


Identidades de gênero e o debate étnico-racial no direito brasileiro

Autodeclaração como técnica de proteção antidiscriminatória

Gender identities and the ethnic-racial debate in Brazilian law

Self-declaration as a technique of anti-discrimination protection

 Alice Hertzog Resadori*

 Roger Raupp Rios**

Resumo: A autodeclaração como técnica de identificação surgiu como instituto antidiscriminatório no âmbito das relações étnico-raciais. Em matéria de sexo, gênero e sexualidade, necessita de desenvolvimento, carecendo de maior reflexão teórica e de previsão legislativa no direito brasileiro. A autodeclaração vai de encontro a classificações arbitrárias, heteronormativas e simplificadoras, informadas pelo binarismo de gênero em abordagens essencialistas, que acabam por subalternizar em vez de proteger. Partindo do debate no âmbito étnico-racial, conclui-se que a autodeclaração revela-se adequada e promissora como instrumento antidiscriminatório protetivo de identidades sexuais e de gênero.

Palavras-chave: Antidiscriminação. Autodeclaração. Gênero. Sexualidade.

Abstract: Self-declaration as a technique to identify subjects and groups emerged as an antidiscriminatory institution within the framework of ethnic-racial relations. In terms of sex, gender and sexuality, is a technique that needs to be developed and strengthened, requiring more theoretical reflection and legislative prediction on Brazilian law. In this domain, self-declaration goes against arbitrary, heteronormative and simplifying classifications, informed by gender binarism in essentialist approaches to sexual identities, which ultimately subalternize individuals and groups rather than protect them against discrimination. Based on the ethno-racial debate, it is concluded that self-declaration is adequate and promising as an antidiscriminatory instrument to protect sexual and gender identities.

Keywords: Antidiscrimination. Self-declaration. Gender. Sexuality.

*Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Ufrgs, Porto Alegre, RS, Brasil), Mestra em Direito, com ênfase em Direitos Humanos, pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter, Porto Alegre, RS, Brasil) <ali.resadori@gmail.com>.

**Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Ufrgs, Porto Alegre, RS, Brasil) com pós-doutorado na Universidade de Paris II (França); Professor do Mestrado em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter) em Porto Alegre, RS, Brasil; Desembargador no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Porto Alegre <roger.raupp.rios@gmail.com>.

Introdução

Um dos maiores desafios para o enfrentamento da discriminação no âmbito de identidades sexuais e de gênero diz respeito à classificação identitária dos beneficiários das medidas antidiscriminatórias. De fato, a enumeração das identidades protegidas e o “enquadramento” dos indivíduos pela legislação diz respeito à dignidade humana, ao livre desenvolvimento da personalidade, à privacidade e à igualdade, sempre tão sensíveis e latentes na esfera da sexualidade. Este artigo trata da autodeclaração como instituto jurídico adequado para a classificação identitária dos indivíduos e grupos cuja identidade sexual e de gênero é relevante para fins antidiscriminatórios.

Para tanto, após a breve exposição da previsão normativa do instituto da autodeclaração das identidades étnico-raciais e sexuais e de gênero no direito brasileiro (primeira parte), avança-se para a consideração dos fundamentos e da aplicabilidade da autodeclaração das identidades sexuais e de gênero, tendo como referência o debate étnico-racial e visando ao fortalecimento das políticas antidiscriminatórias (segunda parte).

O instituto da autodeclaração no direito brasileiro: previsão normativa nos âmbitos identitários étnico-racial sexual e de gênero

A investigação sobre a adequação do instituto da autodeclaração às identidades sexuais e de gênero requer o exame da previsão normativa dessa técnica de identificação no direito brasileiro. Nesta parte, apresenta-se sucintamente esse quadro normativo salientando-se a necessidade de sua construção no direito, no que respeita às identidades sexuais e de gênero.

Autodeclaração e identidade étnico-racial: origens e previsão normativa

O ordenamento jurídico brasileiro admite a autodeclaração como critério de reconhecimento de pertença a determinado grupo étnico-racial. O instrumento jurídico que inaugura a utilização do conceito de autodeclaração no âmbito internacional é a Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1989, dentro de uma perspectiva não assimilacionista dos povos indígenas e outras populações tradicionais. Esta Convenção, incorporada formalmente ao ordenamento jurídico interno e de observância nacional obrigatória,¹ ao lado do Estatuto da Igualdade Racial, consagram

¹ Conforme o art. 20 dos atos constitutivos da OIT, os estados que ratificarem uma convenção ficam por ela obrigados no seu território nacional (OIT, 1944).

a autodeclaração como a técnica jurídica adotada no Brasil em matéria de definição de identidade étnico-racial.

