

A (des)consideração do gênero nas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre os direitos das mulheres trans

Autoras

Paula Franciele da Silva y Clarissa Campani Mainieri

Cómo citar este artículo

Franciele da Silva, Paula y Campani Mainieri, Clarissa (2023). A (des)consideração do gênero nas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre os direitos das mulheres trans, REV. IGAL, I (2), 68-81.

RESUMO

Os estudos sobre gênero desencadeados pelos movimentos feministas ensejaram o reconhecimento de importantes direitos das mulheres. Por meio da compreensão do gênero e de sua qualidade de construção social, foi possível elevar os debates envolvendo a igualdade substancial entre homens e mulheres, trazendo ao centro questões antes desconsideradas. É a desvinculação da categoria gênero do sexo biológico que vem possibilitando a adequada compreensão dos problemas que envolvem a desigualdade e a discriminação decorrentes das assimetrias estruturais de poder entre homens e mulheres. Esta evolução nas discussões da academia e da militância não alcançou, de forma efetiva, o poder judiciário: ainda se encontram ausentes nas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), especialmente quando envolvem direitos das mulheres transexuais. Na tentativa de demonstrar a urgência da inclusão desta categoria de análise nas discussões tomadas pelo judiciário, propõe-se uma análise do Tema 0778 do Supremo Tribunal Federal, ainda sem decisão definitiva, que versa sobre o uso de banheiros públicos femininos por mulheres transexuais. Ao trazer ao centro dos debates a análise de gênero, propondo caminhos possíveis para a decisão, busca-se evidenciar o motivo pelo qual a categoria 'gênero' deve ser o fio condutor do julgamento a ser realizado pelo STF, em substituição às preferidas categorias que envolvem sexo, sexualidade e identidade.

PALAVRAS-CHAVE:

GÊNERO, TRANSEXUALIDADE, MULHERES TRANS, TEMA 0778 STF.

ABSTRACT

Gender studies triggered by feminist movements gave rise to the recognition of important women's rights. Through the understanding of gender and its quality of social construction, it has been possible to raise the debates that involve substantial equality between men and women, bringing to the center previously disregarded issues. It is the decoupling of the gender category from biological sex that has enabled an adequate understanding of the problems involving inequality and discrimination resulting from the structural asymmetries of power between men and women. This evolution in academic and militancy discussions have not effectively reached the judiciary: they are still absent in decisions taken by the Brazilian Federal Supreme Court (STF), especially when it comes to involve the rights of transgender women. In an attempt to show the urgency of including this category of analysis in the discussions taken by the judiciary, an analysis of the Issue 0778 of the Federal Supreme Court, still without a final decision, is proposed, which deals with the use of female public restrooms by transgender women. By bringing gender analysis to the center of the debates, proposing possible paths for the decision, it seeks to highlight the reason why the gender category should be the guiding principle of the judgment to be carried out by the Supreme Court, replacing the preferred categories that involve sex, sexuality and identity. .

PALABRAS-CLAVE:

GENDER, TRANSEXUALITY, TRANS WOMEN, ISSUE 0778 BRAZILIAN SUPERIOR FEDERAL COURT.

1. Introdução

Os estudos sobre gênero construídos a partir das provocações dos movimentos feministas impactaram as construções teóricas e práticas em diversos campos. No direito não foi diferente, sendo a luta feminista diretamente responsável por diversas inovações legislativas, a exemplo do direito ao voto feminino (Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, 1932) da revogação do crime de adultério (Brasil, 2005), da lei do divórcio (Brasil, 1977), da Lei Maria da Penha (Brasil, 2006) e da Lei do Feminicídio (Brasil, 2015).

As conquistas de direitos capitaneadas pelos movimentos feministas ainda são recentes e estão longe de alcançar aquilo que seria um mínimo ideal de igualdade. Romper com a coluna dorsal da lógica machista e patriarcal, que orienta as relações sociais e que, por consequência, impacta diretamente no campo dos saberes, é um objetivo que está longe de ser alcançado, pois está estruturalmente ligado a questões sociais, políticas e culturais profundas.

No campo da luta e da construção dos direitos das mulheres transexuais, as desigualdades, nos mais diversos campos, são evidentemente mais intensas. Cita-se, a título de exemplo, questões atinentes à saúde das mulheres trans; seus direitos à identidade; a exposição constante a diversas formas de violência; os preconceitos e a exclusão do mercado formal de trabalho. Estas questões revelam um abismo entre os direitos e garantias preconizados pelo texto constitucional e a realidade destas mulheres.

A leitura de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre temas relacionados aos direitos das mulheres transexuais permite concluir que o gênero é ainda uma categoria subsidiária de análise. Prevalencem na Suprema Corte discussões conduzidas por questões atinentes ao sexo, à sexualidade e à identidade. A desconsideração da perspectiva de gênero quando o assunto são os direitos das mulheres trans, no entanto, impede a adequada compreensão do contexto de reiterada violação a que se submetem, bem como da origem do problema e da profundidade de suas raízes. Trata-se, portanto, de uma problemática a ser necessariamente enfrentado para a efetivação da garantia de direitos básicos a estas mulheres.

Neste contexto, o presente artigo propõe enfrentar o seguinte problema: por que a categoria gênero deve ser o fio condutor de decisões judiciais que versam sobre os direitos das mulheres transexuais?

Para responder a esta pergunta, analisaremos o Tema 0778 do Supremo Tribunal Federal (STF), ainda sem decisão definitiva, que versa sobre o uso de banheiros públicos femininos por mulheres transexuais. A repercussão geral do tema foi reconhecida pelo Plenário Virtual do STF no Recurso Extraordinário (RE) nº 845779, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, em 13 de novembro de 2014, com publicação no diário oficial em 10 de março de 2015.

