

## **Liberdade (existencial) e identidade(s): os limites à tutela da identidade no sistema jurídico brasileiro**

Danielli GADENZ\*

**RESUMO:** A percepção social da identidade é resultado da estruturação das relações de poder e, por conseguinte, a sua tutela jurídica foi construída de modo a instrumentalizar a “normalização” dos corpos (e mentes) e afastar as identidades destoantes. Com o objetivo de verificar se as teorizações acerca da liberdade, notadamente em seu aspecto existencial, podem contribuir para a oxigenação do modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro para a tutela da identidade pessoal, em especial quanto à proteção do nome, imagem e corpo, realizou-se uma análise transversal, a partir das perspectivas teórica, legal e jurisprudencial, a fim de verificar se a tutela jurídica dos direitos da personalidade para questões inerentes à(s) identidade(s) pessoal(is) promovem o livre desenvolvimento da personalidade ou reforçam a demarcação de fronteiras. Utilizando do método dedutivo e a partir de pesquisa bibliográfica e documental observou-se que, mesmo as decisões mais vanguardistas em relação às temáticas de gênero, como o reconhecimento da alteração do nome e designativo de gênero no registro civil e a criminalização homotransfobia em analogia ao crime de racismo, está presente a perspectiva patologizante das identidades trans e reforça a percepção da readequação corporal (e identitária) ao padrão como única alternativa viável, rechaçando as possibilidades de reconhecimento como pessoa daquele que apresente características ambíguas. Assim, apesar da evolução do entendimento jurisprudencial, evidencia-se a massiva preponderância da perspectiva binária quanto ao sexo/gênero, que distancia os indivíduos da concretização de sua personalidade, ainda que sob o fundamento de estar protegendo e respeitando-a. Nesse aspecto, a oxigenação da noção de liberdade, é essencial para a concretização da função social do direito civil, visto que, numa perspectiva constitucionalizada, a tutela dos direitos da personalidade não se relaciona a uma concepção abstrata de indivíduo, mas à liberdade da pessoa concretamente considerada em suas relações intersubjetivas. Concluiu-se que o abarcamento de um conceito plural de liberdade, relacionado à dimensão existencial da pessoa, é fundamental para a formação de uma tutela identitária que efetivamente proteja a pluralidade de identidades e permita o livre desenvolvimento da personalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Identidades; pluralidade; sexo; gênero; direitos da personalidade; liberdade existencial.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; – 2. A identidade e o direito: o discurso do saber jurídico; – 3. Embates sociológicos acerca de sujeitos e identidades: os limites do binarismo; – 4. Liberdade(s) e identidade(s): contribuições da noção de liberdade existencial para o debate; – 5. Considerações finais.

**TITLE:** *(Existential) Freedom and Identity(ies): Limits of Identity Regulation by the Brazilian Legal System*

**ABSTRACT:** *The social perception of identity is the result of the structuring of power relations and, therefore, its legal protection has been constructed in order to instrumentalize the “normalization” of bodies (and minds) and to move away from conflicting identities. With the objective of verifying if the theorizing about*

---

\* Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), na área de concentração Direitos Humanos e Democracia, vinculada à linha de pesquisa Cidadania e inclusão social. Docente no Curso de Direito do Centro Universitário Univel, em Cascavel-PR. Membro do Núcleo de Pesquisa Direitos Humanos e Vulnerabilidades (UFPR) e do Grupo de Pesquisa em Direito Civil Constitucional “Virada de Copérnico” (UFPR). Graduada e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria/RS (UFSM).

*freedom, especially in its existential aspect, can contribute to the oxygenation of the model adopted by the Brazilian legal system for the protection of personal identity, especially regarding the protection of name, image and body, performed. A cross-sectional analysis from the theoretical, legal and jurisprudential perspectives is undertaken to check whether legal protection of personality rights for issues inherent to personal identity (s) promotes the free development of personality or reinforce border demarcation. Using the deductive method and from bibliographic and documentary research, it was observed that even the most avant-garde decisions regarding gender issues, such as the recognition of the name and gender designation in the civil registry and homotransphobia criminalization in analogy to In the crime of racism, the pathologizing perspective of trans identities is present and reinforces the perception of body (and identity) readjustment to the pattern as the only viable alternative, rejecting the possibilities of recognition as a person of those who present ambiguous characteristics. Thus, despite the evolution of the jurisprudential understanding, the massive preponderance of the binary perspective regarding gender / gender is evident, which distances individuals from the realization of their personality, even if on the basis of protecting and respecting it. In this respect, the oxygenation of the notion of freedom is essential for the fulfillment of the social function of civil law, since, in a constitutionalized perspective, the protection of personality rights is not related to an abstract conception of the individual, but to the freedom of the person. concretely considered in its intersubjective relations. It was concluded that the embracing of a plural concept of freedom, related to the existential dimension of the person, is fundamental for the shaping of an identity tutelage that effectively protects the plurality of identities and allows the free development of personality.*

*KEYWORDS: Identities pluralism; sex; gender; rights of the personality; existential freedom.*

*CONTENTS: 1. Introduction; – 2. Identity and the law: the discourse of legal knowledge; – 3. Sociological strives about subjects and identities: the limits of binarism; – 4. Freedom(s) and identity(ies): contributions of the notion of existential freedom to the debate; – 5. Final considerations.*

## **1. Introdução**

Os estudos acerca da identidade alcançam os mais diversos ramos do conhecimento, como a sociologia, filosofia, psicologia, biologia, medicina e também o direito, o que provoca uma vasta gama de perspectivas e inexistência de unanimidade de conceitos.

A história recente, com destaque para o final do século XX, delineou uma profunda transformação das paisagens culturais de classe, gênero, sexualidade, etnia, raça e nacionalidade, que serviam como elementos de localização social dos indivíduos.<sup>1</sup> Seu reflexo nos estudos acerca das identidades pessoais, fortemente ligados a um paradigma de estabilidade e coerência, desestabilizou conceitos e permeou-os de dúvidas e incertezas.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 2006, p. 9-10.

<sup>2</sup> WOODWARD, Kathryn. *Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual*, 2014, p. 20.

Em relação aos elementos relevantes para a configuração identitária, a noção de “gênero” foi histórica, social e juridicamente reconhecida como delimitadora de fronteiras entre as identidades. Tal delimitação pode ser facilmente constatada pela divisão sexual da sociedade, reforçada ao longo dos séculos, responsável pela perpetuação de dicotomias como masculino/feminino, subjetividade/ciência, lógica/imaginação, razão/paixão, ciência/arte, realidade/invenção, fundamentais para a manutenção de crenças epistemológicas da modernidade.<sup>3</sup>

A partir da genealogia do sujeito é possível verificar que “a compreensão de apenas duas opções de sexo como possíveis não advém de elementos *naturais* dos corpos, mas de uma interpretação cultural, ou ainda de um *dispositivo histórico*”.<sup>4</sup> Assim, a instituição social da identidade é resultado da estruturação das relações de poder e, por conseguinte, a sua tutela jurídica foi construída de modo a instrumentalizar a “normalização” dos corpos (e mentes) e afastar as identidades destoantes.