A Convenção 169 garante a proteção destes povos, o respeito a sua cultura, às formas de vida, às tradições e costumes próprios, entendendo que os povos indígenas e tribais têm direito a continuarem existindo e podendo determinar suas formas de desenvolvimento (OIT, 2003). Esta nova perspectiva tem consequências inclusive na determinação de quem são os grupos protegidos pela Convenção. Além do critério objetivo constante no art. 1º deste instrumento,² reconhece-se a autodeclaração como critério fundamental de pertencimento aos grupos por ela protegidos (OIT, 2003). Ou seja, a *“pessoa se identifica a si mesma como pertencente a este grupo ou povo; ou o grupo se considera a si mesmo como indígena ou tribal em conformidade com as disposições deste Convênio”* (OIT, 2003, p. 8, tradução nossa). Esta é uma inovação no direito internacional, sendo a Convenção 169 da OIT o primeiro instrumento internacional que reconhece o direito à autodeclaração (OIT, 2003). Por sua vez, o parágrafo único do art. 1º do Estatuto da Igualdade Racial (BRASIL, 2010), ao trazer a definição de quem é a população negra, adota a autodeclaração como método de identificação do pertencimento étnico-racial.

Muito importante consignar que, observando estes preceitos, a autodeclaração foi apontada expressamente pelo Supremo Tribunal Federal (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 186), que analisa a constitucionalidade dos atos que instituíram o sistema de reserva de vagas para negros na Universidade de Brasília (UnB). Naquele precedente, a autodeclaração foi considerada adequada aos processos de seleção para o ingresso do ensino superior, combinada ou não com sistemas de heteroidentificação (Brasil, 2014).

Autodeclaração e identidade de gênero: vazio normativo nacional e direito comparado

Em âmbito global, na última década, foram promulgadas na Argentina (2012), no Uruguai (2009) e na Bolívia (2016) leis de identidade de gênero, que

² Artigo 1º: 1. A presente convenção aplica-se:

- a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;
- b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas. [...]

garantem a alteração do sexo/gênero nos assentos civis. Elas adotam previsões que garantem a travestis e transexuais o direito à declaração de seu gênero e procedam a alteração dos documentos de identificação, sem necessitar de chancela judicial.

Para além destas previsões normativas, há outros registros sobre o tema. O Supremo Tribunal da Índia recentemente admitiu a existência de um terceiro gênero nos documentos de identificação, como forma de reconhecer a igualdade e os direitos das pessoas que não se identificam com os binarismos. Ainda, a Suprema Corte Australiana reconheceu o registro do gênero neutro, enquanto a Alemanha legislou de forma precursora sobre a possibilidade de registro do gênero neutro.

No que tange às questões de sexo, gênero e sexualidade, não há nenhuma previsão legislativa nacional que reconheça a autodeclaração como forma de identificação dos sujeitos. Há apenas a Resolução nº 11 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais (CNLBGT, 2014), de caráter consultivo e orientativo, que, ao tratar do preenchimento de boletins de ocorrência pela autoridade policial, garante a autodeclaração da identidade de gênero e da orientação sexual.

O desafio das políticas antidiscriminatórias relativas às identidades sexuais e de gênero amplifica-se em face desse quadro normativo lacunoso e da complexidade das reivindicações identitárias contemporâneas. Em particular, no domínio jurídico antidiscriminatório, as políticas públicas colocam a pergunta sobre as identidades protegidas, cuja resposta parte da extensão e da compreensão da lista de critérios proibidos de discriminação. No que interessa a este estudo, o direito brasileiro, no art. 3º, IV, da Constituição de 1988, proíbe explicitamente a discriminação por motivo de sexo,³ ao que se acresce a previsão, em inúmeros instrumentos legislativos e administrativos, de identidades sexuais e de gênero protegidas de discriminação.

Assim como a interpretação dos critérios proibidos de discriminação não é estática, os sujeitos destinatários da proteção antidiscriminatória não são fixos e unos, mormente em matéria de sexualidade e gênero (Butler, 2003; Crenshaw, 2002). Diversos elementos operam de forma interseccional para a produção dos sujeitos, como os marcadores de raça, sexualidade, gênero, classe, entre outros, gerando experiências múltiplas e fluidas de sujeitos.⁴

³ Necessário registrar que os tribunais brasileiros, ao interpretar a previsão de proibição de discriminação por motivo de sexo, vem emprestando ao termo “sexo” compreensão ampla, alcançando o sexo biológico, o gênero, a orientação sexual e a identidade de gênero. Sobre o tema, ver Rios e Ávila (2016).

⁴ Sobre o tema, ver Rios e Silva (2015).

Em que pese a multiplicidade destas experiências, a linguagem dos direitos opera na lógica moderna de proteção identitária (Pecheny e Dehesa, 2009), na qual os destinatários das normas devem corresponder à identidade fixa e universal genericamente prevista, que representa os interesses dos grupos dominantes e reforça a cultura, os valores e as crenças da instituição tradicional (Tully, 2007). No campo do gênero e da sexualidade, as classificações dos sujeitos tomam a heterossexualidade como regra e os sujeitos a partir de padrões de inteligibilidade onde se postula “coerência” entre sexo, gênero e sexualidade (Butler, 2003). O direito contribui para criar esta mesma perspectiva que exclui aquelas pessoas que não correspondem aos padrões tidos como normais, como é o caso da população LGBTTI⁵ (Langley, 2006-2007).

