



Newton Teixeira Carvalho

**Redesignação de sexo e a desnecessidade de
judicialização para retificação do registro de
nascimento**

**Eliminação de rituais de passagem na busca de
implementação imediata de direitos fundamentais dos
transexuais**

Tese de Doutorado

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção
do grau de Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em
Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientador: Prof. Mauricio de Albuquerque Rocha

Rio de Janeiro
Novembro de 2016



Newton Teixeira Carvalho

**Redesignação de sexo e a desnecessidade de
judicialização para retificação do registro de
nascimento**

**Eliminação de rituais de passagem na busca de
implementação imediata de direitos fundamentais dos
transexuais**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio do Departamento de Direito do Centro de Ciências Sociais da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Maurício de Albuquerque Rocha

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Caitlin Sampaio Mulholland

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Adriana Vidal de Oliveira

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Émilien Vilas Boas Reis

Escola Superior Dom Helder Câmara

Prof. Élcio Nacur Rezende

Escola Superior Dom Helder Câmara

Prof^a. Monica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2016

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Newton Teixeira Carvalho

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1985). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2004). Especialista em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral. Juiz de Direito da 1ª Vara de Família até junho de 2012. Desembargador da 13ª Câmara Cível do TJMG a partir de junho de 2012. Professor de Direito de Família na Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG.

Ficha Catalográfica

Carvalho, Newton Teixeira

Redesignação de sexo e a desnecessidade de judicialização para retificação do registro de nascimento – Eliminação de rituais de passagem na busca de implementação imediata de direitos fundamentais dos transexuais / Newton Teixeira Carvalho; Orientador: Maurício de Albuquerque Rocha – Rio de Janeiro PUC, Departamento de Direito, 2016.

v., 176f.: il. ; 29,7 cm

1. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Transexualidade, 3. Identidade, 4. Discriminação, 5. Dignidade da Pessoa Humana, 6. Registro Civil I. Rocha, Maurício de Albuquerque II Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD:340

A todas as pessoas que, com seus estudos, atitudes e ações contribuem para um mundo mais justo, humano e inclusivo.

Também a todas as pessoas que, infelizmente, continuam discriminadas por aqueles que ainda não entenderam que enquanto houver exclusão, principalmente em razão de opção sexual, não estamos vivendo o tão almejado Estado Democrático de Direito.

Agradecimentos

Aos professores do Curso de Doutorado da PUC/RIO que, com afinco, nos despertaram para a necessidade do estudo e de constante pesquisa no mundo acadêmico, e que por meio de suas aulas participadas e dialogadas, são exemplos de dedicação e de excelência no ensino jurídico.

Ao Professor Maurício Rocha, pela maneira inteligente, suave e cordial de transmitir conhecimento e de orientar-nos na elaboração deste trabalho.

Ao Professor Paulo Umberto Stumpf, Reitor da Escola Superior Dom Helder Câmara pelos esforços envidados na celebração do convênio com a PUC/Rio, possibilitando-nos a feitura deste doutorado.

Resumo

Carvalho, Newton Teixeira; Rocha, Maurício de Albuquerque. **Redesignação de sexo e a desnecessidade de judicialização para retificação do registro de nascimento – Eliminação de rituais de passagem na busca de implementação imediata de direitos fundamentais dos transexuais.** Rio de Janeiro, 2016. 176p. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A presente tese é um estudo sobre a transexualidade no Direito brasileiro. A partir de questões centrais ligadas à dignidade da pessoa humana o estudo analisa a construção do conceito da transexualidade ao longo da História, especialmente da História da Medicina, em busca de uma explicação do tratamento discriminatório que os transexuais são constantemente submetidos no meio social. Busca-se a origem da visão da transexualidade como algo anormal, doente, que precise de conserto, para então desconstruir esse estereótipo que se firmou com o tempo e que predomina até hoje, inclusive no meio jurídico. Os princípios constitucionais de Igualdade, Dignidade, e Direito à Intimidade são usados como base na elaboração de uma proposta de tratamento respeitoso às pessoas que apresentam esse comportamento tido como desviante, mas que nada mais é que a expressão de sua identidade. A ausência de atuação do Poder Legislativo, a atuação discrepante do Poder Judiciário em situações fáticas idênticas, e a insuficiência das medidas do Poder Executivo servem para mostrar a urgência do enfrentamento do tema pelo Direito pátrio. O exame de outros ordenamentos jurídicos é feito para a elaboração de sugestões para a superação enfrentada pelos problemas acima, especialmente no que diz respeito à mudança do registro civil.

Palavras-chave

Transexualidade; Identidade; Discriminação; Dignidade da Pessoa Humana. Registro Civil.

Abstract

Carvalho, Newton Teixeira; Rocha, Maurício de Albuquerque (Advisor). **Sex Reassignment and the useless of judicialization for rectification of birth registration. – Removal of transition rituals in order to implement transsexuals fundamental rights immediately.** Rio de Janeiro, 2016. 176p. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The current thesis is a study about the transsexuality in the Brazilian Law. Based on central issues related to the dignity of the human person, the study analyzes the construction of the concept of transsexuality throughout history, especially of the Medicine History, searching for answers about the discriminatory treatment that the transsexuals are constantly submitted in the social environment. The origin of the vision of transsexuality is sought as something abnormal, sick, in need of repair, to finally deconstruct this stereotype that was established over time and that prevails nowadays, including in the legal environment. The constitutional principles of Equality, Dignity and the Right to Intimacy are used as the basis in the elaboration of a respectful treatment proposal to the people who present this behavior as deviant, but which is nothing more than the expression of its identity. The lack of actions of the Legislative Power, the discrepant action of the Judiciary in identical factual situations and the insufficiency of the Executive Power measures serve to show the urgency of the confrontation of the subject by the Brazilian Law. The examination of other legal systems is done for the elaboration of suggestions aiming the overcoming of the above problems, especially regarding the change of civil registry.

Keywords

Transsexuality; Identity; Discrimination; Human Person Dignity; Civil Registry.

Sumário

1 Introdução	10
2 A transexualidade sob a ótica da normalidade	16
2.1 A construção do normal e do anormal: considerações canguilhemianas	16
2.2 Transitando entre os gêneros, um breve percurso histórico e mitológico	23
2.3 Ética, moral e direito, interdependência necessária	27
2.4 Na busca de uma cidadania sexual autônoma e liberta	35
3 Interlocução entre Psicologia e Medicina na designação de gênero e o reflexo no Direito	38
3.1 Travestismo fetichista, homossexualidade, intersexualidade e transexualidade: distinções necessárias	38
3.2 Pretensão diagnóstica e etiológica da transexualidade em uma abordagem terapêutica	48
3.2.1 Redesignação sexual pelo tratamento hormonocirúrgico: uma opção	56
3.3 A regulamentação da cirurgia de transgenitalização e a natureza jurídica dos conselhos profissionais	59
3.3.1 A intervenção do Conselho Federal de Medicina para descriminalizar	64
4 A transexualidade e o direito à alteração do registro do nome e sexo e a discriminação por sexo/gênero em casos paradigmáticos no Brasil	68
4.1 Análise detalhada do caso da transexual Bruna	68
4.1.1 Os fatos do caso Bruna	68
4.1.2 A fundamentação jurídica apresentada por Bruna para a alteração de seus dados registraes	70
4.1.3 A fundamentação dos desembargadores do Tribunal de Justiça de Minas Gerais	73
4.1.4 A posição do Procurador-Geral de Justiça de Minas Gerais	78
4.1.5 A fundamentação do Superior Tribunal de Justiça (STJ)	79

4.2 A participação dos poderes Judiciário, Executivo e Legislativo na legitimação da identidade de gênero: análise do RE 845.770 de Santa Catarina	81
4.3 Modificação do Registro Civil em razão do sexo (gênero): análise do RE 670.422 do Rio Grande do Sul, da ADI 4275 e do posicionamento do STJ	86
5 O direito à alteração do registro do nome e sexo em alguns países	94
5.1 Argentina: a Lei nº 26.743, de 2012	94
5.2 Portugal: a Lei nº 07/2011	97
5.3 Alemanha: a lei de 1980 e suas inconstitucionalidades	100
5.4 Reino Unido: a Lei de Reconhecimento de Gênero de 2004	103
5.5 Espanha: a Lei de Identidade de Gênero de 2007	105
6 Desjudicializando o sujeito transexual	107
6.1 O conflito, raízes culturais e históricas – Caracterização e inclusão da transexualidade no discurso do Direito	107
6.2 Jurisdição civil e jurisdição contenciosa	113
6.3 Segurança jurídica e a imprevisibilidade das sentenças judiciais	120
6.4 Questões controversas envolvendo os transexuais	127
6.4.1 A realização da cirurgia, a adequação do registro e a proteção das relações jurídicas prévias à alteração registral	127
6.4.2 O menor e o maior incapaz	128
6.4.3 A proteção de terceiro: a relação familiar	133
6.5 A separação de toaletes, a violência contra os transexuais e a participação nas competições esportivas	134
6.6 Ações básicas e urgentes a serem tomadas pelo Estado e a sociedade em relação aos transexuais	148
7 Conclusão	158
8 Referências bibliográficas	167

1

Introdução

A presente tese teve seu tema escolhido a partir de uma situação prática, quando o autor trabalhava como juiz da 1ª Vara de Família de Belo Horizonte, há mais de 15 (quinze) anos. O caso, à época, envolvia a questão da transexualidade embora em Minas Gerais sequer se fizesse a cirurgia de transgenitalização ainda. No entanto, diante da cirurgia realizada no estado de São Paulo, acatou-se o pedido da autora, de alteração do seu prenome e sexo no registro civil, mas que teve a sentença reformada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Porém, após sete anos o acórdão foi reformado pelo Superior Tribunal de Justiça, que restaurou a decisão de primeira instância, o que não teve qualquer efeito prático, considerando que a requerente faleceu antes que os autos retornassem à primeira instância, assunto este que será analisado no capítulo quatro deste trabalho.

Diante da situação trágica que o autor viu de perto acontecer, nasceu a ideia de escrever sobre a transexualidade, tida ainda como algo “anormal” pela sociedade, pela medicina e pelo direito e, por meio da análise da jurisprudência, doutrina e legislações estrangeiras, verificar qual a melhor forma de lidar com esta questão no direito pátrio. O objetivo é que o tempo e o excesso de burocracia enfrentados por aquela autora – e por muitos outros transexuais – devido à omissão legislativa, à judicialização do tema, à demora da atuação do Poder Judiciário, além de sua postura preconceituosa e desinformada, assim como a do Ministério Público à época, seja revista para que nenhuma pessoa tenha que passar por todos esses dissabores.

Inúmeros casos negados em primeira instância sequer chegam ao tribunal do respectivo Estado e quando lá aportam não seguem até o Superior Tribunal de Justiça, sob a alegação de que a questão carece de prova, isto quando o próprio advogado, ainda em primeira instância, deixa de ofertar apelação.

Ressalta-se, neste momento, que o caso Romar/Bruna somente chegou ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais em razão da apelação interposta pela advogada Juliana Gontijo, que também ofertou recurso especial, permitindo que o Superior Tribunal de Justiça restabelecesse a sentença, permitindo a mudança do prenome e do “sexo” dessa transexual.

E, surpreendentemente, a pesquisa realizada e explicada na segunda parte do capítulo quatro mostrará que quase 15 (quinze) anos depois da decisão antes mencionada, parte do Judiciário continua negando as alterações nos registros civis dos requerentes, com decisões díspares e fundamentações que há muito restaram ultrapassadas com a evolução social da questão, e até mesmo com a evolução do tema no direito comparado.

Até hoje alguns julgados proíbem a mudança de nome e do gênero, com base apenas na cômoda binariedade homem/mulher, ou no conceito retrógrado de que é a genética que determina o sexo, ignorando os outros aspectos que envolvem a formação de gênero, desprezando, assim, que o direito humano à sexualidade compreende tanto a autodeterminação de gênero quanto a liberdade da livre orientação sexual.

Outros julgados permitem apenas a alteração do nome, inadmitindo a redesignação sexual, alegando que o “sexo” é imutável e não será uma simples cirurgia que poderá alterar o que já é dado pela natureza e chancelado pela biologia. Outros permitem a alteração no registro civil somente se realizado o procedimento de adequação do corpo à identidade de gênero. Como se o equívoco já não fosse grande, ressalta-se que há julgados que exigem que conste da nova certidão a ser expedida, um terceiro gênero, o de transexual. Enfim, ainda no momento atual os julgados não são unânimes na permissão de alteração nos registros civis do nome e do sexo do transexual, gerando insegurança jurídica, além do desrespeito ao princípio da igualdade, eis que, para alguns, nas mesmas situações, as modificações almejadas são atendidas, mas para outros não, a exemplo daqueles que já realizaram o procedimento de adequação do corpo à identidade de gênero.

O que chama a atenção é a grande ausência de julgados que entendam pela desnecessidade da judicialização das questões aqui trabalhadas. A primeira vez que foi encampada tal proposta aconteceu recentemente, em um caso na Bahia em que, após parecer da Defensoria Pública, o juiz permitiu a alteração do registro sem necessidade de processo judicial, como será narrado no capítulo seis.

Dando continuidade a essa linha de pensamento e após a análise de algumas legislação estrangeira, realizado no capítulo 5, busca-se demonstrar, no capítulo 6, que é da essência das anotações nos registros civis que elas tenham

correspondência com o momento presente da pessoa, com a realidade, até mesmo para que possam cumprir seu papel de publicidade e veracidade das informações.

É importante ressaltar que, antes de se chegar na defesa e propositura do tipo de tratamento que deve ser dado ao transexual no capítulo seis, o presente trabalho se inicia explicando como a ideia de gênero foi construída pela sociedade segundo seus padrões de normalidade e anormalidade, por meio de uma análise histórica do tema que remonta até mesmo à mitologia antiga, perpassando a ligação e interdependência entre ética, moral e direito e explicando a busca de uma cidadania sexual autônoma em que cada um possa ter o livre exercício de seu direito de autodeterminação.

Dando continuação ao entendimento do que é a transexualidade, o capítulo 3 explicará o papel da psicologia e da medicina na identificação dessas pessoas, e como isso se reflete no direito. Inicia-se, tal capítulo, fazendo-se uma distinção necessária entre travestismo, homoafetividade, intersexualidade ou hermafroditismo e transexualidade. Logo depois se passa à análise da construção do sujeito pela psicanálise e às críticas freudianas quanto à necessidade de classificação dos indivíduos em grupo pré-determinados pela medicina. Por fim, aborda-se a transexualidade pela visão médica de “transexualismo” e o papel do Conselho Federal de Medicina não só na patologização da transexualidade, mas na regulamentação do tratamento hormonal, cirúrgico e psicoterapêutico que os transexuais devem ter.

No capítulo quatro, como explicado no primeiro parágrafo, narra-se em detalhe o caso Bruna, para depois explicar os papéis dos três poderes na efetivação da alteração do registro civil do transexual, da discriminação sofrida por eles e da licitude da cirurgia de transgenitalização.

No quinto capítulo consta o estudo e breve explanação do direito comparado sobre o tema, com a intenção de ressaltar legislações que avançaram em pontos essenciais, os quais o Brasil sequer ainda considera, tendo em vista que as discussões neste país são voltadas praticamente à cirurgia e alteração de prenome e sexo.

O sexto capítulo vem mostrar porque o direito brasileiro aborda a questão pelo ângulo errado, tanto na questão da judicialização do tema, quanto na da discriminação, nas das políticas de inclusão e na forma que a alteração registral é feita – quando feita. A partir de então são apresentadas propostas de

regulamentação dos direitos dos transexuais, de modo que a dignidade da pessoa humana, o direito à vida privada e intimidade, o direito à igualdade, a proibição da discriminação, e a construção de uma sociedade justa e igualitária sejam plenamente respeitados.

Por fim, consta no último capítulo a análise e sugestão de abordagem de temas considerados polêmicos socialmente, como a questão do menor e do transexual incapaz, da divisão dos toaletes públicos, das competições esportivas, da violência contra a comunidade trans e da proteção de terceiros.

A intenção final é demonstrar – analisando principalmente Foucault¹ – que a autonomia almejada na construção do sujeito está ainda distante de ser concretizada, face à enorme intervenção do Estado em assuntos que dizem respeito apenas aos interesses das próprias pessoas envolvidas, relacionados à vida de cada uma e circunscritos aos aspectos éticos.

Aliás, o direito das famílias² é a demonstração cabal de que o princípio de intervenção mínima nem sempre é respeitado, como aconteceu na lei da guarda compartilhada³, aprovada no mês de dezembro de 2014, em que o legislador a elegeu de antemão como a melhor dentre todas as demais existentes para, em seguida, exigir que o juiz a determine nos casos de disputa entre as partes envolvendo filhos menores.

Ora, não é o Estado quem, desprezando os fatos, poderá dizer qual é a melhor guarda. Os primeiros interessados em tal escolha são os próprios pais e, depois, na ausência de consenso entre eles, cada caso deverá ser analisado, em sua individualidade. E a melhor guarda poderá não ser a ditada pelo legislador,

¹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução: Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013. Neste livro estão as conferências realizadas por Foucault na PUC-Rio, em 1973, com destaque, neste trabalho, à quarta conferência, que aqui está sintetizada como sociedade contemporânea, sociedade disciplinar.

² Não obstante a redesignação do nome e do gênero sexual seja assunto relativo à personalidade, o requerimento para concretizar tais mudanças no registro civil ocorre nas Varas de Família, considerando tratar-se de mudança de estado e ainda considerando que diversas leis de Organização Judiciária, inclusive a mineira, determinam que o Juiz de Família é o competente para dirimir questões envolvendo ações de família e mudança de estado das pessoas. Aliás, este assunto também foi enfrentado na ação antes citada, ratificando o STJ o entendimento do juiz, que deixou de enviar os autos às Varas de Registro Público, com base na Lei de Organização Judiciária.