Nesse contexto, o objetivo do presente é verificar se as teorizações acerca da liberdade, notadamente em seu aspecto existencial, podem contribuir para a oxigenação do modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro para a tutela da identidade pessoal, em especial quanto à proteção do nome, imagem e corpo.

A partir de um debate transversal acerca dos direitos da personalidade, busca-se analisar se as soluções jurídicas vigentes, apresentadas pela legislação e jurisprudência para questões inerentes à(s) identidade(s) pessoal(is) promovem o livre desenvolvimento da personalidade ou reforçam a demarcação de fronteiras.

## **2. A identidade e o direito: o discurso do saber jurídico**

Como referido acima, para a análise proposta neste estudo, adota-se a perspectiva “gênero”. Assim, de início, será realizado um panorama do tratamento dado à identidade pelo direito brasileiro na atualidade, apontando quais elementos regulam a forma de identificação (e diferenciação) dos sujeitos pela (e perante a) sociedade.

Dentre outras funções, cabe ao direito a regular a vida em sociedade e, como consequência, necessita regular a vida de cada sujeito. O faz não apenas fixando limites para suas condutas, mas, sobretudo, promovendo a legitimação das suas características

---

<sup>3</sup> COSTA, Pietro. Discurso jurídico e imaginação: hipóteses para uma antropologia do jurista, 2011, p. 168.

<sup>4</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk.; SANTOS, Andressa Regina Bissolotti dos. O direito à existência civil de pessoas intersexuais: um questionamento do estatuto jurídico do gênero. In: DIAS, Maria Berenice (Coord). *Intersexo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

personais, enquadrando cada um de nós a um modelo preexistente, formatado por critérios presentes em normas sociais e jurídicas. E, para assegurar a adequação da identidade, o registro civil funciona como instrumento de sedimentação, garantindo a perpetuação dessas características.

Com isso, o corpo torna-se, finalmente, pessoa.

É a partir do registro que o indivíduo existe formalmente e distingue-se dos demais, sendo-lhe atribuído um prenome de caráter definitivo e que somente pode ser alterado em casos especiais (em regra, nas hipóteses previstas na Lei de Registros Públicos – Lei 6.015/1973<sup>5</sup>, como a exposição do portador ao ridículo, contenha erro gráfico, para proteção de vítima ou testemunha, ao alcançar a maioridade ou em caso de adoção). Algumas outras hipóteses de alteração são realizadas por força da evolução jurisprudencial, como a alteração decorrente de mudança de gênero (aqui entendido como construção cultural formadora da acepção que a própria pessoa tem de si mesma), questão que será abordada posteriormente.

Deseja-se destacar, neste momento inicial, a relevância que a noção de segurança jurídica tem para o tratamento jurídico dado para a identificação pessoal. A segurança jurídica é apontada como uma das principais razões para a prevalência de uma compreensão da identidade pessoal como algo fixo e imutável, a ser qualificada conforme os elementos previstos na lei<sup>6</sup>, assim que o indivíduo nasce, permanecendo inalterada até sua morte, à exceção das mudanças no estado da pessoa.

---

<sup>5</sup> Algumas das possibilidades de alteração do prenome decorrem dos artigos 55 a 58 e 110 da Lei de Registros Públicos: Art. 55. [...] Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não *registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores*. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.

Art. 56. O interessado, *no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil*, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

Art. 57. A *alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente*, após audiência do Ministério Público, será permitida por *sentença do juiz* a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

Art. 58. O *prenome será definitivo*, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. Parágrafo único. A *substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime*, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.

Ressalta-se que a exceção da exigência de intervenção judicial em tal alteração é o caso de erro gráfico: Art. 110. O oficial retificará o registro, a averbação ou a anotação, de ofício ou a requerimento do interessado, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, *independentemente de prévia autorização judicial ou manifestação do Ministério Público*, nos casos de: I - *erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção*. BRASIL, *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*, grifo nosso.

<sup>6</sup> O artigo 54 da Lei de Registros Públicos estabelece os elementos necessários para o assento do registro do nascimento: “Art. 54. O assento do nascimento deverá conter: 1º) o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada; 2º) o sexo do registrando; 3º) o fato de ser gêmeo,

Todavia, cada vez mais, essa percepção mostra-se insuficiente. Em campos como a sociologia e a filosofia, essa perspectiva cartesiana de “verdade” sobre a identidade foi, há muito, superada. No campo jurídico, porém, ainda há forte resistência, especificamente quando diz respeito à(s) identidade(s) em desacordo com os parâmetros “normais” de gênero.

A perspectiva adotada neste trabalho compreende a heterossexualidade como “norma”<sup>7</sup>, que é reforçada pelo direito. Assim, todas as experiências de gênero em desacordo com a heteronormatividade<sup>8</sup>, são abarcadas pela palavra *trans*, um “guarda-chuva” terminológico capaz de englobar as pessoas cuja(s) identidade(s) de gênero questiona(m) a atribuição que lhes foi dada ao nascer, apresentando formas de vivência de gênero fora do padrão de normalidade. Apresenta-se, como pedra de toque para a presente discussão, não apenas a situação das pessoas intersexuais, não reconhecidas (por critérios médicos e/ou jurídicos) como pertencentes a determinado gênero, mas alcançando, sobretudo, aquelas cuja existência social não se traduz dentro dos parâmetros binários de gênero masculino ou feminino, restando-lhes uma espécie de limbo existencial, tanto do ponto de vista do direito, quanto, como consequência, no viés social, uma vez que inseridas numa sociedade que não permite sua existência de forma plena.

A noção de “verdade” do sexo, exposta ironicamente por Foucault<sup>9</sup>, elucida como as práticas reguladoras reproduzidas pelas normas médicas e jurídicas ignoram as

---

quando assim tiver acontecido; 4º) o nome e o prenome, que forem postos à criança; 5º) a declaração de que nasceu morta, ou morreu no ato ou logo depois do parto; 6º) a ordem de filiação de outros irmãos do mesmo prenome que existirem ou tiverem existido; 7º) Os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, a idade da genitora, do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal. 8º) os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos; 9º) os nomes e prenomes, a profissão e a residência das duas testemunhas do assento, quando se tratar de parto ocorrido sem assistência médica em residência ou fora de unidade hospitalar ou casa de saúde; 10) o número de identificação da Declaração de Nascido Vivo, com controle do dígito verificador, exceto na hipótese de registro tardio previsto no art. 46 desta Lei; e 11) a naturalidade do registrando”. BRASIL, *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*, grifo nosso.

<sup>7</sup> Numa perspectiva foucaultiana, a norma torna os indivíduos comparáveis aos demais, fornecendo um parâmetro, pressupondo dispositivos, procedimentos, uma forma física do poder, que pode se dar a partir das disciplinas ou da biopolítica, mas que não necessariamente se expressa a partir do direito, mas que tem nele um importante mecanismo para o desenvolvimento da sociedade disciplinar e para sua manutenção. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)*, 2010.

<sup>8</sup> Entende-se heteronormatividade a partir da genealogia foucaultiana, que demonstra formação do poder entendendo a heterossexualidade apresentar-se como norma, regulando a base de inteligibilidade cultural através da qual se naturaliza corpos/gêneros/desejos e definindo o modelo hegemônico de inteligibilidade de gênero, que supõe que para o corpo ter coerência e sentido deve haver um sexo estável expresso mediante o gênero estável (“masculino” expressa homem, “feminino” expressa mulher). A reprodução do dispositivo da sexualidade permite cultivar os corpos em com aparências “naturais” e disposições heterossexuais naturais. BENTO, Berenice Alves de Melo. *O que é transexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 2008.

