



Direitos fundamentais negados a pessoas trans: a materialidade dos corpos e a axiologia do princípio da dignidade humana

Gustavo Borges Mariano

<http://orcid.org/0000-0003-2019-5952>

Resumo: Após aprovação da Lei de Identidade de Gênero na Bolívia, deu-se início ao pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo que realçava o exercício de todos os direitos fundamentais das pessoas trans. O problema da pesquisa é a decisão de inconstitucionalidade do casamento de pessoas trans no Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia e tal decisão foi analisada a partir do esquema metódico de Castanheira Neves. De forma indutiva, pretende-se analisar os argumentos em torno do casamento para pensar mais amplamente outros direitos negados a pessoas trans, inclusive no Brasil. Percebe-se que: a decisão foi baseada na teoria tradicional da interpretação; ela não foi capaz de avaliar os necessários fundamentos do sistema; e que o direito a se casar não é exclusivo de pessoas cisgêneras. Ao mesmo tempo, estudos de gênero e teorias transfeministas são usados para compreender sentidos ontológicos sobre a performatividade e as ficções de gênero constituídas do processo, as quais excluem a existência de pessoas trans. A discussão jurídico-metodológica possibilita o entendimento de que a dignidade humana assume um sentido prático-normativo que fundamenta a realização de direitos negados a pessoas trans.

Palavras-chave: Pessoas trans; Princípios; Metodologia Jurídica.

Fundamental rights denied to trans people: the materiality of the bodies and the axiology of the principle of human dignity

ABSTRACT: After the approval of the Gender Identity Law in Bolivia, a Constitutional Review was started demanding the unconstitutionality of the article about trans people exercising their fundamental rights. The research problem is the decision of unconstitutionality of trans people's marriage in the Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, and this decision was analyzed through Castanheira Neves' methodic scheme. By induction, the aim is to analyze the claims around the marriage to comprehend the other rights denied to trans people, including the cases in Brazil. It was perceived that: the decision was based on the traditional theory of interpretation; it was not capable of evaluating the necessary founding of the system; and the right to marry is not exclusive for cisgender people. At the same time, gender studies and transfeminist theories are used to comprehend ontological meanings about the gender performativity and its fictions of the judicial

process, which excludes the existence of trans people. The juridical-methodological discussion enables understanding that human dignity assumes a practical-normative sense that gives foundation to the realization of rights denied to trans people

Keywords: Trans people; Principles; Juridical Methodology.

Introduction

O contexto latino-americano em relação a pessoas trans tem sido marcado macropoliticamente pelas violências, como vemos neste trecho de manifesto do dia 8 de março da *Red Latinoamericana y del Caribe de personas trans*:

Mulheres trans, já vivemos uma situação histórica de emergência, pobreza estrutural, exclusão social, devido à ausência de políticas públicas estatais, então, a pandemia agravou o que já vivemos, empurrando-nos um pouco mais para a morte. O machismo dos governos e a violência institucional é ainda mais explícita e violenta nestes tempos pandêmicos¹.

Parte dessa violência institucional foi consagrada na Bolívia em 2017 com o acórdão da ação de inconstitucionalidade abstrata do Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia que apreciou a constitucionalidade de muitos artigos da nova Lei de Identidade de Gênero daquele país, promulgada em 21 de maio de 2016. O foco será na declaração de inconstitucionalidade do artigo 11, II, que dispõe o seguinte: “*El cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen, permitirá a la persona ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales, así como las obligaciones inherentes a la identidad de género asumida*”.

A decisão ocorreu mais de um ano após a lei ter sido promulgada e nesse tempo, pessoas trans² se casaram, o que gera insegurança jurídica. Além disso, para se conseguir alterar o nome e o sexo no registro civil da Bolívia é necessário preencher e executar doze requisitos, o que impede muitas pessoas de fazerem-no. Sendo que isso em um país em que há discriminação dentro das famílias, no trabalho e nas ruas, com violências físicas, simbólicas e institucionais – sendo 14% das discriminações realizadas por servidores públicos³.

Esta pesquisa é realizada em uma conjuntura latino-americana e brasileira muito específica, o que

¹ RedLacTrans. **COMUNICADO: 8 DE MARZO DÍA INTERNACIONAL DE LAS MUJERES ;NI UNA TRANS MENOS!** 08 de março de 2021. Disponível em: <<http://redlactrans.org.ar/site/8-de-marzo-ni-una-trans-menos/>>. Acesso em 04 de maio de 2021.

² Utiliza-se aqui o termo “pessoas trans” para englobar uma variedade de identificações (e não-identificações) possíveis, tais como transexuais, travestis, transgênero e pessoas não-binárias. No geral, pessoas trans são aquelas que não se identificam com o sexo/gênero designado ao nascer. O que está aqui em questão são principalmente os casos de homens e mulheres trans porque na Bolívia não é ainda permitido ter um gênero neutro ou não-binário no registro civil e isso não é objeto de discussão deste texto. RedLacTrans. **Guía de incidencia política para conseguir una ley de identidad de género**. 07 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://issuu.com/redlactrans/docs/gu_a-de-incidencia-pol_tica-para->. Acesso em: 04 de maio de 2021. JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. 2012. Disponível em: <https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989>. Acesso em 04 de maio de 2021.

³ RedLacTrans. **“BASTA DE GENOCIDIO TRANS” – INFORME CEDOSTALC 2018 – BOLÍVIA**. 2018, p. 16, 20. Disponível em: <<http://redlactrans.org.ar/site/basta-de-genocidio-trans-informe-cedostalc-2018-bolivia/>>. Acesso em 04 de maio de 2021.

torna a decisão muito relevante para reflexões críticas: a Bolívia é um dos únicos países a terem uma Lei de Identidade de Gênero na América Latina (sendo que no Brasil temos apenas os julgamentos recentes do Supremo Tribunal Federal) e é um dos países relevantes para o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Diante disso, entende-se que outras duas abordagens poderiam ser feitas, a partir dos estudos de gênero e com o olhar desse novo constitucionalismo. Contudo, nesse momento, importa também um olhar filosófico-jurídico que está preocupado com a maneira de se interpretar juridicamente, sendo que isso não estará afastado dos estudos de gênero, mas os realoca na posição de análise sobre os conceitos de gênero dentro da esfera da hermenêutica, o que possibilitará uma análise de intencionalidade normativa. .

No Brasil, em agosto de 2018, foi noticiado o caso de Ágata, mulher trans, mãe de Bento, junto a Chaiane, mulher cis, que não conseguiu ainda ser incluída na certidão de nascimento do filho como mãe biológica, apenas socioafetiva: “me orientaram a fazer a certidão só em nome da outra mãe e eu ser registrada como mãe socioafetiva. É o que costumam fazer. Mas, eu sou mãe biológica. Bento é meu único filho e acho que será o único filho biológico possível de nós duas”⁴. Tal caso se assemelha concretamente com o problema que é enfrentado na Bolívia, o que indica que outros casos surgirão no Brasil e serão levados ao Judiciário.

Tendo isso em vista, uma análise sobre interpretação jurídica é relevante para o futuro do direito, o qual ainda tem sido negado a pessoas trans. O intuito do trabalho é esclarecer a metodologia do pensamento jurídico em um caso sobre pessoas trans, ao invés de apenas fazer uma leitura discursiva e simbólica de processos de normalização e subjetivação. O que está em questão é a “autonomia de uma perspectiva interna⁵”, ou seja, a reflexão da objetivação do direito, com o auxílio de um método jurídico, que encaminha a teoria do direito a uma realização do direito como prático-reflexiva (em outras palavras, o pensamento que explicita a juridicidade e a constituição do direito em sua unidade histórico-cultural⁶).

O estudo a ser feito tem como base o esquema metódico de Castanheira Neves e a construção jurisprudencialista como crítica ao positivismo jurídico, por isso é necessária uma análise da decisão tanto sob uma visão da teoria tradicional da interpretação como da jurisprudencialista. A decisão será revista a partir de um ponto de vista metodológico para entender como foi escolhido um critério constitucional para resolução do problema de constitucionalidade abstrata. A hipótese inicial foi que a interpretação constitucional realizada foi positivista, por isso a proposta da investigação de se reler o caso com a ótica jurisprudencialista. Para tal tarefa, a análise seguirá três momentos: a apresentação geral da decisão, a

⁴ FOLHA DE S. PAULO. **Mãe trans é impedida de registrar filho biológico em cartório no RS**. 27 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/08/mae-trans-e-impedida-de-registrar-filho-biologico-em-cartorio-no-rs.shtml>>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

⁵ LINHARES, José Manuel Aroso. A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o «testemunho» crítico de um «diferendo»? In **Revista de Humanidades e Tecnologias**. Lisboa. n.º 12, 2008, p.p. 109.

⁶ NEVES, António Castanheira. **Teoria do Direito**: lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999, policopiado, Coimbra, 1998, p. 28. Analisar tal decisão a partir de um ponto de vista interno ao Direito é uma oportunidade de explorar simultaneamente três questões de forma comprometida com a autonomia do Direito: primeiramente, o entendimento jurisprudencialista quanto ao processo decisório e ao Direito como sistema; em segundo lugar, a importância dos princípios e sua abertura histórica para novas interpelações do sistema; e a relevância da dignidade em um caso jurídico de um grupo minoritário, o de pessoas trans. A contribuição desse estudo se destina para um diálogo mais profícuo entre dogmática e metadogmática, compreendendo que o discurso dogmático constitucional pode não se conectar com uma reflexão mais profunda sobre o que é Direito, ontologicamente, portanto está apartado da própria noção de juridicidade e, porque não, da noção de *pessoa* como aquisição axiológica – em que há reconhecimento recíproco entre os sujeitos como pessoas, não só como direito, mas como dever intersubjetivo. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito. In: _____. **Digesta**: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 9-48.

escolha do critério por meio da interpretação tradicional e a releitura jurisprudencialista. Esta se divide em três etapas: apresentação breve do jurisprudencialismo com sua crítica ao positivismo e sua proposta sobre os princípios como fundamento do sistema; a distinção do caso constitucional em questão de fato e questão de direito; e a apresentação de duas hipóteses de casos concretos que intencionariam outros critérios infraconstitucionais para resolver o caso, o que ajudará a iluminar o problema da intencionalidade da norma constitucional escolhida como critério.

