

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA
JURÍDICAS**

ALEXANDRE VERONESE

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

VERONICA TEIXEIRA MARQUES

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

S678

Sociologia, antropologia e cultura jurídicas [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Alexandre Veronese, José Fernando Vidal De Souza, Veronica Teixeira Marques – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-065-7

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Sociologia. 3. Antropologia. 4. Cultura jurídica. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS

Apresentação

Apresentação GT de SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURAS JURÍDICAS

Com vinte e nove artigos, o Grupo de Trabalho Sociologia, Antropologia e Culturas Jurídicas proporcionou ricos debates e interlocuções entre os presentes no GT, autores e ouvintes que identificaram na proposta do Grupo, o campo adequado para interdisciplinaridade, usos de métodos e abordagens que vão além das pesquisas teóricas e jurisprudenciais, mais comuns em outros grupos de trabalho do CONPEDI.

Em especial os autores que apresentaram seus artigos representaram as mais diferentes instituições e regiões do Brasil, proporcionando discussões entre alunos, egressos e docentes de Mestrados e Doutorados de instituições como: Centro Universitário do Pará, Universidade Federal do Paraná, Universidade Federal do Rio Grande, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Universidade Federal do Oeste do Pará, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Centro Universitário La Salle, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Universidade de Brasília, Fundação Machado de Assis, Universidade Federal Fluminense, Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal, Centro Universitário Volta Redonda, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade Federal do Espírito Santo, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Universidade Federal de Goiás, Universidade Federal da Paraíba, Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Campo Grande, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, assim como da anfitriã, Universidade Federal de Sergipe.

A maioria dos trabalhos do GT se concentrou em cinco eixos de debates, estruturados em pesquisas metodologicamente subsidiadas por diferentes instrumentos, abordagens e análises, caracterizando as perspectivas jurídicas, antropológicas e sociológicas esperadas no GT. Num primeiro eixo, que inclusive demandou uma solicitação de registro para que haja um grupo de trabalho específico, tendo em vista o crescente número de textos nos mais diversos GTs dos últimos CONPEDIs, se delinearão os trabalhos com enfoque em questões de Gênero.

Com o trabalho A subordinação da esfera social à fiscal: uma análise sócio jurídica a partir da teoria da dominação masculina de Pierre Bourdieu, Thiago Augusto Galeão de Azevedo

tratou da relação subordinativa entre a esfera social e fiscal do Estado Democrático e Social Fiscal, decorrente da esgotabilidade dos recursos públicos, identificando-a como um reflexo constituinte da estrutura de dominação reproduzida pelo Estado, à luz dos preceitos teóricos da dominação masculina de Pierre Bourdieu. Já Clarice Gonçalves Pires Marques apresentou o artigo intitulado O papel da ciência jurídica na subalternização da feminilidade: problematizações e desconstruções necessárias para a igualdade de gênero que se debruçou sobre as identidades femininas enquanto produção cultural e sobre como a ciência jurídica contribui para a subalternização das identidades femininas.

No texto Destrinchado por um artigo clássico sobre gênero. Gênero: Uma categoria útil de análise histórica (Joan Scott) os autores Pablo Henrique Silva dos Santos e Paula Pinhal de Carlos se debruçaram sobre o clássico texto de Joan Scott, identificando a importância da autora sobre os estudos sobre gênero e sua influência nos estudos brasileiros sobre a temática. Com um recorte dentro das discussões sobre gênero, a categoria trans foi tratada em dois artigos. No primeiro, intitulado O (re)conhecimento trans, os autores Renato Duro Dias e Amanda Netto Brum analisam o reconhecimento e a experiência da (des)construção dos discursos naturalizantes das identidades de gênero e sexual trans com base em estudos culturais. Já Paulo Adroir Magalhães Martins e Ana Paula Cacenote, no artigo intitulado A necessidade de uma integridade legislativa para o devido reconhecimento das identidades transexuais no atual panorama jurídico-social em razão da crise do sistema jurisdicional, ao utilizarem o método sócio-analítico e a abordagem dedutiva, discutem a necessidade de uma integridade legislativa no ordenamento jurídico brasileiro para a criação de uma lei que busque assegurar o devido reconhecimento às identidades transexuais.

Com uma pesquisa de campo de fôlego, o artigo Pobreza, cachorrada e cachaçada: representações de policiais sobre a violência contra a mulher, dos autores Júlio Cesar Pompeu e Rafael Ambrósio Gava, se sustenta em um estudo etnográfico nas Delegacias de Atendimento à Mulher da Grande Vitória para analisar a dinâmica de funcionamento desses órgãos e descobrir se a compreensão dessa dinâmica pode ajudar a explicar o porquê de o Espírito Santo ter índices tão altos de violência contra a mulher. Os autores chamam a atenção sobre como a representação social dos policiais estigmatiza as vítimas e, aliado a outros fatores, dificulta o combate adequado dessas infrações penais, encontrando nessa variável um dos possíveis fatores que explicam os altos índices capixabas de violência contra a mulher.

Outro instigante trabalho se referiu à Justiça de gênero e direitos humanos das mulheres: percepções sobre feminismo em decisões dos Tribunais de Justiça do país de autoria de Fabiana Cristina Severi, que trouxe para discussão as dificuldades de acesso à justiça das

mulheres e de efetivação de seus direitos, a partir da análise de conteúdo de julgados, na tentativa de traçar a percepção dos Tribunais de Justiça sobre feminismo. Como último trabalho que versa sobre gênero, o artigo intitulado *Pode a subalterna negra falar na Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul?* de autoria de Tiago Resende Botelho teve como recorte temporal os anos de 1977 a 2014, período em que constatou a inexistência da mulher negra neste espaço legislativo por trinta e sete anos, o que o leva a questionar a legitimidade representativa da mulher negra na política.

O segundo eixo de trabalhos se constituiu em torno das discussões sobre trabalho e economia, com quatro artigos que refletem sobre imigração, exploração de mão de obra e crédito como reconhecimento. Numa pesquisa de campo com resultados que vão além dos discutidos no artigo, Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira, e Thais Janaina Wenczenovicz escrevem no texto *Imigrantes senegaleses, direitos humanos e trabalho: dimensões materiais e concepções acerca da integração no Brasil a respeito da integração desses imigrantes à sociedade brasileira*, chamando a atenção sobre como na região norte do Rio Grande do Sul o migrante senegalês experimenta a primeira forma de integração através da obtenção de emprego.

Já no artigo *Panoptismo digital: a terceirização das centrais de teleatividades*, Ailsa Costa de Oliveira faz uma análise acerca da terceirização, enfatizando dentro deste fenômeno, as atividades laborais executadas nos call centers. A autora identifica os call centers como empresas terceirizadas baseadas em um modelo de precarização do trabalho, caracterizado pelos controles a que são submetidos os teleoperadores pelos supervisores e por toda uma estrutura telemática, que se constituem pelo que chama de panoptismo tecnológico.

Marcelo Maduell Guimarães, na apresentação de seu texto *O contrato de trabalho e a sua insuperável marca exploratória: breves críticas ao modelo de desenvolvimento capitalista* parte de alguns questionamentos acerca do modelo de produção e desenvolvimento capitalistas na discussão sobre o contrato de trabalho, explorando seus significados na história e chamando a atenção sobre as poucas transformações até dias atuais, que ainda pressupõe exploração. Na busca por compreender as relações de consumo mediadas pelo crédito, bem como os aspectos jurídicos da atividade creditícia no Brasil, Anna Taddei Alves Pereira Pinto Berquó escreve o texto *O uso do crédito e reconhecimento social: aspectos jurídicos da atividade creditícia no Brasil* onde explora a relação de cordialidade como categoria que permitiu o acesso ao crédito, uma vez que é uma das características históricas do comércio brasileiro tratar os negócios como relações pessoais.

Um terceiro eixo de interlocução entre os trabalhos apresentados se deu em torno de discussões sobre a Sociologia Jurídica. Nesse sentido o trabalho intitulado *A relação entre a modernidade reflexiva e a sociedade do risco com a sociologia do direito* Rodrigo Marcellino da Costa Belo, discute a relação de singularidade interdisciplinar entre sociologia e direito que deu ensejo a formação da sociologia jurídica como campo que buscava estudar como tal relação influía na própria definição do Direito e de seus institutos. Já o artigo *Entre a academia e os tribunais: a construção social do direito constitucional brasileiro* de Carlos Victor Nascimento dos Santos e de Gabriel Borges da Silva busca ampliar as discussões acerca da produção do direito constitucional brasileiro partindo de quatro elementos: (i) a delimitação dos autores que se tornaram referências, (ii) a distância entre teorias e realidade social, (iii) a expansão dos programas de pós-graduação em Direito e o aumento da circulação de ideias que envolvam matérias constitucionais, além (iv) das relações entre professores/pesquisadores e juristas. Os autores analisam como esses quatro elementos são incorporados à discussão como movimentos capazes de influenciar a construção do direito constitucional brasileiro.

No texto *Velhas e novas perspectivas da Sociologia Jurídica no Brasil: flores ou espinhos?*, Cora Hisae Monteiro da Silva Hagino faz uma análise da história da Sociologia Jurídica no Brasil. A partir de uma abordagem histórica a autora discute a dificuldade de institucionalizar a sociologia jurídica nas faculdades de direito até transformar-se em disciplina obrigatória, partindo assim para uma análise sobre a influência dessa disciplina para entender a dinâmica do Direito na sociedade brasileira.

Por fim, nesse eixo, Enoque Feitosa Sobreira Filho e Lorena de Melo Freitas apresentam o artigo *Uma leitura realista do idealismo jurídico a partir das ideias de Gilberto Freyre*. Neste artigo analisam através de uma metodologia retórica, a crítica realista freyriana ao idealismo jurídico, apoiando-se na análise que Gilberto Freyre faz à cultura do bacharelismo no Brasil. Os autores apontam como Freyre ao estudar a formação acadêmica dos Bacharéis em Direito destaca a necessária vizinhança existente entre as Ciências Jurídicas, a Sociologia e Antropologia, que trabalham com fatos concretos, empíricos da realidade sócio jurídica.

