – ou estarão as normas de gênero e a sexualidade hegemônicas à frente de sua humanização, freando visivelmente a sua inclusão neste mesmo coletivo?

BUTLER explica que os termos de inteligibilidade de humanidade são compostos por normas e práticas que se tornaram pressuposicionais, e sem as quais não se consegue sequer conceber a ideia de humano¹⁰²⁸. Por outras palavras, torna-se inteligível, enquanto humano, através do processo de genderização: a ordem de gênero está enquadrada numa ideia de heterossexualidade hegemônica que cria uma coerência discursiva entre sexo, gênero e desejo. Esta matriz, ao seu turno, é um modelo de inteligibilidade de gênero e de representabilidade que constitui um determinado conceito de humanidade¹⁰²⁹. É a heteronormatividade que fabrica a noção do que vale a pena ser reconhecido como humano, o que demonstra que quanto menos se aproximem os sujeitos dessa representação, mais difícil será seu caminho para adentrar na categoria de humanidade, e conseqüentemente, serem considerados pessoas.

Essa crítica à noção de cidadania política e de cidadania sexual, bem como à categorização de pessoas no âmbito da “humanidade” é importante para demonstrar a necessidade de se inserir o discurso fraterno no que toca ao reconhecimento jurídico e ao reconhecimento social das identidades “trans”, assim como à configuração de uma cidadania sexual fraterna. Isso perpassa por uma reconstrução da noção de cidadania.

A reconstrução da noção de cidadania aponta para as dificuldades teóricas postas por uma compreensão dos direitos fundamentais como garantias identificadas prioritariamente com o espaço público. Por isso a importância de inserir o direito à identidade de gênero como parte do rol de direitos da personalidade, pois esse conjunto de direitos guarda relação, também, com os espaços privados.

¹⁰²⁸ Cf. BUTLER, 2003, p. 145.

¹⁰²⁹ Idem, ibidem, p. 146 e ss.

O pluralismo de identidades presente na nossa sociedade prova que as experiências dos indivíduos nas diversas esferas da existência podem ser muito diferentes. A capacidade de grupos majoritários de conformar normas jurídicas de acordo com seus interesses indica que a igualdade na esfera pública não implica em tratamento igualitário para todas as pessoas¹⁰³⁰. É por isso que PORTIS afirma que a identificação entre o sujeito jurídico e o sujeito heterossexual é um fator impeditivo de direitos por algumas razões importantes. Primeiro, ela estabelece uma clara separação entre o espaço público e o espaço privado, o que relega algumas identidades sexuais à esfera íntima. Segundo, forma-se também uma separação paralela na experiência psicológica do indivíduo, forçando-o a aceitar a heterossexualidade e suas normas de desejo e de gênero como uma identidade compulsória para que ele possa funcionar socialmente¹⁰³¹.

RICHARDS, acrescenta que para além disso, essa identificação ocasiona certa dificuldade no que toca à mobilização de coletivos estigmatizados historicamente, porque transforma a expressão pública de suas sexualidades e de suas identidades de gênero em ato que traz um alto risco pessoal, de maneira que a luta por direito quase sempre se torna uma fonte de mais discriminações¹⁰³². Assim, a identificação entre o sujeito jurídico e o sujeito heterossexual promove um completo processo de exclusão, o que impede o exercício da autonomia pessoal nas diferentes dimensões da existência. Dessa forma, a cidadania sexual necessita ser pensada a partir de outros fatores (que não apenas a igualdade e a liberdade) para que o ideal emancipatório da cidadania possa ser realizado, o que pode ser feito a partir do próprio texto constitucional, pois como afirmado, a Fraternidade enquanto categoria jurídica, é de lá extraída.

Para tanto e na tentativa de reconstruir o conceito de cidadania política e cidadania sexual, é importante compreender o texto constitucional como sistema de direitos que atuam de forma integrada, com vistas a proteger as diversas subjetividades da vida dos indivíduos. A cidadania possui no texto vigente *status* de princípio estruturante da

¹⁰³⁰ Cf. SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**. Ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 23 e ss.

¹⁰³¹ Cf. PORTIS, Edward. **Citizenship and Personal Identity**. Polity, v. 18, n. 3, pp. 457-472, 1986.

¹⁰³² Cf. RICHARDS, David. **Identity and the case for gay rights**. Chicago: University of Chicago Press, 2000, p. 171 e ss.

ordem jurídica e política, prestando, ao lado de outros vetores, a exemplo da dignidade humana, inteligibilidade às demais normas, definindo, inclusive seus propósitos e sentidos. Por possuir um caráter teleológico dentro da engrenagem da ordem jurídica, a cidadania deve ser considerada como um pressuposto lógico da operação de outras normas e regras, pois as diferentes dimensões desse princípio, e aí inclua-se sua dimensão sexual, indicam que o Ordenamento Jurídico nacional está erigido em torno da ideia de que o Estado existe para garantir direitos que possibilitem o efetivo exercício da autonomia individual.

Para que se compreenda adequadamente esse princípio, enquanto norma estruturante, faz-se necessário considerar suas relações com outras normas que estabelecem os objetivos fundantes da Ordem Jurídica constitucional, por exemplo, a solidariedade social e a promoção do bem de todos, as quais possuem estreita relação com a ideia de inclusão jurídica e social, que é o que se busca com a inserção do direito à identidade de gênero no rol de direitos de personalidade. Tanto a solidariedade social (que implica numa concepção de Fraternidade, em sentido estrito), quanto a promoção do bem de todos, sem discriminação, são verdadeiras metas direcionadas aos poderes estatais, para que no exercício de suas atividades, garantam a melhoria das condições de vida daqueles que, por alguma razão, são impedidos de participar de forma completa dos benefícios da cidadania.

Nesse sentido, a reconstrução do conceito de cidadania sexual necessita da proposta apresentada pela Fraternidade, enquanto um valor a nortear as questões ligadas às identidades “trans”, ao lado da liberdade e da igualdade. Diz-se isso porque ela se fundamenta numa moral de convivência com o outro, cujo objetivo é a superação do individualismo, chegando, a partir da ideia de reconhecimento do outro como sendo uma decorrência de si, a uma inserção da verdadeira ideia de humanidade, que transpõe as barreiras ditadas pelas normas de gênero e de sexualidade que foram incorporadas ao Direito. Portanto a ligação entre o Direito e a Fraternidade, no sentido de redefinir o referido conceito, tem por fim delinear o caminho para o bem comum, resignificando, inclusive, a concepção do que é “ser humano”, numa perspectiva de inclusão do outro.

A Fraternidade, pois, é o viés de inserção de todos e todas que vivenciam suas identidades de gênero fora dos padrões binários, no campo da humanidade e da cidadania, sendo através de sua relationalidade que se pode colher ou mesmo sugerir um novo conceito de cidadania sexual, que considere as diferentes formas de subjetividade, a qual nomeia-se “Cidadania Sexual Fraterna”, bem como a qual se sugere ser a pedra de toque apta a promover uma nítida humanização do coletivo

de pessoas “trans”, habilitando-os a ingressar na categoria de seres inteligíveis e dignos de tutela.

A Fraternidade enquanto prática de relacionalidade é o pressuposto que faltava para a recomposição do conceito de cidadania sexual. Como apresentado em linhas anteriores, o nível de cidadania sexual é dimensionado a partir da vinculação do sujeito em relação às normas de gênero: quanto mais próximo de uma total masculinidade ou de uma total feminilidade, o sujeito se aproxima de uma cidadania sexual plena. A cidadania sexual (que originariamente foi pensada também em relação às práticas sexuais e de performatividades de gênero não heteronormativas), aliada à concepção relacional da Fraternidade, coloca o “outro” no plural, e o faz enfraquecendo o ideal individualista que foi o construto da liberdade e da igualdade, permitindo que todas as performances de gênero, sem exclusão ou relativização, possam ingressar na categoria de humanidade (na acepção cunhada por BUTLER) vez que considera como requisito, para tanto, a noção de pessoa enquanto ser autônomo e livre (atributos da personalidade jurídica individual).

Dessa explicação deduz-se que por “Cidadania Sexual Fraterna” se deve entender o conjunto de fatores jurídicos, políticos, culturais e sociais, que permitem aos indivíduos exercerem suas identidades de gênero, assim como de expressá-las, sem que tal exercício e performance represente um decréscimo em termos de personalidade jurídica, permitindo a cada sujeito adentrar e permanecer na categoria de humanidade, estando apto a exercer os mesmos direitos e contrair as mesmas obrigações em caráter de igualdade e sem discriminação. Dissecando a expressão “Cidadania Sexual Fraterna”, tem-se que a resignificação da concepção de “cidadania sexual” permite a visibilidade e a legitimidade de todas as formas de subjetividades baseadas no exercício das identidades de gênero; a inserção da perspectiva fraterna a essa concepção, permite que se incorporem valores como justiça social e igualdade material, preceitos que estabelecem uma concepção de cidadania aberta, ampla e inclusiva. Esse compromisso, relativo a uma concepção substantiva de cidadania sexual, está presente no preâmbulo da Constituição vigente, onde é possível identificar a Fraternidade, enquanto um princípio moral e jurídico e como parâmetro de regulação social, ao lado de outros, tais como a igualdade, a liberdade, o desenvolvimento harmonizado com o bem-estar de todos e o respeito pelo pluralismo.

O conceito acima apresentado por si só expressa uma pluralidade de sentidos, pois procura considerar o reconhecimento social e, sobretudo, jurídico de direitos em diferentes instâncias na vida dos interessados. É

importante que se diga que essa concepção não afasta inteiramente a ideia tradicional de cidadania, ao contrário, ela enfatiza a importância da identidade sexual como forma de reconhecimento e de pertencimento social, tornando-se referência para o desenvolvimento da autonomia pessoal, pois o “ser cidadão sexual fraterno”, enquanto produto da subjetividade sexual, lança a proteção de todas as identidades de gênero, e suas correspondentes expressões, também, para o espaço público.