³ Lei nº 13.058, vigente desde a data da publicação, em 22 de dezembro do ano de 2014, a incluir no art. 1.583 do Código Civil o §2º determinando a preferência pela guarda compartilhada.

principalmente considerando também os princípios constitucionais, dentre eles o do melhor interesse da criança, a exigir, no caso concreto, ponderação⁴.

Esse é só um exemplo de como o Estado tem dificuldade em se afastar da vida das pessoas, em desrespeito à liberdade individual, estancando o diálogo, e, por consequência, interferindo na busca da melhor maneira de se viver bem.

A pessoa, paradoxalmente, pode até não estar vivendo bem. Porém, se houve a participação do Estado, mesmo que em termos de interdição e em determinados assuntos relacionados exclusivamente à sua vida, é o que basta. O legalismo sobrepõe ao direito de viver bem e o formalismo pressupõe, erradamente, esse viver bem. A responsabilidade de cada um no poder de escolha na prática inexistente, em razão da constante normatização pelo Estado.

Com relação à moral sexual,⁵ questionar a normatividade do gênero e da sexualidade é indagar sobre a lógica binária – homens ou mulheres – e também investigar essa normalidade que considera apenas o exercício da sexualidade com pessoas de sexo/gênero opostos. Conforme esclarece Guacira *apud* Carla Rodrigues⁶: “A heteronormatividade que dá suporte a essa lógica, como todas as outras normas, se exercita de modo silencioso, invisível, disseminado”.

Pretende-se mostrar neste trabalho a desnecessidade da presença do Estado em casos nos quais a decisão interfere exclusivamente com as partes envolvidas,⁷

⁴ Conforme ressalta Ávila, à f. 92, in: **Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 92, “toda norma jurídica – inclusive as regras, só tem seu conteúdo de sentido e sua finalidade subjacente definidos mediante um processo de ponderação”.

⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família do Século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil – Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 235, esclarece que, “As transformações da família certamente estão associadas a um novo discurso sobre a sexualidade, cuja base foi formada com a Psicanálise na virada do século XX. Como será a família do novo século diante de um novo discurso da sexualidade? A partir da consideração de que a sexualidade é da ordem do desejo, muito mais que da genitalidade, como sempre foi tratada pelo Direito, o pensamento contemporâneo ampliou seu entendimento e compreensão sobre as formas de manifestação do afeto, do carinho e conseqüentemente sobre as várias formas e possibilidades de se constituir uma família. Tudo isso interessa ao Direito, pois aí reside um sentido de liberdade e libertação dos sujeitos, um dos pilares que sustenta a ciência jurídica, repita-se”.

⁶ RODRIGUES, Carla. O potencial político da Teoria *queer*. **Revista Cult**. São Paulo, nº, 193, ano 17, agosto 2014, p. 36-37, em entrevista de Guacira Lopes Louro, que estuda a teoria *queer* no Brasil e a levou para a área de educação, por entendê-la, “como uma espécie de disposição existencial e política, uma tendência e também como um conjunto de saberes que poderiam ser qualificados como ‘subalternos’, quer dizer, saberes que se construíram e se constroem fora das sistematizações tradicionais, saberes predominantemente desconstrutivos mais do que propositivos”.

⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família do século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil – Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 230, afirma: “O amor está para o Direito de

dando-lhes maior liberdade nas resoluções de suas diferenças e, na medida do possível, evitar que tais assuntos sejam necessariamente judicializados. Busca-se explicar porque o Estado deve deixar de exigir a intervenção de outros atores que, embora distantes das vidas dos diretamente interessados, acabam impondo outra decisão, em desprezo, por exemplo, a uma composição que foi costurada pelas partes ao longo de vários meses ou anos e já resolvida conscientemente pela própria pessoa interessada, que acaba frustrada diante da inversão de expectativa ao não obter a confirmação estatal de sua decisão.

O presente estudo, assim, visa demonstrar que não é necessária tanta vigilância na vida das pessoas, principalmente quando essa vigilância acontece em desprezo à liberdade e proteção da intimidade, principalmente a sexual, além de apresentar meios para soluções das preocupações mais comuns em relação aos transexuais, como consta no último capítulo.

Família assim como a vontade está para o Direito das Obrigações. Esta premissa do cientista do Direito João Baptista Villela talvez seja a chave para a compreensão da atual e da futura organização jurídica sobre a família”. E, à p. 232, indaga o doutrinador: “Poderia o Estado regulamentar detalhadamente as relações afetivas daquelas pessoas que optam por viver uma relação amorosa sem o selo da oficialidade do casamento? Em outras palavras, um ‘Estatuto do Concubinato’, projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional, não seria uma invasão à privacidade daqueles que, exatamente, não desejam a intervenção do Estado em sua vida privada? (...) não se pode mais desconsiderar que na objetividade dos atos e fatos jurídicos permeia uma subjetividade que interfere no mundo jurídico e o determina, particularmente o Direito de Família, que pode ser considerado uma (tentativa de) regulamentação das relações de afeto e das consequências daí decorrentes”.

2

A transexualidade sob a ótica da normalidade

2.1

A construção do normal e do anormal: considerações canguilhemianas

O gênero como algo estável e binário – homem e mulher – foi construído ao longo dos séculos pelo ser humano como se fosse algo de ordem natural. A ideia baseada na capacidade reprodutora das partes envolvidas em um relacionamento e no papel social esperado por cada uma delas baseou tal distinção. A necessidade de classificar as pessoas como normais e anormais, e, conseqüentemente, a necessidade de corrigir/consertar os “anormais” também desempenhou papel fundamental na construção do conceito de gênero. Canguilhem, um médico da segunda metade do século XX, dedicou décadas de estudo às normas, o normal e o patológico, e são seus estudos que serão a base deste capítulo.

Canguilhem estudou esse assunto ao longo de seu doutorado na década de 1940, porém mesmo após o término de seu doutorado, ele continuou a estudar e a ensinar o tema, o que o levou, 20 anos depois, a acrescentar em seu livro “O normal e o patológico” três artigos intitulados *Novas reflexões referentes ao normal e ao patológico*. Sobre esse acréscimo, Canguilhem ressalta o alerta dado a ele por um colega⁸ – que à época analisou a filosofia kantiana também em suas relações com a Biologia e a Medicina do século XVIII – sobre um texto de Kant, publicado por volta do ano de 1798.

No texto em questão, o filósofo ressaltava que os fatos políticos eram esclarecidos opostamente, isto é, a partir dos deveres do súdito, quando deveria ser o contrário, a partir dos direitos do cidadão. Kant também percebeu nessa analogia entre política e doença, que “foram as doenças que deram origem à fisiologia; e não foi a fisiologia, e sim a patologia e a clínica que deram início à medicina”.⁹

Canguilhem por sua vez pretendeu uma medicina despida de preconceitos, que não fosse – não obstante os esforços para observação de métodos de racionalização científica – absorvida pelo prevalecimento da clínica e da

⁸ Francis Courtès, professor-assistente na Faculdade de Letras e Ciências Humanas de Montpellier.

⁹ CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p.184.

terapêutica, como “técnica de instauração e de restauração do normal, que não pode ser inteiramente reduzida ao simples conhecimento”.¹⁰

Em “O normal e o patológico” necessário era pensar racional e amplamente a clínica. Essa não poderia mais se restringir à nosografia somática e à fisiopatologia, exigia também estudos e reflexões em direção às doenças psíquicas, sem distinção entre o somático e o psíquico. Neste ponto, o que está em discussão é a aceitação ou não entre o comando da natureza ou o da cultura, bem como o que poderá ser transmitido socialmente pelo discurso, e o que não é inteiramente redutível a tal circulação.

Refletindo sobre a patologia, Canguilhem acrescenta que “o normal não é um conceito estático ou pacífico, e sim um conceito dinâmico e polêmico”.¹¹ Para logo em seguida esclarecer:

Quando se sabe que *norma* é a palavra latina que quer dizer esquadro e que *normalis* significa perpendicular, sabe-se praticamente tudo o que é preciso saber sobre o terreno de origem do sentido dos termos *norma* e *normal*, trazidos para uma grande variedade de outros campos. Uma norma, uma regra, é aquilo que serve para retificar, pôr de pé, endireitar. ‘Norma’, normalizar, é impor uma exigência a uma existência, a um dado, cuja variedade e disparidade se apresentam, em relação à exigência, como um indeterminado hostil, mais ainda que estranho.

Assim e através da normalização, considerando que “a norma é aquilo que fixa o normal a partir de uma decisão normativa (...) tal decisão, relativa a esta ou àquela norma, só pode ser entendida no contexto de outras normas”¹², há uma exclusão prévia, um julgamento de valor negativo, ou seja, quem não aceitou o “enquadramento” está fora, é anormal, e sua pretensão de fora é vista como a subversão da ordem imposta.

É essa insistência em permanecer com algo já posto pela tradição¹³ é que merece ser mais bem analisada nessa sociedade que pretende o reconhecimento

¹⁰ CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, Introdução, p. 7.

¹¹ CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 189.

¹² CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p.195.

¹³ Stephen Kalberg (**Max Weber: uma introdução**. Tradução Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 35) esclarece, ao manifestar-se sobre a metodologia de Max Weber, que “as pessoas têm capacidade de agir racionalmente em função de valores. Esse tipo de ação existe quando a ação social é ‘determinada por uma crença consciente no valor em si de uma conduta ética, estética, religiosa ou de outra natureza, independentemente das perspectivas de sucesso... A ação racional referente a valores sempre supõe ‘ordens’ ou ‘demandas’ que na opinião do agente lhe são compulsórias”. E, logo adiante, na p. 36, acrescenta o citado autor weberiano:

como pluralista e democrática. Geralmente o pensamento minoritário, por ser destoante da normalidade, não é respeitado. Há uma tendência de não ouvir o “anormal”, a minoria, os excluídos.

Ademais, “sob qualquer forma implícita ou explícita que seja, as normas comparam o real a valores, exprimem discriminações de qualidades de acordo com a oposição polar de um positivo e de um negativo”¹⁴. É o que acontece com o transexual, cuja “anormalidade” médica, psicológica, moral e jurídica ainda será considerada por longo tempo.

A posição de Canguilhem sobre a distinção entre o normal e o patológico leva-o ao analisar diferentes versões da tese prevalente (e dogmatizada) no século XIX – defendida por Augusto Comte e também pelos médicos Claude Bernard e René Leriche – a entender que para tal tese a diferença é quantitativa e relacionada às funções e órgãos considerados isoladamente. Portanto, a clínica atuaria sobre o normal, compreendido como estrutura valorativa e positiva a exigir observação e mensuração que, para Claude Bernard – importante fisiologista francês –, ficava a cargo do fisiologista. Esse se orientaria por intermédio dos postulados de uma anatomia patológica, colocando em segundo plano as técnicas de intervenção terapêutica frente à ciência fisiológica, eis que o patológico é um real provisório, advindo do normal.

Assim, as ideias de Canguilhem são expostas a partir da crítica que ele fez à ideia de Claude Bernard de que o avanço da medicina era possível exclusivamente através da fisiologia experimental, considerando que o estado patológico é apenas uma variação quantitativa do estado normal. Dessa forma, e mediante o conhecimento de um fenômeno fisiológico seria possível medir todas as inquietações que a pessoa poderá sofrer no estado patológico.

Canguilhem por sua vez esclarece que a diferença qualitativa não pode ser desprezada, principalmente considerando que, “definir o anormal por meio do que é de mais ou de menos é reconhecer o caráter normativo do estado dito normal”.¹⁵ Ademais, segundo Canguilhem, se existir apenas diferenças quantitativas entre

“a ação tradicional, ‘determinada por hábitos arraigados’, e costumes seculares, é quase sempre uma resposta meramente rotineira a estímulos comuns, situa-se na fronteira da ação dotada de sentido subjetivo”.

¹⁴ CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 190.

¹⁵ CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 24.

normal e patológico há a possibilidade real de definição a respeito da saúde perfeita que, entretanto, sabe-se não passar de um idealizado conceito normativo, que é, por intermédio da função e do valor, relacionado à existência com o escopo de modificá-la. A norma não tem realidade empírica e sua finalidade é desvalorizar a existência permitindo a “correção” dessa mesma existência.

Desse modo, o estado normal não é com exatidão uma realidade a ser observada empiricamente. O estado normal, a saúde, é fruto de uma norma corretiva. Dessa forma, pelas colocações canguilhemianas, o estado normal é produzido com o escopo de atrair valores (estéticos, morais, políticos etc.).

Nessa esteira, para Canguilhem o patológico tem início quando conscientemente reconhecido pela experiência da doença. Portanto, o médico conclui que o paciente é doente, a partir de experiências anteriores que serão analisadas em consonância com a manifestação do próprio doente.¹⁶ Assim, a medicina existe em razão da consciência da doença pelo próprio homem e não porque os médicos dizem que estão doentes. Entretanto, e a partir destas colocações, há que se esclarecer se a patologia deve ser objetivamente considerada ou se é resultante das colocações subjetivas do paciente.

Retornando à medicina grega¹⁷ construída por meio de valores sociais, Canguilhem insiste na persistência do caráter relacional da patologia com o meio ambiente humano. É por tal razão que este aludido autor não vincula o normal à

¹⁶ Jacques Alain Miller (**Perspectivas dos Escritos de Lacan**. Tradução Vera Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 58), esclarece que, “em uma pequena conferência feita em Estrasburgo, em 1988, meu velho mestre Canguilhem, que era filósofo da biologia, sublinhou, a partir de citações de Kant, que a saúde é um objeto fora do campo do saber, que nenhum biologista fez do conceito de saúde um conceito científico, que é um conceito que pertence à língua vulgar – não existe ciência da saúde”. Jacques Alain Miller, aqui aludido, é psicanalista e dirige o Departamento de Psicanálise da Universidade de Paris VIII. É o responsável, ao lado da mulher, Judith, filha de Lacan, pela coleção Campo Freudiano, na França e no Brasil. Foi nomeado herdeiro moral pelo próprio Lacan! E, sobre a saúde mental, este autor faz a seguinte objeção, com fundamento em um texto de Freud, na mesma página da obra em citação: “Para dizê-lo verdadeiramente, *saúde mental* é uma expressão cômica que veste aquilo do que se trata e que é, sempre, a inserção social. Não existe definição séria da saúde mental, a não ser a inserção social”.

¹⁷ CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 10, sobre a medicina na Grécia antiga faz as seguintes colocações: “A medicina grega, ao contrário, oferece à nossa consideração, nos escritos e práticas hipocráticos, uma concepção não mais ontológica, e sim dinâmica da doença, não mais localizante e sim totalizante. A natureza (*physis*), tanto no homem como fora dele, é harmonia e equilíbrio. A perturbação desse equilíbrio, dessa harmonia, é a doença. Nesse caso, a doença não está em alguma parte do homem. Está em todo o homem e é toda dele”.

média aritmética, à estatística ou a um tipo ideal, como se o ideal se reduzisse à biometria. Com efeito, afirma Canguilhem que,

Se é verdadeiro que o corpo humano é, em certo sentido, produto da atividade social, não é absurdo supor que a constância de certos traços, revelados por uma média, dependa da fidelidade consciente ou inconsciente a certas normas de vida. Por conseguinte, na espécie humana, a frequência estatística não traduz apenas uma normatividade vital, mas também uma normatividade social. Um traço humano não seria normal por ser frequente; mas seria frequente por ser normal, isto é, normativo em um determinado gênero da vida, tomando essas palavras *gênero de vida* no sentido que lhes foi dado pelos geógrafos da escola Vidal de La Blache.¹⁸

Portanto, é no interior dessa relação que aparece conceitualmente o normal e patológico em contato com a normatividade vital e normatividade social, funcionando esta última, complementarmente, em socorro à insuficiente normatividade vital que por si só não é o bastante para impor um modo de conduta.

O comportamento orgânico não é mera replicação de uma função fisiológica correspondente e deve ser entendido como a apreensão de uma atitude biológica. O comportamento é uma ação comparativa e valorativa, e não se pode desconsiderar a relação da doença com o funcionamento do organismo em sua totalidade.

Para se chegar a tal conclusão, basta entender que qualquer alteração – para mais ou para menos – em algum órgão produz alteração no todo. Evidentemente que experiências podem ser realizadas em cada mecanismo funcional, isoladamente. Entretanto, não se pode desprezar a interdependência e a harmonia existentes entre todas as funções consideradas em sua integralidade.

Canguilhem insiste ainda em desvincular a anomalia da doença. Para ele a doença advém da produção de novas normas de adequação entre o organismo e o meio ambiente, restringindo a maneira de viver e a própria capacidade de ação do indivíduo biológico. Entretanto, não despreza esse autor o fato de que novas normas podem ser a gênese de desenvolvimento de novos comportamentos. O anormal é a iminência de uma nova potência de normatividade, e exemplo disso é o que está acontecendo com os transexuais, vistos pela maioria como anormais ontem, quase normais hoje e, derrubando paradigmas, normais amanhã.

¹⁸ CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 108.

O paradoxo disso tudo é que pela norma resta olvidado o princípio de que a vida é dinâmica, se reinventa a cada momento. Assim, há sempre que se questionar essa tentativa de engessamento ou de padronização sobre o que é, antes de tudo, um constante renovar, repensar, reconstruir, inclusive pela própria desconstrução. Perdas, ganhos, triunfos, dissabores existem e devemos ter a capacidade de superá-los.

Nesse contexto, a partir das colocações canguilhemianas vários outros questionamentos surgem sobre a existência do normal ou patológico, com reflexos até o presente momento, principalmente considerando que a anomalia e a mutação não são em si mesmas patológicas e devem ser entendidas como a expressão de outras maneiras possíveis de vida, advindo daí a comparação de tais fatos a norma já existente. Se consideradas inferiores serão tidas como patológicas em consonância com o meio. A normalidade de uma maneira de se comportar é consequência da normatividade.

