



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**A TRANSEXUALIDADE E OS DIREITOS
INERENTES À ALTERAÇÃO DE GÊNERO**

por

MARINA DE CARVALHO CARNEIRO

ORIENTADOR(A): Marcia Nina Bernardes

2012.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

A TRANSEXUALIDADE E OS DIREITOS INERENTES À ALTERAÇÃO DE GÊNERO

por

MARINA DE CARVALHO CARNEIRO

Monografia apresentada
ao Departamento de
Direito da Pontifícia
Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio)
para a obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Marcia Nina
Bernardes

2012.2

Agradecimentos

Agradeço a minha orientadora, Marcia Nina Bernardes, pelo material sugerido, pelas sugestões dispensadas e sobretudo pela atenção, paciência e confiança no trabalho.

Aos meus amigos queridas, pelo incentivo.

Ao Daniel, com amor, pelo carinho.

À minha família, pelo apoio.

Resumo

CARNEIRO, Marina de Carvalho. *A Transexualidade e os Direitos Inerentes à Alteração de Gênero*. Rio de Janeiro, 2012. Monografia – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica.

O Fenômeno da transexualidade não é especificamente regulado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para se propiciar uma sistematização justa e eficaz dos direitos dos transexuais, faz-se necessária uma compreensão humanitária da ideia de transexualidade. A não adequação do sexo físico com o sexo psíquico do indivíduo e a necessidade de retificação subjetivada pelo indivíduo gera uma série de consequências jurídicas não abarcadas pelo nosso ordenamento de modo que as mais emblemáticas são a redefinição do gênero e nome do transexual e os aspectos burocráticos da cirurgia de redesignação sexual. Ocorre que para se pensar em meios para solucionar essas questões oriundas da busca do transexual pela sua adequação física, é preciso questionar a patologização da transexualidade e repensar a conceituação contemporânea de gênero e sexo. Não obstante, há fundamentação jurídica que legitima a busca do transexual, como a autonomia da vontade e o respeito à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, por meio desta monografia, pretende-se demonstrar o caminho percorrido pelo transexual na busca por sua inclusão social e superação dos preconceitos sofridos por sua condição, apresentando as soluções jurídicas protetivas da resolução da vontade do indivíduo, bem como uma reflexão sobre as medidas mais adequadas para viabilizar uma regulamentação específica do tema.

Palavras-chave

Transexualidade; Cirurgia de Redesignação Sexual; Alteração de Registro Civil; Patologização; Gênero; Dignidade da Pessoa Humana; Autonomia Privada.

Sumário

Introdução.....	5
1. O Fênomeno da Transexualidade	11
1.1. Aspectos da Construção Social da Ideia de Transexualidade	16
1. 2. A Construção do Gênero e Sexo.....	18
1. 3. Desconstrução do Padrão Binário Masculino x Feminino.	21
1. 4. O fenômeno da Identificação Sexual.....	25
1. 5. O Aparecimento de Anomalias e Desvios Sexuais.....	27
1. 6. A Despatologização da Transexualidade	30
2. Os Direitos Aplicáveis aos Transexuais	34
2. 1. A Tutela da Integridade Física	36
2. 2. A Tutela da Identidade Pessoal e Sexual.....	37
2. 3. Outros Direitos	38
2. 4. Os Direitos da Personalidade do Transexual e A Autonomia Privada	40
3. Alteração Civil de Nome e Sexo e Cirurgia de Redefinição Sexual	41
3. 1 Alteração Civil de Nome e Gênero	42
3.2 Cirurgia de Redesignação Sexual	50
4. Considerações Finais	56

Introdução

A presente monografia visa a reflexão sobre o fenômeno da transexualidade e as medidas jurídicas protetivas da classe demandadas na busca do indivíduo por sua adequação sexual física e notarial. Para tanto se analisará os direitos inerentes ao transexual, bem como produzir-se-á uma reflexão sobre como solucionar certas questões não abarcadas pela nossa legislação.

A análise da situação do transexual no ordenamento jurídico brasileiro é de suma importância para o bem-estar do indivíduo e portanto, para a sociedade democrática de direito como um todo. A produção de conhecimento científico acerca do tema se faz mister para a resolução de preconceitos e dúvidas sobre a transexualidade e os direitos inerentes à classe, bem como atua na conscientização da sociedade, principalmente no tocante à produção de regulamentação específica de excelência do tema.

Os direitos dos transexuais na sociedade brasileira é uma questão que perpassa a psicologia, bioética, filosofia e sociologia. Não há como examinar, fundamentar e entender esses direitos sem considerar essas matérias, sob pena de injustiças e danos irreversíveis a esta classe.

Destarte, propõe-se a esclarecer o conceito da transexualidade em todas as suas peculiaridades considerando as questões intrinsecamente ligadas à conceituação de gênero e sexo, de modo a refletir e questionar o modelo atual o qual se compreende esses conceitos, além de expor a ideia de identidade sexual associada aos transexuais.

O objetivo é considerar aspectos interdisciplinares no tocante à transexualidade para se chegar, então, às questões relativas à esfera jurídica. Faz-se necessário expor os princípios jurídicos que legitimam a condição do transexual como um fenômeno natural na sociedade, que tem sua manifestação associada à vontade legítima do indivíduo em adequar seu

sexo físico ao psíquico, principalmente com base na dignidade da pessoa humana e autonomia privada, consubstanciando uma pesquisa acerca dos direitos fundamentais do indivíduo associados ao fenômeno da transexualidade. No tocante a cirurgia de redefinição sexual e a alteração do gênero e nome no registro civil do transexual, pleitos comumente demandados pelo transexual, há de se expor quais as proteções jurídicas dadas a estes, que tem como base principal de legitimação dos direitos fundamentais e entendimentos diversos do judiciário acerca do tema, expondo as principais controvérsias acerca do tema, como a especificação do momento em que o “novo gênero” deve ser reconhecido, uma vez que muitos magistrados entendem que somente após a cirurgia de redefinição sexual essa adequação deveria ser efetuada.

Entender como se dará essa alteração no registro civil do indivíduo (momento) e sob quais limitações (mantendo registro do sexo anterior ou não) e as consequências práticas dessa alteração é tema central de suma importância neste trabalho.

Ocorre que o principal percalço do transexual é a alteração de nome e gênero em seu registro civil e muitas vezes, apesar disso, o procedimento cirúrgico de alteração do órgão sexual não é almejado pelo transexual como um todo ou o transexual já possui o fenótipo identificado com o sexo demandado, bem como os hábitos, gestos e indumentárias apesar de ainda não ter efetuado a cirurgia, restando a recusa judicial em efetuar a alteração a manutenção de uma condição indesejável e constrangedora ao transexual, além de suscitar questionamentos acerca do momento em que se deve reconhecer a referida alteração civil. Para isso, julgados acerca do tema serão apresentados bem como estudos acerca da conceituação de sexo e gênero.

Importante, portanto, salientar a ausência de norma específica positivada que abarque a classe transexual em suas principais questões e inúmeras brechas jurídicas oriundas dessa falta e tecer comentários sobre os

projetos de lei presentes no âmbito jurídico brasileiro e o tratamento do tema em outros países como possíveis norteadores do nosso ordenamento.

Outro ponto importante a ser abordado pela presente monografia concerne à medicalização da transexualidade. O fenômeno da transexualidade é tratado como uma patologia, portanto, o Conselho Federal de Medicina emitiu resoluções normativas que regulamentam a matéria - como as Resolução Nº 1.955/10 e 1482/97 - autorizando a prática médica da cirurgia, mediante a verificação de certos critérios.

Desta forma, o processo cirúrgico de remoção do órgão sexual biológico e construção do adequado ao sexo psíquico, que já foi considerada como uma prática antiética e sujeita a caracterização de crime de lesão corporal, não tem mais sua legitimidade questionada e é realizada inclusive pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

Ocorre que a patologização da transexualidade torna o procedimento de alteração sexual burocrático e muitas vezes injusto. Demanda-se uma série de documentos, como laudos de disforia de gênero que atestem a condição de transtorno de identificação sexual, bem como análises diversas emitidas por juntas médicas para viabilizar a operação. Assim, por meio deste trabalho, reflete-se também sobre as implicações da patologização da transexualidade.

A ideia central desse trabalho, em suma, é dissecar os limites e desafios inerentes a estes direitos de modo a tocar nas questões mais sensíveis desse fenômeno, como a alteração civil de gênero, sempre elucidando os aspectos humanistas da questão tendo como norte a dignidade da pessoa humana.

Deve-se por fim ponderar sobre a necessidade de promulgação de uma lei que abarque o tema de modo a trazer segurança jurídica e proteção legal aos transexuais, levando em conta que a condição não consubstancia uma patologia e sim uma condição e, portanto não deve ser tratado como uma doença.

O método a ser utilizado na elaboração deste trabalho e formulação da argumentação é a análise de jurisprudências e julgados de tribunais estaduais, análise legislativa e bibliográfica de obras de caráter jurídico, político-filosófico, psicológico e sociológico. Procura-se esmiuçar e refletir sobre a ideia de transexualidade de modo a permitir que cada um se coloque no lugar desses indivíduos e possam pensar nas questões relativas aos transexuais vistas de dentro, pois só assim é possível chegar a soluções eficazes para os problemas sociais e jurídicos emanados dessa questão e vencer preconceitos oriundos da falta de conhecimento do tema.

Várias questões são suscitadas quando se aborda o tema da transexualidade, presentes neste trabalho, como a ideia de dignidade da pessoa humana, a autonomia da vontade (e corpo), autonomia privada, a ilicitude e eticidade dos processos cirúrgicos de redesignação sexual, o direito à saúde, o supracitado momento de definição do “novo gênero” demandado pelo transexual pelo judiciário, bem como outras questões sociais e trabalhistas relativas às consequências jurídicas de ser reconhecido em outro sexo.

Deve-se pensar na questão da transexualidade de modo que se firmem direitos que protejam a classe, em vez de restringi-los para que haja avanços na matéria em relação ao ordenamento jurídico. É nítido, como restará demonstrado por meio desta monografia, que a situação atual do transexual carece de regulamentação e por conta disso, aqueles que não obtêm recursos para efetuar as cirurgias de redesignação sexual sem recorrer ao judiciário ou não a desejam acabam ficando a mercê do entendimento de um magistrado ainda muito incipiente e controvertido que pode não corresponder a suas demandas legítimas.

Nesse sentido, No primeiro capítulo, busca-se traçar um paralelo entre a transexualidade e a identidade pessoal, caracterizando termos como orientação sexual e identidade de gênero, de modo a explicar o conceito de transexualidade, bem como expor a conceituação médica questionada por movimentos sociais do tratamento da transexualidade como patologia. Fala-

se ainda sobre o tratamento dispensado pelos ramos da bioética e biodireito no Brasil, bem como delimita as construções sexuais de transexualidade, gênero e sexo, traçando uma crítica sobre o binômio masculino e feminino observado nas conceituações patologizantes do tema, questionando e desconstruindo a ideia de gênero culturalmente adotada. Defende-se, principalmente, a ideia de que o transexual para ser caracterizado como tal não necessita se submeter a uma cirurgia de redefinição sexual, uma vez que não é o fenótipo que o definiria como pertencente a um gênero específico e sim o seu próprio juízo subjetivo.

No capítulo dois, analisaremos a proteção constitucional dos transexuais, traçando um paralelo entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade relacionando-os com a condição do transexual. Expressões como “tutela da integridade física”, “direito à identidade sexual e pessoal” e “autonomia privada” serão esclarecidos e inseridos no contexto transexual como fundamento máximo para tutelar a condição do transexual, a serem consideradas na elaboração de leis específicas que protejam a classe ou na solução das demandas pleiteadas judicialmente pelos mesmos no tocante à sua condição.

No terceiro capítulo, iniciamos tratando da alteração civil do nome e gênero do transexual, sobretudo quanto ao posicionamento dos tribunais brasileiros, tendo em vista a falta de lei que regulamente especificamente o tema. Os pontos principais a serem tratados são as condições que o judiciário impõe para autorizar a mudança de nome e de sexo, que guardam, mormente, relação com o fenótipo do transexual, de modo que há uma tendência maior à concessão dessas autorizações àqueles transexuais que já efetuaram a cirurgia de redesignação sexual. Há também polêmica acerca da necessidade de se averbar a referida alteração em cartório.

Segue-se então tratando da cirurgia de redesignação sexual, onde se abordará o procedimento para viabilizar a realização da cirurgia (acompanhamento e laudo proferido por junta médica etc) e as questões concernentes a ela, como a fundamentação que justifica tal burocracia

procedimental, uma rápida comparação com situação potencialmente análoga, como a do intersexualismo, seguindo com a análise das decisões dos tribunais acerca do tema com respeito sobretudo a necessidade de realização da cirurgia de redesignação sexual para que se efetue a alteração do gênero ou nome.