Mais do que demonstrar a possibilidade de constitucionalidade (e de juridicidade) do artigo que foi declarado inconstitucional (o que viria a impedir pessoas trans de se casarem), esse caminho auxilia a perceber outro método de escolha do critério a partir dos fundamentos do sistema e não puramente do texto das normas constitucionais. Ademais, será possível perceber que quando se coloca o caso como *prius* da metodologia, é colocado em causa o modelo de interpretação que parte de um direito pré-objetivado e configurado epistemologicamente, distante do problema. Nesse caso, especialmente, a própria condição de humanidade⁷ fica em cheque, pela significação do que é ser homem e mulher e pela desconsideração do direito de pessoas trans se casarem.

Entendimento do Tribunal

O tribunal entendeu que, por conta do artigo 63 da Constituição⁸, sobre casamento entre homem e mulher, o artigo sobre os direitos fundamentais da referida lei (art. 11, II) é inconstitucional. Esse artigo não estaria de acordo com a norma constitucional, pois não se poderia exercer absolutamente o direito à identidade de gênero, que seria apenas de foro íntimo e não podendo, portanto, atingir “direitos de terceiros”⁹.

Por conta desse artigo, a pessoa que mudou nome e sexo poderia ser uma fraude e contrariar direitos de terceiros, tais como atingir o fim do casamento, que não é só a procriação, mas o cuidado de crianças. E explicitam claramente que o matrimônio é apenas para homem e mulher e não para quem exerce seu direito à identidade de gênero¹⁰. Compreenderam que a pessoa voluntariamente assume uma (outra) identidade de gênero que não corresponde ao sexo, o que pode afetar o superior interesse da criança e que, apesar de não haver requisito de cisgeneridade para os adotantes, tal matéria, assim como a do casamento, deve ser discutida pela Assembleia Legislativa.

Outro direito que não teria um acesso imediato de acordo com a nova identidade de gênero jurídica seria a da participação de pessoas trans nos processos eleitorais de acordo com as cotas de gênero daquele país, afinal as cotas de gênero são devido à vulnerabilidade as mulheres para que haja o reconhecimento

⁷ O sentido de humanidade no Jurisprudencialismo se refere à condição ético-moral do humano, principalmente no que tange à sua dimensão pessoal em relação à comunidade, que não pode ter sua axiologia prejudicada pela comunidade, e deve exercer sua responsabilidade perante a comunidade.

⁸ Art. 63 I. El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

II. Las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquéllas.

⁹ BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. **Sentencia Constitucional Plurinacional 0076/2017**, Bolívia, 9 de novembro de 2017, p. 44.

¹⁰ Idem, p. 45.

desse grupo¹¹ (como se mulheres trans não fossem mulheres).

Cumpramos ressaltar que o Tribunal esclareceu seu entendimento sobre esse artigo no Auto Constitucional Plurinacional 0028/2017-ECA no dia 13 de novembro de 2017, quatro dias após a decisão. Reforçaram que o direito à autoidentificação de gênero (daqueles que optaram pelo câmbio da identidade “como uma expressão de sua livre determinação de vontade e direito a decidir a orientação sexual e/ou identidade de gênero”¹² e os direitos civis, políticos, trabalhistas, sociais estão resguardados. A inconstitucionalidade é apenas quanto às “circunstâncias em que a alteração de gênero pode dar lugar a afetação dos direitos de terceiro e do interesse coletivo”¹³.

Importante elucidar também qual foi o entendimento em relação a outros artigos da lei, porquanto a decisão não se deu fechada a outros aspectos e reconheceu certos direitos como constitucionais, o que servirá para a análise nessa investigação sobre a coerência da própria decisão.

Quanto ao primeiro artigo da lei¹⁴, sustentaram que a mudança dos dados de nome e sexo fazem parte do livre desenvolvimento da personalidade, o qual se limita ao viver individual, e que o direito deve salvaguardar os direitos das pessoas mesmo tendo disforia de gênero por força da igualdade moral¹⁵. A decisão também demonstrou que não há uma relação causal necessária direta e essencial entre sexo biológico e identidade de gênero. Além disso, contra as alegações de que esse direito à identidade de gênero fosse violar direitos de terceiros, consideraram que isso seria pressupor situações futuras que o próprio sistema jurídico teria como proteger¹⁶.

No juízo de constitucionalidade do art. 3.2¹⁷, alegam que não há uma “superioridade injustificada” entre pessoas que mantêm a coerência sexo/gênero (cisgêneros) e aqueles que não (pessoas trans). Dessa forma, não haveria que se falar em “*mutilación’ da condición humana*”, pois ao eleger outro gênero, não há “*nenhuma alteração material da condición humana*”¹⁸.

Essa leitura inicial abre para questões sobre os caminhos metodológicos usados para a escolha de um critério para resolver a questão de inconstitucionalidade colocada sobre o artigo 11, II, e sobre sua interpretação. Seguindo as lições de Castanheira Neves e de Bronze, compreender-se-á leituras jurídico-metodológicas possíveis para o caso em questão. Começando pela teoria tradicional, a qual, a título de hipótese, pode ter sido usada para a resolução da questão jurídica que daremos enfoque, seja ele o do artigo já suscitado (11, II).

¹¹ Idem, p. 47.

¹² BOLÍVIA. **Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0076/2017**, Bolívia, 9 de novembro de 2017. 45, tradução livre.

¹³ Idem, p. 5, tradução livre.

¹⁴ “La presente Ley tiene por objeto establecer el procedimiento para el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen de personas transexuales y transgénero en toda documentación pública y privada vinculada a su identidad, permitiéndoles ejercer de forma plena el derecho a la identidad de género”.

¹⁵ BOLÍVIA. **Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0076/2017**, Bolívia, 9 de novembro de 2017, p. 35.

¹⁶ Idem, p. 36.

¹⁷ “Art. 3 [...] II - Identidad de Género. Es la vivencia individual del género tal como cada persona la siente, la vive y la ejerce ante la sociedad, la cual puede corresponder o no al sexo asignado al momento del nacimiento. Incluye la vivencia personal del cuerpo que puede implicar la modificación de la apariencia corporal libremente elegida, por medios médicos, quirúrgicos o de otra índole”.

¹⁸ BOLÍVIA. **Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0076/2017**, Bolívia, 9 de novembro de 2017, p. 37, tradução livre.

Leitura do caso de acordo com a teoria tradicional da interpretação

Para resolver o problema de inconstitucionalidade, o critério que foi selecionado foi o artigo 63 da Constituição da Bolívia, que afirma tal condição inconstitucional: a letra da lei define que o matrimônio entre uma mulher e um homem se constitui por vínculos jurídicos e se baseia na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, o que impede pessoas trans de se casarem.

Essa leitura está baseada no conhecimento da Escola da Exegese com sua estrutura lógico-substantiva, para a qual o direito era o mesmo que a lei e o código, sendo ele o próprio enunciado determinado jurídica-dogmaticamente¹⁹. A letra da lei, ao ser “*analísada filológico-gramaticalmente*”²⁰, corresponde ao sentido encontrado pelo tribunal.

A interpretação nesse caso foi explicitamente subjetivista, pois prezavam a vontade do constituinte (a “*vontade real, subjetivo-histórica ou histórico-psicológica do legislador*”²¹) de acordo com o critério de interpretação do artigo 6, I, da Lei 027/2010, Lei do Tribunal Constitucional Plurinacional²². A vontade do constituinte seria o que significou a norma-texto como limitada a “mulheres e homens”. Ao mesmo tempo, negaram uma possibilidade objetivista ou mista ao não invocarem o inciso II daquele mesmo artigo²³, que ampliaria as possibilidades de sentidos que viriam imanentes na norma-texto²⁴ (invertendo a ideia anterior de que era o autor-legislador que dava o sentido). O sentido constitucionalmente admissível seria apenas o casamento entre homens e mulheres cisgêneros²⁵, sentido esse assimilado sistematicamente para a futura subsunção dos casos pelas normas aplicáveis²⁶. O sentido que tem uma atinência verbal²⁷ ao enunciado normativo é que a união seja entre dois genitais que se complementem sexualmente para a

¹⁹ BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. Lisboa: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010p. 776, 777.

²⁰ Idem, p. 778.

²¹ NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 98.

²² “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará, con preferencia, la voluntad del constituyente de acuerdo con los documentos, actas y resoluciones de la Asamblea Constituyente”. BOLÍVIA. **Lei n. 027 de 30 de junho de 2010**. Disponível em: <http://www.diputados.bo/leyes/ley-n%C2%B0-027>.

²³ “En cualquier caso, las normas se interpretarán de conformidad con el contexto general de la Constitución Política del Estado, mediante un entendimiento sistemático de ésta, orientado a la consecución de las finalidades que persiga” Idem.

²⁴ NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 99.

