

IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR

DIVERSIDADES ÉTNICAS E CULTURAIS E GÊNERO

JANAÍNA RIGO SANTIN

CLAUDIA STORINI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D618

Diversidades Étnicas e Culturais e Gênero [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UASB

Coordenadores: Claudia Storini; Janaína Rigo Santin. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-676-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. IX Encontro Internacional do CONPEDI (9 : 2018 : Quito/ EC, Brasil).

CDU: 34



IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR

DIVERSIDADES ÉTNICAS E CULTURAIS E GÊNERO

Apresentação

Diversidades étnicas e culturais e gênero I

Nos eventos promovidos pelo CONPEDI, a análise interdisciplinar é fator desejável e que acrescenta um salto qualitativo nas pesquisas jurídicas. No Grupo de Trabalho “Diversidades Étnicas e Culturais e Gênero I”, procura-se fornecer um embasamento teórico e crítico relativo ao fenômeno jurídico enquanto instrumento racional de poder, o qual passa a dialogar com outras áreas do conhecimento como a psicologia, a psicanálise, a criminologia, a bioética, a história, a sociologia, os estudos de gênero, cultura, etnia e envelhecimento humano, bem como as ciências ambientais e de saúde coletiva.

Dessa forma, entende-se que a complexidade das relações sociais, familiares, culturais e jurídicas neste limiar do século XXI exige um novo olhar do fenômeno jurídico, interdisciplinar, que deve ser capaz de conviver com as diversidades sem jamais olvidar que o ser humano é o valor-fonte maior do Direito. Dele surge e para ele é destinado, como instrumento de pacificação social imprescindível para o reconhecimento da dignidade humana em toda a sua plenitude.

É justamente nesse contexto que se pôde visualizar a complexidade das relações humanas, as quais foram magistralmente defendidas e debatidas no Grupo de Trabalho “Diversidades Étnicas e Culturais e Gênero I”, no IX Encontro Internacional do CONPEDI, que ocorreu nos dias 17, 18 e 19 de outubro de 2018, na cidade de Quito, no Equador, em parceria com a Universidad Andina Simón Bolívar (UASB) e apoio do Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN) e Pontificia Universidad Católica do Equador (PUC-Ecuador). Nesta edição, tratou-se de Pesquisa empírica em Direito, com a temática: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, Teoria do Estado e o Ensino do Direito.

O Equador situa-se na linha geográfica que une dois hemisférios, por isso é referência mundial. Simbolicamente, no GT sobre “Diversidades Étnicas e Culturais e Gênero I”, buscou-se também fazer a união na diferença. Aproximar tudo o que nos diferencia, bem

como valorizar nossas diferenças e singularidades, as quais nos fazem reconhecer enquanto seres humanos, detentores de uma vida digna, independente de etnia, gênero, idade, classe social, credo, estado civil ou cultura.

As organizadoras e coordenadoras do Grupo de Trabalho “Diversidades étnicas e culturais e gênero I” parabenizam e agradecem aos autores dos trabalhos que formam esta obra, pela valiosa contribuição científica de cada um, o que por certo será uma leitura interessante e útil à comunidade acadêmica latino-americana. Reiteramos a satisfação em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI internacional, que se constitui, atualmente, o mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito no Brasil e no exterior.

Janaína Rigo Santin - Universidade de Passo Fundo

e-mail: janainars@upf.br

Claudia Storini - Universidad Andina Simón Bolívar

e-mail: claudia.storini@uasb.edu.ec

A PARTICIPAÇÃO DE ATLETAS TRANSEXUAIS NO ESPORTE E O CONFLITO DE DIREITOS.

THE PARTICIPATION OF TRANS ATHLETES IN SPORT AND THE CONFLICT OF RIGHTS.