1. O Fênomeno da Transexualidade.

A identidade de gênero, entendida como a forma como o indivíduo se reconhece, seja como pertencente ao sexo feminino, seja como pertencente ao sexo masculino, é ponto crucial para que se entenda a transexualidade. Isto porque, o fenômeno da transexualidade é oriundo de distúrbios da identificação de gênero e independe da orientação sexual do indivíduo, que por sua vez significa a inclinação sexual do indivíduo, ou seja, guarda relação com o gênero da pessoa que o indivíduo se sente atraído, seja do mesmo sexo que o seu (heterossexual), do sexo oposto (homossexual) ou ambos (bissexual).

Conforme exposto no relatório da Anistia Internacional “*Humans Rights and Sexual Orientation and Gender Identity*”:

todo indivíduo possui uma orientação sexual e uma identificação de gênero, identificação de gênero esta que guarda relação com a experiência pessoal de um indivíduo diante das construções sociais de masculino e feminino (gênero). A forma que subjetivamente um indivíduo se identifica com um gênero pode ser diferente de suas características fisiológicas e sexo. (Tradução livre)¹

A transexualidade reside justamente neste sentimento de não pertencimento ao seu sexo biológico ou ao pertencimento a mais de um sexo. Quando o sexo psicológico não converge com sexo físico do indivíduo em sua totalidade tem-se um conflito de gênero que acarreta uma

¹ Anistia Internacional. Human Rights And Sex Orientation And Gender Identity. Disponível em: <http://www.amnesty.org/en/sexual-orientation-and-gender-identity>. Tradução livre de: “*Gender identity refers to the complex relationship between sex and gender referring to a person’s experience of self expression in relation to social categories of masculinity or femininity (gender). A person’s subjectively felt gender identity may be at variance with their sex or physiological characteristics.*”

série de questões psicológicas, médicas e jurídicas para a pessoa, devido a um sentimento intenso de não-pertencimento ao sexo anatômico.²

Nesse sentido, o transexual apresenta um profundo e irreversível conflito de identidade³, que não guarda relação com sua orientação sexual, de modo que o indivíduo pode sentir atração sexual por pessoas de gênero oposto de seu sexo biológico, apesar de se identificar em gênero diverso do relativo ao seu sexo biológico, ou seja, é possível que haja tanto transexuais heterossexuais como homossexuais e bissexuais.

Conforme Márcia Aran⁴, o fenômeno da transexualidade atualmente tem como fundamentação: (a) o avanço da biomedicina na segunda metade do Século XX, especialmente no que tange o aprimoramento das técnicas cirúrgicas, bem como no avanço da terapia hormonal que viabiliza o desejo de adequação sexual do transexual; e (b) a influência da sexologia na construção da ideia de “identidade de gênero” como uma “construção socio-cultural” independente do sexo natural ou biológico do indivíduo.

A condição de transexual é reconhecida pela Organização Mundial de Saúde – OMS como uma patologia médica, no rol de transtornos de identidade sexual, de acordo com a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados com a Saúde – CID-10, aprovada pela OMS em 1989⁵, caracteriza-se como um desejo de viver como o sexo oposto e de adequação por meio de intervenção cirúrgica e reposição hormonal. Contudo, essa classificação, como exposto nos capítulos seguintes, é controversa, uma vez que busca fundamento em uma matriz binária heterossexual (feminino X masculino) convertido em sistema

² Arán, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. Ágora: Estudos em Teoria Psicanalítica, 2006, vol. 9, n.1.

³ Penna, Iana S. O.. Dissertação de Mestrado: Dignidade da pessoa Humana e Direito à Identidade na redesignação Sexual. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica 2010.

⁴ Arán, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. Ágora: Estudos em Teoria Psicanalítica, 2006, vol. 9, n.1.

⁵ Organização Mundial de Saúde – OMS, Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados com a Saúde – CID-10, Disponível in <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm>. Acesso em 09 de novembro de 2012.

regulador da sexualidade e subjetividade⁶, questionada por muitas construções psicológicas, sociológicas e político-filosóficas atuais.

No Brasil, documento importante que legitima a expressão máxima da alteração do gênero é a Resolução do Conselho Federal de Medicina No. 1492/97 que autorizou a prática das cirurgias de transgenitalização estabelecendo condições para as intervenções cirúrgicas de feminilização/masculinização e mudança de sexo físico, declarando-as práticas cirúrgicas lícitas não podendo ser enquadradas como lesão corporal, quando de natureza terapêutica de modo a ajustar o sexo físico ao psicológico.

A referida cirurgia, uma vez considerada de caráter terapêutico, resta autorizada pela Constituição Federal da República de acordo com interpretação do Art. 199, § 4º que versa sobre a autorização de elaboração de leis sobre condições e requisitos para a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fim de tratamento.⁷

No entanto, apesar das classificações médicas atuais que a definem como patologia, viremos nos próximos capítulos que muitas vezes não há o desejo de reparação do órgão sexual ao adequado com o gênero pleiteado, apesar da caracterização do transexual e seu reconhecimento em sexo diverso do biológico. Nesse sentido, não há como “curar” a transexualidade com a cirurgia de redefinição sexual, como será demonstrado, questionando a conceituação da transexualidade como uma patologia médica.

Ponto importante no que tange a transexualidade e a sua conceituação é a relação que ela guarda com a bioética e o biodireito, uma vez que por meio desses ramos, surgem debates acerca das questões

⁶ Arán, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. *Ágora: Estudos em Teoria Psicanalítica*, 2006, vol. 9, n.1.

⁷ “Art. 199 - A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

[...]

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”

práticas buscadas pelo transexual no Brasil, uma vez que eles compreendem os aspectos éticos e legais relacionados à vida.

O Biodireito pode ser definido como o ramo do direito que formaliza as autorizações de comportamentos médicos-científicos, de modo a formar análises, estudos, princípios e leis com base na Bioética.

Conforme exposto no Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito, citado por em artigo de Heloisa Helena Barboza⁸:

Biodireito é o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana face aos avanços da biologia, da biotecnologia e da medicina.

Já a Bioética pode ser entendida como um campo norteador da ética, direito e ciências biológicas que procura estudar forma adequada (ética) de lidar com os avanços tecnológicos relacionados à vida.

Conforme definição extraída da obra supracitada⁹:

Bioética é o ramo da filosofia moral que estuda as dimensões morais e sociais das técnicas resultantes do avanço do conhecimento nas ciências biológicas.

Esses conceitos estão intrinsecamente ligados a ideia de transexualidade, pois grande parte das questões oriundas deste fenômeno perpassam pela bioética e pelo biodireito, como a vencida ideia de que a cirurgia de mudança de sexo consubstanciava lesão corporal e o atual questionamento do tratamento da transexualidade como patologia.

Nesse sentido, entende-se que a mudança de sexo e toda sua gama de cirurgias que a efetivam, como expressões máximas buscadas pela maioria dos transexuais apesar de pacíficas nas discussões abarcadas pelo biodireito e bioética no ordenamento jurídico brasileiro atual, que tem como sua

⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética x biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. p. 2. *In*. BARBOZA, Heloisa Helena., BARRETO, Vicente de Paulo. (orgs.)Temas de bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁹ Ibid. p. 2

expressão mais efetiva a Resolução do Conselho Federal de Medicina No. 1492/97, carece de legislação específica sobre o tema no âmbito jurídico.

No que tange o direito positivado em si, a matéria ainda é incipiente, carente de lei específica direcionada ao fenômeno, como a existente em outros países conhecida como a “Lei de Identidade de Gênero” (Estados Unidos, Argentina, Portugal etc) que regulamenta e assegura o direito dos transexuais de terem seu nome retificado no registro civil e demais documentos, bem como seu sexo/gênero.

Há de se destacar três projetos de lei que tramitam no nosso ordenamento jurídico que se assemelham com a lei supramencionada. São eles:

(i) PL 70/1995 (Câmara) do ex-Dep. Fed. José Coimbra (PTB-SP)

Caput: *"Dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo e dá outras providências. Admite a mudança do prenome mediante autorização judicial nos casos em que o requerente tenha se submetido a intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo original, ou seja, operação transexual. Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 1940."*;

(ii) PLC 72/2007 (Senado) do ex-Dep. Fed. Luciano Zica (PT-SP)

Caput: *"Altera o art. 58 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que “dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências”. Explicação: Possibilitando a substituição do prenome de pessoa transexual."*; e

(iii) PL 1.281/2011 (Câmara) do Dep. Fed. João Paulo Lima (PT-PE)

Caput: *"Dispõe sobre a mudança de prenome da pessoa transexual que realizar cirurgia para troca de sexo."*

1.1 Aspectos da Construção Social da Ideia de Transexualidade.¹⁰

Com o rompimento dos valores religiosos ortodoxos católicos que norteavam o Estado e a sociedade brasileira no fim do Século XIX e início do Século XX, sobretudo dada a incorporação das ideias de liberdade de expressão e pensamento oriundos da Revolução Francesa, se deu uma gradativa incorporação de novos valores éticos e filosóficos na sociedade brasileira.

Essas mudanças foram potencializadas com o surgimento da bioética e do biodireito, de modo que toda uma gama de comportamentos calcados na moral foram suprimidos em detrimento de uma maior liberdade para viabilizar e justificar a evolução científica no que tange à vida.

Nesse contexto social que surgem novas ideias acerca da questão do sexo. Tem-se então a diferenciação entre sexo psicológico e sexo biológico, de modo que ambos nem sempre andam juntos e sobretudo, conceitos emancipados da carga moral.

Dessa forma, firmou-se a ideia que o bem estar do indivíduo não guarda relação com uma conduta moral pré-definida e sim com uma forma de agir e pensar que traga uma maior harmonia ao indivíduo com sua personalidade calcada na autonomia de ser o que é.

¹⁰ DALSENTER, Thamis A. Do Corpo Natural ao Corpo Transformado: Um panorama Jurídico do Transexualismo. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/thamis_avila_dalsenter.pdf. Último acesso em 09 de novembro de 2012;

BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética x biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In. BARBOZA, Heloisa Helena., BARRETO, Vicente de Paulo. (orgs.)Temas de bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; e CHOERI Raul. Transexualismo e Identidade Pessoal: Cirurgia de transgenitalização. p. 240. In. BARBOZA, Heloisa Helena., BARRETO, Vicente de Paulo. (orgs.)Temas de bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

A ideia do sexo se complexibiliza e a partir dessa nova premissa que a vida sexual não traduz efeito reprodutivo mas o exercício do prazer se perfaz. Isso ocorre, sobretudo, com o avanço no campo da psicologia, com o surgimento da psicanálise Freudiana e Junguiana de modo a relacionar o comportamento sexual com as questões humanas de ser e alma e por conseguinte, dando uma dimensão científica à causa.

Nesse sentido, o ato sexual em si, se traduz em toda uma gama de comportamento ligados a ele traduzindo-se em emoções e ações, independente do binômio de gênero masculino e feminino, conforme explicitado nos próximos capítulos. Como ilustrado por Jung: O homem e a mulher possuem respectivamente uma feminilidade e masculinidade inconscientes (anima e animus), trazendo a questão do gênero para a psicologia.

Além disso, Jung relata que o indivíduo deve concretizar plenamente todas as suas potencialidades de essência por meio da totalização da personalidade com objetivo de atingir a completude. . Nesse sentido, fundamenta-se a ideia de atingir um maior controle do corpo humano, podendo dispor do mesmo, tendo como prioridade o bem estar psíquico e físico.

Entende-se ainda, que o bem estar psíquico tem primazia ao biológico, justificando, filosófica e juridicamente, intervenções cirúrgicas e outras práticas que assegurem essa concretização, como o aborto, a ligação de trompas, vasectomia, processos de fertilização e prática de gravidez assistida, eutanásia, cirurgias plásticas em geral, práticas que envolvam manipulação genética como o congelamento de óvulos dentre outras e a cirurgia de redefinição sexual em si.

A cirurgia de redefinição sexual, nada mais é que um exemplo emblemático desta mudança de perspectivas na nossa sociedade que surge como uma solução terapêutica diante do fenômeno da transexualidade quando o sexo físico não corresponde essencialmente ao psicológico, irreversivelmente, causando uma inadequação social do indivíduo, com aval

de uma junta médica e a prerrogativa de legitimação de direito pelo ordenamento jurídico, de modo a resguardar a vontade do indivíduo.

1. 2. A Construção do Gênero e Sexo.¹¹

O gênero e o sexo atualmente são conceitos distintos, apesar de historicamente terem sido considerados como sinônimos. Essa diferenciação reside na ideia principal de que sexo é uma construção biológico, social, psíquica e física identificados como masculino e feminino. Já o gênero é uma construção cultural definidor de como cada sexo atua.

