

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

BERNARDO GONÇALVES ALFREDO FERRNANDES

ILTON GARCIA DA COSTA

VITOR BARTOLETTI SARTORI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bernardo Gonçalves Alfredo Ferrnandes, Ilton Garcia Da Costa, Vitor Bartoletti Sartori – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-135-7

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O presente livro aborda temas que, muito embora raramente tratados em conjunto, são de grande relevância na medida em que há possibilidade de uma análise que mostre certa confluência entre os mesmos. As temáticas que permeiam as distintas teorias da justiça, da decisão e da argumentação são muitas e, certamente, é possível tratá-las, até certo ponto, separadamente. No entanto, igualmente válido é observá-las em sua unidade. Temos em conta nesses termos, que um tratamento do Direito que deixe de problematizar a própria prática jurídica (bem como sua fundamentação) é, para dizer o mínimo, insuficiente. Neste sentido, pode-se considerar bastante proveitosa a posição segundo a qual, há uma unidade inseparável entre os textos que compõem o presente livro.

Justamente ao passar por uma grande variedade de temas e de autores, tem-se algo central à teoria do Direito contemporânea: a explicitação do fato segundo o qual qualquer abordagem jurídica envolve, ao mesmo tempo, a apreensão da especificidade do Direito e o modo pelo qual esta última relaciona-se com distintas esferas da sociabilidade, como a moral, a ética, a política, dentre muitas outras, as quais, de modos diversos, são tematizadas aqui.

Para que se ressalte algo, é bom trazer à tona um aspecto que não pode ser deixado de lado: é de conhecimento de todos aqueles que leram com o mínimo de atenção a obra de Hans Kelsen que sua Teoria pura do Direito não é uma teoria do Direito puro (embora seja necessário destacar que, por vezes, falte muita atenção na pesquisa jurídica realizada no Brasil). Por conseguinte, há de se perceber que mesmo um autor normativista, como Kelsen, que não tematiza a todo o momento acerca do processo decisório e da fundamentação das decisões judiciais, não fecha a porta de modo resolutivo à teorização acerca da maneira pela qual pode haver na prática jurídica, e não em uma teoria pura - uma relação necessária, por exemplo, entre o Direito e alguma posição moral, política, filosófica, etc, etc.

Ainda sobre o ponto, pode-se destacar que justamente o capítulo final da obra magna do autor abre um grande espaço para estas questões que, ao fim, aparecem quando se tem em conta a questão da interpretação, bem como de sua relação, a ser vista de um modo ou doutro, com a aplicação.

Certo é que interpretação e aplicação, a rigor, não podem ser retiradas de campo quando se aborda o Direito: tanto as codificações, quanto quaisquer espécies normativas, não dizem nada por si mesmas, não podendo haver uma fetichização do texto, como apontaram os mais diversos autores (muitos deles tratados por aqueles que contribuem para o presente volume).

Neste sentido, não pode deixar de ser interessante tratar dos temas aqui albergados em conjunto (mesmo que eles possam, como mencionamos, ser vistos separadamente também), sendo de bastante relevo para aqueles interessados na teoria do Direito e nas áreas a ela relacionadas a apreensão da especificidade, bem como da indissociabilidade, entre os diversos autores tratados neste volume.

É interessante que mesmo que se parta de Kelsen que pode ser visto como o maior autor do positivismo de cunho normativista, percebe-se que a questão da fundamentação, bem como da argumentação as quais remetem à problemática da justiça não podem ser tiradas de cena ao se tratar do Direito.

A questão, claro, ganha bastante destaque posteriormente ao debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, tendo-se, com este debate, uma problematização explícita tanto das bases filosóficas da teoria do Direito quanto do modo pelo qual, ao final, haveria uma relação entre Direito e moral, seja ao modo de um conceito semântico de Direito em que se tematiza a relação entre a perspectiva interna e externa, como em Hart, seja com uma concepção decididamente hermenêutica como a de Dworkin.

Outra questão a se destacar é que, embora o debate metodológico tenha se passado permeando principalmente a teoria do Direito de talhe anglo-americano, ele influenciou todos aqueles que, posteriormente, trataram do Direito com seriedade. A teoria do Direito alemã, com Alexy principalmente, dentre outras coisas, procurou debater com a concepção de Dworkin acerca dos princípios, trazendo à tona, novamente, questões que remeteram à filosofia e à teoria do discurso.

Neste sentido, é bom que se tenha claro: aquilo a ser conhecido ao se ter em conta as teorias sobre o Direito ganha mais amplitude ainda, sendo necessário ao jurista, por exemplo, averiguar a qual teoria acerca da linguagem adere: Austin? Wittgenstein? Habermas? Apel? Algum outro? Também neste sentido, o modo pelo qual aparecem os diversos textos deste volume (em conjunto) não deixa de expressar a situação particular na qual os estudos sobre o Direito se encontram explicitando-se justamente que uma concepção tecnicista acerca do Direito não é mais possível. Mais ainda: uma concepção tecnicista sobre o Direito, justamente ao não abordar aquilo no que sua argumentação se embasa aceita,

inadvertidamente, posições não explicitamente tematizadas. E justamente a tematização disto parece ser essencial.

Ainda para que se remeta ao modo pelo qual amplia-se o estudo do Direito ao se ter em conta o panorama atual um autor como Roberto Gargarella não deixou de mostrar como uma análise entre a posição de Rawls e de Dworkin poderia ser central e, neste sentido também deve-se destacar que, ao se tratar da teoria do Direito, também se tem uma conexão estreita com a teoria da justiça (embora não só com ela, claro). Ou seja, justamente a conformação do debate em torno do Direito atual propicia uma aproximação entre teorias da justiça, da decisão e da argumentação e, nesses termos, o presente livro talvez possa contribuir, mesmo que de modo modesto.

Poderíamos enumerar vários outros modos pelos quais a questão se delineia no presente livro, apontando, por exemplo, a importância da teoria de Honneth na contemporaneidade, ou as questões ligadas às minorias, ao racismo, ao sexismo e transfobia; poderíamos ainda destacar a importância destas questões passando pelo modo, por vezes apressado, pelo qual elas aparecem nos tribunais superiores no Brasil. No entanto, havendo destacado o cenário geral, passamos a citar os textos aqui trazidos a lume.

O primeiro texto diz respeito a temática entre a Hermenêutica filosófica e a teoria da Argumentação jurídica. Esse tema vem sendo objeto de debate na doutrina brasileira nos últimos anos, entre aqueles que são adeptos da hermenêutica filosófica e entendem que as teorias da argumentação desprezam a hermenêutica, e aqueles adeptos da teoria da argumentação, que entendem que os hermeneutas dão muito peso a hermenêutica e desprezam as técnicas de argumentação que produziriam racionalidade e segurança no processo de decisão do Direito. O texto se intitula: OS JURISTAS SABEM DO QUE ESTÃO FALANDO OU FALAM SOBRE O QUE SABEM? UM DIÁLOGO ENTRE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA; O segundo texto aborda a situação dos refugiados numa interface com a obra de Hans Kelsen e é intitulado A ILUSÃO DA JUSTIÇA POR KELSEN; O terceiro busca trabalhar a questão da fundamentação das decisões e é intitulado ANÁLISE DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DO DISCURSO JURÍDICO; Já o quarto texto apresenta uma crítica ao art.489 do novo CPC e é intitulado de TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: INSUFICIÊNCIAS DO MÉTODO LÓGICO-DEDUTIVO E A PROPOSTA DE UMA RACIONALIDADE PRÁXIS; O quinto texto traz um estudo de Aristóteles, Kant e Sandel e é intitulado JUSTIÇA EM ARISTÓTELES, KANT E SANDEL: UM ESTUDO COMPARADO; O sexto texto trabalha

com Rawls e Dworkin tendo como base as teorias da justiça desses autores do liberalismo norte-americano e é intitulado A EQUIDADE EM UMA DEMOCRACIA: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE RAWLS E DWORKIN; O sétimo versa também sobre Dworkin, mas pela ótica da jurisdição constitucional e é intitulado CONTRIBUIÇÕES DE RONALD DWORKIN A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL; O oitavo texto discute novamente a teoria da justiça pela ótica do embate entre o liberalismo e o comunitarismo e é intitulado IGUALDADE E DIFERENÇA: O CONCEITO DE JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR E ALÉM DO COMUNITARISMO E DO LIBERALISMO; O nono texto volta a temática de Ronald Dworkin e a sua teoria da justiça a partir da ótica do planejamento e tem como título JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE RONALD DWORKIN E A OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PLANEJAR; O décimo texto trabalha com as teorias da justiça e é intitulado de LIBERALISMO, LIBERAL-IGUALITARISMO OU COMUNITARISMO?; O décimo primeiro ensaio trabalha a temática da relação entre a liberdade e a justiça, tendo como pano de fundo a perspectiva marxista, e é intitulado de LIBERDADE VERSUS JUSTIÇA SUBSTANTIVA: TEORIAS ACERCA DAS (DES)IGUALDADES E (NÃO)LIBERDADES NA VISÃO DE ROUSSEAU E MARX. TERIA SIDO MARX INFLUENCIADO PELAS IDEIAS DE ROUSSEAU E ATÉ QUE PONTO?; O décimo segundo texto aborda a questão das normas de direito internacional na interface com a Corte Internacional de Justiça e é intitulado de NORMAS PROCESSUAIS E NORMAS SUBSTANTIVAS: A PRIMAZIA DAS NORMAS DE JUS COGENS E O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA; O décimo terceiro texto trabalha a questão da fundamentação das decisões e é intitulado de O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE A IDEOLOGIA DA TEORIA POLÍTICA; O décimo quarto ensaio versa sobre a perspectiva pragmatista na teoria da decisão e é intitulado de MODELO PRAGMATISTA DE DECISÃO NO DIREITO: DO MENTALISMO INSTRUMENTAL À INTERSUBJETIVIDADE COMUNICATIVA; O décimo quinto ensaio trabalhou a obra do professor Humberto Ávila pela ótica da interpretação do direito e é intitulado de OS POSTULADOS NORMATIVOS NA DOUTRINA DE HUMBERTO ÁVILA E SUA APLICAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM CASOS DIFÍCIS; O décimo sexto texto trabalha a obra do professor de Kiel Robert Alexy e é intitulado de RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL EM ROBERT ALEXY; O décimo sétimo ensaio trabalha a questão do pluralismo jurídico na teoria da decisão e é intitulado de AS FONTES PLURAIS DO DIREITO, A ATUAÇÃO DAS PARTES NO PROCESSO E A NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO JURISDICIONAL; O décimo oitavo texto trabalha a obra do professor Axel Honneth e a crítica do mesmo às tradicionais teorias da justiça e é intitulado de AXEL HONNETH E A RECONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA: UMA TENTATIVA DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DA DISTRIBUIÇÃO; O décimo nono

texto trabalha a obra de Paul Ricoeur e é intitulado de A TEORIA DA JUSTICA NA CONCEPCAO DE PAUL RICOEUR EM FACE DA INTERGERACIONALIDADE DO IDOSO BRASILEIRO; O vigésimo texto desse livro aborda a obra de David Trubek e é intitulado de A TEORIA SOCIAL DO DIREITO NA CONCEPCAO DE DAVID M. TRUBEK; Logo em seguida temos o importante tema da justiça de transição abordado no texto DAS DIVERSAS FORMAS DE JUSTICA E DA JUSTICA DE TRANSICAO; O vigésimo segundo texto trabalha os precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos e é intitulado de OS PRECEDENTES DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE REFINAMENTO DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS: DECISAO JUDICIAL E NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ADSCRITA/DERIVADA; O próximo ensaio trabalhou a obra de Amartya Sen na interface com o processo civil e é intitulado A IDEIA DE JUSTICA EM AMARTYA SEN E A RAZOAVEL DURACAO DO PROCESSO; Novamente temos o professor Amartya Sen como marco teórico, agora no tocante a questão do gênero no texto A IDEIA DE JUSTICA DE AMARTYA SEN: UM ENFOQUE SOBRE A IGUALDADE DE GENERO; O vigésimo quinto texto trabalha os conflitos intergeracionais e é intitulado de MORTOS, VIVOS E NAO NASCIDOS: CONFLITOS INTERGERACIONAIS LIGADOS AO PROGRESSO E AO RETROCESSO NAS DEMANDAS CONSTITUCIONAIS; O vigésimo sexto texto apresentado envolve o intenso e atual debate europeu sobre o multiculturalismo e a xenofobia e é intitulado de MULTICULTURALISMO, TOLERANCIA E XENOFOBIA: UMA CRITICA DO RECENTE CONTEXTO EUROPEU; O vigésimo sétimo texto aborda a questão da transexualidade e é intitulado de JUSTICA?! O NOME, O SEXO E A LIBERDADE TRANS; O vigésimo oitavo ensaio volta a questão da transexualidade a partir da ótica das teorias do reconhecimento e é intitulado TRANSEXUALIDADE E TEORIA DO RECONHECIMENTO: DE UM MODELO PATOLOGIZANTE A UMA NOVA MANEIRA DE PENSAR ATRAVES DA CONTRIBUICAO TEORICA DE NANCY FRASER.