A escolha de enfrentar o problema de pesquisa proposto a partir do Tema 0778 deu-se basicamente por dois fatores. O primeiro, por envolver questão cotidiana e básica a qualquer ser humano (ir a um banheiro público), mas que, em se tratando mulher transexual, e embora seja uma atividade simples, passa a envolver situações de violência e constrangimento. O segundo, em razão do tempo em que a questão tramita no Judiciário, ainda sem decisão definitiva.

A este respeito, destacamos que, embora a repercussão geral tenha sido reconhecida em decisão de plenário virtual no ano de 2014, ou seja, há quase 10 anos, até a presente data não há uma decisão definitiva, já que o processo foi retirado de pauta em 2020 pelo Ministro Luiz Fux em pedido de vistas.

A morosidade em julgar uma questão de tamanho impacto nas vidas trans, envolvendo atividade tão básica para um ser humano, é um ponto que deve ser considerado nesta análise: estima-se que a decisão a ser tomada pelo STF no RE nº 845779 atingirá ao menos 778 (setecentos e setenta e oito) outros casos judicializados, conforme apontado pela própria Corte Superior.

A escolha por abordar o problema de pesquisa a partir da análise desse caso em específico, para além da relevância da matéria discutida, teve como determinante a oportunidade de intervenção no direito, ao inserir o gênero enquanto categoria de análise, demonstrando a gravidade das violações suportadas pelas mulheres transexuais, ainda quando falamos de algo tão simples como a utilização de um banheiro. A análise do tema se revela importante campo

de discussão a respeito da reiterada desconsideração do gênero nas decisões da Corte (STF), bem como da ligação umbilical da igualdade de gênero à luta contra o racismo, a homofobia e outras formas de discriminações, conforme pontuam Campos e Bernardes (2019).

A discussão proposta, conduzida a partir da análise do Recurso Extraordinário por uma perspectiva de gênero, se voltará a demonstrar que o núcleo duro da argumentação a ser lançada na decisão deve estar ligado ao gênero e, através dele, relacionado ao princípio da igualdade; como consequência, que questões ligadas à personalidade, sexo e sexualidade são subsidiárias à discussão travada no RE e em outros que envolvam mulheres trans.

A perspectiva teórica para análise proposta está ancorada na dimensão sociológica do garantismo, nas teorias críticas feministas do Direito no Brasil e nos crimes de ódio praticados pelo Estado, por ação ou omissão, os quais podem ser objeto da nova crítica criminológica. Propõe-se, a partir daí, uma revisão epistemológica que permita inverter a lógica das decisões, trazendo o gênero ao centro da análise e deixando questões de personalidade em um segundo plano.

2. Transexualidade, gênero e violência: como o direito opera

A transexualidade, objeto de estudo de vários campos do conhecimento, por um longo período da história recente foi tratada pela psiquiatria como um transtorno psíquico. Classificado em 1980 como "transexualismo", foi posteriormente alterado para "transtorno de identidade de gênero", conforme Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM) da Associação de Psiquiatria Americana (Connell, 2016), o que foi seguido inclusive pela classificação da Organização Mundial de Saúde (OMS) até a década de 1990.

Antes disso, a transexualidade foi tratada nas pesquisas científicas como "uma espécie interessante de monstro", como caso de 'hermafroditismo mental' ou mesmo como uma manifestação de psicose, atingindo, nos anos 1950, a condição de síndrome médica (Connell, 2015, p. 213). Na sequência, conforme explica Connell, ganharam força as teorias performativas do gênero, interessadas nas variações de gênero e na violação das normas:

Se o gênero normativo é atualizado pela performatividade, então, ao mudarmos as ações performativas, devemos conseguir criar um gênero não normativo. Nos anos 1990, essa linha de pensamento deu origem a um movimento transgênero influenciado pela teoria queer, sobretudo nos Estados Unidos, que desde essa época teve impacto considerável em todo o mundo. Esse movimento enfatizou a instabilidade de fronteiras do gênero, rejeitou o 'binarismo' entre o masculino e o feminino e tentou, de várias maneiras, viver de fora, ou para além, ou através das categorias de gênero (Connell, 2015, p. 214).

Mais a frente, passa-se a desafiar o discurso transgênero, destacando às experiências reais das pessoas trans, suas subjetividades e lutas, que antes eram apagadas. Dá-se centralidade às experiências de corporificação contraditórias enfrentadas constantemente por homens e mulheres trans, que relatam a estabilidade e a intransigência de gênero com as quais se deparam, diante das aterrorizantes contradições a ser enfrentadas na busca do próprio reconhecimento. A complexidade destas questões se reflete em altas taxas de tentativas de suicídio (Connell, 2016).

Apontam-se esses fatos a fim de reafirmar que a transexualidade é uma discussão da ordem de gênero, que não pode ser patologizada. Compreender uma pessoa transexual como uma pessoa doente, para além da evidente discriminação que opera, significa impor-lhe amarras intransponíveis, que limitarão a percepção de toda a complexidade da realidade trans.

Assim, a discussão proposta neste artigo será conduzida a partir da perspectiva teórica de gênero proposta por Raewyn Connell, para quem o gênero é inerentemente político; uma construção social. Para a pesquisadora, "ser um homem ou ser uma mulher não é um estado determinado. É um tornar-se; é uma condição ativamente em construção" (Connell, 2016, p. 46), uma expressão social, e não uma expressão da biologia. O gênero "É um padrão nos

¹ A este respeito, ver: Striker, S. Whittle, S. (eds). *The transgender Studies Reader*. Nova Yorke: Routledge. 2006.

nossos arranjos sociais", os quais formatam as atividades cotidianas e as relações sociais (Connell, 2016, p. 46).