Para entendermos a condição do transexual, faz-se necessário se apoiar na ideia de que esses conceitos supramencionados não são absolutos e determinantes, isto porque, muitas vezes a vontade do indivíduo não guarda relação com os padrões pré-estabelecidos, conforme demonstraremos a seguir.

Nesse sentido, Judith Butler contribui para a desconstrução do conceito de gênero bem como para a dissolução da dicotomia sexo versus gênero, consubstanciando, portanto a ideia base desse projeto, de modo que a mesma questiona a ideia do dimorfismo, ou seja, que o homem e a mulher são definidos e limitados unicamente por suas características corporais naturais, uma vez que seriam imutáveis.

¹¹ VIDAL, Adriana de Oliveira. Tese de Doutorado: A Constituição da Mulher Brasileira: Uma Análise dos Estereótipos de Gênero na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e suas Consequências no Texto Constitucional (459 F.). Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica, 2012;

BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003;

PENNA, Iana S. O.. Dissertação de Mestrado: Dignidade da pessoa Humana e Direito à Identidade na redesignação Sexual. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica 2010; e

DALSENTER, Thamís A. Do Corpo Natural ao Corpo Transformado: Um panorama Jurídico do Transexualismo. Disponível em

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/thamis_avila_dalsenter.pdf . Último acesso em 09 de novembro de 2012.

Quando se admite que “sexo” é a construção biológica de macho e fêmea, enquanto “gênero” sua manifestação sociológica e cultural ligado aos papéis de masculino e feminino, uma série de questões apontadas por Butler começam a surgir, como se segue:

“Concebida originalmente para questionar a formulação de que a biologia é o destino, a distinção entre sexo e gênero atende à tese de que, por mais que o sexo pareça intratável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído: conseqüentemente, não é nem o resultado causal do sexo, nem tampouco tão aparentemente fixo quanto o sexo. Assim, a unidade do sujeito já é potencialmente contestada pela distinção que abre espaço ao gênero como interpretação múltipla do sexo.”¹²

Nesse sentido, segundo Butler, estamos diante do comportamento definido como “ordem compulsória” uma vez que demanda-se em nossa sociedade uma coerência entre o que é tido como sexo, gênero e práticas e desejos necessariamente heterossexuais.

Dentro dessa lógica, historicamente construída, perfaz-se a ideia de que o indivíduo quando nasce com um órgão sexual masculino, necessariamente deverá se construir como um ser masculino, atuando de formas socialmente eleitas como másculas e rejeitando as eleitas como feminilizantes, e ainda, condicionando seus desejos e práticas sexuais em busca da reprodução, por conseguinte, com foco no sexo biologicamente oposto.

Inicialmente, quando se dissocia sexo e gênero, se admite que apesar do sexo de nascença, o gênero pode ser construído conforme a vontade do indivíduo, mas na prática, a construção cultural de gênero em si já conduz o indivíduo pra escolha de uma identificação entre as opções de masculino e feminino, encarando não só a não coerência com o sexo biológico como

¹² BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 24.

patológico como também a não identificação em quaisquer dos dois gêneros pré-definidos (masculino e feminino) ou a identificação em ambos.

Por isso esse equilíbrio é frágil e questionado por Butler, uma vez que a conforme visto, a sociedade condiciona o indivíduo em certos padrões que acabam por si só a tornar a ideia de gênero como um desdobramento da ideia de sexo, além disso, enregela a ideia de sexo de uma forma que a concede um caráter de imutabilidade que não condiz com a realidade social dos transexuais que desejam essa modificação de fato.

Nesse sentido, Adriana Vidal elucida:

A descoberta de que o gênero não estaria limitado ao sexo trouxe a possibilidade de se interpretá-lo como um processo ou uma atividade, uma repetição interminável, deixando de ser algo substancial ou dotado de conteúdo. Sendo assim, seria viável o gênero proliferar para além do dualismo instaurado pela constatação do feto determinado, ou seja, do sexo. Apesar da suposta subversão da teoria que separou sexo de gênero, identificado o primeiro como um dado factual e o segundo como fruto da cultura e, a partir daí, uma possibilidade aberta, o problema foi que o sexo acabou passando pelo processo de afirmação da natureza, de sua sobreposição na medida em que dela não há possibilidade de fuga ou de reconstrução, devendo ser simplesmente aceita e considerada como inexorável.¹³

Ou ainda:

A diferenciação entre sexo e gênero, colocando o primeiro na esfera da natureza e o segundo como produção cultural, contribuiu para uma afirmação de que se os estereótipos de gênero haviam sido instaurados, eles teriam algum sentido na medida em que se apoiavam em dados impositivos da natureza. Sendo assim, a possibilidade de revisão de papéis sociais que se fundavam sobre essa divisão dos sexos até poderia ocorrer, se fundadas no ponto cultural do gênero, mas ficaria sempre restrita à inevitabilidade do sexo.¹⁴

Identificada a lógica contemporânea de tratamento do sistema Sexo/Gênero, Butler a reconhece como fim para sua manutenção, a

¹³ VIDAL, Adriana de Oliveira. Tese de Doutorado: A Constituição da Mulher Brasileira: Uma Análise dos Estereótipos de Gênero na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e suas Consequências no Texto Constitucional (459 F.) P. 38- 39. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica, 2012

¹⁴ Ibid. p. 40

conservação do sistema heterossexual de masculino e feminino, ou seja, uma reprodução de dominação social por meio de uma moral baseada nas ideia de sexualidade com fim reprodutivo.

A ideia de que o gênero deve guardar relação com o sexo biológico e que se faz necessária a reprodução de um modelo baseado na existência de dois sexos definidos é totalmente desconstruída na prática pela figura do transexual.

Nesse sentido, Butler busca a desconstrução desse discurso de relação entre sexo, gênero e sua manifestação de modo a subverter o a “ordem compulsória” existente na sociedade contemporânea, fundamentando assim, a ideia da despatologização da identidade do transexual, uma vez que ao fenômeno de se identificar com sexo oposto do biologicamente determinado passa a ser visto como natural, posto que sexo, gênero e desejo passam a ter suas construções ampliadas.

1.3. Desconstrução do Padrão Binário Masculino x Feminino.¹⁵

15

VIDAL, Adriana de Oliveira. Tese de Doutorado: A Constituição da Mulher Brasileira: Uma Análise dos Estereótipos de Gênero na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e suas Consequências no Texto Constitucional (459 F.). Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica, 2012;

Butler, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003;

DALSENTER, Thamis A. Do Corpo Natural ao Corpo Transformado: Um panorama Jurídico do Transexualismo. Disponível em

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/thamis_avila_dalsenter.pdf . Último acesso em 09 de novembro de 2012; e

Penna, Iana S. O.. Dissertação de Mestrado: Dignidade da pessoa Humana e Direito à Identidade na redesignação Sexual. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica 2010; e

BENTO, Berenice. O Que é Transexualidade. São Paulo: Brasiliense, 2008.

Conforme explicitado, note-se que a manutenção da “ordem compulsória” de associação entre sexo/gênero/ desejos e práticas guarda relação direta com o binômio homem e mulher ou masculino e feminino.

Diante da construção história consolidada que deu origem a padronização dentre dois sexos baseados em biologia distinta que culmina em comportamentos que independente da cultura, em regra, guardam relação com a distinção entre homem e mulher e a expectativa de como cada um deve agir e sentir, que define a problemática da questão.

A existência de dois sexos fixos com manifestações de ação coerentes consolidando a matriz heterossexual é perpetuada pela ideia de gênero, que traz para essa realidade um equilíbrio frágil, porém, mantenedor da “ordem compulsória”.

Este equilíbrio é frágil, de modo que dá origem a uma série de comportamentos tidos como desvirtuantes, que podem questionar e invalidar a legitimidade de tal discurso em sua essência. Note, que a manutenção dessa “ordem compulsória” impugnada por Butler torna a adoção de formas de agir e pensar não consideradas de acordo com o sexo biológico, atos estranhos, imorais e muitas vezes sem proteção jurídica.

Butler então traça um paralelo entre os atos performativos e gênero, de modo que o gênero se perfaz pela efetivação/reprodução de atos, símbolos, signos, gestos, entonação e adoção de discursos tidos como próprios de cada polo do binômio em questão.

Ocorre que, esses conjuntos de comportamentos são considerados como atos performativos uma vez se consubstanciam em discursos adotados que realizam uma ação (produzem significado) e são tidos como normais e aceitos quando realizados de acordo com certas características que os definem.¹⁶

¹⁶ VIDAL, Adriana de Oliveira. Tese de Doutorado: A Constituição da Mulher Brasileira: Uma Análise dos Estereótipos de Gênero na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e suas Consequências no Texto Constitucional (459 F.). Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica, 2012

Assim, quando uma menina (biologicamente definida) brinca de bonecas (brincadeira de criança considerada como própria para o gênero feminino), ela está realizando um ato em concordância com as expectativas sociais do seu gênero.¹⁷

Desta forma, construiu-se toda uma gama de comportamentos definidos como masculinos e femininos que consubstanciam a manifestação do gênero adotado e o que definirá o indivíduo.

Acontece que com frequência esses signos se confundem, já que a natureza dos mesmos não é verificável, ou seja, absoluta, atos considerados como femininos são adotados por homens (biologicamente considerados) e vice-versa gerando preconceitos e tensões por parte de certos setores da sociedade.

Nesse sentido, Foucault em “A História da Sexualidade II” fez a seguinte análise:

Nos textos do Século XIX existe um perfil do homossexual ou do invertido: seus gestos, sua postura, a maneira pela qual ele se enfeita, seu coquetismo, como também a forma e as expressões de seu rosto, sua anatomia, a morfologia feminina de todo o seu corpo fazem, regularmente, parte dessa descrição desqualificadora; a qual se refere, ao mesmo tempo, ao tema de uma inversão dos papéis sexuais e ao princípio de um estigma natural dessa ofensa à natureza; seria de acreditar-ser diziam, que “a própria natureza se fez cúmplice da mentira sexual”. “Dever-se-ia, sem dúvida, estabelecer a longa história dessa imagem (à qual puderam corresponder comportamentos efetivos, através de um complexo jogo de indução e desafio). Ler-se-ia, na intensidade tão vivamente negativa desse estereótipo, a dificuldade secular, em nossas sociedades, para integrar os dois fenômenos, aliás, diferentes, que são a inversão dos papéis sexuais e a relação entre indivíduos do mesmo sexo.”¹⁸

O transexual se insere nesse binômio como um indivíduo que adota uma forma de se expressar oposta ao socialmente designado ao seu sexo biológico, por ter uma identificação quase completa com o conjunto de atos

¹⁷ Ibid. p. 37

¹⁸ FOCAULT, Michel. P. 21 in História da Sexualida 2 - O Uso dos Prazeres. 5ª Ed. Rio de Janeiro. Graal, 1988

que identificam o indivíduo como pertencente a determinado gênero. Este grupo pode ou não ter o desejo de modificar seu sexo biológico por meio da cirurgia de redesignação sexual.

O fenômeno da transexualidade nada mais é do que o exemplo mais emblemático da subversão da “ordem compulsória” do sexo/gênero/desejo, conforme sugerido por Butler, uma vez que eles se realizam por meio de atos performativos opostos àqueles associados ao seu sexo biológico.¹⁹

Nesse sentido, o transexual não só vive marginalizado, à guisa de preconceitos ligados à moral e ignorância sobre o fenômeno, uma vez que vão de encontro direto com noções muito enraizadas na sociedade, como também, no momento em que você considera a despatologização, atua no sentido de instigar a pensar no fenômeno do gênero e sua desconstrução como um todo.²⁰

Nessa linha elucida Berenice Bento:

Tento encontrar nas relações sociais os mecanismos mediante os quais a sociedade constrói os corpos-homem e os corpos-mulher. A produção dos gêneros e da heterossexualidade é marcada por um terrorismo contínuo. Há um heteroterrorismo a cada enunciado que incentiva ou inibe comportamentos. Se um menino gosta de brincar de boneca, lá estarão os heteroterroristas: “Pare com isso. Isso não é coisa de menino” O gênero serve para demonstrar, visibilizar que o corpo é heterossexual. Qualquer confusão nesse mundo dicotomizado poderá indicar um futuro homossexual. Ora, se somos o que nossos corpos definem, se nosso futuro já está inscrito, porque tanta obsessão das instituições sociais em reiterar de múltiplas formas que somos o que a natureza determina, que são os hormônios os responsáveis por nossos desejos? Vamos deixar a natureza fora disso.²¹

¹⁹ BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

²⁰ BENTO, Berenice. O Que é Transexualidade. São Paulo: Brasiliense, 2008.

²¹ BENTO, Berenice in Entrevista Publicada em 30/08/2006. Último acesso 10/10/2012) : <http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=1558&sid=43>

1. 4. O fenômeno da Identificação Sexual.²²

Entende-se, de modo a dissecar a questão, que há três tipos de identificação sexual para o indivíduo: (i) sexo biológico; (ii) sexo psíquico; e (iii) sexo civil, jurídico ou legal.