Os organizadores convidam a todos a lerem os textos, que como já externalizado, guardam uma interface entre as teorias: da justiça, da argumentação e da decisão.

JUSTIÇA?! O NOME, O SEXO E A LIBERDADE TRANS

JUSTICE?! NAME, SEX, AND FREEDOM TRANS

Tuanny Sociro Sousa

Resumo

Com o intuito de analisar se o Poder Judiciário tem promovido justiça às pessoas transexuais e travestis, analisamos as respostas dadas por essa instituição às demandas de retificação de nome e sexo no Registro Civil da população trans. Partimos da ideia de justiça desenvolvida por Amartya Sen, compreendendo que a avaliação da justiça e da injustiça depende do grau de capacidade que os indivíduos têm para escolher entre diversas oportunidades que os levem a concretizar seus planos de vida. Tendo em vista que o nome é um dos meios de reconhecimento das identidades trans, compreendemos que existiria uma ampliação de liberdades substantivas desses indivíduos caso as demandas de retificação fossem deferidas. Para a análise, utilizamos revisão bibliográfica interdisciplinar para compreendermos enunciados como justiça, liberdade, gênero, transexualidade e transfobia. Os resultados apontam que, ao invés de proteger e promover a cidadania transexual, o Poder Judiciário tem se mostrado um lugar de reprodução de discursos excludentes e violências invisíveis que marginalizam essas pessoas, ao invés de promover suas autonomias e liberdades.

Palavras-chave: Justiça, Liberdade, Gênero, Transexualidade, Travestilidade

Abstract/Resumen/Résumé

This paper's objective is to discover if the Judiciary has served justice to the transsexual people and travesties. To achieve that, this paper aims to analyze the answers given by the Judiciary to the demands of correction of name and sex in the Civil Registry of the trans population. The starting point is the theory of justice developed by Amartya Sen, which argues that an evaluation of justice or injustice depends on the degree of capacity that individuals have for choosing among the various opportunities that lead to the realization of their life plans. Given the fact that a person's name is one of the means through which trans identities are recognized, it is proposed in this paper that these individuals' liberties would be substantially expanded if the name correction demands were met. To do this analysis, interdisciplinary bibliographic review is used in order to comprehend concepts of justice, freedom, gender, transsexuality and transphobia. The results indicate that, instead of protecting and promoting transsexual citizenship, autonomy and freedom, the Judiciary has proven to be a venue in which excluding discourses and invisible violence are reproduced.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Justice, Liberty, Gender, Transsexuality, Travestility

1INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as respostas dadas pelo poder judiciário às demandas de retificação de nome e sexo no Registro Civil de pessoas transexuais e travestis, com o intuito de descobrir se o Poder Judiciário pode ser considerado um local de promoção de justiça através da ampliação de capacidades desses indivíduos.

Para a seguinte análise, partimos do pensamento desenvolvido por Amartya Sen na obra *A Ideia de Justiça*, que pressupõe o diagnóstico da injustiça para o delineamento das respostas dadas a situações difíceis. De acordo com o autor, uma das formas mais eficazes de se medir as realizações humanas está na observância da liberdade que os indivíduos substancialmente possuem. Nesse caso, a avaliação da justiça e da injustiça deve levar em consideração a vida que as pessoas de fato levam e as suas capacidades para concretizar seus planos individuais de vida e escolher entre oportunidades distintas.

Nosso pressuposto se ancora na ideia de que a renda não pode ser considerada como o único meio para avaliar o bem estar e a liberdade dos indivíduos. Isso porque ela não é um fim em si mesmo. Na verdade, ela pode ser um importante meio para a concretização de determinados fins, entretanto, existem outros fatores que influenciam na promoção ou óbice de capacidade das pessoas realizarem seus planos de vida, e o gênero pode ser apontado como um deles.

O fato de o gênero ser engendrado a partir de ordens discursivas que se delineiam através de relações de poder, influencia na determinação de um mundo binário que, através de técnicas de normalização, limitam os espaços de constituição identitária dos sujeitos humanos. Existem, a partir desses discursos, somente homens e mulheres, que só são socialmente compreendidos quando sexualmente categorizados – macho ou fêmea -, e quando estilizarem as características designadas como femininas e masculinas. Tudo o que foge a essa regra é marginal e abjeto, e justamente nesse contexto se inscrevem os destinos dos homens e mulheres transexuais e das travestis.

Inúmeras violências são direcionadas a esses sujeitos cotidianamente em virtude do seu status de abjeção e anormalidade. A negação do nome, tão importante fonte de significação identitária, não poderia ser diferente. A mesma linguagem binária que reparte o mundo em dois é expressa na linguagem jurídica: temos sexo masculino e feminino, e o nome possui um gênero. Tendo em vista que a experiência trans se constitui através de outras interpretações dos discursos de gênero, encontram, diante dos documentos oficiais, uma completa incompatibilidade com o que escolheram ser.

Na falta de uma previsão normativa que possibilite a retificação no Registro Civil, pessoas transexuais e travestis precisam demandar frente ao Poder Judiciário tal mudança. Será que o Poder Judiciário se encontra preparado para deferir essas demandas e, assim, ajudar essas pessoas na concretização de seus planos de vida? Será que o Poder Judiciário está pronto para fazer *justiça* às pessoas transexuais e travestis?

Na busca das respostas dessas perguntas, dividimos esse trabalho em três partes: primeiramente, buscamos saber o que é a justiça e qual o melhor meio de avaliação do desenvolvimento de uma sociedade; em seguida, analisamos o processo de produção do gênero e dos papéis socialmente reconhecidos de homens e mulheres, tentando pensar a experiência trans nessas ordens discursivas; por último, avaliamos como o poder judiciário tem tratado a questão da retificação do nome e do sexo de pessoas trans.

2JUSTIÇA, LIBERDADE E CAPACIDADE

O enunciado *justiça* nos interpela a agrupá-lo com inúmeros outros enunciados sem que possamos esgotar os seus sentidos: liberdade; autonomia; organização social; e igualdade são categorias teóricas que participaram de algumas teorias filosófico-políticas que se propuseram a discutir o tema em questão.

Essa dificuldade em depositar significado em uma única palavra decorre não só das inúmeras tentativas em compreendê-la e formulá-la, mas principalmente, conforme bem observou Sen (2011), de tratar-se de um assunto sobre o qual é difícil falar.

A preocupação de Amartya Sen (2011) na obra *A Ideia de Justiça* gira em torno da necessidade de pensarmos racionalmente acerca desses problemas difíceis de serem verbalizados. Entretanto, a despeito de outras teorias, o autor propõe, como requisito central, o uso da razão para o diagnóstico de injustiças.

Existem, pelo menos, duas linhas que distinguem diferentes formas de pensamento acerca da ideia de justiça. O *institucionalismo transcendental* concentrou-se na identificação dos arranjos institucionais justos, sem levar em consideração a comparação da justiça e da injustiça e as consequências ligadas às pessoas que tais instituições poderiam proporcionar; foca-se, portanto, na ideia de uma *justiça perfeita* e na escolha de *instituições justas*.

Ao contrário do proposto pelo institucionalismo transcendental, alguns autores se propuseram a pensar o comportamento real das pessoas, partindo das realizações sociais e da comparação entre diferentes sociedades. Trata-se da *abordagem comparativa*, da qual Amartya Sen filia-se.

John Rawls (2008) pode ser apontado como um dos principais teóricos do institucionalismo transcendental. Pensando na justiça como uma das virtudes primeiras das instituições sociais, Rawls se propôs a delinear o processo de organização social a partir de dois princípios fundamentais¹ escolhidos em uma situação inicial hipotética.

Nessa situação inicial, os indivíduos se encontram em par de igualdade uns com os outros em decorrência do *véu da ignorância* – ou seja, não sabem em que tipo de sociedade vivem, e que papéis ocupam na mesma ou na distribuição geracional -, e a partir do diálogo público arrazoado, pautado na objetividade e imparcialidade, chegam a formular os princípios fundamentais que balizarão a criação de instituições perfeitamente justas, ao mesmo tempo em que influenciarão o comportamento virtuoso desses mesmos indivíduos, agora já não mais sob o véu.

As críticas voltadas à teoria de Rawls – bem como a outros teóricos transcendentais como Kant, Hobbes e Rousseau – giram em torno de dois problemas principais: o primeiro deles, chamado por Sen (2011), de factibilidade, expõe a impossibilidade de existir acordo arrazoado acerca do que seja uma sociedade justa²; já o segundo, o problema da redundância, leva em consideração que o exercício da razão prática envolve uma escolha real baseada em uma estrutura para comparar a justiça entre alternativas viáveis³.

O objetivo de Sen (2011) contrasta diretamente com as teorias de justiça que concentram sua atenção no engendramento de uma “sociedade justa”, e tenta identificar comparações baseadas em realizações que focam no avanço ou retrocesso da justiça. O autor parte da pergunta “como a justiça poderia ser promovida?”, ao invés de “o que seriam instituições perfeitamente justas?”.

¹ Os dois princípios seguem a seguinte ordem lexical: a) princípio da liberdade igual, responsável pela distribuição equitativa de liberdade entre os indivíduos; b) princípios da diferença, que versa sobre a justiça distributiva.

² Será que poderíamos, de fato, chegar a um único consenso acerca da justiça? Para explicar o porquê da resposta negativa, Sen (2011) narra a situação ideal em que três crianças pleiteiam uma flauta: dessas três crianças, uma produziu a flauta, outra é tão pobre que não possui nenhum outro brinquedo, a última é a única que sabe tocá-la. Para a resolução do problema, muitos argumentos pautados na ideia de justiça podem ser apresentados, sem que sejam necessariamente descartados pelos demais. Assim, um igualitarista pode argumentar que a criança mais pobre é a que merece a flauta porque não possui nenhum brinquedo, a despeito das demais crianças. Já um liberal pode argumentar que a criança que produziu a flauta a merece, tendo em vista que dedicou esforço e tempo para fabricá-la. Um utilitarista poderia dizer que a criança que sabe tocar a flauta terá um maior prazer em utilizá-la e por isso deve ficar com a mesma. Como pode ser visto, não podemos dizer que nenhum desses argumentos estejam realmente errados, por isso a necessidade de uma teoria que leve em consideração a pluralidade de perspectivas acerca da justiça.