²⁵ A noção de cisgêneridade explica, desloca e denuncia o eixo referencial de normalidade presumido nessa decisão e isso será explicado de forma mais detalhada no texto. Pessoas cisgêneras são aquelas que se identificam com o sexo/gênero designado ao nascer, enquanto pessoas transgêneras são aquelas que não se identificam com o sexo/gênero designado ao nascer. Jaqueline Gomes de Jesus ressalta que o termo cisgênero foi criado por transfeministas justamente para demonstrar que pessoas cisgêneras também têm uma identidade de gênero, pois este termo é geralmente ligado apenas a pessoas trans, muitas vezes em um sentido patologizante, e não se reconhecer a vivência de identidade de gênero como geral. JESUS, Jaqueline Gomes de. Operadores do direito no atendimento às pessoas trans. **Revista Direito e Práxis**, 2016, v.7, n. 15, 2016, p. 548. Amara Moira percebe como a ideia de pessoas “trans” vem de uma metáfora, da criação de uma linha que denomina quem se está do mesmo lado (cis) e quem o atravessa: “aquilo que cruza, que transpassa, que atravessa e aquilo que permanece sempre dum mesmo lado, que margeia, que não cruza, que deixa de cruzar, tudo em função duma dada linha”. A autora analisa a construção da ideia de cisgêneridade a partir da noção de que pessoas cis construíram a noção de ser trans para nomear aqueles que atravessam a linha que separa homem e mulher. Essa nomeação reduz e identifica, dentro de certos parâmetros, o que é ser trans. Os movimentos transfeministas desde a década de 90 têm nomeado as pessoas não-trans de cis, justamente para explicitar a criação dessa linha de gênero e para perceber-se “com cada vez mais clareza que a insuficiência daquilo que dizem que somos [nós, pessoas trans] tem que ver, sobretudo, com a recusa em se situarem, em dizerem quem são, ao falarem de nós, dado que são essas as pessoas majoritariamente que falam de nós, por nós”. RODOVALHO, Amara Moira. Cis By Trans. **Revista Estudos Feministas**, v. 25, n. 1, 2017, p. 365 e 367.

²⁶ NEVES, António Castanheira. Método Jurídico. In: _____. **Digesta: Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1995a, p. 307.

²⁷ O elemento gramatical seria elemento básico. Como lecionou Manuel de Andrade, começa-se a interpretação pela letra da lei, que limita os sentidos da norma, sendo essa a função negativa do elemento gramatical. Há preferência aos sentidos mais próximos da literalidade, não sendo ela imposta, mas sugerida. Como o objeto da interpretação é o texto, o elemento gramatical é a expressão textual e assim, com ele, se cumpre o cânone da interpretação. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Sentido e Valor da Jurisprudência, in **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n. 48. Coimbra, 1972, p. 274.

reprodução, pressupondo, como significado etimológico, uma inseparabilidade natural entre sexo e gênero.

O estabelecimento de fronteiras para a interpretação jurídica é focado na construção gramatical “entre uma mulher e um homem”, passagem essa que não apresenta qualquer advérbio de exclusão como *só, somente ou apenas*. O sentido ínsito da norma impediria, nesse caso, que qualquer outra norma infraconstitucional permitisse outras uniões além da citada.

Apesar de levantarem o critério de interpretação subjetivista, não mobilizaram explicitamente o elemento histórico que o critério evocava, sem referência direta a quaisquer materiais legislativos, e prezaram pelo elemento gramatical em seu valor positivo²⁸. Ademais, como já afirmado, não trouxeram à baila possibilidades de uma interpretação unitária com os elementos sistemático e teleológico.

Por isso seguem uma aplicação lógico-dedutiva ao mobilizarem o conceito de matrimônio entre homem e mulher como premissa maior e aplicarem à premissa menor da norma que se refere aos casos em que pessoas trans mudaram o nome e o sexo. A conclusão é que pessoas trans escolhem mudar seu gênero e por isso não se enquadram nessa previsão de “mulher e homem”. A resolução do caso seria pela interpretação e determinação dogmática do direito objetivado nas normas, não os tratando como um problema prático, mas teórico²⁹.

Seguiu-se, portanto, uma metodologia tradicional ao selecionar um critério constitucional para resolver diretamente a constitucionalidade, interpretando-o como texto, compreendendo que o conceito de matrimônio é única e exclusivamente entre homem e mulher cisgêneros e aplicando lógico-subsuntivamente aquele critério com esse conceito elaborado para obter a solução da inconstitucionalidade do artigo infraconstitucional.

Jurisprudencialismo

A teoria jurisprudencialista estabelece uma crítica à interpretação tradicional, com seus cânones estabelecidos nessas dimensões hermenêutica, epistemológica e técnica³⁰. O ponto mais importante é que o direito não é mais equivalente à lei e é necessária uma referência transpositiva para que ele se realize em seu sentido histórico-culturalmente constituindo com intencionalidade prático-normativa, não com uma intencionalidade descoberta nas determinações do legislador³¹.

O Jurisprudencialismo assume outra postura quanto à metodologia jurídica, se afastando de uma índole aplicativo-subsuntiva para uma judicativo-decisória³². A decisão é o centro dessa teoria, por isso a realização do direito não é um ato normativo que separa a interpretação da aplicação e da integração,

²⁸ O valor negativo do elemento gramatical reflete que “*só seriam admissíveis os sentidos da lei que fossem possíveis segundo o texto*” e, pelo valor positivo, o sentido mais desejado é aquele que corresponder mais naturalmente ao texto. NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 104.

²⁹ NEVES, António Castanheira. Método Jurídico. In: _____. **Digesta: Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1995a, p. 308.

³⁰ BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. Lisboa: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 787, 788.

³¹ NEVES, António Castanheira. Justiça e Direito. In: _____. **Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2011 (reimpressão), p. 269.

³² BRONZE, Fernando José. Transtextualidade e Metodologia (Nótula sobre o problema, o sentido e a dialéctica que os enreda), in **Analogias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012b, p. 185.

dentro de uma dialética sistema-problema, em que a norma-problema será constituída prático-normativamente a partir dos princípios-fundamentos. Fica patente a relação indissociável do problema e do sistema, na medida em que o caso é *prius* metodológico e interpela o sistema numa perspectiva problemático-intencional, requerendo um critério do sistema normativo que seja adequado. A teoria tradicional tinha como objeto a norma-texto, não a norma com adequação problemática, axiológica e normativa, ou a própria intenção problemática a que se refere a norma³³.

O modelo metódico de Castanheira Neves é voltado para a realização do direito por parte do decidente tendo em vista constantemente a dialética sistema-problema. No sistema, encontra-se a possibilidade de delimitação do campo de problemas que podem ser considerados juridicamente relevantes pela intencionalidade dos princípios³⁴. O problema, enquanto campo autônomo, interroga o sistema sem esperar dele uma resposta dogmáticamente acabada, sendo que novas intencionalidades podem aparecer e podem/devem ser assimiladas pelo sistema, reconstituindo-o numa congruência que não se limita a uma “*linear coerência lógica ou mera coerência dedutiva*”³⁵. Isso resulta em uma nova organização de intencionalidades, renovando o sentido do próprio direito, por isso ele não se trata de um “*dado (pressuposto) e sim [de] uma tarefa (objectivo)*”³⁶. Assim, o problema media a transformação do sistema para um novo sistema como resultado da realização do direito³⁷.

O caso é caso jurídico concreto, pois dele haver-se-á de determinar o “*âmbito de relevância jurídica a reconhecer à situação histórico-concreta problemática*”³⁸ e comprovar tal relevância. Após essa “*questão-de-fato*”, a “*questão-de-direito*” traz outras questões sobre: qual critério servirá para “*orientar, e concorrer para fundamentar, a solução jurídica do caso decidendo*”³⁹ (questão-de-direito em abstrato) – com a ressalva de que a (possível) objetivação de uma norma jurídica não é suficiente para resolver todos os casos possíveis que podem ser acomodados na intencionalidade da própria norma⁴⁰; e, após a “*selecção e determinação do sentido normativo da norma aplicável*”⁴¹, na questão-de-direito em concreto vai se resolver o caso pela mediação da norma encontrada ou se realizará o direito por uma constituição normativa autônoma⁴². A norma sempre manterá duas dimensões: uma dos fundamentos de validade e outra do problema específico da realidade que a intenciona e interpela⁴³.

Após a escolha do critério hipotético para resolver o problema da questão-de-direito em abstrato, a

³³ NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 148.

³⁴ Idem, p. 157.

³⁵ Idem, p. 158.

³⁶ Idem, p. 158.

³⁷ Idem, p. 159.

³⁸ Idem, p. 163.

³⁹ Idem, p. 165.

⁴⁰ Idem, p. 168.

⁴¹ Idem, p. 176.

⁴² A constituição normativa autônoma representa mais expressamente a integração do sistema em casos jurídicos em que se intenciona uma juridicidade, mas carece-se “*de concomitante referência a um critério-norma jurídica aplicável, susceptível de confirmar a imediata compreensão do caso como caso jurídico*”, sendo que o critério a ser mobilizado não se reduz à lei (p. 216), ou seja, a integração não se reduz ao pressuposto no ordenamento positivo (p. 221). Como o sistema é aberto para assimilar novos sentidos e os princípios e critérios devem estar consoantes ao problema (p. 226-227), a integração será de acordo com a intencionalidade de toda a ordem jurídica, não indo contra o direito em si (p. 229). Assim a constituição autônoma normativa se dá justamente pela analogia para uma aplicação indireta de uma norma ou decisão que intencionavam outros casos (p. 238). Citações de NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

⁴³ BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. Lisboa: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 652.

questão-de-direito em concreto teria três momentos: o momento de apreciação da relevância material da norma e a relevância material do caso⁴⁴; a determinação problemática da normatividade da norma e a sua especificação teleológica para se verificar como a teleologia da norma pode abarcar problemática e intencionalmente um caso concreto⁴⁵; e a consideração do relevo normativo-metodológico dos fundamentos de validade sistemática, com referência direta aos princípios, por serem estes os fundamentos do sistema. Em certos casos, se perceberá que apenas um (ou dois) desses momentos será o mais relevante para a resolução, porquanto talvez seja necessária uma readequação normativa na relevância material, na teleologia ou na relação com os fundamentos.