Neste contexto, a autodeclaração em matéria de identidades sexuais e de gênero vai de encontro a classificações arbitrárias, heteronormativas e simplificadoras, informadas pelo binarismo de gênero em abordagens essencialistas das identidades sexuais, que acabam por subalternizar indivíduos e grupos em vez de protegê-los contra a discriminação.

Autodeclaração identitária sexual e de gênero: os riscos da heteroidentificação e a concretização de direitos

Brevemente exposta a previsão normativa relativa à autodeclaração étnico-racial e sua pertinência ao âmbito sexual e de gênero, impõe-se prosseguir nessa investigação, mediante a relação entre o debate étnico-racial e sua aplicação à sexualidade e ao gênero bem como considerando esse instituto para o fortalecimento das medidas antidiscriminatórias.

Identidades étnico-raciais, sexuais e de gênero: critérios identitários, heteroidentificação, arbitrariedade e concretização de direitos

Os riscos de arbitrariedade e de insuficiência percebidos na hetero-identificação étnico-racial também se apresentam na dinâmica identitária envolvendo sexualidade e gênero; subestimá-los implica comprometer a concretização de direitos fundamentais como a dignidade humana, a autodeterminação e a liberdade.

⁵ Sigla utilizada correntemente pelos movimentos sociais brasileiros contemporâneos, que por ela designam “lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais”. Neste sentido, ver Oliveira (2012) e Anis (2007).

Heteroidentificação: os riscos da arbitrariedade e insuficiência

A proteção antidiscriminatória de grupos minoritários⁶ (sejam eles raciais, étnicos, sexuais) envolve um dilema constitucional: de um lado, os mecanismos de proteção dependem da institucionalização da definição de quem são estes grupos ou pessoas por eles protegidos; de outro, a determinação clara de pertença a grupos minoritários é um desafio, porque se parte da premissa equivocada de que para definir quem faz parte de um grupo minoritário deve-se levar em conta certas características fixas e imutáveis a ele associadas. Contudo, as características de um grupo que merecem especial proteção e reconhecimento variam de acordo com a história e com a sociedade em questão, estando, portanto, em constante transformação.

Ainda, a inclusão de um grupo na proteção às minorias depende de como as suas demandas são vistas e compatibilizadas com a cultura majoritária. Desta forma, a escolha de quais grupos ou características merecem proteção é uma questão política, mais do que uma análise objetiva de certos critérios (Pap, 2014-2015). Salienta-se que a atribuição da identidade racial para determinado grupo traz consigo um perigo, pois pode servir a propósitos políticos diversos, podendo ser utilizada tanto na luta por direitos, como para subordinar grupos.

Pap (2014-2015) analisa este dilema constitucional, partindo da tríade “minorias étnicas, raciais e nacionais”, para demonstrar que os conceitos de raça, etnia e minorias nacionais são difíceis de serem definidos e muitas vezes se confundem. Salienta que o conceito de minoria é fluido e ambíguo, não havendo um critério fixo e universal para estabelecer quem deve ou não ser reconhecido como pertencente a um grupo minoritário. Nas demandas étnico-raciais antidiscriminatórias, por exemplo, as percepções externas são usadas como base de classificação do grupo. Já os pleitos por tratamento diferenciado ou por certos privilégios são analisados com base em critérios legais objetivos, somados à identificação subjetiva do grupo.

A percepção tradicional de raça, que elege critérios objetivos e determináveis de modo preciso, é incompatível com a compreensão de que a raça é um construto social e político e que pode ser exercida e avaliada de diversas formas. Como alternativa às abordagens essencialistas e tradicionais sobre identificação étnico-racial, Rich (2013-2014) propõe uma perspectiva

⁶ Grupos minoritários são aqueles que estão em posição inferior em determinada sociedade, ficando subordinados pelo grupo dominante em termos de status social, educação, emprego, saúde ou poder político (Pap, 2014-2015).

contextual da identidade étnico-racial,⁷ atenta à riqueza e à complexidade da dinâmica social, propiciando o fortalecimento da proteção antidiscriminatória. Assim, na abordagem tradicional da discriminação por motivo de raça esta ocorre a partir do status incontestado entre grupos raciais bem definidos, numa perspectiva essencialista. Já a perspectiva contextual pode compreender mais adequadamente situações que envolvem indivíduos e grupos que ocupam, nas palavras da autora, “as margens das categorias raciais”, cujas demandas se relacionam com o controle dos desdobramentos das definições de raça e dos termos em que seus corpos recebem sentidos raciais (Rich, 2013-2014).