³ Se queremos nos encaminhar para a escolha de instituições concretas, com base em comparações de experiências concretas, não é necessário e suficiente identificar a “instituição ideal”. Se tivéssemos, por exemplo, que escolher entre uma obra de Dalí e Picasso, de nada nos adiantaria saber que a Mona Lisa é a obra mais perfeita do mundo (SEN, 2011).

Sen (2011) defende, então, a necessidade de compreensão da justiça pautada em realizações, de forma a não subjugar a vida que as pessoas podem de fato ter. Essa abordagem também pressupõe que as escolhas sejam pautadas em liberdade, que é a forma pela qual as realizações podem ser medida mais eficazmente, bem como pode dar possibilidade para que as pessoas tenham responsabilidade sobre suas escolhas.

Assim como no pensamento rawlsiano, a abordagem da justiça em Sen leva em consideração o diálogo racional público pautado na objetividade e na imparcialidade. Pressupõe que o que devemos uns aos outros é um assunto importante para a reflexão inteligente; um lugar onde podemos descobrir que nossos objetivos e metas exigem o cruzamento da busca autocentrada.

A argumentação pública é, nesse caso, uma característica essencial na objetivação das crenças políticas e éticas. A partir da escuta do outro, podemos tomar decisões sobre assuntos importantes enriquecendo os nossos argumentos de objetividade. Além disso, nos permite avaliar assuntos importantes acerca da justiça e da injustiça com base em diferentes perspectivas, nos possibilitando o distanciamento necessário para evitar o paroquialismo decorrente dos preconceitos e valores que os indivíduos de uma mesma sociedade compartilham.

Por trás do argumento a favor de basearmos os juízos éticos na análise arrazoada também estão, eu diria, as exigências da objetividade, que demandam uma disciplina argumentativa específica. O importante papel da argumentação racional neste trabalho diz respeito à necessidade de basear o pensamento sobre questões de justiça e injustiça em razões objetivas (SEN, 2011, p. 71).

Ainda que Rawls e Sen se aproximem no que concerne ao método de alcance dos juízos relativos à justiça, se distanciam tanto em relação à base de análise – prática ou transcendental -, quanto em relação às respostas dadas às situações de justiça e injustiça. No caso de Rawls, as respostas aparecem praticamente prontas, sem deixar espaço para incompletude. Já, Sen afirma que nossos juízos podem estar incompletos e que uma teoria da razão prática precisa acomodar uma estrutura de argumentação dentro do corpo de uma teoria espaçosa. Logo, para esse autor, a racionalidade possui um espaço muito amplo, e se alguém consegue sustentar os motivos de sua ação em um debate público, então possui argumentos racionais.

Cabe ressaltar, ainda, que a teoria de Sen (2011) é marcada pelo destaque que é dado à vida humana, o que significa dizer que a avaliação acerca da justiça e da injustiça prescinde

da valoração dos resultados abrangentes que incluem as ações realizadas, as agências envolvidas e os processos utilizados pelos sujeitos humanos.

2.1 Como avaliar a justiça de uma sociedade?

A centralidade da vida humana foi objeto de muita atenção dos analistas sociais ao longo da história. Em geral, os critérios econômicos do progresso tendem a se concentrar nos objetos inanimados de conveniência. Entretanto, essa concentração só poderia ser justificada através do que esses objetos produzem na vida humana. “Há um reconhecimento crescente favorável à utilização direta de indicadores da qualidade de vida, do bem-estar e das liberdades que a vida humana podem trazer consigo” (SEN, 2011, p. 260).

Mesmo os criadores dos cálculos quantitativos da renda nacional buscaram explicar que seu interesse último reside na riqueza da vida humana. Sen (2010; 2011) explica que essa conexão tem sido ignorada, e a vida humana tem ganhado preocupação última na avaliação da análise econômica. Entretanto, é aconselhável que os meios não sejam confundidos com os fins. Nesse caso, os rendimentos não devem ser aceitos como importantes em si mesmos, mas como um meio de fazer com que as pessoas realizem seus objetivos.

É importante perceber que rendas e riquezas e liberdade substantiva não são a mesma coisa, ainda que não estejam desconectadas. A liberdade de evitar a morte prematura é incrementada por uma renda mais elevada, mas ainda assim, depende de muitos outros fatores da organização social, incluindo a saúde pública, a natureza da escolarização, da educação, harmonia social, etc. “Ao avaliarmos nossas vidas, temos razões para estarmos interessados não apenas no tipo de vida que conseguimos levar, mas também na liberdade que realmente temos para escolher entre diferentes estilos e modos de vida” (SEN, 2011, p. 261).

Justamente por esse motivo que Sen et al (2010) chamam a atenção para que a pobreza seja vista a partir dos seguintes pontos: 1) vidas diminuídas; 2) existência agonizante; 3) mortes fora de hora. Renda e bens são instrumentos que ajudam a proporcionar uma vida boa. Ainda assim, qualidade de vida deve ser medida com que se possa fazer e ser, e o cálculo do seu valor deve ser mensurado pelas coisas que se pode realizar enquanto os indivíduos são vivos. A riqueza é apenas uma das possíveis variáveis que podem impactar a qualidade de vida das pessoas. Outras condições físicas e sociais podem adentrar essas variáveis. A desigualdade e a mortalidade, por exemplo, também devem ser verificadas através de indicadores de gênero e raça, que demonstram que o preconceito pode fazer com que haja diminuição da expectativa de vida. Para solucionar esse conflito, deve-se investir em educação, em especial das mulheres e das raças que vivenciam a violência racista.

Nesse sentido, a liberdade é valiosa por pelo menos duas razões: 1) mais liberdade nos dá a oportunidade de buscar os nossos objetivos, aquilo que valorizamos, ou seja, ela auxilia nossa aptidão para fazermos aquilo que gostaríamos de promover, os nossos fins; 2) podemos atribuir importância ao próprio processo de escolha. Portanto, a liberdade é constituída de dois aspectos: aspecto da oportunidade e o aspecto do processo (SEN, 2010; 2011).

Uma teoria da justiça precisa eleger um foco informacional para decidir quais características do mundo deve se concentrar para julgar uma sociedade e avaliar a justiça e a injustiça do mundo. Logo, é importante ter uma visão de como uma vantagem total de um indivíduo deve ser avaliada. Sen (2011) trabalha com a abordagem da capacidade. Essa abordagem julga a vantagem individual pela capacidade que as pessoas têm de fazer as coisas que elas têm razão para valorizar.

No que concerne à oportunidade, a vantagem de uma pessoa é considerada menor que a de outra se ela tem menos capacidade – menos oportunidade real – para realizar as coisas que ela tem razão para valorizar. “O foco aqui é a liberdade que uma pessoa realmente tem para fazer isso ou ser aquilo – coisas que ela pode valorizar fazer ou ser” (SEN, 2011, p. 266). É muito importante que possamos realizar aquilo que nós valorizamos, mas também é importante sermos livres para decidirmos o que escolher. Logo, o conceito de capacidade está intimamente ligado ao aspecto da oportunidade, visto com relação a oportunidades abrangentes⁴.

Algumas considerações sobre a abordagem da capacidade: a) primeiramente ela é um foco informacional para avaliar as condições entre indivíduos, entretanto, ela não é um modelo de uma sociedade perfeita, nem estabelece uma fórmula sobre como as políticas devem ser desenvolvidas; b) além disso, a perspectiva da capacidade é interessante em uma pluralidade de características de nossas vidas, podendo abranger funcionamentos como desde estar bem nutrido ou evitar morte precoce, até tornar-se parte da vida da comunidade e dos planos e ambições ligados ao trabalho⁵.

A abordagem da capacidade se concentra na vida humana e não apenas em alguns objetos separados de conveniência, como rendas e mercadorias que uma pessoa pode possuir, que muitas vezes são considerados, principalmente na análise econômica, como o principal critério de sucesso (SEN, 2011, p. 267).

⁴ As oportunidades abrangentes são pensadas a partir do leque de possibilidades que é oferecida a um indivíduo para que ele possa fazer suas escolhas. Logo, não basta que uma pessoa faça aquilo que deseja, também é importante que ela tenha liberdade para escolher entre várias oportunidades.

⁵ Frise-se que a abordagem da capacidade diz respeito, em última instância, à aptidão para realizar combinações de funcionamentos valorizados

Portanto, Sen (2010; 2011) sugere que precisamos compreender que os meios para uma vida humana satisfatória não são, em si mesmos, os fins de uma vida boa, assim poderemos aumentar significativamente o alcance avaliativo.

Como trata-se de uma perspectiva avaliativa que abarca muitas maneiras de viver, torna-se um instrumento de fundamental importância para mensurar a qualidade de vida e o bem estar de pessoas transexuais e travestis. Isso porque também leva em considerações outras possibilidades de limitação de liberdade, como o gênero.

Se o gênero tem sido uma categoria que, interseccionada com a raça, nacionalidade, e regionalidade, limita o alcance de capacidade e oportunidade de sujeitos inseridos dentro de determinada ordem discursiva – heterossexista -, como o faz com as mulheres, com as identidades dissidentes atua em toda sua potencialidade de exclusão e marginalização, principalmente se pensarmos como as suas normas produzem os sujeitos humanos autorizados a transitar pelo seio social, como veremos mais na frente.

3 O GÊNERO TRANSITA

Quando falamos em gênero, somos chamados a reconhecer a factibilidade de um mundo eminentemente dividido em dois polos contrários, mas complementares: existem homens e mulheres, *biologicamente* diferenciados, que compartilham de um desejo *natural* um pelo outro. A *verdade* dessa afirmação se ancora no próprio *sexo*, seja porque é visto como o lugar de emanção dessas diferenças, ou porque ele atesta a heterossexualidade como um fato *naturalmente comprovado*. Se o *sexo* é o *locus* de confirmação de um mundo binário, por que falamos em gênero? Quais os sentidos que essa categoria abarca? No que se diferencia do próprio *sexo*?

Para responder a essas perguntas, precisamos, antes de mais nada, compreender como surgem determinadas ordem discursivas, e qual o papel do poder na produção dos saberes que *desvendam a realidade* em que os *sujeitos humanos* estão inseridos.

Conforme ensina Fernandes (2006), somos sujeitos discursivos, ou seja, as nossas práticas sociais produzem sentidos no seio da cultura e da história; sentidos esses que estão articulados com os lugares sociais que ocupamos. Conforme desvendou Foucault (2003), esses sentidos estão intrinsecamente ligados ao poder, porque é a partir da imposição dos nossos pontos de vista sobre os demais que conseguimos imprimir o significado que damos às coisas. Logo, os nossos saberes estão impregnados de poder, e a verdade é estabelecida entre técnicas de saber e poder.

Frente ao medo do poder do discurso, preza-se pelo seu controle através de procedimentos excludentes, estabelecendo o regime do que é considerado verdadeiro e falso em determinado momento da história. O discurso que recebe o valor de verdadeiro é aquele que se sobrepõe sobre os outros, de tal forma que estes sejam considerados falsos, instaurando, através disso, uma ordem. É a ordem do discurso que impõe o critério normativo que engendra as significações, e que fabrica o verdadeiro e o falso. Em suma, a ordem do discurso é a articulação dominante de forças que sujeita outros saberes.