Com relação à normatividade social não é correta a utilização dos conceitos relativos ao normal ou ao patológico advindos da medicina, uma vez que o ambiente humano é permeado pela dimensão social. Cada um tem sua própria maneira de viver socialmente e que nem sempre correspondente à maneira que os outros convivem. Desse modo, não é correto exigir uma regulação normativa única, uma vez que nos embates da vida social existem, na verdade, uma *a-normatividade*, uma indeterminação. Entretanto, e antes de tudo, falta vontade na aceitação do outro em sua singularidade¹⁹.

Outra linha de questionamento de Canguilhem é a relacionada com a qualificação de normal ou anormal a partir de uma ponderação métrica. A pessoa é considerada anormal se não estiver na média instituída. Contudo, a média, por si só, não pode prevalecer. Não pode haver uma estipulação arbitrária na busca da descrição de convivência ideal para um determinado grupo, neutralizando as

¹⁹ MILLER, Jacques Alain. **Perspectivas dos Escritos de Lacan**. Tradução Vera Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, p. 31, demonstra que “A verdadeira psicanálise, no sentido de Lacan, é aquela que se põe no rastro do desejo e visa isolar, para cada um, sua diferença absoluta, a causa de seu desejo na sua singularidade, eventualmente a mais contingente. É uma preocupação fundamental do ser falante, a causa de seu desejo sempre tem a ver com um encontro, o seu gozo não é genérico, não tem a ver com a espécie. A modalidade própria do gozo tem a ver, em cada caso, com uma contingência, com um encontro. O gozo não é programado na espécie humana. Temos aí uma ausência, um vazio. O que dá ao gozo, para cada um, uma figura singular é uma experiência vivida, um encontro. Aí está o escândalo. Gostariam que o gozo fosse genérico, que fosse normatizado para a espécie. Pois bem, ele não é. Aí se destroçam todos os discursos universalistas”.

singularidades presentes nestes próprios grupos. Depois, a média, como efeito de um cálculo, é descritiva, e, por conseguinte, despida de juízo de valor. E, conforme se verifica, o normal exige valoração. Dentro dessa descrição é anormal o que não está na média e, por conseguinte, é visto negativamente.

Exemplificando esse juízo negativo na rotulagem das pessoas entre normal ou anormal há que mencionar Michel Foucault – aluno de Canguilhem, na “História da loucura na Idade clássica”,²⁰ a demonstrar como a alienação estigmatiza desde os primórdios até a atualidade. As pessoas são parâmetros na distinção do que é normal por meio dos hábitos, maneiras de se comportar e de reação à determinadas situações. Cria-se, a partir destas observações, todo um conjunto de normas e regras indicadas pelos normais.²¹ E a partir desta invenção verifica-se, mediante dados estatísticos, a adaptação ou não das pessoas a determinados ambientes. Porém, para tal avaliação necessário é a presença de outros dados variáveis, qualitativos e quantitativos, que também carecem de análises. Deve existir, portanto, um amplo procedimento antes da conclusão da existência de uma anormalidade em uma determinada pessoa. O normal é considerado, até o momento presente, numa dimensão coletiva e imposto coercitivamente, o que torna difícil a identificação do que é normal ou patológico, individualmente falando.

Essa relação artificial entre o normal e o patológico é concretizada mediante a subsunção dos fatos a regras variáveis. Assim, quando a regra é alterada, o antes considerado normal torna-se anormal, e a doença acaba restringida à pessoa que não se porta mais como saudável.

Entretanto, esta dissonância entre comportamento e norma não poderia ser considerada como patológica, eis que discordar é uma maneira de se posicionar e também de se interagir no meio social. É necessário deixar de identificar o fenômeno patológico nas atitudes comportamentais divergentes. As reações tidas como anormalidades com o escopo de modificar possível normalidade não têm

²⁰ FOUCAULT, Michel. **História da loucura na Idade clássica**. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

²¹ BENTO, Berenice. *Queer o quê? Ativismo e estudos transviados*. **Revista Cult**. São Paulo, nº 193, ano 17, agosto 2014, p. 44, confirma bem tal colocação, no que tange aos transexuais que desejavam realizar a cirurgia de transgenitalização, eis que as perguntas dos psicólogos geralmente eram: “Você é muito emocional?”, “Você gosta de cozinhar?”, e, para a “produção de um parecer que iria autorizar as pessoas trans a fazer a cirurgia, os especialistas acionavam os mapas socialmente construídos para definir o que é ser um homem e uma mulher e que pretende coincidir masculinidades = homens e feminilidades = mulheres”.

interligação com o normal, eis que não é correto, a partir de um fenômeno patológico, extrair conclusões sobre a normalidade. Assim, se o fenômeno patológico é analisado fora da norma, não é correto concluir ser este fenômeno patológico, como é feito constantemente.

Depois, as caracterizações dos sintomas patológicos correspondem à invalidação da harmonia existente entre a pessoa e meio. É dependente tanto da transformação do indivíduo como também do próprio meio. Dimana desse procedimento um distanciamento da própria pessoa até então tida por sadia, eis que conceitualmente normalizada. Nota-se que a doença é dicotômica, pois, ao limitar a pessoa, com relação ao meio, exige concomitante reformulação deste próprio meio, em atendimento às reais necessidades desta limitação. Portanto, não se pode olvidar as colocações canguilhemianas no sentido de que “O doente é doente por só poder admitir uma norma. Como já dissemos muitas vezes, o doente não é anormal por ausência de norma, e sim por incapacidade de ser normativo”²². É por isto que em Canguilhem “a doença passa a ser uma experiência de inovação positiva do ser vivo, e não apenas um fato diminutivo”²³.

Entretanto, a sociedade infelizmente elabora, no decurso de sua história, um estereótipo às pessoas. Foi assim com os loucos constantemente marginalizados a ponto de Foucault asseverar ser incomum, no século XVIII, um médico se interessar pelo discurso de um louco, considerando que “(...) a palavra só lhe era dada simbolicamente, no teatro onde ele se apresentava desarmado e reconciliado, visto que representava aí o papel de verdade mascarada”.²⁴

2.2

Transitando entre os gêneros, um breve percurso histórico e mitológico

É na desconstrução do conceito clássico de gênero, divisor do mundo entre masculino e feminino, que o discurso dos transexuais será acolhido. Para tanto, necessário será demonstrar que “uma vasta literatura mostra sempre ter havido sujeitos que viviam, vestiam-se e adotavam os papéis sociais referentes ao sexo

²² CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 129.

²³ CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p.129.

²⁴ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 20ª ed. São Paulo: Loyola, 2010, p. 12.

oposto”²⁵. Incertezas identitárias e incompreensão com relação à sexualidade sempre marcaram a humanidade. “Esta passagem, de um gênero sexual a outro, do masculino para o feminino e vice-versa, parece sempre ter existido.”²⁶

Trevisan²⁷ alude a inúmeros exemplos de índios que, na época do descobrimento do Brasil, transitavam livremente entre o masculino e o feminino. Cossi²⁸ afirma que “entre os *Kadiwéus*, que habitam em Mato Grosso do Sul, existem os *Kudinas*: homens biológicos que se passam por mulheres ao assumirem tarefas femininas”. Esclarece esse aludido psicólogo que esses indígenas acompanham as mulheres menstruadas até um riacho, participando deste ritual de limpeza, como se fossem mulheres.

Também a mitologia grega²⁹ ilustra o trânsito entre o masculino e o feminino, como no destacado caso de Tirésias, ressaltado por Brandão³⁰. A versão mais avultada sobre essa lenda é que Tirésias, em razão da idade, foi convocado às provas a que se submetiam todos os jovens em um ritual de passagem, numa demonstração de maturidade. Assim, ao escalar o monte Citerão, Tirésias encontra copulando um casal de cobras. Não se sabe se Tirésias matou, feriu ou separou os reptilianos. Em consequência desta ação, Tirésias foi transformado em uma mulher. Volvendo àquela região, sete anos depois, essa mulher aparta novamente o casal de cobras em acasalamento, desta vez matando o macho e se transformando, então, em homem. Em razão desse trânsito entre os dois sexos, Tirésias foi convocada para opinar na discussão entabulada entre os deuses Zeus e sua esposa Hera, que pretendiam saber qual dos sexos teria maior prazer no momento do congresso carnal.

²⁵ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 26.

²⁶ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 26.

²⁷ TREVISAN, J. S. **Devassos no paraíso** – A homossexualidade no Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2002.

²⁸ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2014, p. 26.

²⁹ ELIADE, Mircea. **Mito e Realidade**. Tradução de Pola Civelli. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 12, ressalta a importância do mito, ao afirmar que “o mito se torna o modelo exemplar de todas as atividades humanas significativas”, para, logo adiante, na mesma obra, agora à p. 16, acrescentar: “Os mitos, efetivamente, narram não apenas a origem do Mundo, dos animais, das plantas e do homem, mas também de todos os acontecimentos primordiais, em consequência dos quais o homem se converteu no que é hoje – um ser mortal, sexuado, organizado em sociedade, obrigado a trabalhar para viver, e trabalhando de acordo com determinadas regras”.

³⁰ BRANDÃO, J. S. **Mitologia Grega**. Vol. II. 12ª ed. Petrópolis: Vozes; 2001, p. 175-176.

Tirésias, em resposta à indagação posta pelos deuses, afirma que, se porventura pudesse fracionar em dez o prazer sexual, a mulher ficaria com nove e o homem com apenas uma parte. Ao ouvir tal opinião, Hera, raivosa, cega Tirésias diante da revelação do segredo do sexo feminino e, especialmente, pela decretação da superioridade masculina, por serem os homens, então, os únicos capazes de proporcionar tão numeroso prazer à mulher. Em contrapartida, Zeus, comiserado e agradecido pela vitória, dá a Tirésias o dom da *manteia* (profecia) e lhe permite viver por sete gerações humanas, não obstante despido da visão.

Saadeh esclarece, na sua tese de doutorado em Psiquiatria, que na mitologia greco-romana, “a Vênus Castina é a deusa que se preocupa e simpatiza com os anseios de almas femininas presas em corpos masculinos”.³¹ O psiquiatra explica ainda que o “travestismo e a androgenia relacionam-se intimamente ao casamento do herói grego: vários deles, como Ceneu, Ífis e Leucipo, eram mulheres que, quando do casamento, foram transformadas em homens”.

Numa retrospectiva histórica, não se pode esquecer os imperadores romanos, que se travestiam ou exibiam características afeminadas. Sabido é também que Nero exigiu que seus cirurgiões demudassem o escravo Sporus em uma mulher, casando-se com ela. Lado oposto, o imperador Heliogábalo adotou o papel de mulher e esposa, casando-se com um escravo. No governo de Cláudio (41 a.C. a 54 a.C.) pretendeu-se restabelecer a unidade do Império graças ao culto à deusa Cibele e os rituais deste culto foram mantidos até serem proibidos pela influência do Cristianismo.

Millot destaca que a prática da castração voluntária perpassa toda a história do Cristianismo, como, por exemplo “preconizava a seita dos valesianos (para os quais a salvação só poderia ser atingida a partir da supressão do órgão sexual) e sobretudo a Igreja Oriental, principalmente entre os patriarcas de Constantinopla e os Metropolitanos da Rússia”.³²

Outro dado histórico, também destacado por Millot, nos remete à Rússia do século XVIII, especificamente aos ritos da seita *skoptsy*. O patriarca Rikone, ao reformar os livros litúrgicos, motivou a revolta dos conservadores, que entendiam que os livros, por serem sagrados, seriam necessariamente intocáveis. Entre os

³¹ SAADEG, A. **Transtorno da identidade sexual** – Um estudo psicopatológico de transexualismo e feminino. São Paulo: Faculdade de Medicina de Universidade de São Paulo, 2006, p. 11, 13-14.

³² MILLOT, C. **Extra-sexo** – Ensaio sobre transexualismo. São Paulo: Escuta, 1992, p. 76.

discordantes das reformas, encontravam-se os *chlisty*, “que preferiram a relação instituída com os livros sagrados pela prática de flagelação mútua em meio a danças frenéticas e ao êxtase coletivo”.³³

Os *skoptsy* (castrados) “vieram dos *chlisty*, dos quais conservaram as práticas rituais, mas levavam a exigência da castidade ao ponto de impor a seus adeptos a castração”.³⁴ A importância deste ascetismo, atrelado à prática dessas intervenções no corpo, acompanhada concomitantemente de viva atividade espiritual, contribuiu, sobremaneira, à dispersão da seita pela Rússia, Sibéria e Romênia atingindo, em números estimados, em 1885, cerca de 30 mil *skoptsy*.

A ablação dos genitais, nos homens, era realizada, quase sempre, sobre os testículos ou sobre o pênis e os testículos. Nas mulheres, extirpavam-se os mamilos ou os seios, bem como se realizava a excisão dos pequenos lábios, da vulva e do clitóris.

Os rituais dos *skoptsy*, não obstante as intensas objurgatórias das autoridades czaristas e soviéticas, persistiram entre o século XVII até a Segunda Guerra Mundial. Esta seita convivia enclaustrada. Entretanto, era tolerada pelos povos vizinhos e seus adeptos tidos como pessoas sérias, trabalhadoras e dignas. De destacar-se que poucos eram os casos de suicídios entre eles. A “mutilação era vivida como uma tentativa de autocura espontânea, seguida de uma grande sensação de alívio. Essa seita se extinguiu com o advento do comunismo”.³⁵

Como ressalta Cossi³⁶ os rituais mencionados acima (ou com fins de eunuquismo outros) tinham motivações bem diferentes das que são observadas pelos transexuais em tempos atuais. Segundo o autor, naqueles casos, a intervenção anatômica ocorria no contexto de ritualização – exigência de ingresso e/ou de continuidade em determinada seita – ao contrário dos transexuais, que necessitam de intervenção no corpo para adequá-lo à sua identidade sexual.

De tal modo, entende Cossi que não há coincidência entre a motivação para a intervenção anatômica exigida nos exemplos acima e a pretensão dos transexuais da atualidade. A coincidência se restringe à prática de extirpação de caracteres sexuais. Porém, apesar de ser exigência ritualística para ingresso ou

³³ MILLOT, C. **Extra-sexo** – Ensaio sobre o transexualismo. São Paulo: Escuta, 1992, p. 76.

³⁴ MILLOT, C. **Extra-sexo** – Ensaio sobre o transexualismo. São Paulo: Escuta, 1992, p. 76.

³⁵ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 31.

³⁶ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 31.

continuidade na seita, a adesão era espontânea e pode ser considerada também como uma maneira de rejeição do próprio corpo físico, desde então. Além do motivo religioso, também não se pode negar que tal acontecimento já era demonstração de incoerência entre sexo e gênero e também sentimento de pertencimento a um sexo (identidade sexual) oposto à configuração anatômica existente naquele iniciante. Tal colocação também vale com relação aos eunucos, quando a ablação das genitálias se realizava de maneira espontânea, evidentemente.

Assim, entendemos, aderindo integralmente às colocações de Cossi nesse ponto, que a mudança ocorrida atualmente em relação aos transexuais é na maneira como a sociedade percebe tal fenômeno. Portanto, “o que diferenciaria o transexualismo antigo do atual é que tal fenômeno passou a ser inscrito no campo médico, a partir do século XX, alçando-o à categoria de ‘transtorno psíquico’”³⁷. A partir daí e como forma de correção desta patologia inventada, surgiram as intervenções hormonocirúrgicas.

A dificuldade e incompreensão de aceitação do outro, independentemente de sua preferência sexual, persistirá enquanto prevalecer o entendimento de que o corpo é dimórfico, possuindo, por conseguinte, apenas duas formas distintas e excludentes, a masculina e a feminina. Neste ponto, retrocedemos, considerando que, “por volta do século XVIII, vigorava a ideia de isomorfismo corporal. Existia um sexo único; os corpos masculino e feminino mantinham relação de continuidade e não de oposição”³⁸. Naquele período, diante da inexistência do pressuposto do corpo binário, não havia que se falar em demanda transexual. Não existia necessidade de habitar-se em outro corpo, de exigir-se o corpo do outro sexo.

2.3

Ética, moral e direito, interdependência necessária

Fonseca demonstra que Foucault encampa o entendimento de que ético é o tipo de relação que se deve ter consigo e que determina como o indivíduo se

³⁷ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 31.

³⁸ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 32.

constitui como sujeito moral de suas próprias ações, bem como demonstra, de maneira cabal, a interdependência destes dois modos de viver, ao doutrinar que,

Naquilo que denominamos moral, há, portanto, o comportamento efetivo das pessoas, há os códigos e há esse tipo de relação consigo mesmo que é a ética.

O que interessa a Foucault é fazer uma genealogia da ética, uma genealogia da relação consigo mesmo, e não uma genealogia dos códigos morais ou dos atos.

E, quando a moral é entendida como a constituição do sujeito moral, vários elementos que a integram e a forma como se dão é que determinam a subjetivação ou, melhor, o sujeito moral que dela resulta. Esses elementos são os aspectos primordiais da relação consigo, ou seja, da ética, que é aquilo que determina o sujeito moral.

O primeiro desses elementos é a ‘determinação da substância ética’. Esta é constituída de tal forma a integrar o sujeito como matéria essencial da conduta moral. Determina-se uma parte de si como sendo a matéria principal da conduta moral.³⁹

Por outro lado, entende-se, no quadro ortodoxo reinante, que o direito tem sua especificidade e é contingente, além de ser criado. Porém, a independência entre direito e moral não subsiste. As normas jurídicas, quando criadas, devem ser orientadas e alicerçadas pela moral. Na aplicação do direito, também devem ser considerados os aspectos morais. Pensar o contrário é volver na velha e surrada questão envolvendo a necessidade de aplicação de leis injustas. Assim, o exercício do direito jurídico é obstado, em juízo, por uma emergência moral a exigir, sempre, a prevalência do princípio da dignidade humana. Este juízo não é, por conseguinte, negativo, mas sim afirmativo, de modo que há que se respeitar sempre as diversas maneiras de convivência. A moral, por sua vez, não pode desprezar o comportamento ético das pessoas, ou seja, sua opção de vida, mesmo que alheia à posição de uma maioria.

