

5 Conclusão

A partir das ideias expostas na presente dissertação, elaborada a partir de uma hermenêutica civil-constitucional e tendo sempre como norte o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, é possível a apresentação das seguintes conclusões:

1. Existem vários fatores a serem considerados para a determinação do sexo de um indivíduo; fatores de ordem biológica e também de ordem psicossocial, sendo, portanto um conceito pluridimensional. Tal fato leva à impossibilidade de sua determinação quando do nascimento, por existirem fatores que contribuem para a sua determinação durante o desenvolvimento da pessoa.

2. O conceito de sexo não se confunde com o de gênero sendo o segundo de extrema relevância no estudo da transexualidade. Apesar de não existir uniformidade no conceito de gênero apresentado pela doutrina, os autores o relacionam ao aspecto social, como sendo algo construído socialmente, conforme o que se convencionou esperado ao indivíduo de determinado sexo.

3. Dentro da diversidade conceitual encontrada para gênero, importante destacar o conceito de Judith Butler, que partindo de uma crítica ao sistema binário, do dimorfismo (masculino *versus* feminino), como determinador das identidades, conceitua gênero como algo performativo, não capaz de expressar a verdadeira essência das pessoas, mas apenas uma interpretação feita de si mesmo. Para ela o gênero seria um efeito, algo construído e que representaria apenas uma forma de expressão.

4. Existem diferentes tipos sexuais que são constantemente confundidos com os transexuais, mas na realidade apresentam inúmeras diferenças. O transexual não se confunde com nenhum outro tipo sexual, sendo marcado por conflitos relacionados às normas de gênero, pleiteando um reconhecimento social e legal do gênero oposto ao informado pelo sexo biológico. É uma pessoa que apresenta um profundo e irreversível conflito de identidade caracterizado pela

rejeição ao seu sexo biológico, podendo chegar a situações extremas de automutilação ou, até mesmo, suicídio.

6. Apesar de existirem várias teorias buscando explicar as causas da transexualidade, nenhuma delas até hoje apresenta caráter conclusivo. Mesmo diante da falta de consenso quanto à sua origem/causa, a transexualidade é considerada uma patologia pelas ciências *psi* e pela medicina. Tais ciências uniformizam o diagnóstico e o tratamento da transexualidade, fixando critérios em suas publicações.

7. A uniformidade do diagnóstico e do tratamento da transexualidade, vista como uma patologia, encontra-se regulamentada em documentos que são reconhecidos mundialmente no tratamento da transexualidade, podendo ser citados, o SOC – *State of Care*, produzido pela Associação Harry Benjamin Gender Dysphoria Association – HBGDA; o Manual de Diagnóstico e Estatística de Distúrbios Mentais – DSM, da Associação Americana de Psicanálise – APA e o CID – 10, Classificação Internacional de Doenças e Problemas relacionados à Saúde, aprovada pela Conferência Internacional para a 10ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças, da Organização Mundial de Saúde. Em todos esses documentos, tidos como oficiais, o transexual é “uniformizado” na medida em que todos os portadores da síndrome apresentam os mesmos sintomas e desejos, além de notar-se grande influência da matriz heterossexual como parâmetro de normalidade para o diagnóstico.

8. A visão patologizante da transexualidade, apresentada pela medicina e pelas ciências *psi* e defendida nos documentos acima relacionados, vem sendo criticada por alguns doutrinadores. Tais críticas surgiram a partir da valorização das subjetividades dos transexuais, que não se consideram portadores de doença e apresentam diversidades de desejos e condutas, capazes de não enquadrá-los nos “sintomas” oficiais.

9. Com a constatação de que existem uma pluralidade de indivíduos que vivem a experiência transexual e de que suas experiências são conflitantes com as descritas nos documentos oficiais, foi possível alocar a transexualidade fora dos marcos patologizantes e encará-la como uma experiência idenitária. Tal perspectiva parte do pressuposto de que não existe um “núcleo comum” entre aqueles que compartilham tal experiência. As diferenças de perspectiva e valores entre os transexuais são inúmeras, sendo que uma das mais comuns foi verificada

na vontade de realização da cirurgia de redesignação sexual, tida dentro dos marcos patologizantes como um desejo de todos os transexuais.

10. A valorização das subjetividades dos transexuais e sua colocação fora do campo do patológico tiveram, nos estudos *queer* forte fundamentação. A partir das perspectivas desses estudos, é possível um posicionamento da transexualidade como experiência idenitária e não como uma patologia, valorizando cada uma das experiências individuais. Ainda sob essa perspectiva, de visualização da transexualidade como uma experiência idenitária, o processo transexualizador e a cirurgia de redesignação sexual, devem ser vistas sob o aspecto individual. Sua realização ou não deverá ser decisão apenas do transexual; uma vez que, apesar dos inúmeros avanços no campo da medicina, a cirurgia redesignadora ainda é procedimento extremamente doloroso, principalmente no caso da neofaloplastia, realizada por transexuais masculinos, que, no Brasil ainda é autorizada apenas em caráter experimental, uma vez que as técnicas para a construção do pênis são ainda muito precárias.

13. O direito à identidade sexual pleiteado pelos transexuais caracteriza-se como um direito da personalidade e, portanto, essencial para o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Tais direitos estão sendo constantemente desafiados por contextos sociais novos, notadamente a partir dos avanços tecnológicos que podem ser claramente percebidos no campo da medicina. Esses avanços, especificamente no que se refere aos transexuais, permitiu que o processo transexualizador – da hormonioterapia à cirurgia de redesignação sexual – modernizasse-se, permitindo grandes transformações corporais.

14. Para uma efetiva proteção dos direitos da personalidade, faz-se necessária uma interpretação constitucionalizada para que, além de medidas ressarcitórias e repressivas, existam também medidas promocionais e protetivas. Com a mudança de perspectiva operacionalizada a partir da Constituição de 1988 que colocou a proteção da dignidade da pessoa humana com valor máximo, é possível falar em uma cláusula geral de tutela da personalidade a nortear todas as situações que envolvam os direitos da personalidade.

15. A existência de uma cláusula geral de tutela da personalidade no ordenamento jurídico significa que deverá existir proteção sempre que estiverem em questão direitos da personalidade, sejam tais situações previstas ou não, merecerão tutela com fundamento na salvaguarda da dignidade humana. A

cláusula geral de tutela da personalidade serve como fundamento para os atos de autonomia privada nas situações jurídicas existenciais uma vez que tais situações incidem diretamente sobre o desenvolvimento da personalidade.

16. As situações jurídicas existenciais, dentre elas a possibilidade de determinação sexual tratada no presente trabalho, diferenciam-se das patrimoniais, por serem as segundas suscetíveis de avaliação econômica. Se o núcleo do interesse determinante da situação jurídica for suscetível de apreciação econômica, tem-se uma situação jurídica patrimonial, ao contrário, se não for possível tal avaliação, o interesse em jogo é existencial. Em ambos os casos, é possível afirmar que a finalidade é a promoção e o desenvolvimento da pessoa humana, existindo apenas uma diferenciação qualitativa quanto ao fundamento, referente à forma com que fazem tal promoção e desenvolvimento. Nas situações existenciais, há uma incidência imediata sobre o desenvolvimento da personalidade, enquanto nas situações patrimoniais, tal desenvolvimento é apenas seu reflexo mediato.

17. Para as situações jurídicas existenciais, adequado o uso da nomenclatura autonomia privada por ser um dos princípios fundamentais do direito civil. Autonomia privada, é entendida como possibilidade de regulamentar interesses individuais, como o poder de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, sendo uma manifestação da liberdade.

18. Para falar de autonomia privada em um Estado Democrático de Direito, é necessária a análise de seus pilares fundamentais; a dignidade da pessoa humana e o pluralismo. Com o pluralismo, protegem-se vários estilos de vida, fruto das várias concepções sobre o bem e da diversidade de identidades sociais; a dignidade da pessoa humana permite que cada um tenha a liberdade de construir a própria vida de forma digna.

19. A ampliação da proteção dada constitucionalmente aos direitos da personalidade exige uma tutela positiva capaz de efetivar a promoção e o livre desenvolvimento da personalidade. Tal tutela positiva se faz através da valorização da autodeterminação, permitindo que aos atos de autonomia privada regulem também interesses existenciais.

20. Os atos de autodeterminação dos direitos da personalidade podem ser classificados como negócios jurídicos, mesmo que essa nomenclatura tenha sido tradicionalmente empregada para fazer referência a atos relativos às situações

patrimoniais. Essa aplicação é justificada pela mudança de paradigma operada pelo ordenamento jurídico que visa a proteger situações que refletem na esfera pessoal do indivíduo. Os requisitos de validade dos negócios jurídicos, dispostos no art. 104 do Código Civil; agente capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei, são reinterpretados diante da mudança de fundamento do ato, sendo que, nas questões existenciais a capacidade do agente deve ser substituída pelo discernimento, o objeto deve fazer referência a questões diretamente relacionadas ao livre desenvolvimento da personalidade e deve vigorar a liberdade de forma.

21. O art. 11 do Código Civil quando dispõe sobre a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, salvo nos casos previstos em lei, deve ser interpretado de forma a considerar que “lei” remete à Constituição Federal que garante um espaço de decisões individuais, livre de qualquer intervenção estatal. Admitida a renúncia aos direitos da personalidade, sua tutela pode ser analisada sob dois aspectos, um positivo e outro negativo. O aspecto negativo refere-se ao não exercício de tais direitos, exigindo um comportamento negativo *erga omnes*; enquanto o positivo, refere-se à proteção dada pelo ordenamento jurídico aos atos de autonomia privada e ao fato de as decisões deverem ser respeitadas por terceiros e pelo Estado, desde que visem a promover a personalidade de seu titular através da autodeterminação.

22. Visto existir a possibilidade de autodeterminação dos direitos da personalidade, tais atos não são ilimitados, encontrando barreiras nos próprios interesses individuais, nos interesses jurídicos de terceiros, na ordem pública e nos bons costumes. Tais atos só serão legítimos, se tomados pelo próprio titular do direito, baseado em sua concepção de vida boa, se não interferirem na esfera jurídica de terceiros e se não contrariarem, a ordem pública – redefinida a partir do interesse do ordenamento jurídico na tutela do desenvolvimento da personalidade - e os bons costumes – que deve ser analisado em sua relatividade histórica e cultural tendo como fundamento e limite a proteção da pessoa.

20. A autodeterminação sexual dos transexuais deve ser vista como um direito à saúde garantido constitucionalmente no art. 196 da Constituição Federal. Para tal interpretação, deve ser afastado o entendimento de que saúde significa apenas ausência de doença, para entendê-la em seu aspecto individual. Segundo esse aspecto, as aspirações individuais são alocadas no conceito de saúde, a partir

de uma valorização da liberdade do indivíduo, reflexo da posição de centralidade a ele dada pelo ordenamento jurídico.

21. Sob esse aspecto, saúde é um conceito variável, devendo ser construído individualmente, a partir daquilo que a pessoa considera bom para si. Deve existir liberdade para que cada um possa ter o governo do próprio corpo visando a sua integridade não apenas sob o aspecto físico, mas também psíquico, estando diretamente relacionado ao livre desenvolvimento da personalidade.

22. 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. A realização da cirurgia redesignadora não pode ser condição prévia para a retificação do registro, por ferir a autonomia corporal do transexual. Não cabe ao médico 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.