A distinção entre sexo e gênero se origina justamente da necessidade de reformular a ideia de que a biologia seria um destino imutável. Compreender o gênero enquanto significados culturais assumidos pelo corpo sexuado permite afastar a ideia de resultado causal do sexo e da fixação/imutabilidade deste, conforme explica Judith Butler (2022). Conforme a filósofa, "Levada ao seu limite lógico, a distinção sexo/gênero sugere uma descontinuidade radical entre corpos sexuados e gêneros culturalmente construídos" (p. 26).

A partir desta visão, não há razão para seguir atrelado à ideia binária do sexo quando se fala de gênero. E é se desvinculando destes limites que começa a compreender, genuinamente, "o processo contínuo de produção de si a partir de diálogo com as normas regulatórias de gênero" que experimentam as mulheres trans, ao reinventarem formas de ser para além daquilo que, a partir de normas cisgênero, compreende-se por feminilidade ou masculinidade (Nascimento, 2021). Os corpos trans confrontam, reiteradamente, este poder de regulação, estas normas de inteligibilidade, que determina o que somos e o que podemos ser.

É neste contexto que Raewyn Connell (2016) pontua que a transexualidade é corporificada, sendo esta corporificação também local de conflito, que reflete as lutas em torno das questões de gênero, bem como a reprodução dos processos de violência com base no gênero a que são submetidas as mulheres trans neste processo de reprodução e invenção de si.

Na mesma linha, Berenice Bento argumenta que "a transexualidade é um desdobramento inevitável de uma ordem de gênero que estabelece a inteligibilidade dos gêneros no corpo" (Bento, 2009). Essa ordem de gênero refere-se ao local destinado aos corpos na sociedade; é a partir desse local, no qual se localizam as práticas sociais, que são travados os conflitos sociais e que surgem as tensões entre os movimentos feministas e o Direito.

A base para estas tensões e conflitos está no fato de que o Direito é operado a partir da lógica social majoritária, elitista, masculina e patriarcal, que reproduz e perpetua violências sociais, econômicas e de gênero. Para esta lógica, os papéis exercidos por homens e mulheres são pré-determinados pelo sexo biológico, e não frutos de construções sociais. A consequência disto é a imutabilidade e limitabilidade da compreensão do que é ser mulher e do que as mulheres podem e devem fazer. Via de consequência, em sendo o sexo o determinante, esta lógica social majoritária compreende as mulheres trans como mulheres que são.

As práticas sociais são fundamentais para entendermos não apenas as construções das relações sociais, mas também de que forma se estruturam as ordens de gênero e o impacto social gerado a partir disso. Connell sustenta que "precisamos reconhecer a especificidade da transexualidade no nível da prática social" (Connell, 2016, p. 236). Sem essa compreensão, não alcançamos questões de extrema relevância para as existências trans, as quais não são sequer discutidas pelas pessoas cisgênero.

Questões que parecem triviais para homens e mulheres cisgênero estão muitas vezes estão envolvidas em complexidades e violências para pessoas trans. As vestimentas que usam, a prática e a possibilidade de participação em competições esportivas, a revista em uma abordagem policial ou em ambiente prisional, o acesso aos banheiros públicos e outros "simples" atos da vida em sociedade que, para pessoas transexuais, possuem impacto significativo em suas vidas.

Ao visualizarmos o caráter androcêntrico da sociedade e dos espaços de poder que contribuem para uma hierarquização social e privilegiam o masculino, a participação de mulheres cisgênero e transgênero torna-se limitada, por serem tratadas com inferioridade e serem relegadas a um espaço de subalternidade. Em se tratando de mulheres trans, o contexto é ainda mais sensível ao considerarmos que, por um longo período, movimentos feministas sustentaram uma visão única sobre quem é mulher, defendendo uma pauta generalizante, essencialista, que coloca a mulher branca, de classe média, cis, como figura universal da mulher.

Assim, ao desconsiderar os atravessamentos ocorridos entre as múltiplas formas de opressão (interseccionalidades), que resultam em discriminações específicas para cada mulher e condicionam de diferentes maneiras o acesso à justiça, o transcurso do processo e a sua reparação (Beguiristain, 2022), os feminismos deixaram de englobar inúmeras existências, contribuindo para o apagamento das mulheres trans.

A perspectiva interseccional foi inaugurada pelos feminismos negros e se revela impor-

tante categoria de análise. Reconhecer as interseccionalidades da violência de gênero importa reconhecer que são diversas as categorias sociais que se entrelaçam constantemente, em uma complexa relação resultante na formação de um sistema múltiplo de opressão. Esta compreensão é urgente considerando que "A interseccionalidade permite às feministas criticidade política a fim de compreenderem a fluidez das identidades subalternas impostas a preconceitos, subordinações de gênero, de classe e raça e às opressões estruturantes da matriz colonial moderna da qual saem" (Akotirene, 2022, p. 37). É, portanto, perspectiva essencial para a real compreensão das realidades e existências trans.

Para exemplificar a importância da consideração do gênero e de seus atravessamentos no reconhecimento e efetivação dos direitos das mulheres transexuais, cita-se a portaria nº 005 da Superintendência de Serviços Penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul (SUSEPE), publicada no Diário Oficial do Estado, em 02 de julho de 2021, que versa sobre os direitos das pessoas LGBTQIA+ encarceradas. Dentre as garantias dispostas na portaria, encontram-se questões como: a) locais adequados ao seu gênero (como, por exemplo, uma área ou galeria separada); b) o direito a ser tratada pelo nome social, bem como o registro deste no INFOPEN (sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro); c) o direito à vestimenta conforme a identidade de gênero; d) o direito a optar por agente feminino ou masculino para fins de revista.