Nesse contexto, a interpretação de toda norma, em qualquer ramo da atividade humana – e não só no direito – deverá, para ser inclusiva, desprezar o “discurso do mestre”, que pretende “sempre a mesma coisa”⁴⁰. Portanto, a boa interpretação há que considerar também “o direito a um desvio que não se mede por nenhuma norma. Um desvio vivido como tal, porém, que afirma sua singularidade incompatível com qualquer totalitarismo”⁴¹. É a prevalência do

³⁹ FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e a Constituição do Sujeito**. 3ª ed. São Paulo: EDUC, 2011.

⁴⁰ MILLER, Jacques Alain. **Perspectivas dos Escritos de Lacan**. Tradução Vera Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 31.

⁴¹ MILLER, Jacques Alain. **Perspectivas dos Escritos de Lacan**. Tradução Vera Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 58.

ético, como maneira individual de se viver, que deve ser encampada pelo direito e também uma demonstração de que o aspecto moral não poderá desprezar esta individualidade da cada um. Esta é a verdadeira interpretação do direito.

Assim, principalmente no direito e por meio da interpretação, necessário é entender a língua do outro e também compreender que nenhuma interpretação está acabada. O que prevalece para determinada pessoa poderá não aproveitar a outra em razão de sua singularidade. O que vale hoje para alguém, amanhã já não poderá valer para este mesmo alguém em razão de sua autonomia e liberdade ou necessidade de se modificar.

Paulo Lôbo após relembrar que “as forças vivas da sociedade influíram efetivamente nas opções do constituinte de 1988”, que absorveu de fato os valores que a sociedade conseguiu veicular, esclarece que “estes valores foram vertidos em princípios ou regras que colore o direito como um todo” para em seguida doutrinar:

Como se vê, os princípios não oferecem solução única, segundo o modelo das regras. Sua força radica nessa aparente fragilidade, pois, sem mudança ou revogação de normas jurídicas, permitem adaptação do direito à evolução dos valores da sociedade. Com efeito, o mesmo princípio, observando-se o catálogo das decisões nos casos concretos, em cada momento histórico, vai tendo seu conteúdo amoldado, em permanente processo de adaptação e transformação. A estabilidade jurídica não sai comprometida, uma vez que esse processo de adaptação contínua evita a obsolescência tão frequente das regras jurídicas, ante o advento de novos valores sociais.⁴²

Demonstrando também a presença constante da moral como fundamento e orientação do direito, Ávila esclarece:

Vale dizer: é o próprio intérprete que, em larga medida, decide qual fato é pertinente à solução de uma controvérsia no curso da sua própria cognição. Para decidir qual é pertinente, o intérprete deverá utilizar os parâmetros axiológicos oferecidos pelos princípios constitucionais, de modo a selecionar todos os eventos que se situarem no centro dos interesses protegidos pelas normas jurídicas.⁴³

No ordenamento jurídico pátrio aparece a palavra “bons costumes” tanto no direito penal como no direito civil, como conceito aberto e que nada mais é que uma conexão entre a moral e o direito. E, como esclarece Edelman, “a distinção entre bens patrimoniais e bens da personalidade é meramente moralizadora”, a

⁴² LÔBO, Paulo. Relações de Família e Direitos Fundamentais. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte, IBDFAM, mar./abr. 2014, v. 2, p. 12.

⁴³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 108.

esclarecer que a teoria não reflete na prática, considerando que “os atributos da personalidade estão circulando no mercado e protegidos juridicamente como patrimônio”.⁴⁴

Corrêa também confirma que o direito está, então, indissociavelmente atrelado à moral, “na medida em que, embora se destine a permitir a coexistência das liberdades externas dos indivíduos, regulando o ‘meu e o teu externo’, pressupõe a liberdade moral (‘o meu e o teu interno’), que é o fundamento de toda a dignidade”.⁴⁵

Nesse escopo, as demandas de liberdade e de justiça sexuais passam primeiramente pela questão ética, pelo respeito à maneira que cada um vive não podendo ser reduzidas exclusivamente ao discurso do direito. Isso principalmente porque em se tratando de questões íntimas, de querência, não se pode desprezar que “O desejo está do lado oposto de qualquer norma. Ele é, como tal, extranormativo”.⁴⁶

Não compete ao direito recusar o casamento igualitário, interferindo na convivência entre pessoas e exigindo diversidade de sexo. Não é mais crível o direito considerar anormal o homossexual, o transexual, os travestis e outras maneiras de expressar-se a sexualidade, considerando que são modos de viver escolhidos diretamente pelas próprias partes interessadas. Essa forma, essa maneira de se viver, vai ao encontro da autonomia da própria pessoa. A ética sexual de alguém, o modo de viver das pessoas, sexualmente falando, não pode ser rechaçado pelo outro e também pelo Estado apenas em razão de tal decisão não ir ao encontro da heteronorma.

Todas as pessoas têm que ser tratadas com igual consideração, implicando tal proposta em socorro pelo Estado os menos favorecidos, aos excluídos e às minorias, mediante ações políticas planejadas⁴⁷. A partir daí a responsabilidade é de cada um na administração do bem amealhado, no seu modo de vida, face ao

⁴⁴ EDELMAN, Bernard. **O Direito captado pela fotografia**: elementos para uma teoria marxista do Direito. Coimbra: Centelha, 1976, p. 97.

⁴⁵ CORREA, Adriana Espíndola. **Consentimento Livre e Esclarecido**: o Corpo objeto de Relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 69.

⁴⁶ MILLER, Jacques Alain. **Perspectivas dos Escritos de Lacan**. Tradução Vera Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 30.

⁴⁷ Chamamos, ao inverso, de ações políticas não planejadas todas aquelas que ou são por prazo indeterminado ou não exigem uma contraprestação da parte beneficiada, o que acaba por torná-la indigna, se aceitá-la, para sempre, sem procurar sua libertação, principalmente na escolha de como viver bem, por conta própria.

princípio da responsabilidade pessoal, um reforço ao princípio da dignidade. O viver bem exige que tenhamos responsabilidade antes de tudo de fazer e não de apenas exigir. E, neste ponto, como ressalta Candiottto, encampando o pensamento foucaultiano,

A condição da política é a ética, tanto para quem governa quanto para quem resiste em ser governado. Se alguém quiser livremente governar os outros, convém resistir à recalcitrância do querer; igualmente, a melhor maneira de resistir a uma determinada forma de governo consiste em limitar aquilo que no indivíduo parecer ser ingovernável, que são suas próprias ambições. A constituição ética é estabelecida de modo agonístico, pela provocação incessante e pela tensão inacabada entre querer e liberdade.

Assim, a governabilidade é o pano de fundo tanto da constituição política quanto da constituição ética do sujeito. Isso porque ela designa tanto os ‘jogos estratégicos entre liberdades – jogos estratégicos que fazem que uns tentem determinar a conduta dos outros, aos quais os outros respondem tentando não deixar determinar sua conduta ou tentando determinar, em retorno, a conduta dos outros’ (Foucault, 1994d, p.728) – quanto o embate agonístico estabelecido do sujeito para consigo, quando, ao querer desmedido, ele opõe ações livres.⁴⁸

Dessa forma, e, com relação à sexualidade, o Estado atual deve ser satisfatoriamente democrático para cuidar sem controlar; para incluir e não excluir. E, para tanto, deverá deixar de rotular as pessoas entre normais e anormais, bem como rediscutir – com intuito de superação – o processo de naturalização dos gêneros, e abandonar a ideia de que há possibilidade de consertar as “pessoas trans”. É necessário que o Estado entenda que a demanda do transexual e de tantos outros é a prevalência de uma identidade de gênero diferente da imposta socialmente, não uma doença mental, uma anormalidade.

Na sua maneira direta e sincera de colocar suas reflexões, Foucault⁴⁹ afirma que entramos na era por ele rotulada de ortopedia social generalizada, ou seja, em uma sociedade disciplinar, que tem por objetivo o controle não somente social, como também individual das pessoas. Nossos movimentos são observados constantemente. E para fazer esta afirmativa de que vivemos em uma sociedade de vigilância, Foucault, após pedir escusas aos historiadores da filosofia, afirma que Jeremy Bentham, para ele mais importante do que Kant, Hegel etc., foi quem, no século XIX, de certa maneira, previu este estado de coisa em detrimento de nossa liberdade.

⁴⁸ CANDIOTTO, Cesar. **Foucault e a crítica da verdade**. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 154.

⁴⁹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução: Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 87.

Um pouco adiante na obra antes citada, Foucault, após afirmar que “o panoptismo é um dos traços característico da nossa sociedade”, esclarece que tal fenômeno “é uma forma de poder de vigilância individual e contínua, em forma de correção, isto é, de formação e transformação dos indivíduos em função de certas normas”. Portanto, há uma tríplice sujeição das pessoas, através da vigilância, do controle e da correção, que as modulam para viver nesta sociedade panóptica.⁵⁰

Assim, e contraditoriamente, verifica-se que está havendo uma estatização constante dos hábitos em evidente burla ao princípio da liberdade. O Estado insiste, teima, estratégica e ideologicamente⁵¹, em não se afastar das vidas privadas. Exemplo no direito brasileiro é a União estável, que foi uma reação à burocracia estatal de vigiar as pessoas que pretendiam viver sob o mesmo teto, antes e após o casamento. Para a celebração das núpcias era, e ainda é, necessária uma série de providências preliminares⁵², que deságuam na habilitação das pessoas para celebração do casamento, e no próprio ritual do casamento, ainda carregado de fórmulas e exigências inúmeras.

Desse modo, burlando a vigilância estatal que sacralizava o casamento, as pessoas estavam vivendo em união estável, algo que o Estado não via com bons olhos, eis que perdia o controle sobre a vigilância de inúmeras famílias. Era necessária uma resposta a este estado de coisa. Foi assim que o Estado acabou por encampar tal instituto, trazendo as pessoas que vivem sob esta espécie de entidade familiar também para debaixo da “proteção” dele, incentivando a lavratura de um documento para formalizá-la e até mesmo estipulando o regime de bens e incitando a transformação desta entidade em casamento⁵³. Em síntese, o Estado institucionalizou a união estável e a normalizou após normatizá-la, e, por

⁵⁰ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução: Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 103.

⁵¹ Entendemos com Rosa M. C. Cunha (**O Caráter Retórico do Princípio da legalidade**, Porto Alegre: Síntese, p. 20), o que seja ideologia: “Pensamos a ideologia como uma necessária dimensão da vida social, enraizada nos modos de produção que se combinam e existem em sociedades específicas e, ainda, na relação de suas classes sociais contraditórias. Portanto, uma dimensão, uma estrutura, um sistema de ideias e de práticas institucionalizadas que atuam sobre o sujeito e o tem como protagonista”, como “uma forma de conhecimento da realidade e como um modo de dominação social”.

⁵² Métodos de vigilância estatal: prova de inexistência de impedimento (art. 1.521, CC); ausência de causas suspensiva (art. 1.523, CC); procedimento de habilitação (art. 1525, CC) e celebração do casamento (art. 1.532, do CC) etc.

⁵³ O artigo 226, §3º, da Constituição Federal, deixa expresso que o Estado deverá facilitar a conversão da união estável em casamento.

consequência, voltou a poder vigiar de perto o comportamento dessas pessoas. Menos liberdade, mais vigilância, inclusive através da imposição da verdade⁵⁴.

Delgado⁵⁵ ao criticar a disciplina legislativa⁵⁶ da união estável no Brasil, doutrina:

A orientação infraconstitucional não pode anular a liberdade daqueles que não desejam se submeter ao regime típico de casamento, sob pena de tornar ineficaz a parte final do §3º do art. 226 da Carta Magna. Não compete ao legislador regulamentar a própria relação informal, atribuindo-lhe direta e autoritariamente os efeitos da sociedade conjugal.

É ainda no ramo do direito das famílias⁵⁷ que a liberdade das pessoas – diante da necessária judicialização até mesmo para simples homologação de acordo – é olvidada fortemente, eis que a vontade deverá ser supervisionada por outras pessoas, como a pessoa do Ministério Público, que poderá discordar do querer das partes, e também a pessoa do juiz, que poderá não homologar o acordo e, pior, estabelecer outras condições alheias às vontades das partes. É a prevalência, ainda, do paternalismo, aqui entendido sempre em caráter pejorativo. As pessoas continuam incapazes, limitadas que são em suas ações individuais.

Com relação ao transexual, nota-se que o Estado – após procedimento moroso para realização da cirurgia de redesignação de sexo⁵⁸, normatizada

⁵⁴ Anota Adriana Espíndola Correa (**Consentimento Livre e Esclarecido**: o Corpo Objeto de Relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.136), com apoio nas teorias foucaultianas, que: “O peso da verdade na constituição do sujeito faz-se sentir pela definição do padrão de normalidade (a norma), que fundamenta a classificação entre normal e anormal, são e doente, e orientam as práticas subjetivas normalizando o sujeito”. É ainda Correa, na mesma obra, agora à p. 137, a afirmar e, por conseguinte, a confirmar, que estamos vivendo em uma sociedade panóptica: “a possibilidade de agir de forma autônoma é limitada na própria constituição do sujeito, que não é fundante, mas fundado no interior da história por discursos de verdade, práticas de sujeição e normalização” para concluir, esta mesma autora, agora à p. 165: “... inexistente uma plena autonomia de sujeito autoconsciente e racional, livre de interferências externas, porquanto o homem concreto está inserido em contextos sociais e em relações de poder, que condicionam sua autonomia ao constituí-lo como sujeito”.

⁵⁵ DELGADO, Mário Luiz. O Paradoxo da União Estável: um Casamento Forçado. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, v. 2 (set./out.2014) – Bimestral. Coordenação: Álvaro Villaça Azevedo e Mário Luiz Delgado. Porto Alegre: Magister, p. 13.

⁵⁶ Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e o Código Civil.

⁵⁷ Insistimos em mencionar sempre direito das famílias, contrariamente ao dito no livro IV do Código Civil: “do direito de família”, eis que inclusivo, abarcando todas as famílias e entendendo que suas espécies não é um número fechado. Rejeita, o direito das famílias, o singularismo, que entendia o casamento heterossexual como única forma legítima de constituição de família. Hoje temos inúmeras espécies de famílias que, para serem constituídas, independem da diversidade de sexo e de estarem sob as benções do casamento.

⁵⁸ BENTO, Berenice. *Queer o quê? Ativismo e estudos transviados*. **Revista Cult**. São Paulo, nº 193, ano 17, agosto 2014, p. 44, esclarece a respeito do burocrático e conservador procedimento que poderá desaguar na cirurgia: “A autorização para fazer a cirurgia demora, no mínimo, dois anos. Durante esse período o/a candidato (assim é como identificam as pessoas

atualmente pela Resolução nº 1.955/10, expedida pelo Conselho Federal de Medicina – considerou, para autorização do tratamento cirúrgico, o transexual como patológico. Ademais, ultrapassada essa demorada e burocrática fase, outro percurso há que ser realizado pelo transexual, a saber, o judicial, que também poderá levar anos, e, pior, o Judiciário poderá recusar a pretensão do requerente de modificação da mudança do estado civil e do nome, ou apenas permitir a modificação do nome, ou entender que deva anotar, no assento de nascimento do requerente, que a pessoa tem um terceiro gênero, o de transexual. Enfim, que a pessoa é anormal.

O corpo esteve vigiado pela medicina e, como se não bastasse todo o ritual anterior, continua vigiado pelo sisudo Judiciário, que, paradoxalmente, poderá pretender fazer “desacontecer” o já acontecido, em desnecessária frustração do transexual. Há, nesses procedimentos, dispensável duplicidade de decisões, principalmente considerando que, neste caso, já prevaleceu o “saber” do médico.

É assim que Foucault, na “Microfísica do Poder”⁵⁹, acrescenta – considerando que a preocupação maior dos pensadores do direito foi em cuidar mais da legitimação, olvidando-se da opressão:

O direito deve ser visto como um procedimento de sujeição, que ele desencadeia, e não como uma legitimidade a ser estabelecida. Para mim, o problema é evitar a questão – central para o direito – da soberania e da obediência dos indivíduos que lhe são submetidos e fazer aparecer em seu lugar o problema da dominação e da sujeição.

Portanto, nota-se que a questão da liberdade é ainda muito abstrata e, na prática, não observada, o que acaba por interferir na autonomia das pessoas que não têm condições de escolher livremente como viver, precisando sempre da intromissão do outro, do Estado. Entretanto, a sociedade não mais carece de interdição, de paternalismo. Preciso é resgatar a liberdade – inclusive interrogando sobre a normalização da heterossexualidade – com superação do entendimento da naturalidade dos corpos, e principalmente considerando que, para vigiar o corpo,

trans que esperam a cirurgia) tem uma rotina semanal de idas ao hospital. O protocolo é organizado em torno de três questões: 1) a exigência do teste de vida (os/as candidatos/as passam a usar as roupas apropriadas para o gênero com o qual se identifica); 2) a terapia hormonal; 3) os testes de personalidade (HIP, MMPI, Haven e o Rorschach). Além das sessões de terapia e dos exames clínicos. Enfim, uma parafernália discursiva voltada à permanente patologização das experiências trans”.

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro, Graal, 1996, p. 182.

como esclarece Preciado⁶⁰, “já não há mais necessidade de hospital, quartel ou prisão, porque, com os hormônios sintéticos, as técnicas de controle se instalam no corpo, ferramenta definitiva da vigilância”.

2.4

Na busca de uma cidadania sexual autônoma e liberta

Através principalmente de Foucault⁶¹ pretende-se demonstrar que a autonomia almejada na construção do sujeito está ainda distante de ser concretizada face à enorme intervenção do Estado em assuntos que dizem respeito apenas aos interesses das próprias pessoas envolvidas, relacionados à vida de cada uma e circunscritos aos aspectos éticos. Aliás, o direito das famílias é a demonstração cabal de que o princípio de intervenção mínima nem sempre é respeitado, a exemplo da lei da guarda compartilhada⁶² – aprovada no mês de dezembro de 2014 – elegida pelo legislador, de antemão, como a melhor dentre todas as demais existentes para, em seguida, exigir que o juiz a determine, nos casos de disputa entre as partes envolvendo filhos menores.