Haja vista o caso analisado é de constitucionalidade abstrata, importa referir o que Castanheira Neves comenta sobre o assunto e como o autor constrói uma relação entre a interpretação conforme a constituição e a interpretação conforme os princípios (esta, que compõe o momento dos fundamentos que acabamos de referir). A interpretação conforme a constituição é um cânone hermenêutico que visa uma coerência sistemática e hierárquica em uma entre os níveis constitucional e legislativo ordinário, para se conservar constitucionalmente as disposições legislativas e para uma integrada “*combinação de fontes*”⁴⁶.

Interpretar conforme a constituição pode ser a verificação de contradições, ou não, entre o sentido da norma infraconstitucional com o sentido de uma norma constitucional e dos princípios que as fundamentam. O exercício de verificação sempre retornará à interpretação conforme os princípios para manutenção de uma atividade metodológica que reflita a inolvidável validade jurídica. Afinal, a Constituição não fundamenta a si mesma, pois é algo que a transcende que o faz na remissão “*a uma axiológico-normativa ‘supraconstitucionalidade’*”⁴⁷. A juridicidade que transcende a constitucionalidade e elas não se confundem, porquanto a Constituição não cobre todos os fundamentos do direito⁴⁸.

A referência à validade das normas não estaria, portanto, na Constituição, como norma, mas sim nos princípios. São eles que formam esse plano axiológico de validade que transcende a constitucionalidade e é chamado de juridicidade. Os princípios normativos constituem um dos estratos do sistema jurídico como o “*regulativo momento da validade da normatividade jurídica*”⁴⁹ por constituir o direito axiologicamente como fundamento normativo e por ser uma intenção prática. A matriz dos princípios está no “*reconhecimento intersubjetivo’ dialogicamente apurado no constituendo horizonte comunitário de auto-determinação da pessoa*”⁵⁰.

Os princípios garantem ao sistema jurídico um dinamismo de acordo com a realidade, e que, portanto, é “*dimensão imprescindível da experimentação dos critérios*”⁵¹ que se dará pela própria

⁴⁴ NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 176-184.

⁴⁵ Idem, p. 184-188.

⁴⁶ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Editora Coimbra, 1983, p. 295.

⁴⁷ NEVES, António Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 110.

⁴⁸ Idem, p. 112.

⁴⁹ BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. Lisboa: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 627.

⁵⁰ Idem, p. 629.

⁵¹ LINHARES, José Manuel Aroso. Na «coroa de fumo» da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia? In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (org.) **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra Editora, 3.v., 2012, p. 417.

experiência, nem antes ou após ela⁵². Os princípios, enquanto fundamentos, são dúcteis e sua indeterminação reforça seu caráter material para realização do direito em casos diferentes com atenção à sua validade comunitariamente constituída.

Além disso, “*entre um princípio normativo [...] e uma judicativo-decisória solução concreta [tem] de haver uma mediação, que realize a intencionalidade que o predica, atenta a ‘especificidade da situação’*”⁵³, mediação essa que se realiza por um critério, seja uma norma legal, um precedente ou um modelo dogmático de solução do problema. Os princípios têm de cumprir uma material objetivação problemática por serem convocáveis para uma resolução prática na medida em que são os fundamentos da decisão judicativa - faz-se uma comparação entre a intencionalidade (prático-normativa) dos princípios e da relevância (prático-normativa) dos casos jurídicos concretos⁵⁴.

Tendo em vista a importância dos princípios para esse modelo metódico de resolução de problemas normativos, é possível pensar em projeções metodológicas para o caso em questão, na medida em que a dialética pode abrir novos caminhos de compreensão e de reflexão sobre o papel do direito em relação às pessoas.

A realização do direito

Analisemos agora como a decisão poderia ter sido orientada de acordo com o problema e não mais apenas com interpretação lógico-subsuntiva da constituição. O caso é de constitucionalidade abstrata, por isso o problema que se coloca é mais sobre a sistemática coerência hierárquico-constitucional do que material, porquanto não há uma situação de conflito entre sujeitos que necessita de uma solução e convoca critérios para sua solução. Nem por isso deixaremos de demonstrar possibilidades de casos concretos que podem aparecer e que suscitariam as normas e princípios em causa, para comparar intencionalidades.

Como a realização do direito é a “*atividade institucional e os actos pelos quais se decidem normativo-juridicamente questões jurídicas concretas*”⁵⁵, é preciso pensar em como se elabora a questão que interpela o sistema jurídico. Em termos prático-normativos, o problema em pauta pode ser colocado assim: as pessoas trans, após alteração do registro civil, têm direito de exercer todos os direitos fundamentais e seus respectivos deveres? Seria isso constitucional? E sobre a questão específica do casamento: estariam entre esses direitos e deveres, os que tangem o matrimônio?

Temos que o critério constitucional invocado pela decisão foi o art. 63, referente à instituição do matrimônio, o qual impediria a constitucionalidade do art. 11, II, da Lei de Identidade de Gênero, no que tange o direito a se casar e as devidas obrigações. Levanta-se uma questão: como esse critério constitucional pode ser interpretado prático-normativamente de acordo com a intencionalidade da norma infraconstitucional que é posta em causa?

⁵² Idem, p. 420.

⁵³ BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. Lisboa: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 630.

⁵⁴ Idem, p. 635, 637.

⁵⁵ NEVES, António Castanheira. O actual problema metodológico da realização do direito. In: _____. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1995b, p. 249.

A norma posta em causa é uma expressão direta dos direitos fundamentais, com fundamento na dignidade humana. O fato (mesmo que normativo) invoca o exercício de todos os direitos fundamentais e os deveres de acordo com o gênero após a alteração de nome e sexo no registro civil, o que não poderia ser causa de impedimento para o exercício dos direitos. A Lei foi considerada constitucional no geral (o que demonstra sua coerência normativo-histórica) e seu intento é organizar e reconhecer o direito à identidade de gênero às pessoas trans (porquanto, até o momento, apenas pessoas cisgêneras o exerciam em sua plenitude por conta da coerência entre sua identidade subjetiva de gênero e a identidade civil de gênero – seu nome e sexo registrados⁵⁶). O Tribunal reconheceu isso ao elaborar uma discussão sobre três tópicos em seus “Fundamentos Jurídicos do Fato” do acórdão.

Primeiramente, ressaltaram a distinção necessária entre orientação sexual e identidade de gênero, por conta do princípio da não-discriminação que está positivado no artigo 14, II, da Constituição boliviana, que os distingue. De acordo com o entendimento do tribunal, o termo sexo se refere “a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer”, e a palavra gênero “a las identidades, funciones y atributos construidos socialmente por la mujer y el hombre, y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas”⁵⁷. Orientação sexual é a capacidade da atração emocional, afetiva e sexual por um certo gênero. Identidade de gênero é “a vivência interna do gênero”⁵⁸, que pode ou não corresponder ao sexo (gênero) designado ao nascer. Orientação sexual independe da identidade de gênero.

Feita essa distinção, segue-se para o princípio da igualdade e não discriminação da população trans na Bolívia. Em citações, concordam que o princípio da igualdade se trata de um “princípio de ordem transversal”⁵⁹, por isso a necessidade do Estado de respeitar e garantir que os indivíduos exerçam todos os direitos fundamentais, sendo essa uma obrigação do Estado. Essa proteção inclui, portanto, a não discriminação. Discriminação seria qualquer distinção, exclusão ou restrição de direito com base no sexo e na identidade de gênero, no caso em questão. Citam o fato de crianças serem discriminadas por conta de uma identidade de gênero trans, podendo sofrer diversas violências em ambiente escolar⁶⁰.

Sobre a dignidade, a igualdade moral e o livre desenvolvimento da personalidade, abrem com o entendimento de que a pessoa é um fim em si mesmo e não um meio para atingir certos fins. A dignidade é valor intrínseco ao ser humano e ela irradia pelo reconhecimento do sujeito como sujeito de direitos para que sua existência seja reconhecida em consonância com sua realização pessoal, o que deve ser estendido a todos os sujeitos por conta da igualdade moral⁶¹. E a liberdade de desenvolvimento se refere à não interferência na vida privada, sendo que não pode lesionar o interesse coletivo ao exercer seus direitos.

Os fundamentos jurídicos do fato não se confundem com os fundamentos do sistema jurídico na visão jurisprudencialista, por aqueles não serem apenas princípios. Fora isso, esse tópico da decisão auxilia

⁵⁶ Jaqueline Gomes de Jesus ressalta que todos têm uma identidade de gênero: “A identidade de gênero é central para vida pública e privada de qualquer ser humano, não apenas para as pessoas trans, independentemente de anatomia ou fisiologia” JESUS, Jaqueline Gomes de. Operadores do direito no atendimento às pessoas trans. **Revista Direito e Práxis**, 2016, v.7, n. 15, 2016, p.. 544).

⁵⁷ BOLÍVIA. **Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0076/2017**, Bolívia, 9 de novembro de 2017, p. 26.

⁵⁸ Idem, p. 27.

⁵⁹ Idem, p. 29.

⁶⁰ Idem, p. 31.

⁶¹ Idem, p. 32.

no recorte do “*problema relevante no quadro da complexa situação em que ele vem à epifania*”⁶². Ou seja, estamos no caminho da objetivação do caso pelo recorte das exigências do sistema e de sua qualificação: o sistema jurídico tem um recorte do problema pela questão do casamento ser uma figura juridicamente relevante e que demanda uma resposta.