Deve-se destacar que antes de 2021 não havia regulamentação dessa natureza pelo Estado do Rio Grande do Sul. Outro exemplo, que será melhor discutido no próximo tópico, é o acesso de pessoas transexuais aos banheiros públicos de acordo com sua identidade de gênero. Estas questões não podem ser enfrentadas de forma adequada se a categoria de análise for o sexo, por exemplo, enquanto determinante biológico, com o que o reconhecimento destes direitos sequer teria ocorrido.

As questões expostas demonstram que, quando o gênero é desconsiderado na análise de direitos das pessoas transexuais, especificamente das mulheres trans, comete-se uma violência de ordem pública, pois, se omitindo a este respeito, o Estado opera legitimando e reafirmando as bases estruturais das relações de poder e desigualdade que reforçam a violência contra os corpos femininos e feminilizados, como refere Montserrat Sagot (2013).

Quando a atuação do Estado enseja a manutenção da desigualdade fundada em questões de gênero, raça ou sexualidade, ou quando o Estado deixa de atuar para impedir violações ou garantir direitos, está operando em favor da manutenção desses flagelos. No caso das mulheres transexuais, outras consequências significativas são a normalização do preconceito e da discriminação que enfrentam cotidianamente, do nojo que lhes é dirigido e do ódio depositado sobre esses corpos, considerados abjetos, tudo a justificar a submissão destas mulheres às mais cruéis formas de violência.

O impacto na operação do direito sem a consideração do gênero, a partir do que são subsidiadas as violências, é a legitimação de uma política de gerenciamento da vida e da morte. Sobre esse ponto, e explicando os reflexos disto na vida de uma transexual, a socióloga Berenice Bento (2017) refere que existem atributos que são "considerados qualificadores para os corpos entrarem no rol de 'seres humanos'" e, quando esses atributos não se fazem presentes em uma pessoa, "a significação de existência humana não [a] alcança", tornando-a um ser abjeto (Bento, 2017, p.51). Assim, ao se retirar deste corpo qualquer nível de inteligibilidade humana, de compreensão, ele torna-se ignóbil, sendo, assim, desumanizado.

Neste processo de desumanização desses corpos opera-se o que Achille Mbembe (2020) chama de necropolítica. Para este artigo, pensando na leitura política do poder de matar e do desejo de controle dos corpos, em especial, dos corpos femininos e feminilizados, utiliza-se o conceito de necropolítica de gênero desenvolvido por Montserrat Sagot. Para a socióloga, a violência letal contra esses corpos é um reflexo do desejo masculino de controle sobre as mulheres, que trata os corpos femininos e feminilizados como objetos coisificados, que podem ser vistos como troféus ou instrumentos de vingança. Assim, a violência letal é uma arma de manutenção da subordinação das mulheres aos homens (Sagot, 2013).

No campo do direito, pode-se dizer que o dano social decorrente de violações de direitos pela omissão do Estado se revela mais gravoso e profundo do que aqueles causados por condutas praticadas por indivíduos, as quais são, essas sim, criminalizadas e punidas pela justiça criminal. A partir dessa afirmação, sugere-se pensar que as violações de direitos e violências legitimadas

pelo Estado, baseadas no gênero ou na neutralização do gênero, podem ser consideradas crimes de massa, já que importam em violações de direitos humanos nos mais diversos aspectos.

Em se tratando de direitos econômicos, importam em violação quando produzem efeitos no campo das relações entre trabalho e capital, conforme apontado por Shilt e Wiswall (2008) em pesquisa que se volta a demonstrar como o processo de transição produz impacto nas relações econômicas para pessoas transexuais. A pesquisa evidencia as relações entre gênero e mercado de trabalho, revelando a violência social de ordem econômica a que as mulheres trans são expostas. Conforme o estudo, mulheres transexuais, após a transição, perderam empregos ou tiveram a renda reduzida. Algumas, inclusive, encontram no trabalho sexual a única alternativa possível para a sobrevivência, não mais sendo absorvidas pelo mercado de trabalho. Em uma realidade oposta, homens transexuais, após a transição, tiveram sua renda aumentada em aproximadamente 1/3 ou passaram a ocupar cargos de maior autoridade após a transição.

A omissão do Estado importa em violação de direitos políticos quando projetos que tratam de garantias e direitos desta população enfrentam forte resistência no legislativo; quando simplesmente não são encarados com a mesma prioridade que outras tantas pautas ou quando as poucas mulheres transexuais que conseguem chegar ao poder pela via democrática do voto seguem sendo seguidamente ameaçadas e violentadas².

Viola o direito à vida quando suas existências são diariamente ameaçadas, sendo a violência em sentido amplo uma constante na vida das mulheres transexuais. O desenho mais real desse quadro é que expectativa de vida de uma mulher cisgênero no Brasil é de 79,9 anos, enquanto a de uma mulher transexual é de 35 anos, menos da metade (Bortoni, 2017).

A violência possui várias faces, podendo se encontrar no campo das relações interpessoais (no qual historicamente o direito e, em especial, a criminologia se debruçaram) e no campo das massas, praticadas pela própria estrutura social. É esta última interessa à discussão proposta: a violência estrutural no âmbito das desigualdades de gênero, apontada por Montserrat Sagot (2013) como um dos fatores-base da violência letal a corpos femininos e feminilizados.

O conceito de violência estrutural pode ser também explicado a partir da questão racial. Nessa linha, Silvio Almeida argumenta que o racismo é uma forma sistemática de reprodução de violências contra a população negra, referindo que "as instituições reproduzem as condições para o estabelecimento e a manutenção da ordem social" (Almeida, 2019, p. 47). Ordem social esta que ainda reflete e perpetua violências do colonialismo "desdobrado em processo político e histórico" (Almeida, 2019, p. 52), que se materializa na desigualdade, organiza o poder por uma lógica que segrega e que legitima a violência nas suas diversas formas, inclusive a violência estatal.