Ora, não é o Estado quem, desprezando os fatos, poderá dizer qual é a melhor guarda. Os primeiros interessados em tal escolha são os próprios pais, e na ausência de consenso entre eles, cada caso deverá ser analisado, em sua individualidade. Indo mais além, a melhor guarda poderá não ser a ditada pelo legislador, principalmente quando se considera os princípios constitucionais,

⁶⁰ RODRIGUES, Carla. A política do desejo. **Revista Cult**. São Paulo, nº 193, ano 17, agosto 2014, p. 13, em entrevista realizada com Beatriz Preciado, autora do livro, “Manifesto contrassexual: práticas subversivas de identidade sexual, tradução livre da própria entrevistadora, afirma que Preciado, “Irreverente e transgressora, ela encarnou o questionamento sobre identidade de gênero numa experiência em que se fez cobaia. Durante duzentos e trinta e seis dias, se auto-aplicou testosterona, o hormônio produzido pelo testículo, sem seguir nenhum tipo de protocolo médico prévio”, demonstrando, com essa intoxicação voluntária, que o gênero (palavras da própria entrevistada): “não pertence nem à minha família, nem ao Estado, nem à indústria farmacêutica. É uma experiência política”. Preciado foi aluna, no final dos anos 1990, de Jacques Derrida e leciona, atualmente, na Universidade Paris 8 e coordena o projeto “Tecnologias do gênero” no Museu de Arte Contemporânea de Barcelona.

⁶¹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução: Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013. Neste livro estão as conferências realizadas por Foucault na PUC-Rio, em 1973, com destaque, neste trabalho, à quarta conferência, que aqui está sintetizada como sociedade contemporânea, sociedade disciplinar.

⁶² Lei nº 13.058, vigente desde a data da publicação, em 22 de dezembro deste ano de 2014, a incluir no art. 1.583 do Código Civil o §2º determinando a preferência pela guarda compartilhada.

especialmente, do melhor interesse da criança, a exigir, no caso concreto, ponderação⁶³.

Com relação à moral sexual, questionar a normatividade do gênero e da sexualidade é indagar sobre a lógica binária a definir as pessoas como homens ou mulheres, e, conseqüentemente, os gêneros considerados como dois, e também investigar sobre essa normalidade que considera apenas o exercício da sexualidade com pessoas de sexo/gênero opostos. Conforme esclarece Guacira *apud* Carla Rodrigues⁶⁴: “A heteronormatividade que dá suporte a essa lógica, como todas as outras normas, se exercita de modo silencioso, invisível, disseminado”.

Urge, pois, o afastamento do Estado em casos nos quais a decisão interfere exclusivamente na vida das partes envolvidas, dando-lhes maior liberdade nas resoluções de suas diferenças, sem que esses assuntos sejam necessariamente judicializados, deixando de exigir a intervenção de outros atores que – embora distantes das vidas dos diretamente interessados – acabam impondo outra decisão em desprezo a uma composição que foi costurada pelas partes ao longo de vários meses ou anos, ou conscientemente já resolvida pela própria pessoa interessada, que acaba, com frustrante inversão de expectativa, por não obter a cancela estatal.

Não é necessária mais tanta vigilância nas vidas pessoais em desprezo à liberdade, principalmente a sexual. Deve-se rejeitar essa sociedade “panóptica” a exigir ainda – em desprezo ao princípio da intervenção mínima – a presença forte do Estado na vida privada, vigiando constantemente e ceifando a liberdade de viver segundo cada projeto de vida.

A cidadania – entendida como conjunto de direitos – é também marcada pela sexualidade construída sob o paradigma heterossexual, e por ser o direito sempre normalizador, surgem diversos conflitos que deverão ser resolvidos, em prol da

⁶³ Conforme ressalta Ávila (**Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 92) “toda norma jurídica – inclusive as regras, só tem seu conteúdo de sentido e sua finalidade subjacente definidos mediante um processo de ponderação”.

⁶⁴ RODRIGUES, Carla. O potencial político da Teoria *queer*. **Revista Cult**. São Paulo, nº 193, ano 17, agosto 2014, p. 37, em entrevista de Guacira Lopes Louro, que estuda a teoria *queer* no Brasil e a levou para a área de educação, por entendê-la, p. 36, “como uma espécie de disposição existencial e política, uma tendência e também como um conjunto de saberes que poderiam ser qualificados como ‘subalternos’, quer dizer, saberes que se construíram e se constroem fora das sistematizações tradicionais, saberes predominantemente desconstrutivos mais do que propositivos”.

liberdade e dos preceitos éticos. O comportamento de alguém não pode ser interditado em razão da opção sexual.

Por conseguinte, há limite ao princípio da legalidade, que não pode ser autoritário e nem abafar a emancipação social, conforme ressalta Mascaro⁶⁵ ao comentar tal princípio e sua aplicação no direito brasileiro:

A legalidade de um capitalismo dependente, formado na base de relações sociais de subordinação estatal e social, adquire contornos historicamente autoritários. A forma de exploração capitalista se impõe, desde a colônia, por meio do controle violento da mão-de-obra, escrava no mais das vezes, sufocando as possibilidades de emancipação social.

A dialética da exploração e da dominação no quadro histórico brasileiro demonstra uma plena insistência numa forma de relação social verticalizada. A hierarquização das relações sociais vem a se constituir numa organização interna de um capitalismo periférico de exploração, contrastando com o mercantilismo que irá originar, no plano do capitalismo central, relações de cunho horizontal, marcadas pela igualdade jurídica das partes e da sacração do contrato.

Assim, existem diversos direitos à liberdade apoiados sobre diferentes fundamentos, a exemplo do direito à independência ética⁶⁶ advindo do princípio da responsabilidade pessoal; o direito à liberdade de expressão, em razão do direito ao autogoverno, que por sua vez advém também do princípio da responsabilidade pessoal; o direito ao devido processo legal e à propriedade, derivados do direito à igual consideração; o direito à liberdade sexual, com a inclusão de reivindicações mais libertárias, relacionadas com as práticas sexuais dissidentes, ou seja, com a desconsideração da heteronormatização, numa ampliação desta acanhada e imposta moralidade sexual.

⁶⁵ MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 96.

⁶⁶ Temos independência para decidir sobre várias ações, de escolher, por exemplo, a religião e os compromissos pessoais íntimos, desde que não coloquemos em risco a igual independência das outras pessoas.

3

Interlocução entre Psicologia e Medicina na designação de gênero e o reflexo no Direito

3.1

Travestismo fetichista, homossexualidade, intersexualidade e transexualidade: distinções necessárias

Nery demonstra que existe o hábito de adequar comportamentos das pessoas em algo já existente e, se não emoldurada tal atitude, essas pessoas se tornam anormais e, por conseguinte, excluídas. Foi assim que, durante muito tempo, o transexualismo foi uma subespécie do homossexualismo. Com efeito, diz o primeiro transexual masculino operado no Brasil, que,

Quando entrei na adolescência, ainda não existia sequer o conceito de transexualismo. Eu me sentia homem, com um físico inexpressivo, que não convencia ninguém. Eu não via de forma alguma como homossexual, embora os outros assim o fizessem. Desconhecia outra ‘categoria’ na qual pudesse me enquadrar e tampouco sabia de pessoas iguais a mim. Sentindo-me um fenômeno único e sem o amparo de explicações, travava uma batalha tenaz contra a marginalização.⁶⁷

Ressalta-se que prevalecem nos conceitos de travestismo, homossexualismo, intersexo e transexualismo – advindos principalmente da psicologia e da medicina, aceitos sem maiores reflexões em outras áreas, em face do argumento de autoridade – a dicotomia masculino/feminino, razão da persistência em não aceitar as pessoas fora deste binário como normais. Assim, o travesti fetichista e o homossexual⁶⁸ são entendidos como um misto de masculino com o feminino, enquanto o transexual limita-se apenas em uma delas, porém, do lado oposto ao que se apresenta fisicamente.

⁶⁷ NERY, João W. **Viagem solitária**: memórias de um transexual 30 anos depois. São Paulo: Leya, 2011, p. 53.

⁶⁸ FARAMERZ, Dabhoiwala. **As origens do sexo**: uma história da primeira revolução sexual. Trad. Rafael Mantovani. São Paulo, 2013, p. 564, deixa expresso o preconceito que ainda há com relação à homossexualidade, ressaltando que, no final da década de 1980, a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmava a imoralidade e a punição do sexo consensual entre homens, enquanto o Reino Unido tornava ilegal que qualquer autoridade local promovesse a homossexualidade, ou ensinasse nas escolas a aceitação da homossexualidade, como pretenso relacionamento familiar, leis discriminatórias estas que somente foram revogadas em 2003, razão de esta autora afirmar: “Acima de tudo, apesar da crescente aceitação intelectual de ideias de privacidade e igualdade, a extensão da liberdade homossexual mostrou-se uma questão que continua sendo disputada”, acrescentaríamos, principalmente em nosso país, em que se pretende limitar as entidades familiares e destacando a importância do casamento apenas entre homens e mulheres.

É certo que tanto os travestis fetichistas como os homossexuais, como também os transexuais, não possuem anormalidades anatomofisiológicas nas genitálias. Porém, as duas primeiras maneiras de comportar-se sexualmente não desprezam ou desvalorizam as zonas erógenas de seus órgãos genitais, enquanto, conforme a medicina, o transexual rejeita por completo a genitália existente fisicamente desprezando-a, repelindo-a, razão de, para alguns, a cirurgia ser o único e indispensável percurso.

Assim, o transexual busca o reconhecimento, principalmente pelo parceiro, como possuidor do sexo que atribuiu a si mesmo, de nada valendo argumentar com a presença da genitália com a qual se apresenta fisicamente, caso não opte por extirpá-la. Ademais, “o transexual não se transveste para obter gratificação sexual ou com fins de fetichização”⁶⁹.

Os travestis, não obstante assumindo o estereótipo feminino e alguns promovendo modificações em seu corpo para assemelhar-se às mulheres, mantêm a genitália masculina, debelando o impulso de mudança de sexo, que em alguns surgem – causados pelas leis de mercado ou pela pressão do grupo – “pela masculinidade preservada e pelo gozo que obtêm a partir do jogo erótico que promovem com seus órgãos genitais”⁷⁰.

É a partir da pretensão dos travestis de extirpar a genitália masculina ao apresentar, a partir de um determinado momento de suas vidas, desejos transexuais, que são eles considerados falsos transexuais. Portanto, a eles são negados a cirurgia de redesignação de sexo de antemão. Entretanto, essa questão deverá ser mais bem enfrentada e despida de falsos moralismos. A possibilidade de extirpação do órgão genital não pode ser simplesmente negada como vem ocorrendo, sob a justificativa de ser um ato meramente mercantil (prostituição) ou pressão do meio.

O travestismo fetichista, mantendo a identidade masculina, excita-se com o uso de roupas femininas. Se expondo com exuberância e exagero tem o gozo ao mostrar ao companheiro sexual o pênis camuflado por trás dos trajes, desvelando a “surpresa”. Vários sustentam relacionamentos heterossexuais.

⁶⁹ RAMSEY, G. **Transexuais** – Perguntas e respostas. São Paulo: Summus, 1998, p. 176.

⁷⁰ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 50.

Com relação à homossexualidade, a identidade sexual da pessoa geralmente não está em questionamento. O homossexual não se considera como pertencente ao outro sexo, e a aproximação – afetiva ou não – é com as pessoas do mesmo sexo.

Assim e num linguajar psicanalítico, pode-se afirmar que a sexualidade do homossexual e a do travesti fetichista é determinada por formações reativas, por *sinthomas*, isto é, por intermédio de impulsos inconscientes, advindos das diferentes instâncias psíquicas. Por sua vez, o transexual não possui desejos inconscientes, apenas secretos. Não há conflito interno, mas sim externo, eis que a luta pelo reconhecimento é com a sociedade que tende a desconsiderá-lo na sua singularidade.

Com relação aos psicóticos, há uma aproximação com o transexual, quando se comportam como pessoas do sexo oposto, porém o comportamento é consequência de alucinações e delírios, apenas. Não há o sentimento de pertencimento ao outro sexo. Já o transexual reconhece a anatomofisiologia do seu corpo e não desvirtua mentalmente tal entendimento, apenas rejeita-o, eis que prevalente o sexo psicologicamente eleito.

Levando-se em consideração que a atribuição do sexo é lastreada na aparência dos órgãos sexuais externos da criança, necessário, nas distinções aqui discutidas, examinar o intersexo, para que não parem dúvidas sobre as distinções necessárias a uma melhor compreensão da transexualidade despida de preconceitos.

O intersexo ocorre quando, no desenvolvimento embrionário do feto, acontecem variações ou algum problema pertinente à indução de hormônios sexuais acarretando má-formação do sexo anatomofisiológico, com a consequente ausência de representação sexual. Assim, através da aparência física não é possível saber qual o sexo da criança, eis que seus órgãos sexuais externos não coincidem com os órgãos universais anatômicos, impedindo ocularmente a definição do sexo. Portanto, intersexo ou distúrbio de desenvolvimento do sexo, antigo hermafroditismo, é o nome que se dá a esse processo de diferenciação incompleto do sexo, o que faz com que o sexo seja atribuído aleatoriamente à pessoa.

Tendo em vista que a substituição do rótulo hermafroditismo por intersexo não foi bem assimilada, a preferência ainda é pela utilização do termo

hermafroditismo que se caracteriza “pela coexistência de tecido ovariano (com folículos) e testicular (com túbulos seminíferos, com ou sem espermatozoides) no mesmo indivíduo, em geral associada à ambiguidade genital interna e externa em graus variáveis”⁷¹.

Assim como no travestismo no hermafroditismo também há o falso. Esse é chamado pseudo-hermafrodita por exibir distintas expressões de elementos biológicos masculinos e femininos, e a presença de somente um tipo de tecido gonadal, ocorrendo a ambiguidade genital – por exemplo, com a presença de cromossomos XY e órgãos externos femininos. Portanto, falso ou verdadeiro, mais uma vez, demonstra apenas uma maneira especializada de ver a pessoa.

Interessa ainda a distinção entre o intersexo e o transexual quando se afirma que no hermafroditismo há a predominância do sexo de atribuição, que é o designado (o nomeado) pelos pais, sobrepondo ao sexo anatômico. Neste caso, prevalece, como em vários atos de nossa vivência, o simbólico sobre o orgânico, o que acaba por demonstrar, em socorro aos direitos dos transexuais, que a identidade sexual não advém da determinação biológica, e sim de fatores psicossociais.

Portanto, no caso do intersexo é a atribuição do sexo pelos pais que determinará a identidade sexual, não obstante as irregularidades biológicas existentes. É a insegurança nesta atribuição identitária que poderá ser transmitida ao filho, “que poderá desenvolver ‘identidade hermafrodita’ (acredita ser tanto homem como mulher, ou mesmo não ser nenhum deles). No transexual não há malformação anatomofisiológica dos órgãos genitais nem qualquer desequilíbrio hormonal”⁷². Conforme dito acima, o transexual não tem dúvida quanto ao sexo possuído, não obstante tenha desenvolvido uma identificação sexual em total descompasso com tal imputação.

Assim, a partir de John Money⁷³ e retomado por Stoller, com relação ao trabalho com o intersexo, pode-se afirmar que “não há determinismo biológico

⁷¹ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 52.

⁷² COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 53.

⁷³ Pesquisa de Gênero Homossexual/Heterossexual: do Pecado à Ciência e Polícia Secreta. **Sexus – Estudo Multidisciplinar da Sexualidade Humana**, v. 2, n. 3, p. 3, maio/jun. 1990.

quanto à construção da identidade sexual; sexo e gênero são distintos e este prevalece sobre aquele em tal formação identitária”⁷⁴.

Por sua vez, a transexualidade, como já narrado, é fenômeno existente há séculos como confirma a História. A sua transformação em patologia, no entanto, ocorreu no século XX pela medicina e pela psicanálise ao considerar os transexuais como portadores de um transtorno psíquico. Porém, necessário é a antipsiquiatrização desta abordagem ortodoxa do “transexualismo”⁷⁵ que perdura até a presente data. Necessário é discutir melhor o pensamento psicanalítico ortodoxo⁷⁶ ainda em uso como o fez a França ao retirar a transexualidade da lista das doenças psíquicas da medicina⁷⁷, dando passo fundamental para a superação dos resquícios de preconceitos, e para que a questão possa ser mais bem dialogada e compreendida pela sociedade.

⁷⁴ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 55.

⁷⁵ Como sabido, o sufixo “ismo” denota patologização. Por isto escolhemos o termo “transexualismo”, reforçando que é nossa pretensão demonstrar que a qualificação correta é “transexualidade”, uma vez superada esta manifestação da sexualidade como doença.

⁷⁶ PORCHAT, Patrícia. **Psicanálise e transexualismo**: desconstruindo gêneros e patologias com Judith Butler. Curitiba: Juruá, 2014, p. 24, também esclarece que, “Até o século XVIII, o discurso dominante teria construído os corpos masculino e feminino como versões hierarquicamente ordenadas de um único sexo. Esse modelo hierárquico, mas de sexo único, interpretava o corpo feminino como uma versão inferior e invertida do masculino. No século XIX, esse modelo é substituído por um modelo reprodutivo que enfatiza a existência de dois corpos radicalmente diferentes, com uma oposição radical das sexualidades masculina e feminina. Isso repercutiu em termos de gênero. Passa a haver uma diferença absoluta entre homens e mulheres: não mais um corpo parcialmente diferente, mas dois corpos singulares, o masculino e o feminino. Podemos dizer que a psicanálise vai se inserir nesse contexto, ou pelo menos, é herdeira dessa ideia de que a percepção da diferença radical entre os corpos tem um papel de destaque na construção da subjetividade”. Porchat, no parágrafo seguinte, às colocações ora transcritas, conclui: “A percepção da distinção radical entre os sexos e os gêneros, estabelecidos a partir da ‘realidade’ biológica da reprodução, concede importância aos genitais como marcas da oposição sexual. Mas essa importância, segundo Laqueur, seria muito recente, considerando a história da medicina ocidental”.

