

4

Autonomia privada existencial e identidade sexual

4.1

O direito à identidade sexual como um direito à saúde

Antes de apontar o direito à identidade sexual como um direito à saúde, é preciso definir o que seria a identidade humana¹, quais são os critérios para sua definição e qual a sua importância na individuação do ser humano.

Tanto nas relações sociais, quanto nas jurídicas, é preciso que as pessoas possam se individualizar, para de forma autônoma desenvolver sua personalidade, tomando suas próprias decisões, dentro do seu projeto de vida.

Para Adriano De Cupis,

O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por consequência, ser conhecido por quem é na realidade. O bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais.²

Raul Choeri, afirma ser a identidade humana, “expressão objetiva e exterior da dignidade humana, meio instrumental pelo qual cada indivíduo pode afirmar-se como pessoa humana”³. Para o autor, a identidade humana é composta de dois aspectos, um estático e outro dinâmico. No primeiro aspecto, estariam todos os fatores capazes de identificação imediata e objetiva, e, a princípio, não suscetíveis de modificação, como o nome, a identidade genética, o sexo biológico,

¹ Raul Cleber da Silva Choeri justifica o uso da expressão “identidade humana”, em lugar de “identidade” ou “identidade pessoal”, esclarecendo que: “(...) ela permitirá exprimir o somatório do ‘ser ou eu social’ e do ‘ser ou eu individual’, que constituem a personalidade, numa visão ou enfoque possibilitado pela Sociologia Jurídica. O ser individual ou ser biológico resulta da herança genética, que se inicia no momento da fecundação, ao se juntarem os gametas masculino e feminino no útero da mulher. O ser social é aquele que também se inicia desde a vida uterina e, mesmo depois do eu biológico desaparecer com a morte, ainda perdura efetiva e subjetivamente através dos múltiplos traços e complexos culturais, transformados em padrões culturais que caracterizam cada sociedade em que o homem se insere.” CHOERI, R. C. S., *O conceito de identidade e a redesignação sexual*, p. 15.

² DE CUPIS, A., *Os direitos da personalidade*, p. 165.

³ CHOERI, R. C. S., op. cit., p. 27- 28.

as impressões digitais, *etc.* No segundo aspecto, que denominou dinâmico, reuniria características psicossociais, como a herança cultural, o patrimônio ideológico e o sexo psicossocial.⁴

Segundo o mesmo autor, a identidade humana, “(...) exerce direta ou indiretamente uma efetiva tutela aos bens e valores essenciais da pessoa, em seus aspectos físicos e psíquicos, porquanto reflete a totalidade do que é realmente o ser humano, em sua unidade psicossomática.”⁵

A identidade humana é formada por vários bens, apesar de ainda existirem autores que, atrelados a uma concepção clássica e estática, consideram-na apenas em seu aspecto de identificação do ser humano, tutelando apenas o nome, como se esse fosse o seu único elemento. Restringir a identidade ao nome e negar o aspecto dinâmico que a compõe além de outros elementos importantes na identificação, como a impressão digital, a filiação e o local de nascimento.

Tais fatores componentes da identidade humana são destacados por Capelo de Souza,

A tutela, juscivilística da identidade humana incide desde logo sobre a configuração somático-psíquica de cada indivíduo, particularmente sobre a imagem física, os seus gestos, a sua voz, a sua escrita e o seu retrato moral. Mas recai também sobre os termos da inserção sócio-ambiental de cada homem, *máxime*, sobre a sua imagem de vida, a sua história pessoal, o seu decoro, a sua reputação ou bom nome, o seu crédito, a sua identidade sexual, familiar, racial, lingüística, política, religiosa e cultural. Finalmente, no bem da identidade podem englobar-se ainda os próprios sinais sociais de identificação humana, quer principais, como o nome e o pseudônimo, quer acessórios, como a filiação reconhecida, o estado civil, a naturalidade e o domicílio, que, embora sujeitos a regimes jurídicos específicos, integram, para certos fins, o conteúdo do bem personalístico da identidade.⁶

A identidade como visto, ultrapassa a mera identificação do indivíduo, compondo sua conceituação, também o patrimônio ideológico cultural. Os comportamentos, as crenças, as atitudes, os valores, as opiniões, ou seja, questões que tomam importância na relação com o outro, na intersubjetividade, são fundamentais na formação da identidade, merecendo tutela jurídica.

⁴ E esclarece ainda o citado autor: “A identidade estática, como já mencionada, compreende o nome, a identificação física e a imagem. A identidade dinâmica é a verdade biográfica, uma história, um estilo individual e social de cada pessoa, constituindo o que a diferencia das demais, fazendo-a diversa e única.” CHOERI, R. C. S., *O conceito de identidade e a redesignação sexual*, p. 27 *passim*.

⁵ *Ibid.*, p. 36.

⁶ CAPELO DE SOUZA, R. V. *apud* CHOERI, R. C. S., *O conceito de identidade e a redesignação sexual*, p. 32.

É importante destacar que a tutela jurídica existe sempre que na identidade estejam refletidas “as verdades dos valores e ações peculiares do sujeito.”⁷ Não será tutelada uma aparente identidade, senão as projeções externa das manifestações da personalidade.

Apesar de merecedora de proteção jurídica não existe no ordenamento jurídico brasileiro menção expressa a tutela da identidade, devendo essa se dar pela via constitucional, pela aplicação da cláusula geral de tutela da personalidade, uma vez que não há referência no Código Civil.⁸

Um dos elementos que compõe a identidade humana é a identidade sexual. Da mesma forma que existem dois aspectos que devem ser analisados quanto à identidade humana, o estático e o dinâmico, na formação da identidade sexual, também irão concorrer elementos de duas ordens, biológicos e psicossociais.

Segundo Alexandre Miceli Alcântara de Oliveira, identidade sexual é “o direito de ser internamente e aparecer externamente igual a si mesmo com a realidade do próprio sexo.”⁹ Como visto no capítulo I, o próprio conceito de sexo é pluridimensional, não havendo prevalência de um aspecto sobre o outro.

A possibilidade de determinação da identidade sexual, no caso dos transexuais, deve ser vista como um direito à saúde, garantido constitucionalmente, no art. 196¹⁰, para tanto, é preciso um afastamento do tradicional conceito de saúde, entendido apenas como ausência de doença, para compreendê-lo também no seu aspecto individual. Necessária à valorização da liberdade do indivíduo em ter suas aspirações e alocá-las no conceito de saúde.

⁷ Ibid., p. 36.

⁸ Apesar de não existir, no Código Civil brasileiro, referência expressa a tutela da identidade humana, é possível protegê-la por meio da aplicação do art 12, que dispõe: “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.” Mesmo diante da falta de menção expressa, é possível identificar a proteção à identidade, também em outros dispositivos e diplomas legais, podendo ser citados a título de exemplo, o art. 1.557, “Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: I – o que diz respeito à sua **identidade**, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.” (sem destaques no original) e o art. 17, do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069/1990, “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da **identidade**, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.” (sem destaques no original).

⁹ OLIVEIRA, A. M. A., *Direito de autodeterminação sexual*, p. 68.

¹⁰ “**Art. 196.** A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira, “(...) a saúde deve ser analisada também sob um aspecto individual, que respalde as aspirações pessoais, tendo em vista que a pessoa foi colocada em lugar de destaque e de centralidade no atual ordenamento jurídico.”¹¹ A valorização das aspirações individuais reflete a centralidade dada ao indivíduo no ordenamento jurídico, e torna-se condição para a integral tutela da pessoa humana.

Ainda segunda a mesma autora,

Não é possível construir uma visão individualizada da saúde sem conectá-la com a liberdade, vista sob a perspectiva pessoal, só faz sentido dentro dos parâmetros estabelecidos por cada pessoa, de acordo com a própria crença, experiências de vida, valores, enfim, com a própria concepção do que seja bom para si mesma.¹²

É possível concluir que o conceito de saúde é variável, sendo construído individualmente, refletindo, portanto o direito a liberdade, garantido no artigo 5º¹³ da Constituição Federal de 1988. Segundo essa concepção, o direito à saúde “deve ser uma construção individual, vez que cada pessoa deve ter o governo do próprio corpo, a partir do momento que estiver devidamente informada e esclarecida para tomar a decisão que melhor lhe compete.”¹⁴

A relevância da saúde como direito de liberdade implica a vedação do Estado e/ou particulares atuar sem autorização da pessoa, pois, o mais importante é que o indivíduo possa escolher o destino de sua saúde, tendo em vista as condições do seu organismo, bem como o tratamento – ou a ausência deste – que lhe será dado.¹⁵

A visão do direito à saúde como um direito que valorize as individualidades é necessária para que se alcance a integral tutela da pessoa humana, uma vez que “o mesmo interesse à saúde, indissolúvel daquele do livre desenvolvimento da pessoa, pode apresentar-se de formas diversas, assumindo relevância e configurações diversas, segundo seja visto como direito ao serviço sanitário, à salubridade do ambiente, à integridade física ou àquela mental (...)”¹⁶

¹¹ TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 62.

¹² *Ibid.*, p. 62-63.

¹³ “**Art. 5.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”

¹⁴ TEIXEIRA, A. C. B., *op. cit.*, p. 63.

¹⁵ *Ibid.*, p. 54.

¹⁶ PERLINGIERI, P. *Perfis do direito civil*, p. 158.

Desta forma, a saúde tem um viés que a torna dinâmica, pois além de variar de acordo com o contexto, com a idade e com a experiência de cada um, também é uma construção pessoal – de integridade psicofísica diretamente atrelada à possibilidade efetiva de livre desenvolvimento da personalidade.¹⁷

No caso específico dos transexuais interessa o aspecto psicofísico, a saúde mental. Visto no primeiro capítulo que o transexual vive um conflito entre o seu sexo biológico e psicossocial, de origem ainda desconhecida, que lhe traz profundas angústias, podendo levá-lo até mesmo ao suicídio, não há como negar a esse indivíduo a liberdade de decidir sobre sua própria saúde, podendo optar por sua identidade sexual. “Saúde é moldada pela identidade pessoal e liberdade”.¹⁸

Ainda segundo a corrente doutrinária que vê na transexualidade uma experiência idenitária, afastando-a do campo patológico, não existem razões para que tal experiência seja negada, uma vez que essa decisão cabe exclusivamente ao indivíduo, dentro do espaço exclusivo de decisões que lhe foi garantido constitucionalmente. Por se tratar de uma decisão autorreferente, o único que tem legitimidade para decidir sobre sua identidade sexual é o transexual, seja ele visto como portador de uma patologia ou apenas como alguém que vive uma experiência idenitária.

Especificamente no que se refere à possibilidade de autodeterminação sexual, fica claro tratar-se de um direito à saúde, pois “A saúde refere-se também aquela psíquica, já que a pessoa é uma indissolúvel unidade psicofísica; a saúde não é apenas aspecto estático e individual, mas pode ser relacionada ao são e livre desenvolvimento da pessoa (...)”¹⁹

É preciso salientar ainda, que o princípio da integridade psicofísica é um dos substratos jurídicos do princípio da dignidade da pessoa humana. Não há como garantir uma tutela positiva a saúde, baseada no livre desenvolvimento da personalidade, se há um desrespeito à integridade psicofísica.

A integridade psicofísica não deve ser mais vista apenas como uma garantia contra a tortura ou penas cruéis, seu conceito, no Direito Civil, vem sendo ampliado, para abranger inúmeros direitos da personalidade, dentre eles, o direito à identidade pessoal, que irá abranger a identidade sexual. Segunda Maria

¹⁷ TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 54-55.

¹⁸ *Ibid.*, p. 56.

¹⁹ PERLINGIERI, P., *Perfis do direito civil*, p. 158.

Celina Bodin de Moraes, a integridade psicofísica, pode ser entendida hoje, como um “amplíssimo ‘direito à saúde’, compreendida esta como completo bem-estar psicofísico e social”, conforme a definição que é dada pela OMS – Organização Mundial de Saúde.²⁰

4.2 Autodeterminação e identidade sexual

Visto ser a identidade sexual um dos elementos que compõem a identidade humana, resta analisar a possibilidade de autodeterminação desse elemento pelos transexuais, como garantia de direito à saúde e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Com visto anteriormente, a questão da proteção dos direitos da personalidade, atualmente, não pode ser analisada apenas sob o aspecto da reparação de danos, mas também devem ser vislumbradas novas formas de tutela, capazes de promover o livre desenvolvimento da personalidade humana.

Para Gustavo Tepedino,

Nem parece suficiente o mecanismo simplesmente repressivo, próprio do direito penal, de incidência normativa limitada aos momentos patológicos das relações jurídicas, no momento em que ocorre a violação do direito, sob a moldura das situações tipo. A tutela da pessoa humana, além de superar a perspectiva setorial (direito público e direito privado), não se satisfaz com as técnicas ressarcitória e repressiva (binômio lesão-sancão), exigindo, ao reverso, instrumentos de promoção do homem, considerado em qualquer situação jurídica de que participe, contratual e extracontratual, em direito público ou em direito privado.²¹

Tal posicionamento pode ser verificado de forma clara na doutrina e no Código Civil de 2002, que nos artigos 12 e 21²², demonstram não apenas a preocupação com o ilícito, mas também em evitá-lo e fazer cessar. Apesar da ampliação da tutela prevista no Código Civil, é possível constatar a sua insuficiência, por analisar apenas o aspecto negativo da tutela, ou seja, o enfoque continua na violação do direito e, portanto no dever omissivo geral.²³

²⁰ BODIN DE MORAES, M. C., *O princípio da dignidade humana*, p. 28.

²¹ TEPEDINO, G., *A tutela da personalidade*, p. 52.

²² “**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.”

“**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.”

²³ MEIRELES, R. M. V., *Autonomia privada e dignidade humana*. p. 57.

É preciso que se valorize o aspecto positivo de proteção aos direitos da personalidade, positivo por se realizar por meio de atos de seu titular, comportamentos comissivos, com ou sem a ajuda de outrem, diferente do aspecto negativo, que diz respeito a comportamentos omissivos.²⁴

A tutela positiva é feita através da valorização da autodeterminação. “A tutela positiva das situações jurídicas existenciais permite que a autonomia privada possa ser também instrumento de regulação de interesses existenciais, a fim de garantir o livre desenvolvimento do seu titular.”²⁵ A tutela positiva da personalidade, é feita na medida em que se reconhece à pessoa o direito de se autodeterminar, nas questões existenciais.

Como visto no primeiro capítulo, o transexual, reivindica o reconhecimento de pertencer ao sexo oposto ao seu sexo biológico, o que chamou-se sexo reivindicado.

A reivindicação dos transexuais tem inúmeras conseqüências jurídicas, podendo ser citadas, dentre elas, a pretensão de alteração do nome e do sexo no registro civil.

Com relação à alteração do nome, é inegável o fato de que sua não alteração implica em constantes constrangimentos para o transexual, pois seu aspecto e seu modo de vida são contraditórios ao disposto no registro civil. Segundo Tereza Rodrigues Vieira, “O nome existe para identificar a pessoa e não para expô-la ao cômico, ao grotesco.”²⁶

No tocante à possibilidade de alteração do nome do transexual no registro civil, importa mencionar a Lei n. ° 6.015, de 31 de dezembro de 1973, com a alteração dada pela Lei n. ° 9.708 de 18 de novembro de 1998, que em seu art. 58 dispõe sobre a imutabilidade do nome, nos seguintes termos: “O prenome será definitivo, admitindo-se todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.”

²⁴ Segundo Rose Melo Vencelau Meireles, “(...) a autonomia privada tem papel muito importante nas situações existenciais porque ela viabiliza a tutela positiva. Enquanto que a tutela negativa se satisfaz com um comportamento negativo *erga omnes*, a tutela positiva consiste na possibilidade de autodeterminação do sujeito naquelas situações relacionadas ao ser.” MEIRELES, R. M. V., *Autonomia privada e dignidade humana*. p. 155.

²⁵ *Ibid.*, p. 57.

²⁶ RODRIGUES, T. V., *Identidade Sexual: aspectos éticos e jurídicos da adequação de prenome e sexo no Registro Civil*, p. 187.

Ao determinar que o prenome pode ser substituído por apelido público notório, a Lei de Registro Público, ampara o pedido de alteração do prenome feita pelo transexual, que em suas relações sociais, usa nome diverso do registrado, sendo conhecido pela comunidade por prenome diverso daquele que consta do registro público. Negar a alteração do nome do transexual seria em alguns casos, obrigá-lo a usar nome que o expõe a situações vexatórias e humilhantes.

Além da referida lei, fundamentam a pretensão de alteração do nome, no caso, o art. 1º, inciso III; o art. 3º, incisos I e IV; o art. 5º, § 2º, inciso X; o art. 196 e o 205, todos da Constituição Federal.

Esse é o entendimento hoje majoritário dos tribunais pátrios, no tocante a alteração do prenome do transexual.²⁷

No tocante a alteração do sexo no registro civil, as decisões dos tribunais pátrios não são uníssonas, apesar de ser grande a tendência em se conceder tal alteração aos transexuais. Sob esse aspecto é paradigmática, a decisão de 15 de outubro de 2009, do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu ao transexual tal direito,

Direito Civil. Recurso Especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.

- Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça -, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

- A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter

²⁷ Como exemplo podem ser citados os seguintes julgados:

APELAÇÃO - Retificação de registro civil – Transexual que se submeteu à cirurgia de adequação ao sexo feminino - Obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana - Harmonização dos direitos e garantias fundamentais com a segurança jurídica e a verdade registraria - Modificação de nome e sexo que, no entanto devem ser processadas pela via da averbação, para que se preserve a continuidade do registro civil e os direitos de terceiro - Recurso provido. (TJSP - APELAÇÃO COM REVISÃO Nº. 994.08.045777-8 - GUARULHOS – 8ª VARA CÍVEL - Apelação 994080457778 (6117604200) Relator(a): Egidio Giacoia - Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 23/02/2010 - Data de registro: 12/03/2010)

Apelação Cível - Retificação Registro de Nascimento - Transexual - Cirurgia de Transgenitalização Realizada - Alteração do Nome - Possibilidade - Respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana - Exposição a Situações Vexatórias e Humilhantes - Alteração da Designação do Sexo - Impossibilidade - Precedentes. (Apelação Cível Nº 1.0024.07.769997-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante(S): R.O.A. - Relator: Exmo. Sr. Des. Barros Levenhagen - Data do Julgamento: 15/10/2009 - Data da Publicação: 05/11/2009)

uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.

(...)

- Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

(...)

- A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo.

(...)

- 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.

(...)

- Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual, consolidada, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alcançando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.

(Recurso Especial n.º 1.008.398 – SP (2007/0273360-5), Rel. Ministra Nancy Andriahi, julgado em 15/10/2009)²⁸

Esta decisão significou um marco na conquista dos direitos dos transexuais e marcou uma mudança de entendimento por parte do Superior Tribunal de Justiça. Apesar do entendimento expressado pelo tribunal superior, inúmeros juízes ainda entendem pela imutabilidade do registro civil, no que concerne ao sexo. Tal entendimento despreza o fato de ser o próprio conceito de sexo plural e consideram apenas o sexo biológico, como fator determinante.

Para Maria Celina Bodin de Moraes,

Sobre o tema, foi sustentado que a solução que menos prejuízos traz para a pessoa humana é a que concebe o sexo não como um atributo instantaneamente adquirido

²⁸ Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 26 de outubro de 2009.

na concepção, segundo a visão biomédica, mas, a partir do reconhecimento da imprescindibilidade da esfera psíquica, como um aspecto que vai aos poucos se formando, em processo que ocorre até o início da vida adulta.²⁹

Apesar das inúmeras conquistas dos transexuais, no que diz respeito ao reconhecimento de seus direitos, o direito a alteração do nome e do sexo no registro civil, está condicionado à realização da cirurgia de redesignação sexual, o que pode não coincidir com a vontade do transexual.

Como visto no primeiro capítulo, a tendência de uniformização dos desejos dos transexuais, revelada pela medicina e pelas ciências *psi*, vem sendo superadas, pela valorização de suas subjetividades. Na experiência transexual, as aspirações não são uniformes e o desejo de se submeter à cirurgia redesignadora, como dito, não é uma constante.

O fato de reivindicar o pertencimento a um sexo que não coincida com o sexo biológico, não necessariamente acompanha o desejo de ver modificada sua genitália. Alguns transexuais não desejam a cirurgia por acharem o procedimento mutilatório ou doloroso, outros simplesmente porque se encontram confortáveis com seus órgãos sexuais, mesmo com a convicção de pertencer ao sexo oposto.

Mesmo no Brasil, onde não existe uma legislação específica que trate dos direitos dos transexuais, já existem decisões pioneiras que reconhecem o direito a retificação do registro civil para aqueles que não se submeteram a cirurgia.

Tais decisões tem concedido o direito à alteração do nome e do sexo no registro civil, a partir do ano 2000, aos transexuais masculinos que enfrentam muitas dificuldades na realização da cirurgia, por ser a mesma ainda considerada experimental no país e apresentar resultados tido por muitos como insatisfatórios.

Podem ser citadas as seguintes decisões, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO RELATIVAMENTE AO SEXO. TRANSEXUALISMO. POSSIBILIDADE, EMBORA NÃO TENHA HAVIDO A REALIZAÇÃO DE TODAS AS ETAPAS CIRÚRGICAS, TENDO EM VISTA O CASO CONCRETO. RECURSO PROVIDO. (TJRS, Apelação Cível n. ° 70011691185, Rel. Alfredo Guilherme Englert, julgado em 15 de setembro de 2005) (Sem destaques no original)

²⁹ BODIN DE MORAES, M. C., *Ampliando os direitos da personalidade*, p. 4.

PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO EM RELAÇÃO AO SEXO. TRANSEXUALISMO. **IMPLEMENTAÇÃO DE QUASE TODAS ETAPAS (TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO E INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS PARA RETIRADA DE ÓRGÃOS)**. DESCOMPASSO DO ASSENTO DE NASCIMENTO COM A SUA APARÊNCIA FÍSICA E PSÍQUICA. RETIFICAÇÃO PARA EVITAR SITUAÇÕES DE CONSTRANGIMENTO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DIANTE DO CASO CONCRETO. AVERBAÇÃO DA MUDANÇA DE SEXO EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL. REFERÊNCIA NA EXPEDIÇÃO DE CERTIDÕES. É possível a alteração do registro de nascimento relativamente ao sexo em virtude do implemento de quase todas as etapas de redesignação sexual, aguardando o interessado apenas a possibilidade de realizar a neofaloplastia. (TJRS, Apelação Cível n.º 70019900513, oitava câmara cível, Rel. Claudir Fidelis Faccenda, julgado em 13 de dezembro de 2007.) (Sem destaques no original)³⁰

No primeiro caso, o transexual encontrava-se em tratamento no Hospital das Clínicas de Porto Alegre há quatro anos, já tendo se submetido a várias etapas do tratamento, tendo sido citadas na decisão, mastectomia (retirada das mamas), colpectomia (extração da vagina), histerectomia (retirada do útero), ooforectomia (extração dos ovários), além de adenomastectomia (esvaziamento do tecido mamário glandular), restando apenas a última etapa, que consiste na construção do neopênis e do escroto.

Na própria decisão existe transcrição de depoimento prestado pelo transexual, relatando seu receio em realizar a etapa final da cirurgia e a descrevendo como extremamente dolorosa. Consta ainda que o atraso para a realização do procedimento no caso, decorre de problemas ocorridos em cirurgias semelhantes realizadas no Hospital das Clínicas de Porto Alegre.

No segundo caso, também o transexual já frequentava programa próprio, visando à alteração das suas características sexuais. Relata que já havia passado pelos seguintes procedimentos, “mastectomia bilateral total em 04.02.2004 e colpectomia total e histerectomia total conjuntas em 30.11.2006”³¹, restando apenas a última etapa, qual seja, a implantação do pênis.

Nos dois casos, as características específicas da cirurgia de redesignação de transexuais masculinos, que ainda é tida como experimental, não apresentando resultados satisfatórios e implicando em grandes sofrimentos, serviram de justificativa para o deferimento do pedido de retificação no tocante ao sexo.

³⁰ Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>. Acesso em 30 de junho de 2010.

³¹ Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>. Acesso em 30 de junho de 2010.

Importante ainda destacar que no primeiro caso, determinou-se que a alteração fosse feita mediante averbação, devendo constar quando do fornecimento de certidões, referência ao processo, como forma de garantir o direito de terceiros e atendendo-se ao princípio da publicidade dos registros públicos. Já no segundo, de forma que melhor atende aos princípios constitucionais de garantia da intimidade, determinou-se que não houvesse qualquer menção ao processo em eventuais certidões, devendo constar tal informação, apenas quando solicitada pelo próprio titular da informação ou em razão de determinação judicial.

E inegável a evolução jurisprudencial, mas o avanço ou não das técnicas cirúrgicas não pode servir como fundamento para o deferimento ou indeferimento da retificação do registro civil do transexual. Tal fato não tem sido o único reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que também deferiu a retificação do Registro Civil, quanto o pedido se restringiu apenas a alteração do prenome, como é possível verificar nos seguintes casos:

APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DO NOME E AVERBAÇÃO NO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. O fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, atua como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome. Por maioria, proveram em parte. (Apelação Cível, n.º 70013909874, Sétima Câmara Cível, Rel. Maria Berenice Dias, Data do Julgamento 05/04/2006)³² (sem negrito no original)

No caso, a transexual pleiteava o reconhecimento como pertencente ao sexo feminino, com o qual se identificava desde criança, usando nome feminino desde os 16 anos de idade. Apesar de participar já a muitos anos de Programa de Atendimento aos portadores de Transtorno de Identidade de Gênero, já tendo o

³² Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em 29 de outubro de 2009.

diagnostico de transexualidade e tendo se submetido ao início do tratamento para a realização da cirurgia de transgenitalização (ingestão de hormônios, uso de vestimentas femininas e cirurgia para a alteração da voz), ainda não havia se submetido à cirurgia para a construção do pênis.

Tal fato foi apontado pelo magistrado de primeiro grau, como fato impeditivo da alteração pleiteada, fato que foi questionado pela relatora ao afirmar: “Diante dessas circunstancias, o fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido em comento.”³³

Merece destaque também, o seguinte julgado:

APELAÇÃO. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. TRAVESTISMO. ALTERAÇÃO DE PRENOME INDEPENDENTEMENTE DA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E À DIGNIDADE. CONFIRMAÇÃO DE SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. ACOLHIMENTO DE PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDO GRAU. A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com as características que o seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a sua alteração. A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social. Pronta indicação de dispositivos legais e constitucionais que visa evitar embargo de declaração com objetivo de prequestionamento. REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (TJRS – Apelação Cível n.º 70022504849, oitava câmara cível, Rel. Rui Portanova, julgado em 16/04/2009)³⁴ (sem negrito no original)

Ana Carolina Brochado Teixeira, referindo-se ao mencionado julgado, afirma:

No caso do transexual que não se submete à cirurgia, o pedido de mudança de nome e sexo está atrelado não apenas à construção da própria identidade mas também à sua projeção no mundo, ou seja, à sua identidade social. O ordenamento jurídico deve cancelar o que ele projeta socialmente, a partir dos valores pessoais com base nos quais pauta sua vida e sua saúde, pois como afirmou o desembargador Rui Portanova, em seu voto no caso citado, “as ações, modo de vida, e a própria opção pessoal de cada um são os motivos suficientes para determinar a verdadeira identidade e não podem servir para discriminar.”³⁵

³³ Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em 29 de outubro de 2009.

³⁴ Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em 29 de outubro de 2009.

³⁵ TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 46.

Interessa, no presente estudo, a possibilidade de alteração do sexo no registro civil, fundamentada apenas na autonomia do transexual, sem qualquer justificativa atrelada ao sucesso ou insucesso da intervenção cirúrgica ou atrelada a sua posterior realização.

Estabelecido que a identidade sexual é um dos aspectos da identidade humana e sendo questão autorreferente, cabe ao transexual, a partir do momento que se reconhece como pertencente a determinado sexo, o direito a retificação do seu registro.

É esse o entendimento de Ana Carolina Brochado Teixeira,

Nas questões autorreferentes, que dizem respeito a sua intimidade e privacidade – nas quais estão englobadas inúmeras situações que não podem ser descritas exaustivamente, por constituírem uma listagem exemplificativa -, ninguém pode impor qualquer decisão, pois cabe apenas ao indivíduo a deliberação acerca do destino que dará a si mesmo, ao seu corpo, à sua saúde.³⁶

Como mencionado no capítulo II, o discernimento é fator determinante quando se fala em legitimidade para decidir sobre questões existenciais. O governo do próprio corpo é uma questão autorreferente, não cabendo a medicina ou ao Direito, regulamentarem sobre sua disponibilidade. A submissão ou não a cirurgia redesignadora, deve sempre visar à saúde do transexual, lembrando que saúde deve ser vista não apenas como ausência de doença, mas principalmente sob seu aspecto promocional e individual. Apenas o próprio transexual pode determinar a melhor forma de realizar sua personalidade, priorizando o seu conceito de saúde.

A intervenção cirúrgica visando a redesignação sexual, não pode ser condição para que o registro civil espelhe a realidade. No primeiro capítulo, foram relatados casos de transexuais que simplesmente rejeitam a cirurgia de mudança de sexo.

A disposição contida no art. 13 do Código Civil Brasileiro, que apresenta a finalidade terapêutica como fator que legitima a disposição do próprio corpo, não está a dispensar a autonomia privada. Não é possível falar em finalidade terapêutica quando o ato esteja em desacordo com a autodeterminação corporal da pessoa.

³⁶ TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 120.

A identidade sexual não se divide em física e psíquica, sendo uma e correspondendo a identificação que a pessoa tem de si.

Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira,

Sentir-se pertencendo a determinado sexo é suficiente para autorizar-se a redesignação pretendida, pois não se trata de divisão estanque e padronizada do que é físico e psíquico, dadas as possíveis e inúmeras gradações advindas das aspirações pessoais; mesmo porque o psíquico é conformador do físico, ditando as balizas de suas manifestações no mundo.³⁷

Alguns países têm avançado em termos legislativos, já existindo regulamentação específica no que concerne à possibilidade de autodeterminação da identidade sexual.

Vale destacar a Lei espanhola, de 15 de marco de 2007 que assim determina em seu artigo quarto:

Artículo 4. Requisitos para acordar la rectificación. 1. La rectificación registral de la mención del sexo se acordará una vez que la persona solicitante acredite: a) Que le ha sido diagnosticada disforia de género. La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia: 1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia. 2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior. b) Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado. **2. No será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual. Los tratamientos médicos a los que se refiere la letra b) del apartado anterior no serán un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurran razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia.**³⁸ (Sem destaques no original)

O legislador espanhol optou por determinar de forma expressa, não ser a cirurgia redesignadora condição para a retificação do sexo no registro civil bastando para tanto, o diagnostico da transexualidade, a inexistência de

³⁷ TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 46.

³⁸ Disponível em: <<http://www.derecho.com/l/boe/ley-3-2007-reguladora-rectificacion-registral-mencion-relativa-sexo-personas/pdf.html>>. Acesso em: 30 nov. 2009.

transtornos de personalidade que possam influir no diagnóstico e tratamento médico por no mínimo dois anos, visando adequar as características físicas as do sexo reivindicado.

Na exposição de motivos da referida lei, consta ser a transexualidade uma realidade social para a qual o legislador precisa dar uma resposta, tendo a retificação do registro civil, a função de permitir o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade dos transexuais.³⁹

A cirurgia redesignadora implica em uma intervenção no corpo do transexual, tal intervenção só é legítima quanto atenda aos seus anseios pessoais, quando faça parte do seu projeto de vida, não podendo significar uma condição para que tenha direito ao reconhecimento jurídico de sua identidade sexual.

Sobre o tema, merecem destaque as palavras de Stefano Rodotà,

As modificações podem ser consideradas necessárias ao interessado para ‘estar bem consigo mesmo’, o que se torna legítimo em face da livre construção da personalidade. A construção da identidade poderá significar até uma mudança dos aspectos físicos do corpo. Aqui podem assumir decisiva relevância modelos culturais preponderantes que exasperam a função comunicativa do corpo, incentivando, por exemplo, o recurso à cirurgia estética e consequentemente as intervenções habituais de manutenção do corpo. A má-aparência pode ser tecnicamente melhorada, sendo esta, até, uma das exigências mais antigas e essenciais para o acesso ao mercado de trabalho. Outras intervenções são bem mais drásticas e dramáticas, como no caso do transexualismo. Em diversos países é admitida a redesignação sexual que, todavia, exigirá a realização de genitoplastia capaz de alterar características físicas, sendo este requisito necessário para a alteração de estado no registro civil e, também, para se apresentar socialmente fazendo-se coincidir sexo legal, físico e psicológico. Entendo, contudo, que para estabelecer esta harmonia entre vida, corpo e direito, não é obrigatório passar por dolorosa, irreversível e psicologicamente pesada experiência de modificação das características sexuais. Para a reconciliação entre a percepção de si e a identidade sexual pode ser suficiente um procedimento unicamente jurídico formal de alteração do nome e do sexo no registro civil, permitindo a alguém apresentar-se socialmente em conformidade com o sexo psicológico (esta a proposta de reforma anunciada pelo governo espanhol). Um direito generoso no lugar de um direito cruel, que subordina o reconhecimento da identidade sexual ao sacrifício de uma parte do corpo.⁴⁰ (sem destaques no original)

³⁹ “La transexualidad, considerada como un cambio de la identidad de género, ha sido ampliamente estudiada ya por la medicina y por la psicología. Se trata de una realidad social que requiere una respuesta del legislador, para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio puedan ser modificadas, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas.” Disponível em: <<http://www.derecho.com/l/boe/ley-3-2007-reguladora-rectificacion-registral-mencion-relativa-sexo-personas/pdf.html>>. Acesso em: 30 nov. 2009.

⁴⁰ RODOTÁ, S., *La vita e le regole*, p. 88. Tradução livre do original: “Le modificazioni possono essere ritenute necessarie dall’interessato per “stare bene con se stesso”, sì che diventa legittimo attrarre questo profilo nell’ambito della libera costruzione della personalità. La conquista

Da mesma forma é o entendimento de Ana Carolina Brochado Teixeira, “Contudo, a cirurgia não é essencial para a adequação sexual, pois depende do que a pessoa almeja para si. Por isso, sua não realização não pode configurar um obstáculo para a mudança do nome e do sexo no registro de nascimento.”⁴¹ E ainda, “O relevante é como a pessoa se sente e como ela se apresenta ao mundo, não sendo a cirurgia essencial para tal adequação, caso tal pessoa não tenha tal demanda interior.”⁴²

Condicionar a alteração do registro civil do transexual à realização da cirurgia de redesignação sexual significa impor uma modificação corporal como condição ao livre desenvolvimento da personalidade, fato que vai de encontro com as garantias constitucionais.

Stefano Rodotà questiona “de quem é o corpo?”, em sua obra *La vita e le regole*, nos seguintes termos, “De quem é o corpo? Da pessoa interessada, dos familiares que a cercam, de um Deus que lhe há doado, de uma natureza que o quer inviolável, de um poder social que de mil formas o padroniza, de um médico ou de um magistrado que estabelece o seu destino?”⁴³ O condicionamento da adequação cirúrgica para a alteração do nome e do sexo do transexual, implicaria em responder à pergunta formulada por Rodotà, afirmando ser o corpo propriedade do magistrado.

dell'identità può passare anche attraverso un mutamento del corpo. Qui possono assumere rilevanza decisiva modelli culturali prevalenti che esasperano la funzione comunicativa del corpo e, per esempio, incentivano il ricorso alla chirurgia estetica, ma anche a interventi ordinari di “manutenzione” del corpo. La mancanza della “bella presenza”, richiesta antica e sempre più insistita come un elemento essenziale per l'accesso al lavoro, può essere tecnicamente rimossa.

Altre rimozioni sono assai più problematiche, e drammatiche, come nel caso del transsexualismo. In diversi paesi viene ammessa la “rettificazione dell'attribuzione di sesso” che, tuttavia, richiede il mutamento chirurgico dei caratteri fisici come condizione necessaria per il mutamento dell'identità nei registri dello stato civile e, quindi, della possibilità di presentarsi socialmente facendo coincidere sesso legale, fisico e psicologico. Ma, per realizzare questa armonia tra vita, corpo e diritto, non sempre è necessario passare attraverso la dolorosa, irreversibile e psicologicamente pesantissima modificazione dei caratteri sessuali. Per la riconciliazione tra percezione del sè e identità sessuale può essere sufficiente una procedura soltanto giuridico-formale di mutamento del nome e del sesso nei registri dello stato civile, permettendo così di presentarsi socialmente in conformità con il sesso psicologico (è la proposta di riforma annunciata dal governo spagnolo). Un diritto mite al posto di un diritto crudele, che subordina il riconoscimento dell'identità sessuale al sacrificio di una parte del corpo.”

41 TEIXEIRA, A. C. B., Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde, p. 45.

42 TEIXEIRA, A. C. B., Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde, p. 46.

43 RODOTÁ, S., *La vita e le regole*, p. 73. Tradução livre do original: “Di chi è il corpo? Della persona interessata, della sua cerchia familiare, di un Dio che l'ha donato, di una natura che lo vuole inviolabile, di un potere sociale che in mille modi se ne impadronisce, di un medico o di un magistrato che ne stabiliscono il destino?”

Toda intervenção no corpo que não seja determinada por seu titular, que não seja fruto de sua vontade livre e do uso do seu discernimento, implica em afronta à integridade psicofísica, não sendo pertinente, nesse caso, a alegação de finalidade terapêutica utilizada para a realização das cirurgias de transgenitalização.

A cirurgia de redesignação sexual só atende à finalidade terapêutica quando realizada para atender uma vontade do transexual, fruto de sua autonomia e apta a realizar o seu conceito de saúde, visto ser este um conceito individual.

Uma intervenção cirúrgica como condicionamento para o exercício de uma vida digna, fere garantias constitucionais como a liberdade, a saúde e a integridade psicofísica, sendo ainda uma afronta ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.