**Luis Guilherme Krenek Zainaghi
Maria Cristina Zainaghi**

Resumo

No presente trabalho passamos a estudar os atletas que, por sua transexualidade enfrentam problemas de ordem profissional e pessoal. Vivemos um momento de grandes transformações na sociedade e, claro, temos que repercutir essas mudanças também no universo jurídico, assim faz-se necessário dedicarmos a pesquisar os direitos do transexuais e o direito deles na busca da igualdade. Buscaremos tratar principalmente dos transexuais no âmbito do atletismo, principalmente porque nos esportes há distinção entre o sexo feminino e o masculino, surgindo assim um problema extra. Para podermos discorrer sobre o tema, nós utilizaremos do método hipotético dedutivo.

Palavras-chave: Transexuais, Esporte, Igualdade, Princípios

Abstract/Resumen/Résumé

In the present work we study the athletes who, for their transsexualism, face professional problems. Transformations in society also resonate in the legal universe. So it is necessary to devote ourselves to researching the rights of transsexuals and their right to seek equality. We will seek to deal mainly with transsexuals in athletics, mainly because in sports there is a distinction between the female and the male, thus emerging an extra problem. In order to be able to discuss the subject, we will use the hypothetical deductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Transsexuals, Sport, Equality, Principles

Introdução

Nas últimas décadas o assunto da sexualidade das pessoas vem ganhando uma notória importância social, vez que são cada vez mais frequentes as discussões sobre casamento homossexual, direitos e obrigações dos transexuais, dentre tantos outros problemas.

Essas discussões acabam chegando, também, ao universo esportivo, onde esbarram não em preconceito ou discriminação, mas no conflito entre direitos e princípios.

De um lado, temos o direito do(a) atleta transexual em competir e exercer o seu labor como atleta profissional desportivo, sem qualquer discriminação, e de outro temos o princípio desportivo da igualdade da competição.

Assim, o presente trabalho visa estudar e discutir a participação da pessoa transexual no universo desportivo, analisando a evolução histórica e principalmente o conflito entre princípios gerados por essa situação nova, mas cada vez mais comum, para tanto nos valeremos do método hipotético dedutivo.

1. Definição Legal de transexual

Primeiramente, é importante estudarmos e conceituarmos o transexual do ponto de vista jurídico, pois, obviamente, o conceito se amplia e atravessa outras áreas, como a médica e a psicológica.

Maria Helena Diniz (1998: p. 28/29) assim define em seu dicionário jurídico:

“Transexual: Medicina legal e psicologia forense. 1. Aquele que não aceita o seu sexo, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto (Hojda), sendo, portanto, um hermafrodita psíquico (H. Benjamin). 2. Aquele que, apesar de aparentar ter um sexo, apresenta constituição cromossômica do sexo oposto e mediante cirurgia passa para outro sexo (Othon Sidou). Tal intervenção cirúrgica para a mulher consiste na retirada dos seios, fechamento da vagina e confecção de pênis artificial, e para o homem, na emasculação e posterior implantação de uma vagina (Paulo Matos Peixoto). 3. Para a Associação Paulista de Medicina, é o indivíduo com identificação psicosssexual oposta aos seus órgãos genitais

externos, com o desejo compulsivo de muda-los. 4. Aquele que, tendo morfologia genital masculina, sente-se psicologicamente mulher, rejeitando seu papel de ‘gênero’ masculino até buscar a alteração de sua anatomia para assumir aparência física feminina. Correspondentemente, há mulheres em situação análoga (Aldo Pereira)”

Aracy Augusta Leme Klabin (1995. p. 203) define o transexual:

O transexual é um indivíduo, anatomicamente de um sexo, que acredita firmemente pertencer ao outro sexo. Essa crença é tão forte que o transexual é obcecado pelo desejo de ter o corpo alterado a fim de ajustar-se ao ‘verdadeiro’ sexo, isto é, ao seu sexo psicológico.

Outra definição:

“Um indivíduo cuja identidade de gênero não corresponde ao sexo atribuído no nascimento. Este indivíduo geralmente deseja fisicamente alterar seu corpo cirurgicamente e/ou hormonalmente. Essa transição física é um processo complicado, de várias etapas, que pode levar anos e pode incluir, de modo não limitado, a terapia hormonal entre gêneros e uma variedade de procedimentos cirúrgicos. Os tratamentos necessários variam de pessoa para pessoa.” (tradução livre)¹

A possibilidade de a pessoa optar pela mudança de sexo, está intimamente ligada ao direito de personalidade.