<sup>9</sup> FOUCAULT, M. *História da Sexualidade I: A Vontade de Saber*, 2017.

questões de gênero, reforçando ideais de identidade dentro de uma matriz que denote coerência entre sexo e gênero. Essa falsa coerência é responsável pela invisibilidade das questões a respeito das sexualidades humanas pelo direito, que reforça o *status quo*, sendo responsável pela manutenção da noção de identidades como pré-concebidas e imutáveis, promovendo a exclusão daqueles que se encontram fora da “normalidade”. Assim, o modelo jurídico atual de registro e classificação da identidade promove uma constante violação daqueles sujeitos que não se enquadram e/ou não desejam enquadrar-se dentro dos padrões de normalidade masculino e feminino. Falta ao direito sensibilidade diante da neutralidade e do não pertencimento.

A crítica genealógica não busca as origens do gênero, uma identidade sexual genuína ou autêntica que a repressão impede de ver, mas demonstrar como as categorias de identidade tuteladas juridicamente são, na verdade, efeitos de instituições, práticas e discursos.

A temática de gênero é, constantemente, objeto de discussões no âmbito do direito. Inserções e modificações legislativas no tocante à proteção e prevenção de violência em razão de gênero, como a promulgação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) e a tipificação do feminicídio<sup>10</sup> (Lei 13.104/2015) em busca de uma maior proteção às mulheres, também o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal, em 2011, a partir do julgamento das ADPF 132 e ADI 4277 e a regulamentação do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução 175/2013 CNJ) trouxeram o debate para os tribunais e casas legislativas.

Especificamente quanto à identidade, o tema mais recentemente discutido diz respeito à alteração de nome e sexo no registro civil daqueles indivíduos cuja identidade de gênero não condiz com o sexo biológico<sup>11</sup>. Em que pese a evolução dos debates em prol

---

<sup>10</sup> Trata-se da previsão de homicídio qualificado, sujeito à pena de reclusão, entre doze e trinta anos, pelo cometimento de homicídio “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”, com previsão no artigo 121, parágrafo 2º, inciso VI do Código Penal, inserido pela Lei 13.104/2015. (BRASIL. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal).

<sup>11</sup> A própria perspectiva de sexo “biológico” é enfrentada pela percepção de que as distinções fisiológicas, hormonais e, inclusive, cromossômicas de corpos masculinos e femininos não são absolutas. Diversas pesquisas apontam para a impossibilidade de fixação de critérios seguros para distinção. Também há estudos que apontam a existência de mais de dois “sexos” biologicamente verificáveis em humanos. Casos paradigmáticos podem ser apontados como desmistificadores da questão, como esportistas que não se enquadram nos critérios de masculinidade e feminilidade estabelecidos pelo Comitê Olímpico Internacional, como o famoso caso da atleta espanhola María José Martínez-Patiño, da indiana Dutee Chand e da sul-africana Caster Semenya.

da despatologização<sup>12</sup> das identidades *trans* e os incessantes esforços de ativistas, no campo jurídico a questão ainda está profundamente permeada pela perspectiva da medicalização, porquanto ainda presente a compreensão de que tal incompatibilidade configura um transtorno mental, a “disforia de gênero” no caso de transexuais ou uma anomalia de diferenciação sexual, em casos de genitália ambígua, apontando como tratamento seria a readequação fisiológica da pessoa, mediante terapias hormonais e cirurgias “reparadoras”.<sup>13</sup>

No entanto, tal perspectiva reforça o entendimento de que a readequação corporal (e identitária) ao padrão é a única alternativa viável, rechaçando as possibilidades de reconhecimento como pessoa daquele que deseja manter seu corpo inalterado ou manter características ambíguas. Isto porque:

A intersexualidade questiona esses pressupostos no silencioso ato de existir e de ocupar seu espaço no mundo, contra todas as pressuposições das ciências médicas acerca da naturalidade do sexo. O corpo intersexual se nega a dizer a verdade que a medicina requer de um corpo; nele não pode ser encontrada a certeza sexual, mas a sua ambiguidade.<sup>14</sup>

No campo judicial, a evolução do entendimento jurisprudencial demonstra como a patologização da questão ainda está presente e, sobretudo, a perspectiva binária quanto ao sexo/gênero distancia os indivíduos da concretização de sua personalidade, ainda que sob o fundamento de estar protegendo e respeitando-a.

Em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275, a fim de dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), reconhecendo aos indivíduos transexuais que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou

---

<sup>12</sup> Em junho de 2018, a Organização Mundial da Saúde, vinculada à ONU, reeditou a Classificação Internacional de Doenças, retirando a “incongruência de gênero” do rol de transtornos mentais e colocando-a no ramo de condições de saúde sexual. Apesar de não significar a completa desvinculação da questão do plano médico, especialistas apontam que a permanência possibilita uma série de políticas públicas voltadas à saúde dessa população, inclusive a possibilidade de realização de tratamentos hormonais e cirurgias pelo SUS, no caso brasileiro. A este respeito, vide: <<http://www.who.int/health-topics/international-classification-of-diseases>>.

<sup>13</sup> Vejam-se as Resoluções nº 1955/10 e nº 1.664/2003 do Conselho Federal de Medicina, a respeito da transexualidade e intersexualidade, respectivamente. Também, pode-se citar a prática comum de realização de cirurgias para definição sexual de crianças intersex logo após seu nascimento, prática recomendada pela medicina. Para mais informações, vide: INTERACT; HUMAN RIGHTS WATCH. “I Want to Be Like Nature Made Me”: medically unnecessary surgeries on Intersex Children in the US. Disponível em: <<https://www.hrw.org/report/2017/07/25/i-want-be-nature-made-me/medically-unnecessary-surgeries-intersex-children-us>>.

<sup>14</sup> MATOS A.C. H.; SANTOS, A.R.B. *Op. cit.*

patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.<sup>15</sup> Em cumprimento à decisão, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou o Provimento 73, estabelecendo regras a serem observadas pelos Cartórios de Registro Civil para alteração do prenome e sexo, mediante requerimento.

Ainda, no julgamento da Repercussão Geral n. 670.422, o plenário aplicou o entendimento da ADI 4275 e fixou a seguinte tese:

- 1 – O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo para tanto nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa.
- 2 – Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo “transgênero”.
- 3 – Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial.
- 4 – Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.<sup>16</sup>

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal foi protagonista de mais um importante passo para a proteção dos direitos de pessoas LGBTI ao conhecer parcialmente e julgar procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26, reconhecendo a omissão legislativa no tocante à proteção penal da população LGBT, dando interpretação conforme a Constituição ao tipo penal de racismo (Lei 7.716/89) a fim de enquadrar as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social, fixando a seguinte tese:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Ação direta de inconstitucionalidade 4275*. Redator para o Acórdão: Ministro Edson Fachin, Distrito Federal, 01 de março de 2018, DJE nº 42, de 05 de março de 2018.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso extraordinário 670.422/RS*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Plenário, 15.8.2018, DJE nº 42, de 05 de março de 2018. DJE nº 169, divulgado em 17/08/2018.