O sexo biológico é dividido entre: (a) sexo endócrino ou gonático, formado pelas glândulas do corpo humano, como as gônadas (glândulas sexuais), testículos e ovários e outras produtoras de hormônios responsáveis pelo fenótipo masculino ou feminino do indivíduo (sexo gonadal e extragonadal) como agentes definidores do gênero; (b) sexo genético ou cromossômico é o sexo definido pelo cromossomo, ou seja, XX/XXX para mulher e XY para homens; e (iii) sexo morfológico ou somático é a adequação das características sexuais primárias (pênis, vagina, escroto, útero, trompas, ovários, testículos) com as secundárias (mamas, tom de voz, presença do pomo de adão, volume de pelos), ou seja, de sua anatomia.

O sexo psíquico ou psicossocial pode ser definido como o conjunto de atitudes que delimitam a forma de pensar do indivíduo no que tange sua identificação sexual em relação aos estímulos sociais, ou seja, a forma que ele se enxerga psicologicamente sendo essas reações femininas, masculinas ou ambas. Essas reações psicológicas guardam relação com: (a) sexo educacional ou de criação, características estas oriundas da orientação e pressões dispensadas à criança sobre como agir, seja pelos pais, professores ou outros que influem diretamente na formação dessa noção, pode ser entendido também como o sexo que outras pessoas atribuem a um

²² VIDAL, Adriana de Oliveira. Tese de Doutorado: A Constituição da Mulher Brasileira: Uma Análise dos Estereótipos de Gênero na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e suas Consequências no Texto Constitucional (459 F.). Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica, 2012;
BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003; e
PENNA, Iana S. O.. Dissertação de Mestrado: Dignidade da pessoa Humana e Direito à Identidade na redesignação Sexual. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica 2010.

indivíduo; (b) manifestação pública da identidade de gênero, ou seja, a forma como o indivíduo se coloca na sociedade – age, sente, expressa verbalmente – guardando relação com seu gênero de identificação; e (c) identidade de gênero em si, sendo a maneira como o indivíduo se define: mulher, homem ou ambos.

Por fim, o sexo civil, jurídico ou legal é aquele designado no momento do nascimento da criança, com base em seu fenótipo, que delimitará as consequências para o ordenamento jurídico com relação ao gênero eleito, ou seja, questões previdenciárias, trabalhistas, penais, tributária e de família em suas especificidades de gênero.

No que tange a identificação do transexual para o ordenamento jurídico brasileiro em si, a caracterização da condição ainda carece de uma conceituação que fuja da ideia de patologização. Para o CFM, em sua Resolução No. 1.955/2010, para a caracterização do transexual, se deve obedecer aos seguintes critérios: (i) desconforto com o sexo anatômico natural; (ii) Desejo manifesto de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e adquirir as do sexo oposto; (iii) Permanência do distúrbio de forma contínua e persistente por no mínimo dois anos; e (iv) ausência de outros transtornos mentais.

Ocorre que essa definição não comporta exatamente as situações reais dos indivíduos que se consideram transexuais, portanto, não deveriam ser consideradas como definidoras para a ideia jurídica de transexualidade. Isto porque, o transexual pode ser caracterizado como tal apesar de não querer remover seus genitais e perder suas características ligadas ao gênero em sua totalidade.

Entende-se que o indivíduo pode se reconhecer em mais um gênero e satisfazer suas aspirações psíquicas desta forma, nomeadamente, bigêneros. Este fenômeno consiste em uma ambiguidade da identidade sexual que desafia a classificação rígida de masculino e feminino, e se difere do travestismo uma vez que o sexo psíquico do indivíduo é compreendido por

dois gêneros em suas vontades e manifestações ou ainda, ele se reconhece como homem ou mulher independente do seu fenótipo.

Nesse tocante, o indivíduo pode buscar as características do sexo oposto sem necessariamente aspirar por remover seu órgão sexual e além disso, ele pode perfeitamente obter o prazer sexual por meio dos seus órgãos biológicos, o que pressupõe uma certa adequação de fato ou pelo menos não uma total inadequação.

1. 5. O Aparecimento de Anomalias e Desvios Sexuais.²³

As chamadas anomalias sexuais ou sexopatias são disfunções ou perturbações que atingem a sexualidade do indivíduo, reconhecidas pela medicina. Sendo assim;

“A anomalia ou sexopatia é definida como a conduta sexual no qual modos de realização do prazer sexual ocorrem através de formas distintas da relação heterossexual normal.”²⁴

Diante dessa premissa, surge a ideia do fenômeno objeto desta dissertação, de modo que por transexualidade, no contexto de anomalias, entende-se pelo indivíduo que reconhece-se em gênero diverso do biológico e pleiteia seu reconhecimento social que ele entende como real, sendo esse conflito não necessariamente ligado à sexualidade em si, e sim ao gênero, o que de fato, torna essa definição apesar de doutrinariamente conhecida, reducionista.

²³ PENNA, Iana S. O.. Dissertação de Mestrado: Dignidade da pessoa Humana e Direito à Identidade na redesignação Sexual. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica 2010;

BENTO, Berenice *in* Entrevista Publicada em 30/08/2006. Último acesso 10/10/2012) :

<http://www.clam.org.br/publicue/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=1558&sid=43>; e

CHOERI, Raul. Transexualismo e Identidade Pessoal: Cirurgia de transgenitalização. *In*. BARBOZA, Heloisa Helena., BARRETO, Vicente de Paulo. (orgs.)Temas de bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²⁴ CHOERI, Raul. Transexualismo e Identidade Pessoal: Cirurgia de transgenitalização. p. 240. *In*. BARBOZA, Heloisa Helena., BARRETO, Vicente de Paulo. (orgs.)Temas de bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Nesse sentido, a transexualidade se diferencia dos outros distúrbios da sexualidade pois diferente da homossexualidade – indivíduo que se sente atraído sexualmente por outro do mesmo sexo, sem intenção de mudar sua anatomia -, do travestismo – indivíduo que apesar do desejo de formas do sexo oposto não tem possui ânimo definitivo de reversão sexual -, do transformista – aquele que se veste artisticamente do sexo oposto, e intersexualismo ou hemadrodita – aquele que possui órgãos reprodutores masculinos e feminino concomitantes, bastando corrigir sua anomalia física para haver adequação -, pois esta se consubstancia no desejo de pertencer ao sexo oposto daquele biologicamente determinado, por meio de um irreversível conflito de identidade.

Há ainda duas principais teorias que procuram explicar a origem do fenômeno, são elas: (a) teoria psicosssexual, de modo que a transexualidade guardaria relação com a forma que o indivíduo é criado, ou seja, o ambiente social em que este é educado, bem como o tipo de afeição recebida pelo indivíduo determinariam seu gênero de identificação; (b) teoria hormonal ou neuroendócrina, onde o fator glandular determinaria o distúrbio, uma vez que a hipófise, responsável por controlar o impulso sexual, não funcionaria propriamente causando um desequilíbrio hormonal oriundo de patologia congênita, distúrbio neurológico (onde o excesso ou diminuição do estrogênio na gestante resultaria atrofia ou hipertrofia das características masculina ou feminina); ou (c) teoria biológica, de modo que associa a transexualidade com uma questão genética abrindo margem para uma possível correção médico-biológica sem necessitar alterar o fenótipo biológico do indivíduo.

Não obstante a construção dessas teorias, a transexualidade é por fim considerada como uma patologia pelos estudiosos do campo da consciência, com toda uma gama de formas de diagnosticar por meio da observação de comportamentos padrões de ação.

No Brasil, importante documento sobre o tema, a Resolução do Conselho Federal de Medicina No. 1.955/10 que versa sobre a cirurgia de

redefinição sexual considera a transexualidade como um “*desvio psicológico permanente da identidade sexual*”, com rejeição de suas características físicas que guardam relação com o gênero rejeitado (fenótipo) e “*tendências à auto-mutilação e/ou auto-extermínio*”.

Nesse tocante, nota-se que há uma tendência a observar a questão do transexual por meio da aspiração de realizar a cirurgia de redefinição sexual ou mesmo no sentido, ainda que implícito de evitar a experiência homossexual. Nesse sentido, pressupõe-se que um transexual padrão deve rejeitar seu órgão sexual e por conseguinte não efetuar relações sexuais, o que não corresponde com a realidade de muitos transexuais.

Além disso, o discurso que a vontade da alteração do sexo físico do indivíduo se justificaria pelo exercício da sexualidade heterossexual não prospera, visto que muitos indivíduos transexuais são homossexuais também.

Nesse sentido, elucida-se a necessidade de inverter a lógica de colocar os indivíduos em padrões de gênero e “condutas transexuais”, invertendo a lógica e considerando a subjetividade de cada indivíduo para a construção de uma ideia buscando nas relações sociais a construção as respostas para a formação da ideia de gênero do indivíduo.

1. 7. A Despatologização da Transexualidade.²⁵

A transexualidade, com a medicalização da ideia de sexualidade, é considerada como um distúrbio de gênero de caráter patológico, de acordo com a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - versão 10 ou CID-10, uma publicação periódica da Organização Mundial da Saúde (OMS), passível de correção, por meio da cirurgia de redesignação sexual. Como o Brasil é filiado a esta organização, ele adota essa ideia como norteadora para a definição do fenômeno.

Ocorre que, essa definição é reconhecida como reducionista no que tange a ideia de sexualidade e vem sendo gradativamente combatida por estudiosos de questões de gênero e movimentos sociais, defendendo que esse discurso serve para legitimar o monopólio médico-psiquiátrico sobre as identidade de gênero, discurso esse que teria como base construções sociais arcaicas, limitadoras e opressoras sobre a ideia de gênero.

Nesse sentido, leia-se trecho do manifesto elaborado pela Rede Internacional pela Despatologização Trans²⁶:

Por “psiquiatrização” nomeamos a prática de definir e tratar a transexualidade sob o estatuto de transtorno mental. Referimo-nos, também, à confusão de identidades e corpos não normativos (situados fora da ordem cultural dominante) com identidades e

²⁵ PENNA, Iana S. O.. Dissertação de Mestrado: Dignidade da pessoa Humana e Direito à Identidade na redesignação Sexual. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica 2010;

BENTO, Berenice *in* Entrevista Publicada em 30/08/2006. Último acesso 10/10/2012) :

<http://www.clam.org.br/publicue/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=1558&sid=43>;

DALSENTER, Thamís A. Do Corpo Natural ao Corpo Transformado: Um panorama Jurídico do Transexualismo. Disponível em

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/thamis_avila_dalsenter.pdf . Último acesso em 09 de novembro de 2012;

BENTO, Berenice. A Reinvenção do Corpo - Col. Sexualidade, Gênero e Sociedade. Rio de Janeiro: Garamond, 2006;e

²⁶ Rede Internacional pela Despatologização Trans. Manifesto in <http://www.stp2012.info/old/pt>. último acesso: 01 de setembro de 2012.

corpos patológicos. A psiquiatrização relega às instituições médico-psiquiátricas o controle sobre as identidades de gênero. A prática oficial de tais instituições, motivada por interesses estatais, religiosos, econômicos e políticos, trabalha sobre os corpos das pessoas amparando e reproduzindo o binômio homem e mulher, fazendo com que esta postura excludente passe por uma realidade natural e “verdadeira”. Tal binômio, pressupõe a existência única de dois corpos (homem ou mulher) e associa um comportamento específico a cada um deles (masculino ou feminino) ao par que, tradicionalmente, tem-se considerado a heterossexualidade como a única relação possível entre eles. Hoje, denunciando este paradigma, que tem utilizado o argumento da biologia e da natureza como justificativa da ordem social vigente, evidenciamos seus efeitos sociais para por fim a suas pretensões políticas.

Essa ideia de patologização guarda, portanto extensa relação com a ideia de que gênero é fruto de um determinismo biológico, e que quaisquer comportamentos alheios a esse determinismo consubstanciaria uma anomalia ou desviante. Nesse sentido, expõe Gilberto Velho sobre comportamentos desviantes²⁷:

O problema de desviantes é, no nível do senso comum, remetido a uma perspectiva de patologia. Os órgãos de comunicação de massa encarregam-se de divulgar e enfatizar esta perspectiva quer em termos estritamente psicologizantes, quer em termos de uma visão que pretende ser “culturalista” ou “sociológica”. A formulação deste tipo de orientação é feita a partir de trabalhos, muitas vezes de orientação acadêmica, que não são capazes de superar a camisa-de-força de preconceitos e intolerância.