Em toda sociedade, a produção do discurso é controlada, sancionada, organizada e redistribuída por um certo número de procedimentos que tem como função conjurar seus poderes e perigos, dominar seus acontecimentos aleatórios, esquivar sua pesada e temível materialidade (FOUCAULT, 2012, p. 8 e 9)

Na obra *A Vontade de Saber*, Foucault (2009) observa a inserção da sexualidade dentro da economia do saber como estratégia do poder. Na modernidade, a sexualidade foi produzida muito mais do que reprimida, isso porque vivenciamos uma nova forma de poder muito mais invisível e eficaz, um poder produtivo, um poder que atua sobre a vida mais do que sobre a morte- que é o momento em que o poder lhe escapa -, e que produz sujeitos dóceis e úteis, operando sobre seus corpos, suas saúdes, suas sexualidades: um biopoder. Esse é o momento de fabricação dos sujeitos sexuados; é o momento de fabricação das sexualidades dissidentes, aquelas que se distanciam da norma heterossexual.

Conforme observou Butler (2003; 2004; 2010), é a imposição de um mundo eminentemente heterossexual, através de inúmeras técnicas de normalização, a grande responsável pela legitimação da distribuição dos papéis de homens e mulheres como decorrentes de categorias como macho e fêmea. Nesse caso, a *verdade* do sexo, do gênero e da sexualidade se ancora em uma ordem discursiva – historicamente localizada - que determina os sentidos do natural.

Laqueur (2001) já observara a dinâmica de produção do próprio sexo – e consequentemente, do sistema binário que dá origem – como decorrente de lutas de poder. Ao contrário do que se imagina, nem sempre o sexo foi compreendido como duplicado; antes da modernidade, acreditava-se existir um único sexo, o masculino; era a ordem cósmológica a determinante do gênero de homens e mulheres⁶, bem como do lugar hierárquico ocupado por cada um desses papéis. O sexo feminino só entra na ordem discursiva como fato a partir da

⁶ Não estando a verdade do gênero materializada no corpo, a transição entre o gênero feminino e masculino poderia ocorrer, desde que obedecesse a ordem hierárquica das coisas. Nesse caso, eram comuns relatos de mulheres que viraram homens; mas jamais um homem poderia virar mulher, sob pena de ferir essa ordem (LAQUEUR, 2001).

modernidade, momento em que a naturalização é chamada para legitimar a desigualdade existente entre homens e mulheres num mundo em que a igualdade constitui uma das características mais importantes do sujeito de direitos. Logo, pode-se observar a força que determinados saberes exerceram na produção de sujeitos sexuados, e na ocupação de posições hierarquicamente determinadas.

Justamente contra esse contexto, foram se delineando as lutas do feminismo. Esse movimento ganha grande relevância política e acadêmica a partir dos anos 60 do Século XX, principalmente na França e nos Estados Unidos (PISCITELLI, 2014). Uma das contribuições mais importantes dos múltiplos discursos produzidos nesses lugares, foram as tentativas de desestabilização do sexo como categoria que naturalmente define a distribuição dos papéis de homens e mulheres. A máxima: “Não se nasce mulher, torna-se” (BEAUVOIR, 2000, p. 9), sintetiza bem as ideias que vinham sendo desenvolvidas nesse período.

Na década de 70, a categoria teórica *gênero* começa a ser cunhada com o intuito de condensar a ideia de que o corpo biológico não só não determina o *ser homem* e o *ser mulher*, como também se apresenta como superfície de significações culturais que dão vida à feminilidade e à masculinidade. O termo ganha destaque maior na obra de Gayle Rubin (2008), que afirma a existência de um contexto universal de subordinação das mulheres: o patriarcado. Tanto o patriarcado, quanto o sujeito criado pelo feminismo, *as mulheres*, são alvo de inúmeras críticas de teóricas feministas da década de 80 como Joan Scott (2014). Essa autora aponta que a universalização de um contexto de opressão dificulta a identificação das práticas políticas e sociais que hierarquizam as relações entre homens e mulheres, além de deixar de observar outras intersecções que contribuem para hierarquizações dentro do próprio feminismo, ou seja, as vivências de mulheres distintas são influenciadas por outros fatores, como a classe social, a raça e a sexualidade: as mulheres negras, pobres e lésbicas experienciam outras formas de opressão.

Os discursos produzidos pelo feminismo também são alvo de ávidas críticas de novas formas de pensar o gênero na década de 90. Judith Butler, conhecida como uma das pensadoras responsáveis pela criação da Teoria *Queer*⁷, teve suma importância na reflexão dos jogos de poder que fabricam não só homens e mulheres, mas principalmente sujeitos de sexualidades e gêneros dissidentes, como os gays, lésbicas, bissexuais e pessoas trans.

⁷ A Teoria Queer condensa inúmeras formas de se pensar a sexualidade e o gênero a partir de teorias pós estruturalistas. Problematizam categorias teóricas como o “sexo natural” e os “gêneros inteligíveis”, com o intuito político de desestabilizar a ideia de que a heterossexualidade é a única sexualidade legítima e natural (SALIH, 2012; LOURO, 2013)

Para Butler (2003), um dos grandes problemas do pensamento feminista esteve em pensar o gênero como culturalmente construído em uma estrutura neutra: o corpo. Esse corpo, pouco questionado, é trazido como uma superfície natural e pré-discursiva que espera passivamente a cultura se inscrever. Esse *fato biológico* permite que o gênero o absorva para reproduzir o sistema binário que exige a inteligibilidade entre o sexo e o gênero para que a pessoa humana possa ser fundada. Isso é possibilitado pelas inúmeras técnicas de normalização desencadeadas num mundo heterossexual e heterossexista.

Assim, mesmo antes de nascer, os discursos produtores da feminilidade e da masculinidade criam as imagens dos homens e mulheres *de verdade*. Quando a criança nasce, ela é interpelada a ocupar uma dessas posições a partir da identificação sexuada. A frase “é um menino”, não é uma mera descrição da realidade, mas a própria interpelação para a ocupação de um lugar na ordem do discurso. A reiteração discursiva é uma das muitas táticas de cristalização do gênero nos corpos desses sujeitos. Outras técnicas serão exercidas no âmbito das instituições sociais - como na família, na escola e na mídia - e serão responsáveis pelo reforço e normalização dessas posições. Todas as crianças estão subjugadas a essa fabricação de gênero, em que os discursos investirão na preparação de sua estilização para que os papéis sejam exercidos com êxito.

Bonecas, saias e vestidos para as meninas; bola, calça, revólveres para os meninos. Parece que nada escapa à “panóptica do gênero”. O mundo infantil se constrói sobre proibições e afirmações. Essa pedagogia dos gêneros tem como objetivo preparar aquele sujeito para a vida referenciada na heterossexualidade, construída a partir da ideologia da complementariedade dos sexos. É como se as “confusões” nos papéis provocassem, direta e imediatamente, “perturbações” na orientação sexual (BENTO, 2006, p. 90).

Butler (2003; 2010) também reflete sobre a produção do sujeito humano na matriz heterossexual. Segundo a autora, as normas de produção do gênero concorrem para fabricar o sujeito humano e o inumano, porque exige a identificação sexuada e a coerência sexo-gênero-sexualidade para que a inteligibilidade social aconteça. Isso significa que os sujeitos inteligíveis são aqueles que ocupam lugar na ordem do discurso, ou seja, homens e mulheres *biológicos* que performatizam suas identidades em consonância com os estereótipos de gênero, e que direcionam seu desejo uns para os outros. Aqueles que fogem desses padrões, não são considerados completamente humanos, fato que lhes reservam lugares nas zonas inóspitas e inabitáveis da vida social onde estão sujeitos a violências diversas. Essas violências retroalimentam um mundo heterossexual e heterossexista, porque punem os dissidentes e reforçam as técnicas de normalização.

A partir dessas ideias, Butler (2003; 2004; 2010) propõe que o gênero seja pensado em contornos menos delineados, normativos e definitivos. Assim, para a autora, o gênero é, na verdade, performativo. É a interpretação mimética dos discursos que possibilita que as estilísticas deem vida e forma ao corpo e à identidade. Nesse sentido, nada impede que outras interpretações possam surgir, como acontecem com as pessoas trans, ou as identidades que não encontram lugar no sistema binário.

Pensar no gênero como performativo também nos possibilita refleti-lo menos como essência, e mais como trânsito. Assim, quando Beauvoir afirma que o gênero é um tornar-se, ela não parece dizer que ele já se tornou; na verdade, como observa Salih (2012), ele é um eterno torna-se, nunca cessa e se esgota.

3.1 Transgredindo e Transformando: quem são as pessoas transexuais e travestis?

Na díade homem/mulher como atributos obrigatórios das categorias macho/fêmea, como compreender o encaixe de travestis e transexuais nesse sistema binário? Por quais espaços permeiam? Qual o gênero da travesti e da pessoa transexual? O que as diferencia?

A travestilidade é compreendida por Bento (2006; 2008), Duque (2011), Pelúcio (2009) e Coelho (2012), como sendo o fenômeno experienciado por sujeitos que buscam construir nos corpos, através de diversas tecnologias, a feminilidade, interpretando de formas diversas as normas de gênero que determinam que a identidade *normal* é aquela que segue a coerência e a continuidade do sexo, gênero e sexualidade.

Como narra Pelúcio (2009, p. 42), para compreender a travestilidade “é preciso seguir muitas trilhas, perseguir códigos, territórios, fixar-se nesses corpos que não cansam nunca de ser nômades”. Isso porque essa é uma experiência que não se restringe à construção do feminino como processo contínuo e uniforme; existe uma pluralidade de vivências que não permite a simplificação desses sujeitos em um único conceito.

Em estudos datados dos anos 90 acerca do mundo travesti, Kullick (2008), Silva (2007) e Benedetti (2005) atribuíram aos sujeitos estudados características pouco flexíveis acerca de suas transições e sexualidades. Para esses autores, as travestis podem ser reconhecidas através de seus corpos modificados por silicones e hormônios, utilizados para o alcance das características categorizadas como femininas, além de possuírem orientação sexual heterossexual, ou seja, desejarem pessoas do gênero oposto.

Duque (2011), Pelúcio (2009) e Bento (2006; 2008), em pesquisas posteriores, já se defrontaram com outras realidades, em que as fabricações corporais já não são mais uniformes ou, em alguns casos, definitivas; além das sexualidades serem plurais, existindo, inclusive,

pessoas travestis lésbicas. Nas palavras de Pelúcio (2009, p. 43): “um processo que se pluraliza, daí o ‘s’ que precisa ser acrescentado à noção ainda incipiente de ‘travestilidade’, enquanto reflexão e tentativa teórica de se ir mais além do que o senso comum tem se permitido”.

Acreditamos que o ponto de tensão maior na definição da travestilidade esteja na diferenciação que é chamada a dar nome a travestis e transexuais, e que tem sido abordada, em especial, no que concerne à vontade de realizar cirurgia de transgenitalização.

Normalmente, acredita-se que a pessoa transexual é aquela que, tendo nascido com determinado sexo, sente-se como sendo do gênero oposto, de tal forma que crê ter nascido no corpo errado. Nesse caso, a cirurgia de transgenitalização é desejada para adequação do *corpo* à *mente* e, portanto, para a correção de um *erro da natureza*.