2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta.<sup>17</sup>

Em que pese essa tendência de reconhecimento da diversidade e proteção das vulnerabilidades que pode ser observada no Judiciário, a sociedade brasileira como um todo não parece estar seguindo o mesmo rumo. Destaca-se que de acordo com a pesquisa “Trans Murder Monitoring”, da ONG Transgender Europe, o Brasil lidera o ranking mundial de países que mais assassinam a população trans e de gênero diverso, tendo registrado, no período de 1º de outubro de 2016 a 30 de setembro de 2017, um total de 171 casos.<sup>18</sup> Em 2019, segundo dados do Grupo Gay da Bahia, até 15 de maio, haviam sido registradas 141 mortes de pessoas lésbicas, gays, bissexuais e travestis, transgêneros e transexuais.<sup>19</sup> Inexistem dados oficiais do Governo brasileiro sobre o tema. Em análise no site do Ministério da Família, da Mulher e dos Direitos Humanos,

---

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão n. 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Plenário, 13.06.2019. DJE nº 142, divulgado em 28/06/2019.

<sup>18</sup> TRANSGENDER EUROPE. *Trans Murder Monitoring – Update Trans Day of Remembrance 2017*.

<sup>19</sup> GOMES, Paulo. Ao menos uma pessoa é morta por dia no Brasil por homofobia, diz relatório. *Folha de São Paulo*.

as páginas relacionadas à temática LGBT possuem poucas informações ou não são mais divulgadas.<sup>20</sup>

Na atual conjuntura política do país, os avanços proporcionados pela atuação de movimentos sociais e organizações civis nos tribunais sofrem profundas perdas no âmbito dos poderes legislativo e executivo. Algumas proposições de lei que buscavam a regulamentação da matéria perante a Câmara dos Deputados<sup>21</sup> e o Senado Federal<sup>22</sup> tiveram a tramitação encerrada pelo fim da legislatura em 2018.

A tendência observada nas casas legislativas, especialmente a partir do resultado das últimas eleições nacionais, é de forte conservadorismo, em razão do fortalecimento de bancadas compostas por parlamentares adeptos a posicionamentos conservadores, relacionados a fundamentalismos religioso, militar e ruralista, cujas atuações podem ser observadas pela apresentação de projetos de lei buscando a restrição da liberdade sexual, bem como a desconstrução de garantias relativamente consolidadas, como o uso do nome social, impressão corroborada pelo resultado das mais recentes eleições nacionais, que deu visibilidade a pautas conservadoras.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Análise no site <<https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/lgbt>> em 26/08/2019. Na página de relatórios, inexistem documentos, apenas menção a dados de 2017 (<https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/lgbt/biblioteca/relatorios-de-violencia-lgbt/fobica>).

<sup>21</sup> Exemplificando, na Câmara dos Deputados encontravam-se em tramitação, alguns projetos de lei relacionados à temática de gênero e identidade, como o Projeto de Lei nº 5002/2013, denominado de Projeto da Lei João W. Nery ou Lei de Identidade de Gênero trata da alteração do nome e gênero no registro civil de pessoa transexual, arquivado em 31/01/2019. Em sentido similar, o Projeto de lei nº 4.241/12 versa sobre direito à identidade de gênero, atualmente apensado ao Projeto de Lei nº 70/1995 que dispõe sobre intervenções cirúrgicas para alteração de sexo, cuja última movimentação ocorreu em 01/11/2012. Também existem alguns projetos que tratam mais especificamente dos direitos de pessoas intersexuais, dispondo sobre a suspensão da exigência de declaração do sexo/gênero no registro de nascimento de crianças intersexuais, bem como de alterações no documento de identificação civil, a fim de suprimir a indicação de sexo, os Projetos de Lei nº 5.255 e 5.453 de 2016 e o Projeto de Lei nº 1.475 de 2015. Estes também foram apensados ao Projeto de Lei nº 4241 de 2012 e, conseqüentemente, ao Projeto de 1995, acima citado, que adota uma visão extremamente medicalizada da questão, além de demonstrar o tratamento genérico, atécnico e pouco aprofundado dessas temáticas pelos legisladores.

<sup>22</sup> No Senado Federal, encontrava-se em tramitação o PLS 658/2011, de autoria da Senadora Marta Suplicy (PT/SP), que também foi arquivado em razão do final da legislatura, em 03/01/19.

<sup>23</sup> Citam-se, a título exemplificativo, as diversas manifestações contra a chamada “ideologia de gênero”, buscando restringir discussões relativas a gênero e a sexualidade em escolas, como no caso do Projeto de Lei 867/2015, que trata do “Programa Escola sem Partido”. Neste ponto, cabe destacar que em âmbito estadual e municipal já foram aprovadas diversas restrições, temática que foi objetivo da Audiência Pública realizada no 162º Período de Sessões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos com a Temática: “Direitos humanos e educação livre, plural e sem censura no Brasil: a proposta de exclusão da perspectiva de identidade de gênero e orientação sexual na Base Curricular Comum Nacional e o projeto ‘Escola Sem Partido’”. O projeto foi apensado ao PL 7180/2014, em tramitação, que busca alterar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/96) a fim de incluir dentre os princípios do ensino o seguinte: “XIII – respeito às convicções do aluno, de seus pais ou responsáveis, tendo os valores de ordem familiar precedência sobre a educação escolar nos aspectos relacionados à educação moral, sexual e religiosa, vedada a transversalidade ou técnicas subliminares no ensino desses temas”. Também, o PL 2596/2019, que “estabelece o sexo biológico como único critério para definição do gênero em competições esportivas oficiais no território brasileiro”, apensado ao PL 2200/19, que “dispõe sobre a proibição da participação de atletas transexuais do sexo masculino (homens travestidos ou fantasiados de mulher) em competições do sexo feminino em todo o Território Nacional”.

Na sequência, serão realizados alguns apontamentos acerca da formação das identidades sob o ponto de vista da sociologia e filosofia, ramos do conhecimento historicamente próximos do direito, mas que têm enfrentado resistência no que diz respeito às conformações de normalização do sexo/gênero.

### **3. Embates sociológicos acerca de sujeitos e identidades: os limites do binarismo**

A noção de um sujeito uno, própria do Iluminismo, que via surgir do indivíduo a sua identidade, como algo claro e imutável, que o acompanharia pela vida toda, foi, progressivamente, substituída por uma visão sociológica, refletora da complexidade das relações modernas. A constatação de que o núcleo interior do sujeito não era autônomo e autossuficiente modificou a concepção de identidade, ao reconhecer que as relações interpessoais e a relação entre sujeito e sociedade também influenciavam na formação da identidade. Nessa visão sociológica, “o sujeito ainda tem um núcleo ou essência interior que é o ‘eu real’, mas este é formado e modificado num diálogo contínuo com os mundos culturais exteriores e as identidades que esses mundos oferecem”.<sup>24</sup>

Fica claro que a contemporaneidade modifica as relações sociais e, conseqüentemente, a relação entre a sociedade e cada indivíduo:

O sujeito, previamente vivido como tendo identidade unificada e estável, está se tornando fragmentado; composto não de uma única, mas de várias identidades, algumas vezes contraditórias ou não-resolvidas. Correspondentemente, as identidades, que compunham as paisagens sociais “lá fora” e que asseguravam nossa conformidade subjetiva com as “necessidades” objetivas da cultura, estão entrando em colapso, como resultado de mudanças estruturais e institucionais. O próprio processo de identificação, através do qual nos projetamos em nossas identidades culturais, tornou-se mais provisório, variável e problemático.<sup>25</sup>

Tal percepção representa uma visão pós-moderna do sujeito, que pode ser observada nas obras de Judith Butler. A filósofa norte-americana dedica-se a reflexão acerca da identidade e da subjetividade, descrevendo os processos de formação dos sujeitos dentro das estruturas de poder existentes na sociedade. Para Butler, o sujeito está em constante formação, “envolvido num processo de devir sem fim”.<sup>26</sup> Nesse sentido, as identidades devem ser vistas não a partir da rigidez binária (nós/eles), mas a partir de

---

<sup>24</sup> HALL, S. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 12.