O alcance da “Cidadania Sexual Fraterna”, com efeito, não se restringe a possibilidade de os indivíduos poderem exercerem suas sexualidades e identidades de gênero de forma autônoma por meio de direitos sexuais. Esse conceito não ignora a importância dos direitos civis e políticos que informam a concepção tradicional de cidadania, mas sim, amplia essa importância, pois gera reflexos na fórmula jurídica da personalidade jurídica, incluindo nela a identidade de gênero. Isso significa que a possibilidade da autonomia pessoal requer que os grupos sexuais historicamente estigmatizados possam gozar das liberdades clássicas como a igualdade de tratamento pelas instituições públicas e privadas, congregando as garantias associadas ao constitucionalismo social, tais como aquelas categorias de direitos que procuram fornecer um mínimo existencial para todos os indivíduos. A “Cidadania Sexual Fraterna”, pois, congrega elementos da cidadania liberal e da cidadania sexual, porque as garantias fornecidas por elas são importantes para o funcionamento social adequado das pessoas.

Os argumentos lançados acima, em conjunto com os julgados cujas decisões foram trazidas anteriormente, demonstram pelo menos dois aspectos interessantes: O primeiro é que a Fraternidade, como princípio político, pode perfeitamente ser aplicada no Direito, transformando-se numa concreta categoria jurídico-social, pois ao funcionar como um verdadeiro elo entre a liberdade e a igualdade, entrega nova vida ao Direito Contemporâneo, justamente por libertá-lo das amarras individualistas que fomentaram a construção dos ordenamentos jurídicos ocidentais. O segundo é que a Fraternidade transcende a essa categoria de princípio, convertendo-se num valor que pode ter aplicabilidade em todas as áreas.

Sob esse segundo aspecto BAGGIO afirma que, antes de tudo, a Fraternidade é algo para ser vivida, porque somente vivendo-a é que ela poderá ser compreendida; vive-la não é um apanágio único e exclusivo dos cristãos, muito embora as raízes dela sejam reveladas por meio do Cristianismo. A Fraternidade é uma condição humana, ao mesmo tempo

dada, e por isso constitui um ponto de partida, mas também a ser conquistada, como compromisso de colaboração de todos¹⁰³³.

O Estado Democrático de Direito remetente deve buscar a realização e a garantia das subjetividades humanas, atingindo a todos os destinatários. Nascerá daí o Estado Fraterno de Direito, onde a Fraternidade como valor orientativo dos novos e velhos direitos significará uma necessidade de adequação da sociedade e do Direito às novas tecnologias de valoração do ser humano, despertando o respeito e o cuidado com o semelhante, o que criará nas palavras de NICKNICH “uma consciência difusa que conseqüentemente se transformará em atitudes mais humanas”¹⁰³⁴.

Nesse sentido, inserir a perspectiva fraterna no reconhecimento das identidades de gênero vividas fora dos marcos heteronormativos, significa alargar a concepção de cidadania política e de cidadania sexual, dando ao Direito um novo fôlego que sintetiza tanto a ideia de dignidade humana prevista no texto constitucional vigente, como também a atribuição de responsabilidade pelo outro à toda comunidade, o que certamente abrirá caminho para uma ruptura no que se refere à toda perspectiva individualista que foi construída no decorrer dos últimos dois séculos, estabelecendo, nesse sentido, um cuidado com o outro que desemboca no empoderamento de cada ser social como agente transformador do futuro.

A Fraternidade, assim, aplicada às questões de identidade de gênero, e em especial às identidades “trans” funcionará como uma possibilidade real de reconhecimento dos demais, de suas identidades e de suas personalidades jurídicas integrais (direito ao nome, à autonomia, à disposição do corpo, etc), apresentando a todos e todas o desafio de serem plenamente humanos, (porque de fato ela, a Fraternidade, se realiza no mundo da vida), desafio este a ser experimentado pelas pessoas que compartilham o mundo, o que consiste numa cuidadosa atenção com o outro, entendida como o reconhecimento recíproco de cidadãos legais, livres e fraternos.

A proposta de aplicação da Fraternidade em relação ao tema aqui em discussão permitirá a concretização dos princípios da liberdade e da igualdade, os quais, ainda nos dias atuais seguem limitados em relação ao

¹⁰³³ Cf. BAGGIO, A., 2008, p. 55.

¹⁰³⁴ NICKNICH, M., 2011, p. 63.

coletivo de pessoas que vivem suas identidades de gênero fora dos marcos heteronormativos fixados no momento do nascimento, o que compromete, sobremaneira o direito à felicidade, ao bem estar social e comunitário, assim como o respeito à humanidade que é própria de todos os seres humanos, já que todos os membros da sociedade devem ter a garantia de participar, exercer e possuir as mesmas oportunidades que possibilitem uma vivência fraternal, para assim fortalecerem as relações e a convivência social, alcançando uma real e plena cidadania. Nas palavras de OLIVEIRA, o ser fraterno para com o outro é reconhecer e incluir todos e todas como sujeitos titulares de todos os direitos, que não podem nem devem ser limitados ou restringidos dentro de um Estado Democrático de Direito¹⁰³⁵.

O reconhecimento da identidade de gênero como um direito decorrente da personalidade jurídica individual, a partir da concepção de Cidadania Sexual Fraterna, certamente implicará na promoção de uma igualdade e de uma liberdade que partirá das diferenças e das peculiaridades próprias da diversidade humana. Essa cidadania fraterna, ao ser praticada e vivenciada, resultará em uma relacionalidade que reconhecerá os direitos de todos os seres humanos, sem diferenciá-los de maneira discriminatória (a exemplo das diferenciações relativas à sexualidade, ao gênero e à identidade de gênero), tanto nos aspectos individuais como nos aspectos coletivos, funcionando como um fator chave para o fortalecimento de todas as relações humanas.

A superação do preconceito em relação ao coletivo de pessoas “trans”, a partir do viés fraterno, abrirá novas possibilidades para que cada indivíduo que vivencie essa identidade, assim como as famílias, a sociedade e o próprio Estado, possa exercer um papel mais efetivo no que toca à pacificação social, bem como na conformação das determinações contidas no art. 3º, incisos I e IV da CF/88, os quais prescrevem ser objetivos fundamentais do Estado brasileiro construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, pois que ao se reconhecer o direito à identidade de gênero como parte da personalidade jurídica individual, estabelecendo-se a Cidadania Sexual Fraterna, estar-se a fomentar, para além do direito à felicidade, os valores sociais protegidos pelo constituinte, assim como os direitos fundamentais

¹⁰³⁵ Cf. OLIVEIRA, O., 2016, p. 401.

cuja proteção marca a ideia de Constituição cidadã atribuída à atual lei maior do país.

CONCLUSÃO

Em evento realizado na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, durante a semana de visibilidade “trans” de 2016, uma das defensoras públicas estaduais presentes afirmou: “Em pleno século XXI, ainda estamos lutando por direitos civis!” Por mais que se viva em tempos posteriores à Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como de diversos instrumentos jurídicos internacionais de importância ímpar para o mundo, por mais que os indivíduos tenham seus direitos supostamente garantidos, ainda se vive tempos em que nem todas as pessoas são consideradas sujeitos com *status* jurídico pelas instituições e pelo Estado. Há limitação nessa ideia de indivíduo, pois os processos sociais, as relações de poder e a força normativa de ideais regulatórios operam processos de seletividade de acesso aos mais básicos direitos. O peso da palavra “supostamente”, entre a garantia e a falta de garantia de direitos, mascara, por exemplo, o genocídio de pessoas trans no Brasil¹⁰³⁶.

A conclusão da presente tese de doutoramento não representa o término das problemáticas que envolvem as limitações ao gozo e ao exercício de direitos por parte de pessoas transgêneras no Brasil. Ao contrário, a finalização desse estudo revela que o Direito, enquanto ciência, está a caminhar, ainda a passos curtos, no sentido de reparar ou compensar esse coletivo de pessoas em razão do “esquecimento” jurídico a que sempre esteve envolto.

Desde a estruturação dos estudos “Queer”, na década de 1980, temas como a sexualidade, mas, sobremaneira, como o gênero, ganharam notoriedade acadêmica. Isso implicou numa crescente produção científica, da qual os estudos demonstraram que todo o conhecimento que havia sido produzido até então era falho, pois não considerava a identidade como um instrumento de inclusão, visto que as culturas jurídica e social não reconheciam as inúmeras possibilidades de se vivenciar o gênero dentro do espectro existente entre as masculinidades e as feminilidades. A Teoria “Queer”, então, revelou que para além de dois sexos, dois gêneros, dois corpos e todas as demais dualidades que sempre permearam o pensamento ocidental, existem sujeitos que se inserem em outras perspectivas de subjetividade, assim como, que as identidades derivadas do gênero compõem as incontáveis possibilidades de vida,

¹⁰³⁶ Segundo dados do GGB, até o dia 24 de março de 2017, já foram assinadas 108 pessoas em razão de homo-transfobia.

típicas de um mundo plural, no qual não existe, biologicamente e culturalmente, nenhum ser humano igual a outro. Deu-se voz e vez aos que sempre foram postos à margem.

Discutir gênero no campo do Direito é uma tarefa difícil, mas não impossível. Difícil porque a Ciência Jurídica ocidental foi construída sob as bases do pensamento moderno, eminentemente heterossexual, e excludente no que toca as formas de vida que se afastam dos padrões de normalidade construídos nos últimos quatro séculos, cuja matriz foi eminentemente europeia. Não impossível, porque a despeito disso, outras ciências cuidaram de investigar os fatos sociais e, cada uma com sua limitação quanto ao objeto de pesquisa, pôde evidenciar aspectos que o Direito jamais alcançaria. A Antropologia e a Sociologia, por exemplo, deram seu contributo no que concerne aos estudos ligados à sexualidade e ao gênero, de forma que ao tratar de temas como o que se discutiu nessa tese, essas ciências deram grande contribuição doutrinária, na medida em que foi sob suas bases teóricas que as variáveis não jurídicas contidas nesse trabalho foram descritas.