O racismo estrutural, assim como a violência da ordem de gênero estrutural, parte da máquina da estrutura social que gere as relações de poder e que são diretamente responsáveis pelos crimes de massa. Nesse sentido, Ferrajoli argumenta que "a criminologia deve considerar e estigmatizar como crimes [crimes de massa contra a humanidade] as agressões aos direitos humanos e aos bens comuns realizadas pelos Estados e pelos mercados" (Ferrajoli, 2013, p.03). É sob esta ótica que as reiteradas omissões do Estado na adequada abordagem das questões envolvendo os direitos e existências das mulheres trans se inserem, podendo ser qualificadas, por esta visão, como crimes de massa.

Se, conforme refere Ferrajoli (2013, p.07), "a função garantista do direito não pode se limitar à justiça penal", um caminho possível para romper com essa estrutura de violação de direitos humanos é solidificar a concepção do gênero enquanto categoria de análise social e operar o direito a partir desse fio condutor, pois, do contrário, o direito se mantém como mais uma engrenagem do motor dessa máquina de moer gente.

² Para ilustrar a afirmação, seguem algumas notícias de parlamentares transexuais, de diferentes legislativos, que sofreram ameaças: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2021/05/15/vereadora-benny-briolly-psol-comenta-saida-do-brasil-apos-ameaca-de-morte.htm>>; <<https://www.poder360.com.br/brasil/vereadora-trans-de-sp-faz-boletim-de-ocorrencia-por-ameaca-na-camara/>>; <<http://www.abi.org.br/crescem-as-ameacas-a-parlamentares-trans/>>.

3. A virada necessária: o Tema 0778 do STF e a introdução do gênero como fio condutor das decisões judiciais

Os movimentos feministas, especialmente a partir da década de oitenta, trazem a categoria gênero para o centro das discussões, passando este a operar como uma ferramenta política de luta e resistência contra as desigualdades. Para o transfeminismo, essa categoria é um elo importante de vinculação aos demais movimentos feministas. Leticia Nascimento (2021,p.24) refere que:

A escolha da categoria gênero como ponto de partida para pensar uma epistemologia transfeminista é uma maneira de vincular o trabalho crítico desenvolvido pelo transfeminismo a outros feminismos. Além do mais, entendo gênero como um conceito em disputa que pode garantir a entrada de mulheres transexuais e travestis no feminismo.

O gênero, enquanto categoria de análise, foi fundamental para a construção de direitos, permitindo reconhecer e nomear violências, como a violência doméstica e o feminicídio, por exemplo. Em relação às mulheres transexuais, o reconhecimento das violências sofridas como violências baseadas no gênero ainda não é uma realidade recorrente no sistema de justiça.

Delineados no capítulo anterior os contornos sobre a relação havida entre Estado e as diversas formas de violência contra mulheres transexuais, e em busca dessa virada discursiva, propõe-se a análise do RE 845779/SC como instrumento de construção de pontes para a admissão deste processo de caráter público de exclusão por meio da violência institucionalizada violadora de direitos fundamentais.

A fim de demonstrar as ideias aqui expostas como filiadas à realidade da Suprema Corte brasileira, buscou-se no site Supremo Tribunal Federal (STF) julgados a partir do termo "transexual", resultando em 17 ocorrências. Dentre as problemáticas levadas à apreciação do STF, encontram-se questões ligadas ao direito à identidade, ao direito sanitário e à possibilidade (ou não) de uma mulher transexual frequentar banheiros públicos femininos, objeto de análise deste artigo. Temas urgentes e que possuem grande impacto para esta população, demandando cuidado e atenção às particularidades da realidade destas mulheres, o que, conforme pontuamos, exige uma abordagem (perspectiva) de gênero. Daí a relevância da introdução desta categoria de análise no direito, o que pretendemos pontuar através desta análise (ou intervenção).

A respeito do Tema 0778 do STF, conforme tangenciado, teve repercussão geral reconhecida no RE 845779/SC, sob relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, e envolve discussão a respeito do cabimento de reparação a título de danos morais pelo constrangimento causado a uma mulher transexual, impedida de acessar o banheiro feminino de um shopping center na cidade de Florianópolis/SC. Embora o objetivo da ação esteja vinculado a questões no âmbito do direito civil – especificamente a reparação por dano moral – a análise do tema neste estudo se dará pela ótica argumentativa de uma perspectiva de gênero e de proteção dos direitos humanos das mulheres trans.

Para tanto, a discussão proposta se desenvolverá em duas etapas. Na primeira, demonstrando como e porque o núcleo duro da argumentação a ser lançada na decisão deve estar ligado ao gênero e, através dele, relacionado ao princípio da igualdade; na segunda, justificando que as questões ligadas à personalidade são subsidiárias.

Consta no relatório da decisão do relator que reconhece a repercussão geral da questão trazida ao STF o que segue (Brasil, 2014):

A. S. F. ajuizou ação de indenização por danos morais contra B. E. S. C. LTDA., na qual relatou que, ao passear pelo estabelecimento réu e tentar fazer uso de um banheiro, foi vítima de discriminação praticada por seguranças do local em razão de ser transexual. | Esclareceu que, ao entrar no banheiro feminino, como costumeiramente faz em locais públicos, foi abordado por uma funcionária do estabelecimento que, de modo nada sutil, forçou-o a se retirar sob o argumento de que sua presença causaria constrangi-

mento às usuárias do local. | Mencionou que entrou em uma loja do estabelecimento na tentativa de utilizar um banheiro que não fosse de uso comum e foi informado que as lojas do shopping não possuem banheiros privativos. | Afirmou que, impedido de utilizar o banheiro e estando demasiadamente nervoso, não conseguiu controlar suas necessidades fisiológicas e as fez nas próprias vestes, mesmo sob o olhar das pessoas que ali transitavam. | Ressaltou, por fim, que, após passar por essa situação vexatória, teve ainda de fazer uso do transporte coletivo para voltar para sua casa. | Requereu, diante destes fatos, a condenação da empresa ré ao pagamento de indenização por danos morais.