Não é difícil que as próprias pessoas transexuais se enxerguem dessa maneira, mas essa percepção está diretamente ligada à ideia de que existe um sexo *verdadeiro* que determina naturalmente um gênero conforme. Essa percepção é refletida nos discursos decorrentes dos estudos acerca do fenômeno transexual, e ajudou a cunhar a categoria em um contexto de patologização, e a desenvolver o seu diagnóstico e o tratamento. Isso significa dizer que a transexualidade é pensada, ainda hoje, como uma doença, e encontra diferentes diagnósticos e tratamentos no Código Internacional de Doenças (CID) e no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM*) (LEITE JR, 2011; BENTO, 2006; 2008)

No Brasil, a cirurgia de transgenitalização não pode ser realizada por livre escolha da pessoa que deseja fazê-la. O procedimento é regulado pelo Código Federal de Medicina (CFM), e só pode ser realizado como forma de tratamento do *transexualismo*, cujo diagnóstico é balizado pelo CID. Os sintomas são analisados por equipes multidisciplinares compostas por endocrinologistas, psiquiatras e psicólogos. Esse diagnóstico não é simples de ser formulado, e a pessoas que passa pelos protocolos hospitalares precisa realizar inúmeros testes para *provar* sua condição transexual.

No entanto, Bento (2006; 2008), Leite Jr (2011) e Teixeira (2013) percebem a transexualidade não como uma doença, mas também como uma experiência identitária transgressora das normas de gênero. Cabe frisar que essas vivências também são compreendidas em suas pluralidades e complexidades, tais como o fenômeno da travestilidade.

Aliás, as diferenças que designam a travestilidade e a transexualidade como categorias distintas não estão localizadas nem na patologização da transexualidade, nem na forma como experienciam o gênero – seja na vontade realizar a cirurgia ou não. Foram estabelecidas, principalmente, pelo modo como foram percebidas e amparadas nos discursos médicos e psi, e

nas práticas sociais historicamente localizadas que possibilitaram o delineamento de identidades marcadas por outras intersecções como a classe social.

Assim, no caso da travestilidade, firmou-se, no imaginário brasileiro, a imagem das travestis aliadas à prostituição, criminalidade e uso de drogas. Essa imagem se constituiu, em parte, por conta do local em que performances travestis aconteciam, em boates de prostituição, e foi consolidada pela forte exclusão social que esses sujeitos sofreram (LEITE JR, 2011).

No Brasil, o termo transexualidade se popularizou na mídia com o *fenômeno Roberta Close* nos anos 80. Roberta, que era bonita, de classe abastada, e aparecia constantemente nos programas de TV, nas rádios e nos jornais e revistas voltadas para o público de maior poder aquisitivo, não se parecia em nada com a figura considerada grotesca dos homens vestidos de mulheres que normalmente estampavam as capas dos jornais policiais em situações ligadas à prostituição, à violência e drogas. Pelo contrário, a modelo exortava valores morais e estéticos da *verdadeira mulher burguesa*, e por isso não poderia ser associada a travestis. O que seria então? “Neste embate, a modelo declarou: ‘para os brasileiros, eu não sou homem, não sou mulher, não sou travesti, nem homossexual, O que sou? Um ET?’” (LEITE JR, 2011, p. 206).

Logo, enquanto no resto do mundo a transexualidade era compreendida como uma patologia, no Brasil, a sua popularização se deu em decorrência da necessidade de nomear sujeitos que pertenciam a uma classe social mais abastada, ou que possuíam atributos estéticos mais próximos daqueles valorizados como sendo pertencentes aos das *mulheres de verdade* (LEITE JR, 2011; BENTO, 2006; TEIXEIRA, 2013).

Existe toda uma rede de discursos médicos, jurídicos e psi ajudando a erigir a imagem do *verdadeiro transexual*. As características desse sujeito são tanto aquelas esperadas pelas equipes médicas para que seja dado o diagnóstico de *transexualismo*, quanto de expectativas ligadas a parâmetros de classe social e valores de gênero; no Brasil, por exemplo, estilizar a feminilidade dos estereótipos esperados para as *mulheres de verdade* é também estar inserido em um jogo de poder que cria hierarquias entre os indivíduos que esperam pela cirurgia de transgenitalização nos hospitais.

A pluralidade de vivências que estão em conflito com as normas de gênero é incontestável. Entretanto, cabe se pensar se realmente existem linhas de convergências que criam identidades distintas entre si, no caso, até mesmo para questões políticas. Logo, existiria uma identidade transexual e uma identidade travesti?

A identidade pós moderna, pensada principalmente por Hall (2006) e Bauman (2001), aparece ligada não a uma essência que narra a verdade acerca de *um eu* bem definido, autocentrado e consciente. Quando pensamos no sujeito, identificamos nele fragmentação,

fluidez e transitoriedade. Louro (2010) percebe essas características também no gênero e nas sexualidades, apesar dessas categorias aparecerem tão materializadas e cristalizadas nos corpos binários que chegam a serem confundidas com ontologia.

Se não existe uma essência, tampouco características que se unem pra performatizar uma identidade fixa, como o reconhecimento se dá nesse caso específico? Como são criados esses pontos de identificação e diferença? Como esses sujeitos se enxergam e enxergam ao outro?

Butler (2010) explica que a identidade é criada através da negação. Para que o sujeito surja é necessário que exista *um outro* com o qual o *eu* pode se identificar de maneira negativa, ou seja, através do *eu não sou isso*. A categoria humana é apenas a consequência dessa dinâmica, o que significa que para emergir, necessita que o não humano também seja criado. “Essa identificação ocorre através de um repúdio que produz um domínio de abjeção, um repúdio sem o qual o sujeito não pode emergir. Trata-se de um repúdio que cria a valência da “abjeção” – e seu status para o sujeito – como um espectro ameaçador” (BUTLER, 2010, p. 156).

Os sujeitos transexuais das pesquisas de Bento (2006), Teixeira (2013) e Barbosa (2013) se reconhecem através da negação de outras identidades. Essas outras são os abjetos - gays, lésbicas e travestis - que precisam primeiro ganhar vida através da identificação negativa de um *eu não sou isso*, para em seguida serem mortos através dos insultos. A identidade transexual tem sido moldada através da negação dessas outras identidades. Percebe-se bem isso na fala de Carla, mulher transexual entrevistada por Bento (2006, p. 2011):

Assim, na minha cabeça, travesti já é mais um tipo estrela. Já chega aqui e quer abafar. Parece que está o tempo todo brilhando que nem eles falam: brilhando na passarela. Chega aqui e joga o cabelo pra cima, e faz show... aqui na praça; na língua deles, na minha, não. Você me entende? Eu não sou isso.

Ser transexual oferece uma posição identitária que dará um sentido provisório à vida desses indivíduos. Entretanto, continuarão habitando as margens, e como estratégia de poder, apresentam-se aos outros através do *eu não sou*. Em geral, os/as transexuais estão tentando se enquadrar em uma idealização do que seja um *homem de verdade* (forte, alto, musculoso) e uma *mulher de verdade* (emotiva, frágil, sensível). Nesse caso, nota-se a eficácia dos aparatos reguladores em criar e classificar essas diferenças e em construir subjetividades que, na prática, não se encontram disponibilizadas socialmente de maneira específica de modo a sustentar a identificação. “E talvez aí esteja o drama da experiência transexual: mais uma vez, o sujeito é apresentado como fonte dos significados dos quais ele é feito” (BENTO, 2006, p. 214).

Barbosa (2013), estudando um movimento coletivo de travestis e transexuais em São Paulo, notou tensões no engendramento dessas duas identidades: as mulheres transexuais se viam enquanto mulheres, ao tempo em que as travestis negavam essa identificação. A mesma coisa notou Teixeira (2013, p. 219), ao acompanhar alguns encontros de movimentos trans: “ao reivindicarem a posição de mulheres, elas promovem uma separação significativa com o movimento travesti”.

Mais do que um distanciamento concernente a uma maneira de sentir a identidade, o estabelecimento de quem seja transexual e travesti, desde o apossamento pela mídia do termo, tem estado ligado às estilísticas que exortam valores ligados à classe social e a padrões de beleza esperados de uma *verdadeira mulher*. Quando Roberta Close é classificada como transexual, não o é por portar os sintomas do *transexualismo*. Logo, Roberta Close é nomeada como transexual por não refletir a imagem negativa que as travestis constituíram no imaginário brasileiro.

Assim, Barbosa (2013) demonstra como travestis e transexuais são classificadas e hierarquizadas dentro do grupo que frequentam. Não basta que se autodefinam transexuais, é preciso que os estilos corporais, a classe e a geração consigam delinear essa identidade através das roupas menos provocantes, da fala bem articulada com dominação de termos médicos, do porte de traços mais femininos, história de vida que não esteja ligada à prostituição, etc.

Portanto, o *ser* transexual ou o *ser* travesti transpassam a simples designação de que se distanciam uns dos outros pela vontade de ser do gênero oposto ao sexo, ou pelo desejo de realizar cirurgia de transgenitalização. Na verdade, as etnografias sobre travestilidade, mesmo aquelas realizadas durante a década de 90 como as de Kulick (2008), Silva (2007) e Benedetti (2005), não conseguiram encontrar padrões de travestis não se identificando com mulheres, ou de travestis não querendo realizar a cirurgia de redesignação sexual.

Nos estudos mais recentes como o de Teixeira (2013) e Duque (2011), já é possível visualizar a travestilidade sendo incorporada como identidade política e tática de ressignificação de experiências. Aliás, dentro dos movimentos sociais, enquanto as mulheres transexuais recusam as ligações com outros sujeitos marginalizados, em especial através do reforço do seu status de mulher, as travestis se distanciam ainda mais, agora não porque são *as prostitutas, as vítimas, as criminosas*, mas porque querem ver-se e serem vistas como humanas.

3.4 O nome que eu (não) sou

Se para alguns o nome permanece como o ponto de convergência e coerências da(s) identidade(s), pois é onde é possível condensar vivências e histórias que dão contorno à pessoa,

para os homens e mulheres transexuais e travestis, o nome, ou melhor, o “nome civil” – regulamentado pelo Direito, e indisponível, com pouquíssimas exceções – é, na verdade, um *locus* de não-reconhecimento, e um instrumento que, quando socialmente apresentado, lhes relembra o seu lugar de abjeção e de ininteligibilidade social.

“Pedro: Eu estava em um corredor com um tantão de gente esperando para ser atendido. Aí uma enfermeira chegava na porta e falava o nome, aí todo mundo olhava para mim e eu escutava os comentários: ‘uai, um homem com nome de mulher? Coisa estranha’” (BENTO, 2006, p. 57). A fala de Pedro evidencia um momento de constrangimento sofrido em decorrência do nome. Aliás, Pedro, como sujeito da etnografia de Bento (2006), jamais chegou a revelar seu *nome*, porque pronunciá-lo seria recuperar uma condição feminina; o nome é uma interpelação que o recorda uma posição de gênero da qual luta para sair. “Como seria seu nome de batismo? Maria? Clara? Joana? Ao longo das entrevistas, poucos revelaram seus nomes de batismo. No hospital, no entanto, a cena de um enfermeiro gritando ‘aquele nome, o outro nome’, era muito frequente” (BENTO, 2006, p.57).

Qual seria a “coisa estranha” a que se referiam aqueles que aguardavam na sala de espera do hospital? Pedro era a coisa estranha, aquilo que não pode ser nomeado, ou seja, a própria materialização do anormal, do monstro; essa é uma maneira *silenciosa* de atualizar os insultos que durante toda a vida colocam as pessoas transexuais e travestis às margens.