O quarto eixo versa sobre estudos relativos à cultura que congregam quatro trabalhos que tratam da cultura como direito. O primeiro deles, intitulado *O direito ao idioma e a preservação cultural e linguística das minorias na comunidade dos países de língua portuguesa*, escrito por Pedro Bastos de Souza, se preocupa em discutir a importância da proteção cultural e linguística das minorias, em um cenário de globalização. Já o artigo *Por uma discussão a respeito das questões identitárias no âmbito dos direitos humanos*, de Raquel Fabiana Lopes Sparemberger e de Márcia Letícia, discute sobre como o trânsito de povos e

culturas fragmentou as identidades fazendo com que estas se multiplicassem, se transformassem e fossem, aos poucos, se moldando a novos cenários, tornando necessária a reflexão a respeito das questões identitárias em Direitos Humanos. Os autores Noli Bernardo Hahn e Francis Rafael Mousquer, no trabalho *O interculturalismo como mecanismo emancipatório*, chamam a atenção sobre como uma estrutura de relacionamento receptiva e resiliente entre as culturas existentes no cenário geopolítico mundial absorvem as diferenças existentes entre culturas. Fechando o eixo sobre cultura como direito, o trabalho *Rinha de galo: uma expressão de cultura, uma atividade esportiva ou uma ofensa à constituição?* das autoras Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros e Letícia Albuquerque debate a respeito da possível colisão de direitos fundamentais a partir de uma análise da jurisprudência brasileira firmada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. As autoras buscam responder à seguinte pergunta: a rinha de galo pressupõe o enfrentamento de uma questão cultural, de uma atividade esportiva ou, efetivamente, de uma ofensa à Constituição?

O quinto eixo, possibilitado pelos trabalhos aprovados no GT, envolve discussões a respeito de questões indígenas que passam por discussões sobre territorialidade, relação constitucional e cultura indígena. De autoria de Julianne Melo dos Santos, o artigo *Territorialidade indígena e a demarcação de terras indígenas no Brasil: tensões, contradições e potencialidades* busca compreender as limitações e as potencialidades do reconhecimento estatal da sociodiversidade indígena no processo de demarcação territorial. Já o trabalho sobre *Os povos indígenas e o tratamento constitucional latino americano: uma análise acerca dos ordenamentos boliviano e equatoriano* de José Albenes Bezerra Júnior trata do direito comparado e da análise dos textos constitucionais da Bolívia e do Equador, ao analisar os novos tratamentos constitucionais dispensados aos povos indígenas em países da América Latina. O artigo intitulado *Pensão por morte e poligamia indígena: redistribuição ou reconhecimento?*, das autoras Ana Catarina Zema de Resende e Fabiola Souza Araujo, apresenta uma análise da decisão judicial paradigmática que concedeu, pela primeira vez, uma pensão por morte em caso de poligamia de povos indígenas. As autoras indicam que apesar da determinação de distribuição de uma pensão por morte entre as viúvas e os filhos do segurado falecido mostrar avanço quanto ao reconhecimento da organização social própria dos povos indígenas, acaba por reduzir a avaliação da situação a uma mera questão de distribuição, negando um reconhecimento jurídico pleno da diversidade cultural. No texto *A Regularização das Terras Indígenas e os Dados do Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil* os autores Giselda Siqueira da Silva Schneider e Francisco Quintanilha Veras Neto discutem a questão da demarcação de terras e a necessidade de políticas públicas de investimento econômico para programas de promoção dos direitos de tais populações em suas aldeias.

Também abrilhantaram as discussões do GT Sociologia, Antropologia e Culturas Jurídicas, outros cinco artigos que versaram sobre teoria marxiana, direito à memória, educação em direitos, justiça restaurativa e ativismo judicial. No artigo Teoria marxiana e racismo: possibilidades na busca de um Direito instrumento de transformação, Franciele Pereira do Nascimento provoca a reflexão acerca da relação existente entre teoria marxiana e racismo, indicando que apesar de não ser suficiente para suprir todas as demandas advindas dos conflitos étnicos-raciais, a teoria marxiana é fundamental para entender o capitalismo atual e os reflexos do racismo neste sistema econômico. Com o trabalho O Grupo Tortura Nunca Mais e seus sentidos de fazer justiça Igor Alves Pinto parte da categoria sensibilidade jurídica colocada por Clifford Geertz e de uma pesquisa de campo com observação participante, de forma que através de um trabalho com inspiração etnográfica busca compreender como se produz e quais são os sentidos de justiça que o Grupo Tortura Nunca Mais quer ver representada pelo Estado. Os autores Diego de Oliveira Silva e Lutiana Valadares Fernandes Barbosa, no trabalho Biopoder, educação, resistência e libertação: a função da defensoria pública de educar em direitos como forma de resistência e de libertação da opressão, tecem reflexões sobre a função institucional da Defensoria Pública de educar em direitos como forma de possibilitar à população hipossuficiente a compreensão da dinâmica do biopoder e seus microssistemas, numa perspectiva de cumprir sua função institucional. Já no artigo intitulado Abordagem sociológica da justiça restaurativa Christiane de Holanda Camilo apresenta uma análise sociológica sobre os principais elementos fundantes da Justiça Restaurativa, apresentando-a como uma reinvenção contemporânea e aprimorada das formas de resolutividade de controvérsias comunitárias que visam o estabelecimento de estratégias integrativas e humanizadas que têm como propósito construir sistemas de justiça que possam ser implementadas, tanto no âmbito do Poder Judiciário quanto em comunidades que viabilizem a integridade de vítima e de ofensor, caracterizando a manutenção inclusiva do ofensor na reparação da ofensa assim como a reparação da ofensa em si.

O Grupo de Trabalho Sociologia, Antropologia e Culturas Jurídicas encerra seus artigos com o texto A democratização do judiciário como resposta ao ativismo judicial: ideias iniciais, de autoria de Vitor Costa Oliveira, que busca saber se há, em que grau, e de que forma, um elemento volitivo ligado ao ativismo judicial. Essas e outras perguntas e suas possíveis respostas é o que desejamos que os leitores mais atentos encontrem, para dialogar, criticar, interagir e refletir.

Ótima Leitura!

José Fernando Vidal de Souza - Uninove

Verônica Teixeira Marques Unit e ITP

Alexandre Veronese UnB

Coordenadores do GT Sociologia, Antropologia e Culturas Jurídicas

A NECESSIDADE DE UMA INTEGRIDADE LEGISLATIVA PARA O DEVIDO RECONHECIMENTO DAS IDENTIDADES TRANSEXUAIS NO ATUAL PANORAMA JURÍDICO-SOCIAL EM RAZÃO DA CRISE DO SISTEMA JURISDICIONAL

THE NEED FOR LEGISLATIVE INTEGRITY FOR THE DUE RECOGNITION OF TRANSEXUAL IDENTITIES IN THE CURRENT LEGAL-SOCIAL PANORAMA IN REASON OF THE JURISDICTIONAL SYSTEM CRISIS

**Paulo Adroir Magalhães Martins
Ana Paula Cacenote**

Resumo

Utilizando o método de procedimento sócio-analítico e a abordagem dedutiva, a presente pesquisa visa, a partir de levantamento bibliográfico e documental, analisar a necessidade de uma integridade legislativa no ordenamento jurídico brasileiro para a criação de uma lei que busque assegurar o devido reconhecimento às identidades transexuais. Para tanto, em um primeiro momento, o texto abordará questões referentes à crise do sistema jurisdicional, considerando o atual panorama jurídico-social de sobrecarga do Poder Judiciário e as suas consequências. Após, apresenta-se a identidade do transexual, seu processo de formação e o seu reconhecimento no panorama jurídico-social brasileiro. Por fim, analisa-se o contexto jurisdicional e legislativo acerca do reconhecimento da transexualidade, destacando-se a omissão legislativa e a necessidade da criação de uma legislação acerca da transexualidade em consonância com a teoria da integridade legislativa. Evidencia-se que pela pesquisa, o Poder Judiciário Brasileiro não consegue suportar as inúmeras demandas ajuizadas, bem como nesse processo acaba por retardar o reconhecimento identitário. Outrossim, a omissão legislativa acaba por perpetuar um quadro de agressões contra os transexuais. Evidentemente, a mera criação de uma lei não é suficiente para assegurar o devido reconhecimento dos transexuais, necessitando para tal a políticas públicas inclusivas que corroborem o texto legal e o princípio não discriminador da Constituição Federal Brasileira.

Palavras-chave: Transexualidade, Identidade, Reconhecimento, Crise do sistema jurisdicional, Integridade legislativa.

Abstract/Resumen/Résumé

Using the method of socio-analytical procedure and the deductive approach, this research aims, from bibliographical and documentary survey, to analyze the need for legislative integrity in Brazilian law for the creation of a law that seeks to ensure due recognition to transsexuals identities. Therefore, at first, the text addresses issues related to the jurisdictional system crisis, considering the current legal and social landscape overloading the judiciary and its consequences. After, it is presented the identity of the transsexual, the formation process and its recognition in the Brazilian legal and social landscape. Finally, we analyze

the judicial and legislative context on the recognition of transsexuality, highlighting the legislative omission and the need to create legislation about transsexuality in consonance with the theory of legislative integrity. By the research, it is evidenced that the Brazilian Judiciary can not bear the numerous demands, and this process ends up delaying the identity recognition. Moreover, the legislative omission perpetuate aggressions against transsexuals. Of course, the mere creation of a law is not enough to ensure proper recognition of transsexuals, for which they need the social inclusion policies which corroborate the legal and not discriminating principle of the Brazilian Federal Constitution text.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Transsexuality, Identity, Recognititon, Jurisdictional system crisis, Legislative integrity.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com as mudanças no cenário social pós-moderno¹, as relações humanas e os conflitos tornaram-se complexos a ponto de o sistema jurisdicional não mais dispor de respostas para as demandas atuais, uma vez que, a diversidade de elementos presentes nos conflitos interindividuais, coletivos, de raça, de gênero, entre outros, contribuíram e contribuem para o distanciamento entre a realidade social e as respostas dadas pelo sistema estatal oficial de decisão de conflitos.