<sup>26</sup> SALIH, Sara. Judith Butler e a Teoria Queer, 2017, p. 10-11.

um viés que “embora seja construído por meio da diferença, o significado não é fixo” e sim diferido ou adiado, conforme o conceito de *différance* (Derrida), enfatizando a fluidez da identidade.<sup>27</sup>

No entanto, quase que ironicamente, e em completo desacordo com a segurança almejada pela visão cartesiana do direito, a identidade nada tem de fixa e imutável. São fluídas, mutáveis e instáveis, não seguindo a mesma visão essencialista que o direito. São identidades, no plural, visto que sujeito compõe-se “de várias identidades, algumas vezes contraditórias ou não resolvidas”.<sup>28</sup>

Adota-se, aqui, a visão de Kathryn Woodward, que considera essencialista a percepção de identidade a partir de características compartilhadas e que não se alteram ao longo do tempo, ao passo que a visão não-essencialista foca nas diferenças e como a identidade é alterada ao longo do tempo. Explica a autora:

Com frequência, a identidade envolve reivindicações essencialistas sobre quem pertence e quem não pertence a um determinado grupo identitário, nas quais a identidade é vista como algo fixo e imutável. [...] O essencialismo pode fundamentar suas afirmações tanto na história quanto na biologia; por exemplo, certos movimentos políticos podem buscar alguma certeza na afirmação da identidade apelando seja à “verdade” fixa de um passado partilhado seja a “verdades” biológicas. O corpo é um dos locais envolvidos no estabelecimento das fronteiras que definem quem nós somos, servindo de fundamento para a identidade – por exemplo, para a identidade sexual.<sup>29</sup>

Diante do embate dessas diferentes visões acerca do fenômeno identitário, o que se vê hoje é uma insuficiência da tutela jurídica quanto à diversidade de manifestações a que a identidade está sujeita. Nesse sentido, tratar da formação e tutela da identidade a partir de uma perspectiva binária de gênero, visão que reforça a delimitação de fronteiras, evidencia a precariedade da atual visão jurídica da identidade, reflexo da matriz heteronormativa, “traduzindo-se na impossibilidade de existência jurídica da pessoa intersexual não apenas como limitação de uma norma *jurídica*, mas como explicitação das normas *sociais* que intermedeiam o reconhecimento de alguém como sujeito”.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> WOODWARD, K. Op. cit., 2014, p. 29.

<sup>28</sup> HALL, S. Op. cit., p. 11.

<sup>29</sup> WOODWARD, K., Op. cit., 2014, p. 14-15

<sup>30</sup> MATOS A.C. H.; SANTOS, A.R.B. Op. cit.

A constatação de que as identidades não são unificadas é sintoma do enfrentamento das contradições internas pelo sujeito pós-moderno: em determinadas situações assume determinadas identidades e em outros momentos, identidades diferentes<sup>31</sup>. Considerando esse caráter relacional da identidade, Woodward<sup>32</sup> destaca que a diferença é estabelecida a partir de uma marcação simbólica, o que também contribui para a criação de sistemas classificatórios, fixados a partir de modelos de divisão e organização social, formadores de grupos em oposição, como o “nós” e o “eles”. Nesse sentido, a formação das identidades está longe de ser um assunto simples, sofrendo influências de diversos aspectos culturais e sociais, podendo-se afirmar que a “identidade é marcada pela diferença, mas parece que algumas diferenças [...] são vistas como mais importantes que outras, especialmente em lugares particulares e momentos particulares”<sup>33</sup>.

A compreensão das diferenças sociais entre o masculino e o feminino como decorrência apenas da diferença biológica permeia o corpo social, tornando o gênero (a performatividade do corpo masculino e do corpo feminino) uma construção natural, dogmática, arbitrária, culturalmente independente e, portanto, a-histórica.<sup>34</sup>

Butler enfrenta essa “imposição natural do gênero”, questionando a predeterminação dos sujeitos a partir das imposições biológicas, fruto da modernidade, com o objetivo de investigar e desconstruir as categorias que predeterminam os sujeitos, afirmando a indeterminação e a instabilidade de todas as identidades sexuadas e generificadas. Para a filósofa, assim como o gênero, o sexo é uma construção cultural e social, portanto, não pode ser imposto por características biológicas, demonstrando que a relação necessária entre sexo e gênero é construída politicamente:

A matriz cultural por meio da qual a identidade de gênero se torna inteligível exige que certos tipos de “identidade” não possam “existir” – isto é, aqueles em que o gênero não decorre do sexo e aqueles em que as práticas do desejo não “decorrem” nem do “sexo” nem do “gênero”. Nesse contexto, “decorrer” seria uma relação política de direito instituído pelas leis culturais que estabelecem e regulam a forma e o significado da sexualidade. Ora, do ponto de vista desse campo, certos tipos de “identidade de gênero” parecem ser meras falhas do desenvolvimento ou impossibilidades lógicas, precisamente por

---

<sup>31</sup> HALL, S. *Op, cit.*

<sup>32</sup> *Idem*, p. 13-14.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>34</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Gondim de A.; VIANA, Alba Jean Batista; SOUSA, Eduardo Sérgio S. O corpo intersexual como desconstrução dos gêneros inteligíveis: uma abordagem sócio-jurídica. In: *Anais do 17º Encontro Nacional da Rede Feminista e Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisa sobre a Mulher e Relações de Gênero*. Recife, 2013.

não se conformarem às normas de inteligibilidade cultural. Entretanto, sua persistência e proliferação criam oportunidades críticas de expor os limites e os objetivos reguladores desse campo de inteligibilidade, matrizes rivais e subversivas de desordem do gênero.<sup>35</sup>

Butler não vê o gênero como extensão conceitual ou cultural do sexo cromossômico, mas uma prática discursiva (numa compreensão influenciada de Foucault) centrada na heterossexualidade como norma das relações humanas. É essa heterossexualidade compulsória que provoca uma “falsa coerência entre gêneros aparentemente estáveis ligados aos sexos biológicos adequados”.<sup>36</sup> A teórica desnaturaliza gênero e sexo e, com isso, torna-se uma das principais expoentes da crítica feminista na atualidade, ao demonstrar a arbitrariedade da distinção sexo/gênero.