A questão-de-fato, em sua relevância jurídica, foi posta por eles nesses fundamentos, ao posicionarem esse problema como jurídico, não só pela inconstitucionalidade suscitada, mas pela própria problemática que se põe entre o direito individual (a autonomia pessoal) e a comunidade (a autonomia social). Problemática que suscita critérios constitucionais e fundamentos do sistema, como a dignidade, a liberdade e a igualdade. O que está em causa para eles é o direito ao matrimônio. O problema da constitucionalidade, tendo sido suscitado, deveria ser respondido juridicamente, já que se trata de uma controvérsia prática em que se tem um *objeto* e um *contexto* problemáticos com a convocação de “um específico fundamento *axiológico-normativo*”⁶³. Por ser caso de constitucionalidade, fica patente sua juridicidade, delimitada justamente em um campo que intenciona a instituição do matrimônio. Instituição essa que é historicamente constituída dentro de um paradigma específico e que se forma de acordo com sua matriz cultural, sendo ela heterossexual e monogâmica. As possibilidades não se encerram nessa construção que é histórica, por isso sujeita a mudanças. A própria decisão reconhece e deixa em aberto a discussão necessária por parte da Assembleia Legislativa, para que haja deliberações democráticas sobre os assuntos que envolvem a inconstitucionalidade em questão.

Tendo a “*presença da normatividade jurídica*”⁶⁴ da questão-de-fato, segue-se para a questão-de-direito em abstrato. Primeiro seleciona-se uma norma aplicável, para se projetar uma hipótese de solução que será experimentada em termos finais e decisivos na questão-de-direito em concreto⁶⁵. Mobiliza-se como norma aplicável a do art. 63. A norma desse artigo referir-se-á apenas a uma parte do conteúdo da norma infraconstitucional. A problematização desta, contudo, fica por conta do direito a constituir família casando e adotando, por isso tanto essa norma do art. 63 quanto a do art. 65 têm intencionalidades capazes de relevar o mérito jurídico do caso. Esses critérios constitucionais levam pressuposto e dão solução ao mesmo tipo de problema do caso, seja ele o da constitucionalidade de um casamento com pessoa trans, com a possibilidade das relevâncias jurídicas entre norma e caso estarem adequadas. Se se faz o recorte específico do problema de se constituir família, os artigos 63 e 65 são o suficiente, constitucionalmente, como normas aplicáveis ao caso, mas não bastam por conta apenas de seu conteúdo (texto) e sim por causa das intencionalidades que podem ser estudadas já no momento do relevo normativo-metodológico dos fundamentos.

Como a intencionalidade da norma infraconstitucional é ampla e se refere a todos os direitos fundamentais, a dignidade e a igualdade seriam seus fundamentos e devem ser relevantes para se analisar o critério constitucional, mesmo que dentro do recorte específico do direito a se casar. A indeterminação e a abertura das normas são superáveis pelos fundamentos que vão pressupostos nelas e no caso decidendo, ou seja, os critérios normativos são duplamente transcendidos “*pela normativa intencionalidade problemático-concreta do caso decidendo e pelos fundamentos normativos*”⁶⁶ que são convocados pela

⁶² (BRONZE, 2010, p. 970)

⁶³ NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 233.

⁶⁴ BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. Lisboa: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 972.

⁶⁵ NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 167.

⁶⁶ NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 188.

insuficiência dos próprios critérios no momento interpellante do caso concreto. Assim, apenas estudando a intencionalidade será possível averiguar se haverá resolução do problema da constitucionalidade por mediação da norma aplicável já selecionada.

Pode-se compreender que a intencionalidade dessa norma constitucional (art. 63⁶⁷) seria a proteção do casamento como instituição marcada por uma heterossexualidade cisgênera “natural” centrada na “complementaridade genital” que resulta na possibilidade de procriação. Apenas aqueles que seguirem essa coerência sexo-gênero são legítimos para acessar esse direito, porquanto aqueles que “voluntariamente” querem exercer o direito à identidade de gênero, não podem mudar de nome e casar.

O equívoco do entendimento do tribunal, levando em consideração a normatividade da norma do artigo 11, II, é de que o tribunal não compreendeu e realizou em sua totalidade o direito à identidade de gênero, mesmo que tenham considerado constitucionais as outras normas da lei. Há dois motivos para isso: entenderam que identidade de gênero seria apenas de pessoas trans e que pessoas trans não são homens nem mulheres e, provavelmente, nem humanos aptos a casarem, terem filhos, reproduzirem. Seriam pessoas abjetas⁶⁸, que ultrapassam um limite (ao “escolherem” mudar seu nome) do gênero e que, por isso, são expulsas da arena do direito a se casar por causarem uma repulsa a esse sistema jurídico cisgênero.

Quando entendem que o exercício do direito à identidade de gênero impede o direito a casar, estão criando uma situação de impasse: ou a pessoa escolhe seu gênero ou se casa (como se o gênero fosse uma escolha). Butler é direta quanto a essa questão: não é possível escolher o gênero, mas é possível contestar as normas programadas para os nossos corpos e reivindicar o reconhecimento de outras maneiras de ser para além disso⁶⁹. Assim, há pessoas trans que demandam o reconhecimento de quem são como homens e mulheres.

O direito à identidade de gênero seria de todas as pessoas. A questão é quem não estava exercendo esse direito com dificuldade de alteração dos dados do registro civil, pois as pessoas cisgêneras já o exerciam em sua plenitude à medida em que não sofriam constrangimentos por não terem uma incoerência entre o nome civil (designação e identificação exterior) e sua identidade subjetiva combinada com sua expressão de gênero. Ao compreenderem que esse direito afasta o direito ao casamento, incorrem em, inclusive, criar um direito para uma população específica (cisgênera), como se ele não fosse um direito de todos (minando a concepção básica de universalidade das normas em um Estado).

Ademais, como segundo equívoco, também não entenderam que pessoas trans são homens e mulheres (quando assim se identificam, pois há pessoas trans que são não-binárias⁷⁰). Homens trans e mulheres trans são homens e mulheres que se identificam assim, da mesma forma que homens e mulheres

⁶⁷ Como a questão do interesse superior da criança não foi tão bem fundamentado na decisão, o foco, como foi até agora, será no que tange ao matrimônio, por isso a continuidade de referência, muitas vezes apenas ao artigo 63.

⁶⁸ O abjeto é aquilo que é “expelido”, é o “excremento”, e no sentido social e político, será o excluído com repulsa para criar uma estabilidade entre “interno” e “externo” – os fins são de regulação social e de criação de uma “impermeabilidade impossível”. BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 7 ed., 2014, p. 191.

⁶⁹ BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 67.

⁷⁰ Pessoas não-binárias são aquelas que não se identificam nem como homem nem como mulher. Trata-se de termo guarda-chuva também que pode englobar outras formas de identificação como agênero e bigênero.

cisgêneros também se identificam. Enquanto as pessoas cisgêneras são designadas como homens e mulheres ao nascerem e mantêm uma identificação de acordo com essa designação, as pessoas trans são designadas como homens e mulheres e depois não se identificam com essa designação.

O sexo como biológico/fisiológico é a superfície do corpo que é significada e enunciada como homem ou mulher, sendo esses os tipos ideais e ficcionais de identidade de gênero pressupostos para esses corpos. A naturalização dessa relação entre matéria e nomeação é um efeito de poder da matriz heteronormativa, o que se forma discursivamente em diversos atos⁷¹. O gênero são ficções que contituem o corpo a partir de uma unidade imaginada entre órgãos. São suportes técnicos e somáticos inscritos nos corpos, sendo que parte dessa sexopolítica é justamente criar a naturalidade como efeito de poder que mascara sua performatividade. Essas ficções reforçam e balizam formas de reconhecimento de seres humanos. A lógica é de uma regulação da vida e da procriação, definindo papéis e distribuindo desvantagens diferentes para os corpos de acordo com seu “sexo” com uma hierarquização⁷².

A separação entre sexo biológico e gênero foi acolhida pelo Tribunal, mas ele não entendeu a abrangência dessa compreensão no limite da materialidade dos corpos e, portanto, da própria normatividade das normas e princípios em causa. Afinal, pessoas trans são como qualquer outra pessoa que se relaciona e que quer ter sua relação juridicamente protegida para que ela seja acionada em momentos necessários (acompanhamento em questões de saúde, para fins tributários, fins patrimoniais, etc.).

Há uma reiteração da cisgeneridade como norma e da sua falta de compreensão como naturalização da relação sexo-gênero. Como explica Beatriz Bagagli, a cisgeneridade é tanto o mais comum (como forma de se identificar com o gênero atribuído) e o estranho (na medida em que não é questionado e dado como natural⁷³). Por isso a ideia de cisgeneridade “trata-se de uma urgente metáfora, enquanto travestis e transexuais são ainda entendidas/os como homens, mulheres e pessoas “falsas”; “enganadoras”; “não-biológicas” etc. em contraposição a pessoas que teriam seus gêneros naturalizados pelo prisma cisgênero”⁷⁴.

O problema para a decisão é o resultado “lógico” de que a “fraude” das pessoas trans não pode atingir o domínio público no que tange ao casamento (e às eleições e adoções de crianças). A noção de casamento fica perturbada pela figura das pessoas trans, porque tem a reprodução em seu núcleo e isso torna os casamentos não-cisgêneros-heterossexuais uma “ameaça” de uma “cultura de morte” à instituição familiar⁷⁵.

Pensando na ideia de pessoa como aquisição axiológica, é possível perceber que não é usada como fundamento na medida em que a suposta escolha de “mudar de sexo” é condicionante para exercer outros

⁷¹ Exemplos: o médico que anuncia na ultrassom que se trata de menino ou menina; com a marcação do sexo no registro civil; com expectativas de gênero sobre o corpo; com o nome escolhido para o bebê, etc.

⁷² BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 7 ed., 2014. PRECIADO, Paul B. **Texto Junkie**: sexo drogas e biopolítica na era farmacopornográfica. São Paulo: n-1 edições, 2018.