Por direito da personalidade entendemos ser aqueles direitos subjetivos da pessoa em defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade moral, física ou intelectual.²

¹ Transsexual — An individual whose gender identity does not match the sex assigned at birth. This individual usually desires to physically alter his or her body surgically and/or hormonally. This physical transition is a complicated, multistep process that may take years and may include, but is not limited to, cross-gender hormone therapy and a variety of surgical procedures. The precise treatments required vary from person to person. <https://www.transathlete.com/starthere>

² Carlos Roberto Gonçalves. P. 186

Defendemos no caso das pessoas trans, com fundamento nos direitos da personalidade, e na proteção que o Estado Democrático de Direito concede às minorias, é possível a mudança de sexo, e conseqüentemente a mudança de nome, com vistas a adaptar-se à orientação sexual da pessoa trans.

Importante destacar que conforme Canotilho (2000. p. 862), o conceito ideal de Constituição:

[...]identifica-se fundamentalmente com os postulados políticos liberais, considerando-os como elementos materiais caracterizadores e distintivos os seguintes: (a) a constituição deve consagrar um sistema de garantias da liberdade (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos do poder legislativo através do parlamento)[...]

Assim, percebemos que é função da Constituição Federal assegurar o direito à liberdade das pessoas, e isso inclui, também, a liberdade de orientação sexual, e os direitos dele decorrentes.

2. A divisão binária do esporte.

No esporte, as competições são naturalmente segregacionistas, de modo que existem diversos critérios para se estabelecer os competidores. De um modo geral, as competições são divididas por sexo (masculino e feminino), por idade, por peso, pelo nível dos competidores, dentre outros critérios.

Essa divisão busca acima de tudo equiparar a competição, buscando o equilíbrio entre os competidores. Ora, não pode ser considerado justa uma disputa entre um adulto e uma criança, bem como um lutador “pesado” com um “leve”, e assim por diante.

Neste sentido, nos ensina Vinicius Calixto (2017.p.119):

“Diferentemente de outras esferas sociais, no esporte a segregação entre homens e mulheres não é apenas aceita, mas vista ainda como um dos critérios fundamentais para a manutenção da igualdade esportiva e da incerteza dos resultados.

A justificativa para a divisão reside nas diferenças físicas que propiciariam aos homens vantagens de desempenho sobre as mulheres nas competições esportivas”.

Essa separação binária ainda persiste como forma fundamental de equilíbrio de competições. Ainda que o Comitê Olímpico Internacional traga como princípios a não discriminação e busque o incentivo do esporte para mulheres, esse sistema binário de separação ainda é regra e tendência no esporte.

No discurso do Barão Pierre de Coubertin³, este assim se manifestou sobre a divisão entre homens e mulheres:

“Sejam quais forem as ambições atléticas femininas, não podem ter a pretensão de ganhar dos homens em corridas, em esgrima, em equitação... Portanto, fazer que aqui interviesse o princípio da igualdade teórica dos sexos equivaleria a incorrer em uma manifestação platônica de sentido e de alcance”.

(Coubertin:1912)

Ora, de fato existe diferença fisiológica entre homens e mulheres. Segundo estudo, homens têm cerca de 30% mais massas musculares que as mulheres, resultando em maior potência de arranque, comparado com mulheres. Além disso, o fato de possuírem nível maior de testosterona resultam em menos gordura corporal e mais massa muscular. Logo, possuem maior força física e capacidade cardiovascular. Por outro lado, as mulheres têm mais fibras elásticas nos músculos, o que resulta numa estrutura mais elástica, favorecendo-as em determinadas atividades físicas, como a ginástica, por exemplo.