⁷⁷ Andreia e Gil Guerra, na obra **Menino ou Menina?** citam o ilustre professor Armando Canger Rodrigues, que já exerceu a função de diretor do Instituto Oscar Freire, em São Paulo, e que, no artigo “Aspectos Éticos do Transexualismo”, assinala que o “transexualismo é uma entidade clínica autônoma, bem individualizada entre os desvios do comportamento sexual, que foi definitivamente separada do homossexualismo por Benjamin e Gutheil”. Cf. GUERRA, Andréa Trevas Maciel, GUERRA JÚNIOR, Gil. **Menino ou Menina?** Os distúrbios da diferenciação do sexo. São Paulo: Manole, 2002, p. 309. Portanto, a medicina também considera, ainda, a transexualidade como doença e tal questão é confirmada logo à p. 3, da obra aqui citada, com a seguinte colocação, de Roberta Pagon: “Menino ou menina? Quando não se pode responder a essa pergunta sem pensar duas vezes, trata-se de uma emergência médica”.

A técnica de normalização através da correção, tão combatida por Foucault, continua presente a partir do momento em que a transexualidade é dita como doença e, por conseguinte, passível de correção⁷⁸.

Com efeito, na visão médica “prevalece o ponto de vista retrógrado, com reflexo, por sua vez, no jurássico direito, de que estes sujeitos são portadores de um transtorno de identidade sexual, já que apresentam o sexo biológico em total contradição com a identidade sexual”⁷⁹. Assim, entende a medicina, numa concepção normativa, que há necessidade de reparar tal “equivoco” através de tratamento hormonal e cirúrgico, eis que o corpo biológico deve estar em consonância com o gênero ao qual a pessoa pertence. Necessário é ainda que prevaleça a identidade de corpo e gênero: o corpo de homem deve ser coeso à masculinidade e o da mulher à feminilidade.

Destarte, “o transexualismo interroga de maneira radical as noções de identidade sexual, normalidade e patologia”⁸⁰ remetendo-nos tanto a Canguilhem⁸¹, cuja doutrina acima foi sintetizada, bem como também a Foucault, como a Butler e a Lacan. Esse último principalmente na teoria da sexuação, quando expurga entendimento anterior, em prol da inclusão de outras formas de identidade sexual e afirma que a “antipsiquiatria é, principalmente, uma maneira de libertar os psiquiatras dos seus muros, atrás dos quais estavam presos juntos com seus pacientes”⁸². Libertação, evidentemente, dos muros físicos e também dos muros intelectuais a impedir o processamento do novo, que poderá tranquilamente conviver com o velho, inclusive interagindo, para aperfeiçoamento e evolução sem trauma de ambos.

⁷⁸ No Manifesto dos participantes do Diálogo Latino-Americano sobre Sexualidade e Geopolítica, em reunião realizada entre os dias 24 e 26 de agosto de 2009, na cidade do Rio de Janeiro, constou que “a prática de promover supostos ‘gêneros saudáveis’, mediante o uso de bisturi, da administração de hormônios ou por tratamentos psiquiátricos e psicológicos, é moeda corrente naqueles países onde o *establishment* médico é particularmente poderoso em termos econômicos. Não obstante, a validade científica das premissas médicas nas quais esses procedimentos estão baseados foi fortemente questionada. O grau de arbitrariedade desse conhecimento fica evidenciado nas profundas mudanças conceituais que o próprio sistema de nomenclaturas psiquiátricas sofreu a cada nova edição do DSM, particularmente no que trata de ‘desordens sexuais e de identidade de gênero’”.

⁷⁹ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 17, da introdução.

⁸⁰ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 17, da introdução.

⁸¹ CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

⁸² COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 12.

Imperativo será, por conseguinte, que a transexualidade seja apartada de um diagnóstico que rotula o transexual como psicótico, neurótico ou perverso. Para tanto, não há como socorrer do hermafroditismo⁸³ para analisá-lo e muito menos do travestismo. Necessário é que a transexualidade seja tratada como uma demanda histórica que deverá ser decomposta para que a redesignação ocorra com sucesso, e para que o redesignado possa viver despreocupado com relação à superação de mais um ritual de passagem até então necessário para sua participação ativa na sociedade.

Assim sendo, e para compreender a transexualidade como expressão da diversidade da sexualidade, necessário é ter como referência inicial Stoller, eis que esse autor, em 1964, introduziu na psicanálise a noção de “gênero”, demonstrando que o sexo (no sentido corporal) diferencia-se da identidade “no sentido social ou psíquico, e que gênero e sexo não necessariamente são correspondentes”⁸⁴. Não obstante, para Stoller – com enorme adesão da classe médica – a dissociação entre gênero e sexo seja entendida como patológica.

Por conseguinte, discute-se, na medicina e na psicanálise, como superar esse pseudoestado patológico, de diagnóstico variado – disfunções neurológicas e endócrinas, psicose e distúrbio na constituição do ego corporal, dentre outros – e a necessidade ou não de intervenções hormonocirúrgicas, o possível tratamento psicológico, e qual será a contribuição da psicanálise para a clínica desse quadro. Em outras palavras, assim como até hoje há os que pretendem curar os isoafetivos, também não faltam médicos, psicólogos e psiquiatras que pretendem tratar do transexual como pessoa doente numa visão míope e normativa da sociedade.

Seria mais interessante, em vez de repressão pela normatização, ouvir os transexuais, suas propostas de negação da diferença entre os sexos para a abertura do debate, para entender de fato o que é ser um homem ou ser uma mulher, e se a

⁸³ Ainda do Manifesto dos participantes do Diálogo Latino-Americano sobre Sexualidade e Geopolítica, em reunião realizada entre os dias 24 e 26 de agosto de 2009, na cidade do Rio de Janeiro, também constou que “A subordinação das identidades de gênero às determinações da ciência produz danos irreversíveis em pessoas que tem sua autonomia violada aos serem objetos da intervenção médica muito cedo em suas vidas, por efeito de ansiedade normalizadora, cuja legitimidade deve ser questionada. Todos os dias, meninos e meninas que nascem com genitália de ‘aparência atípica’ – segundo as determinações da medicina – são submetidos/as a procedimentos cirúrgicos que pretendem ‘corrigir’ sua aparência a partir do pressuposto de que uma genitália ‘mais normal’ promoveria e sustentaria a formação de uma identidade de gênero ‘mais saudável’”.

⁸⁴ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 17, da introdução.

pertença a um ou outro sexo é ditada realmente pelo corpo. Logo, necessário é aprender, antes de tudo, como escutar a demanda dessas pessoas, excluindo a ideia de que tal fenômeno é psicótico, neurótico ou perverso.

O próprio Cossi por várias vezes declara que em sua clínica psicanalítica – situada em Jundiaí, São Paulo – deparou-se com casos “que podem ser classificados, segundo a teoria *queer*, como ‘gêneros ininteligíveis’, ou seja, ocorrências (tais como o travestismo e o transexualismo, por exemplo) que não se enquadram na denominada heteronormatividade vigente”⁸⁵.

Interessa saber também se a transexualidade é um fenômeno atemporal, diante da manifestação desse modo de ser em diversas culturas, principalmente considerando que dados históricos demonstram que o trânsito entre os gêneros sempre existiu. A dúvida é relevante, considerando que o corpo foi objeto de manifestação em diferentes épocas históricas, nem sempre prevalecendo a concepção binária masculino/feminino, consequência de uma visão dimórfica.

Butler, indo ao encontro das sérias colocações foucaultianas, acusa essa estrutura de poder existente de manutenção da ordem vigente. O trabalho de Butler é o de demonstrar que o “transexualismo” não é uma patologia, alçando-o, corretamente, a uma possibilidade de existência humana. Para tanto, Butler discorda da psicanálise de orientação estruturalista⁸⁶ “que a partir de seus conceitos de ‘diferença sexual’ e ‘simbólico’, por exemplo, ratifica a visão patologizante dos gêneros ininteligíveis”⁸⁷. A heteronormatividade, prevalente ainda no momento presente, exige a concordância entre anatomia, gênero, desejo e práticas sexuais. É um sistema suposto como perfeito pela coerência e continuidade. Assim, e conforme alerta Porchat⁸⁸ em sintonia com os ensinamentos butlerianos, agir fora desse entendimento é ausência de correspondência aos gêneros inteligíveis, masculino e feminino. Portanto, essas

⁸⁵ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 19.

⁸⁶ Por meio da corrente estruturalista procura explorar as inter-relações, por intermédios das quais o significado é produzido dentro de uma cultura.

⁸⁷ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 19.

⁸⁸ PORCHAT, Patrícia. **Psicanálise e transexualismo**: desconstruindo gêneros e patologias com Judith Butler. Curitiba: Juruá, 2014.

pessoas, a exemplo dos transexuais, são tidas como seres abjetos⁸⁹, sem acesso à categoria humana, excluídas que são da normalidade.

No tocante à cirurgia de redesignação sexual e ao tratamento hormonal autorizados apenas aos candidatos diagnosticados como “transexuais verdadeiros”, vive-se outra ilusão, a exemplo da identidade masculina ou feminina, principalmente considerando que também não é correto falar em uma identidade transexual. Não se pode olvidar que a transexualidade não é uma só e a solução não é também sempre unívoca, razão porque não se pode desprezar a individualidade de cada pessoa. Assim, o tratamento hormonocirúrgico não é a única alternativa. Alguns transexuais não pretendem se submeter a tal cirurgia “afinal de contas, alterações anatômicas não transformam o sujeito em um ser do outro sexo”⁹⁰.

Há que se questionar juridicamente, a exemplo de como o vem fazendo determinada vertente psicanalítica, o modelo de ciência positiva (dogmática), eis que, pela psicanálise lacaniana, pós-década de 50, “não são os traços físicos que definem o pertencimento do sujeito a este ou aquele sexo. Sua clínica opera a partir de outras vertentes, tais como o sujeito do inconsciente, o gozo, o semblante e o *sinthoma*”⁹¹⁻⁹². De desprezar, como o faz Canguilham, os métodos quantitativos, que consideram as pessoas estatisticamente, em desprezo à singularidade de cada uma.

Ainda é necessário, psicanaliticamente falando, maiores esclarecimentos dos processos psíquicos submersos na dinâmica transexual e a relação destas pessoas

⁸⁹ MILLER, Jacques Alain. **Perspectivas dos Escritos de Lacan**. Tradução Vera Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 214.

⁹⁰ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 20.

⁹¹ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 20. Na mesma obra, agora à p. 21, Cossi esclarece a noção de *sinthoma*, advinda dos os últimos anos de ensino de Lacan, ressaltando-se que, a partir daí, “a maneira de se enodar o real, o simbólico e o imaginário é cada vez mais tributária da singularidade de cada um. Singular também é a forma de gozo do sujeito, sendo o corpo seu espaço de direito”.

⁹² MILLER, Jacques Alain. **Perspectivas dos Escritos de Lacan**. Tradução Vera Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 11, esclarece também a diferença entre *sinthoma* e sintoma: “Em psicanálise quando falamos de sintoma, entendemos com isso um elemento passível de dissolver-se ou, supostamente, desaparecer, suspender-se, ao passo que *sinthoma* designa o elemento que não pode desaparecer, que é constante. Em outras palavras, a chamada nova clínica psicanalítica é uma teoria do incurável. Então, que ironia fazer essa teoria do incurável sustentar uma prática toda orientada para a terapia e fazer dessa terapia um *slogan*!”. E, logo no parágrafo seguinte à tal colocação, ainda é interessante ressaltar-se o que foi enfatizado por Lacan: “*é impossível terapizar o psiquismo*”.

com o corpo. É necessário questionar sempre o laudo psicológico⁹³, o psiquiátrico, principalmente considerando que são peças realizadas unilateralmente e através do discurso da verdade dos especialistas na busca da correção das pessoas pela normatização.

Para tanto, de observar-se que a técnica psicanalítica lacaniana é no sentido de que não há uma resposta imediata à demanda do sujeito. Tenta-se, procura-se, por conseguinte, entender o que existe de oculto nesse pleito. Portanto, a psicanálise lacaniana, dos anos sessenta para frente, não objetiva acabar com o *sinthoma*, mas busca “fazer com que venha a luz, para o sujeito, um saber sobre aquilo que inconscientemente preside à sua demanda e engendra seu sintoma”⁹⁴. Dessa forma, a contribuição do psicanalista é a de pretender fazer emergir a razão subjetiva do pedido interiorizado pelo transexual, colocando-a em debate, escutando-o como sujeito e não como mero pretendente a um procedimento médico com o escopo principal de retificações de aparência estética.

Deste modo, é a partir de Lacan, dos anos 1960 para frente, “que se dirige ao real para além do simbólico, referido à heterossexualidade compulsória, que novas manifestações da sexualidade, dentre elas o transexualismo, podem ser contempladas e assim extraídas do campo da patologia”⁹⁵. Desse modo, a teoria lacaniana merece ser mais bem compreendida, na busca de superação de preconceitos e estigmas.

Por conseguinte, o presente estudo trabalha a transexualidade como uma realidade que busca constante reconhecimento, principalmente no mundo jurídico que se curvou e se petrificou à dicotomia homem/mulher como forma exclusiva de vivência em sociedade. O direito granjeia, de outras áreas, discursos prontos e acata-os integralmente como se verdadeiros, ceifando, mais uma vez, a abertura de diálogo diretamente com as partes interessadas.

⁹³ Apenas a título de ilustração e demonstração do peso de um laudo psicológico na vida das pessoas e também analisando as considerações foucaultianas aludidas neste trabalho, ressaltamos que, até o advento da Constituição de 1988, era de fundamental importância para o ingresso em cargos públicos, por exemplo, magistratura e ministério público, dentre outros, a palavra do psicólogo. Antes da Constituição, o laudo era excludente e, mesmo depois, ainda é indispensável na avaliação do candidato, prevalecendo, para tanto, as realizações pretéritas do postulante e também o “perfil” do candidato, tudo com a finalidade de encaixar o aspirante a um modelo previamente pensado, que o leva a ser considerado como “apto” ou “não apto”.

⁹⁴ FRIGNETE, H. **O transexualismo**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002, p. 19.

⁹⁵ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 21.

3.2

Pretensão diagnóstica e etiológica da transexualidade em uma abordagem terapêutica

Para rotular a transexualidade como doença analisam-se os sinais comportamentais, os pensamentos e os sentimentos das pessoas que insistem ser do sexo oposto num desconforto persistente com o próprio sexo. Procuram-se evidências de sofrimentos clinicamente significativos ou inapetência social ou ocupacional desta pessoa.

As preocupantes teorias – nunca comprovadas – lastreadas em fundamentos biológicos – anomalia biológica ou alterações genéticas – por exemplo, de serem os fatores neuronais os causadores do transexualismo, não são aceitáveis, como também não há que se procurar uma etiologia para o transexual.

Porém, urge encontrar uma patologia para o normal transexual. Do contrário, a medicina não se contenta. A sociedade abruma, eis que, por rejeitar o próprio sexo, por não admitir uma dicotomia fechada entre homem/mulher, essa pessoa já é taxada pelo consciente coletivo de anormal. Resta apenas enquadrá-la, encontrar um CID para essa pessoa doente.

Chegou-se a pensar, absurdamente, que a ciência nos abasteceria de respostas genéticas e/ou desenvolvimentistas para essa *patologia* corrigindo o “defeito”. “Em outras palavras, prevenindo ou intervindo antes que o desenvolvimento defeituoso se dê no feto ou na criança”, conforme destaca Ramsey⁹⁶, apontando que dentre esses pesquisadores encontrava-se o próprio John Money, estudioso do transexualismo.

Havia outra frente de pesquisa também na insistência de comprovar que o transexual não poderia ficar sem o “ismo”. A base dessa corrente de estudos eram as alterações hormonais, especificamente, o controle que os hormônios, masculino e feminino, desempenham sob a diferenciação cerebral entre os humanos.

Entretanto, tais pesquisas nunca chegaram a resultados conclusivos, conforme apontou Saadeh⁹⁷ e também Kaplan⁹⁸. Esse último afirmando: “embora os entendidos no assunto considerem o transexualismo resultado de fatores

⁹⁶ RAMSEY, G. **Transexuais** – Perguntas e respostas. São Paulo: Summus, 1998, p. 154.

⁹⁷ SAADEH, A. **Transtorno da identidade sexual** – um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino. São Paulo: Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo: 2004. Tese de doutorado em Psiquiatria, p. 50-51, 55.

⁹⁸ KAPLAN, H. I.; SASOCH, B. J. **Compêndio de psiquiatria dinâmica**. 3ª ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1984, p. 480.

genéticos, hormonais ou de sistema nervoso central, nenhuma dessas evidências foi encontrada nos seres humanos”.

A Psicologia e a Psicanálise também não chegaram ao consenso no tocante à definição diagnóstica e etiológica do transexualismo e sua terapêutica. Não se sabe até o presente momento se a cirurgia de redesignação sexual realmente é a mais adequada diante da possibilidade de outros métodos, inclusive a de não submissão a tal cirurgia. Dessa forma, as opções disponíveis aos transexuais – cirurgias, tratamento hormonais, e o que mais envolver a compatibilização de sua identidade com seu físico – devem ser encaradas justamente como alternativas e que, prestados os devidos e isentos esclarecimentos, possa o transexual decidir seu destino no pleno exercício de sua autonomia privada.

Rotular a transexualidade como doença é extremamente complicado. Sequer há sintomas precisos. A discordância é apenas no tocante à realidade anatômica e à identidade. Discordam os transexuais da identidade sexual física. Nery⁹⁹ descreve bem a rejeição e a incompreensão para com os transexuais ao dizer que sentia que “não pertencia nem ao grupo majoritário heterossexual e aceito, nem a qualquer grupo minoritário e discriminado. Não me sentia mulher nem homossexual. Ainda desconhecia todas as categorias ‘inventadas’ em meados do século XX”¹⁰⁰.