Ela enumera quatro diferentes elementos envolvidos na identificação racial: a raça documental, constante em documentos e formulários administrativos; a raça social, atribuída pela sociedade de forma heterônoma; a raça privada, que corresponde à visão da pessoa sobre a sua própria identidade; e a raça pública, que é a identidade racial que a pessoa está preparada para ser reconhecida pelos outros. Tudo isso se apresenta e coexiste nos processos sociais de identificação racial, especialmente levando-se em conta a realidade complexa de sujeitos multirraciais, fenotipicamente ambíguos ou que estão no limiar entre raças, e podem ser invocadas conforme o contexto específico (Rich, 2013-2014).

Para Rich (2013-2014), a performatividade é um conceito chave neste processo. Isso porque a autodeclaração contribui para a construção da identidade racial, podendo ter efeitos sociais diversos, dependendo de como veiculada. Muitas vezes alguém declara sua raça levando em conta como é percebido pelos outros, ou como acha que outros esperam que se identifique, ou mesmo como modo de se conformar a maiorias, evitando o estigma e a discriminação. Desta forma, uma mesma pessoa pode declarar diferentes identidades étnico-raciais, sem qualquer veiledade, confusão ou desonestidade, a depender do contexto onde interagem os diversos elementos envolvido neste ato identificatório. Nesse quadro, há que se compreender que não há inconsistências comprometedoras, tanto para a definição de seu estatuto pessoal, quanto para a aplicação da legislação antidiscriminatória. Também fica claro que a identificação étnico-racial não pode se reduzir a um processo classificatório míope e simplório, que negue a riqueza e a complexidade da realidade social em que se constroem, atribuem e se afirmam as identidades.

⁷ Na elaboração de Rich (2013-2014), a expressão utilizada para designar esta abordagem é “elective race” (raça eletiva, em tradução livre). Neste trabalho, lançamos mão da expressão “perspectiva contextual da identidade étnico-racial”, para evitar incompreensões, que associassem à ideia de eletividade a pecha de capricho, veiledade ou até mesmo manipulação mal-intencionada no exercício da autodeclaração por parte de indivíduos discriminados que busquem proteção antidiscriminatória.

Daí a grave imprecisão de proposições apressadas e superficiais, contaminadas de essencialismo pobre e reacionário, que tentam reduzir, de modo descuidado e displicente, qualquer debate sobre identificação e autodeclaração étnico-raciais a imputações de fraude, diante de todas as situações em que a riqueza e a complexidade de sociedades plurais e dinâmicas se apresentam, mormente em contextos de mestiçagem, hibridismo e criouliização (Figueiredo, 2007). Importante mencionar que a percepção dessa dinâmica rica e complexa em que o papel do sujeito ganha tal relevo não impede que o estado utilize uma forma de reconhecimento racial diversa daquela declarada pelo sujeito para fins de acesso a políticas afirmativas, para proteção deste sujeito contra a discriminação ou mesmo para alimentar registros relevantes para a formulação e aplicação de medidas públicas e privadas antidiscriminatórias (Rich, 2013-2014).

Traçando um paralelo com as questões de sexo, gênero e sexualidade, os sujeitos se identificam de formas diversas, dependendo das questões perguntadas, o contexto em que as respostas são dadas e os eventos recentes da vida da pessoa. Como exemplo, Rich (2013-2014) traz a questão dos homossexuais que até certo momento da vida se identificam como heterossexuais, até “saírem do armário” e se identificarem como gays. Esta mudança, contudo, não significa que estavam escondendo da sociedade a sua orientação sexual. Pelo contrário, este exemplo reforça justamente a possibilidade de ocorrerem mudanças de compreensão dos próprios sujeitos, que se autopercebiam como heterossexuais e, com o passar do tempo, passam a adotar para si a identidade homossexual. Ademais, a autoidentificação pode mudar de acordo com o contexto. Assim, um homossexual pode se identificar como hetero em alguns locais, assumindo o comportamento esperado para esta identidade com o objetivo de evitar discriminação, ao passo em que pode se assumir como homossexual em outras situações, nas quais se sente mais a vontade para fazê-lo.

Esta movimentação dos sujeitos entre as diversas identidades raciais ou sexuais se relaciona com a ideia de performatividade (Butler, 2003), na medida em que as identidades vão sendo colocadas ao longo da vida das pessoas de forma voluntária e involuntária, a fim de identificá-las com um ou outro grupo. Ou seja, as diversas raças não são dadas e estanques, são produto das forças de poder que criam e classificam os sujeitos.

Diante desta complexidade inerente à raça, mas também às questões de sexo, gênero e sexualidade, percebe-se a insuficiência de modelos e compreensões que trabalham com conceitos rígidos e fixos. Assim, há a necessidade, do ponto de vista institucional, de que as normas e as decisões

judiciais se adequem para dar conta destas identidades inconstantes, reconhecendo-as e protegendo-as da discriminação (Rich, 2013-2014).