Assim, percebe-se que, em regra, essa divisão binária tende a ser justa, ainda que amplamente criticada, por trazer um equilíbrio à disputa. Entretanto, em determinados esportes,

³ O Olimpismo Moderno foi concebido por Pierre de Coubertin, por cuja iniciativa se realizou o Congresso Atlético Internacional em Paris em junho de 1894. Em 23 de junho de 1894 foi constituído o Comité Olímpico Internacional. Os primeiros Jogos Olímpicos (Jogos da Olimpíada) da era moderna foram celebrados em Atenas, Grécia, em 1896. Em 1914, foi adotada a bandeira olímpica, oferecida por Pierre de Coubertin no Congresso de Paris. A mesma é composta por cinco anéis entrelaçados, que representam a união dos cinco continentes e o encontro dos atletas do mundo inteiro nos Jogos Olímpicos. Os primeiros Jogos Olímpicos de inverno foram celebrados em Chamonix, França, em 1924.

como o xadrez, pode-se questionar essa divisão, visto que, aparentemente não existe qualquer distinção entre competidores do sexo masculino e feminino que justifique uma divisão.

3. Evolução histórica das pessoas transexuais no esporte.

Passemos agora a estudar a evolução da legislação desportiva no que tange a (im)possibilidade de participação de atletas transexuais nas competições.

Em meados de 1930, tivemos registros de que as atletas homens pudessem estar competindo como mulheres. Os casos mais marcantes desses períodos foram os das atletas Zdenka Koubkova e Mary Weston.

Ambos os casos possuem grandes similitudes, tratavam-se de atletas competindo em provas femininas, mas que tinham aspectos físicos que se destacavam perante suas adversárias. Além disso, ambas obtiveram desempenhos fenomenais em suas competições, desbancando as favoritas ao pódio. Anos após a conquista, as atletas confirmaram que eram do sexo masculino, passando por procedimento cirúrgico para mudança de sexo.

Este fato motivou o Comitê Olímpico Internacional-COI e a Associação Internacional de Federações de Atletismo (IAAF), em 1946 e 1948 a instituírem regras para preservar a separação de sexos dos competidores. Assim, passou-se a exigir que as atletas levassem um certificado médico, comprovando sua sexualidade.

Entretanto, essas entidades perceberam, em meados dos anos de 1960, que essa prática poderia ser facilmente superada com a certificação por algum médico da família, ou de confiança da própria atleta, o que acabava acontecendo.

Assim, o controle de sexualidade passou a ser muito mais invasivo, fazendo com as atletas fossem submetidas a testes visuais de sexualidade, ou em alguns casos até exames ginecológicos manuais.

Claramente esses procedimentos humilhantes geraram desconforto e uma série de protestos por parte das atletas, o que levou as entidades organizadoras a mudarem o tipo de teste, passando a analisar o cromossomo XX ou XY da competidora por meio do *Corpúsculo de Barr*.

Após esse novo teste, outros casos começaram a surgir, ainda que tenha praticamente inviabilizado qualquer “fraude”, existiam casos como o da atleta Reneé Richards, que confrontavam esse teste.

Richard Raskind (Reneé Richards) era médico e exercia a profissão, disputando alguns torneios masculinos de tênis. Porém, decidiu passar por um procedimento cirúrgico e logo após ingressou no Aberto Feminino dos Estados Unidos (US Open) em 1976.

Sua inscrição foi negada, principalmente pelo fato de Reneé ter se recusado a realizar o teste de *Barr*. Assim, a atleta levou o caso para a Corte de Nova Iorque, sob o fundamento de ofensa aos Direitos Humanos.

A Corte norte-americana decidiu favoravelmente a atleta, dizendo que sua submissão ao teste era de fato uma prática discriminatória, ainda que necessária para a separação da competição. Assim, a atleta continuou disputando torneios de tênis femininos até o final de sua carreira.

Em 1992 o COI decidiu acabar com o teste de *Barr*, substituindo-o pelo teste “SRY” (*sex-determining region*), que também analisava o cromossomo “Y”, tendo este teste vigorado até 1999, quando o COI encerrou sua política de testes, deixando essa “fiscalização” a cargo da equipe de controle de dopagem.

No caso de algum atleta trans decidir competir, o COI criou, em 2003, um Comitê de Médicos especialistas que analisaria cada caso, publicando também o “Consenso de Estocolmo sobre Mudança de Sexo”.