Na verdade, e para entender o transexual, necessário é admitir que essa pessoa já pertence ao outro sexo, não restando mais dúvida alguma a respeito desse pertencimento. É pelo reconhecimento de sua realidade, independente do sexo apresentado, que vários transexuais se submetem às cirurgias para que o sexo anatomofisiológico seja adequado à identidade sexual. É, por conseguinte, uma forma de adequação da anatomia à identidade, e muitas vezes visando também o reconhecimento pelo outro de modo a evitar discriminações e demais estigmas.

⁹⁹ NERY, João W. **Viagem solitária**: memórias de um transexual 30 anos depois. São Paulo: Leya, 2011. Livro sobre “uma saga do sexo e da vida”. E, segundo o prefaciador desta indispensável obra, Antônio Houaiss, Nery conta a própria história dele, primeiro transexual masculino operado neste país e “anuncia, talvez, um mundo menos solitário para os ‘diferentes’, para aqueles que não se enquadram entre as maiorias...”, p. 17-18.

¹⁰⁰ NERY, João W. **Viagem solitária**: memórias de um transexual 30 anos depois. São Paulo: Leya, 2011, p. 45, ainda esclareceu que: “Sabia que não era aprovado pela maioria. Em que grupo existente me enquadrava? Algo errado havia. Se fosse uma doença, onde e como? Não inspirava pena ou compaixão. E como explicar minha refinada sensibilidade, que me fazia ter uma doída lucidez, a ponto de viver minhas fantasias tão intensamente sem perder o senso de realidade? Por esta incompatibilidade de minha mente com as partes do meu corpo, numa inversão total de imagem, tornei-me, cada vez mais, um ser angustiado. Além de tudo, cômico de que argumento algum poderia me justificar”.

Não é correto partir de diagnósticos preestabelecidos, considerando a transexualidade como disforia de gênero, uma psicose ou uma desordem narcísica. “Tais rótulos, além de patologizar o quadro, empobrecem-no, impedindo que nos voltemos à singularidade de cada sujeito transexual.”¹⁰¹

Incorreto também é designar como transexuais apenas as pessoas que se pretendem ou se submetem aos tratamentos hormonais e à cirurgia de transgenitalização. Tal opção é muito pessoal. Ademais, para alguns, por questões de saúde, há contraindicações médicas para realizar a cirurgia ou o tratamento hormonal.

Vários transexuais buscam apenas a alteração do prenome. O apoio psicológico ou psicanalítico seria para ajudá-los a lidar com o preconceito cotidiano e para aos que estão em dúvida quanto à necessidade de alteração anatômica do corpo, eis que a questão envolvendo a rejeição do sexo apresentado já está superada e seria interdição pretender possível reversão deste quadro.

O teratológico na área médica e psicológica chega ao ponto de estabelecer uma distinção diagnóstica entre transexuais verdadeiros ou primários, e transexuais secundários (ou mentirosos, para contrapor aos verdadeiros). Assim, Ceccarelli¹⁰² afirma que somente os transexuais verdadeiros¹⁰³ poderiam se submeter à cirurgia de redesignação sexual, pois não apresentam distúrbios psíquicos e também não pretendem a transformação corporal com fins mercadológicos, como a prostituição, por exemplo. Nota-se que o paternalismo e a inversão do princípio da boa-fé não se fazem presentes apenas no mundo jurídico. Também outras áreas do conhecimento duvidam sempre da proposta do outro, e pretendem impor um modo de vida diferente do perseguido pela parte diretamente interessada.

É assim que Ceccarelli continua afirmando, na mesma obra e página anteriormente citadas, que a cirurgia de mudança de sexo poderia também ser

¹⁰¹ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 43.

¹⁰² CECCARELLI, P. R. **Transexualismo**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 22.

¹⁰³ Transexual verdadeiro ou primário, psicologicamente falando, é o que sempre teve aversão ao sexo biológico dele, não exercendo funções sociais atribuídas ao sexo possuído e desejante de um corpo sexualmente oposto ao do seu nascimento. Nos transexuais secundários, o desejo ao sexo oposto ao possuído é oscilante ou tardio. Nota-se que a opção do transexual secundário, pela cirurgia de mudança de sexo, é previamente negada. Portanto, há uma prévia exclusão diagnóstica de pertencimento e o transexual somente o é, se nasceu primariamente assim.

pretendida por psicóticos, perversos, travestis e alguns homossexuais, e que deverá ser recusada, eis que pleiteada para o exercício da sexualidade.

Desse modo, os transexuais ficam na dependência de um prévio diagnóstico psicológico, de uma classificação entre falso ou verdadeiro, caso pretendam se submeter à cirurgia de redesignação sexual. O mesmo acontecendo se a pretensão for apenas de mudança de registro, ou seja, o parecer do psicólogo será no sentido de que não seja realizada a modificação no assento do registro civil do pretendente, diante da dúvida se a pessoa é um transexual falso ou verdadeiro, considerando que os estudos realizados no “paciente” não foram conclusivos.

Cossi, encampando as paternalistas colocações de Ceccarelli, entende que a subordinação a tais procedimentos médicos por indivíduos equivocadamente diagnosticados “pode fazer com que futuramente eles venham a se arrepender, desenvolver problemas psíquicos, envolver-se com drogas, álcool ou outras substâncias psicoativas podendo chegar ao suicídio”¹⁰⁴. Desprezou, esse ilustre psicólogo, com formação em psicanálise, que o inverso também poderá levar a tais episódios e que pessoas se envolvem com drogas e álcool por inúmeros outros motivos.

Em hipótese alguma pode-se aderir às colocações de Cossi quando lança a seguinte assertiva: “concordamos com a postura de que se deve realizar um rigoroso diagnóstico para que assim sejam selecionados para se submeter a tais drásticas e irreversíveis intervenções médicas somente aqueles candidatos que possam ser considerados como ‘transexuais verdadeiros’”¹⁰⁵, para, logo em seguida sentenciar, esse ilustre autor, como se o assunto não carecesse de mais debates: “Quanto menos primário for o transexualismo, menos satisfatórios serão os resultados”¹⁰⁶.

Com a finalidade de reconhecer apenas o transexual verdadeiro, Stoller¹⁰⁷ exclui o menino da passagem pelo complexo de Édipo. Segundo esse doutrinador, não há o desejo do menino pela mãe, que sequer é disputada com o pai. Há total desinteresse do menino pela trama edípica, considerando que foi ele capturado

¹⁰⁴ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 44.

¹⁰⁵ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 44.

¹⁰⁶ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 44.

¹⁰⁷ STOLLER, R. J. **A experiência sexual**. Rio de Janeiro: Imago, 1982, p. 37.

pelos aspectos exteriores da feminilidade. Com relação às meninas, o pai não é um objeto sexual e sim um parceiro, diante da manifestação da masculinidade.

Stoller¹⁰⁸ defende que a ausência da passagem edípica dos transexuais tem por consequência “que tais sujeitos parecem ter desenvolvido certa irresponsabilidade frente à Lei e certa aptidão a mentir infantilmente”. Não há, porém, que se falar em psicopatia, logo concerta o autor ora citado, na ausência de gozo na transgressão. Também, continua Stoller, sem convicção: “parecem não desenvolver relacionamentos mais profundos com o outro, mas sim ‘pseudorrelacionamentos’”¹⁰⁹.

Nota-se que o socorro ao complexo de Édipo, como excludente do transexualismo (ou a confirmação do transexual verdadeiro) não é suficiente para desconsideração do transexual secundário. Ao contrário, seria até mesmo afirmação, eis que não teriam eles a tendência à “mentira ou à transgressão” e, assim, se optassem pela cirurgia, tal escolha seria irreversível.

Seja como for, cada ciência defende seu ponto de vista. Tem o seu discurso, a sua verdade, conforme afirmou Foucault. Geralmente não há interlocução entre as ciências. Cada corrente tem a sua ideia na pretensão de que seja a melhor. Entretanto, no momento em que se discute a prevalência da autonomia privada, a intervenção mínima na vida das pessoas, esses juízos de valores são sempre excludentes por desprezarem completamente a ideia de um grupo dissonante dessa normalidade imposta. Não só no direito, mas também em outros saberes o pensamento majoritário não consegue dialogar com o minoritário e entender a especificidade de cada um.

Assim, os transexuais enfrentam o preconceito e a necessidade de rotulação não só por parte do direito, mas por parte da psicologia e da medicina que, por intermédio da psiquiatria, transformou a experiência transexual em patologia. Para tanto e no decurso do século XIX encampados foram inúmeros casos de modificação da identidade sexual, tributados de travestismo ou hermafroditismo.

As cirurgias de reconstruções genitais foram primeiramente realizadas em consequência de queimaduras nas regiões e acidentes nestes órgãos. Posteriormente, cirurgias corretivas e tratamentos com hormônios sexuais foram realizados nos portadores de anomalias sexuais. A extensão da prática dessa

¹⁰⁸ STOLLER, R. J. **A experiência sexual**. Rio de Janeiro: Imago, 1982, p. 110-113.

¹⁰⁹ STOLLER, R. J. **A experiência sexual**. Rio de Janeiro: Imago, 1982, p. 110-113.

técnica nas pessoas transexuais foi meramente questão de tempo, seguindo a mesma lógica da cura.

Frignet¹¹⁰ esclarece que uma intervenção cirúrgica foi realizada por um aluno de Magnus Hirschfeld, Eugen Steinach em 1912. E Castel aduz que “o primeiro caso de transexualismo masculino tratado pela cirurgia, e numa clandestinidade relativa, deu-se em 1921 por Felix Abraham, outro aluno de Hirschfeld, no paciente ‘Rudolf’”¹¹¹. Consta, também, do discurso de Castel, que, em 1923, Hirschfeld retira os testículos e o pênis do pintor Einar Wegener, e que aquele mesmo médico foi o primeiro a utilizar-se do termo transexualismo. “E, em 1949, D. O. Cauldwell publica o artigo ‘Psychopathia transexualis’ usando o termo psicopatia transexual, mais tarde referido como transexualismo.”¹¹²

Chiland¹¹³ afirma, em sequência aos dados acima que, em 1953, Christian Hamburger, George K. Sturup e Erling Dahlversen divulgaram o tratamento que realizaram em George Jorgensen, ex-soldado do exército americano, que modificou o nome para Christine Jorgensen. Tal intervenção, ocorrida na Dinamarca, em 1952, conduzida por Christian Hamburger, assinala o surgimento do fenômeno transexual moderno. Daí para frente, a “Sexologia, a Endocrinologia, a Urologia e a Psiquiatria passaram incisivamente a se interessar, a pesquisar e a se dedicar ao tratamento do transexualismo”¹¹⁴.

Frignet¹¹⁵ esclarece que o caso Jorgensen, de repercussão mundial, gerou a propagação instantânea das demandas por esse tipo de intervenção e foi modelo à terapêutica de transformação da aparência sexual, associada ao tratamento endocrinológico com o escopo de diminuir, o quanto possível, o valor dos caracteres sexuais secundários do sexo renunciado e sobressaltar a expressão do sexo almejado.

Roudinesco assegura que o caso Jorgensen teve continuidade, em 1954, por Harry Benjamin, endocrinologista alemão interessado no transexualismo, realizando a vaginoplastia no paciente. Esse profissional da medicina, em 1953,

¹¹⁰ FRIGNET, H. **O transexualismo**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002, p. 25.

¹¹¹ CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do fenômeno transexual (1910-1995). **Revista Brasileira de História**, vol. 21, n. 41. São Paulo: 2001, p. 25.

¹¹² COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo**. São Paulo: nVersos, 2011, p. 33.

¹¹³ CHILAND, C. **O transexualismo**. São Paulo: Loyola, 2008, p. 11-12.

¹¹⁴ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo**. São Paulo: nVersos, 2011, p. 94.

¹¹⁵ FRIGNET, H. **O transexualismo**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002, p. 23-27.

foi quem introduziu o termo transexualismo “para designar um distúrbio puramente psíquico da identidade sexual, caracterizando pela convicção inabalável que tem um sujeito de pertencer ao sexo oposto”¹¹⁶. A partir do caso Jorgensen, o transexualismo foi içado à categoria de fenômeno social, principalmente diante da repercussão que o caso teve e sua veiculação nos meios de comunicação, conforme ressaltou Frignet¹¹⁷ e diante da perspectiva de, a partir de então, cada pessoa poder “eleger” o sexo que pretendesse.

Os estudos sobre as anomalias sexuais continuaram, segundo clareia Roudinesco¹¹⁸, principalmente diante do progresso da biomedicina, que começou, a partir de 1956, a distinguir o hermafroditismo, tido como acidente das gônadas, do travestismo, entendido como disfarce que poderá conduzir a um fetichismo, e as “anomalias” genéticas, dando outra consideração ao transexualismo, que não era, por conseguinte, desejo de se travestir e também não seria uma anomalia anatômica.

Porém, Benjamin afirmava que somente a hormonocirurgia produziria de fato os efeitos terapêuticos necessários à eliminação do sofrimento do transexual. Combatia, por conseguinte, esse endocrinologista alemão, a Psicanálise que, segundo ele, despreza a influência da biologia nesses estudos. Para esse médico, o bem-estar dos homens adviria da endocrinologia, que responderia, a contento, às exigências de uma juventude prolongada e sem o declínio da sexualidade, conforme destacou Frignet¹¹⁹.

Nesse contexto, foi Harry Benjamin o descobridor da “síndrome transexualismo”, rotulando-a, indicando o tratamento e aprofundando nos estudos e correção desta “patologia”. Seus estudos tiveram reflexos na medicina dos Estados Unidos, que incorporou o pensamento desse endocrinologista. “Nesse sentido, pode-se dizer que não havia transexualismo – pelo menos não como tal quadro passou a ser caracterizado após certo tempo – até que Benjamin o ‘inventasse’”¹²⁰.

¹¹⁶ ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. **Dicionário de psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1978, p. 765.

¹¹⁷ FRIGNET, H. **O transexualismo**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002, p. 26-27.

¹¹⁸ ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. **Dicionário de psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1978, p. 765.

¹¹⁹ FRIGNET, H. **O transexualismo**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002, p. 30.

¹²⁰ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo**. São Paulo: nVersos, 2011, p. 92.

O transexualismo como fenômeno moderno foi apropriado pela Medicina ao descobrir “sua origem nas possibilidades abertas, a partir do início do século XX, pelo progresso dos conhecimentos endocrinológicos no âmbito do sexual e das técnicas de tratamentos hormonais”¹²¹. Nesse contexto, algumas décadas depois, em 1980, o *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM), da *American Psychiatric Association* adota o termo disforia de gênero, entendido como “o estado psicológico por meio do qual uma pessoa demonstra insatisfação com seu sexo congênito e com o papel sexual, tal como é socialmente definido, consignado para este sexo, e que requer um processo de redesignação sexual cirúrgico e hormonal”¹²².

Roudinesco¹²³ ressalta ainda o psiquiatra e psicanalista americano Robert J. Stoller¹²⁴ reconhecido como um dos maiores especialistas nessa área, e também como teórico responsável pela compreensão na discussão psicanalítica da noção de gênero (*gender*). Stoller, em Los Angeles, fundou a *Gender Identity Research Clinic* apresentando inovações bastante contestadas acerca das formas modernas da sexualidade humana, restaurando as dúvidas freudianas sobre a identidade sexual, diferença sexual e a sexualidade em geral.

Nesse contexto, o transexualismo, no DSM-V (“Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais” – 4ª edição), é considerado como “Transtornos de identidade de gênero”, sigla F.64.0, CID-10 (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde), da Organização Mundial da Saúde (OMS).

De uma leitura do DSM-IV, verifica-se que são estabelecidos critérios para se concluir se uma pessoa é ou não transexual. Não há diagnóstico específico para o “transtorno de identidade de gênero”. Assim e diante do exame físico, de resultado normal, “a equipe multidisciplinar deverá considerar exclusivamente a história clínica, a evolução e a análise dos testes de personalidade”¹²⁵. Procura-se uma patologia para o transexual, rotulando-o como anormal e insistindo em que

¹²¹ FRIGNET, H. **O transexualismo**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002, p. 35.

¹²² RAMSEY, G. **Transexuais** – Perguntas e respostas. São Paulo: Summus, 1998, p. 176.

¹²³ ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. **Dicionário de psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1978, p. 730-731.

¹²⁴ Robert J. Stoller interessou-se, primeiramente, pelo estudo do psiquismo das crianças portadoras de anomalias sexuais congênitas. Posteriormente, dedicou-se à patologia descrita, por Henry Benjamin, como transexualismo.

¹²⁵ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 37.

existe, nesses casos, um transtorno mental, carecendo de cura. Porém, sequer há consenso em relação ao diagnóstico.

3.2.1

Redesignação sexual pelo tratamento hormonocirúrgico: uma opção

Necessário primeiro discutir a pertinência do tratamento hormonocirúrgico, o que será aqui realizado a partir da teoria stolleriana e da Psicanálise, e levando em consideração as colocações de Cossi.

A administração de hormônios nos transexuais tem por finalidade reduzir os caracteres sexuais. Nos homens ocorre a feminilização, os pelos são retirados pela eletrólise e com a administração de hormônios há o desenvolvimento dos seios, a diminuição da musculatura e a involução dos testículos e do pênis. As mulheres, por sua vez, são masculinizadas com acréscimo de massa corporal e gordura, de musculatura e redução dos seios. O tom de voz se torna grave, a pilosidade típica masculina surge.

Com a cirurgia nos homens há a supressão do pênis e dos testículos e a feitura da neovagina com a preservação da pele do escroto e do pênis, que serão utilizadas na construção do novo órgão. Nas mulheres há a remoção dos seios, a realização da histerectomia, bem como a feitura de um pênis mediante enxertos de pele, porém inapto à condução de urina e de produzir estímulos sexuais¹²⁶.

No Brasil, face à omissão do Poder Legislativo e a condenação do Poder Judiciário dos profissionais que realizavam a cirurgia de transgenitalização, o Conselho Federal de Medicina (CRM) emitiu a Resolução nº 1.482/97 regulamentando a cirurgia e os procedimentos acessórios.