Goffman (2013) explica que as sociedades estabelecem meios de categorizar as pessoas e o total de atributos comuns e naturais para os membros de determinada categoria. Quando um estranho nos é apresentado, alguns aspectos nos permitem prever sua categoria e seus atributos e assim “baseamo-nos nessas preconceções, nós as transformamos em expectativas normativas, em exigências apresentadas de modo rigoroso” (GOFFMAN, 2013, p. 12). Esse indivíduo que está em nossa frente pode possuir um atributo que o torna diferente dos demais, podendo ser apresentado de uma maneira menos desejada, uma pessoa estragada ou diminuída; essa característica é um estigma. Esses estigmas dão chance para que inúmeras discriminações sejam feitas, e podem diminuir as chances de vida do estigmatizado. Além disso, criamos teorias que justificam a inferioridade do estigma e atribuímos ao nosso vocabulário termos específicos como forma de metáfora ou representação. Podemos perceber as consequências do estigma em decorrência do nome também na fala a seguir:

Cumprimentei a atendente da recepção e apresentei a ela o comprovante de consulta, o meu cartão do hospital e um papelzinho no qual estava escrito meu nome feminino e solicitei que quando me chamasse para ser atendida pelo médico, que me chamasse por esse nome (...) O doutor me chamou “Carolina”, me levantei e fui em sua direção, mas ele não respondeu ao cumprimento. De uma forma grosseira e em um tom áspero, ele dirigiu sua fala à minha pessoa.

“Quem é esta aqui?” Apontando para o meu nome masculino no prontuário médico. Eu disse “Sou eu”. Ele disse, “e quem é esse aqui?” apontando para o nome no papelzinho, e eu disse: “sou eu”. O médico apontando para o meu nome no prontuário e em seguida para o nome no papelzinho, nessa ordem disse: “Eu atendo este aqui, mas não este aqui”. Mesmo percebendo a agressividade do médico e a falta de respeito do médico para comigo, eu mantive o bom senso e disse a ele: “Doutor, tudo que for documental, receitas, exames, etc., o senhor faz como se deve, ou seja, usa o nome que está registrado no prontuário médico, mas, por respeito a minha pessoa, o senhor, me trate no feminino. O doutor me deu a seguinte resposta: “você não entendeu! Eu atendo o XXX XXX, mas você eu não te atendo (TEIXEIRA, 2013, p. 161 e 162).

Em conversa posterior com Carolina, Teixeira (2013) relata que a mesma se referia sempre à situação como uma cicatriz. A autora lembra ainda, que se não fôssemos seres linguísticos, as palavras não teriam o poder de nos ferir ou causar danos. Tanto é assim, que costumamos utilizar metáforas de dores físicas para dar inteligibilidade a esse dano, denunciando a materialidade da relação do corpo com a linguagem.

É possível perceber a partir da análise do relato, que o médico nega e impede a ocupação de um lugar por Carolina. Nesse caso, se a interpelação é o momento de inauguração do reconhecimento do sujeito, o insulto proferido pelo médico a impede de ser reconhecida como pessoa pela recusa em interpela-la.

Partindo do conceito de estigma, podemos perceber como alguns indivíduos - dentre eles a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais), pessoas não binárias, ou mesmo heterossexuais que não estão de acordo com as exigências dos gêneros inteligíveis – são diminuídos e hostilizados por outros. O termo homofobia, hoje ampliado para homo-lesbo-bi-transfobia, foi cunhado para dar nome aos preconceitos e discriminações direcionadas a essas pessoas. “A homofobia é uma manifestação arbitrária que consiste em designar o outro como contrário, inferior ou anormal; por sua diferença irreduzível, ele é posicionado a distância, fora do universo comum dos humanos” (BORRILLO, 2010, p. 13).

O tratamento discriminatório tem papel importante na hierarquização das sexualidades e identidades de gênero, elegendo a heterossexualidade como orientação sexual legítima e a homossexualidade como inferior. De acordo Borrillo (2010), a forma mais eficaz de legitimar uma violência é naturalizá-la, e é justamente situando a heterossexualidade no plano do natural que esse status de superioridade se concretiza.

Tendo em vista que a heterossexualidade pertence ao plano do natural, tem como papel ordenar regimes sexuais, em especial a que pressupõe que o desejo sexual é determinado pelo sexo biológico (macho/fêmea) e este determina o comportamento sexual específico (feminino/masculino). Borrillo (2010) explica que essa divisão do gênero e do desejo é mais

responsável pela reprodução da ordem social hegemônica, do que da reprodução da espécie, e por isso mesmo direciona os atos homofóbicos contra todas as pessoas que fogem dos padrões determinados pelas normas de gênero.

A homofobia é um fenômeno complexo e variado que pode ser percebido nas piadas vulgares que ridicularizam o indivíduo efeminado, mas ela pode também assumir formas mais brutais, chegando até a vontade de extermínio, como foi o caso da Alemanha Nazista (BORRILLO, 2010, p. 16)

Ainda que esse conceito pareça englobar todos aqueles que fogem às normas de gênero, Jesus (2014), quando se refere à violência específica direcionada à travestis e pessoas transexuais, prefere utilizar o termo transfobia⁸, compreendendo-o como um conjunto de fatores que agrega preconceito, violações de direitos humanos e fundamentais e violências diversas como ameaças agressões e homicídios⁹.

Num banco, eu fui trocar um cheque... e daí eu pedi pra chamar a gerente e a gerente falou Carlos pra cá e Carlos pra lá e o banco atrolhado de gente, e as pessoas já começaram a cochichar e eu falei “Por favor, me faz uma gentileza, é Tamara”. “Mas tu... não posso te chamar por Tamara!”.(ZAMBRANO, 2003, p. 84).

Tamara, sujeito do trabalho de Zambrano (2003), assim como Pedro, vivencia a mesma situação em que as pessoas a veem, mas não a compreendem; nesse momento, ambos são os *outros* que, pelos insultos, fortalecem, das margens, as identidades daqueles que lhes estranham. Para ter o direito de serem reconhecidos conforme a identidade que escolheram para si, Tamara e Pedro precisam mendigar que aqueles com quem falam tenham a sensibilidade de deixar que ocupem o lugar que escolheram para si.

Tamara, Pedro e Carol representam a experiência cotidiana de diversas pessoas transexuais e travestis que precisam passar pelas mesmas situações de humilhação e violência simbólica.

⁸ Junqueira et al (2011) observam que os movimentos lésbicos e travestis vêm lutando contra a tendência “gaycêntrica” do termo homofobia, propondo a inclusão dos termos lesbofobia e transfobia. Essas expressões também vêm ganhando novos significados políticos e sociais, extrapolando suas ressonâncias individuais, para revelar uma carga mais ampla, se referindo também aos dispositivos de vigilância e fronteiras de gênero que atingem todas as pessoas.

⁹ Praticamente todos os estudos etnográficos acerca do universo travesti/transsexual (KULLICK, 2008; SILVA, 2007; BENEDETTI, 2005; TEIXEIRA, 2013; BENTO, 2006; 2008; PELÚCIO, 2009) expõem as violências físicas e simbólicas que sofrem esses sujeitos em praticamente todos os ambientes pelos quais transitam: no seio familiar, pela recusa da constituição identitária feminina ou masculina; na escola, que tem sido um espaço de expulsão por conta da violência transfóbica; no mercado de trabalho, das quais têm sido excluídas; e nas ruas, onde sofrem abusos verbais e físicos, por vezes, fatais. A própria prostituição, que tem sido associada à construção da identidade travesti, tem se mostrado como uma das poucas possibilidades de manutenção da vida, mas que contribui para a vulnerabilidade dessas pessoas em decorrência da exposição.

Como falamos no primeiro tópico, a pobreza não pode ser vista somente como privação de renda, e esta não deve ser a única base de avaliação do nível de êxito de determinada sociedade. Existem bons motivos para julgarmos a vantagem individual através da capacidade que uma pessoa possui, ou seja, as liberdades substantivas para levar o tipo de vida que ela tem razão para valorizar. Logo, outras intersecções trabalham para privar uma pessoa de capacidades, como o gênero, a idade, a raça, a orientação sexual, etc.

No caso das experiências trans, não se pode dizer que estejam concretizando seus planos de vida, se lhes é negado o direito de ser aquilo que escolheram. E não somente isso, o não respeito à identidade de pessoas travestis e transexuais provoca sofrimento de tal forma que são praticamente obrigadas(os) a deixar de transitar por diversos espaços sociais.

Estudando as travestis ludovicenses, Sampaio (2009) demonstrou que a violência simbólica cotidiana direcionada a esses sujeitos, empurra-os o tempo todo para as margens sociais. Justamente por esse motivo, observou a preferência por uma vida eminentemente noturna, evitando, ao máximo, o trânsito por lugares de grande movimentação de pessoas. O mesmo também foi observado por Kulick (2008) e por Benedetti (2005). Como podemos pensar em diálogo público racional, se não existe dinâmica desses grupos com os demais indivíduos? Por quantos lugares deixaram de transitar essas pessoas por conta desses constrangimentos? Se o documento de identidade é tão importante para a vida social, acompanhando a pessoa em diversos espaços institucionais, como exigir que permaneçam e transitem por essas instituições? Como exigir que permaneçam nas escolas, quando são interpeladas a serem algo que não as/os representa? Como possibilitar que tenham acesso a espaços importantes de cidadania se a sua própria dignidade será diminuída sempre que lhe chamarem o *nome*? Como impedir que sejam empurrados mais para as margens a cada vez que se tornam ininteligíveis?

4 O PODER JUDICIÁRIO, O NOME E AS TRANS IDENTIDADES

Na construção da individualidade humana, é o nome que, através da mesma linguagem que os demais, designa o sujeito, distinguindo-o dos outros e dando o substrato para que ele seja conhecido por quem é. “O nome é o meio geral da linguagem, próprio para indicar qualquer ente, físico ou material; é o substantivo que serve a designar as coisas e as pessoas” (MORAES, 2000, p.51).

Do ponto de vista jurídico, a importância designativa do nome ganhar grande relevo, porque é a partir do mesmo que as pessoas serão identificadas, por isso constitui um dos direitos mais essenciais da personalidade.

O Código Civil Brasileiro de 2002 (CCB 2002), incluiu os Direitos da Personalidade e reconheceu o nome como direito personalíssimo, tendo inclusive, reservado quatro artigos, dos onze que constituem os Direitos da pessoa, ao nome. Logo, o art. 16 dispõe: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o patronímico”.

Na convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), o art. 18 prevê: “Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um deles. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário”.

Segundo Moraes (2000), o seu reconhecimento depende da sua proteção como um direito da personalidade individual. É a partir desse entendimento que o nome não servirá apenas para designar a pessoa humana, como também para proteger sua esfera privada e o interesse da identidade do indivíduo. “[...] o nome é suporte não só da identidade social mas também da identidade subjetiva, tendo a função de ‘humanizar’ o filho como sujeito do direito” (MORAES, 2000, p. 54).

O direito ao nome compreende as faculdades de usá-lo e defende-lo. Enquanto o uso do nome consiste em se fazer chamar por ele, a sua defesa oferece um poder de ação quando alguém o usurpe, o empregue de modo a expor a pessoa ao desprezo público, ou recuse chamar o titular pelo seu nome. Esse direito ainda possibilita a sua reivindicação quando é negado. Ressalva-se que o nome não é protegido em si e per si, nesse caso, o que se protege é a pessoa e sua dignidade.