Ainda sobre a origem da patologização do comportamento desviante:

Diz Erikson: “O comportamento humano pode variar amplamente, mas cada comunidade estabelece parênteses simbólicos em volta de um certo segmento dessa amplitude e limita suas próprias atividades dentro dessa zona demarcada. Esses parênteses são, de certa forma, as fronteiras da comunidade. [...] Formas de comportamento desviante, marcando os limites externos da vida do grupo, dão à estrutura interna seu caráter especial e assim fornecem o arcabouço

²⁷ VELHO, Gilberto. Desvio e divergência, uma crítica da patologia social. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1979. p. 11.

dentro do qual as pessoas desenvolvem um sentido ordenado de sua própria identidade.²⁸

Essa visão antropológica do fenômeno fundamenta ações oriundas de certos ordenamentos jurídicos no sentido de reconhecer a ideia da transexualidade como um comportamento natural e proteger essa categoria por meio de leis específicas protetivas da classe, que implicam menos interferências judiciais e burocráticas para o reconhecimento do gênero.

Não obstante, independente da classificação adotada, nota-se que as necessidades oriundas do reconhecimento da transexualidade, desde o respeito à condição em si até a desburocratização da máquina de legitimação do gênero adotado resta sempre crucial para a maximizar a consecução do bem-estar desses indivíduos.

Diante das pluralidades de comportamento que foge ao que é considerado pelo CFM como padrão, há de se considerar como importante para a despatologização do transexual que é possível que haja uma condição onde não é possível optar por um dos gêneros, ou se sentir pertencente a um gênero específico independentemente do fenótipo do indivíduo.

Uma vez desconstruída a ideia de gênero aprisionado no binômio pré-estabelecido entre masculino e feminino e seus comportamentos padrões, cria-se terreno para a origem de normas mais eficazes para proteger os direitos dos transexuais. Isto porque, passa-se a considerar as peculiaridades do fenômeno, atingindo aqueles que não almejam a cirurgia de redesignação sexual, mas tão somente, o reconhecimento em um gênero de sua identificação.

Rompe-se então, na prática a ideia de que a identidade de gênero deva guardar relação com o órgão sexual possuído e que, portanto, caberá reivindicações no sentido de alteração civil de nome dissociadas da cirurgia de identificação de gênero, uma vez que órgão sexual não é o definidor do gênero do indivíduo, e além, a identificação de gênero em si não necessariamente deva corresponder a um gênero pré-definido, admitindo-se

²⁸ Ibid p. 24

no âmbito legal, a existência do gênero indefinido, uma vez que haverá indivíduos que não se identificaram apenas como masculino ou apenas como feminino e sim em ambos ou quiçá em nenhum dos dois.

Nesse sentido, Berenice Bento classifica como transexualidade, livre da ideia de patologização:

Dimensão identitária localizada no gênero, e se caracteriza pelos conflitos potenciais com as normas de gênero à medida que as pessoas que a vivem reivindicam o reconhecimento social e legal do gênero diferente ao informado pelo sexo, independente da cirurgia de transgenitalização.²⁹

Acrescenta-se ainda que a transexualidade não é o caráter definidor da pessoa, já que o ser humano é muito mais complexo que sua questão de gênero em si, ela estabelece relações no campo social a partir de sua identidade que consubstancia uma pluralidade de subjetividades não necessariamente ligadas ao gênero e sim oriundas da sua construção como pessoa.

Diante dessa nova ideia de transexualidade, livre da patologização, enxerga-se que há reducionismo nas definições médicas de um transexual universal que não guardam relação com as peculiaridades de cada indivíduo, a partir do momento que não o enxergam como uma pessoa em sua totalidade e, portanto não resolve toda a pluralidade de identidades que podem ser abarcadas no termo.

²⁹ BENTO, Berenice. O Que é Transexualidade. P.144-145. São Paulo: Brasiliense, 2008.

2. Os Direitos Aplicáveis aos Transexuais.³⁰

Faz-se necessário analisar os direitos inerentes aos transexuais como pessoa humana para entender o fundamento jurídico para justificar os atos efetuados no sentido de se obter redesignação sexual.

Os direitos fundamentais são os direitos aplicáveis ao homem, reconhecidos e positivados por um determinado ordenamento jurídico no âmbito do direito constitucional.

Conforme conceituação de José Afonso da Silva:

no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o concretiza [ordenamento jurídico] em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.³¹

Dentre os direitos fundamentais, existem aqueles inerentes à personalidade, positivados pelo Código Civil Brasileiro – Lei 10.406/2002, nos artigos 11 ao 21.³² São aqueles oriundos do direito fundamental da

³⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional do Transexual. São Paulo: Saraiva, 2000;

PENNA, Iana S. O.. Dissertação de Mestrado: Dignidade da pessoa Humana e Direito à Identidade na redesignação Sexual. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica 2010; e CHOERI, Raul. Transexualismo e Identidade Pessoal: Cirurgia de transgenitalização. In. BARBOZA, Heloisa Helena., BARRETO, Vicente de Paulo. (orgs.)Temas de bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

³¹ SILVA, José Afonso da. p. 163-164. In Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1992.

³² Código Civil Brasileiro, “CAPÍTULO II
DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

dignidade da pessoa humana, portanto indissociável do mesmo e presentes na Constituição Federal Brasileira de maneira específica como no artigo 5º, incisos V e X, referentes à questões da personalidade.³³

Por direitos da personalidade entendem-se como aqueles direitos imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis e intransmissíveis da pessoa dispor de seus aspectos constitutivos de sua identidade, inclusive na busca de seu gênero real.

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

O direito da personalidade é o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra etc.(...) é o direito subjetivo, de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial.³⁴

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

³³ “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

³⁴ Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, P. 121 -122.

2. 1. A Tutela da Integridade Física.³⁵

A tutela da integridade física, consubstanciada no direito de ter seu corpo preservado, guarda relação com uma gama de direitos relacionados ao corpo, sendo sua expressão máxima o direito à vida, no qual a tutela da integridade física se insere, a disposição do corpo, bem como direito ao próprio corpo em si.

O direito à vida é o mais abrangente dos direitos fundamentais, pois se insere na ótica do transexual pelo simples fato dele ser um ser humano. Esse direito tem como principal característica a conservação da vida humana, independente das condições físicas e psíquicas do indivíduo em questão.

Desta forma, em suma este direito protege o pleno exercício das escolhas relacionadas ao corpo físico, ou seja, o direito de procriação, interrupção de gravidez, preservação da espécie, eutanásia, dentre outras disposições.

Já o direito ao corpo é o direito que o indivíduo tem de dispor do mesmo nos limites da legislação e da moral individual. Cada indivíduo é responsável por cuidar de seu corpo e moldá-lo da forma que bem entender, seja por propósitos individuais como altruísticos, ou seja, tanto para adequação de gênero físico como para doação de órgãos etc. O domínio do próprio corpo é um direito muito importante na esfera da transexualidade, já que guarda relação necessariamente com a modificação do próprio corpo de maneira drástica.

O direito à integridade física diz respeito à conservação do corpo e da mente. Consiste no direito de ter seu corpo e mente inviolados. Com

³⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional do Transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000;

PENNA, Iana S. O.. *Dissertação de Mestrado: Dignidade da pessoa Humana e Direito à Identidade na redesignação Sexual*. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica 2010; e CHOERI, Raul. *Transexualismo e Identidade Pessoal: Cirurgia de transgenitalização*. In. BARBOZA, Heloisa Helena., BARRETO, Vicente de Paulo. (orgs.) *Temas de bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

base nesse princípio e no artigo 129 do Código Penal Brasileiro,³⁶ muitos se posicionavam contra a cirurgia de redesignação sexual por parte dos transexuais. Hoje essa interpretação não é mais reconhecida pelo ordenamento jurídico, de modo que garantir a integridade do transexual consiste no dever de providenciar meios seguros e efetivos de garantir essa mudança cirúrgica e acompanhamento psicológico, oferecidos pelo Sistema Único de Saúde- SUS brasileiro, como exposto nos capítulos que tratam da cirurgia de redesignação sexual.

2. 2. A Tutela da Identidade Pessoal e Sexual.³⁷

O direito á identidade é o direito que o individuo tem de conservar os aspectos que o levam a sua identificação como ser único, ou seja, nome, características físicas, gênero, filiação e naturalidade. Aqui vai se inserir a questão da modificação do nome e gênero do transexual, em nome do efetivo exercício desse direito, ou seja, por meio da adequação no mundo jurídico das características psicológicas que o transexual se reconhece.

³⁶“ Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta:

I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º Se resulta:

I - Incapacidade permanente para o trabalho;

II - enfermidade incurável;

III perda ou inutilização do membro, sentido ou função;

IV - deformidade permanente;

V - aborto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.”

³⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional do Transexual. São Paulo: Saraiva, 2000;

PENNA, Iana S. O.. Dissertação de Mestrado: Dignidade da pessoa Humana e Direito à Identidade na redesignação Sexual. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica 2010; e

CHOERI, Raul. Transexualismo e Identidade Pessoal: Cirurgia de transgenitalização. *In*. BARBOZA, Heloisa Helena., BARRETO, Vicente de Paulo. (orgs.)Temas de bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

O direito à identidade sexual é ser reconhecido em seu gênero de identificação, considerando que o sexo é a conjunção das características físicas, psíquicas e comportamentais do indivíduo o que definirá seu estado sexual. Reside no fato que independente das características físicas do indivíduo, o que será fato definidor de seu gênero será aquele no qual ele se identificar, gerando uma série de outros direitos específicos como ao corpo e a identidade psíquica.

Esse direito é oriundo da necessidade de cada indivíduo se identificar com um gênero específico ou mais de um. No entanto, a maior parte da doutrina não o considera inserido na categoria dos direitos da personalidade e sim um tipo de direito à identidade pessoal.

2. 3. Outros Direitos.

O direito à liberdade não compreende tão somente o direito de ir e vir, e sim de ser o que é, tanto na escolha de religião, na expressão de seu pensamento, como na sua identificação sexual. No contexto da transexualidade esse princípio se perfaz justamente na capacidade do indivíduo de poder envidar seus maiores esforços na busca e realização do gênero que se identifica. É justamente poder exercitar o que ele é de fato e ser reconhecido pelo ordenamento jurídico.

O direito à identidade psíquica consiste em ser respeitado em seus valores e concepções, no caso do transexual, consiste em ser respeitado em suas escolhas e na consecução da sua disposição de gênero. È justamente ser respeitado por querer e efetuar a modificação de seus aspectos físicos e sobretudo, ser reconhecido em seu novo sexo físico.

O direito à saúde é talvez um dos mais importantes que guardam relação com a transexualidade. O que antes era visto como uma lesão ao corpo do indivíduo (cirurgia de redesignação sexual) hoje é reconhecido como uma necessidade para o bem-estar do transexual de forma a garantir

sua saúde psíquica. A não adequação do transexual ao seu gênero ao qual ele se reconhece pode causar danos sérios ao indivíduo, como depressão, angústia, tentativas de suicídio e outros distúrbios psicológicos.

O direito ao respeito se materializa no âmbito da transexualidade quando o mesmo sofre ofensas por meio de formas de tratar pejorativas e constrangedoras que guardam relação com as características físicas do transexual anteriores ou posteriores à cirurgia e sobretudo que façam troça de sua condição, causando danos psicológicos ao transexual ensejando inclusive o dano moral.

O direito à honra guarda relação com a imagem do indivíduo no meio social. Sua inviolabilidade no âmbito da transexualidade se manifesta na manutenção de sua reputação em qualquer ambiente (familiar, social ou profissional), de modo a ter sua história resguardada e respeitada e ser tratado com dignidade, uma vez que qualquer violação dessas questões poderiam acarretar constrangimento do indivíduo, trazendo danos irreversíveis ao seu emocional e psicológico como por exemplo a divulgação de sua modificação de sexo em um meio de trabalho ou frente à uma relação amorosa, dentre outras situações.

O direito à privacidade consubstancia no direito do transexual em não ter sua história divulgada e em mantê-la em sigilo, atendo-se às partes envolvidas na questão, como médicos, psicólogos e membros da justiça. Reside no direito de ter seu passado resguardado, de sua história ser mantida em foro íntimo e pessoal e ser divulgada somente mediante sua vontade. Essa interpretação no entanto vem gerando uma série de ponderações com relação às relação travadas pelo transexual no mundo social. Isto porque, muitos clamam que a não publicidade da condição do transexual pode levar ao erro de pessoa, gerando danos graves também àqueles que se relacionarem com o transexual e não compartilharem se certos valores tidos como mais “modernos”.

2. 4. Os Direitos da Personalidade do Transexual e A Autonomia Privada.³⁸

Os direitos da personalidade tem como base as ideias kantianas de dignidade da pessoa humana, de modo que estes são superiores e não admitem equivalência, por conseguinte, não podem ser substituídos por coisa alguma.