Por meio desse documento, era requisito para participação de atletas trans, que eles fossem submetidos a procedimentos cirúrgicos, ter o reconhecimento jurídico da identidade e realizar tratamento hormonal.

Esse documento foi revisto em 2015, tendo sido criado um novo chamado de “*IOC Consensus Meeting on Sex Reassignment and Hyperandrogenism November 2015*” deixando de ser requisito a realização de procedimento cirúrgico.

O novo documento estabeleceu que atletas que se passavam pela mudança de “mulher para homem” poderiam competir sem qualquer restrição na categoria masculina. Já atletas que passam pela mudança “homem para mulher”, devem manter a declaração do sexo feminino pelo mínimo de 4 (quatro) anos, bem como demonstrar que o nível de testosterona

está abaixo de 10nmol/L, dessa forma, a atleta não teria vantagem desportiva perante suas adversárias.

Essa nova regulamentação é fundamental, pois vem se tornando cada vez mais comum a presença de atletas trans no universo esportivo.

Atualmente temos atletas trans no Voleibol brasileiro (Tiffany Abreu), no MMA brasileiro (Anne Veriato) e no internacional (Fallon Fox), no levantamento de peso internacional (Laurel Hubbard), no decatlo (Chris Mosier), no futebol australiano (Hannah Mouncey).

Todas essas atletas sofrem uma série de críticas e desafiam suas competidoras. Muitas delas possuem ótimos desempenhos em suas modalidades, outras, como a lutadora Fallon Fox que está desde 2014 sem atuar, possivelmente pela rejeição que sofre de suas adversárias, que não consideram a disputa equilibrada.

Muitas entidades organizadoras dos esportes estão regulamentando as políticas de transexuais. Entretanto, ainda divergem nos requisitos, sendo que algumas ainda condicionam à realização de procedimento cirúrgico.⁴

4. Inclusão dos Transexuais no esporte.

Analisada a organização binária das competições desportivas, bem como a própria definição de transexual e sua história no esporte, passemos agora a análise jurídica de sua participação nas competições.

A teoria da negação da participação dos atletas trans em competições de categorias que não as do sexo biológico, fundamenta-se na vantagem que esses atletas possuem perante seus oponentes. Essa vantagem aplica-se nos casos de atletas que passam de “homem para mulher”, já que na situação inversa, considera-se que as mulheres estão sempre em inferioridade desportiva quando comparada aos homens. Assim, o atleta trans considerado do sexo feminino teria vantagens em relação às suas oponentes, pela própria natureza fisiológica masculina, que garante mais força e aceleração aos homens.

⁴ <https://www.transathlete.com/policies-by-organization>

Evidentemente que existe uma questão médica a ser analisada, que foge do presente trabalho. Entretanto, do ponto de vista jurídico essa distinção fundamenta-se no princípio da igualdade dos participantes.

O esporte fundamenta-se na incerteza do resultado, sendo este seu principal atrativo. A certeza do resultado afasta o público e os participantes do esporte. Para que exista a incerteza no resultado, deve-se proporcionar iguais condições aos seus praticantes, ou seja, iguais chances de disputa, sem que qualquer participante leve vantagem sobre outro. Temos aqui, portanto, um princípio que podemos chamar de *igualdade coletiva* ou *igualdade de competição*.

A participação de atletas trans em competições poderia trazer um desequilíbrio nessas competições, favorecendo uma equipe (nos casos de esporte coletivo) ou mesmo o próprio atleta.

Por outro lado, é possível a defesa do acesso destes atletas nas competições, fundamentado principalmente no princípio da não-discriminação em suas várias faces.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu Preâmbulo consigna o direito à dignidade humana e igualdade. Porém, é em seu art. 2º que temos a manifestação expressa da não-discriminação da pessoa em razão de seu sexo:

Artigo 2

1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Já no art. 7º temos nova proteção da pessoa, a fim de afastar qualquer discriminação:

Artigo 7

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Essas manifestações de proteção ao cidadão e não discriminação estão presentes na Constituição Federal do Brasil em diversos artigos:

Art. 1º [...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

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;

[...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a

segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Percebemos, assim, que diversos são os artigos em nossa Constituição que visam a igualdade de todos, independentemente de sexo, objetivando afastar qualquer discriminação, e marginalização de grupos.