Tendo como referência a normatividade internacional dos Direitos Humanos e a existência de órgãos de proteção e de controle desses direitos, como explicar para alguém que, em pleno século XXI, em plena “sociedade democrática”, em um Estado que possui Constituição formal, com a presença e a proteção dos direitos individuais e coletivos, e sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana, existe parcela significativa de pessoas que estão alijadas dos mais básicos direitos que conformam a personalidade jurídica do ser humano? Essa é uma tarefa árdua que as futuras gerações terão de lidar, da mesma forma como hoje mostra-se impossível justificar que até meados do século atual, as empregadas domésticas ainda não possuíam os mesmos direitos trabalhistas entre aos demais trabalhadores.

Liberdade, igualdade, nome, segurança, intimidade, autonomia, para não suscitar muitos, são exemplos de direitos básicos que não compõem o rol de direitos de pessoas transexuais no Brasil. Todos esses direitos são negados (diz-se negados porque efetivamente nunca foram entregues) tendo por base um único carácter dos tantos que moldam a personalidade do indivíduo: a vivência de uma identidade de gênero que foje aos padrões forjados como normais pela sociedade ocidental: sim, pela sociedade ocidental. A cultura oriental atribui outra relevância às questões de identidade de gênero, a exemplo da Coreia do Sul, onde os homens que mais possuem características ocidentalmente atribuídas ao feminino, são exaltados e memorados.

Os direitos mencionados no parágrafo anterior, compõem a Personalidade Jurídica individual, que para o ordenamento jurídico brasileiro, tem início com o nascimento com vida (art. 2º, do Código Civil de 2002). A composição dessa personalidade, ou seja, os direitos que a integram, foi fruto de toda uma Ciência Jurídica calcada numa perspectiva de vida ocidental europeia. Inobstante a mudança que se impôs no mundo após a Segunda Guerra Mundial, onde após os horrores perpetrados pelo nazifascismo emergiu uma crescente proteção em relação aos Direitos Humanos, a forma como os direitos individuais foram reconstruídos revelou que a dualidade feminino x masculino continuou a ser o modelo de composição do espectro da personalidade, deixando de lado tudo e todos que se afastassem dessa divisão binária.

O presente trabalho considerou analisar a identidade de gênero como parte da personalidade jurídica. Essa opção se deu porque é a personalidade jurídica individual que detém significativa carga valorativa que permite a inserção da identidade dos sujeitos como parte integrante de sua realidade moral. Aliás, o primeiro capítulo dessa tese cuidou justamente de situar o leitor acerca da construção histórica e jurídica da personalidade e dos direitos que comumente a ela estão relacionados. Para tanto, optou-se por estabelecer como ponto de partida dessa reflexão as concepções que moldaram o conceito de pessoa, desde a Antiguidade Clássica, passando pelo medievo, pela modernidade, chegando à Idade Contemporânea. Esse caminho deu maior evidência às concepções que se formaram a partir das Revoluções Atlânticas, sobremaneira, a Revolução Francesa, quando tiveram formatação jurídica e política os princípios da Liberdade, da Igualdade e da Fraternidade.

Também ficou consignado no capítulo inicial a forma como se deu a positivação dos Direitos da Personalidade. Os chamados Direitos Fundamentais, durante o século XIX, foram alvo de uma espécie de privatização, quando então começaram a ser alocados dentro dos Códigos Cívís, sob a nomenclatura de Direitos da Personalidade, de maneira desordenada e sem maiores considerações doutrinárias. A primeira disciplina sistemática desses direitos, em verdade, ocorreu na Itália, em 1942, quando o Código Civil trouxe em seu texto a proteção do direito ao nome, das disposições do corpo e da imagem, desvinculando, de certa forma, tais direitos da ideia de direitos públicos fundamentais.

A valorização da pessoa humana como ser dotado de dignidade recolocou o indivíduo como primeiro e principal destinatário da ordem jurídica dos Estados, fazendo com que as relações privadas também fossem tuteladas pelo Direito Constitucional, fenômeno que foi batizado de constitucionalização do Direito Privado. Ocorre que esse processo de

proteção da Personalidade Jurídica Individual ganhou contornos maiores, pois extrapolou os limites territoriais dos Estados nacionais e conclamou a comunidade internacional para tal fim, o que promoveu uma alteração paradigmática nos sistemas jurídicos ocidentais, ante suas participações em organismos internacionais de proteção do homem, criados no decorrer do século XX, sobretudo após a Segunda Guerra. Soma-se à concepção de Direitos da Personalidade, a noção de dignidade humana.

No caso particular do Brasil, os Direitos da Personalidade sempre estiveram presentes nas Constituições, sob a denominação de direitos individuais ou direitos fundamentais. Na Constituição de 1988, o País estabeleceu, através da normatividade do princípio da dignidade humana, o chamado Direito Geral de Personalidade, ao estabelecer que os direitos e garantias trazidos no texto constitucional não excluiriam outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fosse parte. Aliás, foi justamente por intermédio dessa abertura que cogitou-se incluir no espectro da personalidade o direito à identidade, como fonte de outros direitos, a exemplo do direito ao nome.

No segundo capítulo, objetivou-se apresentar os contornos da identidade de gênero. Para tanto, de início, considerou-se apresentar as diferenças entre o sexo, a sexualidade e o gênero. O sexo, representa a realidade biológica de cada indivíduo, e a importância de seu estudo se deu, a partir da constatação de que foi o binarismo sexual o primeiro responsável por conceder ininteligibilidade aos corpos, na medida em que cada pessoa só adquiriria representatividade na sociedade a partir dessa definição. O binarismo sexual produto da formatação Iluminista somado às questões de reprodução (que emergiam numa Europa devastada por pestes e doenças ainda sem cura) estabeleceu as relações de dominação de um sexo sobre outro e toda estrutura de relações sociais montada a partir dessa relação. Essa hierarquização, que considerava apenas a genitália do indivíduo como importante, demonstrou que, em verdade, o próprio sexo é uma construção social.

Diferentemente do que se abordou acerca do sexo biológico, a sexualidade guarda ligação com o desejo afetivo e sexual desempenhado por uma pessoa, em relação aos seus parceiros sexuais e afetivos. Trata-se de um referente que determina por qual sexo ou por quais sexos determinada pessoa sente-se atraída. A importância de diferenciar a sexualidade do sexo é que foi a orientação sexual desempenhada pelos corpos que nos dois últimos séculos tornou-se objeto privilegiado do olhar de cientistas, religiosos, psiquiatras, antropólogos, educadores etc., passando a se constituir, efetivamente, numa questão. Foi na Medicina

que a sexualidade terminou por, ao lado do sexo, ser unificada como instituto biológico voltado para a reprodução da espécie, o que fez com que todos os demais atributos ligados ao erotismo e ao desejo, desde sempre tidos como sexuais, passassem a ser submetidos a essa exigência primordial. A sexualidade, então, foi identificada com a genitalidade e com a heterossexualidade, sendo dessa forma que a relação entre sexualidade e reprodução permaneceu como um problema para todas as disciplinas que desejassem pensá-la. Da mesma forma como aconteceu em relação ao sexo, a sexualidade dos corpos deixou de lado seu aspecto natural para inserir-se no campo da construção social, visto que sua regulação e vigilância pelas instituições, passou a dimensionar o comportamento de homens e mulheres, influenciando, inclusive, nas relações de gênero.

O estudo específico das identidades de gênero foi feito partindo-se da construção doutrinária acerca do gênero como manifestação identitária.

Tendo como referência as principais doutrinas feministas, apresentou-se o gênero sob diversas concepções: gênero como variável binária, gênero como papéis dicotomizados, gênero como uma variável psicológica, como sistemas culturais, como relacional, como categoria de análise e como norma. Essa última concepção representa a mais atual ideia acerca do gênero, a qual foi descrita pela Filósofa Judith Butler. Por essa concepção, ao contrário das outras concepções apresentadas, a autora avança e introjeta o gênero numa perspectiva muito mais jurídica do que unicamente social ou cultural, eis que a regulação que se realiza em relação às performances de gênero (identidades de gênero) é repressora e punitiva, pois é a partir dessa regulação que se institucionaliza o processo pelo qual as pessoas são consideradas ou não, normais. Gênero, então, seria o aparato pelo qual a produção e a normalização do masculino e do feminino se manifestam junto com as formas intersticiais, hormonais, cromossômicas, físicas e performativas.

A explicação e diferenciação apresentada sobre o trinômio sexo-sexualidade-gênero ganha relevância quando se pretende explicar o que é a identidade de gênero. A identidade de gênero se refere ao sentimento de pertencimento individual aos universos masculino e feminino, ou mesmo a todo o universo existente entre essas duas perspectivas: o ser masculino, o ser feminino, o ser ambos e o não ser nenhum. Esse sentimento não se confunde com a expressão de gênero, vez que esta última se refere à forma como cada sujeito se apresenta perante a sociedade, seja através da indumentária, dos traços, da forma de andar. Isso quer dizer que possuir uma identidade de gênero é uma coisa, expressar essa identidade é outra.

A personalidade jurídica individual liga-se justamente à ideia de identidade de gênero, pois as demandas de qualquer sujeito que possua uma identidade que esteja fora do padrão de normalidade heterocentrado, dizem respeito justamente à necessidade de que se reconheça o seu sentimento individual de pertencimento ao universo dos gêneros, ou seja das masculinidades e das feminilidades. Daí porque a demanda principal do coletivo de pessoas “trans” é a adequação do assento de nascimento, para que ele demonstre, a realidade do sentimento individual de cada um em relação aos gêneros.