A decisão de primeiro grau reconheceu o dever de indenizar da empresa requerida, fixando indenização no valor de quinze mil reais a ser paga em favor da vítima. Em segundo grau, no entanto, a sentença foi reformada sob o argumento não haver provas dos fatos alegados, apesar da incontroversa negativa de acesso ao banheiro por conduta da funcionária do shopping, bem como pela inexistência de dano moral, indicando que o fato causou "mero dissabor", não tutelável pelo direito.

O primeiro ponto necessário a indicar é que o relatório da decisão faz referência à autora por seu nome de nascimento, e não pelo nome social, da mesma forma que a ela se refere, o tempo todo, na linguagem masculina. Se esta não for uma preferência manifesta pela própria autora, uma abordagem de gênero denota, com facilidade, que este aspecto em si já é uma violência praticada pelo Estado contra uma mulher trans. Violência porque ela será novamente levada a se conectar com seu sexo biológico e enfrentar a (muitas vezes aterrorizante) contradição da ordem da corporificação antes referida: embora mulheres, possuem corpos de homem, como nos leciona Raewyn Connell (2016, p. 215).

Na sequência dos pontos que destacamos para o debate, pontuamos que, no argumento 9^o, o Ministro utiliza o termo "transexualismo" e traz como definição aquela apresentada pela OMS, com o que remete-se à ideia de que a transexualidade é patológica. O gênero enquanto categoria de análise não está presente nesta consideração e na definição do transexualismo, o que compromete a compreensão efetiva da realidade trans

Na sequência, destacamos que, no ponto 11^a, o relator resume a questão constitucional debatida a "saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente" (Brasil, 2016). Nessa passagem, o julgador antecipa a linha condutora da decisão, evidenciando que lançará mão do poder de regulação que, conforme Judith Butler determina, antecipadamente, o que somos e o que podemos ser no mundo em que vivemos: "O que conta como pessoa? Quem é qualificável para a cidadania? De quem é o mundo legitimado como real? (...) Quem eu posso me tornar em um mundo onde os sentidos e limites do sujeito são definidos de antemão pra mim?". E a mais pertinente pergunta para esta antecipação do relator: "O que acontece quando eu começo a me tornar algo para o qual não há lugar no interior do regime de verdade [previamente] instaurado?" (Butler, 2022, p. 28).

O que acontece, como podemos ver, é que os detentores do poder e do saber, imbuídos de conceitos e verdades coloniais, se sentirão no direito de se reunir para decidir se podemos ser quem somos e se teremos o direito de ser respeitados em nossa dignidade como tal. Em outras palavras: vão definir se somos ou não seres humanos merecedores de proteção dos direitos que se reconhece aos demais, que se enquadram nos padrões pré-definidos.

Uma perspectiva de gênero permite compreender a profundidade da violência que a questão posta à decisão (especialmente na forma em que resumida pelo Ministro) implica, bem como a contrariedade e contradição com uma Corte Constitucional que tem na garantia de direitos humanos e fundamentais sua missão legitimadora. Uma abordagem pelo fio condutor do sexo, sua binariedade imutável e sua prerrogativa definidora e predeterminante, por outro lado, dá aparência de legitimidade ao questionamento.

³ "9. Segundo definição da Organização Mundial da Saúde – OMS, o transexualismo consiste no "desejo de viver e ser aceito como um membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e um desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia para tornar seu corpo tão congruente quanto possível com o sexo preferido".

⁴ "11. (...) Constitui, portanto, questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente. O tema não pode ser reduzido a uma mera questão patrimonial de responsabilidade civil".

Como se pode perceber, em seus argumentos, despidos da necessária perspectiva de gênero, o relator flerta com os fundamentos daquilo que se tem chamado de 'ideologia de gênero', que, nas palavras de Campos e Bernardi (2019, p. 09), trata-se "uma falsa informação sobre o gênero, pois afirma que o conceito de gênero está ligado ao de sexualidade e que, por meio dele, as feministas querem acabar com a diferença entre os sexos". A posição evidencia uma severa desinteligência quanto à concepção do gênero e seus desenvolvimentos, a evolução das teorias de gênero e as discussões travadas a respeito da terminologia "mulher", há tempos discutidas pelos movimentos feministas e que foram determinantes na construção e reconhecimento de inúmeros direitos a todas as mulheres.

Sobre as discussões quanto ao termo "mulher", no campo do feminismo negro, o discurso Sojourner Truth (2014), proferido em 1851 na Convenção dos Direitos da Mulher em Ohio, nos Estados Unidos, traz a provocação que até hoje norteia discussões "E eu não sou uma mulher?".

Leticia Nascimento (2021, p. 20) recentemente resgatou essa provocação da seguinte forma: "e eu não posso ser uma mulher?" Ao acrescer o verbo 'poder', convoca a pensar sobre discursos que circulam na sociedade, inclusive em alguns braços do próprio movimento feminista, os quais insistem em criar uma categoria única de mulher. A concepção de que há categorias de mulheres vem sendo enfrentada e densamente discutida por autoras como Lélia Gonzales, bell hooks, Grada Kilomba e Jaqueline Gomes de Jesus, as quais sustentam que reduzir as complexidades culturais, raciais, sexuais, dentre outras, que atravessam a vida das mulheres, importa em deslegitimar suas lutas, que não são as mesmas.