⁷³ BAGAGLI, Beatriz Pagliarini. Máquinas discursivas, ciborgues e transfeminismo. **Revista Gênero**, v. 14, n. 1, 2016, p. 23.

⁷⁴ Idem, p. 25.

⁷⁵ RedLacTrans. **Barreras legales para la plena vigencia de los Derechos Humanos de las mujeres Trans en LAC**, p. 19. Disponível em: <https://issuu.com/redlactrans/docs/aproximacion_a_una_mapeo_de_las_barreras_legales_p>. Acesso em 04 de maio de 2021.

direitos. Reduz-se assim, juridicamente, o sujeito a uma aberração não-humana, que perde sua qualidade de pessoa e sujeito de direito. Em outras palavras, não realizam a própria condição ética de dignidade ao restringirem direitos por conta da identidade de gênero e das mudanças legais feitas no nome e no sexo.

Não realizaram simultaneamente as duas intencionalidades prático-normativas das normas em consonância com o princípio da igualdade, na medida em que excluem certos sujeitos do exercício de um direito, por conta de outro, como se o livre desenvolvimento da personalidade fosse afetar uma coletividade, ou seja, não percebem o caráter de foro íntimo de escolha do próprio casamento. Não só a identidade é uma questão íntima, o relacionamento também o é. Não se escolhe o próprio gênero, mas se escolhe casar, estar com outra pessoa. Por isso, vão contra o princípio da igualdade e o direito de não discriminação ao afastarem corpos trans da arena do direito ao casamento.

Também reduzem o casamento a uma função, colocando as pessoas como função, algo contra a dignidade humana apontada na fundamentação. Na medida em que reduzem juridicamente o casamento à função de procriação, também estão intencionando que os corpos estejam ali em comunhão para procriar, entretanto não é só sobre isso o casamento naquele país. A questão principal aqui é que a igualdade é princípio que fundamenta o direito ao casamento entre cônjuges, mas pode ser também entre os casais, o que seria justamente a realização desse fundamento em sua complexidade e em sua abertura axiológica que se atém para uma realidade social que marginaliza pessoa trans.

Em outras palavras, a leitura restrita que fizeram dos significantes “mulher e homem” fica presa à forma da norma e não a colocaram em relação com o caso de constitucionalidade específico que problematiza justamente a naturalização desses significantes na lei e no direito. O problema é: homens e mulheres trans também são homens e mulheres (nessa mesma ordem). A leitura literal tradicional é, inclusive, confusa, por não distinguirem, na decisão específica desse artigo⁷⁶, o que mais relevaram: o sexo fisiológico e suas respectivas funções (enquanto corpo macho ou fêmea) ou a identidade de gênero (que é justamente o problema da lei e da decisão).

No fundo, não perceberam que na realidade poderia haver, por exemplo, um homem trans se casando com uma mulher cis ou um homem trans com um homem cis. O problema implícito para eles era o da fraude de mulheres trans que fizeram a transgenitalização, ou seja, que têm uma vagina, “fingirem” que são mulheres e “enganarem” os homens cis, o que impossibilitaria o fim do casamento: a reprodução.

Em síntese: a intencionalidade prevista na decisão para o artigo constitucional é que o matrimônio é somente entre homens e mulheres cisgêneros para reproduzirem.

Antes de analisar outras possíveis intencionalidades, faz-se imperativa uma colocação sobre as possibilidades limites desse entendimento do tribunal. Primeiro, a decisão significa que pessoas trans não podem se casar de forma alguma? Segundo, se pessoas trans podem se casar, com quem podem se casar? Apenas com outra pessoa trans? Isso seria um regime de separação da população entre pessoas cis com pessoas cis e pessoas trans com pessoas trans?

Como é preciso analisar os fundamentos e as intencionalidades, o problema pode ser colocado da seguinte forma: quais seriam as intencionalidades em causa? O que é colocado como problema maior é a

⁷⁶ Apesar de terem-no feito nos fundamentos, como já visto.

constituição da família (casando e adotando) por uma pessoa trans. Os princípios invocados pelas normas já foram referidos, sejam eles a dignidade e a igualdade. A partir disso, realizar-se-á um exercício de possibilidades de intencionalidades nessa leitura jurisprudencialista.

Casos concretos hipotéticos

a) Homem cisgênero quer se casar com um homem transgênero

Como já dito, mas para reforçar o problema, o tribunal percebeu implicitamente uma antinomia entre o “direito à identidade de gênero” possibilitar o exercício de todos os direitos fundamentais com o exercício do direito a casar. Tal antinomia seria entre as relevâncias materiais: a norma que se refere à nulidade de casamentos que não sejam entre homem e mulher⁷⁷ teria uma aplicação sobre os casamentos gays e lésbicos e a norma do artigo 11, II, sempre referido, abriria a possibilidade desses casamentos ocorrerem (o que seria uma antinomia com a norma que prevê a nulidade).

O primeiro exemplo de casos concretos que poderiam aparecer e invocar esses critérios seria o de um casamento entre um homem cisgênero e um homem transgênero (lembrando que ambos são homens, se identificam como tal, a diferença é que o segundo não foi designado homem ao nascer). Nesse caso, mobilizariam a norma referente à nulidade do casamento, que prevê que é nulo o casamento que não for realizado entre uma mulher e um homem? Porque o problema tem as seguintes dimensões: visualmente são dois homens; ambos têm nomes masculinos no registro, supondo que o homem trans já fez as alterações no registro civil; mas em suas estruturas corporais e funções, pode ser que possam gerar um bebê. Ou seja, socialmente e subjetivamente temos dois homens que podem gerar um filho biológico entre eles.

A impossibilidade de pessoas trans casarem não corresponde necessariamente à indiferenciação genital dos cônjuges. Assim, se o entendimento deles for a partir do sexo biológico (e o destino da reprodução), um casamento homossexual (entre dois homens) seria possível.

Em outras palavras: se eles entenderem que duas pessoas da mesma identidade de gênero não podem se casar, então uma pessoa trans poderia se casar com alguém do gênero oposto a ela (exemplo: uma mulher trans com um homem cis). Contudo, o mais relevante para eles foi o sexo como biológico, mais especificamente as funcionalidades reprodutivas, o que leva a outra possibilidade: quem tiver útero pode casar com quem tem pênis e isso significa que, independentemente do gênero, essas pessoas podem constituir o matrimônio. Afinal, eles não compreenderam que pessoas trans não podem se casar por conta da identidade e do sexo. Se tivessem o feito, estariam impedindo pessoas trans de casarem, o que seria contra a intencionalidade da própria norma constitucional sobre matrimônio.

Nesse caso em concreto hipotético, a norma aplicável de nulidade do casamento não seria a mais adequada materialmente ao se perceber que a situação fática invoca a intencionalidade prevista pela norma constitucional do matrimônio quanto à reprodução. O que significa que ao avaliar a questão-de-direito em concreto, a norma do art. 11, II, da Lei de Identidade de Gênero, quanto ao direito a se casar, seria a mais

⁷⁷ BOLÍVIA, Código de las familias y del proceso familiar (Ley 603/2014), ARTÍCULO 168. (CAUSAS DE NULIDAD). I. El matrimonio es nulo: a) Si no ha sido celebrado por la o el Oficial del Registro Cívico. b) Si no fue realizado entre una mujer y un hombre.

adequada para solução do caso, o que mostra sua consonância constitucional com o critério do art. 63 da Constituição, e que não deixa de relevar a própria intencionalidade e o fundamento na dignidade e na igualdade. Nessa situação, não se poderia proibir um casamento que possa gerar um filho intrafamiliarmente por conta da mudança de nome e sexo no registro civil, pois isso também afetaria o direito à filiação da criança.

Em suma, nesse caso hipotético, a norma hipotética da nulidade do casamento se demonstrou com intencionalidade contrária ao fundamento da dignidade da norma constitucional sobre casamento, e a norma que se alinha mais a essa intencionalidade é o art. 11, II.

b) Homem cisgênero quer se casar com uma mulher trans

Outro caso possível seria o de um homem cisgênero se casar com uma mulher trans. Se fosse suscitado o problema da validade do casamento, mais uma vez teríamos como norma aplicável a da nulidade do casamento por não ser entre um homem e uma mulher (de acordo com o entendimento do tribunal)? Ou seria cabível o art. 11, II? Este caso concreto tem outra relevância material, que se refere a um casamento entre um homem e uma mulher (tanto como identidade social como civil-jurídica), o que nos leva à investigação das intencionalidades na questão-de-direito em concreto.

Pode-se ler o artigo constitucional sobre o casamento, levando em consideração seu texto e o sentido, que a relação entre as palavras (presentes e ausentes) projeta: “I. El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges”. Dois pontos são importantes para a norma: *a segurança da relação constituída juridicamente, que terá efeitos entre os cônjuges e nas suas relações jurídicas futuras, e a igualdade de direitos e deveres entre cônjuges*. Extraí-se dois princípios fundamentadores principais: a segurança e a igualdade. Mas não menos explícito seria a própria liberdade de se casar.

Chegado a esse entendimento, poder-se-ia fazer uma correção conforme os princípios da norma infraconstitucional⁷⁸ (art. 11, II) em relação à igualdade entre os cônjuges (inserida na intencionalidade do art. 63).

A resolução desse momento dos fundamentos se dá pela verificação da contradição entre o sentido do princípio pressuposto pela norma e o sentido da norma. A correção da norma conforme os princípios ocorre quando o princípio normativo pressuposto na norma não se realiza, podendo ser sincrônica - se os sentidos do princípio assumido estão errados - ou diacrônica - quando os sentidos dos princípios se alteraram. A questão posta é justamente a recuperação da normatividade da norma, por conta da perda da sua relação com seus fundamentos, o que a desconecta de sua validade jurídica⁷⁹.