Se a personalidade jurídica tem seu início a partir do nascimento com vida, questionou-se se ela permitiria ou não o exercício digno das diversas identidades de gênero construídas fora desse marco binário. A discussão desse problema de pesquisa, realizada no capítulo terceiro, demonstrou ao menos três considerações: (i) os Direitos da Personalidade são efetivos direitos fundamentais; (ii) os aspectos ligados à identidade de gênero conformam um núcleo de subjetividade que está protegido pela normatividade atribuída à personalidade jurídica; (iii) essa normatividade pode ser verificada a partir de três vetores principiológicos expressamente previstos no texto constitucional vigente, a saber, os reflexos produzidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, o Princípio da Liberdade e todos os seus desdobramentos e o Princípio da Igualdade, o qual engloba a proteção à diferença e à não-discriminação.

Verificou-se, nesse sentido, que apesar de a normativa constitucional conter o chamado Direito Geral de Personalidade, o qual possibilita a inserção de outros direitos, além dos previstos, taxativamente, no texto legal, a identidade de gênero resta excluída de proteção, alocando parcela significativa da sociedade brasileira numa espécie de invisibilidade social e jurídica, produzindo e mantendo a exclusão de pessoas transexuais. As próprias decisões utilizadas como forma de aprofundar a discussão do problema deixam claro que os fundamentos utilizados para o não reconhecimento do direito à identidade de gênero não guardam proximidade com a principiologia humanista adotada pela Constituição Federal de 1988. A consequência dessa falta de previsão legal é um sem número de decisões judiciais que sob vários fundamentos colocam as pessoas “trans” numa situação de vulnerabilidade jurídica, resultando numa onda de insegurança, a qual enfraquece a unidade do sistema jurídico nacional.

O terceiro capítulo também registrou duas situações acerca do direito à identidade de gênero. A primeira, se refere a superação da insegurança jurídica que circundava a República Argentina, antes da

aprovação da Lei de identidade de gênero. Essa insegurança, assim como acontece no Brasil atualmente, estava ligada à atuação dos tribunais argentinos, que concediam tutelas jurídicas diferentes em casos idênticos. A superação a que se refere foi fruto da aprovação daquela lei, no entanto, o que se observou, a partir dos gráficos apresentados, foi que o nível de cidadania e de dignidade das pessoas interessadas aumentou significativamente, o que sugere que, caso se aprove legislação similar no Brasil, será possível, ao menos formalmente, reparar os anos de invisibilidade social e jurídica a que estão submetidos todos e todas que compõem o coletivo de pessoas transgêneras.

O quarto capítulo cuidou em verificar a hipótese da pesquisa, bem como de explicar a proposta da tese.

A hipótese levantada afirmou que o rol de direitos extraídos da personalidade jurídica, tanto no texto constitucional quanto no Código Civil não resguardariam plenamente o respeito e a dignidade das pessoas que reivindicam o trânsito entre os gêneros. Após toda a análise realizada, tem-se a comprovação da hipótese, e justifica-se. A Liberdade, protegida pela legislação pátria, e seus princípios correlatos, tais como a autonomia, a autodeterminação, a vida privada e o livre desenvolvimento da personalidade, cujos fundamentos jurídicos abarcariam a proteção do exercício das identidades de gênero de pessoas transexuais, não se prestam a entregar a devida proteção a esse coletivo de pessoas. Ao contrário, a Liberdade é uma fantasia jurídica, pois ao ser negada, desconfigura a própria noção dinâmica da personalidade, cujo desenvolvimento pressupõe uma esfera de autonomia que assegure condições para as escolhas voltadas ao interesse pessoal. A Igualdade, ou a falta dela, também mitiga a dignidade das pessoas transexuais; a tutela da pessoa, dentro de um ordenamento jurídico, não se completa sem o direito de ser respeitado e de ser acolhido pela sociedade, pois desvirtua-se e delegitima-se a possibilidade de ser diferente, fazendo com que em razão disso, a pessoa esteja inclusa numa parcela da sociedade vítima de exclusão e de discriminação, que no caso de pessoas transexuais, é crescente em número e grau.

A harmonização entre o direito de a pessoa se identificar com o gênero diverso daquele atribuído ao seu sexo e o direito de assumir essa identidade de gênero perante a sociedade, como expressão de sua dignidade, com o interesse estatal que se faz presente na identificação civil das pessoas, somente poderá ser alcançada a partir do reconhecimento jurídico da identidade de gênero de pessoas transexuais entre os Direitos da Personalidade.

Com efeito, inobstante se tenha constatado que a Liberdade e a Igualdade, enquanto princípios constitucionais, pudessem dar conta de aborver essa perspectiva identitária como um direito de personalidade, ao se verificar a falência desses princípios, optou-se por sugerir o resgate da Fraternidade, como forma de fomentar a promoção e o reconhecimento da situação jurídica de pessoas transgeneras, a partir da dignidade humana, enquanto fundamento do Estado brasileiro. Ao registrar-se a ideia de biologização dos corpos e da patologização dos comportamentos de gênero, cujas identidades sejam vividas fora dos marcos heteronormativos para os sexos, o Princípio da Fraternidade se lança como solução aos limites impostos pela contemporaneidade, pois tal princípio engendra uma responsabilidade social, individual e coletiva, que anuncia uma concreta ligação entre a Liberdade e a Igualdade, a remodelar a concepção liberal de direitos.

Não é difícil constatar que tais princípios não compuseram de forma concreta as engrenagens democráticas que se formaram desde a composição da tríade francesa. É nesse sentido que se apresentou a Fraternidade como uma via para a solução de alguns conflitos em que a Igualdade e a Liberdade sozinhas não se prestam a resolver, como é o caso do reconhecimento jurídico de pessoas “trans” no Brasil. De princípio esquecido à mola propulsora do que se chama Estado Fraterno de Direito, a Fraternidade lança um novo olhar sob as questões ligadas ao trânsito entre os gêneros, fugindo do sistema de medicalização de condutas que ainda hoje existe em muitos países, enquanto fruto de uma formação política e jurídica que privilegia o sexo em detrimento das individualidades de gênero. Lança a Fraternidade uma nova forma de encarar o diverso, enquadrando-o como algo que “nos faz tão igual aos demais”.

Com base nas considerações doutrinárias e na aplicabilidade direta do Princípio da Fraternidade, se propôs uma resignificação do conceito de cidadania sexual, o qual foi construído no sentido de definir a capacidade de efetivo exercício da sexualidade e das diversas expressões de gênero (aqui incluída a identidade de gênero), aliadas aos direitos e deveres decorrentes do exercício da cidadania. Ocorre que a visibilidade que tal conceito proporcionou envolveu ativamente políticas de semelhança e de normalização (com heterossexuais), deixando de lado todas as performatividades públicas mais transgressoras para os gêneros binários, de maneira que ao invisibilizar as expressões e as identidades de gênero não heteronormativas, revelou a natureza inerentemente sexual da cidadania, pondo fortemente em questão a existência de modelos de cidadania baseados em princípios heterossexuais e patriarcais.

A heteronormatividade, enquanto uma prática regulatória do sexo, do gênero e do desejo, estabelece condições não apenas para a intelegibilidade dos sujeitos, mas também para a intelegibilidade da cidadania sexual, transformando a concepção de cidadania em algo exclusionista. É por essa razão que se afirmou que o próprio conceito de cidadania é caracterizado pela exclusão baseada nas normas de gênero e sexuais, mitigando os princípios da liberdade e da igualdade em relação a grupos que divergem das normas reguladoras.

Todavia, como a demanda do coletivo “trans”, muito mais do que configurar uma luta por igualdade e por liberdade, reveste-se numa verdadeira luta pelo reconhecimento de humanidade, questionou-se se as pessoas “trans” podem ser parte deste coletivo – a humanidade – ou estarão as normas de gênero e a sexualidade hegemônicas à frente de sua humanização, freando visivelmente a sua inclusão neste mesmo coletivo? A resposta para tal questionamento engendrou na construção de um conceito de cidadania sexual que abarcasse essa demanda por humanização: a Cidadania Sexual Fraternal.

Por Cidadania Sexual Fraternal se considerou ser o conjunto de fatores jurídicos, políticos, culturais e sociais, que permitem aos indivíduos exercerem suas identidades de gênero, assim como de expressá-las, sem que tal exercício e performance represente um decréscimo em termos de personalidade jurídica. Essa concepção que alarga o conceito de “cidadania sexual”, permite a cada sujeito adentrar e permanecer na categoria de humanidade, estando apto a exercer os mesmos direitos e contrair as mesmas obrigações em caráter de igualdade e sem discriminação. Ao dissecar a expressão “Cidadania Sexual Fraternal”, observou-se que a resignificação da concepção de “cidadania sexual” permite dar visibilidade e legitimidade a todas as formas de subjetividades baseadas no exercício das identidades de gênero, assim como que a inserção da perspectiva fraternal a essa concepção, permite que se incorporem valores como justiça social e igualdade material, preceitos que estabelecem uma concepção de cidadania aberta, ampla e inclusiva. Esse compromisso decorre, dentre outros lugares, do preâmbulo da Constituição vigente, onde é possível identificar a Fraternidade, enquanto um princípio moral-jurídico e como parâmetro de regulação social, ao lado de outros, tais como a igualdade, a liberdade, o desenvolvimento harmonizado com o bem-estar de todos e o respeito ao pluralismo.

No caso do Brasil, como o exercício das identidades de gênero ainda transita pela invisibilidade, em razão da inexistência de leis que disciplinem essa matéria, mister que o Estado e a sociedade entendam que as experiências de masculinidade e feminilidade e suas decorrências, não podem ser encaradas como transtornos mentais, mas sim como uma das possíveis formas de expressão da identidade dos sujeitos. Um novo olhar que sobreponha os saberes dados como universais (ocidentais) e que tenha como base os saberes colhidos a partir das vivências dessas experiências deve ser lançado sobre o coletivo de pessoas “trans” que, a cada dia, luta para ocupar os espaços e sair, de vez, da invisibilidade que lhes acompanha.