Além de um direito, o nome também é um dever; o dever de ser identificado socialmente. Essa perspectiva leva em consideração não mais a pessoa e a sua dignidade, mas a sua função identificadora na comunidade em que se encontra inserido ao Estado¹⁰. É dessa prerrogativa que decorre a imutabilidade do prenome e de alteração excepcional do nome familiar. Entretanto, esse princípio não é absoluto, existem algumas exceções: pode-se mudar o prenome do adotando; dos estrangeiros naturalizados; e quando expuser a pessoa ao ridículo.

Segundo Andrade (2013), o fato de o CCB 2002 ter trazido em seu texto os direitos da personalidade contrasta com a Lei de Registros Públicos de 1973, que parte do princípio de que o nome é imutável, principalmente por conta da segurança jurídica das relações privadas. Ou seja, enquanto o Código Civil é constitucionalizado com o intuito de valorização da pessoa

¹⁰ Conforme Fachin (2012), a constitucionalização do direito privado não foi suficiente para pensar o sujeito de direitos do CCB 2002 a partir de sua autonomia e dignidade, preservando a relação jurídica como essencial para a compreensão do indivíduo. Nesse caso, o sujeito de direitos só ganha contornos quando contrata, se obriga, constitui da família e testa, logo, a segurança jurídica se torna mais importante do que a própria pessoa.

humana, a permanência da Lei de Registros Públicos na regulamentação da mudança do prenome ainda pode ser considerada um óbice para a concretização de direitos ligados ao livre desenvolvimento da personalidade, em especial, de pessoas transexuais e travestis, que não encontram, no sistema jurídico pátrio, espaço entre as exceções que possibilitam que a mudança seja efetivada via poder judiciário.

4.2.2 *Transexualidade e travestilidade no tribunal*

Tendo em vista a impossibilidade de se dispor do status civil, em especial do nome e do sexo, entendidos ainda como imutáveis, pessoas transexuais e travestis encontram dificuldades em adequar seus estados de *pessoa* frente ao Poder Judiciário.

O sexo é um dos elementos indisponíveis da identificação da pessoa no ordenamento jurídico brasileiro. Como inexistente um entendimento jurídico acerca do seja o sexo, é consolidado o conceito constituído no século XIX a respeito do mesmo, mantendo a correspondência com o discurso médico-científico e uma forte influência da moral sexual dominante.

Observa-se que, apesar de todas as transformações estabelecidas moderadamente nos ordenamentos jurídicos, e da intensa ação política dos movimentos sociais de libertação sexual, o ‘natural’ modelo dos dois sexos – fundamentado na diferença anatômica entre os dois sexos, e na ideia de complementariedade necessária entre homem e mulher – permanece praticamente inabalável (VENTURA, 2007, p. 151)

Ausente lei ou qualquer definição legal específica, o judiciário tem se tornado o principal árbitro da demanda das pessoas transexuais pela retificação do prenome e do sexo no registro civil, se mostrando, nesse processo, um parceiro indispensável do saber médico. Os resultados da pesquisa realizada por Ventura (2007), Teixeira (2013) e Zambrano (2003) apontam que a *verdade* estabelecida pelo saber médico é indispensável para o engendramento da *verdade jurídica*. “Caminhamos por um campo disciplinar em que a desnaturalização do corpo e a não essencialização do sexo ainda não se apresentam como questões primeiras” (TEIXEIRA, 2013, p. 76).

Segundo Teixeira (2013) e Zambrano (2003), o poder judiciário tem tendido a aprovar as alterações de nome e sexo no registro civil quando a pessoa transexual consegue provar que a cirurgia de transgenitalização foi realizada em consonância às exigências do Conselho Federal de Medicina. Ainda que exista uma grande parcela de decisões favoráveis, não há homogeneidade entre as sentenças proferidas pelos magistrados solicitados a decidir acerca dos conflitos vivenciados por pessoas transexuais e travestis.

O debate tem sido travado principalmente sobre o poder de decidir sobre o corpo do outro, conforme aponta Teixeira (2013, p. 76) ao analisar o seguinte trecho de uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “Não é a medicina que decide o sexo e sim a natureza. (...) Quem nasce homem ou mulher, morre como nasceu. Genitália similar não é autêntica. Autêntica é o homem ser do sexo masculino e a mulher do feminino, a toda evidência”. Conforme observa a autora, o sexo aparece como um fato decorrente da natureza, enquanto o gênero é a sua simples consequência; desse modo, o sexo não pode ser manipulado e permanece, a despeito de qualquer intervenção cirúrgica, como um dado pré-existente absoluto.

Em análise de outro julgado, Teixeira (2013) observa ainda, a exigência de perícia médica para a constatação da nova situação sexual de uma pessoa transexual após cirurgia de transgenitalização, para que assim, o magistrado pudesse autorizar a mudança de nome no registro civil. Conforme aponta, a maior parte dos textos consultados demonstram verdades e (in)certezas acerca do corpo e do sexo das pessoas transexuais, conforme pode ser percebido no seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Não existe, repito, até hoje, qualquer procedimento cirúrgico que modifique o sexo de uma pessoa. Esse, o sexo, não é determinado pela aparência física da pessoa, mas pela sua conformação genética, e, mais especificamente, pelos cromossomos. Quem nasceu com conformação genética do sexo masculino será sempre integrante do sexo masculino; e quem nasceu com a conformação genética do sexo feminino será sempre desse sexo um integrante. É uma verdade imutável: ao menos até hoje. Cirurgias que modificam a aparência da pessoa, ainda que com a extirpação dos órgãos – não passam de cirurgias plásticas, e nada alteram, senão quanto à aparência física externa da pessoa. No caso, qualquer pessoa que tenha se submetido ou venha a se submeter à referida cirurgia, continuará integrante do sexo que a natureza lhe concedeu. E nem mesmo eventual aprovação do referido projeto, ou qualquer outra lei, terá o condão de mudar o que é por natureza imutável. Não se altera o sexo por decreto (TEIXEIRA, 2013, p. 79).

Na análise de outro caso, Teixeira (2013, p. 83) nota o Ministério Público se manifestando a favor da mudança de nome e sexo no registro civil, mesmo sem que a interessada tivesse realizado cirurgia de transgenitalização; o argumento do MP girou em torno dos constrangimentos vivenciados pela autora em decorrência do nome masculino contrastante com a aparência feminina. Entretanto, o magistrado responsável pela decisão negou o pedido sob o seguinte argumento: “Não se trata de uma opção sexual, mas de uma questão biológica. Não há como se negar a realidade fática. O autor é do sexo masculino e seu prenome deve estar compatibilizado com o seu sexo, não à sua opção sexual”.

Ventura (2007) analisou cerca de 43 julgados junto aos Tribunais de Justiça Estaduais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal acerca da modificação de nome e sexo no registro civil de pessoas transexuais e travestis. Destes, 20 foram desfavoráveis à alteração de prenome e sexo de pessoas transexuais submetidas a cirurgia. “Como respaldo médico-científico, as decisões afirmam que as transformações corporais e hormonais realizadas na pessoa transexual são meramente estéticas, e tais transformações não tem o condão de alterar o sexo da pessoa” (VENTURA, 2007, p. 152). A autora pôde concluir que os principais argumentos jurídico-legais versaram sobre a imutabilidade do estado da pessoa no registro civil. Dentre um dos trechos analisados por Ventura (2007, p. 154), pode-se notar:

[O apelado não pode ser considerado] como sendo do sexo feminino, uma vez que há a impossibilidade de procriação porquanto não possui os mesmos órgãos internos femininos. Ao se deferir o pedido do apelado estar-se-ia outorgando a este uma capacidade que efetivamente não possui. Por outro lado, ao permitir-se a retificação do nome e sexo do apelado em possível casamento que venha a se realizar, se estaria contrariando frontalmente o ordenamento jurídico vigente; ademais estaria ausente um dos requisitos para o casamento, qual seja a diferença dos sexos. A lei de registros públicos veda a alteração pretendida, tutelando interesses de ordem pública.

Conforme pode ser observado, além do entendimento pautado na imutabilidade do sexo fático, os argumentos utilizados pelo magistrado também remontam aos discursos fabricados dentro da matriz heterossexual que prevê a inteligibilidade sexo-gênero, bem como a complementariedade dos papéis binários através da heterossexualidade compulsória. O entendimento da feminilidade como atributo da “fêmea biológica” – a única apta a reproduzir – reflete uma imagem atrelada a estereótipos de gênero, em especial pela localização do papel da *mulher verdadeira* dentro das relações matrimoniais e familiares, que pressupõem, em primeiro lugar, a diferença sexual.

Essa preocupação com o matrimônio, e o papel feminino dentro da família, também pode ser percebido em um julgado analisado por Vieira (2007), em que o magistrado reconhece o direito de mudança de nome de uma mulher transexual operada, mas impossibilita a alteração do sexo para *feminino*, exigindo, no entanto, a mudança para o status *transexual*. Dentre seus argumentos, aparece a preocupação com a possibilidade da autora contrair matrimônio no futuro, e estar impossibilitada de exercer o que seria atribuição da mulher dentro da família: a reprodução da espécie.

Logo, é possível notar que os argumentos contrários tendem em não reconhecer o estado da pessoa de mulheres e homens transexuais e travestis por conta da defesa de uma moralidade sexual dominante: heterossexual.

As demais decisões analisadas por Ventura (2007), estas favoráveis, exigiam comprovação da realização de todas as etapas da terapia necessária para que a cirurgia de transgenitalização aconteça. Dentre os requisitos exigidos, percebe-se: a necessidade do diagnóstico de *transexualismo* demonstrando, portanto, a enfermidade; a necessidade terapêutica das intervenções cirúrgicas; a distinção entre homossexuais, travestis, transexuais e intersexuais; e o dever do Estado em autorizar a alteração no registro como protetor da pessoa que se encontra em situação de violação de direitos humanos. O fato de o poder judiciário somente reconhecer o direito de transição do estado da pessoa quando a cirurgia tenha sido realizada, ou quando esteja na iminência de acontecer, demonstram o apego à categoria sexo e à suposta verdade que a acompanha.

Foucault (2001) já identificara a dinâmica existente entre direito e medicina: no ponto de encontro entre a instituição da justiça e a instituição qualificada para enunciar a verdade, são formulados enunciados que possuem o estatuto de discurso verdadeiros e que detêm efeitos judiciais, portanto, alheios às regras de formação de um discurso científico e às regras do direito. O autor aponta que esse ponto de encontro é grotesco. Grotesco porque atribui um poder descontrolado, através de um aparelho de justiça, a um discurso de verdade.

Esse encontro é um exemplo particular da irrupção da instituição médica e judiciária, exatamente na fronteira entre as duas, possibilitado por certos mecanismos que não são nem médicos ou judiciais. Na verdade, o que está em jogo é a oposição entre doentes e não doentes; algo que está na categoria “anormais”, da gradação entre o normal e o anormal. Aqui é possível perceber um poder normalizador que possibilita uma prática sob os anormais e que faz intervir um poder de normalização que atua modificando o saber médico e judiciário fazendo-os constituir a junção institucional responsável pelo controle do anormal.