A correção pode adequar a norma infraconstitucional em sua normatividade falhada pela não consonância com os princípios que a fundamentam, que no caso seria propriamente a igualdade (entre cônjuges) no que tange aos deveres. O dever que poderia ser apontado nessa correção seria o *de informação da condição transgênera ao parceiro cisgênero* (quando esta condição não for visível, patente ou de conhecimento público - no caso de uma pessoa ativista, por exemplo) para que o casamento não seja nulo.

⁷⁸ Isso, nessa perspectiva desse caso concreto, pois tal correção seria da norma constitucional dentro da problemática da constitucionalidade abstrata em causa.

⁷⁹ NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 189-90.

Seria uma correção sincrônica, na medida em que à norma faltava uma especificação para que sua intencionalidade se realizasse. Ou seja, se nela já era previsto que a pessoa exerça “as obrigações inerentes a identidade de gênero assumida”, com a correção seria especificado o dever de informar o cônjuge a condição trans.

Uma outra leitura ainda é possível: a intenção da norma constitucional é *proteger o matrimônio juridicamente* ao manter a igualdade de direitos entre os cônjuges, de acordo com o que eles compartilham intimamente. Nesse caso, leva-se em consideração que a norma não nega outras possibilidades de relações que não sejam apenas entre homens e mulheres cisgêneras heterossexuais, dessa forma a intencionalidade da norma é mais ampla e não é uma restrição apenas a uma camada da população, excluindo, sem fundamentos, outros sujeitos, da igualdade em dignidade (o que eles chamam de igualdade moral). A igualdade seria entre os cônjuges no casamento e entre os casais, na medida em que todos os casais podem exercer esse direito.

O Código de Família boliviano de 1988 previa a anulabilidade do casamento se uma das pessoas fosse infértil⁸⁰, o que não se manteve no novo código. Isso significa que em casos assim, seria o divórcio a figura jurídica mais adequada a ser acionada. O sistema possibilita que as pessoas fiquem casadas, sem o casamento ser nulo, por conta da impossibilidade de procriação. Assim, fica a critério da pessoa não infértil se manter ou não na relação, pedindo ou não o divórcio, o que não desqualifica o casamento com a nulidade. Ou seja, é da esfera íntima a escolha de se manter ou não casado, não uma gerência estatal sobre quais casais podem ou não ser juridicamente legítimos.

O casamento não é única e exclusivamente para a procriação, tendo efeitos patrimoniais e sendo eles também de importância para o estado e para o direito pré-objetivado, o que então tem efeitos de exclusão para aqueles que não se encaixam nisso. Com a exclusão, não há pensamento de um direito se realizando normativamente com o pressuposto sobre pessoa em sua dignidade, autonomia e responsabilidade.

Agora, retomando outros argumentos da própria decisão, o que irá demonstrar outras incoerências, lembramos que consideraram que prever violação de direito de terceiros seria pressupor situações futuras que o próprio sistema jurídico teria como proteger⁸¹. Também alegaram que não há uma “superioridade injustificada”⁸² entre pessoas cisgêneras e transgêneras. Seguindo esses argumentos, não se pode pressupor que o casamento com uma pessoa trans seria uma fraude ou atingiria os direitos de terceiros e não se poderia deixar o casamento apenas para cisgêneros como exclusividade

Em suma, o critério da nulidade mais uma vez não seria aplicável tanto por conta do critério constitucional, quanto por conta da intencionalidade do caso. O caso concreto requer uma resposta à validade de um casamento que foi feito sob todas as condições para que ele se realizasse, com consentimento e conhecimento mútuo dos cônjuges, entre um homem e uma mulher. O critério da nulidade

⁸⁰ Art. 88.- (IMPOTENCIA). La impotencia permanente para la cópula carnal, cuando es anterior al matrimonio, puede aducirse como causa de anulación por uno u otro de los cónyuges. (Art. 44, 46, 50, 67 y 68 Código de Familia). La impotencia para engendrar o concebir sólo puede aducirse como causa de anulación del matrimonio cuando uno de los cónyuges carece de los órganos de reproducción. En este caso, la acción corresponde al otro cónyuge, siempre que no haya conocido el defecto antes del matrimonio, y no puede proponerla después de tres meses de haber descubierto dicho defecto. BOLÍVIA. **Lei n. 996 de 04 de abril de 1988**. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0845.pdf>.

⁸¹ BOLÍVIA. **Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0076/2017**p. 36)

⁸² Idem, *ibidem*, p. 37.

é para casos em que não foram realizados entre um homem e uma mulher, mas não se referindo também à distinção de seus órgãos reprodutores, pois não se pode exigir que o casamento seja apenas sobre isso. Se ela for aplicada a este caso, é preciso que essa norma também o seja para casos em que um dos cônjuges cisgêneros seja infértil. A intencionalidade dessa norma da nulidade parece ser mais dirigida, portanto, a casos em que se casem dois homens ou duas mulheres cisgênero (questão essa que não cabe nesse momento, mas que, por analogia ao pensamento já construído aqui contra a concepção funcional procriadora, é possível pensar que tal norma não seria aplicável também a casais homossexuais).

Ter-se-ia, portanto, que a intencionalidade do art. 63 da Constituição estaria mais adequada com a intencionalidade do art. 11, II, do que com a da norma de nulidade do casamento.

Isso demonstra dois resultados: o art. 11, II, seria a norma-problema para os casos concretos hipotéticos; e que a resolução da constitucionalidade desse artigo é mediada pelo art. 63, não por conta de seu conteúdo semântico-textual, mas por conta de sua intencionalidade, ou melhor, da consonância normativa dos princípios pressupostos e convocados pelo caso concreto constitucional com o art. 11, II.

Considerações finais

O estudo pôde demonstrar metodologicamente o quão distintas podem ser as respostas ao caso jurídico ao se acentuar caminhos interpretativos-metodológicos diferentes. Se com a teoria tradicional da interpretação o caso em comento chegou à declaração de inconstitucionalidade da norma, o Jurisprudencialismo (no modelo metódico de Castanheira Neves) é capaz de dar novas aberturas axiológicas para a circularidade própria da constitucionalidade em causa a partir da juridicidade.

A primeira leitura, fechada à assimilação da garantia do exercício de direitos fundamentais a pessoas trans, consolida uma leitura constitucional com uma interpretação subjetivista falha e redutora. Sem examinar as intencionalidades em causa, não foi capaz de compreender os fundamentos enquanto dimensão axiológica do sistema nem de pensar como os valores sociais têm uma específica conotação no sistema jurídico. O fundamento, no entendimento do tribunal, seria apenas a norma constitucional, não os princípios que a fundamentam, nem outros princípios que eram pressupostos na norma infraconstitucional. Colocar o caso como *prius* altera radicalmente aquele primeiro momento hermenêutico que era considerado ato metodológico unitário e separado de outros, porque passa a compreender a interpretação como um ato prático-normativo que só se faz a partir do problema, e não do sistema e da norma, o que possibilita a abertura constante do sistema e permite a “realização adequada e justa”⁸³

O objetivo prático-normativo altera radicalmente aquela percepção: não há uma conexão direta, causal e lógica entre a norma constitucional e a infraconstitucional, mas sim entre os sentidos dos seus fundamentos. Assim, independentemente da intencionalidade que poderia ser adotada no caso concreto (haja vista, demos apenas algumas pistas no tópico anterior), o método de realização do direito está muito mais próximo da concretização do sentido do Direito em si, justamente por colocar em causa a dialética valores/princípios que convoca necessariamente um horizonte axiológico aberto histórico-problematicamente. Ao retomar a dignidade e a igualdade como fundamentos das normas constitucional

⁸³ NEVES, António Castanheira. O actual problema metodológico da realização do direito. In: _____. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1995b, p. 279.

(art. 63) e infraconstitucional (art. 11, II), foi possível perceber que não se trataria de nulidade ou de ilegalidade um casamento de uma pessoa trans, independente de qual sua identidade de gênero, sua constituição corporal e seu cônjuge.

Para além dos resultados de interpretação possíveis, o modelo metódico e a investigação demonstram a importância da interpelação contínua do *consensus* jurídico-comunitário com suas expectativas e intenções axiológico-normativas, porquanto a juridicidade ultrapassa o direito positivo (e a Constituição) e por isso o sistema deve ser interrogado para “*cumprir a intenção do direito que o sistema jurídico e a ordem jurídica autonomamente implicam*”⁸⁴.

Esse horizonte, inclusive, pode ser a causa para a renovação dos sentidos da igualdade na Bolívia e no Brasil, reconstituindo as formalidades possíveis de matrimônio, na medida em que incorporam novos sentidos sobre sexo/gênero, indo em direção ao princípio mais fundamental do direito (dignidade), derivado direto da condição de pessoa. Ao declararem a constitucionalidade da lei e reconhecerem a identidade de gênero como um critério (positivado) para a não-discriminação, estão declarando também as possibilidades de reconhecimento recíproco juridicamente constituídas e ao mesmo tempo garantindo que o pressuposto de pessoa seja realizado simultaneamente com a afirmação do seu horizonte axiológico normativo de igualdade. Por compreenderem assim, a investigação demonstrou a incoerência do tribunal ao declarar constitucional as normas referentes à mudança de dados, que garantem o direito à identidade de gênero de pessoas trans, mas afastar o direito a se casarem e a adotarem, como se esses sujeitos não tivessem uma dignidade intrínseca reconhecida em sua totalidade, o que é justamente um dos fundamentos do sistema e que não se realizou também em sua intencionalidade.