Não se está a defender que apenas a criação de uma lei possa resolver de vez todos os problemas ligados à vulnerabilidade social a que estão submetidas as pessoas “trans”, em razão da inexistência jurídica que lhes acompanha, todavia, como restou evidenciado a partir dos gráficos trazidos no capítulo terceiro, há experiências concretas de Estados que, ao criarem e aprovarem legislação que trate de especificar os contornos jurídicos das identidades de gênero, promoveram uma importante mudança no que toca à perspectiva de vida de todos e todas que compõem o coletivo de pessoas transexuais. Os números deixaram claro que uma lei pode funcionar como uma mola propulsora quanto a dignificação de pessoas que historicamente foram excluídas da sociedade, assim como, que pode estabelecer um ponto divisor de mudança cultural, progressiva e contínua, que enseje o respeito a pessoas que vivenciem experiências individuais não praticadas pela maioria dos sujeitos, numa determinada sociedade.

A perspectiva Fraternal que se sugere inserir quando da consideração da identidade de gênero como um dos espectros da personalidade jurídica inaugura no Brasil um novo caminho em torno da promoção dos direitos de coletivos estigmatizados, os quais também fazem parte e merecem ser protegidos pela democracia brasileira. A questão das identidades de gênero possui vários aspectos a serem considerados, no entanto, no que toca ao debate jurídico do tema, o reconhecimento de igual dignidade em relação ao exercício de direitos básicos funcionará como o ponto de partida para a construção de um novo olhar sobre o diferente, sobremaneira quando, aos olhos da Fraternidade, cada um se colocar no lugar do outro, e mais, se enxergar como reflexo de seu semelhante, num ato de empatia que certamente promoverá todos e todas à categoria de cidadãos de primeira classe, como reclama um real Estado Democrático e Fraternal de Direito.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, verbete *liberalismo*.

AGESTA, Luis Sánchez. **Hacia un nuevo perfil del derecho constitucional francés**. Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Año nº 6, Nº 17, 1986, págs. 337-344.

ALEXY, ROBERT. **A theory of constitutional rights**. Trad. Julian Rivers. New York: Oxford University Press, 2004.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Cristiane Avancini. **Os direitos da personalidade e suas conexões intra, inter e extra-sistemáticas**. In: Revista Jurídica. Sapucaia do Sul – RS, n.º 330, abr. 2005.

ALVES, Jônes Figueiredo. **Abrço de torcedores na Euro resgatou o Princípio da Fraternidade**. Disponível em:
<http://www.conjur.com.br/2016-jul-17/jones-figueiredo-abraco-torcedores-euro-resgatou-fraternidade>.

ALVES, Jairo de Lima. **O ciclo do tempo**. In: O Livro do Pucci – A/0794 – (Parte XVII). Recanto do Escritor. Disponível em:
http://jairodelimalves.blogspot.com.br/2010_04_01_archive.html. Acesso em 14 Mar. 2017.

AMARAL, Francismo. **Direito Civil**. Introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARAL, Mônica Guimarães Teixeira do. **Os três ensaios sobre a teoria da sexualidade: um texto perdido em suas sucessivas edições?** Psicologia USP, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 63-84, jan. 1995. ISSN 1678-5177. Disponível em:
<<http://www.revistas.usp.br/psicousp/article/view/34521/37259>>.

AQUINO, Tomás de. **Do Direito, da Justiça e das suas partes integrantes**. In Suma Teológica, Trad. de Alexandre Correia, Biblioteca do Ministério Público, vol. XIV, 1937.

_____. **Suma Teológica**. Trad. de Alexandre Correia. Biblioteca do Ministério Público, 1937.

ARAÚJO, Cristine Borges da Costa. **A adoção por casal homoafetivo**. Disponível em: < <http://araujoecosta.com/images/1.pdf>>.

ARGENTINA. Fundación Huésped y ATTTA. **Ley de identidad de género y acceso al cuidado de la salud de las personas “trans” en Argentina**, 2014.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. Teoria Geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

ASLAN, Nicola. **História geral da Maçonaria**: fastos da maçonaria brasileira. Londrina/PR: A trolha, 1997.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Borheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAGGIO, Antônio Maria (Org). **O Princípio esquecido**. Trad. Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria Almeida. Vargem Grande Paulista, São Paulo: Cidade Nova, 2008, Vol. 1.

_____. **Fraternidade e reflexão politológica contemporânea**. In: O Princípio esquecido. Trad. Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria Almeida. Vargem Grande Paulista, São Paulo: Cidade Nova, 2008, Vol. 2.

_____. **A ideia de fraternidade em duas Revoluções**: Paris 1789 e Haiti 1791. In: O Princípio esquecido. Trad. Durval Cordas, Iolanda

Gaspar, José Maria Almeida. Vargem Grande Paulista, São Paulo: Cidade Nova, 2008, Vol. 1.

BALZER, Carsten. **Eu acho que transexual é aquele que disse:** Eu sou transexual. Reflexiones etnológicas sobre la medicalización globalizada de las identidades trans a través del ejemplo de Brasil. In: MISSÉ, M. & COLL PLANAS, G. (eds.). El género desordenado. Críticas en torno a la patologización de la transexualidad. Madrid: Égales, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Brasileiro.** A construção de um Conceito Jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade.** Revista trimestral de direito civil. Rio de Janeiro, v. 16, p. 59-102, out. – dez., 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATTAGLIA, Fernando. **Los derechos fundamentales del hombre, del ciudadano y del trabajador:** esencia, evolución, perspectivas futuras y Declaración de derechos en Estudios de Teoría del Estado. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia: Madrid, 1966.

BAUMAN, Zigmunt. **Identidade:** entrevista a Benedetto Vecchi. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

_____. **Identidade no mundo globalizante.** In: A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas. Tradução de José Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Jahar, 2008.

BEAUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo.** Vol 2. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BENJAMIN, Henry. **Transvestism and transsexualism.** International Journal of Sexology, v. 7, n.1, 1953.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Tradução de Padre Antônio Pereira de Figueredo. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 2000. Edição Ecumênica.

BIAU, Camila. **Além das sete cores**: um documentário *queer*. Projeto experimental apresentado como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Comunicação Social, Habilitação em Rádio e Televisão, ao Departamento de Comunicação Social da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Bauru, 2011.

BISCARETTI, Paolo. **Derecho Constitucional**. Trad. P. Lucas Verdú. Madrid: Tecnos, 1965.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

_____. **O direito na pós-modernidade**. Revista Sequência, Florianópolis, vol. 29, n. 57. Dez/2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br>.

BLAUBERG, I. **Diccionario marxista de filosofia**. Cidade do México: DR e Ediciones de Cultura Popular S.A, 1978.

BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade?** São Paulo: Brasiliense, 2008.

_____. **A (re)invenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond/Clam, 2006.

_____. **Da transexualidade oficial às transexualidades**. In: PISCITELLI, Adriana; GREGORI, Maria Filomena; CARRARA, Sérgio (Orgs.). Sexualidade e saberes: convenções e fronteiras. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

_____. BENTO, Berenice. **Nome social para pessoas trans**: cidadania precária e gambiarra legal. Contemporânea, São Carlos/SP, v. 4, n. 1 p. 165-182 Jan.–Jun. 2014. Disponível em: <
<http://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/viewFile/197/101>>.

BENTO, Berenice; PELÚCIO, Larissa. **Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas.** Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 570, jun. 2016. ISSN 0104-026X.

Disponível em:

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2012000200017/22863>>.

BERLIN, Isaiah. **Dois conceitos de liberdade.** In: Quatro ensaios sobre a liberdade. Brasília: UNB, 1981.

BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

BERTONCELLO, Franciellen. **Direitos da Personalidade: uma nova categoria de direitos a ser tutelada.** Dissertação de Mestrado. Centro Universitário Maringá. Disponível em:

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp021795.pdf>.

BIROLI, Flávia. **O público e o privado.** In.: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. Feminismo e política. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Kant e as duas liberdades.** In: BOVERO, Michelangelo (Org.). Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

_____. **Da liberdade dos modernos comparada à dos pósteros.** In: Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Org. Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002.

_____. **Elogio e serenidade e outros escritos morais.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOVERO, Michelangelo. **Identità individuali e collettive**. *In*: Ricerche politiche due. Identità, interessi e scelte collettive. Trad. Camila Gonçalves. Il Saggiatore: Milano, 1983, p. 33.

BRITTO, Carlos Aires. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BUTLER, Judith. **Corpos que pensam**: sobre os limites discursivos do sexo. *In*: LOURO, Guacira. O corpo educado – Pedagogias da sexualidade. Trad. Tomaz Tadeu da Sila. Belo Horizonte: Autêntica, 1999.

_____. **O gênero em disputa**. O feminismo e a subversão da identidade. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. **Bodies that matter**: on the discursive limits of sex. New York/London: Routledge, 1993,

_____. **Regulações de gênero**. Cad. Pagu, Campinas, n. 42, p. 249-274, Junho 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332014000100249&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 19 Mar. 2017.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado Internacional de Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

_____. **A personalidade e capacidades jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 3, n. 3, p. 3-33. 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

CARRIGAN, Tim; CONNELL, Bob; LEE, John. **Toward a New Sociology of Masculinity**. *Theory and Society* 14, no. 5, 1985, p. 551-604. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/657315>>.

CARRILLO, Jesús. **Entrevista com Beatriz Preciado**. *Cad. Pagu, Campinas*, n. 28, p. 375-405, June 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332007000100016&lng=en&nrm=iso>.

CARVALHO, Orlando de. **Teoria do direito civil**. Sumários desenvolvidos. Coimbra, 1981.

_____. **A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. 2. ed. atual. Coimbra: Centelha, 1981.

CASTEL, Pierre-Henri. **Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do "fenômeno transexual" (1910-1995)**. *Rev. bras. Hist. São Paulo*, v. 21, n. 41, p. 77-111, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01882001000200005&lng=en&nrm=iso>.

CLIFFORD, James. **Routes – Travel and translation in the late twentieth century**. Londres: Harvard University Press, 1997, p. 107-113. Disponível em: <http://www.columbia.edu/itc/anthropology/schildkrout/6353/client_edited/week6/week6--clifford.pdf>.