Com isso, o discurso da sexologia é responsável por produzir uma categoria identitária, um vocabulário e um saber que poderiam ser usados estrategicamente pelos sujeitos para questionarem e demandarem mudanças na sua posição política e social. Trata-se de um discurso de reação (um *talking back*, como refere Butler), em que “a afirmação positiva da identidade surge como resposta a um discurso pejorativo e opressor”, conhecido como teoria *queer*.<sup>37</sup>

Assim, quando o sistema jurídico invisibiliza o sujeito, impedindo o reconhecimento de sua identidade e, conseqüentemente, de suas pautas e reivindicações, pelo fato de seu corpo e/ou suas experiências de vida afrontarem aquilo que se tem por padrão de normalidade, a formação de um discurso de resistência assume fundamental importância para a abertura de espaços de questionamento da realidade posta.

Nesse sentido, além da importância da liberdade de pensamento e de manifestação, há outro âmbito da liberdade que merece atenção: a liberdade de existir. No capítulo

<sup>35</sup> BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*, 2017, p. 44.

<sup>36</sup> SPARGO, Tamsin. *Foucault e a teoria queer: seguido de Ágape e êxtase: orientações pós-seculares*, 2017, p. 42.

<sup>37</sup> O termo *queer*, originalmente vinculado à homofobia e ao preconceito, foi “apropriado” pelas estratégias de ativismo, a fim de descrever “uma gama diversificada de práticas e prioridades críticas: interpretações da representação do desejo entre pessoas do mesmo sexo em textos literários, filmes, músicas e imagens; análise das relações de poder sociais e políticas da sexualidade, críticas do sistema sexo-gênero; estudos sobre identificação transexual e transgênero, sobre sadomasoquismo e sobre desejos transgressivos”. O movimento busca desvincular essa do estigma minoritário, buscando promover uma imagem positiva da identidade gay, permitindo também que aqueles “que achavam as identidades “gay” e “lésbica” inadequadas ou restritivas, acharam no termo gay uma posição com a qual se identificar”. Destaca que, “em teoria, queer está incessantemente em desacordo com o normal, a norma, seja a heterossexualidade dominante ou a identidade gay/lésbica. É categoricamente excêntrico, a-normal” (SPARGO, T. *Op. cit.*, p. 32-33).

seguinte, serão abordados alguns aspectos e noções de liberdade que podem contribuir para a análise da questão identitária.

#### **4. Liberdade(s) e identidade(s): contribuições da noção de liberdade existencial para o debate**

A desconstrução da unidade do gênero, “efeito de uma prática reguladora que busca uniformizar a identidade de gênero por via da heterossexualidade compulsória”,<sup>38</sup> é fundamental para permitir a interpretação e aplicação das normas jurídicas a partir de uma perspectiva libertadora capaz de, tanto no âmbito social quanto jurídico, reconhecer identidades emancipatórias, a fim de garanti-las autonomia e dignidade.

Diferente da percepção majoritária presente na sociedade e refletida nas casas legislativas, como visto anteriormente, a doutrina jurídica brasileira reconhece que a sexualidade integra a condição humana, devendo ser respeitada pela sociedade, a fim de que o sujeito se realize como ser humano:

Indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual. A sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individualmente, seja genericamente considerada. Sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício de sua sexualidade, sem opção sexual livre, o próprio gênero humano não consegue alcançar a felicidade, falta-lhe a liberdade, que é um direito fundamental.<sup>39</sup>

Diante do reconhecimento da autonomia da pessoa em gerir sua vida e relações, a doutrina civilista brasileira, de maneira geral, associa esta característica à tutela dos direitos da personalidade, entendidos como o espaço de proteção jurídica da própria existência humana, que devem ser protegidos e exercidos em prol do livre desenvolvimento da personalidade. Com norte nas reflexões anteriores acerca dos limites enfrentados pelo atual sistema de regulação da identidade quando depara-se com a tutela de identidades não binárias, evidencia-se a necessidade de um repensar da tutela jurídica da identidade do sujeito humano, a partir de uma leitura ancorada na noção de autonomia da pessoa e de sua dignidade.

---

<sup>38</sup> BUTLER, J. *Op. cit.*, p. 67.

<sup>39</sup> DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: O Preconceito & A Justiça*, 2006, p. 73.

Para aprofundar a compreensão acerca da autonomia da pessoa, faz-se necessário entender alguns aspectos dos conceitos de liberdade, que estão em constante disputa no campo da teoria política. Com uma infinidade de teorizações a respeito do tema, surgiram derivações como liberdade positiva e negativa, formal e substancial, existencial, entre outras.

Uma importante obra acerca da temática, de autoria de Isaiah Berlin<sup>40</sup> trata das concepções positiva e negativa de liberdade. Explica o autor que a primeira tem como característica o “autodomínio” e preocupa-se com questões relacionadas à natureza e ao exercício do poder enquanto a liberdade em sentido negativo aproxima-se a “não interferência”, visando evitar interferência externas, especialmente do Estado, nas ações dos indivíduos. Berlin aproxima a ideia de liberdade positiva à racionalidade humana, entendendo que um “indivíduo autônomo é aquele que age e não sofre a ação, é um ser dotado de razão e que se esforça para ser governado apenas por ela”.<sup>41</sup>

Em crítica à compreensão de liberdade positiva de Isaiah Berlin e de sua vinculação à razão, expressando que somente seria reconhecida a liberdade exercida no uso da razão que, numa compreensão kantiana significaria compreender a liberdade do indivíduo como sua ação de acordo com os padrões impostos por uma moral universal, Ruzyk<sup>42</sup> entende que a noção de liberdade positiva diz respeito à

[...] proteção da liberdade vivida como autodeterminação, como decisão da própria pessoa sobre os rumos do seu agir e do trajeto de sua história pessoal é corolário do reconhecimento da pessoa em sua dignidade, sem que, para tanto, seja necessário recorrer a abstrações que desloquem o lugar do “eu mesmo” (*self*) para uma senda alheia à própria pessoa.

[...] a liberdade positiva não depende da afirmação de algum lugar racional de verdade sobre um agir moral de sentido universal – ou imposto pela comunidade –, que defina o que é o agir “verdadeiramente livre”. Não depende, ainda, de uma concepção unitária acerca do que é um padrão de “vida boa”, que poderia colonizar a liberdade individual por um discurso perfeccionista.

Ruzyk defende que a dignidade não é inerente às pessoas dotadas de razão ou exigência de uma razão universal (moderna) como base de suas ações livres. O autor supera a noção de liberdade negativa, ou seja, aquele entendimento de que a verdadeira liberdade seria a ausência de coerção, um espaço privado à margem do Estado. Para

<sup>40</sup> BERLIN, Isaiah. *Dois Conceitos de Liberdade*, 2002.

<sup>41</sup> ELIAS, Maria Lígia G. Granado Rodrigues. *Isaiah Berlin e o debate sobre a liberdade positiva e a liberdade negativa*, 2012, p. 6.