Essa perspectiva foi cunhada a partir da realidade dos Estados Unidos, que trabalha tradicionalmente com categorias fixas de identidade racial (branco ou negro). Contudo, diante do crescimento de grupos multirraciais, ambíguos ou de pessoas que ficam no limiar entre de duas raças, fez-se necessário pensar para além destas categorias duais e estanques. Se lá tal paradigma racial binário mostrou-se insuficiente, mais ainda no Brasil, em que a mestiçagem e fluidez das raças torna a questão ainda mais complexa.

Como ocorre com raça e etnia, os conceitos de sexo, gênero e sexualidade também não são unívocos, estáveis e rígidos, tendo significados diversos. No Brasil, os modelos hierárquico (ou popular), moderno e erótico também influenciam as formas de compreensão do sexo, gênero e sexualidade, trazendo significados distintos em cada uma destas esferas (Parker, 1991; Fry e MacRae, 1985). Ainda, as categorias podem ser utilizadas de formas diversas, conforme o contexto experimentado. Pense-se no caso de uma pessoa que se percebe como travesti (identidade privada), mas que se identifica formalmente como transexual para fins de acesso a tratamentos de saúde, mudança do nome do registro civil, entre outros (identidade documental). Esta estratégia se dá na medida em que a identidade transexual está mais relacionada com a realidade majoritária do que a travesti, pois trabalha dentro dos binarismos de gênero, da medicalização e adequação de eventuais incongruências entre sexo, gênero e sexualidade, e assim, se torna mais palatável.

Dada a multiplicidade de sentidos que as categorias identitárias apresentam e a possibilidade do seu uso de formas diversas, conforme a experiência de vida e a situação vivenciada, fica clara a impropriedade de “encaixar” os sujeitos em critérios fixos e rígidos, sendo necessário, assim como apresenta a perspectiva contextual, levar a sério as diversas formas de declaração dos sujeitos, de modo a proteger-lhes da discriminação. As normas antidiscriminatórias devem ser aplicadas de forma flexível, a fim de garantir a multiplicidade de identidades e de demandas a elas relativas (Narain, 2012).

As tentativas de classificação de raça, etnia ou nacionalidade são sempre arbitrárias e levam em conta a percepção da maioria, podendo gerar opressão. Da mesma forma, as classificações de sexo, gênero e sexualidade muitas vezes são usadas para subalternizar os sujeitos, colocando-os numa condição de cidadãos de segunda classe. Considerando que o gênero tem especial importância na nossa cultura, a identificação dos sujeitos como homem ou mulher, feminino ou masculino, é um pré-requisito para sua conformação como humano. Quem não corresponde a um dos gêneros binários estabelecidos

é visto como menos humano pela sociedade e pelo próprio sistema jurídico, que está baseado no binarismo de gênero. Contudo, as diversas formas de vivenciar o gênero indicam a insuficiência das categorias masculino e feminino (Langley, 2006-2007).

Como visto, o gênero não é fixo, ou seja, as pessoas podem se identificar de um jeito ou de outro, dependendo da situação. Ainda, duas pessoas podem usar a mesma categoria para se identificarem, mas significando coisas diferentes. Considerando a fluidez do gênero, percebe-se que as categorias binárias são insuficientes e utilizá-las pode gerar erros de identificação. Por exemplo, as travestis não se encaixam nem na categoria “homem”, nem na “mulher”, mas, pelo sistema binário e essencialista de gênero devem ser classificadas em uma destas categorias, mesmo que não traduzam a complexidade deste grupo (Langley, 2006-2007).⁸

As categorias binárias constroem as pessoas que não se conformam a elas a buscarem sua adequação, como a cirurgia de transgenitalização para transexuais mudarem o sexo no registro civil, sem o que não teriam direito à alteração registral, ao passo que permitem a punição às travestis, pois elas não buscam a adequação do sexo biológico ao gênero pelo qual se identificam. Assim, se o paradigma para conceituar o gênero é alterado, rompendo com os binarismos, grande parte da violência cometida contra as pessoas não inteligíveis (como é o caso das travestis) poderia ser erradicada (Langley, 2006-2007).

Todavia, o estado, ao endossar as concepções hegemônicas de gênero, privilegia as percepções majoritárias em detrimento dos sujeitos que não se conformam a elas. Concepções essencialistas não estão simplesmente declarando uma verdade natural, elas estão instituindo o binarismo de gênero como padrão de normalidade socialmente imposto. E ao fazê-lo, patologizam, discriminam e negam o reconhecimento legal e social para todos os sujeitos que não se conformam com a lógica binária (Langley, 2006-2007). Daí a afirmação de Borrillo (2011), ao alertar que a lógica binária dos sexos não-só cristaliza situações (como o nome e o sexo no registro civil), como também é usada para instituir a desigualdade de gays, lésbicas, travestis e transexuais e a manutenção da heteronorma.