CONDE, Enrique Álvarez. **El Estado Constitucional el Sistema de Fuentes los Derechos y Libertades**. In: *Curso de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Tecnos, v.1, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, moral e religião no mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. **A afirmação história dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil Português: parte geral**. Coimbra: Almedina, 2004.

CÓRDOBA, David; SÁEZ, Javier; VIDARTE, Paco. **Teoria Queer: políticas bolleras, maricas, trans, mestizas**. 2. ed. Madrid: Editorial Egales, 2005.

COSTA, Claudia de Lima. **O leito de procusto: gênero, linguagens e teorias feministas**. Cadernos Pagu, v. 2, 1994.

COSTA, Jurandir Freire. **O direito à espontaneidade**. Folha de São Paulo, 09 de setembro de 2010. Disponível em: <
<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs0909200109.htm>>.

COSTA, Ronaldo Pamplona. **Homossexualidade: saúde x doença**. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

COUTO, Edvaldo Souza. **Transexualidade: O corpo em mutação**. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 1999.

CHRISTOPHER, Mccrudden. **Dignity and Judicial interpretation of human rights**. European Journal of Internacional Law, n. 19, 2008.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade**. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CYRINO, Rafaela. **Essencialismo de gênero e identidade sexual: o caso das mulheres executivas**. Cadernos Especializados Feministas, Uberlândia/MG, v. 24, n. 1, p. 79-102, Jan./Jun. 2011. Disponível em: <
<http://www.seer.ufu.br/index.php/neguem/article/download/14219/8140>>.

COSTA, Jurandir Freire. **O referente da identidade homossexual**. In: Richard Parker e Regina Maria Barbosa (Orgs.), *Sexualidades Brasileiras*. Editora Relume Dumará: ABIA: IMS/UERJ, Rio de Janeiro 1996.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

_____. **O direito à liberdade**. In: Os direitos da personalidade. Tradução de Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais, 1962.

_____. **O Direito ao resguardo**. In: Os direitos da personalidade. Tradução de Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais, 1961.

DALY, Mary. **Gyn/Ecology: The metaethics of Radical Feminism**. Boston: Beacon Press, 1978.

DEL VECCHIO, Jorge. **La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en la Revolución francesa**. Madrid: Hijos de Reus, 1957, p. 168. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=623>.

DERRIDA, Jaques. **Choréographies – entrevista com Christie V. McDonald**. In: DERRIDA, J. *Point de Suspension – Entretien*. Paris, Galilée, 1992.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Abril Cultura, 1973.

DIAS, Ana Cristina de Souza Pires. **Alcíbiades primeiro de Platão: estudo e tradução**. Dissertação de Mestrado - Universidade de São Paulo (USP). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas São Paulo, 2015, p. 16 e ss. Disponível em: <http://www.bv.fapesp.br/pt/bolsas/136106/alcibiades-primeiro-de-platao-estudo-e-traducao>.

DOMÍNGUEZ, Andres Gil. **La verdad: un derecho emergente**. Buenos Aires: La Ley, 1999.

DONEDA, Danilo. **Os direitos da personalidade no novo Código Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DWORKIN, Ronald. **A democracia é possível aqui**: princípios para um novo debate político. Princeton: Princeton University Press, 2006.

_____. **The sovereign virtue**: the theory and practice of equality. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002.

DURO, Renato. **Interdição de gênero**: a lei que silencia o corpo. Conpedi 2015 – Direito, Arte e Literatura. Coordenadores: André Karam Trindade, Marcelo Campos Galuppo, Astreia Soares –. Florianópolis, SC. Disponível em: <
<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/y861uih8/mJ7k6Liv8y6Y863N.pdf>>.

ECO, Humberto. **Entrevistas sobre o fim dos tempos**. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

_____. **Como se faz uma tese**. 20. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

EVANS, David. **Sexual citizenship**: The material construction of sexualities. London: Routledge, 1993.

FACHIN, Luiz Edson. **Fundamentos, limites e transmissibilidade** – Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro. Revista da EMERJ, v. 8, nº31, 2005.

_____. **Direito da Personalidade no Código Civil Brasileiro**: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. Obra coletiva em homenagem à Professora Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Ed. Método, 2006.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **A "reconstitucionalização" do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios**. Revista Jurídica, a. 52, n. 324, p. 16-19, out-2004.

_____. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FAUSTO-STERLING, Anne. **Dualismo em duelo**. Cadernos Pagu, Campinas: Núcleo de Estudos de Gênero – Pagu, n. 17/18, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: La ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Aspectos de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

FERREYRA, Fernando Britos. **Anotaciones sobre la recepción del derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina**. 2010, p. 1. Disponível em: <
<http://estudiojuridicobritosferreyra.blogspot.com.br/2010/10/ anotaciones-sobre-la-recepcion-del.html>>.

FLORES, Joaquin Herrera. **La construcción de las garantías**. Hacia una concepción antipatriarcal de la libertad y la igualdad. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia. Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FORTE, B. **Jesus de Nazaré, História de Deus, Deus da História:** ensaio de cristologia como história. São Paulo: Paulinas, 1985.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade.** A vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 2008. Vol. 1.

_____. **Vigiar e Punir.** Nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramalhete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRANÇA, Manoel. (Org) **A Pessoa e a Mensagem de Jesus.** São Paulo: Loyola, 2002.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Direitos da personalidade.** Revista dos Tribunais. São Paulo, n.º 567, jan. 1983.

_____. **Instituições de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 1994.

FREUD, Sigmund. **Três ensaios de teoria da sexualidade.** Trad. Paulo Dias Correa. Rio de Janeiro, Imago, 2002.

FRIEDLI, Lynne. **Mulheres que se faziam passar por homens:** um estudo das fronteiras entre os gêneros o século XVIII. In: ROUSSEAU, G. S; PORTER, Roy (orgs.) Submundos do sexo no iluminismo. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

FUSS, Diana. **Dentro/fora.** In.: CARBONELL, N; TORRAS M. Feminismos literarios. Madrid: Arco/Libros, 1999.

GALBRAITH, John Kenneth. **A era da incerteza.** São Paulo: Pioneira, 1986.

GALENO, Eduardo. **As veias da América Latina.** São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GARCÍA, David Córdoba. **Teoría Queer:** Reflexiones sobre sexo, sexualidad y identidad. Hacia una politización de la sexualidad. In.: Teoría Queer: políticas bolleras, maricas, trans, mestizas. 2. ed. Daví Córdoba, Javier Sáez y Paco Vidarte (org.). Barcelona: Editorial EGALES, 2005.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a tutela da personalidade**. Curitiba: UFPR, 1997. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da UFPR, 1997.

_____. **A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador**. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GILTROY, Paul. **The Black Atlantic: modernity and double consciousness**. Londres: Verso, 1993.

GIORGIANI, Michele. **O direito privado e suas atuais fronteiras**. In Revista dos Tribunais. V. 747, p. 35-55.

GOODWIN, Marjorie. **He-saide-she-said: talk as social organization among black children**. Bloomington: Indiana University Press, 1990.

GOMES, Orlando. **A reforma do Código Civil**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1965.

_____. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Transexualidade e Direitos Humanos: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2014.

GRÓCIO, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz** (De Jure Belli ac Pacis), v. I. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí/Fondazione Cassamarca, 2004.

GROSSI, Mirian Pillar. **Identidade de gênero e sexualidade**. In.: Antropologia em primeira mão. N. 6. Florianópolis: PPGAS/UFSC, 1995.

GUIMARÃES, José Maurício. **Maçonaria Moderna e as Constituições de Anderson**. Disponível em: <https://liberdadeeamorcassia.mvu.com.br/site/maconaria-moderna-e-as-constituicoes-de-anderson/1GnsuwQgoq4-3/nta.aspx>. Acesso em 19 Mar. 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge, MA: MIT Press, 1996.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HALPERIN, David. **One hundred years of homosexuality and others essays on Greek love**. New York: Routledge, 1990.

HEILBORN, M. **Usos e abusos da categoria gênero**. In. HOLLANDA, H. B. de (org.) *Y Nosotras Latinoamericanas? Estudos sobre gênero e raça*. Fundação Memorial da América Latina, 1992.

HINES, S. **A pathway to diversity?: Human rights, citizenship and the politics of transgender**. *Contemporary Politics*, 15, 2009. p. 87-102.

HOBSBAWN, Eric J. **A Revolução Francesa**. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. A gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

HURRELL, Andrew. **Nationalism and the politics of identify**. In: *On Global Order. Power, values, and the Constitution of International Society*. Nova York: Oxford University Press, 2007.

JELLINEK, Véase. **Declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano**. Trad. A. Posada. Madrid: Suaréz, 1998.

JUSTE, Oriol Farrés. **Trazas de la fraternidad:** Para una antropología filosófica. Propuesta de Simposio para el I Congreso de la REF: Fraternidad. Trayectoria histórico - conceptual de un concepto político. Angel Puyol (Coord.), Valencia, set., 2014.

_____. **La amistad cívica en aristóteles:** concordia y fraternidad. Anales del seminario de história de la filosofía, américa do norte, p. 41-67, n. 32, mar. 2015. Disponível em: <<http://revistas.ucm.es/index.php/ashf/article/view/48679>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

JACOBUS, Mary. **In parenthesis:** Immaculate concepçion and feminine desire. In.: *Body/Politics: Women and the discourses of Science*. Londres: Routledge, 1990.

KANT, Immanuel. **Lógica.** Trad. Guido Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.

_____. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes.** Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. **Crítica da razão prática.** São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 79-80.

LACAN, Jaques. **Seminário XI.** Los cuatro conceptos fundamentales del psicoanálisis. Editorial Paidós. Buenos Aires, 2006.

LAFARGUE, Paul. **O direito à preguiça.** São Paulo: Hucitec; Unesp, 1999.

LAFER, Celso. **Reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

_____. **A internacionalização dos direitos humanos.** Barueri: Manole, 2005.

_____. **O moderno e o antigo conceito de liberdade.** In: *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo: Perspectiva, 1980.