<sup>42</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*, 2011, p. 27.



ele, a insuficiência da liberdade negativa exige a complementação da liberdade positiva, pois aquela, isoladamente, não pode ser compreendida como “verdadeira liberdade”.<sup>43</sup>

É importante resgatar que a construção do conceito negativo de liberdade se deu num processo histórico específico do início da modernidade, em que se buscava um ambiente livre de coerção estatal para as relações privadas, mas a problemática exsurge quando, séculos depois, insiste-se em utilizar da mesma noção, pensando-a como um conceito uno e imutável. Refere Ruzyk<sup>44</sup> que Bauman busca desmistificar a compreensão de que a liberdade negativa seria voltada ao âmbito econômico e que a positiva diria respeito ao âmbito político, relacionada à participação política dos cidadãos, explicando que a liberdade individual não se limita à possibilidade de fazer escolhas dentro de um espaço de não coerção estatal, mas alcança também a construção da subjetividade e a possibilidade de interferência nas decisões determinantes da vida dos indivíduos. Para o sociólogo, existem dois tipos de limitações às escolhas dos indivíduos, relacionadas à “agenda de opções”, ou seja, as opções que estão efetivamente à disposição do indivíduo, e ao “código de escolha”, representando as regras atinentes à preferência de uma coisa em detrimento de outra. Defende, então, que a verdadeira liberdade individual vai além da possibilidade de fazer escolhas, alcançando a possibilidade de o indivíduo atuar no campo político, participando da definição das agendas. Reconhece-se, assim, a pertinência da liberdade positiva no âmbito privado e público, cabendo ao Estado tutelá-la, conforme destaca Ruzyk:<sup>45</sup>

Quando se reconhece, por exemplo, com *status* constitucional, a relevância de modos de “criar, fazer e viver” [referindo-se ao art. 216 da Constituição Federal], está-se a afirmar que também as formas de pertencimento exercidas por “grupos formadores da sociedade brasileira”, e que integral a constituição de suas identidades coletivas – e da identidade, sobretudo, de cada uma das pessoas que forma esse coletivo – devem ser apreendidas e chanceladas pelo Direito, na normatividade que decorre dessa liberdade coexistencial vivida, na autodeterminação que se verifica nesses modos de viver. Trata-se de liberdade positiva.

Outro conceito de liberdade, a substancial, complementa a visão da liberdade positiva, aproximando-se das teorizações de Amartya Sen, que entende a liberdade como a capacidade concreta de realizar aquilo a própria pessoa valoriza, entendendo-se capacidade como um conjunto de combinações alternativas de funcionamentos (conjunto de coisas que alguém pode reputar como valioso fazer ou ter) cuja realização

---

<sup>43</sup> *Idem*, p. 28.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 33.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 37.

é factível.<sup>46</sup> Ou seja, a liberdade substancial relaciona-se com a capacidade concreta do indivíduo em realizar ou optar pela realização de funcionamentos. Na visão formal da liberdade, pode-se dizer que ela será maior o quanto menor for a submissão do indivíduo à coerção. Já no que tange à liberdade substancial/efetiva, exige-se mais que a ausência de coerção, ou seja, exige-se que o indivíduo tenha efetiva possibilidade de realizar aquilo que deseja. Como exemplo, cita-se um trecho de Ruzyk, esclarecedor quanto a diferenciação entre liberdade negativa/formal e liberdade substancial/efetiva: “Alguém que formalmente pode escolher entre alimentar-se ou não é livre se não conseguir realizar o funcionamento pertinente a alimentar-se. Tem opções formais, mas não as tem no âmbito material, efetivo”.<sup>47</sup>

Pode-se afirmar que, o conceito de liberdade para o ordenamento jurídico brasileiro, numa leitura a partir da Constituição Federal de 1988, aproxima-se do caráter substancial, em detrimento da liberdade formal. Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro tem na dignidade da pessoa humana uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana. Nesse sentido, no que tange aos direitos da personalidade, ou seja, aos direitos subjetivos garantidos a toda e qualquer pessoa, que alcançam sua integridade física, intelectual e moral, com vistas a concretizar sua personalidade, em si própria e em relação à sociedade, são inerentes à pessoa e à sua dignidade, essenciais para a proteção da própria identidade da pessoa em si mesma e perante a sociedade.<sup>48</sup>

Todavia, sua efetivação, retornando à temática em tela, torna-se inviável no momento em que os indivíduos que não se adéquam ao paradigma binário não possuem liberdade efetiva para realizar o funcionamento inerente ao seu próprio reconhecimento como sujeito. Assim, ao tratar desse viés da liberdade, passa-se a denominá-la liberdade existencial, ou seja, a efetiva possibilidade de cada pessoa *existir* social e juridicamente, sem que tenha que se “moldar” aos padrões instituídos pela “normalidade”.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana deve nortear a atuação estatal no plano jurídico, pois é valor intrínseco da pessoa, consagrada nos mais diversos direitos fundamentais:

O primeiro deles, em uma ordem natural, é o *direito à vida*. Em torno dele se estabelecem debates de grande complexidade jurídica e

---

<sup>46</sup> *Idem*, p.58.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil- constitucional brasileiro, 2004, p. 50.

moral, como a pena de morte, o aborto e a morte digna. Em segundo lugar, o *direito à igualdade*. Todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição. Aqui se inclui o tratamento não discriminatório na lei e perante a lei (igualdade formal), bem como o respeito à diversidade e à identidade de grupos sociais minoritários, como condição para a dignidade individual (igualdade como reconhecimento).<sup>49</sup>

Além disso, o direito civil contemporâneo, lido a partir de uma perspectiva constitucionalizada e prospectiva,<sup>50</sup> possui na funcionalização social um de seus alicerces, ponto em que vale ressaltar a leitura de Ruzyk,<sup>51</sup> no sentido de que a função social do direito civil não deve ser relacionada a uma coletividade sem face ou a uma concepção abstrata de indivíduo, mas à liberdade da pessoa concretamente considerada em suas relações intersubjetivas e no livre desenvolvimento de sua personalidade, dando ênfase além do “social”, atendendo a uma verdadeira “função reprodutora da pessoa”. Essa concepção de função social tem por fundamento um conceito plural de liberdade, relacionado à dimensão existencial das pessoas, buscando proteger suas identidades próprias e assegurar a livre manifestação das subjetividades.

Defende-se uma leitura das identidades não binárias a partir da visão da liberdade existencial, ou seja, de que o sistema jurídico possibilite, efetivamente, a existência jurídica (e social) daqueles que não se enquadram no padrão da normalidade. Sabe-se que não se trata apenas de mera alteração de posicionamento jurisprudencial ou legislativo, mas de uma efetiva modificação cultural da sociedade.

Ciente do desafio que isso representa, não se pode deixar de ressaltar que o direito possui um importante papel de modificação social e cultural. Nesse sentido, alterações legislativas têm também um caráter pedagógico, funcionando como baliza para a sociedade e suas transformações.

O debate ainda é bastante precoce no campo do direito, mas algumas possibilidades já foram aventadas, dentre as quais se pode apontar para a hipótese de exclusão da designação do sexo/gênero como um critério juridicamente relevante ou da instituição de um terceiro sexo/gênero neutro. Acerca da primeira possibilidade, evidentemente mais radical, destaca-se a preocupação quanto ao impacto que a inexistência de

---

<sup>49</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*, 2010.

<sup>50</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*, 2015.