As discussões sobre o gênero, suas implicações e conceitualizações são centrais nas construções feministas que vêm impactando no reconhecimento de importantes direitos das mulheres. Na manifestação do relator, entretanto, a discussão é desconsiderada. Não há em toda a argumentação do voto qualquer referência a teorias de gênero, o que apontamos como uma fragilidade. Se a construção dos direitos humanos das mulheres encontra-se ligada ao gênero enquanto categoria de análise social, sendo este importante marcador para verificar as formas e intensidades de violações, como é possível estar ausente na discussão de questão tão relevante para as vidas trans?

De outro passo, pode-se dizer que o acerto da decisão que reconheceu a repercussão geral está centrado nos pontos 11 e 12, nos quais o relator admite que a questão de ordem meramente patrimonial é subsidiária à ofensa constitucional. Na mesma oportunidade, refere que

diferentemente do imenso varejo de miudezas que ainda ocupam o tempo desta Corte, as teses ora discutidas inserem-se na órbita de uma das missões precípuas das Cortes Constitucionais contemporâneas: a definição do alcance dos direitos fundamentais, especialmente daqueles referentes às minorias. A essencialidade do tema e seu impacto no tratamento social dos grupos afetados, por si sós, já justificariam a necessidade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2014).

Ao reconhecer o impacto social como foco do problema, o relator dá um passo importante para discutir a questão. Diante desse ponto, passa-se a propor possíveis caminhos ideais que a futura decisão deve trilhar.

Embora a manifestação refira que existe a violação a direitos da personalidade e ofensa à dignidade da pessoa humana, entende-se que a principal ofensa ocorre no âmbito da igualdade. Nesse sentido, Estefânia Maria de Queiroz Barboza e André Demétrio (2019) argumentam que, considerando que no Brasil há uma interpretação mais restritiva quando se trata de direitos das mulheres, pode-se admitir

uma interpretação que olhe o direito constitucional a partir da pressuposição de uma desigualdade de gênero que possa responder à proporcionalidade da aplicação da Constituição de maneira equânime aos homens e às mulheres deve ser também o papel do Supremo Tribunal Federal (STF), já que é o seu caráter contramajoritário que lhe garante o papel de proteger minorias (Barboza & Demétrio, 2019, p. 03).

Uma proposta de trilha constitucionalmente adequada para os futuros votos pode ser ancorada na teoria do garantismo constitucional. Por essa linha, Ferrajoli leciona que, por

ser a igualdade um princípio complexo, impõe-se uma tutela da diferença para a redução da desigualdade, sendo as diferenças fundadas no gênero formas de desigualdades. A concepção normativa de universalização do sujeito ignora o feminino e conseqüentemente o exclui dos ditos "direitos universais". Em resumo, uma igualdade jurídica que desconsidere as diferenças e seu impacto social é ineficaz (Ferrajoli, 2015).

Deixar a violação da igualdade de gênero em um segundo plano é uma forma de contribuir para manutenção das relações desiguais de gênero fundadas em uma das raízes da violência estrutural. Tornar o gênero o fio condutor dessas decisões é primordial para atingir a igualdade e essa virada epistemológica deve acontecer urgentemente. Nas palavras dos autores: "O tempo para se realizar a promoção dos direitos das mulheres deve ser agora, não há mais como esperar. Para atingir este objetivo, é necessário garantir, litigar, proteger e promover os direitos constitucionais das mulheres" (Barboza & Demetrio, 2019, p. 13).

Contudo, para que de fato se atinja o ideal de igualdade, deve-se tratar o gênero por uma perspectiva para os 100% de mulheres e isso quer dizer que ele deve ser encarado por uma perspectiva feminista multidimensional, e isso diz respeito aos "sujeitos apagados da vista" (Campos, 2017, 284). Essa perspectiva abraça as questões étnicas, raciais, de sexualidade, econômicas e inclui os novos sujeitos ao feminismo, uma vez que não exclui nenhuma categoria de mulheres.

Sem garantir a igualdade, os outros princípios como o da dignidade da pessoa tornam-se inatingíveis. Nesse sentido, Ferrajoli (2006) refere que as desigualdades devem ser eliminadas ou reduzidas porque são obstáculos ao pleno desenvolvimento da pessoa humana.

Por essa linha, e ainda que o relator não tenha sequer referido o princípio da igualdade como norteador da decisão, a violação ao princípio da igualdade deverá ser enfrentada na ocasião da decisão, no sentido de que a vedação de uma mulher transexual frequentar o banheiro adequado à sua autopercepção e sua identidade fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

A adequada compreensão da violência ocorrida, que não se tratou de "mero aborrecimento", como desinteligentemente foi pontuado na decisão recorrida, demanda a introdução do gênero enquanto categoria de análise do direito, sem o que não será possível compreender efetivamente as realidades e existências trans. E sem compreender estas realidades e existências, seguiremos empregando concepções cisgênero e universalisantes onde não se aplicam; percepções coloniais para julgar colonizados; "constrangimento" das mulheres cis, brancas e heterossexuais, para justificar a negação da dignidade e da própria existência das mulheres trans. Seguiremos discutindo se as pessoas têm direito de ser quem são e/ou quem querem ser, e se merecem ser tratadas com respeito ao assim serem.

Ressalta-se que não se trata de ativismo, mas sim de admitir "a existência de uma desigualdade de gênero e seu caráter contramajoritário" (Barboza, 2019). Nesse sentido, o STF deve garantir proteção às minorias. Seguir se omitindo a respeito da natureza e da gravidade da violência experimentada por estas mulheres é contribuir, de forma direta, para a perpetuação e legitimação do poder de regulação exercido por uma ordem cisgênero, que entende corpos trans como abjetos, nojentos, odiáveis. Ao agir desta forma, inerte, o Estado atua como uma ferramenta de perpetuação de violências contra esses corpos.