_____. **Filosofia do Direito e princípios gerais.** In: ALVES, Alaôr Caffé; LAFER, Celso; GRAU, Eros Roberto; COMPARATO, Fábio Konder; TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O que é Filosofia do Direito? Barueri: Manole, 2004.

LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean-Bertrand. **Fantasia originaria, fantasías de los orígenes, origen de la fantasía.** Trad. Stella Abreu. Buenos Aires: Gedisa Editorial, 1985, p. 29-30. Disponível em: <<http://documents.mx/documents/fantasia-originaria-fantasia-de-los-origenes-origenes-de-la-fantasia.html>>.

_____. **Diccionario de psicoanálisis.** Trad. Daniel Laga. 6. ed. Buenos Aires: Paídos, 2004.

LAQUEUR, Thomas. **Inventando o Sexo** – corpo e gênero dos gregos a Freud. Trad. Vera Whately. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

LARROSA, Jorge. **Pedagogia Profana:** danças, piruetas e mascaradas. Trad. Alfredo Veiga-Neto. Porto Alegre: Contrabando, 1998.

LAROUSSE, Cultural. São Paulo: Nova Cultural, 2006.

LIONÇO, Tatiana. **Atenção integral à saúde e diversidade sexual no processo transexualizados do SUS:** avanços, impasses, desafios. Physis, Rio de Janeiro, v. 19, n.1, p. 43-63, 2009.

LOMBARDI, José Claudinei; SAVIANI, Demerval; NASCIMENTO, Maria Isabel Moura. **Navegando pela história da educação brasileira.** Campinas, São Paulo: HISTEDBR, 2006.

LOPES, Denílson. **O homem que amava rapazes.** Rio de Janeiro: Aeroplano, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado.** Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Teoria da Decisão Judicial.** Fundamentos de Direito. Tradução de Bruno Miragem. Notas e revisão da tradução de Claudia Lima Marques. São Paulo: RT, 2009.

LOTT, Berenice. **A feminist critique of Androgyny**: toward the elimination of gender attributions for learned behavior. In: MAYO, C; HENLEY, N. (Orgs.) Gender and nonverbal behavior. New York: Spring-Verlag, 1981.

LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho**: ensaios sobre sexualidade e teoria queer. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

_____. **Corpos que escapam**. Estudos feministas: volume 04. Brasília/Montreal/Paris: Labrys, 2003.

_____. **Gênero, sexualidade e educação**: uma perspectiva pós-estruturalista. Petrópolis: Vozes, 1997.

LOYOLA, Maria Andréia. **A sexualidade nas Ciências Humanas**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1998.

MACHADO, Paula Sandrini. **O sexo dos anjos**: um olhar sobre a anatomia e a produção do sexo (como se fosse) natural. Cadernos Pagu (24), jan-jun, p. 249-281. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n24/n24a12.pdf>>.

LUBICH, Chiara. **Ideal e luz**. Pensamento, espiritualidade e mundo unido. São Paulo: Cidade Nova, 2003.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídico-constitucional**. Disponível em: <http://portalciclo.com.br>.

MALTZ, Daniel; BORKER, Ruth. **A cultural approach to male-female miscommunication**. In.: J.J Gumperz (org). Language and social identify. Cabridge: Cambridge University Press, 1982, p. 196-216.

MARCEL, Gabriel. **Creative Fidelity**. Trad. R. Rosthal. Nova York: Farrar, Strauss & Co, 1994.

MARIANO, Silvana Aparecida. O sujeito do feminismo e o pós-estruturalismo. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 13, n. 3, p. 483-505, Dec. 2005. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2005000300002&lng=en&nrm=iso>.

MARINHO, Josaphat. **Os direitos da personalidade no projeto de novo Código Civil brasileiro**. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 247. SZANIAWSKI, 2005.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito: conceito, objeto, método**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MEAD, Margareth. **Sexo e Temperamento**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1976.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., 17. tir. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELO, Cláudio Ari. **Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos da personalidade**. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MICHELET, Jules. **História da Revolução Francesa – da queda da Bastilha à festa da Federação**. Tradução de Maria Lucia Machado; consultoria e introdução Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, Círculo do Livro, 1989.

MILL, Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução de Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2006.

MIRAGEM, Carlos. **Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MIRALLES, Angela Aparisi. **La declaración de independencia americana de 1776 y los derechos del hombre**. Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca), n. 70 (1990). Disponível em: http://www.juntadeandalucia.es/educacion/vscripts/w_bcc1812/w/rec/4175.pdf.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, t. IV.

MOI, Toril. **Teoria Literária Feminista**. Trad. Amaia Barcéna. Madrid: Cátedra, 1988.

MOLINA PETIT, C. **Debates sobre el género**. *In*: C. Amorós (ed): *Feminino y filosofía*. Thémata, Síntesis, Madrid, 2000.

MANACORDA, M. A. **História da Educação**: da antiguidade aos novos dias. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAES, Walter. **Concepção tomista de pessoa**: um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista Forense*. Nº 590, São Paulo, 1984.

MORAES, Maria Lygia Quartim de. **Usos e limites da categoria gênero**. *Cadernos Pagu*, v. 11, 1998.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A parte geral do Projeto do Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/231/393>.

MOREAU, Jacques-Louis. **Histoire naturelle de la femme**. Vol 1. (Paris, 1803), p. 15. Disponível em < <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k42702w/f3.item.zoom>>.

MORIN, Edgar. **O método 6 – Ética**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

NASSIF, Luis. **As divisões do feminismo**, 2012. Disponível em: < <http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/as-divisoes-do-feminismo>>.

NICKNICH, Monica. **A fraternidade como valor orientativo dos novos direitos na pós-modernidade**. *In*: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Direitos na Pós-modernidade: a fraternidade em questão*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, parte I.

NOGUEIRA, Maria Beatriz Bonna. **Empreendedorismo Normativo e Direitos Humanos: O Brasil e a Promoção Internacional dos Direitos LGBT.** In: Direito Internacional Atual. Coord. Liliana Lyra Jubilut. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

NUNES, Sílvia Alexim. **O Corpo do diabo entre a cruz e a caldeirinha: um estudo sobre mulher, o masoquismo e a feminilidade.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

NOLÊTO, Flávio Pereira; AREDES, Ueslei Vaz. **Jesus Cristo: Verdadeiro Deus e verdadeiro homem, segundo Hans Kessler.** Revista de Magistro de Filosofia, Anápolis-MG, Ano VIII, nº17, 2015/2. Disponível em: < http://catolicadeanapolis.edu.br/revmagistro/wp-content/uploads/2015/10/01_No17.pdf>

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra, 2003.

OCKHAM, William. **Seleção de obras.** In: Os Pensadores, vol. VIII: TOMÁS DE AQUINO et al., Seleção de textos. Seleção de Ph. Boehner. Trad.de C. L. de Mattos. São Paulo: Abril, 1973.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **O Estado de direitos e os direitos da personalidade,** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 532, p. 12-23, fev. 1980.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Mulheres e trabalho: desigualdades e discriminações em razão de gênero – o resgate do princípio da fraternidade como expressão da dignidade humana.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. **O princípio da fraternidade no âmbito das revoluções moderna e contemporânea.** In.: Direitos na Pós-modernidade: a fraternidade em questão. Org.: Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Assembleia general. **Resolución n. 2435/2008 de 03 de jun. de 2008.** Derechos humanos,

orientación sexual e identidad y expresión de gênero. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf>.

_____. Assembleia general. **Resolución n. 2504, de 04 de jun. de 2009a.** Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de gênero. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2504_XXXIX-O-09.pdf>.

_____. Assembleia general. **Resolución 2600, de 08 de jun. de 2010.** Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de gênero. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2600_XL-O-10_esp.pdf>.

_____. Assembleia general. **Resolución n. 2653, de 07 de jun. de 2011b.** Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2653_XLI-O-11_esp.pdf>.

_____. Assembleia general. **Resolución n. 2721, de 04 de jun. de 2012b.** Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de gênero. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2721_XLII-O-12_esp.pdf>.

PECES-BARBA, Gregorio Martinez. **Los derechos del hombre en 1789:** reflexiones en el segundo centenario de la Declaración francesa. Anuário de Filosofia do Direito VI, 1989, p. 57-128. Disponível em: http://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10387/derechos_Peces_AFD_1987.pdf?sequence=1.

_____. Assembleia general. **Resolución n. 2807, de 06 de jun. de 2013b.** Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf>.

PEREIRA, Mário Eduardo Costa. **Krafft-Ebing, a Psychopathia Sexualis e a criação da noção médica de sadismo.** Rev. latinoam. psicopatol. fundam., São Paulo, v. 12, n.2, p. 379-386, June 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-47142009000200011&lng=en&nrm=iso>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. **¿Civerciudadaní@ o ciudadaní@.com?**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2003.

PERES, Ana Paula. Barion. **Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **Direitos de personalidade e sua tutela**. Perfis de Direito Civil. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Perfis de Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução e introdução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2001.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PINTO, Joana Plaza. **Conexões teóricas entre performatividade, corpo e identidades**. DELTA, São Paulo, v. 23, n. 1, p. 1-26, 2007. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-44502007000100001&lng=en&nrm=iso>.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Código Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: DPJ, 2008.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PISCITELLI, Adriana. **Gênero**: a história de um conceito. In: ALMEIDA, Heloisa Buarque de; SZWAKO, José (Orgs.). *Diferenças, igualdade*. São Paulo: Berlendis & Vertecchia, 2009.

PIZZOLATO, Filippo. **A Fraternidade no Ordenamento Jurídico Italiano**. In: BAGGIO, Antonio Maria. *O princípio esquecido*. Trad. Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria Almeida. Vargem Grande Paulista, São Paulo: Cidade Nova, 2008, Vol. 1.

PLATÃO. **A República**. Bauru, SP: Edipro, 1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000.

PORTIS, Edward. **Citizenship and Personal Identity**. *Polity*, v. 18, n. 3, pp. 457-472, 1986.