Foucault (2001) evidencia duas realidades que demonstram momentos e táticas distintas no limiar da história: a exclusão dos leprosos e o controle daqueles que tinham praga. No primeiro caso, os leprosos eram expulsos dos locais onde coexistiam com pessoas não leprosas; literalmente marginalizados, eram abandonados pelas famílias em lugares completamente longes do convívio social. O segundo caso evidencia uma nova realidade: o território onde ficavam aqueles que tinham praga era objeto de análise sutil e detalhada, de um policiamento minucioso. Os regulamentos distribuíam os territórios e organizavam um poder contínuo em forma piramidal e vigilante sem nenhum tipo de interrupção. Essa prática é completamente oposta àquela aplicada aos leprosos; não se trata de exclusão, mas de quarentena. Não se trata de expulsar, mas de estabelecer, fixar, atribuir um lugar, definir presenças e controles. “Trata-se do exame perpétuo de um campo de regularidade, no interior

do qual vai se avaliar sem cessar cada indivíduo, para saber se está conforme à regra, à norma de saúde que é definida” (FOUCAULT, 2011, p. 58.) Apesar da peste suscitar um certo sonho de desintegração dos corpos, é nesse momento que o poder político se exerce mais plenamente, em que as pessoas são policiadas ao extremo. Esse é o momento do poder se exercer sem interrupções, sem obstáculos. O que podemos observar da comparação entre a lepra e a peste é o modelo do controle político se modificando.

A substituição do modelo de lepra pelo de peste constitui um processo histórico que evidencia as invenções das tecnologias positivas de poder. Ou seja, passou-se de um poder excludente e marginalizador para um poder produtivo, que fabrica, que observa, que sabe e que se multiplica. A época clássica foi a época dos governos, tendo em vista que no século XVIII foi inventada a teoria jurídico-política do poder, centrada na noção de vontade e na sua transferência através de representação num aparelho governamental. É nesse momento que observaremos a implementação de diversos aparelhos de Estado e instituições fornecendo prolongamentos e apoios. Como Foucault (2001) explica, as técnicas de normalização constituem o reverso das estruturas jurídicas, mas é condição para o seu funcionamento através de organização disciplinar. Também é o momento em que o corpo, a vida e a sexualidade ganham centralidade na história; um novo poder e uma nova maneira de encarar e controlar os indivíduos: o biopoder e a biopolítica (FOUCAULT, 2009). Se a vida ganha centralidade nas dinâmicas do Estado, ela deve ser regulada, vigiada, normalizada. Não é à toa que dentro do ordenado jurídico brasileiro, a vida e o corpo são indisponíveis.

O que pode-se perceber a partir da análise das seguintes decisões, é que a autonomia das pessoas transexuais e travestis se limita à faculdade de buscar tratamento, sem que seja levado em consideração a livre vontade do indivíduo para buscar o que acha mais benéfico para si. As normas médicas e jurídicas não são responsáveis por dizer o que é bom/mal para as pessoas trans através dos mecanismos de acesso aos *tratamentos* e às modificações no registro civil.

Enquanto esperamos que a instituição judiciária seja aquela que, dotada de justiça, atua respeitando e protegendo a liberdade dos indivíduos, no caso da experiência transexual observamos o contrário: constitui um *locus* de controle e de imposição de limites. As consequências para as pessoas transexuais e travestis não estão somente na negação do nome, mas também no reforço das ordens discursivas sustentadoras da matriz heterossexual. O Direito também é um lugar de produção de sujeitos dissidentes; sujeitos que não podem ser considerados inteiramente humanos; sujeitos sem liberdade.

6 CONCLUSÃO

Como pudemos ver, existem fatores distintos concorrendo para limitar ou promover a capacidade dos indivíduos. O gênero é, sem dúvidas, um deles, ainda mais sendo ele mesmo o responsável pela fabricação do humano e do inumano e, conseqüentemente, da inteligibilidade social.

A partir de Amartya Sen, pudemos perceber que a avaliação da justiça depende da vida que as pessoas de fato levam, e nas suas capacidades de escolher entre oportunidades distintas. Nesse caso, o fato de determinadas normas determinarem que o gênero inteligível é aquele que obedece a coerência e continuidade entre sexo, gênero e sexualidade, faz da transexualidade e da travestilidade uma experiência abjeta, marginal e anormal.

Em termos de capacidade, podemos encontrar inúmeros óbices às liberdades substantivas de pessoas travestis e transexuais, isso porque são praticamente expulsas do seio social e proibidas de transitarem por inúmeros lugares em decorrência da violência transfóbica.

A impossibilidade de modificar os próprios documentos para a adequação do nome e sexo à identidade, pode ser apontada como um fator de limitação da capacidade, uma vez que tanto reforça uma violência invisível causadora de inúmeros constrangimentos, como também reforça um status de abjeção responsável, no final das contas, pelo fato de serem alvo de violências diversas.

Na falta de regulamentação da possibilidade de retificação do nome e sexo no Registro Civil no caso de transexualidade ou travestilidade, tal demanda passa a depender do entendimento de cada magistrado.

Como observamos, alguns magistrados têm indeferido as demandas sob os argumentos de que o sexo é imodificável, e de que mulheres transexuais e travestis não reproduzem, não podendo, com isso, exercer o papel fundamental da mulher dentro do matrimônio. Essas perspectivas são influenciadas pelas *verdades* acerca do gênero e do sexo constituídas na modernidade e reproduzidas pelas ciências médicas sob a máscara de imparcialidade, mas impregnada de poder. Nesse caso, o poder judiciário reitera essas (in)certezas que são as responsáveis pelo não reconhecimento das identidades trans.

Por outro lado, algumas decisões deferem as demandas de retificação. Entretanto, essas decisões esbarram em alguns limites. Primeiramente, elas partem da ideia de que a transexualidade é uma doença, e nesse caso, o seu diagnóstico depende de uma rede de dispositivos responsáveis pela limitação da autonomia transexual no Brasil e no mundo, além de pressupor que essa não é uma experiência normal. Além disso, as decisões vêm exigindo que as pessoas transexuais já tenham realizado cirurgia de redesignação sexual no momento do pedido; ou seja, as pessoas transexuais que não desejam fazer a cirurgia são completamente

excluídas das possibilidades de terem os documentos modificados, e as chances das travestis conseguirem também a retificação ficam prejudicadas, tendo em vista que o campo médico não as reconhece dentro da categoria transexual patologizada.

Podemos perceber o nome como óbice de liberdade e capacidade da experiência trans, e o Poder Judiciário como o local em que a liberdade desses indivíduos pode ser ampliada. Entretanto, o Poder Judiciário é mais um dos locais de reiteração de transfobias e de reforço dos estigmas das pessoas transexuais e travestis.

;

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebenneichler. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. **Revista Derecho del Estado**. N. 20, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BARBOSA, Bruno Cesar. "Doidas e putas": usos das categorias travesti e transexual. **Sex., Salud Soc. (Rio J.)**, Rio de Janeiro, n. 14 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-64872013000200016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 19 Nov. 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S1984-64872013000200016>.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

BENEDETTI, Marcos. **Toda feita**. O corpo e o gênero da travesti – Rio de Janeiro: Gramond, 2005.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo**. Sexualidade e gênero na experiência transexual. – Rio de Janeiro: Gramond, 2006.

_____. **O que é transexualidade**. – São Paulo: Brasiliense, 2008.

BUTLER, Judith. Corpos que pensam: sobre os limites discursivos do “sexo”. In: LOURO, Guacira (org). **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

_____. **Problemas de gênero: Feminismo e subversão de identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. **Undoing Gender**. New York: Routledg, 2004.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia**. História e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

COELHO, Juliana Frota da Justa. **Ela é show**. Performances trans na capital cearense. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2012.

DUQUE, Tiago. **Montagem e desmontagem.** Desejo, estigma e vergonha entre travestis adolescentes. – São Paulo: Annablume, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil: À luz do novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FERNANDES, Cleudemar Alves. **Análise do discurso:** reflexões introdutórias. São Carlos (SP): Claraluz, 2006.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1:** A vontade de saber. Rio de Janeiro: Edição Graal, 2009.

_____. **A verdade e as formas jurídicas.** São Paulo: Nau, 2003.

_____. **Os anormais.** São Paulo: Martins Fontes, 2001

_____. **A ordem do discurso.** São Paulo: Loyola, 1998.

GOFFMAN, Erving. **Estigma:** Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada. 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** – Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

JESUS, Jaqueline Gomes. **Transfobia e crimes de ódio:** Assassinatos de pessoas transgênero como genocídio. Disponível em:

<http://www.historiagora.com/dmdocuments/Artigos/Histria%20Agora%20-%20n.16/.7_artigo_6_it2transfobia_e_crimes_de_dio.pdf>. Acesso em: 05/02/2014.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. PRADO, Marcos Aurélio Máximo. Homofobia, hierarquização e humilhação social. In: VENTURI, Gustavo. BOKANY, Vilma (org). **Diversidade sexual e homofobia no Brasil.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2011.

KULICK, Don. **Travesti, prostituição, sexo, gênero e cultura no Brasil.** – Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin. Sobre o nome da pessoa humana. **Revista da EMERJ. V. 3, n. 12,** 2000.

LEITE, Jorge Jr. **Nossos corpos também mudam.** A invenção das categorias “travesti” e “transexual” no discurso científico. – São Paulo, Annablume, 2011.

LAQUEUR, Thomas. **Inventando o Sexo.** Corpo e gênero dos gregos a Freud. Rio de Janeiro: Relume Dumara, 2001.

LEITE, Jorge Jr. **Nossos corpos também mudam.** A invenção das categorias “travesti” e “transexual” no discurso científico. – São Paulo, Annablume, 2011.

LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da sexualidade. In: LOURO, Guacira (org). **O corpo educado:** pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

_____. **Um corpo estranho.** Ensaios sobre a sexualidade e teoria queer. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

PELÚCIO, Larissa. **Abjeção e desejo**: uma etnografia travesti sobre o modelo preventivo de aids – São Paulo: Annablume, 2009.

PISCITELLI, Adriana. **Recriando a (categoria) mulher?** Disponível em: <<http://www.pagu.unicamp.br/sites/www.ifch.unicamp.br.pagu/files/Adriana01.pdf>>. Acesso em: 02.01.2014.

RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RUBIN, Gayle. **Tráfico de mulheres**: notas sobre a economia política do sexo. Recife: S.O.S. Corpo, 2008.

SALIH, Sara. **Judith Butler e a teoria queer** – Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

SAMPAIO, Juciana Oliveira de. **Incorporações e compartilhamento do desejo**: Notas sobre a corporalidade e o caráter associativo entre travestis de São Luís – dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal do Maranhão: 2009

SCOTT, Joan. **Gênero**: uma categoria útil para análise histórica. Disponível em: http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/6393/mod_resource/content/1/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf. Acesso em: 02.01.2014.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Trad. de Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Hélio R. S. **Travestis**, entre o espelho e a rua – Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

TEIXEIRA, Flávia do Bonsucesso. **Dispositivos de dor**: saberes – poderes que conformam as transexualidades. São Paulo: AnnaBlume; Fapesp, 2013.

VENTURA, Miriam. Transexualidade: Algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual. In: RIOS, Roger Raupp (org). **Em defesa dos direitos sexuais**. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

VIANNA, Adriana. Atos, sujeitos e enunciados dissonantes: algumas notas sobre a construção dos direitos sexuais. In: MISKOLCI, Richard. PELÚCIO, Larissa (org). **Discursos fora de ordem**. Sexualidades, saberes e direitos. São Paulo: Annablume, 2012.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e Sexo**: mudança no Registro Civil. São Paulo: Atlas, 2012.

ZAMBRANO, Elizabeth. **Trocando os documentos**: Um estudo antropológico sobre a cirurgia de troca de sexo – dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade Federal do Rio Grande do Sul: 2003.