Por fim, como última pontuação, de caráter material e processual civil, a perspectiva de gênero se mostra imprescindível para a própria verificação da presença dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil, pontuados na decisão que não reconheceu o dano e o entendeu como "mero dissabor". Isso porque, para verificar a ocorrência de violação ao direito da personalidade de uma pessoa trans (ou de qualquer ser humano), é preciso compreender sua realidade e sua existência, não sendo através da realidade do julgador que se obterá a conclusão necessária. O que pode ser um "mero dissabor"⁵ para uns, pode ser objeto de extrema violência para outros. Não há (ou não deveria haver) uma predeterminação estanque do que seja um ou outro.

⁵Trecho da decisão recorrida foi transcrito pelo relator, e é a esse trecho que nos referimos.

4. Considerações finais

O artigo buscou demonstrar o impacto da não consideração do gênero no combate às violências contra os corpos de mulheres transexuais de maneira interseccional. Encarar essas violações por uma perspectiva de gênero possibilita uma melhor compreensão dos motivos pelos quais essas vidas são vulneráveis e a importância da atuação do STF orientada por essa perspectiva a fim de não ser mais um reprodutor dessas violências.

Para isso, argumenta-se que a violência destinada aos corpos das mulheres transexuais e travestis refletem as desigualdades de gênero, ficando evidente quando se discute a alteração das ordens de gênero pela corporificação e o impacto demonstrado na relação entre trabalho e capital. Essas desigualdades são um fator que contribuem para negação da vida a essas mulheres.

A vulnerabilidade desses corpos é escancarada pela baixa expectativa de vida, o que demonstra que elas não contam com estruturas sociais e políticas que tornem suas vidas possíveis. Nesse sentido, o enfrentamento das questões relativas a essa população e que chegam ao STF devem ser norteadas pelo gênero.

Tornar o gênero o fio condutor das decisões judiciais que versem sobre qualquer direito das mulheres é fundamental para alcançar a garantia constitucional de igualdade. Em decisões que versem sobre aspectos de raça, gênero, sexualidade ou qualquer grupo social vulnerável, permanecer neutro e não enfrentar os pontos centrais que geram as violações é operar para manter as violações. A omissão do judiciário é tão violadora quanto a política do "deixar morrer."

Referências

- Akotirene, Carla Interseccionalidade (2022. São Paulo; Sueli Carneiro; Ed. Jandaíra, 2019. 152p. (Feminismos Plurais / coordenação de Djamila Ribeiro).
- Almeida, S. L. (2019). *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Polén, p.47.
- Barboza, E. M. O., & Demetrio, A. (2019). *Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista*. Revista Direito GV, v. 15, n. 3.
- Bento, B. (2009). *A diferença que faz a diferença: corpo e subjetividade na transexualidade*. Bagoas Revista de Estudos Gays. n. 3, p. 95-112.
- Bento, B. *Transviad@s: genero, sexualidade e direitos humanos*. Salvador: EDUFBA, p.51.
- Bortoni, L. (2017). *Expectativa de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional*. Senado Notícias. Brasília: Senado Federal, Especial Cidadania.
- Butler, Judith P. (2022). *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. P. 26.
- Campos, C. H. (2017). *Criminologia Feminista: teoria feminista e crítica às criminologias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.284.
- Campos, C. H. & Bernardes, M. N. (2019). *Violência contra as mulheres, reação violenta ao gênero e ideologia de gênero familista*. Civilistica.com, v. 8, n. 1, p.8.
- Connell, R; Pearse, Rebecca (2015). *Gênero: uma perspectiva global*. São Paulo: nVersos, p. 46/48.
- Connell, R. (2016). *Gênero em termos reais*. Tradução: Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, p. 204.
- Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932*. (1932). Decreta o Código eleitoral. Rio de Janeiro, RJ. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>
- Ferrajoli, L. (2006). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. Doxa, 2006.
- Ferrajoli, L. (2013). *O Estatuto Epistemológico da Criminologia*. In: EMERJ. p.3.
- Ferrajoli, L. (2015). *Il principio di uguaglianza e la differenza di genere*. Corte di Cassazione in data 11 giugno 2015, nell'ambito del programma della SSM – Struttura territoriale di formazione decentrata presso la Corte di cassazione, in collaborazione con l'ADMI.
- Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977*. (1977). Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos. Brasília, DF. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm
- Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005*. (2005). Altera o Código Penal e dá outras providências. Brasília, DF. [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm#:~:text=Promover%2C%20intermediar%20ou%20facilitar%20a,oito\)%20anos%2C%20e%20multa.&text=Pena%20-%20reclusão%2C%20de%204%20\(dez\)%20anos%2C%20e%20multa](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm#:~:text=Promover%2C%20intermediar%20ou%20facilitar%20a,oito)%20anos%2C%20e%20multa.&text=Pena%20-%20reclusão%2C%20de%204%20(dez)%20anos%2C%20e%20multa).
- Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006*. (2006). Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília, DF. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm
- Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015*. (2015). Altera o Código Penal para prever a qualificadora do feminicídio. Brasília, DF. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm
- Mbembe, A. (2020). *Necropolítica*. Tradução: Renata Santini. São Paulo: n-1 edições.
- Nascimento, L. C. P. (2021). *Transfeminismo*. São Paulo: Jandira, p.24.
- Sagot, M. (2013). *El femicidio como necropolítica en Centroamérica*. Revista Labrys Estudos Feministas, (24), jul-dez. Brasília, Montreal, Paris.

Schilt, K. & Wiswall, M. (2008). *Before and After: Gender Transitions, Human Capital, and Workplace Experiences*. The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy: Vol. 8: Iss. 1.

Supremo Tribunal Federal [STF]. (2014). *Recurso Extraordinário* 84.5779. (2014). Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Brasília, DF.

Truth, S. (2014). *E não sou uma mulher?* Portal Geledés. Tradução de Osmundo Pinho.