Ainda, a Carta Olímpica⁵, prevê que qualquer pessoa tem direito de praticar esporte (item 4), sem qualquer discriminação sobre o sexo (item 7)

4. A prática do desporto é um direito do homem. Todo e qualquer indivíduo deve ter a possibilidade de praticar desporto, sem qualquer forma de discriminação e de acordo com o espírito Olímpico, que requer entendimento mútuo, com espírito de amizade, solidariedade e *fairplay*.

7. Toda e qualquer forma de discriminação relativamente a um país ou a uma pessoa com base na raça, religião, política, sexo ou outra é incompatível com a pertença ao Movimento Olímpico.

No Direito brasileiro, temos a Lei n. 9.615/1998 que regulamenta o desporto, e esta traz, em harmonia com os preceitos da Carta Olímpica, o seguinte princípio:

Art. 2º O desporto, como direito individual, tem como base os princípios:

⁵ A Carta Olímpica (CO) é a codificação dos Princípios Fundamentais do Olimpismo, das Regras e dos Textos de Aplicação adotados pelo Comité Olímpico Internacional (COI). Governa a organização, a ação e o funcionamento do Movimento Olímpico (MO) e fixa as condições de celebração dos Jogos Olímpicos. Na sua essência, a Carta Olímpica serve três objetivos principais:

- a) A Carta Olímpica, enquanto documento de base de natureza constitucional, fixa e apela aos princípios fundamentais e valores essenciais do Olimpismo.
- b) A Carta Olímpica serve igualmente como Estatutos do Comité Olímpico Internacional.
- c) Adicionalmente, a Carta Olímpica define os principais direitos e obrigações das três principais partes constitutivas do Movimento Olímpico, nomeadamente o Comité Olímpico Internacional, as Federações Internacionais e os Comités Nacionais Olímpicos, bem como os Comités Organizadores dos Jogos Olímpicos, sendo que todos se devem conformar com a Carta Olímpica.

[...]

III - da democratização, garantido em condições de acesso às atividades desportivas sem quaisquer distinções ou formas de discriminação;

Ora, como analisado acima, seja na *lex publica* ou na *lex desportiva*, muitos são os diplomas que trazem princípios da não-discriminação e da igualdade entre homens e mulheres, o que inclui, portanto, os atletas trans.

Assim, percebemos que existe um conflito de princípios, qual seja aquele que rege pela igualdade da competição, e os princípios individuais dos atletas em terem acesso ao esporte em sua prática lúdica ou mesmo profissional.

Neste caso, deve-se optar pela manutenção de um dos princípios, pois estes são excludentes entre si, e não é possível a sua harmonização.

Como já observado, estudos médicos apontam que, caso o atleta trans tenha testosterona abaixo de 10 nmol/L, seu desempenho estará equiparado às demais atletas femininas.

Ora, ainda que estes atletas tenham desempenho levemente superior às suas adversárias, não é cabível, *data maxima venia*, a sua segregação do esporte, visto que em razão da própria mudança de sexo, e do tratamento que esta exige, estes atletas acabam ficando com desempenho inferior aos demais competidores do sexo masculino, também não sendo justa, uma disputa nesta categoria.

Ademais, entendemos que os princípios insculpidos na Declaração do Homem e do Cidadão, na Constituição Federal, e até mesmo na Carta Olímpica e na “Lei Pelé”, podem ser classificados de forma superior ao princípio da igualdade da competição, visto que se tratam de princípios fundamentais e da própria dignidade humana.

Importante, ainda, destacar que nos casos estudados acima, todos foram de atletas profissionais, ou seja, que tratam o esporte como trabalho e profissão, não apenas em sua forma de participação⁶.