Dessa forma, seja entendendo que a questão-de-direito em concreto tem uma correção sincrônica com princípios por conta da segurança da relação constituída juridicamente e da igualdade de direitos e deveres entre cônjuges, seja com a intencionalidade da *segurança, da igualdade entre cônjuges e entre casais*, que posiciona o art. 11, II, em consonância com o sistema jurídico, esse artigo não seria inconstitucional. As experimentações em casos concretos hipotéticos demonstraram ser possível que essa norma seja incorporada ao sistema jurídico boliviano. Sua congruência não teria a ver com a constitucionalidade entendida de forma tradicional a partir apenas do texto, mas com sua referência aos princípios. Portanto, a resolução do problema da constitucionalidade com a norma referente ao matrimônio seria possível justamente por conta da sua intencionalidade, que é mais ampla do que foi entendida pelo tribunal e está em consonância com a dimensão axiológica do sistema jurídico.

Não seria impossível, portanto, afirmar que a norma infraconstitucional da Lei de Identidade de Gênero está em consonância com os princípios que a fundamentam e que seria possível a assimilação de um novo sentido para estes princípios a partir desse caso concreto. O sentido fundamentador seria, portanto, o da igualdade entre cônjuges e entre casais.

A concepção sobre “mulher e homem” no texto constitucional é transcendido pela normatividade da norma e pela intencionalidade do caso concreto, que retoma o fundamental centro axiológico do sistema jurídico, a dignidade humana, sem funcionalizar os corpos e protegendo os interesses jurídicos e a relevância jurídica de se casar e de exercer o direito à identidade de gênero.

⁸⁴ Idem, p. 280.

O estudo também foi capaz de conciliar os estudos de gênero, em sua importância fundamental para o aprofundamento das noções de humano em questão, com as questões normativas, próprias do Direito. Explicitou-se o “transcender situado” da prática jurídica e a forma de criar inteligibilidade do próprio Direito como criação cultural que demarca o humano e o inumano⁸⁵. E mapeou-se uma forma de utilização dos estudos de gênero nos caminhos para uma decisão: na ressignificação das noções de homem, mulher e humano, compreendendo as normas que regulam uma coerência entre sexo, gênero e desejos.

Como citado no início do artigo, após a decisão do STF da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275 e o subsequente provimento n. 73, de 28 de junho de 2018 do CNJ, há caso já noticiado sobre pessoas trans que não são reconhecidas como pais biológicos. Antes ainda, em 2015, Helena e Anderson, ambas pessoas trans, não conseguiram que fosse registrado o nome de Helena, por não ter feito a retificação do Registro Civil⁸⁶. Dessa forma, haja vista que não há um critério normativo específico que abranja um caso de pessoas trans serem pais biológicos, não se precisará ir muito longe de uma fundamentação em princípios, pois estes serão a base normativa. A dignidade humana é o princípio mais relevante por conta de sua explícita negação ao não ser realizada por pessoas trans na impossibilidade de se casarem ou serem considerados pai ou mãe⁸⁷ de uma criança. . A negação da dignidade, portanto da justiça e do Direito, se dá, nesse caso, por uma desconsideração baseada na cisgeneridade como eixo “natural” da relação entre o sexo designado, o gênero autodeterminado e os papéis assumidos em sociedade, entre eles os de parentalidade. Eis que é o congelamento da noção de mãe que está em causa, o que não está de acordo com a própria intencionalidade das normas que protegem o interesse da criança e nem a relação de parentesco.

Não se conclui aqui que a dignidade é resposta direta para os direitos negados a pessoas trans. Nessa visão jurisprudencialista, são os princípios uma esfera de fundamentação, que sustentam o sistema jurídico, o qual terá um critério normativo específico para resolução dos casos. Nas dogmáticas civil e constitucional poder-se-ia apontar, por exemplo, o direito à identidade e o direito à autonomia, que concretizam parte do conteúdo axiológico da dignidade quanto à autodeterminação. Dessa forma, os direitos negados a pessoas trans encontram guarida jurídica na dignidade humana toda vez que eles forem condicionados às modificações de nome e sexo. Tal solução, como se percebe, não é delineada apenas a partir de uma crítica pós-estruturalista das relações de poder e da subjetivação dos sujeitos em uma matriz de gênero, mas da própria noção de dignidade que é transversal ao sistema jurídico e que o sustenta, necessitando sempre ser o guia, parâmetro e baliza do pensamento jurídico.

Pessoas trans não podem ter qualquer um de seus direitos restringidos por conta de sua identidade de gênero, porque pessoas cisgêneras não são restringidas e porque isso vai contra o reconhecimento delas como seres humanos que estabelecem vínculos jurídicos também. Se a concepção de dignidade não é ampla o bastante para ser fundamento de um sistema e transcendê-lo com o fim de proteger pessoas trans, o próprio direito não consegue se realizar em sua humanidade.

⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 157.

⁸⁶ SUL21. **Casal Transexual comemora nascimento do filho e busca direito a registro em Porto Alegre**. Disponível em: <<https://www.sul21.com.br/breaking-news/2015/07/casal-transexual-comemora-nascimento-do-filho-e-busca-direito-a-registro-em-porto-alegre/>>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

⁸⁷ Entendendo aqui apenas essas duas possibilidades numa perspectiva heteronormativa de parentalidade.

References

- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Sentido e Valor da Jurisprudência. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n. 48. Coimbra, 1972.
- BAGAGLI, Beatriz Pagliarini. Máquinas discursivas, ciborgues e transfeminismo. **Revista Gênero**, v. 14, n. 1, 2016.
- BOLÍVIA. **Lei n. 027 de 30 de junho de 2010**. Disponível em: <<http://www.diputados.bo/leyes/ley-n%C2%B0-027>> .
- BOLÍVIA. **Lei n. 807, de 21 de maio de 2016**. Disponível em: <<http://www.diputados.bo/leyes/ley-n%C2%B0-807>>.
- BOLÍVIA. **Lei n. 996 de 04 de abril de 1988**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0845.pdf>>.
- BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. **Sentencia Constitucional Plurinacional 0076/2017**, Bolívia, 9 de novembro de 2017.
- BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. Lisboa: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.
- BRONZE, Fernando José. Pj Jd: A equação metodonomológica (as incógnitas que articula e o modo como se resolve). **Analogias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012a, p. 311-391.
- BRONZE, Fernando José. Transtextualidade e Metodonomologia (Nótula sobre o problema, o sentido e a dialéctica que os enreda). **Analogias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012b, p. 177-189.
- BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
- BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 7 ed., 2014.
- FOLHA DE S. PAULO. **Mãe trans é impedida de registrar filho biológico em cartório no RS**. 27 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/08/mae-trans-e-impedida-de-registrar-filho-biologico-em-cartorio-no-rs.shtml>>. Acesso em 20 de setembro de 2018.
- JESUS, Jaqueline Gomes de. Operadores do direito no atendimento às pessoas trans. **Revista Direito e Práxis**, 2016, v.7, n. 15, 2016, p. 537-556.
- JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. 2012. Disponível em: <https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989>. Acesso em 04 de maio de 2021.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014, 7 ed..
- LINHARES, José Manuel Aroso. A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o «testemunho» crítico de um «diferendo»? **Revista de Humanidades e Tecnologias**. Lisboa. nº 12, 2008, p. 101-120.
- LINHARES, José Manuel Aroso. Na «coroa de fumo» da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia? In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (org.) **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra Editora, 3.v., 2012.
- LINHARES, José Manuel Aroso. **O direito como mundo prático autónomo: “equivocos” e possibilidades**. Relatório com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do direito, polic., Coimbra 2013.
- NEVES, António Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito. In: NEVES, António Castanheira. **Digesta**: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 9-48.

NEVES, António Castanheira. Interpretação jurídica. In: NEVES, António Castanheira. **Digesta**: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, vol. II. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 337-378.

NEVES, António Castanheira. Justiça e Direito. In: NEVES, António Castanheira. **Digesta**: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2011 (reimpressão), p. 241-286.

NEVES, António Castanheira. Método Jurídico. In: NEVES, António Castanheira. **Digesta**: Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1995a, p. 283-336.

NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

NEVES, António Castanheira. O actual problema metodológico da realização do direito. In: NEVES, António Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1995b, p. 249-282.

NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Editora Coimbra, 1983.

NEVES, António Castanheira. **Teoria do Direito**: lições proferias no ano lectivo de 1998/1999, policopiado, Coimbra, 1998.

PRECIADO, Paul B. **Texto Junkie**: sexo drogas e biopolítica na era farmacopornográfica. São Paulo: n-1 edições, 2018.

REDLACTRANS. **“BASTA DE GENOCIDIO TRANS” – INFORME CEDOSTALC 2018 – BOLIVIA**. 2018, p. 16, 20. Disponível em: <<http://redlactrans.org.ar/site/basta-de-genocidio-trans-informe-cedostalc-2018-bolivia/>>. Acesso em 04 de maio de 2021.

REDLACTRANS. **Barreras legales para la plena vigencia de los Derechos Humanos de las mujeres Trans en LAC**. Disponível em: <https://issuu.com/redlactrans/docs/aproximacion_a_un_mapeo_de_las_barreras_legales_p>. Acesso em 04 de maio de 2021.

REDLACTRANS. **Guía de incidencia política para conseguir una ley de identidad de género**. 07 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://issuu.com/redlactrans/docs/guia-de-incidencia-politica-para->>. Acesso em: 04 de maio de 2021.

RODOVALHO, Amara Moira. Cis By Trans. **Revista Estudos Feministas**, v. 25, n. 1, p. 365-373, abr. 2017.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995, pp. 71-99.

SUL21. **Casal Transexual comemora nascimento do filho e busca direito a registro em Porto Alegre**. Disponível em: <<https://www.sul21.com.br/breaking-news/2015/07/casal-transexual-comemora-nascimento-do-filho-e-busca-direito-a-registro-em-porto-alegre/>>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