<sup>51</sup> RUZYK, C.E. P., *Op. cit.*, p. 3-4.

relevância jurídica ao gênero poderia causar em questões de fundamental importância, especialmente vinculadas à proteção de mulheres vítimas de violência. Conforme ressaltado por Matos e Santos:

A situação seria aquela de uma igualdade formal, mas absolutamente inaplicável. Ao largo de um discurso *neutro* em relação ao sexo/gênero, parece provável que aquelas relações de dominação, as quais distribuem desigualmente o valor e as condições de vida, tendo em vista critérios de sexo/gênero, continuariam em franca operação.<sup>52</sup>

A segunda solução aventada, de estabelecimento de um terceiro gênero neutro, já é realidade em alguns locais, como na Alemanha, após decisão da Suprema Corte, na cidade de Nova Iorque, por iniciativa legislativa, além de outros países como Canadá, Holanda, Quênia, Nepal, Nova Zelândia, Austrália e Paquistão.<sup>53</sup> Não é objetivo deste artigo aprofundar a discussão quanto às possibilidades autorizadas nos locais acima citados, apenas destacar a atualidade da questão e urgência de sua discussão também no Brasil. Ressalta-se, em contraponto à proposta citada acima, que a inclusão de uma terceira via seria uma solução mais viável a curto prazo e que teria um impacto significativo especialmente na proteção da integridade física e psíquica especialmente de crianças intersexuais. Todavia, nessa possibilidade o “intersexual permanece sendo tratado como um corpo estranho”, reforçando a perspectiva patologizante da questão e contribuindo para a manutenção do “estatuto do gênero para o Direito [...], uma vez que a naturalidade das definições de masculino/feminino permanece intocada”.<sup>54</sup>

Como dito, a necessidade de maturação da questão no campo do direito brasileiro é essencial para o desenvolvimento de alternativas ao sistema atual que, além de estigmatizar a diferença, fomenta a exclusão dos sujeitos que daqueles que não se enquadram no padrão e violações aos seus direitos fundamentais e humanos.

## 5. Considerações finais

Objetivou-se demonstrar como o sistema jurídico brasileiro trata a temática da identidade, invisibilizando os sujeitos não-binários e impedindo o reconhecimento de suas identidades, em razão de seus corpos e/ou experiências de vida afrontarem aquilo que se tem por padrão de normalidade.

---

<sup>52</sup> MATOS A.C. H.; SANTOS, A.R.B. *Op. cit.*

<sup>53</sup> EISELE, Ines. Onde o terceiro gênero é reconhecido no mundo. *Deutsche Welle Brasil*. 08.11.2017.

<sup>54</sup> MATOS A.C. H.; SANTOS, A.R.B. *Op. cit.*

Aliada à formação de um discurso de resistência, o questionamento da realidade posta exige que a discussão seja trazida para o âmbito do direito, na academia, nos tribunais e nas casas legislativas. Cientes da tendência de conservadorismo e negação às pautas LGBTI perante os poderes legislativo e executivo, os movimentos sociais e militantes na temática têm no poder judiciário o principal ator estatal em prol da proteção e reconhecimento. Exemplo disso é a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO – 26 e do Mandado de Injunção 4733, que enquadrou atos de homofobia e transfobia no tipo penal de racismo, previsto na lei 7.716/89, reconhecendo formalmente a mora do poder legislativo federal em regulamentar atos atentatórios a direitos fundamentais da comunidade LGBTI.

No entanto, mesmo diante de alguns avanços, verificou-se que o enfrentamento ao estigma identitário, fundado na (resistente) visão moderna do direito, que ainda produz reflexos na tutela jurídica da identidade. Assim, atentando-se ao direito civil, salienta-se a necessidade de, numa visão prospectiva e constitucionalizada, observar e promover o livre desenvolvimento da personalidade, ou seja, a liberdade de existir.

Nesse sentido, considerando que a função social do direito civil não se relaciona a uma concepção abstrata de indivíduo, mas à liberdade da pessoa concretamente considerada em suas relações intersubjetivas, o abarcamento de um conceito plural de liberdade, relacionado à dimensão existencial das pessoas, permitirá soluções que efetivamente protejam suas identidades e promovam o livre desenvolvimento de sua personalidade.

## 6. Referências

- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.
- BENTO, Berenice Alves de Melo. *O que é transexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 2008.
- BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. 13 ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2017.
- BUTLER, Judith. *Quadros de Guerra: Quando a vida é passível de luto?* Tradução: Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão e Arnaldo Marques da Cunha. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- COSTA, Pietro. Discurso jurídico e imaginação: hipóteses para uma antropologia do jurista. In: PETIT, Carlos (org.). *Paixões do jurista: amor, memória, melancolia, imaginação*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 167-226.
- CRUZ, Daniel Nery da. A discussão filosófica da modernidade e da pós-modernidade. *Revista Eletrônica Μετάvoia*. São João del Rei/MG, n. 13, 2011.

- DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: O Preconceito & A Justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- EISELE, Ines. Onde o terceiro gênero é reconhecido no mundo. *Deutsche Welle Brasil*. 08.11.2017.
- ELIAS, Maria Lígia G. Granado Rodrigues. Isaiah Berlin e o debate sobre a liberdade positiva e a liberdade negativa. *Anais do 8º Encontro da ABCP*. Gramado, 2012.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)*. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: A Vontade de Saber*. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017.
- GOMES, Paulo. Ao menos uma pessoa é morta por dia no Brasil por homofobia, diz relatório. *Folha de São Paulo*. 17 mai, 2019.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk; SANTOS, Andressa Regina Bissolotti dos. O direito à existência civil de pessoas intersexuais: um questionamento do estatuto jurídico do gênero. In: DIAS, Maria Berenice (Coord). *Intersexo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- OLIVEIRA, Ana Carolina Gondim de A.; VIANA, Alba Jean Batista; SOUSA, Eduardo Sérgio S. O corpo intersexual como desconstrução dos gêneros inteligíveis: uma abordagem sociojurídica. In: *Anais do 17º Encontro Nacional da Rede Feminista e Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisa sobre a Mulher e Relações de Gênero*. Recife, 2013.
- RODRIGUES, Alexandra Gato; GADENZ, Danielli; LA RUE, Letícia Almeida de. Feminismo.com: O movimento feminista na sociedade em rede. *Derecho y Cambio Social*. Peru, ISSN: 2224-4131, 2014.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011.
- SALIH, Sara. *Judith Butler e a Teoria Queer*. Tradução e notas: Guacira Lopes Louro. 1 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.
- SPARGO, Tamsin. *Foucault e a teoria queer: seguido de Ágape e êxtase: orientações pós-seculares*. Tradução Heci Regina Candiani. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.
- TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil- constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro, 2004, t.1.
- TRANSGENDER EUROPE. *Trans Murder Monitoring*. Disponível em: <<https://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-remembrance-2017/>>. Acesso em 08 de julho de 2018.
- WOODWARD, Kathryn. *Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual*. In: SILVA, Tomaz Tadeu da. *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. 15 ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

civilistica.com

Recebido em: 14.9.2019 Aprovado em: 3.10.2020 (1º parecer) 10.10.2020 (2º parecer)
---

**Como citar:** GADENZ, Danielli. Liberdade (existencial) e identidade(s): os limites à tutela da identidade no sistema jurídico brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 3, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/liberdade-existencial-e-identidades/>>. Data de acesso.