Ao atuar na criação do gênero e determinar a identidade dos sujeitos, o direito acarreta diversos danos e inconsistências para quem não se conforma

⁸ A travestilidade pode ser conceituada de diferentes formas, conforme se pode depreender das principais etnografias produzidas sobre o tema, seja pela orientação sexual (Kulick, 2008), pelo sexo e gênero (Benedetti, 2005) ou pela identidade de gênero (Silva, 2007).

aos padrões de inteligibilidade. Necessário, portanto, abrir espaço para questionar como é formulado o ordenamento jurídico e propor alternativas. Para garantir direitos aos sujeitos não inteligíveis, é imprescindível uma perspectiva transformadora do gênero no direito, que ultrapasse os binarismos essencialistas e insuficientes para dar conta das complexidades e especificidades destes sujeitos. A autodeclaração e o reconhecimento da fluidez do sexo, do gênero e da sexualidade se apresentam como caminhos para o reconhecimento de direitos.

O instituto da autodeclaração e os princípios da liberdade, da autodeterminação e da privacidade

Mesmo não prevista explicitamente no ordenamento jurídico brasileiro, a autodeclaração de gênero pode ser invocada para garantir direitos, como a liberdade, a privacidade e a dignidade. Mais uma vez, os estudos sobre raça e etnia contribuem para desenvolver os fundamentos da autodeclaração de gênero, motivo pelo qual parte-se das duas dimensões com que a autodeclaração étnico-racial se relaciona com o estado, negativa e positiva.

A primeira se refere ao fato de que o estado não pode criar uma identidade étnico-nacional oficial e mandatária para os indivíduos; as pessoas devem ter o direito de optar por qualquer construto social que incorpore classificações étnico-raciais. Ainda, o estado não pode obrigar os indivíduos a se assimilarem à maioria, não pode negar o direito dos indivíduos a não se afiliarem involuntariamente a algum grupo dado e nem podem obrigar os sujeitos a fazerem uso de direitos de minorias, caso não queiram. Ninguém poderia, portanto, ser forçado a declarar a sua identidade, pois nome, gênero, religião, orientação sexual e identidade étnica fazem parte dos aspectos da vida privada dos sujeitos (Pap, 2014-2015). Diante de sexo, gênero e sexualidade, temos, no que tange ao aspecto negativo, os estados devem aceitar o pluralismo sexual e a equivalência entre todas as manifestações sexuais, não podendo promover uma ou outra forma de sexualidade (Borrillo, 2011). Reconhecido o direito à privacidade com relação ao sexo, gênero e sexualidade, deixa de ser obrigatória a declaração deste caracteres, gerando-se a consequente des-sexualização do direito, ou seja, o abandono da categoria obrigatória do sexo nos documentos estatais e na própria organização do direito (Borrillo, 2011).

O aspecto positivo se refere ao direito de os indivíduos se juntarem a um grupo ou comunidade, podendo esta escolha vincular-se a um objetivo relevante para a construção da identidade. A escolha das identidades não pode estar restrita a uma lista fechada, deve haver a liberdade de os sujeitos escolherem sua identidade de forma ilimitada, tendo em vista que as identidades

são fluidas e dinâmicas (Pap, 2014-2015). Nessa linha, como os corpos dos sujeitos dizem respeito a sua esfera de autodeterminação, sem interferir na liberdade alheia e não gerando danos a terceiros, a liberdade deve ser ampla. Só a eles cabe decidir como irão exercer seu sexo, seu gênero e sua sexualidade (Suiama, 2012).

Percebe-se que dois direitos são garantidos com o uso da autodeclaração, a privacidade e a autodeterminação, ambos relacionados ao direito à liberdade. O conceito de privacidade é desafiador, pois pode significar tanto a aplicação das leis antidiscriminatórias sem levar em conta a raça, como pode significar que não se deve ser cego à raça, e sim apenas levá-la em conta quando ela seja uma questão que gere discriminação. Ainda, pode ser compreendida como algo ofensivo, na medida em que passaria uma mensagem de vergonha racial (Rich, 2013-2014). Para Rich (2013-2014), a privacidade se relaciona com a noção de que a raça é usada para subordinação e, assim, deve ser garantido o direito das pessoas de reservarem para si sua opção racial. Ainda, é relacionada ao direito à dignidade, na medida em que possibilita que a pessoa controle os termos em que o seu corpo é racializado. Assim, se as informações privadas de um indivíduo são usadas contra ele, há violação do seu direito de dignidade. A dignidade das pessoas é ofendida também quando a elas é designada uma ou outra categoria de identificação, furtando-as de escolherem sua identidade (Rich, 2013-2014).

Langley (2006-2007), por sua vez, critica a vinculação dos tribunais ao direito à privacidade, entendendo que o direito à liberdade propriamente dito é mais amplo e assim garante mais direitos. Isto porque a liberdade reconhece demandas que ultrapassam a vida privada e revela que a dicotomia público/privado é limitada, na medida em que o gênero é pessoal, mas também é público. Utilizando o direito à liberdade, protege-se o gênero tanto no aspecto privado, quanto no público. A autora refere a mudança de foco da privacidade para a liberdade, estando este conceito em constante evolução. Neste sentido, há uma disputa que deve ser travada acerca do seu conteúdo, definindo se é um direito baseado na história, nas tradições e na consciência das pessoas, ou se deve proteger as minorias da tirania da maioria (calcada justamente na história e nas tradições) (Langley, 2006-2007).