Além disso, esses direitos são: (i) extrapatrimoniais, ou seja, não podem ser avaliados economicamente; (ii) indisponíveis, quer dizer que o titular de tal direito não pode dispor do mesmo; (iii) irrenunciáveis, ou seja, não podem ser afastados; (iv) Impenhoráveis, de modo que não admite-se comercialização; (v) absolutos, de modo que são oponíveis contra todos, bem como possuem eficácia *erga omnes*; e (vi) imprescritíveis, de maneira que não perdem valor com o passar do tempo (atemporais).

Desta forma, os direitos da personalidade estão intimamente ligados à concepção dos direitos do transexual, de modo que toda reivindicação tem como base esses direitos, no que tange à disponibilidade do corpo, do nome e do gênero sexual por meio das cirurgias de redefinição sexual e efetivação da nova identificação pessoal junto à sociedade com a alteração no registro civil e outros documentos.

A autonomia privada se insere como um dos mais importantes direitos da personalidade do indivíduo e uma das principais manifestações da liberdade existencial do indivíduo, uma vez que ela consubstancia o

³⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional do Transexual. São Paulo: Saraiva, 2000;
 PENNA, Iana S. O.. Dissertação de Mestrado: Dignidade da pessoa Humana e Direito à Identidade na redesignação Sexual. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica 2010;
 DALSENTER, Thamis A. Do Corpo Natural ao Corpo Transformado: Um panorama Jurídico do Transexualismo. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/thamis_avila_dalsenter.pdf . Último acesso em 09 de novembro de 2012; e
 CHOERI, Raul. Transexualismo e Identidade Pessoal: Cirurgia de transgenitalização. In. BARBOZA, Heloisa Helena., BARRETO, Vicente de Paulo. (orgs.)Temas de bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

poder que o indivíduo tem de exercer sua vontade, escolhê-la e estabelecê-las por meio de relações jurídicas por meio de livre juízo individual.

Diferente da ideia de liberdade individual completa ligada às relações patrimoniais, firmada nos séculos XVIII e XIX por meio das ideias liberais, o exercício atual de autonomia privada tem como base uma liberdade calcada na pessoa, na construção da sua personalidade e vontades por meio da interação social com o outro.

Esta nova ideia é fruto da concepção atual do estado (democrático de direito), onde essa liberdade pode sofrer intervenção do Estado como meio de proteção dos indivíduos, já que essa liberdade plena comumente viciava a vontade do indivíduo, sobretudo o hipossuficiente.

Essa nova concepção é ainda oriunda da ideia da dignidade da pessoa humana, firmada pela concepção do novo código civil, de modo que cada pessoa é livre para fazer suas próprias escolhas e construir sua personalidade por meio de seus valores individuais, devendo ser respeitada como tal.

Essa ideia, portanto, tem relação direta com o fenômeno do transexual, uma vez que a autonomia privada do indivíduo deve ser protegida pelo Estado. Seja por meio de políticas públicas, como a de disponibilização de cirurgias de redefinição sexual pelo SUS, como vem efetuando, como garantir meios menos burocráticos de efetivação de seus direitos oriundos dessa nova relação social criada pelo indivíduo quando passa a pertencer a outro sexo.

3. Alteração civil de nome e sexo e Cirurgia de Redesignação Sexual.

Uma vez que o indivíduo se identifica como transexual, normalmente procura-se buscar a adequação de seu fenótipo e genitália bem como da modificação de seus documentos de modo a garantir uma melhora em sua qualidade de vida e respeito à dignidade da pessoa humana.

No Brasil é uma questão incipiente para o nosso ordenamento jurídico. No entanto cabem algumas considerações sobre medidas que viabilizam esses processos, sobretudo junto ao judiciário brasileiro.

3.1 Alteração Civil de Nome e Gênero.³⁹

A questão do nome, expressão máxima de individualização da pessoa humana no âmbito jurídico, é regulamentada pela Lei 6.015/73, responsável pela regulamentação dos registros públicos.⁴⁰

Nesse sentido, com fulcro no procedimento do artigo 109⁴¹ da referida Lei 6.015/73 se faz possível a alteração do nome do transexual, após decisão judicial, conforme artigo 57⁴² da mesma lei.

³⁹ PENNA, Iana S. O.. Dissertação de Mestrado: Dignidade da pessoa Humana e Direito à Identidade na redesignação Sexual. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica 2010;

DALSENTER, Thamís A. Do Corpo Natural ao Corpo Transformado: Um panorama Jurídico do Transexualismo. Disponível em

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/thamis_avila_dalsenter.pdf . Último acesso em 09 de novembro de 2012;

BENTO, Berenice. O Que é Transexualidade. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BENTO, Berenice in Entrevista Publicada em 30/08/2006. Último acesso 10/10/2012): <http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=1558&sid=43>; e

BENTO, Berenice. A Reinvenção do Corpo - Col. Sexualidade, Gênero e Sociedade. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

⁴⁰ Lei Federal 6.015 de 31 de dezembro de 1973.

⁴¹ “Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório. (Renumerado do art. 110 pela Lei nº 6.216, de 1975).

§ 1º Se qualquer interessado ou o órgão do Ministério Público impugnar o pedido, o Juiz determinará a produção da prova, dentro do prazo de dez dias e ouvidos, sucessivamente, em três dias, os interessados e o órgão do Ministério Público, decidirá em cinco dias.

§ 2º Se não houver impugnação ou necessidade de mais provas, o Juiz decidirá no prazo de cinco dias.

§ 3º Da decisão do Juiz, caberá o recurso de apelação com ambos os efeitos.

§ 4º Julgado procedente o pedido, o Juiz ordenará que se expeça mandado para que seja lavrado, restaurado e retificado o assentamento, indicando, com precisão, os fatos ou circunstâncias que devam ser retificados, e em que sentido, ou os que devam ser objeto do novo assentamento.

§ 5º Se houver de ser cumprido em jurisdição diversa, o mandado será remetido, por ofício, ao Juiz sob cuja jurisdição estiver o cartório do Registro Civil e, com o seu "cumpra-se", executar-se-á.

§ 6º As retificações serão feitas à margem do registro, com as indicações necessárias, ou, quando for o caso, com a traslado do mandado, que ficará arquivado. Se não houver espaço, far-se-á o transporte do assento, com as remissões à margem do registro original.”

⁴² “Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro,

Assim, reconhecem-se inúmeras decisões nos tribunais brasileiros que autorizam a modificação do nome do indivíduo, guardando, mormente, relação com o fenótipo adotado pelo transexual.

Decisão recente do Superior Tribunal de Justiça – STJ, por meio do Recurso Especial No. 737.993 – MG, em novembro de 2009, versa sobre a alteração de prenome e sexo no registro civil do autor, após a operação. Ocorre que o pedido inicial teve decisão reformada pelo tribunal contrariando a demanda do autor, que pleiteava a alteração de prenome e sexo no registro civil, sob a alegação da inexistência de lei que regule a modificação de nome em transgêneros.

In verbis, segue ementa proferida pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

“REGISTRO PÚBLICO. MUDANÇA DE SEXO. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO. DECISÃO JUDICIAL. AVERBAÇÃO. LIVRO CARTORÁRIO. 1. Refoge da competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, em sede de recurso especial, a interpretação de normas e princípios de natureza constitucional. 2. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo. 3. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC. 4. A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei n. 6.015/73 confere amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive. 5. Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade. 6. No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial. 7. Recurso especial conhecido em parte e provido.” (REsp 737993 / MG RECURSO ESPECIAL 2005/0048606-4 Relator: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Data do Julgamento: 10/11/2009, T4 QUARTA TURMA, Data de publicação: DJe 18/12/2009 RBDF vol. 14 p. 116)

O Relator, Ministro João Otávio de Noronha acompanhou o parecer do Ministério Público e deu provimento ao recurso, sob a alegação de que a supramencionada Lei 6.015/73, em seu Art. 55, autoriza a mudança de prenome quando o mesmo expuser o seu titular ao ridículo, sendo este o caso em questão, já que Romar além de ter características físicas femininas, já havia realizado a cirurgia de redefinição sexual, conferindo assim, respaldo legal para substituir seu nome para o apelido público de “Bruna”.

Além disso, A Quarta Turma decidiu pela alteração do sexo no registro civil do autor, sob a justificativa de *“não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade.”*

No entanto, ressalta-se que se decidiu também por fazer constar em livro cartorário as referidas alterações de nome e sexo, à parte do registro civil, uma vez que *“os documentos públicos devem ser fieis aos fatos da vida.”* De acordo com o relator: *“Tal providência decorre da necessidade de salvaguardar os atos jurídicos já praticados, objetiva manter a segurança das relações jurídicas e, por fim, visa solucionar eventuais questões que sobrevierem no âmbito do direito de família (casamento), no direito previdenciário e até mesmo no âmbito esportivo.”*

A referida decisão de manter a alteração averbada segue de acordo com as inclinações atuais dos tribunais brasileiros. Firmou-se entendimento pela necessidade de se registrar a modificação para garantir a segurança jurídica dos atos praticados pelo indivíduo, uma vez que eles não são retroativos, por outro lado, majoritariamente entende-se que o fato não deve constar no registro civil e outros documentos do indivíduo, para manter sua privacidade e não causar constrangimentos, conforme mesma decisão:

“Todavia, tal averbação deve constar apenas do livro de registros, não devendo constar nas certidões do registro público competente nenhuma referência de que a aludida alteração é oriunda de decisão

judicial, tampouco que ocorreu por motivo de cirurgia de mudança de sexo, sob pena de manter a exposição do indivíduo a situações constrangedoras e discriminatórias.”

A Terceira Turma do STJ firmou decisão emblemática nessa mesma linha onde a Ministra Relatora Nancy Andrigui afirma: *“Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.”*⁴³

No entanto, note que as decisões continuamente estão ligadas ao fato da cirurgia de redesignação sexual ter ocorrido, conforme pontuado em mesma decisão acima mencionada pela Ministra Relatora Nancy Andrigui, como motivo para a realização da mudança de nome e gênero: *“Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.”*

Ocorre que a realização prévia da cirurgia de redefinição sexual, consubstancia um forte meio de prova da transexualidade do indivíduo, portanto, um argumento que fundamenta o pleito da mudança de nome e sexo.

⁴³ REsp 1008398 / SP RECURSO ESPECIAL 2007/0273360-5, Ministra NANCY ANDRIGHI (1118), T3 - TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento: 15/10/2009, Data da Publicação/Fonte DJe 18/11/2009 RMP vol. 37 p. 301 RSTJ vol. 217 p. 840. Ementa: “Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.”

No entanto, o que não se considera na decisão supracitada, é a ideia previamente demonstrada de que não necessariamente o gênero será equivalente ao sexo biológico e muitas vezes o transexual não tem a intenção de efetuar a cirurgia de adequação sexual ao “novo gênero”, apesar de se sentir pertencente a gênero distinto do biológico, e como vimos, o direito deve protegê-los também.

Ocorre que no ordenamento jurídico, ainda há entendimento forte de que o sexo morfológico deve guardar relação com o sexo psicossocial, ou seja, demanda essa equivalência para que se fundamente o pleito de alteração de sexo e nome no mundo jurídico. Essa visão, no entanto, não protege aqueles indivíduos que não desejam alterar o sexo morfológico ou que ainda não fizeram por completo, não obstante, demandam judicialmente a mudança de nome e sexo.

Além disso, há ainda argumentos no sentido de que ainda que haja uma mudança física do indivíduo (externa), essa mudança não perfaz o indivíduo como pertencente ao sexo pleiteado, uma vez que há o entrave ainda não superado pela medicina da capacidade de reprodução do indivíduo, que jaz prejudicada com a cirurgia, além das próprias características constituídas não consubstanciarem perfeitamente características anatômicas idênticas às inatas ao sexo demandado. Mais uma vez, argumento carregados de preconceitos sociais e pontos de vista arcaicos e reducionistas.

A questão da publicidade da situação anterior do transexual, por sua vez, ainda não é pacífica no ordenamento jurídico brasileiro e ainda aparece em posicionamentos revestidos de uma fundamentação carregada de preconceitos sociais para justificar a sua manutenção.

Essas fundamentações se baseiam sobretudo na proteção de terceiro que vier a se relacionar com o indivíduo transexual, bem como com a veracidade das informações notariais, que devem reproduzir os reais fatos da vida, além da necessidade de haver seguridade nos registros públicos.

A principal preocupação é manter a segurança jurídica preservando os atos e negócios jurídicos praticados pelo indivíduo com seu nome e sexo anteriores à modificação, tanto em questões matrimoniais (principalmente no que tange o terceiro de boa-fé que se relaciona amorosamente com o transexual), previdenciárias e desportivas, conforme pontuado por decisão supramencionada.

Por argumentação que defende a ideia de que não deve constar registros da alteração, pontua-se o respeito à dignidade da pessoa humana e outros direitos da personalidade, como a identidade pessoal, privacidade e intimidade, principalmente no que tange as questões psicológicas do sujeito, evitando constrangimentos e discriminações ao indivíduo.