POSSENTI, Vitorio. **Il principio-persona**. Roma, Armando Editore, 2006.

POST, Robert. **Dignity, autonomy, and democracy**. Working papers, Institute of Governmental Studies, 2000-11. Disponível em: <http://igs.berkeley.edu/publications/working_papers/WP2000-11.pdf>.

_____. **Constitutional domains**: democracy, community, management, Cambridge: Harvard University Press, 1995.

POZZOLI, Lafayette; HURTADO, André Watanabe. **O princípio da fraternidade na prática jurídica**. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 27, p. 287, jan/2011.

PUFENDORF, Samuel Von. **Os Deveres do Homem e do Cidadão (de acordo com as Leis do Direito Natural)**. Trad. Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Editora Topbooks, 2007.

RAMOS, Andre de Carvalho. **Processo internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAWLS, John. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 2005.

_____. **The idea of overlapping consensus**. Oxford Journal of Legal Studies, n. 7, 1987.

_____. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

REALE, Miguel. **Introdução à Filosofia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

RIALS, Stéphane. **La déclaration des droits de l'homme et do citoven**. Paris: Hachette, 1988.

RICHARDS, David. **Identity and the case for gay rights**. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

RICHARDSON, David. **Desiring Sameness? The Rise of a Neoliberal Politics of Normalisation**. Antipode, 37, 2005.

RICOEUR, Pablo. **Sí mismo como otro**. In.: El sí de la identidad narrativa. Madrid, Siglo XXI, 1996.

_____. **Percurso do Reconhecimento**. Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2006.

RIDOLA, Paolo. **A dignidade humana e o princípio liberdade na cultura constitucional europeia**. Coordenação e revisão técnica de Ingo Wolfgang Sarlet. Tradução de Carlos Luiz Streapazon e Tula Wesendonck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero**: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROPELATO, Daniela. **Notas sobre Participação e Fraternidade**. In: O Princípio esquecido. Trad. Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria

Almeida. Vargem Grande Paulista, São Paulo: Cidade Nova, 2008, Vol. 1.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Emílio ou Da Educação**. Tradução Roberto Leal Ferreria. 4a.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Editora Ridendo Castigat Moraes. Disponível em: <http://www.ebookbrasil.org>.

RUGGIERO, Roberto. **Instituições de Direito Civil**. Campinas: Booksellers, 1999, v I.

SCOTT, Joan. **Gênero**: uma categoria útil de análise histórica. Educação e Realidade, vol. 16, n. 2, p. 05-19, 1990. Disponível em: <http://compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/JoanScott_Genero_umacategoriautil.pdf> Acesso em 17. Mar. 2017.

_____. **Preface a gender and politics of history**. Cadernos Pagu, nº. 3, Campinas/SP 1994.

SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de. OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; **O exercício fraterno das identidades de gênero**: a transexualidade para além da igualdade e da liberdade. In: Participação, democracia e cidadania na perspectiva do Direito iberoamericano.1 ed. Florianópolis: Conpedi, 2016, v.3, p. 235-261.

SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de; GURGEL, Yara Maria Pereira. **Caminhando entre a (in) visibilidade**: uma análise jurídica sobre o projeto de lei nº5.012/2013 – Lei de Identidade de Gênero. Revista Direito e Liberdade – Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte. V. 16. n. 1. p. 55-72.

SÁ, Fernando de Almeida. **Senso moral e política**: uma história da idéia de fraternidade/humanidade nos liberalismos dos séculos XVIII e XIX. Rio de Janeiro, 2008. 297 f. Tese (Doutorado em História) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2008.

SALIH, Sara. **Judith Butler e a Teoria Queer**. Tradução e notas de Guacira Lopes Louro. São Paulo: Autêntica, 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à Intimidade e à Vida Privada**: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Minas Gerais: Del Rey, 1998.

SANTOS, Valeria Reis. **A constituição do direito na Grécia clássica**. Portal TJRS, 2003, p. 16-17. Acesso em: 17 Mar. 2017.

SANTOS, Alberto Silva. **A internacionalização dos direitos humanos e o sistema interamericano de proteção**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

SANTOS, Tânia Coelho dos. **A dimensão real da desinserção na ordem simbólica**. Revista *aSEPHallus*, Rio de Janeiro, vol. VI, n. 11, nov. 2010 / abr. 2011. Disponível em: www.nucleosephora.com/asephallus.

SANTOS, Natália De Toni Guimarães dos; FORTES, Isabel. **Algumas considerações sobre o campo do biológico em Freud, Laplanche e Lacan**. *Psicol. clin.*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, p. 131-149, Junho de 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652013000200008&lng=en&nrm=iso. Acesso em 16 mar. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAVAGNONE, Giuseppe. **Fraternidade e comunicação**, com especial referência à comunicação jornalística. *In*: BAGGIO, Antonio Maria

(Org.). O princípio esquecido/2: exigências, recursos e definições da fraternidade na política. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

SCHNEIDER, T (Org.). **Manual de Dogmática**. Vol. 1. Tradutores: Walter. O Schlupp, Ilson Kayser e Luís M. Sander. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SEDGWICK, Eve. **Tendencies**. Londres: Routledge, 1994.

SERRANO, Nicolás Perez. **La evolución de las declaraciones de derechos**. Discurso de abertura do curso de Direito da Universidade de Madri. Madri: Artes Graficas, 1990.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Sexualidad y bioética**. La problemática del transexualismo. Disponível em: https://www.personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/AA_005752_resource1_orig.doc.

SILVA, Moacyr Motta da. **A ideia de valor como fundamento do Direito e da Justiça**. In.: DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELLO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. Política Jurídica e Pós-Modernidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SILVA, Tomaz Tadeu da. **Documentos de identidade**: uma introdução às teorias do currículo. Belo Horizonte: Autêntica, 1999.

SIMIÃO, Daniel Schroeter. **Gênero no mundo do Trabalho**. Cadernos de Gênero e Tecnologia. Ed. UTFPR, ano 1, n. 1, 2005.

STADEN, Heinrich von. Herophilus: **The art of Medicine in early Alexandria**. Cambridge: University Press, 1989, p. 168-186. Disponível em: <<http://docuk.download/topdf/herophilus-the-art-of-medicine-in-early-alexandria-by-heinrich-von-staden.pdf>>.

STOLLER, Robert J. **Masculinidade e feminilidade**: apresentações do gênero. Trad. Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artes Medicas, 1993.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**. Ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. 2. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: RT, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. In.: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira**. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II.

_____. **O Código Civil e o Direito Civil Constitucional**. In: _____. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. Madrid: Réus, 1995.

TOCQUEVILLE, Alexis. **O antigo regime e a Revolução**. Trad. Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

THORNE, Barrie. **Gender and social groupings**. In.: RICHARDSON, Laurel & TAYLOR, Vera (orgs). *Feminist Frontiers: Rethinking Sex, Gender and Society*. New York: Addison-Wesley, 1983.

TOSI, Giuseppe. **A fraternidade é uma categoria política?** In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). *O princípio esquecido/2: exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

TRUYOL, Antonio. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1968.

TUCIDES (c.460 – c.400 a.C). **História da Guerra do Peloponeso/Tucídides**. Prefácio de Helio Jaguaribe; Trad. do grego de Mário da Gama Kury. -4ª. edição - Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001 XLVII.

VANCE, Carole. **A antropologia redescobre a sexualidade**. Um comentário teórico. *Phisys: Revista de Saúde Coletiva*, v. 5, n. 1, pp. 7-31, 1995.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; VIANA, Thiago Gomes. **LGBTi e o sistema interamericano de direitos humanos: A construção da cidadania internacional arco-íris**. In: Vladmir Oliveira da Silveira; Jefferson Aparecido Dias; Ana Maria D'Ávila Lopes. (Org.). *Direito internacional e direitos humanos I - Anais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI*. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v., p. 332-361.

VENETTE, Nicholas. **Conjugal love; or the pleasures of the marriage bed considered in several lectures on human generation**. 20. ed. Londres: *Journal of European Studies*, 1984.

VERDÚ, Pablo Lucas. **La crisis de la teoría del Estado en la actualidad Federalismo y estado federal La teoría de la Constitución en el marco del Derecho político**. *Curso de Derecho Político*. 3. ed. Madrid v.2, 1986.

VIDARTE, Paco. **El banquete uniueersitario: disquisiciones sobre la s(ab)er queer**. In.: CÓRDOBA, David; SÁEZ, Javier; VIDARTE, Paco. *Teoria Queer: políticas bolleras, maricas, trans, mestizas*. 2. ed. Madrid: Editorial Egales, 2005.

WALTERS, Pau Crego. **Construir lo que somos**. In: MISSÉ, Miguel; COLL-PLANAS, Gerald. *El gênero desordenado: criticas en torno a la patologización de la transexualidad*. Barcelona e Madrid: Egales, 2011.

WARAT, Luis Alberto. **A Fantasia Jurídica da igualdade: Democracia e Direitos Humanos numa pragmática da singularidade**. In: *Revista Sequência*, nº 24, set./1992, Florianópolis,SC, p. 39-40.

WEEKS, Jeffrey. **El malestar de la sexualidad**. Significados, mitos y sexualidades modernas. Madrid: Talasa, 1993.

WITTIG, Monique. **The category of sex**. In *The straight mind and other essays*. New York: Beacon Press, 1992.

WOLFF, Cristina Scheibe; SALDANHA, Rafael Araújo. **Gênero, sexo, sexualidades: categorias do debate contemporâneo**. *Revista Retratos da*

Escola, Brasília, v. 9, n. 16, p. 29-46, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.esforce.org.br>>. Acesso em 16 mar. 2017.

WOLLSTONECRAFT, Mary. **Reivindicação dos direitos da mulher**. Trad.: Ivania Pocinho Motta. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

YOUNG, Iris Marion. **Polity and group difference**. A critique of the idea of universal citizenship. *Ethics*, v. 99, n. 2, pp. 250-274, 1989.

ANEXOS