Langley (2006-2007) propõe uma mudança de perspectiva sobre autodeclaração de gênero. Em lugar de tomar a ordem dada, histórica e culturalmente construída, para, a partir dela, garantir direitos, deve-se partir do direito à liberdade e verificar se o caso concreto se encaixa na proteção constitucional. Ao fazer isso, o demandante não necessita romper com todos os argumentos da ordem vigente, como os binarismos de gênero, demonstrando que, apesar dela,

tem direitos. Pelo contrário, deve evidenciar que a sua demanda está vinculada à proteção da sua liberdade. Desta forma, pode-se romper com os binarismos essencialistas que fundamentam a ordem jurídica vigente.

Reconhece-se que o direito a relacionamentos íntimos e à integridade corporal são decorrências da liberdade, sendo a autonomia e a possibilidade de autodescoberta contingentes a tais direitos. A autonomia em áreas fundamentais para a pessoa (como é o caso do gênero) repercute, portanto, na esfera do gênero. Assim, como o gênero é central para a pessoa e para a sua compreensão social, não deve ser definido pelo estado. Pelo contrário, o indivíduo deve ter agência para se identificar, se apresentar e construir a produção de seu gênero. A interferência do estado nesse processo viola o direito à autodeterminação, e consequentemente a liberdade (Langley, 2006-2007).

A classificação estatal produz danos para quem não se conforma com o gênero e também falha em classificar as pessoas não inteligíveis. Portanto, a utilidade de tal classificação se mostra questionável, se comparada à autodeclaração, que protege o direito à liberdade. Como consequência, teremos o aumento do número de gêneros, a maior exatidão na classificação das pessoas que existem fora dos binarismos de gênero e a retirada da marca de gênero dos procedimentos oficiais, como refere Langley (2006-2007).

Autodeclaração de gênero e fortalecimento das medidas antidiscriminatórias

Apesar da constatação de que o estado não deve ter o poder de categorizar as pessoas, ele deve utilizar o gênero para protegê-las da discriminação (Langley, 2006-2007). A aplicação das leis antidiscriminatórias, contudo, não dependerá da comprovação de que a pessoa corresponde a um determinado gênero, basta demonstrar que a discriminação ocorreu em razão do gênero da pessoa, seja ele qual for.

Em que pese a autodeclaração ser um caminho importante para proteção de direitos, seja na via da privacidade, seja na da liberdade ou na perspectiva da antidiscriminação, é importante ressaltar que, como as identidades podem ser definidas de diversas formas, nem sempre a autodeclaração será a melhor alternativa para garantia de direitos. Quando houver discriminação, a identidade atribuída de forma heterônoma deve ser levada em conta para a proteção do sujeito discriminado. Isto porque, apesar da complexidade em se definir quem corresponde a determinado conceito, quem comete crimes ou discrimina minorias não tem dificuldade em identificá-las. Assim, em casos de violação de direitos, deve-se utilizar a percepção da maioria para proteger minorias da discriminação (Pap, 2014-2015).

Borrillo (2011), ao propor a des-sexualização do direito, ou seja, o abandono da categoria sexo para identificar os indivíduos, defende que não se deve renunciar as políticas antidiscriminatórias baseadas no sexo ou no gênero. Neste sentido, o autor refere que uma coisa é o gênero-identificação, que deve ser abolido, e outra é o gênero-proteção, que deve ser mantido. O gênero-proteção não depende, como já dito, da adequação a um determinado gênero, e sim, requer que a discriminação tenha se dado por motivo de gênero.

O autor salienta que podem ser concretizadas políticas antidiscriminatórias independentemente da obrigação do estado em determinar aos indivíduos um gênero ou outro. Como exemplo, refere as ações afirmativas relacionadas à raça ou à religião, nas quais os sujeitos se autoidentificam como pertencentes a determinado grupo racial, étnico ou religioso se desejam se beneficiar das medidas próprias da igualdade material (Borrillo, 2011). Transpondo-se para o campo desta pesquisa, deixar a cargo dos sujeitos que se identifiquem para fins de acesso a direitos não exclui a proteção do estado para a discriminação que venham a sofrer a partir das percepções externas da sua identidade. Retirar do estado a detenção do poder de classificar os sujeitos não significa adotar uma política cega para o gênero. Pelo contrário, significa reconhecer a fluidez desta categoria, as diversas possibilidades do seu exercício, bem como a sua proteção, respeitando a percepção do indivíduo, e as motivações de eventuais discriminações.

Considerações finais

O conceito de autodeclaração, cunhado no paradigma da raça e etnia pode ser estendido para o âmbito do sexo, do gênero e da sexualidade, como uma alternativa à categorização dos sujeitos pelo direito, na medida em que evita classificações estatais arbitrárias, heteronormativas e insuficientes, devendo ser utilizada para fins de acesso a direitos.