⁶ Art. 3º O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações:

I - desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a

Neste sentido, podemos aplicar ainda, princípios inerentes ao Direito do Trabalho, qual seja o próprio direito ao trabalho, consagrado na Constituição Federal, sobre este tema, merece destaque as lições de Cesarino Junior (1906. p. 107):

“Ao Estado, como guardião do Direito, e também como promotor do bem comum, do bem-estar social, incumbe, não somente o dever de garantir a liberdade de trabalho, mas até mesmo o de proporcionar este trabalho a todo homem válido, e ainda o de suprir a sua falta, por motivos objetivos (chômage) ou subjetivos (invalidez, vadiagem)”

Assim, temos que o próprio Estado deve garantir o acesso ao trabalho, ou seja, se a pessoa é atleta profissional, independente do sexo, deve ter a possibilidade de exercer o seu ofício, não podendo ser vetada de fazê-lo, por se tratar de conduta discriminatória. Evidentemente, que no caso da atleta trans, é condição o cumprimento das exigências mínimas de igualdade, como a manutenção do nível de testosterona nos padrões exigidos, e demais condutas que visem manter o equilíbrio das participantes.

Neste sentido, o *“IOC Consensus Meeting on Sex Reassignment and Hyperandrogenism November 2015”* dispõe que:

É necessário garantir, na medida do possível, que os atletas trans não sejam excluídos da oportunidade de participar de competições esportivas.

O objetivo esportivo primordial é e continua sendo a garantia de uma competição justa. As restrições à participação são adequadas

finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer;

II - desporto de participação, de modo voluntário, compreendendo as modalidades desportivas praticadas com a finalidade de contribuir para a integração dos praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e educação e na preservação do meio ambiente;

III - desporto de rendimento, praticado segundo normas gerais desta Lei e regras de prática desportiva, nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações.

IV - desporto de formação, caracterizado pelo fomento e aquisição inicial dos conhecimentos desportivos que garantam competência técnica na intervenção desportiva, com o objetivo de promover o aperfeiçoamento qualitativo e quantitativo da prática desportiva em termos recreativos, competitivos ou de alta competição.

na medida em que sejam necessárias e proporcionais à realização desse objetivo.⁷

Dessa forma, faz-se necessária a inclusão de atletas trans nos esportes, respeitando-se os requisitos técnicos e fisiológicos para sua participação, sob pena de clara ofensa ao princípio da não-discriminação, previsto em diversos diplomas.

5. Princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade

Dentro do debate imposto pelas mudanças da sociedade, o direito vê esses questionamentos convergindo para dois princípios que, de certa forma, colidem entre si.

Pois o direito pleiteado pelos trans pode se fundamentar no princípio da dignidade da pessoa humana, para tanto, vale relembrarmos o próprio conceito desse princípio, ou seja:

“dignidade é a palavra derivada do latim dignitas (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico. (Plácito e Silva: 1967. p. 526)

Assim podemos dizer que a dignidade é um valor básico, ou seja:

...é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável

⁷ C. It is necessary to ensure insofar as possible that trans athletes are not excluded from the opportunity to participate in sporting competition.

D. The overriding sporting objective is and remains the guarantee of fair competition. Restrictions on participation are appropriate to the extent that they are necessary and proportionate to the achievement of that objective.

que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.(Moraes: 2009.p. 21/22)

Ora a dignidade nos permite optar pelo sexo que sentimos e, necessariamente, não é aquele que temos. Assim passou-se a permitir as mudanças de sexo, inclusive com a assertiva de alteração do próprio nome, ou seja, a admissão da legalização do nome de gênero.

Nos esportes esse direito resvala em outro princípio, fundamental, que é a isonomia ou igualdade, onde se pretende assegurar os mesmos direitos.

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciação em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. (Moraes: 2009. p.37)

Assim, quando falamos da igualdade no *caput* do artigo 5º e inciso I⁸, da Constituição Federal, estamos buscando uma paridade entre as pessoas, visando assim o equilíbrio entre elas, inclusive sopesando direitos, para que possamos garantir a igualdade real, entre as pessoas.

Neste ponto surge, nos esportes um problema, pois como já vimos, hormônios estabelecem diferenças entre os esportistas de cada sexo, inclusive, nos esportes estabelecemos critérios diferentes para cada sexo.