Nas últimas décadas, grande parte das discussões acerca das atribuições do Estado estão voltadas para o Poder Judiciário, o qual tem a função de dar segurança jurídica e assegurar a justiça nas relações e no convívio em sociedade. Porém, a mera intervenção do Estado através de processos jurisdicionais não assegura o devido reconhecimento das identidades transexuais e seus direitos conexos.

Percebe-se que a uma das causas da crise está na forma de realizar o direito, uma vez que a normatividade do sistema jurisdicional implica em inserir o caso concreto no aparato legal, o qual quando na omissão legislativa acarreta em um grande empoderamento do julgador e de seu livre-arbítrio. E muitas vezes a interpretação por parte dos operadores dos direitos, em específico os julgadores, torna-se obscura, pois o ato de interpretar requer antes a compreensão do fato, e isso o referido sistema não permite.

Dentre as expressões da identidade sexual, a transexualidade é objeto de grande polêmica nos diversos espaços de discussão tanto no meio acadêmico como nas outras esferas da sociedade. Aceitam-se hoje algumas identidades sexuais além dos estereótipos impostos pela heteronormatividade, ainda que tacitamente, em diversos contextos sociais, inclusive o meio jurídico. Entretanto, evidencia-se grande discriminação com os indivíduos transexuais, demonstrada pelas constantes campanhas de diversos segmentos sociais e órgãos do poder público, voltadas para o fim desse preconceito.

A transexualidade é uma causa que gera grande angústia aos indivíduos transexuais, face o seu reconhecimento indevido no meio social, bem como ao desrespeito à sua identidade e seus direitos conexos. Apesar do descaso do tema no ordenamento jurídico pátrio, é de extrema importância para sanar as dificuldades e permitir a inclusão dos diferentes, de acordo com os preceitos constitucionais, o devido reconhecimento jurídico pelos Poderes Legislativo

1 A pós-modernidade que surgiu no final do século XX, com os efeitos da globalização na sociedade, está voltada para um fundamento cultural que aprecia o relativismo, as (in)diferenças, a incerteza e a indeterminação das relações sociais. Tal momento caracteriza-se também pelo rompimento de fronteiras, os avanços na tecnologia e na comunicação.

e Judiciário das diversas expressões da identidade sexual dos cidadãos brasileiros.

Destaca-se que a maioria dos operadores do Direito se encontram presos ao modelo positivista, não se permitindo, assim, a compreensão por meio de outros campos, como o da filosofia, da psicologia, da antropologia, entre outros. Tal situação faz com que o Poder Judiciário não responda satisfatoriamente as angústias dos transexuais que assolam a sociedade. Outrossim, o Poder Legislativo brasileiro, em razão das ideologias de grande parte dos seus representantes, se empodera de um discurso fundamentalista e discriminatório no tocante ao devido reconhecimento das identidades sexuais.

Assim, num primeiro momento, o presente texto pretende abordar questões relacionadas à a crise do Poder Judiciário, como as causas e consequências de seu declínio. Após, analisa-se a identidade do transexual, seu processo de formação e o seu reconhecimento no panorama jurídico-social brasileiro. E, por fim, apresenta-se o contexto da omissão legislativa no tocante à transexualidade e a necessidade de uma integridade legislativa para assegurar o devido reconhecimento dessa identidade sexual e de seus direitos. Para tanto, a presente pesquisa utilizou-se do método de procedimento sócio-analítico e a abordagem dedutiva, a partir de levantamento bibliográfico e documental.

A CRISE DO SISTEMA JURISDICIONAL FRENTE AO CENÁRIO SOCIAL ATUAL

A estrutura doutrinária das funções do Estado é tripartitória, há funções de ordem administrativa, legislativa e jurisdicional, sendo esta última objeto de estudo específico dessa parte do texto. O Poder Judiciário ou sistema jurisdicional opera no Estado de Direito por meio de órgãos especializados com poder de coerção, tem a legitimidade² para decidir os conflitos levados a juízo, caracterizando-se, assim, como monopólio estatal do poder.

Nas últimas décadas, a discussão acerca do sistema jurisdicional ganhou contornos expressivos, tendo em vista a crise da qual enfrenta. O enfraquecimento do Estado, consequência da complexidade social e globalização econômica, política e cultural, contribuíram para o surgimento da crise jurisdicional.

Não obstante, a finalidade da jurisdição esteja em dizer o direito e manter o controle social, na prática, tais intentos não ocorrem, uma vez que a profundidade dos conflitos e o avanço das relações sociais na contemporaneidade superam o desenvolvimento do sistema jurisdicional no atendimento a tais demandas, configurando, assim, o não cumprimento de

2 Conforme Bolzan e Spengler, a legitimidade do Poder Judiciário em dirimir os conflitos é fruto do contrato social, no qual os indivíduos concederam a um terceiro o direito de fazer guerra em busca da paz.

seus ideais. Nesse sentido, pode-se afirmar que a crise jurisdicional é resultado do declínio do poder estatal, através do desaparecimento da soberania, do enfraquecimento dos poderes legislativo, executivo e judiciário, como também, da sua eficiência na resolução dos conflitos.

Dessa forma, o sistema jurisdicional, na condição de estrutura hierarquizada, fechada, conduzida por uma lógica legal-racional, subordinado à lei, demonstra ser uma organização que necessita ampliar os limites de sua jurisdição³, atualizar suas estruturas organizacionais e reexaminar seus modelos funcionais, com o escopo de restabelecer sua autonomia e independência. Os limites territoriais do Poder Judiciário têm uma abrangência menor, tendo em vista a quebra de obstáculos geográficos através da ampliação da informática, das comunicações, dos transportes, dos grupos econômicos que vão instituindo diversas redes de interação (MORAES; SPENGLER, 2008).

Atinente ao aspecto organizacional do sistema jurisdicional, seu suporte de atuação está vinculado aos códigos, que estabelecem ritos e prazos não condizentes/incompatíveis com a diversidade de procedimentos e fatores temporais existentes na economia global. Nesse sentido, Bolzan e Spengler afirmam que “o tempo do processo judicial é o tempo diferido. O tempo da economia globalizada é o real, isto é, o tempo da simultaneidade” (MORAES; SPENGLER, 2008, p. 77).

Cumprе ressaltar que os vários elementos determinantes da perda de centralidade e de atribuições do Estado, dentre eles: a globalização, a criação de órgãos internacionais, o derrubamento das fronteiras, etc., tornaram propício o surgimento de meios/instâncias alternativas na resolução dos conflitos no âmbito nacional e internacional. Com isso, o Poder Judiciário passa a perder o seu espaço de atuação, tendo em vista a utilização de instrumentos defasados no atendimento as demandas.

Tal situação reporta ao questionamento da eficiência do referido sistema em sanar os anseios da sociedade, o qual demonstra a sua ineficácia, dada a desarmonia⁴ (seja quantitativa e qualitativa) entre a disputa judicial e a decisão prolatada. Não obstante o descontentamento da sociedade com a morosidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário, vale destacar também, o excesso de formalidade e de burocracia presentes na atuação do mesmo, tais condições dificultam o ingresso das camadas sociais vulneráveis.

Outro aspecto que está relacionado à crise do sistema jurisdicional é a má formação

3 Para Ovídio Baptista (*apud* MELEU, 2013) a jurisdição significa do latim *jurisdicitio*: ditar ou dizer o direito – constitui-se como uma das unções do Estado, também podendo ser entendida, no modelo atual, como sinônimo de prestação jurisdicional, pois se trata de atividade conferida ao Poder Judiciário como poder autônomo do Estado, revestindo-se, assim, da roupagem de um “poder de aplicar o direito conferido aos magistrados”.

4 Tal desarmonia decorre da complexidade social e expressivo aumento dos litígios no cenário jurídico.

dos operadores jurídicos, que não conseguem atender a crescente quantidade de demandas, como também a diversidade de temas desencadeados com a complexidade social (MORAES; SPENGLER, 2008).

Conforme Morais e Spengler (2008), a crise jurisdicional deve ser compreendida a partir de quatro dimensões, que são: crise estrutural; crise objetiva/pragmática; crise subjetiva/tecnológica; e a crise paradigmática.

A crise estrutural refere-se à infraestrutura, à carência de equipamentos e ao financiamento para aquisição de novos equipamentos, como também às custas judiciais, honorários, e ao custo diferido, que ocorre em virtude do alongamento temporal dos processos. O atraso na apreciação das demandas causa o aumento das custas processuais.

Por crise objetiva ou pragmática, entendem-se os aspectos pragmáticos da atividade jurídica, como as dificuldades com a linguagem técnico-formal, empregada pelos operadores jurídicos na realização dos rituais forenses; a burocratização; a lentidão dos procedimentos, bem como, o acúmulo de processos.

Quanto à crise subjetiva ou tecnológica, a sua configuração se dá pela incompetência dos operadores jurídicos em trabalhar com novas realidades fáticas, que carecem da criação de novos instrumentos legais, e da reformulação das mentalidades. Isso porque a mentalidade dos operadores jurídicos foi criada para resolver os conflitos conforme o silogismo lógico⁵, com incidência de uma pressuposição legal-normativa a um fato ocorrido. Contudo esse mecanismo lógico-formal não acata as respostas buscadas para os conflitos hodiernos, em especial, os conflitos que retratem os direitos transindividuais.

No tocante à crise paradigmática, questiona-se a pertinência dos métodos e conteúdos empregados pelo sistema jurisdicional para atender/resolver os conflitos sociais de forma pacífica. Tendo em vista as necessidades da sociedade contemporânea, tal modelo apresenta-se ineficiente para tratar dos problemas atuais.

De acordo com o exposto, pode-se afirmar que a crise do sistema jurisdicional configura-se sob duas vertentes, quais sejam, a crise de identidade e a crise funcional. A primeira manifesta-se em razão da perda de objetivos/responsabilidades por parte dos poderes legislativo, executivo e judiciário, causada pelas intensas mudanças na sociedade contemporânea. Deste modo, os poderes passaram a exercer funções não condizentes com a sua finalidade, incidindo para o sistema jurisdicional uma diversidade de tarefas/embates atípicas de seu fim, mas que reclamam por respostas. Já a segunda crise, diz respeito o

5 Um silogismo é um termo filosófico com o qual Aristóteles designou a argumentação lógica perfeita, constituída de três proposições declarativas que se conectam de tal modo que a partir das duas primeiras, chamadas premissas, é possível deduzir uma conclusão. (MARGUTTI, 2015)

excesso de burocracia de tal sistema, que acaba tornando-o ineficiente na realização de suas funções (ROSA, 2012).

Vale sobressaltar que o paradigma liberal-individualista-normativista de produção do direito atual encontra-se fatigado, uma vez que sua finalidade é atender as disputas entre indivíduos, enquanto que a realidade da sociedade atual necessita de instrumentos que atendam os conflitos que envolvam direitos difusos e coletivos.

O que se percebe é a presença de um exacerbado individualismo e formalismo no âmbito jurisdicional; este marcado pelos ritos e procedimentos fundamentados na infalibilidade jurídica e conseqüentemente na segurança da demanda. Já aquele se configura em razão de os direitos individuais sobreporem os direitos coletivos. Portanto, a crise jurisdicional se deu, também, em virtude de os direitos individuais apresentarem-se mais relevantes que os direitos/necessidades da sociedade, como também a formalidade/burocracia⁶ ser requisito indispensável para o arrolamento do processo. Nesse sentido, Luis Alberto Warat (1998, p. 16) sustenta:

Estamos falando do individualismo como visão de mundo, o paradigma que regulou, nos últimos dois séculos da modernidade, nossas concepções sobre os direitos humanos, sobre a cidadania, determinou o sentido de Direito e impulsionou o núcleo vital do econômico. Refiro-me ao individualismo que subjaz no que se simula chamar instituições democráticas ocidentais e também no que nos permitimos chamar de produção do saber científico.

Dessa forma, se denota o falso caráter democrático do modelo de produção do direito e de resolução de conflitos, o qual impõe o direito à situação real, posicionando os conflitantes na condição de ganhador e perdedor. Tal sistemática refere-se à delegação de direitos que gera obstáculos normativos e conseqüentemente o distanciamento entre o Direito e a sociedade.

Outro fator correspondente à crise jurisdicional é o paradoxo que se manifesta diante de uma sociedade carente de direitos e de uma constituição que assegure tais direitos. Assim, o que se verifica é a não efetivação/realização dos direitos (individuais, coletivos, difusos, etc.) preconizados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seja pela ineficácia do Estado, seja pela ausência (falta de interesse) em questionar a problemática.

Após a Segunda Guerra Mundial, a Constituição Brasileira de 1988, assim como as

6 O excesso de linguagem técnica – juridiquês – empregados pelos magistrados nos ritos e nas decisões apresenta-se como um formalismo prejudicial para os conflitantes, dada a dificuldade dos mesmos em compreender tal linguagem, e conseqüentemente, recorrer dos posicionamentos prolatados pelos juízes. Tal formalismo acarreta o afastamento da sociedade a insatisfação dos serviços prestados pelos operadores do direito.

demais constituições, com o intuito de democratizar os espaços sociais, criaram normas para assegurar os direitos fundamentais e sociais. E o sistema jurisdicional, por meio de seus tribunais, ficou na função de atender a vontade da coletividade, e assim transformar o paradigma de produção do direito. Contudo, tais objetivos não vêm sendo realizados, dado ao fato de que a legislação utilizada pelos magistrados na resolução dos confrontos, não atende/corresponde aos anseios e expectativas da sociedade contemporânea, caracterizando a deficiência da dogmática jurídica.

Valendo-se desse contexto, comporta mencionar também o caráter fictício e abstrato, presente no texto legal e nas decisões prolatadas pelos juízes. Nesse sentido, Warat (1997, p. 39) explica:

Em um processo judicial, em los mecanismos de producción de las decisiones por parte de los magistrados se juegan ficciones y abstracciones que alejan el texto legal del querer de las partes. El juez interpreta monolíticamente alejando el sentido de la vida cotidiana de las partes, produciendo decisiones amparadas em la ficción de um atributo messiânico. El imaginario uma semiótica del hacer de cuenta que marca la presencia estructural de la deslectura.

O sistema jurisdicional com o fito de regular as relações sociais e garantir segurança, utiliza normas/categorias abstratas que reduzem, mediorizam os confrontos de interesses, distanciando a realidade das oposições. Esse processo de abstração possibilita reduzir a diversidade e a pluralidade de fatores presentes nas pessoas (com sua individualidade), nas relações e nos conflitos. Através desse processo generalizante de abstração, as normas que regulam o convívio em sociedade são ordenadas de maneira formalmente igualitárias. Assim, pode-se afirmar que o sistema jurisdicional apresenta-se limitado para atender os embates por meio de decisões judiciais, dada a sua forma homogênea e disciplinadora⁷.

7 Conforme José Eduardo Faria (1989, p. 100), para a consecução desse processo de intermediação formalizadora das relações sociais, sempre na perspectiva de forçar a atomização, a dispersão e a banalização dos conflitos de interesses, são necessárias categorias abstratas capazes de permitir à dogmática situar-se de maneira distanciada – e “despolitizada” – dos antagonismos reais. Graças a esse engenhoso processo de abstração generalizante, torna-se possível reduzir-se à unidade do sistema jurídico toda a multiplicidade e heterogeneidade de experiências, objetos e sujeitos (com sua própria individualidade específica), mediante a seleção de suas qualidades e de seus traços comuns. Para ilustrar essa exposição esquemática do positivismo normativista, tomemos como exemplo a categoria de “sujeito de direito”, conjunto de normas positivas relacionadas a um mesmo âmbito pessoal de validade, fórmula pela qual é possível diluir retoricamente as diferenças e especificidades dos homens concretos e socialmente situados. A noção de “sujeito de direito”, enquanto “homem médio”, é um caso paradigmático do processo de abstração generalizante acima descrito. Por meio dessa estratégia de generalização indeterminada, as normas podem organizar relações formalmente “igualitárias” entre os “sujeitos de direito”; organização essa que, privilegiando a autonomia (formal) da vontade e a liberdade (formal) de disposição contratual, condições básicas para a satisfação das necessidades por meio do mercado [...]. Em nome dessa concepção legal-racional de legitimidade, que despreza as determinações genético-políticas de suas categorias e preceitos, tal sistema é autolimitado para resolver os conflitos jurídicos a partir de decisões estritamente legais – o que faz com que a ordem institucional seja encarada como uma estrutura formalmente homogênea, exclusiva e

É digno de destacar, que a diversidade social e o aumento da complexidade necessitam de um novo olhar do direito e de seus operadores, uma vez que a dogmática jurídica encontra-se calcada em um sistema inflexível, autossuficiente, contraditório, que reduz a apreciação das demandas aos aspectos lógico-formais do sistema (as leis), que não resolvem os conflitos, mas apenas causam, ou tentam causar sentimento de conformidade nos conflitantes. Segundo Warat, para a cultura do litígio interessa somente a realidade apresentada no processo. Entretanto, a realidade da sociedade hodierna, bem como as relações e os conflitos nela presente, vão além dos reducionismos empregados pelo sistema jurisdicional, exigindo assim instrumentos que atendem as necessidades atuais e que analisem o caráter subjetivo dos problemas.

Consoante ao aspecto temporal da crise do paradigma jurídico, Warat (2004, p. 61) manifesta:

No litígio, os juízes decidem as formas do enunciado, pelas partes, atendendo às formas do pretendido e não às intenções dos anunciantes. Apresentar o conflito como litígio implica não levar em conta a necessidade de trabalhá-lo em seu devir temporal. Os magistrados operam sobre o conflito interditando-o ou congelando-o no tempo, eliminando a variável temporal para poder demarcar as controvérsias em um plano de abstração jurídica que permita controlar as variáveis com as quais organizam suas decisões. Os juristas, na lógica do litígio, intervêm subtraindo o tempo mediante um processo de antecipação idealizada do mesmo, sendo que produzem a antecipação do tempo para provocar o efeito de um controle normativo do futuro: simulam para dar a segurança que a lei pode controlar, a partir do presente, os conflitos no futuro. Produzem uma simulação de tempo que impede as partes em conflito, de elaborar suas diferenças, ficando, então, subtraídas de sua temporalidade.

No entanto, o aspecto temporal acerca da crise do sistema jurisdicional deve ser compreendido sob dois pontos de vista, quais sejam: a anterioridade da lei perante o fato e a violação à celeridade processual (morosidade processual). O primeiro enfoque refere-se à dificuldade do Poder Legislativo em legislar/acompanhar o crescente surgimento de novos fatos/direitos na sociedade, configurando, assim, a defasagem das leis perante a realidade atual. Já o segundo ponto, reporta-se à lentidão do Poder Judiciário em responder as demandas em tempo hábil, dado o aumento de litigiosidade, o acúmulo de processos, como também o excesso de leis, que dificulta o trabalho dos operadores do direito na conclusão das demandas, caracterizando-se a ineficiência jurisdicional.

Por outro lado, torna-se indispensável analisar as questões ideológicas e interpretativas do Direito, que também corroboraram para a decadência jurídica. Segundo Warat (2010), a primeira categoria da ideologia funcional do Direito está relacionada ao entendimento disciplinadora tanto dos órgãos estatais quanto do comportamento dos cidadãos.

normativista, ou seja, integra o racionalismo jurídico, que se refere diretamente aos métodos de interpretação e emprego das normas, e indiretamente aos meios de produção conceitual. Tal racionalismo diz respeito às alternativas do domínio racional das várias categorias das normas, a partir das constituições, até as decisões judiciais, como também os meios que asseguram a racionalidade dos processos decisórios, e as construções empregadas como fundamentação ideológica. Essa última alternativa reporta-se à questão da interpretação e da decisão, que “nem sempre se interpreta uma lei para fundamentar racionalmente uma decisão. E, nem sempre, a fundamentação e a interpretação das leis são anteriores à decisão. Às vezes se decide e depois se fundamenta e se interpreta” (WARAT, 2010, p. 53-54).

Nesse sentido, a problemática acerca da interpretação dos operadores jurídicos, está relacionada à ausência de entendimento atinente à relevância de um comando lógico de uma fundamentação que não ampara a decisão proferida pelo magistrado, que serve de enfeite para o texto da sentença. Assim, o sistema jurisdicional passa a dispor de decisões com aparentes fundamentações.

Oportuno se faz mencionar a crítica de Warat (2010, p. 55) a respeito do caráter ultrapassado do normativismo jurídico, frente à complexidade das relações e dos conflitos sociais, o qual exprime:

Os lugares comuns nos apresentam um boato de normativismo jurídico que se tornou imprestável, se excedeu em simplificações, em defesas maníacas, vulgaridades, construiu um mundo de faz de conta. Algo que bloqueia a entrada de qualquer ideia iluminadora. O mundo do Direito, suas práticas, discursos, representações simbólicas e circunstâncias institucionais, seguem apresentando um núcleo muito forte de inacessibilidades, quase blindado, a qualquer aproximação interpretativa ou reflexão filosófica. Esse fato se deve ao conjunto de crenças normativistas, os lugares comuns do senso comum teórico dos juristas. Um senso comum que apresenta graves ingenuidades epistemológicas escondidas, que não se fazem visíveis porque estão recobertas por um sofisticado jogo de idealizações, abstrações ou universalizações que garantem a fuga dos juristas até o paraíso conceitual.

O exposto torna evidente o caráter reducionista e autossuficiente do normativismo jurídico, uma vez que tal sistema não permite a participação de outras áreas dos saberes, como a psicologia, antropologia, sociologia, filosofia, entre outras, na interpretação dos conflitos. Tal reducionismo acarreta na superficialidade das decisões e, conseqüentemente, o não atendimento às reais necessidades dos conflitantes, uma vez que o referido instrumento não permite aos operadores do Direito formular decisões baseadas na sensibilidade e na alteridade.

Sobretudo, o racionalismo normativista do Direito cuida de estipular os requisitos de produção de um tipo de inteligência emocional para o Direito, ou seja, cria maneiras de razão

que possibilitam o não surgimento de decisões emocionais e arbitrárias. Tal racionalismo também se ocupou de fiscalizar a arbitrariedade dos magistrados, eliminando as perspectivas de interpretações e conseqüentemente, de decisões baseadas na sensibilidade humana. Assim, o racionalismo optou por eliminar a sensibilidade dos operadores do Direito. Contudo, a decisão insensível também decide de maneira arbitrária, pois julga distante da justiça, dada a presunção da vinculação de uma decisão a uma norma. E uma decisão só é justa se contribuir para a reconstrução de um vínculo/relação (WARAT, 2010).

Nesse contexto, tornam-se indispensáveis as palavras de Luís Alberto Warat (2010, p. 58) acerca do que realmente interessa à dogmática jurídica:

Importa que existam órgãos que garantam a produção dos sentidos normativos a partir de enunciados que vinculem indefinidamente atos e coerções. Não importa que atos, não importa que se aplique a sanção, não importa que essa sanção gere bloqueios psicológicos das condutas não desejadas socialmente. Não importa, enfim, se a produção de sentido é arbitrária, basta que algum sentido seja produzido. Importa o órgão que tem poder de produzir sentidos, não importa que sentidos nem que efeito cause essa produção de sentidos.

Conforme o exposto fica evidente a despreocupação do sistema jurisdicional na confecção de suas decisões, uma vez que seu real interesse está em dispor de preceitos normativos que se enquadram aos casos concretos e que aplicam sanções como forma de reparação. Contudo, o referido sistema não demonstra preocupação com os efeitos traumáticos ou traumas processuais⁸ causados por tais decisões insatisfatórias, principalmente no tocante ao reconhecimento das identidades transexuais, o qual, conforme será exposto a seguir se dá de maneira indevida.

A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE TRANSEXUAL E SEU RECONHECIMENTO

A identidade é o produto da intersecção de diversos fatores em um indivíduo, entre aqueles encontra-se o discurso político e cultural, bem como a história particular de cada um (WOODWARD in SILVA[Org.], 2000). A identidade é composta pela interação entre o indivíduo e a sociedade, aquele é estruturado e alterado pelas interações com as outras culturas além da sua e outras identidades na sociedade (HALL, 2014).

Contrariamente ao senso comum, o qual considera a diferença como um produto da identidade, na realidade, ambas são produtos linguísticos inter-relacionados das criações culturais de uma sociedade (SILVA in SILVA[Org.], 2000). Ambas estão sujeitas aos sistemas

8 Denominação dada por Warat em suas obras ao referir-se à insatisfação das partes com o resultado da lide.

de significado nos quais obtém os seus sentidos (SILVA in SILVA[Org.], 2000). Entretanto, no momento em que os valores culturais das sociedades estão inseridos nos sistemas de significado, eles necessitam de um sistema classificatório dos valores para obtenção de significados. “[...] as culturas fornecem sistemas classificatórios, estabelecendo fronteiras simbólicas entre o que está incluído e o que está excluído, definindo, assim, o que constitui uma prática culturalmente aceita ou não”(WOODWARD in SILVA[Org.], 2000, p. 49).

A construção da identidade é tanto simbólica quanto social, haja visto que este processo gera efeitos materiais nas relações interpessoais (WOODWARD in SILVA[Org.], 2000). A diferença, nas relações sociais, decorre de sistemas classificatórios determinados pelos valores dominantes na cultura e no direito de uma sociedade, produzindo, assim, o significado da identidade. A classificação simbólica de um significado, e por consequente, de uma identidade, é relacionada à ordem social. “O sujeito é produzido ‘como um’ efeito do discurso e no discurso, no interior de formações discursivas específicas, não tendo qualquer existência própria”. (HALL in SILVA[Org.], 2000, p. 119-120)

As relações sociais e interpessoais são, também, parâmetros essenciais para a definição da identidade conforme o pensamento de Zygmunt Bauman (2000, p. 142):

[...] embora sendo uma tarefa individual, a “identidade” “é também um fenômeno social”. Identidade é o que se reconhece socialmente como identidade: está fadada a continuar uma ficção da imaginação individual a não se que se comunique a outros em termos sociais legíveis, expressa em símbolos socialmente compreensíveis.

Tanto a expressão da identidade, como a marcação da diferença são formas de relação social, estando sujeitas as relações de poder (SILVA in SILVA[Org.], 2000). Ao mesmo tempo que a identidade é vinculada a condições sociais e materiais de determinados grupos, destaca-se que o social e o simbólico são processos diversos, entretanto, igualmente necessários para a construção e manutenção identitária.

A produção da identidade é realizada mediante sistemas simbólicos de representação e através de processos de exclusão social, entre estes se encontra o direito, evidenciando que a construção identitária é marcada por relações de poder (WOODWARD in SILVA[Org.], 2000). As relações de poder demonstram que o poder regulatório forma os sujeitos que controla, aquele não é simplesmente imposto externamente, mas possibilita o meio para regular e normatizar os sujeitos formados. “A constituição de uma identidade social é um ato de poder, pois se uma identidade consegue se afirmar é apenas por meio da repressão daquilo que se ameaça.” (LACLAU *apud* HALL in SILVA[Org.], 2000, p. 110).

A identidade do indivíduo na pós-modernidade é multifacetada. Cada indivíduo possui diversas características que compõe a identidade, as quais no entendimento de Eligio Resta (2014), são as características profissional, estatal, de classe, sexual, consciente, inconsciente e privada. No decorrer do presente texto expor-se-á as nuances de um segmento social cuja distinção se dá pela característica sexual, os transexuais. As características da identidade são concebidas em uma relação de poder, bem como não são fixas ou permanente, são fluidas e mutáveis em razão da representação do sujeito nos sistemas culturais de representação e significação (HALL, 2014).

A emergência de novas identidades no tocante ao aspecto sexual identitário, é causada por um processo histórico de reivindicações por reconhecimento de diferentes grupos através de, geralmente, enfrentamentos culturais desde a modernidade. A expressão da identidade sexual é medida a partir de significados culturais a respeito do gênero e da sexualidade produzidos pelo sistema dominante de representação, no qual é a heterossexualidade que constrange e hostiliza as identidades que não se adéquam aos seus padrões (WOODWARD in SILVA[Org.], 2000). Tal demonstra a relação entre o social e o simbólico da identidade.

O processo de construção da identidade sexual pessoal de cada indivíduo envolve uma conexão entre práticas discursivas específicas à cultura de uma sociedade, e os significados que estas dão às expressões sexuais, e a autorregulação normativa do sujeito (HALL in SILVA[Org.], 2000). Os sujeitos têm a sua identidade sexual construída dentro de um discurso, geralmente o direito, pois neste a sua relação de poder fica evidente, permitindo o seu livre exercício do direito identitário ou não, dependendo dos valores culturais (BUTLER in LOURO [Org.], 2000).

A Sexologia Médico-legal encara a característica sexual da identidade de uma pessoa como o produto determinado por quatro fatores: genético, endócrino, morfológico e psicológico (CHAVES, 1994). Nesse sentido, Odon Ramos Maranhão (apud ROMANO, 2009, p. 117) afirma que “[...] não se pode mais considerar o conceito de sexo fora de uma apreciação plurivetorial”. Assim, evidencia-se que o sexo é resultante de diversos fatores que agem de forma concorrente nos planos físico, psicológico e social.

A política de identidade de grupos marginalizados em razão expressão identitária sexual, envolve constante luta pelo reconhecimento de significados de sua identidade, enquanto contesta a taxação estereotipada imposta pela normatividade (WOODWARD in SILVA[Org.], 2000). Isso demonstra a política dos movimentos sociais que se erguem sob a bandeira da pauta de direitos de homossexuais, transexuais, travestis, assexuais e intersexuais na reivindicação do direito de construir e assumir a responsabilidade de suas próprias

identidades. Na teoria cultural contemporânea, ao analisar-se o caráter cultural e construído do gênero e da sexualidade, desestabilizam-se as oposições binárias de fixação identitária sexual (SILVA in SILVA[Org.], 2000), superando, assim, as limitações da heteronormatividade no reconhecimento das expressões da identidade de gênero.

Conforme a abordagem de Tomaz Tadeu da Silva (in SILVA[Org.], 2000) sobre o entendimento da teoria cultural contemporânea e o significado identitário sexual, resta demonstrado que a relação dos sistemas de representação e a identidade de gênero é uma situação que merece abordagem não apenas no campo social e jurídico, mas também no político, em razão das políticas públicas afirmativas que buscam acabar com estigmas sociais.

Quando no meio social, a identidade está intimamente relacionada com os valores dominantes na sociedade e, quando os valores dominantes na sociedade não permitem a inclusão do diferente, vê-se a defasagem no exercício da identidade social e de seus direitos conexos (RESTA, 2014), situação cotidiana aos transexuais, os quais são tidos como grupos marginalizados, e pior, tratados como párias, sendo excluídos do convívio junto aos demais grupos sociais, convivendo com grandes dificuldades de inclusão. O exercício do direito identitário acontece quando se reúnem-se todos os elementos distintivos que a compõe, assegurando ao indivíduo o status de integrante da coletividade no meio social.

O transexual encara diversas dificuldades para garantir a sua expressão identitária sexual, devido à existência de uma comum fixação da ideia que, a identidade de gênero é considerada apenas pelas características determinadas por fatores biológicos e não o resultado de diversos fatores que ultrapassam a forma física humana, como destaca Ana Romano (2009). Isso é exemplificado pelo sexo jurídico, aquele que consta no Registro Civil, pois tal depende da declaração dos pais em relação aos aspectos morfológicos da identidade sexual do recém-nascido.

Na maioria esmagadora das pessoas, a característica identitária sexual psíquica é um reflexo da sua expressão biológica, havendo o perfeito sincronismo entre as características anatômicas e o comportamento conforme o gênero (enquanto papel social estereotipado a partir da identidade sexual anatômica) a que pertence o indivíduo. Os transexuais não apresentam essa sincronia, pois em seu desenvolvimento ocorre a rejeição de suas características sexuais anatômicas, gerando um intenso sofrimento face à discordância entre sua aparência e seu estado psíquico. Ensina Michel Foucault (1992) que o próprio corpo é apenas o significante da subjetividade do indivíduo, não o seu significado, sendo incapaz de determinar a identidade meramente por aspectos morfológicos. Stuart Hall (in SILVA[Org.], 2000) aborda, também, a dicotomia entre a realidade biológica e a realidade psíquica social de

um indivíduo, situação dos transexuais, remetendo que a identidade, em especial a sua característica sexual, de um indivíduo decorre essencialmente de suas relações sociais e seu íntimo subjetivo psicológico.

Ao contrário do senso comum, a respeito da orientação afetivo-sexual do transexual, esta não é apenas heterossexual: “Pesquisas recentes demonstram que este pode ter o sentimento dirigido a alguém do sexo posto (heterossexual), do mesmo sexo (homossexual) ou de ambos os sexos (bissexual)” (VIEIRA in DIAS [Coord.], 2011, p. 413). Portanto, a identidade sexual de um transexual pode ser diferente de um ou de outro, tanto por sua orientação afetivo-sexual, como pela necessidade da cirurgia de readequação de genitália.

Necessário, então, realizar a distinção conceitual entre o transexual, o travesti e o homossexual, pois esta decorre de diversos fatores. O transexual apresenta grande aversão psicológica, em caráter continuado, às características anatômicas sexuais, justificando, sob o ponto de vista médico, a realização de tratamento de redesignação sexual, objetivando assegurar a sua integridade psíquica e física (evitando, inclusive, atentados a sua própria vida) (VENTURA in RIOS [Org.], 2007). Enquanto isso, o travesti, independente de sua expressão sexual, obtém o prazer da segurança ao alterar sua aparência para o sexo oposto com o recurso de roupas e adereços (CASSEMIRO, 2010). Já o homossexual, forma de orientação afetivo-social, que caracteriza por manter relações sexuais com pessoas do mesmo gênero, sendo o seu órgão genital sua fonte de prazer, e não motivo de constrangimento (VIEIRA in DIAS [Coord.], 2001).

O tratamento de redesignação sexual gera modificações das características morfológicas sexuais aparentes, através de processo hormonal e cirúrgico, a fim de que o indivíduo a este processo submetido, se assemelhe o seu corpo à expressão identitária de seu sexo psíquico. Assim, “A cirurgia não incursionará no plano genético, sendo precipuamente direcionada a substituir o órgão genital existente por aquele que caracteriza o sexo oposto” (GARCIA, 2010, p. 53). Permite-se, portanto, que as características comportamentais do indivíduo se ajustem à sua aparência física, o que por sua vez, possibilita a efetivação de uma possível inserção do transexual num ambiente social, entretanto, esta nem sempre é caracterizada pelo respeito a identidade do sujeito.

O ato de “‘assumir’ um sexo com a questão da identificação e com os meios discursivos pelos quais o imperativo heterossexual possibilita certas identificações sexuais e impede ou nega outras identificações” (BUTLER in LOURO [Org.], 2000, p. 155). Evidencia-se, então uma relação entre o psíquico de um indivíduo e o discurso social, o qual geralmente impede o exercício identitário da sexualidade pelos sujeitos que não se adéquam a

heteronormatividade.

Uma vez inserido no convívio social interpessoal, a efetivação de qualquer identidade é necessário o reconhecimento, principalmente no meio jurídico. Este acontece por meio da afirmação mútua e recíproca elementar, acompanhada da autolimitação individual dos sujeitos de direito (HONNETH, 2003), sendo isso possível somente através do respeito. O reconhecimento intersubjetivo mútuo entre os sujeitos de direitos é um dos alicerces do direito contemporâneo, pois os efeitos desta relação assegurarão a integridade dos envolvidos (HABERMAS, 2002).

O reconhecimento público pleno das identidades decorre do respeito, em especial o respeito à identidade inconfundível de cada sujeito e as suas práticas culturais (HABERMAS, 2002). O reconhecimento recíproco, na esfera jurídica, não admite as limitações das relações sociais pessoais (HONNETH, 2003), ou seja, é impossível não-reconhecer ou reconhecer equivocadamente alguém baseado nas premissas pré-constituídas individuais, uma vez que cada pessoa tem o direito de se manifestar em razão de seus anseios no meio social. Na busca do reconhecimento, o indivíduo assimila e exterioriza padrões sociais impostos pela sociedade em que ele está inserido, uma vez que aquele não quer ser excluído e, ao mesmo tempo, busca manter o reconhecimento de sua identidade (DUTRA in MADERS; ANGELIN [Orgs.], 2014).

O não-reconhecimento e o reconhecimento inequívoco das identidades vão ao encontro de situações de exclusão e marginalização social (HABERMAS, 2002). A dinâmica da luta pelo reconhecimento, como base de todos os conflitos sociais, evidencia, ainda mais a falta de igual forma de tratamento dos indivíduos na sociedade, pois o reconhecimento indevido ou inexistente de certas identidades sociais remete a uma ideia de não reconhecimento identitário (MATTOS, 2015). Erroneamente reconhece-se a transexualidade como uma patologia, recebendo a nomenclatura de “transexualismo”, inclusive catalogada no Cadastro Internacional de Doenças (CID 10), na posição F.64.0, como parte dos transtornos mentais. O reconhecimento da transexualidade como doença gera uma grande agressão ao indivíduo que assim se expressa, sendo que este adota uma postura isolacionista gerando atentados destes contra a própria vida (GARCIA, 2010).

O devido reconhecimento de identidades coletivas, como a transexualidade, com o subsequente asseguramento dos direitos a liberdades subjetivas iguais, decorrem do princípio de tratamento equitativo dos sujeitos de direitos no ordenamento jurídico, o qual deveria estar presente nas políticas correntes através do respeito as diferenças e a universalização dos direitos subjetivos (HABERMAS, 2002). A luta pelo reconhecimento correto das diversas

identidades sexuais se inicia com as interpretações de interesses das diversas expressões de gênero e sexualidade, isso acaba por ter um impacto, também, na forma como os sujeitos integrantes da heteronormatividade se autocompreendem, pois altera as relações interpessoais (HABERMAS, 2002).

Os movimentos sociais, enquanto mola propulsora de superação ao reconhecimento indevido ou não-reconhecimento identitário, possibilita transformações não apenas no meio social, mas também no mundo jurídico (HABERMAS, 2002). Para o devido reconhecimento público pleno das identidades sexuais, é necessária uma neutralidade ética da ordem jurídica e política, ou seja, que o Estado garanta os direitos fundamentais e liberdades subjetivas de qualquer indivíduo independente de sua expressão identitária (HABERMAS, 2002).

A integração social, bem como o devido reconhecimento, das minorias marginalizadas precisa ser separada da integração política abstrata, a qual gera o tratamento equitativo pelo Estado dos indivíduos (HABERMAS, 2002), gerando a perda de suas identidades. O estado democrático de direito e os direitos humanos não surgiram para assegurar que o dominante use e abuse dos desfavorecidos, mas sim justamente o contrário, entretanto igualar as duas categorias nunca será possível, o que se busca é a redução da drástica diferença de tratamento, reconhecimento e direitos entre as duas classes, como por exemplo os heterossexuais (dominantes) e os gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, intersexuais e assexuais (desfavorecidos).

O reconhecimento de identidades coletivas, igualdades de direitos para as formas de vida culturais, busca acima de tudo garantir a sobrevivência e a integridade dessas coletividades (HABERMAS, 2002), quais podem ser formadas com base em diversos traços identitários, entre eles, a característica sexual da identidade. Isso somente é possível em um Estado democrático de direito quando há presença de direitos coletivos assegurados pelo devido reconhecimento dessas identidades.

Entretanto, ainda, são necessários outros meios de garantir o reconhecimento da identidade dos transexuais, em especial o livre exercício de sua característica sexual identitária, nos mais diversos ramos da sociedade, inclusive seu tratamento em órgãos públicos pelo nome que lhe seja devido, reconhecendo-os e respeitando-os. Ademais, tendo em vista os fins da biopolítica e sua íntima relação entre o poder e o saber, é evidente que novas formas de disciplina e controle social (LYRA in HOMMERDING; ANGELIN [Orgs.], 2013), por parte do Estado, devem atender aos anseios de inclusão e respeito dos diferentes.

A NECESSIDADE DA INTEGRIDADE LEGISLATIVA PARA ASSEGURAR O

RECONHECIMENTO DOS TRANSEXUAIS

A partir da concepção de Jürgen Habermas (2002) a respeito da teoria dos direitos e sua aplicação nos Estados democráticos de direito, aquela se interpretada corretamente, nunca ignora as diferenças culturais, exigindo uma política de reconhecimento que preserva a integridade das pessoas, inclusive no exercício íntimo de sua identidade sexual. No sistema jurídico brasileiro, há previsão ao respeito às manifestações identitárias, entretanto não há previsão expressa a respeito do respeito às expressões da identidade sexual. Com exceção da legislação estadual do Rio Grande do Sul, todo o ordenamento jurídico pátrio é omissivo no tratamento da identidade de gênero dos transexuais e seus direitos conexos. A possibilidade e de pleitear junto ao Poder Judiciário a proteção aos direitos identitários dos transexuais é possível, uma vez que “[...] ainda não há uma lei específica sobre o assunto, contudo também não existe nenhuma proibição legal” (VIEIRA, 2003, p. 101).

A autorização judicial para alteração do prenome e do sexo decorre diretamente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, no qual está inserida a proteção à personalidade individual e à identidade do indivíduo (GARCIA, 2010, p. 63). Entretanto, o Poder Judiciário brasileiro se mostra em uma posição contraditória ao reconhecimento devido da transexualidade, pois, por um lado assegura a este a alteração de seu registro civil referente ao nome e ao sexo, bem como o todos os ônus e bônus da derradeira identidade do transexual, ao passo que ainda reproduz um discurso patologizante quanto a situação do transexual, uma vez que para assegurar os direitos supra mencionados, é necessário laudo médico atestando a condição do transexual como o portador da patologia classificada no CID 10 na numeração F.64.0. Então, apesar de haver discurso de preponderância direitos humanos que vigora no Poder Judiciário, este ainda se prende a conceitos arcaicos e excludentes que impossibilitam o reconhecimento devido do transexual.

Outrossim, destaca-se que, em razão da omissão legislativa acerca da temática transexual, os indivíduos que assim se identificam ficam sujeitos ao livre arbítrio dos julgadores que podem demonstrar a devida alteridade resguardando ao indivíduo um tratamento digno, ou evidenciar o discurso fundamentalista discriminatório presente em diversos segmentos sociais, principalmente diversos representantes do Poder Legislativo.

A regulamentação dos direitos dos transexuais é imprescindível, como ensina Renata Durão Machado (2011), “[...] para atenuar o desconhecimento, repúdio, o preconceito e a discriminação, e, conseqüentemente, gerar uma igualdade de direitos e garantias entre os transexuais e o restante da sociedade, bem como proporcionar o respeito e a dignidade a estas

peças”. Entretanto, a regulamentação normativa não é suficiente para assegurar o respeito e devido reconhecimento às identidades de gênero dos transexuais, se não assegurarem a subjetividade de estes se autodeterminarem (HALL in SILVA[Org.], 2000).

A criação de uma lei capaz de regulamentar os direitos conexos ao exercício das identidades sexuais dos transexuais é capaz de garantir o reconhecimento, pelo menos estatal dos transexuais. Isso pois os indivíduo enquanto sociedade se submetem a um sistema legal, no qual a norma jurídica tem força para produzir efeito, em razão de refletir ou impor valores ao mundo fático (MATTOS, 2015).

A necessidade de uma integridade legislativa para que sejam resguardados os direitos aos transexuais, face o seu devido reconhecimento identitário. Essa integridade legislativa refere-se à aplicação da teoria de direito como integridade de Ronald Dworkin em conjunto da teoria da legislação de Manuel Atienza.

O direito como integridade refere-se a concepção de que uma virtude política não tradicional, a integridade, seja a maneira como se manejar o poder coercitivo do direito através de uma interpretação dos sistemas jurídicos associando esta a um grupo de princípios (DWORKIN, 1999). Para tanto, além do devido processo legal e da justiça, é necessária a integridade, enquanto compromisso de que os representantes dos poderes governamentais exerçam suas funções de maneira coerente e baseado em princípios com todos os cidadãos, a fim de abarcar a todos de forma justa e equânime. Dworkin, entretanto, focou-se na integridade de um processo jurisdicional em sua obra (HOMMERDING, 2012), o que no caso do direito brasileiro se apresenta de maneira diversa, em razão do exacerbado número de demandas no Poder Judiciário, o qual preocupa-se com números e não com a derradeira resolução de litígios e o respeito a todas as formas de expressões identitárias.

A teoria da legislação de Manuel Atienza refere-se aos diversos níveis de racionalidade (linguístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico e ético) necessário ao processo legislativo para elaboração de uma boa lei (HOMMERDING, 2012). Assim, uma boa lei seria aquela que respeitasse todos os níveis de racionalidade, para tanto a lei deve ser: clara em sua mensagem (racionalidade linguística); não conflitar com outra lei vigente, inserindo-se harmoniosamente no ordenamento jurídico (racionalidade jurídico-formal); atingir efetivamente seus destinatários (racionalidade pragmática); a sua finalidade deve atingir aos interesses sociais (racionalidade teleológica); e deve provir de uma autoridade legítima que garanta o dever moral de obedecer as normas (racionalidade ética).

Ao se analisar a teoria da legislação, considerando para tanto a integridade, a justiça e o devido processo legal, na prescrição de Ronald Dworkin, como os princípios norteadores

das racionalidades para construção das normas jurídicas, é inconcebível um ordenamento jurídico que se mostre omisso quanto às questões referentes às identidades sexuais, situação que auxilia na perpetuação de cada vez mais desrespeitos com transexuais. Isso pois efetivamente, a lei brasileira não reconhece a transexualidade como expressão identitária, na realidade ele não a reconhece sob qualquer forma, e até pouco tempo atrás criminalizava a prática médica que realizava a intervenção cirúrgica de redesignação sexual, sendo este enquadrado na prática delitiva prevista no artigo 129 e seus parágrafos, ou seja, o profissional médico que buscava auxiliar a sanar a angústia do transexual incorria no delito de lesão corporal de natureza grave (ROMANO, 2009). Isso não condiz com os preceitos do artigo 3º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, o qual pugna por uma sociedade sem discriminação.

A integridade legislativa, busca aplicação conjunta dos entendimentos da teoria da legislação e do direito como integridade, defendendo que o legislador deve, ao exercer sua função de criador das normas, agir em conformidade com princípios, de forma coerente para que a lei produzida seja o produto de uma leitura moral da Constituição Federal (HOMMERDING). Assim, é necessário, a integração do princípio da integridade, na acepção de Ronald Dworkin ao Processo Legislativo para que efetivamente haja o reconhecimento das identidades transexuais.

No Estado do Rio Grande do Sul, com o advento dos Decretos 48.118 de 2011 e 49.112 de 2012, os quais, respectivamente, garante o tratamento dos transexuais pelo nome social nos órgãos públicos estaduais, e instituiu a Carteira de Nome Social para os travestis e transexuais no Rio Grande do Sul. Na carteira de nome social “[...] consta tanto o prenome com o qual o indivíduo efetivamente se identifica, como também dados como o seu Registro Geral (RG), a fim de que seja possível efetuar-se uma conexão entre a denominação social e civil” (AGUINSKY; FERREIRA; RODRIGUES, 2015). Ambas as normas demonstram grande avanço no tratamento dos indivíduos transexuais, pois são firmadas no procedimento de autocompreensão identitária pessoal, não necessitando de nenhuma outra comprovação de sua identidade, como por exemplo, um laudo médico afirmando que o sujeito seja um transexual, ou que esteja realizando os procedimentos de redesignação sexual.

Os decretos, apesar de serem medidas que auxiliam no tratamento, reconhecimento e respeito dos transexuais, não finalizam a problemática frente ao tratamento das identidades sexuais, pois meramente garante o seu tratamento nominal em órgãos do executivo estadual do Rio Grande do Sul, pois tal documento não tem o valor substitutivo da carteira de identidade (AGUINSKY; FERREIRA; RODRIGUES, 2015). A necessidade dessa dupla

apresentação de documentos, demonstra a contradição entre a busca de se ter o reconhecimento devido ao transexual somente quando se verificar, também, a existência de sua condição anterior, provocando assim uma violência simbólica (AGUINSKY; FERREIRA; RODRIGUES, 2015) em que o procedimento de reconhecimento do indivíduo se torna infrutífero. Logo, apesar de atender a certos níveis de racionalidade, ambas as normas não são adequadas, segundo a teoria da legislação, pois pecam nas racionalidades teleológica e pragmática, uma vez que não garantem o devido reconhecimento dos transexuais.

Diante da ineficácia da legislação gaúcha acompanhada da omissão normativa no resto do território nacional, fomenta-se, ainda mais, o desrespeito em relação aos transexuais e o reconhecimento de sua identidade. Na realidade, a situação brasileira é ainda mais agravada, pois é o país com o maior número de mortes no mundo (BENTO, 2015). É imprescindível que o Estado, por meio de uma visão multicultural e pluralista do ser humano, busque o reconhecimento e a garantia dos Direitos Fundamentais de todos os indivíduos, por meio da dignidade humana. Enquanto o Estado, através da pessoa do legislador, não criar leis mais atualizadas para acompanhar a evolução dos fatos científicos e sociais, faz-se necessário que a doutrina e a jurisprudência assegurem aos transexuais uma leitura dos direitos que pleitearem em juízo o reconhecimento de suas identidades. Nas palavras de Maria Berenice Dias (apud MACHADO, 2011): “Afim, o Direito é altamente mutável, já que deve estar em conformidade com a realidade social e não deve ficar enraizado na literalidade da lei”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A República Federativa do Brasil, assim como qualquer outro Estado democrático de direito, deve assegurar entre diversos princípios, o respeito ao pluralismo e a diversidade, estes previstos na norma constitucional. O Estado deve, para tanto, promover a coexistência e a convivência das diferentes manifestações das identidades pessoais dos indivíduos, entre estas as manifestações identitárias da característica sexual de cada um. Logo, as identidades sexuais merecem análise sob o prisma da multiculturalidade, ou seja, não se deve determinar a identidade sexual de alguém baseando-se, exclusivamente em critérios biológicos, pois tanto o psíquico quanto psicológico que possuem grande relevância na determinação destas sexualidades identitárias.

Cabe, então, ao direito, enquanto e pacificador social, decidir a melhor forma de reconhecer e garantir a condição da transexualidade, conferindo-lhe, quando necessário, tratamento jurídico especial, visando garantir a inclusão dos sujeitos que assim se expressão

no cotidiano social. Destarte a omissão legislativa no tocante a transexualidade e seus direitos conexos, o Poder Judiciário é inundado com diversas ações buscando resguardar interesses e direitos fundamentais dos indivíduos transexuais. Essas ações estão sujeitas à convicção íntima do julgador, e este pode demonstrar tanto compreensão, simpatia e respeito em algumas decisões, quanto conservadorismo exacerbado, em outras. Outro obstáculo para o reconhecimento público pleno de minorias marginalizadas, como os transexuais, é a impregnação ética da comunidade jurídica e do processo democrático para efetivação de direitos fundamentais, o qual possibilita a extremistas embasados em discursos fundamentalistas discriminatórios para ensejar o cerceamento de direitos com base na “vontade da maioria” (HABERMAS, 2002).

Evidencia-se, então que para o devido reconhecimento do transexual, deve-se assegurar a este o exercício de sua identidade sexual e seus direitos conexos a partir de uma série de preceitos que proporcionem tanto a sua visibilidade, integração, quanto a aceitação. Isso somente é possível quando lhe é garantida a disposição sobre o próprio corpo, à sua integridade física e moral, à saúde física e emocional, à sua intimidade, à privacidade, ao nome, à igualdade e à liberdade de sua identidade sexual, os quais, conforme exposto, são protegidos no ordenamento jurídico brasileiro, como evidenciado pela decisão do Superior Tribunal de Justiça. A partir de tais garantias, pode o transexual buscar a mudança de seu gênero físico aparente, podendo, então, assumir sua nova vida, com todos os ônus e bônus inerentes de sua nova identidade sexual, sem ser rotulado ou discriminado, e eventuais prejuízos a direitos de terceiros devem ser demandados em processos próprios para tal, sem que o transexual tenha de carregar consigo a marca de seu sofrido passado.

O Poder Legislativo brasileiro necessita exercer sua função de acordo tanto com os preceitos da Constituição Federal de 1988, bem como criar normas coerentes baseadas em princípios integrativos, entre eles a integridade. Deve, então, o legislador brasileiro aprender com os exemplos internacionais, principalmente com a Lei de Identidade de Gênero da República Argentina, para garantir o reconhecimento do transexual não como um enfermo, mas sim como um sujeito de direitos e obrigações como qualquer outro. É óbvio que uma possível futura legislação brasileira acerca da identidade sexual necessita ser abordada e desenvolvida no contexto da sociedade brasileira, não basta realizar uma cópia a legislação argentina, pois o Brasil merece uma norma que atenda cada um das nuances e peculiaridades de seu povo. Iniciativas como o Projeto de Lei 5.002/13, chamada de Lei João W. Nery ou Lei de Identidade de Gênero, a qual garante o devido reconhecimento estatal da identidade sexual, merecem o seu devido tratamento no Congresso Nacional e engajamento dos movimentos

sociais a fim de garantir o respeito a todas as sexualidades. O texto dessa lei, assim como a legislação argentina, assegura a capacidade de autodeterminação da identidade sexual do cidadão, garantido a este os direitos conexos dessa expressão. A capacidade de autoafirmação identitária e autorreconhecimento de um indivíduo demonstram o respeito da sociedade para com este, logo, a autodeterminação de sua identidade de gênero é essencial ao reconhecimento pleno de qualquer sujeito de direito.

A garantia do direito à identidade sexual do transexual e seu reconhecimento pelo Poder Judiciário, ainda que de maneira equivocada, demonstra o início da jornada a partir da tolerância na busca pelo respeito e reconhecimento público pleno da transexualidade por parte do Estado e dos membros da sociedade, permitindo a integração destes sujeitos e a convivência com outras pessoas condizentes à dignidade de qualquer ser humano. Todo o ser humano tem de ter garantido sua liberdade de buscar a própria felicidade, sendo da maneira como escolheu, exatamente como todos aqueles considerados normais merecendo serem felizes.

Isso só será possível quando efetivamente o Poder Legislativo, em consonância de uma integridade legislativa, resguardar os direitos de todas as formas de identidade sexual, bem como o Poder Executivo ampliar o número de políticas públicas transformadoras capazes de promover a igualdade e o respeito, possibilidade que pode ser alcançada com a devida educação dos brasileiro. Uma solução seria incluir na pauta educacional a adoção do que Tomaz Tadeu (in SILVA[Org.], 2000) da Silva se refere como “pedagogia da diferença”, esta é uma estratégia para desenvolvimento de um pensamento de entendimento do processo de criação identitário e o respeito às diversas expressões de identidades, preparando sujeitos dispostos a lidar com a multiplicidade da diversidade cultural contemporânea.

REFERÊNCIAS

AGUINSKY, Beatriz Gershenson; FERREIRA, Guilherme Gomes; RODRIGUES, Marcelli Cirpriani. A carteira de nome social para travestis e transexuais no Rio Grande do Sul: entre polêmicas, alcances e limites. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO, 10, 2013, Florianópolis. **Anais**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2013. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/resources/anais/20/1387471840_ARQUIVO_BeatrizGershensonAguinsky.pdf>. Acesso em 24 mar. 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução Marcus Penche. Rio de Janeiro, Zahar, 2000.

BENTO, Berenice. **Brasil: país do Transfeminicídio**. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/Transfeminicidio_Berenice_Bento.pdf>. Acesso em 24 mar. 2015.

BUTTLER, Judith. **Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do sexo**. IN: LOURO, Guacira Lopes [Org.]. **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. Tradução dos artigos: Tomaz Tadeu da Silva. 2ª Ed. Belo Horizonte, Autêntica, 2000. p. 151-179.

CASSEMIRO, Luiza Carla. **Tenho direito de ser “Amapô”**: as trajetórias de travestis e transexuais face a implementação das políticas públicas de assistência social e saúde. 2010. 135p. Dissertação (Mestrado em Serviço Social), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 1994.

DUTRA, Ariele Lopes. **Breves considerações acerca da globalização e seus reflexos na identidade**. In: MADERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela (Org.). **Multiculturalismo e Direito em Foco**. Santo Ângelo: FuRI, 2014. v. 2. p. 40-63.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça: a função social do Judiciário**. São Paulo, Ática, 1989.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução: Roberto Machado. 10ª ed. Rio de Janeiro, Graal, 1992.

GARCIA, Emerson. **A “mudança de sexo” e suas implicações jurídicas: breves notas**. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 12, n. 18, p.52-68, ago./set. 2010.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudo de teoria política**. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo, Loyola, 2002.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução Tomaz Tadeu da Silva & Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro, Lamparina, 2014.

_____. **Quem precisa de identidade?** In: SILVA, Tomaz Tadeu da. [Org.]. **Identidade e Diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis, Vozes, 2000. p. 103-133.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la legislación y derecho como integridad**. Curitiba,

HOGEMANN, Edna Raquel; CARVALHO, Marcelle Saraiva de. **O biodireito de mudar: transexualismo e o direito ao verdadeiro eu**. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**.

Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. O Estado na era da fluidez: homo sacer como expressão da biolítica do direito penal imperial. In: HOMMERDING, Adalberto Narciso; ANGELIN, Rosângela. **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resoluções de conflito**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. v. 5. p. 24-58.

MACHADO, Renata Durão. Matrimônio transexual: a necessária flexibilização das normas que regulam o instituto do casamento no direito de família. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 13, n. 24, p.65-83, out./nov. 2011.

MATTOS, Patrícia. **O reconhecimento, entre a justiça e a identidade**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n63/a06n63.pdf>>. Acesso em 24 mar. 2015.

MARGUTTI, Paulo. **Silogística aristotélica**. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~margutti/Silogistica%20Aristotelica.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2015.

MELEU, Marcelino da Silva. **O papel dos juízes frente aos desafios do Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2013.

MORAES, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição**. Porto Alegre, Editora do Advogado, 2008.

RESTA, Elisio. **Percursos da identidade: uma abordagem jusfilosófica**. Tradução Doglas Cesar Lucas. Ijuí, Ed. Unijuí, 2014.

ROMANO, Ana Maria. Os direitos da personalidade e o tratamento jurídico do transexualismo. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 115-127, jan./jun. 2009.

ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar**. Belo Horizonte, Del Rey, 2012.

SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e de identidade sexual. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade Sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 425-444.

SILVA, Tadeu Tomaz da. A produção social da identidade e da diferença. In: _____[Org.]. **Identidade e Diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis, Vozes, 2000. p. 73-102.

VENTURA, Miriam. Transexualidade: algumas reflexões sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual. In: RIOS, Roger Raupp. **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 141-167.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**. 2. ed. São Paulo, Jurídica Brasileira, 2003.

_____. Transexualidade. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade Sexual e direito homoafetivo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 412-424.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio! Direitos Humanos de Alteridade, Surrealismo e Cartografia**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

_____. **Em nome do acordo: a mediação no Direito**. Argentina, Almed, 1998

_____. **Semiotica Ecologica y Derecho: Los alrededores de una semiótica de la mediación**. Florianópolis, Almed, 1997.

_____. **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis, Boiteux, 2004.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tomaz Tadeu da. [Org.]. **Identidade e Diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis, Vozes, 2000. p. 7-72.