Contudo, o uso da autodeclaração não exclui a proteção do estado nos casos de discriminação que venham a ocorrer em razão das percepções externas sobre os sujeitos. Isto porque, retirar do estado o poder inquestionável e exclusivo de classificar os sujeitos não significa adotar uma política cega para o gênero e para a sexualidade. Pelo contrário, significa reconhecer a fluidez destas categorias, as diversas possibilidades do seu exercício, bem como a sua proteção, respeitando a percepção do indivíduo, e as motivações de eventuais discriminações.

Desta forma, percebe-se que a efetiva aplicação da legislação antidiscriminatória deve se dar de duas formas diversas. No que tange ao

acesso a direitos, deve-se reconhecer a possibilidade de o sujeito apontar por qual(is) critério(s) proibido(s) de discriminação se identifica. Já quando há violação de direitos e manifestações discriminatórias, o estado deve-se basear na percepção de quem o discriminou.

Referências

- ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, Associação Lésbica Feminista de Brasília Coturno de Vênus. *Legislação e Jurisprudência LGBTTT*. Brasília: 2007.
- ARGENTINA. *Lei n. 26.743*, de 23 de maio de 2012.
- BENEDETTI, Marcos. *Toda feita: o corpo e o gênero das travestis*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.
- BOLÍVIA. *Lei n. 807*, de 21 de maio de 2016.
- BORRILLO, Daniel. Por una teoría queer del derecho de las personas y las familias. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 39, p. 27-51, 2011.
- BRASIL. *Lei n. 12.288*, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186* – DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 26 de abril de 2012. Diário da Justiça Eletrônico. 20 out. 2014.
- BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis E Transexuais. *Resolução n. 11*, de 18 de janeiro de 2014. Resolução. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 18 jan. 2014.
- CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Estudos Feministas*, v. 10, n. 1, p. 171-188, 2002 <[10.1590/S0104-026X2002000100011](https://doi.org/10.1590/S0104-026X2002000100011)>.
- FIGUEIREDO, Eurídice. Os discursos da mestiçagem: interseções com outros discursos, críticas, ressematizações. *Gragoatá (UFF)*, v. 12, n. 22, p. 63-84, 2007.
- FRY, Peter; MACRAE, Edward. *O que é homossexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- KULICK, Don. *Travesti: prostituição, sexo, gênero e cultura no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.
- LANGLEY, Laura K. Self-determination in a gender fundamentalist state: toward legal liberation of transgender identities. *Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights*, v. 12, p. 101-130, 2006-2007.
- NARRAIN, Siddarth. Gender identity, citizenship and state recognition. *Socio-legal Review*, v. 8, n. 2, p.106-115, 2012.
- OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. *Direitos sexuais de LGBTTT no Brasil: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2012.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. *Constituição e seu anexo* (Declaração de Filadélfia), 1944.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. *Convenção n. 169*, de 1989. Convenção.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. *Convenio n. 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual*. OIT: Genebra, 2003.

PAP, Andrés L. Is there a legal right to free choice of ethno-racial identity? Legal and political difficulties in defining minority communities and membership boundaries. *Columbia Human Rights Law Review*, n. 153, p. 153-232, 2014-2015.

PARKER, Richard. *Corpos, prazeres e paixões: a cultura sexual no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Best Seller, 1991.

PECHENY, Mario; DE LA DEHESA, Rafael. Sexualidades y políticas en América Latina: un esbozo para la discusión. In: *Dialogo latinoamericano sobre sexualidad e geopolítica*. Observatorio de Sexualidad y Política, 2009.

RICH, Camille Gear. Elective race: recognizing race discrimination in the era of racial self-identification. *The Georgetown Law Journal*, v. 102, p. 1501-1572, 2013-2014.

RIOS, Roger Raupp; ÁVILA, Ana Paula. Mutação constitucional e proibic o de discriminação por motivo de sexo. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 1, p. 21-47, 2016 <[10.12957/dep.2016.17987](https://doi.org/10.12957/dep.2016.17987)>.

RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo. Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação. *Revista Brasileira de Ciência Política*, v. 16, p. 11-37, 2015 <[10.1590/0103-335220151602](https://doi.org/10.1590/0103-335220151602)>.

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

SUIAMA, Sérgio Gardenghi. Um modelo autodeterminativo para o direito de transgêneros. *Boletim Científico ESMPU*, v. 37, p. 101-139, 2012.

TULLY, James. *Strange multiplicity: constitutionalism in an age of diversity*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.

URUGUAI. *Lei n. 18.620*, de 17 de novembro de 2009.

Recebido em: 11 jul. 2017.

Aprovado em: 29 jan. 2018.

Autora correspondente:

Alice Hertzog Resadori

Rua Garibaldi, 1071/302 – Bom Fim

90035-052 Porto Alegre, RS, Brasil