⁸ 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.

Neste ponto surge um problema, pois a permissão de transexuais pois como já dissemos haverá, nessas hipóteses igualdade de direitos quanto a questão da competição?

Seria essa a igualdade constitucionalmente prevista admitir que possamos estabelecer um sopesamento de direitos e garantir ao atleta trans livre acesso a todas as competições?

Nos parece que diante de situações distintas o direito também deverá se valer de opções que venham a adequar-se a situação.

Neste sentido passamos a permitir uma igualdade ou liberdade quanto a orientação sexual.

A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. (Silva: 2007. p. 224)

Esse nos parece o ponto que devemos considerar precipuamente para assegurar a liberdade de sentir e viver a seu critério.

Conclusão

Quando pensamos e estudamos o direito, pensamos em estabelecê-los dentre os parâmetros que a vida nos trazia.

Hoje, porém vemos que a sociedade mudou de tal forma que, o direito brasileiro de origem romana, foi se modificando e se adequando a novas questões trazidas pelo progresso e mudanças de paradigmas na sociedade.

Vemos hoje, situações que geram debates jurídicos, nunca antes pensados.

Neste ponto surge a questão dos transexuais, cujos direitos já estão sendo reconhecidos em diversas situações, mas que ainda suscitam debates e discussões quando nos deparamos com os trans, por exemplo, no ambiente desportivo.

Vimos que, alguns hormônios nos forçariam a uma posição mais conservadora e, não admitir o direito do trans ao esporte.

Todavia temos aqui que nos valermos da visão Aristotélica da isonomia e, garantir que a igualdade substancial seja atingida, garantindo que independentemente das características físicas iniciais, seja assegurado o livre acesso a toda e qualquer atividade, inclusive porque, o esporte, além da característica de lazer é também uma atividade profissional (trabalho), sendo portanto, inquestionável o direito de todos a ele, independentemente de qualquer outra questão “pessoal” .

Referência Bibliográfica

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional do transexual. São Paulo: Editora Saraiva. 2000

BOBBIO. Noberto. Teoria da norma jurídica. Tradução: Fernando Pavan e Ariani Bueno Sudatti. Edipro: São Paulo. 2001.

CALIXTO. Vinicius. *Lex sportiva* e Direitos Humanos: Entrelaçamento transconstitucionais e aprendizados recíprocos. Belo Horizonte: Editora D`Plácido. 2017.

CANOTILHO. J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4ª edição. Coimbra: Almedina. 2000

CAPELLETI. Mauro. Tutela dos interesses difusos. In *Ajuris* 33/169: 1984

CESARINO JÚNIOR. Antônio Ferreira. Direito Social. São Paulo : LTr. 1906.

DIAS. Maria Berenice. Homoafetividade e os direitos LGBTI. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

KLABIN. Aracy Augusta Leme. Aspectos jurídicos do transexualismo. Revista da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Volume 90; páginas 197-241. 1995.

- MORAES. Alexandre de. Direito Constitucional. 24ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009.
- RODRIGUES. Mariana de Oliveira. Mudança (de sexo) no desporto. Dissertação de Mestrado da Universidade Nova de Lisboa. 2017.
- SILVA. José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.
- SILVA, Plácido e. Vocabulário Jurídico. Vol. II; São Paulo: Forense, 1967.
- SILVEIRA. José Francisco Olios da. O Transexualismo na Justiça. Porto Alegre: Síntese. 1995.
- SOLAVAGIONE. Alicia Garcia. Transexualismo. Analisis jurídico y soluciones registrales. Cordoba: Advocatus. 2008.
- VENOSA. Silvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 4ª edição. São Paulo: Atlas. 2004

Sites

<https://www.transathlete.com/policies-by-organization>

<https://www.transathlete.com/starthere>

http://www.fadu.pt/files/protocolos-contratos/PNED_publica_CartaOlimpica.pdf

formacao.comiteolimpicoportugal.pt/Publicacoes/COP_PFO_EDGD/file033.pdf

https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm