

ANÁLISE DA CONSTITUIÇÃO DE UM SUJEITO DE DIREITO TRANS PELAS SENTENÇAS DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Maria Luiza Moura¹

Resumo: O artigo analisa a evolução jurisprudencial da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre identidade de gênero trans a fim de verificar se, e como, ocorreu a construção e a afirmação de um sujeito de direito trans por meio dos fundamentos veiculados em suas decisões quanto à necessidade de procedimentos de redesignação sexual e/ou a necessidade de atestados médicos psicopatologizantes, como requisitos para o direito dessas pessoas à retificação de nome e menção de sexo no registro. Verificou-se que o atual posicionamento da Corte não está em consonância com a perspectiva teórica que postula pela despatologização das identidades de gênero trans.

Palavras-chave: transexualidade; Corte Europeia de Direitos Humanos; jurisprudência.

Abstract: This article examines the jurisprudence of the European Court of Human Rights on gender identity in order to verify the construction and affirmation of a trans-subject of law through the decisions of the Echr concerning the need for sexual reassignment and/or medical certificates as requirements for the rectification of trans persons registry. The main conclusion is that the Court positioning is not in line with the theoretical perspective that postulates by depathologizing the trans gender identities.

Keywords: transsexuality; European Court of Human Rights; jurisprudence.

Introdução

O presente artigo analisa a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (Cedh) em relação a suas decisões sobre identidade de gênero. Em um primeiro momento é apresentada uma síntese dos dezenove casos sobre identidade de gênero já analisados pela Corte.

¹ Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em cotutela de tese com a Universidade de Montreal (Canadá). E-mail: maria.luiza.carvalho@usp.br.

A partir de uma seleção de casos referentes à ausência de um pleno reconhecimento jurídico, pelos países demandados, da identidade de gênero das pessoas trans (*amostra A*) são analisadas a íntegra das decisões de todos aqueles em que a Corte pronunciou-se especificamente sobre a questão referente aos requisitos médico-patologizantes impostos pelas jurisdições internas para a retificação do registro civil de pessoas trans (*amostra B*), com a finalidade de verificar em quantos e quais casos houve pronunciamento específico (*amostra C*) da Corte quanto à necessidade de: (a) Realizar procedimentos de redesignação sexual, incluída a prova de esterilidade, como requisito para a retificação registral de pessoas trans; (b) Apresentar atestados médicos comprovando ser o requerente portador de uma psicopatologia, como requisito para a retificação registral de pessoas trans.

Pretende-se, analisando a posição da Corte quanto a tais questões, observar: (i) Se houve modificação em seu entendimento sobre a questão ao longo dos anos e se essa eventual modificação acompanhou ou não as normativas europeias sobre reconhecimento jurídico da identidade de gênero das pessoas trans; (ii) Se existiu alguma problematização pela Corte relativamente ao condicionamento da retificação registral das pessoas trans a requisitos patologizantes da identidade de gênero; (iii) E, finalmente, se atualmente pode-se ou não dizer que a Corte adota um posicionamento em consonância com a perspectiva teórica que postula pela despatologização das identidades de gênero trans.

Tal análise foi conduzida tendo como marco teórico a perspectiva despatologizante sobre identidades de gênero *trans*, bem como está alicerçada, no que se refere à constituição de um sujeito de direito pleno e autônomo, na formulação de teóricos do reconhecimento. Já no que se refere à constituição de um sujeito de direito *trans* por meio do reconhecimento de suas demandas por instâncias judiciais, o trabalho apoia-se em autores que trabalham a dimensão da coprodução entre o gênero e o direito.

A metodologia de pesquisa utilizada é a análise jurisprudencial das sentenças da Corte em perspectiva qualitativa. São citadas também outras fontes documentais que refletem a evolução da temática *trans* no contexto europeu na última década.

Apresentação das decisões da Cedh sobre identidade de gênero

Neste tópico, apresenta-se uma síntese das decisões da Cedh em casos relativos à identidade de gênero², bem como se apresentam os critérios de análise propostos e um agrupamento inicial das decisões a partir deles.

- *Caso Rees contra o Reino Unido, 1986*³

Homem trans, o requerente recorreu à Corte pelo fato de o direito britânico não lhe conferir um status jurídico correspondente à sua identificação real de gênero. A Corte entendeu pela não violação do artigo 8^o da Convenção Europeia de Direitos Humanos, referente ao direito à vida privada e familiar, na medida em que as mudanças requeridas exigiriam modificações profundas no funcionamento do registro civil britânico, com relevantes consequências sobre o resto da população. A despeito disso, a Corte declarou-se consciente da gravidade dos problemas e angústias enfrentados pelos transexuais e recomendou um exame constante da questão, tendo em conta a evolução da ciência e da sociedade na matéria

- *Caso Cossey contra o Reino Unido, 1990*

Nesse caso a Corte chegou a conclusões parecidas às do caso anterior, concluindo pela não violação ao artigo 8^o da Convenção, entendendo que uma cirurgia de redesignação sexual não leva à aquisição de todas as características biológicas do sexo oposto e que a retificação do registro civil não seria uma solução apropriada.

- *Caso B. contra a França, 1992*

Nesse caso a Corte concluiu, pela primeira vez, pela violação do artigo 8^o da Convenção em um caso relativo a transexuais, concluindo que, tendo em conta as diferenças entre o sistema inglês e francês de registro civil, o caso se distinguiria dos casos anteriores. Enquanto que no Reino Unido existiriam obstáculos maiores à modificação da certidão de nascimento, na França tal documento é atualizado com o registro dos principais fatos que alteram o estado civil ao longo da vida dos cidadãos. Além disso, a Corte ressaltou que na França diversos documentos oficiais revelariam a discordância entre o sexo legal e o sexo aparente de um transexual, de modo que a recusa em modificar o registro civil da requerente a colocaria cotidianamente em uma situação incompatível com o devido respeito à sua vida privada.

² Vide ficha temática Identidade de Gênero, disponível no site da Corte. Link para a versão em francês: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_FRA.pdf

³ As datas referem-se ao ano da decisão pela Corte. Para consulta na íntegra de cada uma das decisões, é possível consultar diretamente o site da Corte (<http://www.echr.coe.int/>) ou clicar no link de cada uma constante da ficha temática Identidade de Gênero (http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_FRA.pdf).

⁴ “Artigo 8^o: Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem – estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a protecçãoproteção da saúde ou da moral, ou a protecçãoproteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

- *Caso X, Y e Z contra o Reino Unido, 1997*

Nesse caso, de um homem trans em união estável com sua esposa, a qual teve uma filha nascida por inseminação artificial com doador, a Corte concluiu pela não violação do artigo 8º, muito embora tenha reconhecido a existência de um vínculo familiar entre o homem trans e a criança.

- *Caso Sheffield e Horsham contra o Reino Unido, 1998*

Nesse caso, relativo à demanda de duas mulheres trans operadas pelo reconhecimento jurídico de sua nova identidade sexual, a despeito da decisão no *Caso B. contra a França*, a Corte entendeu que não havia motivos para se distanciar das suas conclusões nos casos anteriores contra o Reino Unido. Entretanto, reafirmou a necessidade de a questão trans ser objeto de exame permanente por parte dos Estados, tendo em vista sua crescente aceitação social e os graves problemas aos quais pessoas transexuais operadas fazem face.

- *Caso Goodwin contra o Reino Unido, 2002*

A requerente, uma mulher trans operada, recorreu à Corte diante do não reconhecimento jurídico de sua nova identidade sexual, denunciando em particular a forma como foi tratada no âmbito trabalhista, da seguridade social e em relação à proibição de se casar. A Corte concluiu pela violação do artigo 8º pela primeira vez em um caso relativo à identidade de gênero contra o Reino Unido, em razão da tendência internacional clara e contínua no sentido de uma maior aceitação social das pessoas trans e do reconhecimento jurídico de uma nova identidade sexual aos transexuais operados. A partir dessa primeira condenação do Reino Unido pela Corte Europeia em um caso relativo ao direito das pessoas transexuais, o país instaurou um mecanismo por meio do qual elas podem requerer um certificado de reconhecimento de seu sexo.

- *Caso I. contra o Reino Unido, de 2002*

- A requerente, mulher trans operada, recorreu a Corte diante do não reconhecimento jurídico de sua nova identidade sexual pela jurisdição interna, o que lhe prejudicava no âmbito do trabalho, da seguridade social e quanto à possibilidade de casar-se. A Corte entendeu que houve violação dos artigos 8º e 12 da Convenção, no mesmo sentido das conclusões a que chegou no *Caso Goodwin*.

- *Caso Parry e Caso R. e F contra o Reino Unido, 2006*

Os dois casos referem-se a mulheres transexuais, casadas quando da operação

de redesignação sexual, e que postularam pelo reconhecimento do novo sexo nos quadros do mecanismo instituído pelo Reino Unido, a partir da condenação no caso Goodwin. A Corte deliberou pelo não recebimento das demandas por falta de fundamentação, na medida em que as requerentes deveriam divorciar-se para obter o reconhecimento jurídico da nova identidade sexual, haja vista que o direito inglês à época não permitia o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, muito embora as requerentes pudessem realizar união estável.

- Caso Van Kück contra a Alemanha, 2003

A requerente, mulher trans operada, queixava-se de violação à equidade processual quando buscou, na jurisdição interna, obter o reembolso de seu seguro saúde relativo aos gastos de sua cirurgia de redesignação sexual. A Corte entendeu pela violação ao direito a um processo justo (parágrafo primeiro do artigo 6º da Convenção) e à vida privada (artigo 8º), reconhecendo a identidade sexual como um dos aspectos mais íntimos da vida privada de uma pessoa, de modo que seria desproporcional exigir da requerente a prova da necessidade médica dos procedimentos de redesignação sexual, diante da ausência de um justo equilíbrio entre os interesses da companhia de seguro e os da requerente.

- Caso Grant contra o Reino Unido, 2006

Mulher trans, operada de 68 anos, queixava-se do não reconhecimento jurídico de sua redesignação sexual, bem como de ter-lhe sido recusado o direito à aposentadoria na idade especial para mulheres. A Corte concluiu pela violação do artigo 8º da Convenção, entendendo que, desde a condenação do Reino Unido no caso Goodwin, não haveria mais justificativa para não reconhecer a redesignação sexual de pessoas transexuais operadas.

- Caso L. contra a Lituânia, 2007

Este caso concerne à falta de adoção de normativas visando regulamentar o direito, já reconhecido pelo país, de uma pessoa transexual ser operada e obter a retificação de seu registro civil. A Corte concluiu pela não violação do artigo 3º da Convenção (proibição de tratamentos desumanos e degradantes) e pela violação do artigo 8º, na medida em que a falta de lei regulamentadora colocaria a requerente em uma situação de incerteza quanto à sua identidade, violando seu direito à vida privada.

- Caso Schumpf contra a Suíça, 2009

Este caso concerne à recusa de cobertura, pelo seguro saúde da requerente, dos custos de sua cirurgia de redesignação sexual, em razão de não ter sido respeitado o período de observação de dois anos antes da cirurgia de redesignação sexual, estabelecido pela jurisprudência interna como condição para a cobertura dos custos médicos. A Corte entendeu pela violação do artigo 8º da Convenção, entendendo que o período

mencionado, aplicado de maneira mecânica, desconsiderando a idade avançada da requerente, violaria sua liberdade de definir sua identidade sexual.

- Caso P. V. contra a Espanha, 2010

Este caso concerne a uma mulher transexual operada, que teve o direito de visita ao seu filho de seis anos, havido com sua ex-esposa antes de sua cirurgia de redesignação sexual, restringido ao fundamento de sua instabilidade emocional. A Corte concluiu pela não violação do artigo 8º, combinado com o artigo 14 da Convenção, por considerar que a restrição ao regime de visita não resultou de uma discriminação fundada na transexualidade da requerente.

- Caso P. contra Portugal, 2011 e Caso Cassar contra Malta, 2013

Em ambos os casos, de mulheres trans operada que demandavam o reconhecimento jurídico de sua nova identidade sexual, a Corte arquivou o caso após as requerentes terem obtido, pela jurisdição interna de seu Estado, tal reconhecimento.

- Caso Hämäläinen contra a Finlândia, 2014

Este caso concerne a uma mulher transexual operada, que recorreu à Corte por ter-lhe sido condicionada a plena retificação de seus registros à conversão de seu casamento em união civil ou ao divórcio. A Corte entendeu pela não violação dos artigos 8º, 12 e 14 da Convenção, por não considerar desproporcional dispor como condição prévia ao reconhecimento jurídico da redesignação sexual, que o casamento fosse convertido em união civil.

- Y.Y. contra a Turquia, 2015

Este caso concerne a um homem transexual que teve sua demanda por uma cirurgia de redesignação sexual recusada pelas autoridades internas pelo fato de ser ainda capaz de procriar. A Corte concluiu pela violação do artigo 8º, considerando que a negativa do Estado em permitir ao requerente submeter-se à cirurgia de redesignação sexual teria violado o direito ao respeito à vida privada deste.

- D.Ç. contra a Turquia, 2017

Esse caso concerne a um homem transsexual que teve sua demanda por uma cirurgia de redesignação sexual teria violado o direito ao respeito à vida privada deste. A Corte não recebeu a demanda, de uma mulher trans que demandava a cobertura dos custos médicos de sua redesignação sexual

pelo Estado, por entender não terem sido esgotados os recursos internos⁵.

- *A.P., Garçon e Nicot contra a França, 2017*

Este caso concerne a três mulheres trans que tiveram seu pedido de retificação da menção de sexo e nome no registro civil negados pela jurisdição interna. Alegaram que condicionar o reconhecimento da identidade sexual à realização de procedimentos de redesignação sexual implicaria uma forte possibilidade de esterilização, o que violaria o direito à vida privada. A Corte concluiu pela violação do artigo 8º da Convenção em relação à obrigação de estabelecer o caráter irreversível da transformação física, na medida em que isso implicaria na imposição da esterilização, ao mesmo tempo em que concluiu pela não violação do mesmo artigo em relação à obrigação de comprovar, por diagnóstico psiquiátrico, a condição de portador de uma sua síndrome transexual.

Análise preliminar e agrupamento das decisões por critério de análise

Feita uma breve apresentação de todos os dezenove⁶ casos sobre identidade de gênero já analisados⁷ pela Cedh, vê-se que catorze tiveram decisão de mérito, dos quais dez se referiam mais diretamente, ainda que não apenas a isso, à ausência de um pleno reconhecimento jurídico pelos Estados da identidade de gênero de pessoas trans (*amostra A*).

Desses, oito casos se referiam aos requisitos médico-patologizantes impostos pelas jurisdições internas para tal reconhecimento (*amostra B*⁸).

Analisando-se a íntegra dessas oito decisões (*amostra B*) com a finalidade de selecionar aquelas em que a Corte pronunciou-se especificamente sobre o condicionamento da retificação registral de pessoas trans pelas jurisdições internas a procedimentos de redesignação sexual – incluindo a questão relativa à prova de infertilidade – e à prova da condição psicopatológica⁹,

5 O esgotamento dos recursos internos é um dos requisitos para a apreciação de uma demanda pela Corte Europeia de Direitos Humanos, fundado no princípio da subsidiariedade da jurisdição internacional.

6 Os casos Parry e R. e F contra o Reino Unido, de 2006, foram tratados conjuntamente, conforme disposto na ficha temática Identidade de Gênero.

7 Outros cinco casos encontram-se pendentes de apreciação, são eles os casos S.V. contra Itália, Y.T. contra Bulgária, Y.P. contra Rússia, X contra Rússia e X contra antiga República Iugoslava da Macedônia.

8 Casos A.P., Garçon e Nicot contra a França, de 2017; Grant contra o Reino Unido, de 2006; Goodwin contra o Reino Unido, de 2002; I. contra o Reino Unido, de 2002; Sheffield e Horsham contra o Reino Unido, de 1998; B. contra a França, de 1992; Cossey contra o Reino Unido, de 1990 e Rees contra o Reino Unido, de 1986.

9 As decisões dos casos L. contra a Lituânia, de 2007 e Hämäläinen contra Finlândia, de 2014, ainda que tratando da ausência de um pleno reconhecimento jurídico pelos Estados da identidade de gênero de pessoas trans, não se referiam à questão dos requisitos médicos-patologizantes, objeto de atenção neste artigo. No caso L. contra a Lituânia, de 2007, verifica-se que o não reconhecimento da identidade de gênero está ligado à falta de norma regulamentadora que viabilize

pode-se dividir as decisões em três grandes grupos, a saber:

No primeiro grupo, que comporta os três primeiros casos contra o Reino Unido da amostra B (os casos *Cossey*, de 1990; *Rees*, de 1986 e *Sheffield e Horsham*, de 1998), verificou-se que não houve apreciação sobre a questão relativa aos requisitos para que a pessoa trans tenha reconhecida sua nova identidade de gênero. Nos três casos as pessoas já haviam se submetido a procedimentos de redesignação sexual e, ainda assim, em todas as três houve pronunciamento da Corte no sentido de ausência de violação do artigo 8º da Convenção (direito à vida privada), diante do não reconhecimento, pelo estado inglês, da nova identidade de gênero dos requerentes.

Assim, nesse primeiro grupo de decisões (*Grupo I*), a problemática quanto aos requisitos que legitimariam a demanda por retificação registral de uma pessoa trans sequer é colocada. Mesmo as requerentes já tendo se submetido à redesignação sexual, entendeu-se que os Estados gozariam de uma ampla margem de apreciação¹⁰ interna para regular a questão.

A única menção feita a respeito, expressa na sentença do caso *Rees*, é a de que uma cirurgia de redesignação sexual não implica a aquisição de todos os caracteres do sexo oposto. Assim, um dos requisitos mais gravosos atualmente exigidos pelos Estados como condição para o reconhecimento jurídico da identidade de gênero das pessoas trans, qual seja, a cirurgia de redesignação sexual, foi entendida, à época, como insuficiente para tal reconhecimento.

No segundo grupo de decisões, que comporta o primeiro caso contra a França, de 1992 (*Caso B.*), bem como nos *Caso Goodwin* e *Caso I.*, ambos de 2002, e *Caso Grant*, de 2006, estes últimos três contra o Reino Unido, entende-se que é tomado em consideração pela Corte o fato de a pessoa trans haver se submetido a processo de redesignação sexual, haja vista que houve condenação de todos os países demandados por violação ao artigo 8º da Convenção, diante da ausência

a cirurgia de redesignação sexual, já que o Estado previa o reconhecimento jurídico, inclusive com a retificação do registro civil, após os procedimentos de redesignação sexual. No caso *Hämäläinen* contra Finlândia, de 2014, o requisito debatido era quanto à obrigatoriedade de a pessoa trans se divorciar-se ou converter seu casamento em união civil para poder obter o reconhecimento jurídico de sua identidade de gênero.

¹⁰ Por meio da teoria da margem de apreciação nacional, Estados que se vinculam a normas internacionais sobre Direitos Humanos buscam justificar suas posições sob o argumento de que a interpretação final sobre o conteúdo de direitos internacionalmente protegidos, sobretudo em questões controversas, cabe aos Estados e não à jurisdição internacional. A principal crítica que se faz a tal teoria é a de que, ao aceitar que uma maioria local possa definir a interpretação a ser dada à determinada norma internacional de Direitos Humanos, estar-se-ia aderindo a um relativismo no campo dos direitos humanos, já superado pelo reconhecimento da essência contra-majoritária desses direitos no plano internacional.

de reconhecimento jurídico da nova identidade de gênero das requerentes, sendo todas elas mulheres trans já operadas, condição observada em todas as decisões.

Entretanto, reportando-nos ao critério de análise do conjunto de decisões da Amostra B, qual seja, haver a Corte se pronunciado especificamente quanto aos requisitos médico-patologizantes para o reconhecimento jurídico das demandas registras trans, vê-se que em tais casos não se adentrou na discussão quanto à pertinência e prescindibilidade ou não da redesignação sexual como requisito para legitimar tal demanda. Uma hipótese que explicaria a ausência desse debate seria justamente o fato de que todos os casos eram de requerentes já operadas, considerando-se ainda que a própria definição de pessoa transexual esteve até pouco tempo atrás associada de forma necessária a pessoas que tivessem se submetido ou desejassem se submeter a processos de redesignação sexual.

Assim, figura no terceiro grupo apenas a última decisão da Corte sobre identidade de gênero, no *Caso A.P., Garçon e Nicot* contra a França, deste ano (2017). Se, até então, a Corte havia passado incólume pelo desafio de adentrar no debate específico quantos aos requisitos médico-patologizantes para o reconhecimento jurídico da retificação registral das pessoas trans, neste caso ela o aborda de frente. Assim, sendo essa a única decisão em que há pronunciamento expresso da Corte acerca dos requisitos médico-patológicos para o reconhecimento jurídico das demandas registras trans, temos que a amostra C resume-se a um caso. Entretanto, sendo este o mais recente (2017), cabe sua análise em profundidade, pois pode apontar tendências de alteração jurisprudencial da Corte sobre a questão, sobretudo verificando se existiu alguma problematização pela Corte relativamente ao condicionamento da retificação registral das pessoas trans a requisitos patologizantes da identidade de gênero. Adicionalmente, cabe perguntar se tal entendimento está ou não em consonância com: a) as normativas europeias sobre a questão e b) a perspectiva teórica que postula pela despatologização das identidades de gênero trans.

Análise da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos no *Caso A.P., Garçon e Nicot* contra a França

Como já visto resumidamente, o caso refere-se a três mulheres trans que

tiveram negado, pela jurisdição francesa, seu pedido de retificação da menção do sexo no registro civil, segundo a justificativa de que, para legitimar tal demanda, seria preciso que as requerentes comprovassem a irreversibilidade da transformação corporal a que houvessem se submetido, bem como atestassem a condição de portadoras de uma síndrome psicopatológica (transexualismo, segundo a CID-10).

A primeira requerente, nascida em 1986 e diagnosticada com transexualismo desde 2006, embora não pretendesse inicialmente retirar os órgãos sexuais, acaba por submeter-se a uma cirurgia de redesignação sexual na Tailândia, em 2008, ao constatar que a jurisprudência francesa tratava tal cirurgia como requisito para a retificação do registro civil (CEDH, 2017, p.3). Embora apresentando três certificados médicos declarando ser portadora de uma síndrome psicopatológica, bem como o atestado do médico que a operou declarando a retirada total dos órgãos sexuais masculinos e a irreversibilidade de sua esterilidade, a jurisdição interna francesa não aceitou tais atestados, exigindo uma perícia completa a ser feita na França cujo custo, mais de 1.500 euros, deveria ser suportado pela requerente (CEDH, 2017, p.6).

A segunda requerente, nascida em 1958, relata que por pressão social casou-se e teve filhos, mas que desde a juventude teve consciência de pertencer ao gênero feminino, o que a levou a realizar tratamento de feminização, iniciado em 2004, culminando em uma cirurgia de redesignação sexual. O tribunal de grande instância de Creteil julgou que não estaria provado que a requerente seria portadora de uma síndrome transexual (2010). A apelação, julgada pela Corte de apelação de Paris, confirmou a sentença, reafirmando que o princípio da indisponibilidade do estado civil só poderia ser flexibilizado diante da prova de uma síndrome transexual rigorosamente diagnosticada e de transformações corporais irreversíveis. Não se conformando, a requerente buscou cassar o acórdão perante a Corte de cassação, novamente sem sucesso, o que a levou a acionar a Cedh.

A terceira requerente, nascida em 1952 e já tendo vivido maritalmente com a mãe de sua filha, narra que por muito tempo disfarçou sua verdadeira identidade de gênero por medo de perder a guarda desta. Seu pedido de retificação da menção de sexo foi indeferido em todas as instâncias internas, sob o fundamento de que seriam requisitos as provas da transexualidade e de uma conversão sexual irreversível,

sendo que a requerente recusou-se a realizar. Após apresentar os casos, a Corte resume o entendimento até então vigente na Corte de cassação francesa, segundo o qual, para legitimar uma demanda por retificação registral da menção de sexo, a pessoa trans deveria comprovar, por laudo médico, o caráter irreversível da mudança corporal sofrida, bem como o diagnóstico psicopatológico de sua condição transexual

Na sequência, a Corte apresenta alguns documentos nacionais, convencionais e internacionais referentes à temática *sub judice*. Cita, no âmbito das Nações Unidas, a declaração intitulada *Eliminating forced, coercitive and otherwise involuntary sterilization*¹¹, de 2014, na qual se conclama para que o reconhecimento jurídico do gênero de identificação das pessoas trans não seja subordinado a uma esterilização prévia ou a outros procedimentos que causem a esterilidade.

Apresenta, também documentos publicados pelo Conselho da Europa sobre a questão: em 2009, o Comissário dos direitos humanos do Conselho da Europa publica um documento temático intitulado Direitos humanos e identidade de gênero¹² no qual se manifesta contra o requisito da esterilização, alertando para o fato de que, embora proibida legalmente, a esterilização, na prática, estaria sendo forçada pelos países europeus às pessoas trans. Em 2010, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa adotou a Resolução n. 1728¹³, convidando os países a garantirem, na lei e na prática, o direito das pessoas trans a documentos oficiais de identidade refletindo sua identidade de gênero, sem obrigação prévia de esterilização ou outros procedimentos ou terapias médicas de redesignação sexual. Em 2013, em resolução específica sobre esterilização forçada¹⁴, convida os Estados a deixarem de constranger as pessoas à esterilização ou castração. Por fim, em 2015, em resolução intitulada Discriminação contra pessoas transgênero na Europa¹⁵, a Assembleia conclama os estados a abolirem a obrigação de esterilização ou outros requisitos médicos, incluindo o diagnóstico de distúrbio

11 Disponível em http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/201405_sterilization_en.pdf

12 Nome completo, no original: Droits de l'homme et identité de genre, disponível em <https://rm.coe.int/16806da5d0>

13 Nome completo, no original: Résolution 1728, de 2010, "Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre", disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=17853&lang=FR>

14 Nome completo, no original: Résolution 1945, de 2013, "Mettre fin aux stérilisations et castrations forcées", disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=19984&lang=FR>

15 Nome completo, no original: Résolution 2048, de 2015 "La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe", disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=21736&lang=FR>

mental, para o reconhecimento da identidade de gênero das pessoas trans.

No que se refere ao estado atual da questão no âmbito europeu, a Corte inicia trazendo a situação do reconhecimento da identidade de gênero em 47 países europeus, dos quais sete não reconhecem a identidade de gênero, 22 condicionam tal reconhecimento à prova da esterilidade e 18 reconhecem-na independentemente de prova de esterilidade, dos quais Dinamarca, Islândia, Malta e Noruega descondicionada, inclusive, de qualquer requisito patologizante.

No âmbito do direito francês, a Corte cita a Portaria francesa CIV/07/10¹⁶, de 2010, cuja orientação aos procuradores atuantes em demandas por retificação registral da menção de sexo de pessoas trans era no sentido de que opinassem favoravelmente ao pedido, desde que os demandantes tivessem seguido ao menos um tratamento hormonal, eventualmente associado a cirurgias estéticas, resultantes em uma redesignação sexual irreversível¹⁷, sem exigir-se a retirada dos órgãos genitais em específico.

A Corte cita também a Opinião Consultiva da Comissão Nacional dos Direitos Humanos da França¹⁸ que, em 2013, manifestou-se favoravelmente à supressão de condicionamentos médicos e psicopatológicos para a retificação registral de pessoas trans, na medida em que o diagnóstico médico legitimaria a patologização das transidentidades.

Na sequência, a Corte apresenta as mudanças operadas pela Lei de modernização da Justiça do século XXI,¹⁹ cujo artigo 56 inseriu no Código Civil francês uma sessão prevendo a possibilidade de mudança, por via judicial, da menção de sexo no registro civil de pessoas trans de forma descondicionada da prova de submissão a qualquer tratamento médico, cirúrgico ou esterilizante, bastando as provas de auto identificação de gênero e de reconhecimento público da identidade de gênero postulada.

Após esse mapeamento da questão perante o Direito interno francês

16 Nome completo, no original: Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil, disponível em http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1012994C.pdf

17 O Ministro da Justiça e das Liberdades precisou que o termo irreversível se reportava à Recomendação 1117 do Conselho da Europa, de 1989, e que tal noção era de ordem médica, e não jurídica, segundo a qual o caráter irreversível da redesignação sexual poderia resultar inclusive da hormoniosubstituição, na medida em que, em determinados casos, ela levaria à infertilidade. Recommendation no 1117 du Conseil de l'Europe relative à la condition des transsexuels, de 29/09/1989, disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/Xref/Xref-DocDetails-fr.asp?FileID=15151&lang=fr>.

18 Nome completo, no original: Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil, de l'Assemblée plénière du 27 juin 2013, disponível em http://www.cncdh.fr/sites/default/files/27.06.13_avis_sur_lidentite_de_genre_et_sur_le_changement_de_la_mention_de_sexe_a_letat_civil.pdf

19 Nome completo, no original: LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/11/18/JUSX1515639L/jo>

e convencional europeu, e ainda após reconhecer preliminarmente que a identificação sexual está compreendida na proteção da vida privada (artigo 8º da Convenção), parte a Corte para sua análise de mérito, sublinhando que a autonomia pessoal comporta o direito à autodeterminação, do qual o direito a definir sua identificação sexual é um dos elementos mais importantes (CEDH, 2017, p. 30-31). Ressalta também que, embora até então, ainda não houvesse se manifestado sobre o reconhecimento jurídico da identidade de pessoas trans não operadas, o artigo 8º se aplicaria igualmente a tal apreciação na medida em que a identificação sexual, tomada como elemento da identidade pessoal protegido pelo direito à vida privada, valeria igualmente para todos os indivíduos, quer operados, quer não (CEDH, 2017, p.31).

Na sequência passa a Corte a relatar as alegações das requerentes que, sinteticamente, eram de que o caráter irreversível da modificação corporal exigido pela jurisdição francesa implicaria na imposição da esterilidade e de que não haveria nenhum valor moral que justificasse o fato de que uma pessoa deveria ser privada do reconhecimento de sua identificação de gênero pelo fato de não ter se submetido a procedimentos irreversíveis de redesignação sexual (CEDH, 2017, p. 33), ao que o governo francês, então, respondeu que a jurisprudência interna à época das demandas não importaria, para o reconhecimento da identidade de gênero da pessoa trans, a prova da retirada de todos seus órgãos sexuais, mas apenas da irreversibilidade da mudança física, o que não significaria impor a esterilidade ou condicionar a demanda à prova desta (CEDH, 2017, p.34).

Além disso, argumentou que a recusa da retificação registral no caso das requerentes teve uma finalidade legítima de proteção da confiança e coerência do sistema de registros públicos francês, fundado no princípio da indisponibilidade, na medida em que a identidade sexual da pessoa desempenharia função estrutural na organização social e jurídica francesa. Alegou ainda que, diante da ausência de um consenso entre os países da União Europeia sobre a questão, haveria uma margem de apreciação relativamente larga na definição, pelos países membros, dos requisitos para o reconhecimento jurídico das pessoas trans (CEDH 2017, p. 34). Informou, por fim, que a recente modificação do Código Civil francês passou a permitir que uma pessoa que demonstre que a menção de sexo em seu registro não corresponde àquele pela qual se apresenta e é conhecida em seu meio social, possa

requerer a retificação registral independentemente da prova de haver se submetido a tratamentos médicos, cirúrgicos ou esterilizantes.

A apreciação de mérito da questão pela Corte pode ser dividida em duas grandes questões, que coincidem com os dois principais requisitos impostos pela legislação francesa à época para o reconhecimento jurídico da demanda trans por retificação registral da menção de sexo. Assim, o primeiro ponto sobre o qual a Corte se debruça é em relação ao condicionamento da retificação registral das pessoas trans à prova do caráter irreversível dos procedimentos de redesignação sexual. Em um segundo momento, é analisado o requisito do diagnóstico psicopatológico.

Pronunciamento da Corte quanto à exigência de “irreversibilidade da mudança de sexo”

A Corte inicia suas considerações esclarecendo que em sua análise dos casos partiu do pressuposto de que à época das demandas apresentadas, ainda que sob a rubrica pouco clara da *irreversibilidade*, o direito positivo francês condicionava, na prática, o reconhecimento da identidade sexual das pessoas trans à realização de procedimentos esterilizantes ou com consequências esterilizantes, de modo que assim é que tal requisito será tratado (CEDH, 2017, p. 37-38).

Quanto à alegada margem de apreciação sobre a questão, a Corte ressalta que no que se refere ao requisito da esterilização, tratar-se-ia de questão atinente a uma das funções corporais essenciais do ser humano, ligada diretamente ao princípio da dignidade humana, portanto, o que implicaria desde logo em uma margem mais restrita (p. 38).

Além disso, tanto no que se refere aos atores institucionais do âmbito convencional europeu quanto ao direito interno de parte expressiva dos países membros, haveria clara posição contrária ao condicionamento da retificação registral das pessoas trans à prova da esterilidade, sendo que tal tendência se expressa no fato de que a partir de 2009 diversos países abandonaram tal requisito, em consonância com os documentos convencionais e internacionais produzidos sobre a questão.

Tampouco se poderia aventar inexistir uma compulsoriedade ou falta de consentimento em relação à esterilização na medida em que nenhum tratamento médico pode-se dizer consentido quando o fato de não se submeter a ele signifique para o interessado a denegação de um direito, no

caso o direito à identificação sexual (CEDH, 2017, p. 41).

A partir dessas considerações a Corte se manifesta expressamente no sentido de que condicionar o reconhecimento da retificação registral da menção de sexo à prova da irreversibilidade da redesignação sexual corresponderia a impor a esterilização para a efetivação de um direito, o que corresponderia a uma violação ao artigo 8º da Convenção.

Pronunciamento da Corte quanto ao requisito do diagnóstico psico-patologizante

Quanto à exigibilidade de um diagnóstico médico atestando a existência da síndrome psiquiátrica de transexualismo ou disforia de gênero, a Corte inicia expressando seu conhecimento de que diversos atores institucionais no âmbito europeu já se manifestaram no sentido de que a identificação de gênero das pessoas trans não decorre de uma doença psiquiátrica e que a psicopatologização reforça, ao validá-la juridicamente, a estigmatização da qual tais pessoas são vítimas.

A despeito disso, observa a Corte que o diagnóstico psicopatológico prévio é requisito para o reconhecimento jurídico da identidade de gênero trans na grande maioria dos países da União Europeia, havendo apenas quatro (Dinamarca, Noruega, Malta e Islândia) que já adotaram uma legislação prevendo um procedimento de reconhecimento que exclui o diagnóstico prévio.

Entendeu a Corte, portanto, que no que concerne a tal requisito, os estados conservariam uma margem de apreciação larga, de modo que a França, ao prever tal condição como diagnóstico diferencial, com o objetivo de assegurar, quando da indicação médica de um tratamento endócrino ou cirúrgico, que o sofrimento do interessado não provem de outra causa ou afetação mental, não violaria o direito à vida privada do interessado.

A perspectiva despatologizante sobre a identidade de gênero trans

A partir da análise da posição da Corte Europeia de Direitos Humanos quanto à validade da exigência de atestados psicopatológicos para a retificação registral da menção de sexo de pessoas trans, pode-se refletir sobre se, e como,

a patologização das identidades trans representa uma diminuição da autonomia pessoal do indivíduo a ponto de violar-lhe seus direitos fundamentais.

Para autores que trabalham sobre essa temática, a patologização das expressões de gênero fora da norma cisgênera²⁰ é um mecanismo que assegura a própria a naturalização das expressões de gênero hegemônicas, como prova o fato de que na produção de um laudo médico de transexualidade os médicos especialistas encarregados de estabelecer tal diagnóstico “acionam mapas socialmente construídos sobre o que é ser um homem e ser uma mulher e que pretende coincidir masculinidades a homens e feminilidades a mulheres” (BENTO, 2014, p. 2).

Butler (2006, p.191) relata que homens trans praticam, inclusive com a ajuda de *coachs*, narrativas de gênero associadas ao masculino antes de irem ao médico que proverá o atestado de sua realidade trans. O fato é que os requisitos investigados nesse artigo, quais sejam, a necessidade de uma cirurgia de redesignação sexual irreversível ou do atestado psico-patologizante, buscam ambos certificar aquilo que se supõe que o gênero deva ser: o primeiro em relação à morfologia corporal (homem-pênis, mulher-vagina) e o segundo em relação à performance ou comportamento da pessoa (homem-performance masculina, mulher-performance feminina).

Canguilhem (2009) talvez seja o autor cujo estudo dê mais subsídios teóricos para a discussão acerca da despatologização de aspectos da vida humana que foram sendo encampados pelas ciências médicas. Um de seus postulados mais interessantes é aquele que vai dizer, na leitura de Seixas e Birman (2012, p.16), que “o normal não pode ser definido objetivamente e sua variação medida quantitativamente, [pois] é somente em relação a uma ‘norma válida e desejável’ que se pode medir o excesso ou a falta, deixando de ser o normal um fato em si e tornando-se a manifestação de um ‘valor’ referido ao perfeito e ao ideal”.

Para os autores citados,

20 O termo cisgênero começou a ser utilizado há alguns anos nos meios não acadêmicos em contraposição à transgênero, ou seja, para se referir àquelas pessoas cuja expressão de gênero não romperia com as expectativas sociais para seu sexo (genitália). Embora o uso do termo para rotular pessoas reais seja bastante controverso - como igualmente o é o termo transgênero -, entre outros motivos pois continua operando binária e opositivamente e pressupõe que o ideal normativo de gênero seria reiterado indistintamente por todos aqueles que não se enquadram na categoria trans, entende-se que se trata de termo que mantém sua operacionalidade em alguns contextos, como quando utilizado para explicar justamente o funcionamento do modelo de pensamento cis-heteronormativo.

Canguilhem recusa, assim, qualquer tentativa de estabelecer uma ciência do normal nas bases das ciências naturais e propõe o conceito de normatividade vital para pensar a diferenciação entre o ‘normal’ e o ‘patológico’, por entender que o julgamento que se faz de um fato é sempre referido a um valor e, ao mesmo tempo, submetido àquele que a institui (SEIXAS e BIRMAN, 2012, p. 15).

Ou seja, para eles a virada conceitual que Canguilhem opera é no sentido de propor que “[...] a média traduziria uma norma, uma vez que dá testemunho da atividade normativa de um determinado traço e não o contrário” (SEIXAS e BIRMAN, 2012, p. 17). Nas palavras do próprio Canguilhem, que “um traço humano não seria normal por ser frequente, mas seria frequente por ser normal, isto é, normativo num determinado gênero de vida” (CANGUILHEM, 2009, p.62).

Tal linha de raciocínio resulta em que “aquilo que é diferente da norma não é patológico [...] mas apenas outra modalidade possível de vida” (SEIXAS e BIRMAN, 2012, p. 17), ou, nas palavras de Canguilhem, que “não existe fato que seja normal ou patológico em si. A anomalia e a mutação não são, em si mesmas, patológicas [mas antes] exprimem outras normas de vida possíveis, [sendo que] sua normalidade advirá de sua normatividade” (CANGUILHEM, 2009, p.56).

Segundo essa hipótese, é quando as ciências médicas entram em cena, passando a encampar as manifestações da “anormalidade” dentro do conceito de “patologia”, indificenciando-os, que as variações naturais no campo da sexualidade e do gênero, embora não socialmente aceitas, são apropriadas pelo discurso do patológico e, portanto, do medicalizável.

A própria ideia de tratamento ou terapia para ‘mudança de sexo’ reforça a compreensão que “aloca a fonte dos conflitos que perpassam as experiências transexuais nos ‘indivíduos transtornados’ e não nas normas de gênero” (FREIRE, 2014, p. 164). Estas, pelo contrário, permanecem não problematizadas, sendo que

[...] o que antecede[ria] aos conflitos com as genitálias são aqueles com a própria construção das verdades para os gêneros, efetivadas nas obrigações que os corpos paulatinamente devem assumir para que possam desempenhar com sucesso os designios do seu sexo” (BENTO, 2006, p. 164).

Portanto, ao contrário do que pressupõem as vertentes psicológicas, médicas e jurídicas patologizantes, segundo a perspectiva despatologizante a origem do problema transgênero não se localiza na pessoa que desvia da norma, mas sim na própria existência de uma norma excludente, que ao criar os “anormais” acaba por assegurar a posição privilegiada dos “normais”.

Ao fazerem uma revisão sobre os aspectos que constituem o transtorno de identidade de gênero, Arán *et al.* (2009, p. 1148) percebem que “a definição do diagnóstico reitera as interpretações normativas sobre o gênero masculino e o feminino de nossa sociedade, medicalizando as condutas desviantes a partir das supostas ‘verdades’ de cada sexo”.

Isso ocorreria na medida em que

[...] o pensamento científico hegemônico se apropria das recorrências observáveis nas relações entre os gêneros para conferir cientificidade aos seus achados, reforçando circularmente a diferença sexual natural, subsumindo nessas “verdades” os aspectos culturais e simbólicos que constituem nossas percepções sobre corpos, gêneros, órgãos e fluidos (BENTO e PELÚCIO, 2012, p. 575).

Nesse sentido, a definição psiquiátrica de transexualismo, ao articular uma versão rígida das normas de gênero e localizar a origem do problema na pessoa, devido ao seu sofrimento diante da inadequação a tais normas, sem as colocar em questão (MURTA, 2011), promove a patologização de um problema social.

Assim, o principal argumento para se “desdiagnosticar” o gênero, por sua vez, seria o de que não haveria como se estabelecer os limites discerníveis entre “os transtornados de gênero” e “os normais de gênero”, já que o único mapa seguro que guiaria o olhar do médico seriam as verdades estabelecidas socialmente para os gêneros, ou seja, uma concepção normativa dos sistemas de sexo-gênero fundada em uma “matriz binária heterossexual que se converte em sistema regulador da sexualidade e da subjetividade” (ARÁN, 2006, p. 50).

Nesse sentido parece interessante tratar sobre a co-constituição entre gênero e

Direito, na medida em que embora haja situações da vida em que o Direito não leve em conta a dimensão do sexo/gênero, em outras tal dimensão é fundamental, como quando impõe consequências jurídicas específicas a partir da distinção homem/mulher, ou seja, quando erige homem ou mulher enquanto categorias jurídicas (LOCHAK, 2010, p. 661).

É preciso lembrar que as categorias jurídicas estão em relação permanente com as experiências da vida cotidiana, na medida em que mesmo categorias jurídicas que aparentemente não fariam outra coisa além de retratar o real, são sempre tomadas pelos operadores do direito de modo a se atribuir um sentido oficial e consequências jurídicas específicas a aspectos da experiência da vida, forjando significados novos que, ao se apresentarem reiteradamente e como imutáveis, passam a ser percebidos como naturais.

É nessa medida que se pode dizer que a função do Direito nunca é puramente re-cognitiva, mas sempre também constitutiva, e é justamente a dimensão aparentemente apenas descritiva do Direito que contribui para tornar normativas as categorias que institui, na medida em que imprime, por meio de sua autoridade, a ideia do que é ou não natural (LOCHAK, 2010).

Tome-se o exemplo das identificações de gênero, ainda que a realidade empírica comporte a existência de múltiplas identificações, apenas uma delas, a cisgênera, é reconhecida, no âmbito jurídico, como natural e neutra, sendo que a abertura jurídica para o reconhecimento das existências transgêneras tem se dado na interlocução com seu crescente reconhecimento no meio social e científico. É o Direito, igualmente, que institucionaliza a diferença entre sexos e faz derivar dela consequências de pertencimento a um ou a outro, forjando um critério para conferir direitos e obrigações ou regular determinadas situações da vida (LOCHAK, 2010).

O normal, no sentido de mais habitual, recorrente, compreendido portanto no campo do ser (*sein*) e não do dever ser (*sollen*), se torna legal a partir do momento em que a lei o torna juridicamente válido e, da mesma forma, por vezes a lei torna algo não necessariamente mais habitual em normal, no sentido jurídico, ao validá-lo como legal, fazendo surgir a normalidade a partir da legalidade, mecanismos por meio dos quais o Direito contribui para a normalização de comportamentos e estigmatização de outros (LOCHAK, 2010).

A falácia de que o Direito seria meramente descritivo, e não constitutivo, no

que se refere a questões que envolvem sexo e gênero, é perceptível justamente pela dificuldade de se integrar, no âmbito do direito positivo, pessoas e demandas que escapam à matriz cis-hetero-normativa sob a qual está fundada a tradição jurídica. É nesse sentido que se entende que o reconhecimento das pessoas trans é problemático, já que a postulação por direitos tal como aos demais se ajusta mal, haja vista que a definição de todos já implica desde sempre a exclusão das pessoas trans (JUANG, 2006).

Nesse sentido, Cardi e Devreux (2014) vão dizer que

o Direito é impregnado pelo gênero no próprio processo de sua fabricação e, reciprocamente, pelas categorias que mobiliza e os usos que se faz dele, não para de produzir gênero. As normas são sempre produzidas num contexto histórico, social e político particular e as categorias jurídicas não são uma exceção. [...] Da mesma maneira que é relevante reconhecer a centralidade da linguagem como 'mediadora na nossa relação com a realidade' (Scott, 2009, p. 43), é preciso medir o caráter performativo das categorias jurídicas no que se refere às relações sociais de sexo. O Direito não produz apenas a discriminação, antes de tudo ele produz a diferenciação e, ao fazê-lo, produz o gênero. [...] Sua própria positivação enquadra-se num processo discursivo sob efeito de categorizações não somente técnicas da linguagem jurídica, mas também sociais, simbólicas e políticas [...] A própria construção de categorias jurídicas legitima desigualdades de gênero. E igualmente elas trazem à luz a maneira como os conflitos em torno da fabricação dessas categorias podem modificar as relações sociais e os processos de regulação social (CARDI; DEVREUX, 2014, p.5, em tradução livre)²¹

Poder-se-ia aventar, então, que as categorias escolhidas para figurarem no registro civil das pessoas, primeiro e mais fundamental documento de identificação e individualização dos cidadãos na grande maioria dos países ocidentais, possuiriam uma função específica para além da mera individualização, enquadrando o indivíduo em um quadro normativo específico com regras jurídicas próprias (GUEZ, 2015).

Butler é outra autora que entende que as categorias jurídicas cumprem uma função para além da regulação do comportamento, na medida em que instituem determinadas condições para que o sujeito seja reconhecido juridicamente. Para ela o campo da medicina e do direito são aqueles pelos quais as normas e critérios sociais pelos quais se reconhece juridicamente o ser como pessoa se expressam de forma mais

21 No original: Le droit est pétri de genre dans le processus même de sa fabrication et, réciproquement, que le droit, par les catégories qu'il met en place et les usages qui en sont faits, ne cesse de produire le genre. Les normes sont toujours produites dans un contexte historique, social et politique parti- culier. Les catégories juridiques n'y font pas exception. [...] De la même manière qu'il importe de reconnaître la centralité du langage, comme « médiateur de notre

clara. No caso das pessoas trans, por exemplo, é por meio da esfera da saúde mental e da justiça que são negociadas pelos sujeitos demandantes os elementos considerados essenciais para o reconhecimento do gênero de alguém (BUTLER, 2006, p. 184).

Assim, o processo de reconhecimento (ou não) de um ser como pessoa depende fundamentalmente de reconhecermos uma certa norma social manifestada em e por meio de seu corpo, seja em termos morfológicos ou em suas atitudes e comportamentos, aos quais se associam significados excludentes de feminilidade ou masculinidade, o que finda por elevar um gênero coerente com a cisnormatividade a um pressuposto para o reconhecimento do pertencimento da pessoa à humanidade.

O reconhecimento jurídico como aspecto central da constituição do sujeito de direito

Partindo-se do quanto já discutido até aqui, e tendo em conta os pressupostos da teoria do reconhecimento, poder-se-ia pensar em um sujeito de direito pleno sem o reconhecimento jurídico da identidade de gênero, enquanto âmbito fundamental da subjetividade da pessoa.

Jouannet (2012), refletindo sobre o surgimento de múltiplas aspirações contemporâneas de reconhecimento no pós-guerra fria, afirma ser possível falar da emergência de um paradigma do reconhecimento, cujo principal expoente seria Honneth (2003). A teoria deste autor fundamenta-se, sinteticamente, na compreensão de que todos desejariam alcançar o reconhecimento em ao menos três esferas da vida, sendo a primeira delas a esfera do amor, a segunda a da estima social e a última a esfera pública do direito e da política.

Segundo Honneth (2003), o reconhecimento jurídico atribuiria existência pública e instrumentalizaria o acesso à visibilidade, conferindo aos seus agentes e à subjetividade um meio de expressão simbólica, cuja efetividade empírica tornaria o agente dotado de autorrespeito e detentor de uma propriedade que o capacitaria a participar da ordem pública. Já a estima social, diferentemente da ordem do reconhecimento jurídico, constituir-se-ia no processo de interpretação

rapport à la réalité » (Scott 2009, p. 43), il faut mesurer le caractère performatif des catégories juridiques en matière de rapports sociaux de sexe. Le droit ne produit pas seulement de la discrimination, il produit avant tout de la différenciation et, ce faisant, il produit le genre. Son écriture même répond à un processus discursif aux effets de catégorisation non seulement 'techniques', dans la langue juridique, mais aussi sociaux, symboliques et politiques. [...] La construction même des catégories juridiques rend compte, voire légitime, des inégalités de genre. Ils mettent également en lumière la façon dont les conflits autour de la fabrication de ces catégories peuvent modifier les rapports sociaux et les processus de régulation sociale (CARDI e DEVREUX, 2014, p.5).

de valores que escapam a um sistema universalmente válido.

A questão é que “o conteúdo dessas interpretações dependeria de qual grupo social consegue interpretar de maneira pública as próprias realizações e formas de vida, interpretações que se configuram como um campo permanente de luta social e conflito cultural” (VENTURA, 2011, p. 160).

Ainda segundo Ventura (2011):

[...] a ordem burguesa teve êxito na institucionalização de um sistema hegemônico de valores e princípios que controlam o grau de estima social das práticas que devem ser consideradas como uma contribuição cooperativa para a reprodução social e econômica da sociedade. Com isso, a ordem burguesa realiza, nos termos de Honneth, uma “violência material” ao manipular ideologicamente a valorização hierárquica do desempenho dos indivíduos. Cria-se uma associação natural entre o grau de estima social e o acesso aos recursos legitimamente disponíveis, sejam estes materiais, sejam imateriais (cultura, educação, prestígio etc.). A violência material manifesta-se na medida em que nivela o grau de estima social aos valores do capitalismo (VENTURA, 2011, p. 168).

Fraser (1995), autora também pertencente à tradição crítica, afasta-se da perspectiva honnethiana no que se refere à concepção de que o reconhecimento passaria pela afirmação de uma identidade, entendida como originada de experiências compartilhadas de respeito e reconhecimento. A perspectiva da autora foca-se na desinstitucionalização de padrões culturais valorativos que impedem ou inibem a participação paritária de alguns indivíduos como parceiros plenos da vida social.

Segundo seu modelo teórico, que situa o reconhecimento na dimensão institucional e no debate público, este seria propiciado por uma participação paritária independente da experiência identitária do indivíduo. Para a autora,

[...] superar a homofobia e o heterossexismo [exigiria] a mudança da ordem sexual de *status*, desinstitucionalizando padrões valorativos heteronormativos e substituindo-os por padrões que expressem igual respeito por gays e lésbicas (FRASER e HONNETH, 2003, p. 19).

Assim, seu modelo teórico pode ser considerado um importante instrumental na legitimação de formas de judicialização voltadas para a proteção de minorias sexuais em geral, pois está focado na desinstitucionalização de padrões culturais valorativos dominantes.

No concernente à aplicação do modelo teórico de Fraser (2007) para a promoção e garantia de direitos de minorias sexuais trata-se, então, de eliminarem-se valores culturais institucionalizados, que impedem sua interação na vida social de forma paritária, de modo que elas passem a também contribuir para o debate público sobre as concepções de vida boa

Para a autora, o escrutínio crítico do debate público, desde que assegurada a participação paritária, seria capaz de promover a constante revisão e discussão sobre certas formas de autorrealização opressoras que conduzem a um quadro de subordinação institucionalizada de determinados parceiros sociais, subordinação que se afigura incompatível com um padrão universal de justiça. Em suas palavras:

O cerne normativo da minha concepção é a noção de paridade de participação. De acordo com essa norma, a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros da sociedade interagir uns com os outros como companheiros. Para a participação paritária ser possível, eu alego que, ao menos, duas condições devem ser satisfeitas. Primeiro, a distribuição de recursos materiais deve ser de tal forma que assegure aos participantes independência e voz. A segunda condição requer que padrões institucionalizados de valores culturais expressem igual respeito para com todos os participantes e assegurem igual oportunidade para alcançar estima social (FRASER, 2007, p. 118).

Uma questão que se poderia colocar é se as particularidades dos indivíduos deveriam estar acima do reconhecimento de uma humanidade comum a todos. Para a autora o dilema deve ser tratado de forma pragmática e a partir do caso concreto, ou seja, verificando as particularidades de cada demanda a fim de definir se ela exige um reconhecimento universalista – como nos casos em que há negação a determinado grupo, do próprio reconhecimento da humanidade, como no caso do *apartheid* –, ou das especificidades que tornam um grupo especialmente vulnerável no seio social. Nesse último caso, cabe pensar sobre a própria desconstrução dos termos sobre os quais as diferenças foram elaboradas.

Segundo o modelo de status proposto pela autora, o que exige reconhecimento não é a identidade específica, mas a condição de membros como parceiros integrais na interação social. O não reconhecimento, segundo esse modelo, ocorre quando as instituições estruturam a interação de acordo com regras que impedem a paridade de participação.

Assim, o reconhecimento e a proteção de particularidades dos grupos minoritários se legitimaria como demanda tendo como critério a paridade, caso demonstrado que os arranjos atuais impedem os agentes de participarem em condições de igualdade do debate público, seja por lhes serem negadas condições objetivas ou subjetivas, materiais ou simbólicas, e desde que a mudança que propõem nessa ordem de status resulte em uma ampliação da paridade, e não o contrário.

As coletividades vulneráveis por motivos de gênero e raça são casos que geram maior interesse analítico na medida em que demandam, para fazer frente às injustiças que sofrem, tanto de políticas de reconhecimento de suas especificidades, haja vista a injustiça que sofrem estar ligada à estrutura de valoração social, quanto de políticas universalistas, em que tais marcadores sociais da diferença não se qualifiquem como critério de distinção, como no contexto de divisão sexual e racial do trabalho.

Conclusão

A partir da análise jurisprudencial da Corte Europeia de Direitos Humanos em relação à identidade de gênero e, mais precisamente, em relação ao reconhecimento jurídico, pelos países europeus, do direito à retificação da menção de sexo no registro civil de pessoas trans, pode-se concluir que a orientação atual da Corte é no sentido de entender que o condicionamento, pelas jurisdições internas dos países, de tal direito à prova da irreversibilidade dos procedimentos de redesignação sexual, é uma violação à vida privada da pessoa, nos termos do artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, na medida em que tal requisito se traduziria na imposição da esterilidade.

Já no que se refere ao requisito de que o demandante faça prova, por meio da apresentação de atestados médicos, de ser portador de uma síndrome ou disforia psicopatológica, o entendimento atual da Corte, muito embora reconhecendo a estigmatização que um requisito patologizante, é que tal exigência ainda estaria dentro da margem de apreciação dos Estados.

Entende-se, assim, que houve alguma modificação no entendimento da Corte quanto aos requisitos para a retificação registral ao longo dos anos, na medida em que até a decisão no caso *A.P., Garçon e Nicot*, a redesignação sexual completa,

o que compreendia a esterilização da pessoa, sequer havia sido apreciada pela Corte, posto que a própria compreensão da transexualidade estava rigidamente associada a transformações genitais irreversíveis.

Assim, a partir dos casos *B. contra a França*, de 1992, e *Goodwin* contra o Reino Unido, dez anos mais tarde, até o caso *A.P., Garçon e Nicot*, a mudança jurisprudencial da Corte havia sido no sentido de passar a considerar uma violação do artigo 8º da Convenção o fato de os Estados não garantirem o reconhecimento jurídico da nova identidade de gênero das pessoas trans já operadas.

É apenas a partir do caso *A.P., Garçon e Nicot* contra a França, de 2017, que a Corte se debruça sobre os requisitos para o reconhecimento jurídico do direito à retificação registral das pessoas trans e, de maneira indireta, sobre os requisitos para o reconhecimento da pessoa trans enquanto sujeito de direito

Assim, seguindo os pontos de análise propostos no artigo, vê-se que a posição atual da Corte quanto aos requisitos legitimadores de uma demanda por retificação registral da menção de sexo de pessoas trans, expressa na decisão do caso *A.P., Garçon e Nicot*, acompanha apenas parcialmente as normativas europeias e internacionais, citadas na própria decisão. Isso pois, embora manifestando-se contrariamente ao requisito da esterilização, entendeu a Corte que não haveria violação à vida privada do indivíduo na exigência de um diagnóstico médico patologizante, contrariamente aos já citados entendimentos de diversos organismos supranacionais.

Quanto ao terceiro item de análise, qual seja, se existiu alguma problematização pela Corte relativamente ao condicionamento da retificação registral das pessoas trans a requisitos patologizantes da identidade de gênero, entende-se que a Corte chegou a tangenciar a questão, apresentando a posição das instituições europeias e internacionais sobre a questão. Entretanto, ao entender que exigir um diagnóstico médico psicopatologizante estaria abarcado na margem de apreciação dos Estados, deixou a Corte de conferir a tal exigência o status de violação de direitos humanos protegido internacionalmente.

Assim, conclui-se que até o momento o posicionamento jurisprudencial da Cedh, embora tenha evoluído significativamente nos últimos trinta anos, não

está em consonância com a perspectiva teórica que postula pela despatologização das identidades de gênero trans. Nesse sentido, portanto, pode-se dizer que o sujeito de direito que vem sendo forjado por meio dos fundamentos veiculados em suas decisões sobre identidade de gênero, é um sujeito que, ainda que tenha conquistado o direito à autonomia corporal, continua reconhecido apenas por meio da patologização de sua identificação de gênero.

Referências

ARÁN, M; MURTA, D; LIONÇO, T. Transexualidade e saúde pública no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 4, p. 1141-1149, 2009.

ARÁN, M. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. *Ágora: Estudos em Teoria Psicanalítica*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 49-63, 2006.

BENTO, B. A (re)invenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond/Clam, 2006.

_____. Queer o quê? Ativismo e estudos transviados. *Revista Cult*, São Paulo, n. 193, p. 14, 2014.

_____; PELÚCIO, L. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 569, ago. 2012.

BUTLER, J. Doing justice to someone: Sex Reassignment and Allegories of Transsexuality. In STRYKER, S.; WHITTLE, S (org). *Transgender Studies Reader*. New York: Routledge, 2006.

CANGUILHEM, G. O normal e o patológico. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

CARDI, Coline; DEVREUX, Anne-Marie. Le genre et le droit: une coproduction. Introduction, *Cahiers du Genre*, n. 57, p. 5-18, 2014.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Roma, 1950.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). Decisão no caso A.P., Garçon e Nicot contra a França. Estrasburgo: Unité de la Presse, 2017.

_____. Fiche thématique “Identité de genre”. Estrasburgo: Unité de la Presse, 2017.

FRASER, N. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a post socialist age. *New Left Review*, n. 212, p. 68-93, 1995.

..... Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007.

.....; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition: A Philosophical Exchange*. London: Verso, 2003, 276p.

FRANÇA. Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. JORF n° 0269, du 19 nov. 2016.

FREIRE, L. *A máquina da cidadania: uma etnografia sobre a requalificação civil de pessoas transexuais*. 2015, 192 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Museu Nacional, UFRJ, Rio de Janeiro.

GUEZ, P. Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil? *La revue des droits de l'homme*, Paris, n. 8, p. 1-9, 2015. Disponível em <http://revdh.revues.org/1660>.

HONNETH, A. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, 291p.

JOUANNET, E. Le droit international de la reconnaissance. *Revue de droit international public (R.G.D.I.P.)*, n. 4, p.769-800, 2012.

JUANG, R. *Transgendering the politics of recognition*. In STRYKER, S.; WHITTLE, S (org). *Transgender Studies Reader*. New York: Routledge, 2006.

LOCHAK, D. Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques. *Lex Electronica*, Montréal, v. 15, n.1, p. 661-689, 2010.

MURTA, D. *Os Desafios da despatologização da transexualidade: reflexões sobre a assistência a transexuais no Brasil*. 2011, 107f. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva. Área de Concentração: Ciências Humanas e Saúde) - Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

SEIXAS, C. M. e BIRMAN, J. O peso do patológico: biopolítica e vida nua. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v.19, n.1, p.13-26, 2012.

VENTURA, T. *Luta social por reconhecimento: dilemas e impasses na articulação pública do desrespeito*. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 19, n. 40, p. 159-170, out. 2011.

Recebido em outubro de 2017.

Aprovado em novembro de 2017.