Nesse sentido, a solução jurídica mais razoável encontrada foi justamente fazer constar a alteração em livros cartorários “à margem do registro civil”, conforme decisão da Quarta Turma supramencionada, de modo a constar que foi feita alteração por meio de sentença judicial, uma vez que não ficaria explícito, não constante dos documentos pessoais do transexual, uma vez que resta vedada a informação em certidões públicas.

Ocorre que apesar de toda a proteção constitucional demonstrada, os transexuais quando buscam seus direitos, esbarram na prática em um apanhado de noções deturpadas e pobres de fundamentação, sem mencionar de preconceitos oriundos da pouca informação sobre o fenômeno o que dá margem para a existência de decisões na contramão das ideias mais atuais acerca das noções de sexo e gênero.

Note que a parte das preocupações naturais oriundas da alteração de nome seja do transexual ou outro, como identificar os atos praticados pelo indivíduo com o nome anterior, e das questões referentes à troca do sexo, também com relação aos atos praticados (contabilização de tempo de trabalho e outras questões trabalhistas, visto que a situação nova não tem efeitos retroativos, dentre outros exemplos), no que tange a esfera privada, é nítido que não cabe ao judiciário ou a esfera pública decidir sobre como os indivíduos estabelecem seus laços efetivos, consubstanciando excesso

considerar exigir que as informações sobre a alteração sexual sejam públicas como justificativa de evitar que o um indivíduo recaia em erro (à título de proteção) ao se relacionar com o transexual, em detrimento da privacidade do mesmo.

Nesse sentido, cabe mencionar o Recurso Especial 678.933 – RS, por meio do qual o Ministério Público pleiteia reforma da decisão proferida pela 8ª Câmara Cível do Rio Grande do Sul (Processo No. 2004/0098083-5 - 21/05/2007) acerca da mudança de nome e sexo do autor sem que pudesse ser verificada sua condição anterior, por meio da vedação da possibilidade de se obter certidões e informações sobre o feito, com exceção do próprio interessado ou por meio de requerimento judicial.

Ocorre que o Ministério Público pede a reforma da decisão com fulcro em possíveis prejuízos a terceiros de boa-fé que possam se envolver com o autor, ideia impugnada pelo próprio tribunal de origem conforme segue trecho da decisão em questão:

“Quando se fala em prejuízos a terceiro, na verdade se fala na possibilidade de um homem envolver-se emocionalmente e, por que não dizer, sexualmente com o apelado e descobrir, em determinado momento, que ela não poderá ter filhos, ou até mesmo que não é mulher 'de nascimento'. Sendo essa a questão a ser enfrentada, até certo ponto, o mesmo aplicar-se-ia à mulher estéril. Será que deveriam essas mulheres ter em seus documentos e no registro civil contida esta condição? Ou seria uma humilhação para elas? Sofreriam algum tipo de discriminação? E se os seus possíveis companheiros aceitassem essa condição por entenderem ser o amor o bem maior? As respostas são conhecidas. Os casos são assemelhados, e por não ter a mulher estéril que expor sua condição perante a sociedade, não terá P.C. que expor a sua. Cabe ressaltar que essas suposições de eventuais prejuízos que possam sofrer terceiros, são hipóteses, não havendo certeza quanto ao caso concreto. Poderia acontecer ou não. Por isso, não seria plausível a exposição da condição de transexual feminino do recorrido em virtude de projeções, e, como tais, aleatórias. Se houver, no futuro, alguém que se sinta ameaçado, ou até mesmo prejudicado moralmente em razão da alteração de vida pela qual optou o apelado, que procure o remédio jurídico cabível. O Direito não pode ficar atrelado ao que dispõem as normas vigentes no país. O Direito é realidade, é fato social. É o excepcional. Deve, portanto, o Direito, não fechar os olhos à realidade, e se inserir nos tempos modernos, evitando qualquer situação constrangedora para as partes que litigam perante a justiça, contribuindo sempre para a paz social.” (fls. 111/112).”

Note que o que se discute aqui não é a mudança de sexo ou nome, já pacificamente aceito e sim a averbação ou não no registro civil do autor. Nesse sentido, não há como não mencionar o voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que não só vota pela averbação da sentença que decide pela alteração do sexo e nome como usa a seguinte argumentação, conforme ementa:

“Mudança de sexo. Averbação no registro civil. 1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito. 2. Recurso especial conhecido e provido.” Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 21/03/2007, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 21.05.2007 p. 571)

Ou ainda, quando o Ministro prossegue afirmando que “Não se pode esconder no registro, sob pena de validarmos agressão à verdade que ele deve preservar, que a mudança decorreu de ato judicial, nascida da vontade do autor e que tornou necessário ato cirúrgico complexo. Trata-se de registro imperativo e com essa qualidade é que se não pode impedir que a modificação da natureza sexual fique assentada para o reconhecimento do direito do autor.”

Note que o voto desconsidera direitos fundamentais básicos do autor, como privacidade, sob a argumentação de proteção de terceiro diante da verdade sobre o indivíduo, quando sugere a averbação de que o indivíduo teve seu sexo modificado por cirurgia legitimada por decisão judicial.

Uma possível solução para a questão da modificação do sexo no registro civil, bem como a averbação ou não de que a mudança ocorreu, apontada por teóricos do tema, seria fazer constar o termo “transexual” em vez do gênero masculino ou feminino, ocorre que essa situação sem dúvida

geraria constrangimentos ao transexual, além de prejudicar a sua inclusão social, visto que uma vez que ele modifica seu sexo, normalmente ele se reconhece no sexo oposto àquele biológico e busca garantias de legitimação desse “novo sexo”.

3.2 Cirurgia de Redesignação Sexual.⁴⁴

A cirurgia de transgenitalização e feminilização/masculinização, tem como base a alteração do fenótipo do indivíduo de modo a adequá-lo ao seu sexo psicológico. Não obstante, salienta-se que o sexo genético-biológico representado pelos cromossomos XX/XXX e XY permanece inalterado.

As cirurgias de redefinição sexual no Brasil são precedidas de acompanhamento psicológico constante que culminam na formulação de pareceres determinantes para a autorização de sua consecução, conforme estipulado na supramencionada Resolução No. 1482 do CFM. Para evitar o crime de lesão corporal, (i) os médicos devem seguir um protocolo de caracterização que inclui seleção por equipe multidisciplinar constituída por psiquiatra, cirurgião, psicólogo, assistente social com acompanhamento conjunto de pelo menos dois anos, (ii) diagnóstico médico de transexualidade, (iii) idade mínima de 21 anos, (iv) ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia, (v) consentimento livre e esclarecido do paciente, (vi) em locais autorizados a realizá-las.

⁴⁴ PENNA, Iana S. O.. Dissertação de Mestrado: Dignidade da pessoa Humana e Direito à Identidade na redesignação Sexual. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica 2010;

DALSENTER, Thamís A. Do Corpo Natural ao Corpo Transformado: Um panorama Jurídico do Transexualismo. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/thamis_avila_dalsenter.pdf . Último acesso em 09 de novembro de 2012;

BENTO, Berenice. O Que é Transexualidade. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BENTO, Berenice in Entrevista Publicada em 30/08/2006. Último acesso 10/10/2012): <http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=1558&sid=43>; e

BENTO, Berenice. A Reinvenção do Corpo - Col. Sexualidade, Gênero e Sociedade. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

Além disso, entendimento que essas cirurgias não consubstanciam lesão corporal⁴⁵ foram formalmente explicitados na Resolução No. 1.955/10 do CFM, em seu preâmbulo, de modo a trazer segurança jurídica aos médicos realizadores desses procedimentos cirúrgicos:

*“CONSIDERANDO que a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal brasileiro, haja vista que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico;”*⁴⁶

Conforme supramencionado, os fins terapêuticos da referida cirurgia afastariam o caráter ilícito da prática, conforme os casos de intersexualismo, que por sua vez já possuem suas questões de alteração no registro civil e de remoção da genitália “extra” pacificados pela doutrina jurídica e autorizados legalmente.

Ocorre que, as práticas são distintas em intersexuais e transexuais, uma vez que a manifestação de ambos os sexos ocorrem no fenótipo do intersexual, restando a este optar por um deles⁴⁷, já no transexual, seu fenótipo deverá ser reconstruído (procedimento mais agressivo), justificando desta forma o afastamento da analogia do procedimento realizado no intersexual ao fundamento da cirurgia do transexual. Assim:

Observa-se que o princípio terapêutico entra, um pouco tardiamente, nesse caso, como um fator excludente da antijuridicidade, tal como ocorre com as correções cirúrgicas no tratamento do hemafrditismo. A novidade é que, para este último, o tratamento se vincula ao sexo biológico, estando circunscrito ao âmbito corpóreo, enquanto aquele primeiro assume um caráter subjetivo, em razão da irreversibilidade

⁴⁵ Vide nota n. 13.

⁴⁶ Resolução do Conselho Federal de Medicina Nº 1.955/10, preâmbulo.

⁴⁷ Na prática os intersexuais não chegam a ter a opção de escolher, visto que comumente os pais efetuam essa escolha nos primeiros momentos de vida do intersexual, sem considerar sua identificação de gênero e podendo causar consequências ao desenvolvimento da identidade sexual do indivíduo, como a transexualidade, quando o gênero imposto ao intersexual não for aquele ao qual ele se identifica.

do mal-estar psíquico, justificados da sujeição do sexo biológico ao sexo psíquico.⁴⁸

Na direção oposta das conquistas em âmbito jurídico conquistadas pelos transexuais, há os argumentos que sem despir-se de forte cunho moral, clamam contra as cirurgias de modificação sexual. A ideia central é que basicamente quando se prioriza a consciência psíquica em detrimento dos fatores biológicos e éticos, não se tutela integralmente a saúde da pessoa. Isto porque, desconsidera-se a valorização da estrutura física sã da pessoa, bem como a preservação da espécie humana, falta de embasamento ético frente á construção social dominante de moral atual e por fim, a incapacidade de se comprovar por terceiro a qualidade do transexual. Nesse sentido, fala-se em uma falta de “preocupação de que haja o respeito à consciência moral, construída a partir da captação da verdade do próprio ser e na formulação de uma norma justa e equilibrada para uma condução responsável.”⁴⁹

Argumenta-se ainda, na contramão de tais conquistas, que a tutela do ser humano sobre seu corpo no que tange à sexualidade dentro das construções morais e religiosas atuais menos conservadoras até, devem se restringir às inclinações e modo de condução da vida sexual e não se adentrar à questões de gênero que se restringem a serem meros fatores biológicos. Nesse sentido, a psicomedicina deveria trabalhar no sentido de “curar” essas ideias de não aceitação do gênero do transexual em vez de os conduzirem para práticas que comprometem sua saúde física, uma vez que as cirurgias são irreversíveis (uma vez transformado, não é mais possível reconstruir o sexo original e suas características biologicamente constituídas) e os pilares éticos (não deveria prosperar a liberdade de escolher o próprio sexo, uma vez que fere o princípio da indisponibilidade do corpo humano).

⁴⁸ CHOERI, Raul. Transexualismo e Identidade Pessoal: Cirurgia de transgenitalização. p. 246-247. In. BARBOZA, Heloisa Helena., BARRETO, Vicente de Paulo. (orgs.)Temas de bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁴⁹ Ibid. p. 247.

Esses argumentos não merecem prosperar, uma vez que eles ora desprezam completamente, ora minimizam o caráter irreversível da condição do transexual além dos transtornos oriundos da inadaptação social. Se o indivíduo se sentirá inadequado por toda a sua existência, a medicina uma vez que encontra-se totalmente preparada para garantir essa efetivação, deve conduzir o indivíduo a essa adequação.

Além disso, cabe salientar que toda uma gama de cirurgias baseadas em fatores psicológicos determinados pela vontade do indivíduo são praticadas e moralmente aceitas. Note ainda, que a “verdade do próprio ser” é atestada por profissionais que atestam a condição do transexual e que senão por obviedade, o indivíduo que se submete a procedimento tão invasivo que pode comprometer inclusive o exercício físico de sua libido, certamente o faz por plena convicção da efetivação de sua busca de felicidade.

Outras questões oriundas da alteração sexual do indivíduo são as implicações sociais a serem abarcadas pelo mundo jurídico. Dentre a gama de questões as primordiais perpassam pelo momento em que deve passar a considerar o sexo psíquico em detrimento do biológico com suas consequências para o indivíduo e se referida decisão de mudança de sexo deveria ter efeitos retroativos ou não.

Ocorre que ainda não há pluralidades de situações que demandem uma avaliação empírica e abarquem decisões concretas das questões surgidas em caráter hermenêutico, mas é importante pensar no fenômeno sempre considerando a pessoa humana em suas individualidades fazendo uma valoração de o que será mais benéfico para a sociedade como um todo.

Analizando a jurisprudência brasileira acerca das cirurgias de redefinição sexual em si, não se direciona no sentido de punir a prática por lesão corporal e tem emitido decisões no sentido de autorizar a prática cirúrgica.

A grande questão acerca da cirurgia de redefinição sexual recai na necessidade da realização mesma para que haja a alteração de nome e sexo

no registro civil do indivíduo, uma vez que nem sempre o transexual almeja a realização de procedimento cirúrgico, apesar de se identificar no sexo oposto ao seu sexo biológico ou ainda que deseje, ainda não a realizou apesar de manter características físicas identificadas com o sexo pleiteado.

Nesse sentido, cabe citar algumas decisões, como a Apelação Cível No. 700417766422011 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵⁰, na decisão onde o juiz nega a alteração de gênero com fulcro na não realização da cirurgia de redesignação sexual, nesse sentido, o Desembargador Relator Sr. Rui Portanova assim se manifesta a favor da alteração de gênero, tendo em vista que o nome já foi alterado por decisão transitada em julgado, ou seja, para que haja a adequação de sexo e nome.

No que tange a cirurgia, o Relator alega que “trata-se de procedimento complexo, de extrema gravidade, mas com duvidosos resultados – para além da potencialidade de graves danos.” E que por isso, ninguém deveria ser obrigado a se submeter a um procedimento arriscado só para garantir a adequação física de seu gênero. Leia-se:

“Nesse contexto, renovada vênua, vejo descabida a exigência sentencial de submissão à cirurgia, como requisito essencial para o deferimento da alteração de gênero no registro. Na realidade, ninguém precisa se submeter a procedimento de alto risco, e com potenciais sequelas graves para o corpo, para poder adequar o registro. Para aferir o gênero da pessoa, importa menos a cirurgia. Renovada vênua, a masculinidade de um homem não está restrita aos seus órgãos sexuais. Um homem não é identificado (ou identificável) apenas pelo pênis. Pense-se, por exemplo, em alguém que tenha tido ou sofrido um acidente ou uma doença, que tenha resultado em perda do pênis (certos tipos de câncer no pênis, por exemplo, podem levar à isso). Nem por isso se haverá de pensar que, pela perda do pênis em função do acidente ou da doença, a pessoa deixou de ser homem.”

⁵⁰Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. TROCA DE NOME E SEXO. À equação do presente pertinente a averbação no assento de nascimento do (a) recorrente sua condição de transexual. Aplicação dos princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos, pois estes devem corresponder à realidade fenomênica do mundo, sobretudo para resguardo de direitos e interesses de terceiros. POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO EM PARTE, VENCIDO O RELATOR, DES. RUI PORTANOVA. (Apelação Cível Nº 70041776642, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 30/06/2011).

Note-se, no entanto, que apesar de decisão consubstanciar claro avanço na afirmação de que não necessariamente deve haver a cirurgia de redefinição sexual para que o sujeito seja reconhecido no sexo que pleiteia, o Relator no que tange a averbação no registro civil do autor, sugeriu que a condição de “transexual” fosse registrada no mesmo, sob a alegação de proteção de terceiros, sob a frágil justificativa da não configuração de constrangimentos ao autor uma vez que nos atos da vida civil os principais documentos como carteira de identidade e passaporte não possuem informações sobre gênero.

Há também, no entanto, decisões que sugerem a necessidade de realização de cirurgia de redesignação sexual para que haja alteração do sexo do indivíduo, conforme segue:

“Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. TRANSEXUALISMO. ALTERAÇÃO DO GENERO/SEXO NO REGISTRO DE NASCIMENTO. DEFERIMENTO. Tendo o autor/apelante se submetido a cirurgia de " redesignação sexual ", não apresentando qualquer resquício de genitália masculina no seu corpo, sendo que seu "fenótipo é totalmente feminino ", e, o papel que desempenha na sociedade se caracteriza como de cunho feminino, cabível a alteração não só do nome no seu registro de nascimento mas também do sexo, para que conste como sendo do gênero feminino. Se o nome não corresponder ao gênero/sexo da pessoa, à evidência que ela terá a sua dignidade violada. Precedentes. Apelação provida. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70022952261, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 17/04/2008)”

Trata-se de recurso para reformar decisão que não autorizou a mudança de gênero do autor em seu registro civil, para o sexo feminino, apesar da realização da cirurgia de redesignação sexual e o autor ser reconhecido socialmente como mulher.

Note que apesar de já admitida a alteração de nome e gênero dos transexuais em tribunais brasileiros sem que a cirurgia de redesignação social tenha sido efetuada, a cirurgia em si consubstancia forte meio de

prova da condição de transexual, além de ser argumento sólido para garantir a alteração de gênero do indivíduo.

4. Considerações Finais.

De acordo com o acima exposto, cabe pontuar algumas conclusões á título de últimas considerações acerca do tema da transexualidade e as questões inerentes ao gênero e sexo no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no que concerne a alteração do registro civil do transexual e as discussões acerca da cirurgia de redesignação sexual.

01. O transexual é uma condição humana na qual o indivíduo não se reconhece em seu sexo biológico. Ocorre que o sexo psíquico não converge com o sexo físico do indivíduo, de modo que ele se sente profundamente inadequado em seu corpo, dando origem a uma série de frustrações. Assim, o indivíduo corre atrás de uma adequação física ao seu sexo psíquico, que pode culminar na busca por uma cirurgia de redefinição sexual.

02. A medicina trata o fenômeno da transexualidade como uma patologia passível de correção através da cirurgia de redesignação sexual. Buscou-se aqui contestar essa ideia, destapologizando o transexual, por meio da desconstrução do conceito de gênero fundamentada em uma matriz binária heterossexual entre feminino e masculino, delimitando modos de agir, atos, gestos, indumentárias, hábitos e trejeitos específicos de cada um dos dois gêneros, ideia esta que dar causa a ideia de que a transexualidade é uma disforia de gênero. O ser humano viveria numa espécie de “ordem compulsória” de sexo, gênero e desejo, culturalmente definida e o transexual se insere na ruptura dessa ordem e por isso é tipo como anômalo.

03. Desta forma, defendeu-se que a identidade de gênero de forma geral não guarda relação com o fenótipo do indivíduo, sobretudo com seu sexo, aqui entendido como definido pela estrutura biológica do indivíduo.

Um indivíduo pode possuir genitália de um sexo e se identificar em outro sem que a sociedade demande dele uma adequação cirúrgica do órgão sexual ou que ele tenha essa necessidade natural de fazê-la. Isso explica porque muitos transexuais efetuam cirurgias de feminilização/masculinização sem desejarem efetuar a cirurgia de redesignação sexual em si e também explica essa necessidade de realização da cirurgia por outros, por conta justamente desse binômio castrador culturalmente construído. Quando se rompe a ideia socialmente construída de gênero, a ideia de que a transexualidade é patológica se dissolve. Esse raciocínio é importante sobretudo para maior eficácia na elaboração de leis específicas que tutelem o transexual.

04. Passamos então pela análise dos direitos dos transexuais, sobretudo dos direitos fundamentais e da personalidade que fundamentam a busca de adequação do transexual e o seu reconhecimento legal, sobretudo no que concerne a alteração de nome e sexo. O respeito a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada são expoentes desses direitos uma vez que Estado deve zelar pelo bem-estar do indivíduo e não deixar que o mesmo seja submetido a situações humilhantes e constrangedoras. O indivíduo ainda, no tocante a autonomia privada, deve ter assegurado seu direito de dispor de livre vontade para efetuar suas escolhas e ser o que é. Não há no entanto, legislação que trate especificamente da transexualidade, tão somente projetos de lei, ficando estes indivíduos a cargo de decisões do judiciário.

05. A busca do transexual junto ao judiciário brasileiro transitam às voltas do pleito de alteração de nome e sexo no registro civil. Nesse sentido, buscou demonstrar o entendimento atual dos tribunais brasileiros acerca da matéria e restou concluído que pacificamente se entende que o nome do transexual deve ser alterado toda vez que consubstanciar constrangimento ao mesmo, uma vez que não condiz com seu novo fenótipo, bem como o próprio sexo, visto que não condiria com a nova

realidade morfológica do indivíduo. A controvérsia reside na necessidade de averbar ou não essa alteração em cartório, para trazer segurança jurídica aos atos jurídicos já praticados e ao terceiro de boa-fé. Entende-se razoavelmente pela averbação da alteração em separado e não em seus documentos de porte, não verificáveis por certidões públicas, ou seja, em livros cartorários, de modo a não causar constrangimentos ao transexual e resguardar sua privacidade.

06. Quanto a cirurgia de redesignação sexual em si, restou demonstrada um aparato burocrático para sua consecução, estipulado por meio de resoluções do Conselho Federal de Medicina, que envolve a análise por uma junta médica da condição de transexualidade formalizada em um laudo de disforia de gênero de modo a viabilizar a realização da cirurgia pelos médicos. Isto porque, a cirurgia já foi historicamente tratada como crime de lesão corporal, posição já vencida, mas que fundamentou a regulamentação pelo CFM. Note que pelo caráter patologizante da transexualidade, a cirurgia se inseriria como uma solução terapêutica da condição e por isso se justifica a sua realização pelo Sistema Único de Saúde – SUS. Note que apesar do fato da cirurgia a ser realizada pelo SUS se fundamenta na patologização da transexualidade, o afastamento da ideia do transexual como um portador de um distúrbio não retiraria a cirurgia de redesignação sexual da lista de procedimentos realizáveis pelo SUS, isto porque, é papel do Estado garantir o bem-estar do indivíduo e a apresentação de soluções ao seu sofrimento, justificando assim, a sua manutenção.

07. A cirurgia de redesignação sexual no que tange os pleitos judiciais, se insere no contexto da necessidade de efetuar-la para buscar o reconhecimento legal do novo gênero. Há entendimentos no sentido da ideia principal defendida por meio desse trabalho de que não a cirurgia de redesignação sexual, apesar de consubstanciar importante meio de prova da condição de transexual, não é condição para que haja esse prévio

reconhecimento. Isto porque, o procedimento para viabilizar essa operação é moroso e burocrático e na maioria das vezes o transexual já é socialmente reconhecido em seu gênero de identificação e aguarda o momento da realização da mesma ou ainda, não pretende realizá-la apesar de necessitar ser reconhecido em gênero distinto do biológico, restando ao Estado garantir esse reconhecimento e evitar que os indivíduos sejam expostos ao ridículo de possuir documentação diferente de seu fenótipo.

08. Percebe-se que a luta do transexual pela busca de adequação deve ser garantida pelo Estado e faz-se mister considerar a transexualidade como uma condição e não uma patologia para a consecução de leis que combatam a discriminação e não a propaguem, de modo a considerar as nuances do fenômeno, sobretudo no que tange a consideração de que a vontade de realização da cirurgia de redesignação sexual não é fator definidor da condição, uma vez que o indivíduo pode se reconhecer em gênero distinto daquele socialmente coerente ao seu sexo biológico/fenótipo. É papel primordial do Estado combater a discriminação do transexual e zelar pelo seu bem-estar, utilizando-se de todos os remédios possíveis para mitigar o sentimento de inadequação do indivíduo transexual e garantir a sua inserção social, buscando sempre a paz e as boas relações entre os indivíduos.

Bibliografia

ANISTIA INTERNACIONAL. **Human Rights And Sex Orientation And Gender Identity**. Disponível em: <http://www.amnesty.org/en/sexual-orientation-and-gender-identity>. Acesso em 15 abril 2012.

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

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional do Transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARBOZA, Heloisa Helena., BARRETO, Vicente de Paulo. (org.). **Temas de bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BENTO, Berenice. **O Que é Transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BENTO, Berenice. **A Reinvenção do Corpo - Col. Sexualidade, Gênero e Sociedade**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CHOERI, Raul. Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenitalização. In: BARBOZA, Heloisa Helena e BARRETO, Vicente de Paula (org.) **Temas de bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DALSENTER, Thamís A. **Do Corpo Natural ao Corpo Transformado: Um Panorama Jurídico do Transexualismo**. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/thamis_avila_dalsenter.pdf. Último acesso em 09 de novembro de 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil**. 1º vol. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FOCAULT, Michel. **História da Sexualidade 2 - O Uso dos Prazeres**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988

PENNA, Iana S. O. **Dignidade da pessoa Humana e Direito à Identidade na redesignação Sexual**. Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado: Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica 2010.

Rede Internacional pela Despatologização Trans. **Manifesto** in <http://www.stp2012.info/old/pt>. Acessado em: 01 de setembro de 2012.

VELHO, Gilberto. **Desvio e divergência, uma crítica da patologia social**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

VIDAL, Adriana de Oliveira. Tese de Doutorado: **A Constituição da Mulher Brasileira: Uma Análise dos Estereótipos de Gênero na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e suas Consequências no Texto Constitucional** (459 F.). Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica, 2012.