A referida resolução inicialmente previa que tais procedimentos somente poderiam ser perpetrados em hospitais universitários ou públicos. Nesse contexto,

¹²⁶ Aproximadamente 1 em cada 30.000 homens adultos e 1 em cada 100.000 mulheres adultas buscam a cirurgia de redesignação de sexo, conforme estatística de pequenos países da Europa. Na verdade, tal estatística demonstra, como acontece no Brasil, que os homens se submetem mais à cirurgia. Ramsey aponta esta discrepância estatística entre o número de transexuais masculinos diante do grau de dificuldade do processo cirúrgico em homens e mulheres e na qualidade do resultado final (**Transexuais** – Perguntas e respostas. São Paulo: Summus, 1998). Cossi pontua: “Do ponto de vista técnico, a cirurgia de redesignação sexual no homem e a criação de uma neovagina é menos complexa do que a cirurgia correspondente em uma mulher e do que a criação de um neofalo, além do fato de tal procedimento médico no homem apresentar melhores resultados estética e funcionalmente” (**Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 55).

a primeira cirurgia de mudança de sexo no Brasil foi realizada em janeiro de 1999, no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

A Resolução nº 1.482/97 foi revogada pela de nº 1.652/02. A nova regulamentação previa que a cirurgia de transgenitalização para a modificação do sexo feminino para o masculino, somente poderia ser feita em hospital público ou universitário com atividades de pesquisa. Contudo, em seu art. 6º, dispunha que, quando se tratasse de troca do sexo masculino para o feminino, a operação pode ser feita tanto em hospital privado quanto em hospital público, independentemente de possuírem atividade de pesquisa.

Em 2008, o Ministério da Saúde publicou a portaria nº 1.707 que instituiu o Processo Transexualizador, mediante a observância das condições estabelecidas na Resolução nº 1.652/02 do Conselho Federal de Medicina. Os objetivos das ações do Processo Transexualizador no âmbito do SUS consistem basicamente na atenção integral ao transexual, não se restringindo a meta terapêutica apenas ao procedimento da cirurgia de transgenitalização e demais intervenções somáticas; um atendimento livre de discriminação mediante a sensibilização dos funcionários e usuários do estabelecimento de saúde como forma de respeito às diferenças e à dignidade da pessoa humana; o incentivo, coordenação e execução de projetos que pretendam o estudo de eficácia, efetividade, qualidade e custo/benefício do Processo Transexualizador; e a capacitação e educação das equipes de saúde.

Logo depois da publicação dessa resolução, a Secretaria de Atenção à Saúde publicou a Portaria nº 457, devido ao que dizia o art. 3º da Portaria nº 1.707/08¹²⁷. Com referência na Resolução do Conselho Federal de Medicina, a Portaria nº 457 estipula as providências necessárias à estruturação e implantação do Processo Transexualizador no SUS.

Em 2010 o Conselho Federal de Medicina emitiu a Resolução nº 1.955/2010 revogando a de 2002. A partir de então, a exigência das cirurgias do feminino para o masculino serem realizadas somente em hospitais universitários ou públicos adequados para pesquisa deixou de existir.

¹²⁷ Art. 3º – Determinar à Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde – SAS/MS que, isoladamente ou em conjunto com outras áreas e agências vinculadas ao Ministério da Saúde, adote as providências necessárias à plena estruturação e implantação do Processo Transexualizador no SUS, definindo os critérios mínimos para o funcionamento, o monitoramento e a avaliação dos serviços.

Não existem critérios universalmente aceitos para a autorização da cirurgia de redesignação sexual. No entanto, noticia Cossi¹²⁸, que é a *World Professional Association for Transgender Health – WPATH*, antes chamada de *Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association*, a instituição referência no que diz respeito aos procedimentos a serem adotados quanto à terapêutica anunciada aos transexuais.

Assim, tanto a redesignação hormonal quanto a cirúrgica só podem acontecer por escolha e a pedido do interessado. Porém, após tal requerimento, o interessado está nas mãos do médico, psicólogo ou psiquiatra e do ritual extremamente longo e burocrático. Cossi¹²⁹ aponta que no ambulatório de Endocrinologia do Hospital das Clínicas da FUMUSP, o pretendente à cirurgia de redesignação de sexo tem que ser persistente, eis que, primeiramente, terá que passar por uma triagem, diante de um médico especialista. Após, deverá ser encaminhado ao psicólogo, que apresentará avaliação lastreada em entrevistas livres e em uma bateria de testes, de um subjetivismo escancarado (HTP, Szond, Rorschach, desenhos livres, desenho da família etc.).

Confirmado pelo psicólogo o diagnóstico de transexualismo, o pretendente à cirurgia de redesignação sexual é encaminhado à Psiquiatria, e um novo diagnóstico é feito por dois especialistas. Ultrapassada a fase de diagnóstico, a pessoa passa por um acompanhamento psicológico obrigatório (individualmente e em grupo), por no mínimo dois anos e, ao final, a equipe multiprofissional indicará discricionariamente se é o caso de conduta hormonal ou cirúrgica.

Através de todo o estafante percurso acima, há a pretensão de avaliar os níveis de masculinidade e de feminilidade dos candidatos para posterior tratamento hormonocirúrgico. Também há o “teste de vida real”, por meio do qual o pretendente à redesignação sexual viverá em tempo integral como se já fosse o sexo pretendido pelo período de observação, que é de 02 (dois) anos.

O tratamento poderá ter implicações imprevisíveis diante da transformação em um outro corpo, que carecerá constantemente de hormônios do sexo querido e de presumíveis novas cirurgias corretivas. A cirurgia é considerada drástica, com intervenções definitivas no organismo, competindo ao médico esclarecer ao

¹²⁸ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 57.

¹²⁹ COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra**: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo. São Paulo: nVersos, 2011, p. 57.

paciente os efeitos dessa cirurgia para que tenha total ciência de todas as consequências do procedimento.

Incabível é a pretensão da Resolução do Conselho Federal de Medicina de proibir a pessoa de realizar a intervenção desejada quando o médico entender que ela não está apta para tanto. Todo o processo já é absurdo o bastante. Deixá-la à mercê da decisão de outro indivíduo sobre a sua capacidade de livre escolha quando ela tem capacidade civil plena é algo não só indigno, mas que fere a Constituição e os princípios de proteção da personalidade, a individualidade e a dignidade.

A título exemplificativo, Nery¹³⁰, o primeiro transexual masculino a se submeter à cirurgia de redesignação sexual, explica como se sentiu após a realização do procedimento

Um ano havia transcorrido após o término das cirurgias. Finalmente eu era um homem! Um homem de carne e osso, e não somente na imaginação (...). Agora meu corpo se moldava expressivamente à minha essência. Deixa-a transparecer numa expansividade natural e vigorosa, até mesmo nos gestos mais tímidos de outrora (...). O tão esperado bigode resplandecia no rosto, conferindo maturidade à aparência (...). Às vezes, eu parava de capinar e ficava me maravilhando com o fato de estar sem camisa ao sol; poder chegar até o portão ou falar com os vizinhos por cima do muro, sem ter nada para esconder. As cicatrizes se tornaram insignificantes como motivo de constrangimento. Além do mais, os cabelos do peito começavam a cobrir parte delas. Eu largava o cabo da enxada, abria os braços, respirava fundo e alisava o peito, tão reto e lisinho... Inacreditável!!! (...). O espelho voltava a ser o meu grande companheiro. Mas, agora, ao me deslumbrar, sentia-me mais forte e íntegro. Não procurava propriamente a beleza, mas a coerência, e isso eu encontrava cada vez mais.

Assim, face à importância da Resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina no ordenamento jurídico brasileiro, à omissão legislativa a respeito da “cirurgia de transgenitalização” e ao disposto no artigo 13 do Código Civil, o tópico adiante trata da natureza jurídica da aludida resolução.

3.3

A regulamentação da cirurgia de transgenitalização e a natureza jurídica dos conselhos profissionais

Os conselhos profissionais são considerados autarquias no Brasil. São órgãos da Administração indireta, possuindo competência normativa para editar resolução atinente às respectivas profissões. Assim, para certificar se está havendo

¹³⁰ NERY, João W. **Erro de pessoa: Joana ou João?** Rio de Janeiro: Record, 1984, p. 234-238.

invasão de competência e, por conseguinte, invalidade de determinada resolução por ir além do permitido, necessário é analisar os limites dessa produção legislativa.

Certo é que as autarquias não são autônomas. Entretanto, como entidades da Administração têm o exercício do poder normativo, desde que não confrontantes com a lei e que não imponham obrigações, proibições ou sanções que devem ser previstas exclusivamente em legislação advinda do Congresso Nacional.

O Conselho Federal de Medicina enquanto autarquia exerce seu poder normativo ao regulamentar diversas temáticas da área médica não acobertadas por legislação própria, e tem por escopo encampar postulado constitucional, que considera a saúde como direito fundamental, conforme consta dos artigos 196 a 200 da Constituição Republicana de 1988.

Lembra-se que o Conselho Federal de Medicina, por sua natureza, compõe a Administração Pública indireta e, por conseguinte, está submetido aos princípios previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição da República, e também pode expedir atos normativos, válidos e vinculantes, a todo e qualquer médico, no exercício de sua profissão, bem como aos usuários deste serviço público.

Nesse sentido ensina Ronaldo Pinheiro de Queiroz¹³¹ que:

As atividades do CFM são típicas da Administração Pública. Os conselhos são órgãos delegados do Estado para o exercício da regulamentação e fiscalização das profissões liberais. A delegação é federal tendo em vista que, segundo a Constituição da República, a teor do art. 21, XXIV, compete à União Federal organizar, manter e executar a inspeção do trabalho, atividade típica de Estado que foi objeto de descentralização administrativa, colocando-a no âmbito da Administração Indireta, a ser executada por autarquia, pessoa jurídica de direito público criada para esse fim.

Justifica ainda Queiroz, antes citado, a natureza jurídica de direito público do Conselho Federal de Medicina, em razão da arrecadação tributária própria:

Além disso, os conselhos de fiscalização são detentores de autonomia administrativa e financeira, característica essencial de uma autarquia, cujo patrimônio, próprio deles, é constituído pela arrecadação de contribuições sociais de interesse das categorias sociais, também chamadas de contribuições parafiscais, tendo nítido caráter tributário. Nesse ensejo, cabe enfatizar que, já que as contribuições possuem natureza tributária, segundo o art. 119 do Código Tributário

¹³¹ QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A natureza jurídica dos conselhos fiscais de profissões regulamentadas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1211, 25 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9082>>. Acesso em: 20 abr. 2010.

Nacional, 'sujeito ativo titular da obrigação é a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento'.

Confirma ser o Conselho Federal de Medicina uma autarquia, Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹³² ao doutrinar que “o Estado pode instituir pessoa jurídica constituída por sujeitos unidos (ainda que compulsoriamente) para a consecução de um fim de interesse público”.

O Supremo Tribunal Federal, estacando qualquer dúvida a respeito da natureza jurídica do Conselho Federal de Medicina, deixou expresso que aquele Conselho é uma autarquia federal e, por conseguinte, pessoa jurídica de direito público, submetida à fiscalização do Tribunal de Contas, conforme jurisprudência abaixo transcrita:

DEFINIDO POR LEI COMO AUTARQUIA FEDERAL, O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA ESTÁ SUJEITO A PRESTAR CONTAS AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. (MS 10272, Relator(a): Min. VICTOR NUNES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 08/05/1963, *DJ* 11-07-1963 PP-00053 EMENT VOL-00544-01 PP-00052 RTJ VOL-00029-01 PP-00124).¹³³

EMENTA: Mandado de segurança. – Os Conselhos Regionais de Medicina, como sucede com o Conselho Federal, são autarquias federais sujeitas à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União por força do disposto no inciso II do artigo 71 da atual Constituição. - Improcedência das alegações de ilegalidade quanto à imposição, pelo TCU, de multa e de afastamento temporário do exercício da Presidência ao Presidente do Conselho Regional de Medicina em causa. Mandado de segurança indeferido. (MS 22643, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/1998, *DJ* 04-12-1998 PP-00013 EMENT VOL-01934-01 PP-00106).

Assim, pode-se concluir que o Conselho Federal de Medicina é uma autarquia federal criada a partir do Decreto-Lei nº 7.955/45, revogado pela Lei nº 3.268/57, e regulamentado pelo Decreto nº 4.045/58, com a finalidade, em consonância com o artigo 2º da Lei nº 3.268, “de supervisionar o exercício da profissão médica em todo o país, bem como julgar faltas no decorrer da atividade profissional e pelo seu bom conceito, atinentes à ética médica”.

¹³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 433.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 10272**. Relator: Min. Victor Nunes, Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 08/05/1963. Data da publicação em 11/07/1963. <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=83833>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

Através de Resoluções e diante da inércia do legislador, o Conselho Federal de Medicina acaba por diminuir a mora do Estado com relação aos direitos garantidos constitucionalmente e ainda não efetivados.

O Congresso não é tão ágil e/ou não se interessa por alguns temas. Entretanto, a transexualidade não deixa de existir por causa da má vontade do Congresso, e é necessária uma regulamentação. Não fosse o poder normativo do Conselho Federal de Medicina, médico e paciente poderiam ainda responder criminalmente pela realização da cirurgia de transgenitalização. Ademais, cada médico passaria a atuar diante do caso concreto à sua maneira, e, por conseguinte, diversos procedimentos surgiriam, encarecendo os custos, ensejando diversidades de tratamento e podendo até mesmo colocar em risco a saúde da pessoa interessada em se submeter à cirurgia de redesignação de sexo.

Assim, é no momento de uniformização de procedimentos que surge o poder normativo do Conselho Federal de Medicina numa atitude em prol da sociedade e da própria classe médica, que trabalhará com mais segurança, com um atendimento melhor. A Resolução nº 1.482/97 e suas sucessoras, expedidas pelo Conselho Federal de Medicina, evitaram que vários médicos fossem processados pelo crime de lesão corporal, caso realizassem a cirurgia de redesignação sexual, como chegou a acontecer antes das resoluções.

Nesse contexto, as Resoluções do Conselho Federal de Medicina em análise – com a ressalva da desnecessidade de patologização do transexual – vieram em boa hora e não ferem o princípio da liberdade, uma vez que trabalham sobre o vazio legislativo, não extrapolando ou indo além das determinações legais existentes em prol da população.

Sobre o consentimento nas cirurgias de redesignação de sexo – exigência das Resoluções permissivas da cirurgia de transgenitalização – tal proposta ética é exigência do atual direito e, a respeito, doutrina Konder¹³⁴ que,

A começar pela forma, o consentimento no biodireito reveste-se de uma quantidade de peculiaridades de tal monta que é denominado distintamente ‘consentimento livre e esclarecido’. Também chamado de: ‘consentimento informado’ ou ‘consentimento pós-informação’, é um instrumento do biodireito que teve grande evolução em sua trajetória. Nasceu do Código de Nuremberg como a afirmação da necessidade de consentimento para pesquisa com seres humanos, em reação às

¹³⁴ KONDER, Carlos Nelson. O Consentimento no Biodireito: Os casos de transexuais e dos wannabes. In: **Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 15, julho/setembro 2003. Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 62.

experiências nazistas, generalizando-se por toda a prática médico-científica, sendo requisitado hoje para qualquer intervenção médica invasiva ou extraordinária.

Desse modo, as normas emanadas do Conselho Federal de Medicina vêm ao encontro dos anseios e das necessidades da própria sociedade civil mais rapidamente do que se fosse editada pelo próprio legislativo, e podem ser consideradas até mesmo como uma provocação salutar do Congresso Nacional, que até então não atinou para a questão. O debate, a partir das Resoluções expedidas pelo Conselho Federal de Medicina, foi apenas iniciado. Não está pronto e acabado.

É certo que essas normas não têm caráter meramente administrativo, pois não são destinadas apenas aos aspectos de organização e do funcionamento da Autarquia. Trata-se na verdade de proposições prescritivas direcionadas também aos usuários do serviço público de saúde. São leis no sentido material.

Fundamental destacar que não há contradição nessa proposta com o que já foi dito sobre a insistência equivocada de normatizar tudo na vida do indivíduo. A normatização aqui pretendida é para melhorar a vida das pessoas e vem ao encontro de um comportamento já existente, e até então marginalizado. É uma opção e não uma obrigação, e foi através dessa normatização que houve a inclusão dos transexuais no Sistema Único de Saúde.

Por outro lado, há entendimento no sentido de que no Estado Democrático de Direito as normas devem advir das Casas Legislativas, por serem essas legítimas representantes do povo. Assim, surge a preocupação de definir qual a natureza jurídica das Resoluções expedidas pelo Conselho Federal de Medicina, principalmente da Resolução 1.955/2010, sucessora da resolução 1.652/2002.

Na verdade, não é correto rotular, de chofre, um documento normativo como inconstitucional considerando apenas a origem desse material jurídico. Vários outros aspectos deverão ser avaliados, principalmente a inércia do próprio Congresso Nacional em legislar sobre assuntos já tratados na Constituição, ainda carentes de regulamentação.

Depois, não consegue o Congresso Nacional legislar de pronto sobre todas as questões. Havendo mora na implementação de direitos fundamentais, ou negativa desses direitos, bem como o surgimento de algo específico no âmbito de cada profissão, e ausência de legislação regulamentadora própria, os Conselhos

Federais podem e devem emitir Resoluções, que são consideradas como leis materialmente falando. Não é preciso nesses casos leis *em sentido estrito*.

O Conselho Federal de Medicina, ao editar Resoluções, age por delegação, eis que o artigo 2º, da Lei nº 3.268, criador do Conselho Federal de Medicina, determina que,

Art. 2º. O conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.

A Resolução nº 1.955/2010 e suas antecessoras limitaram-se a cuidar, especificamente, do exercício da prática terapêutica sem criar limitações administrativas, e sem afrontar a Constituição ou lei infraconstitucional.

Na verdade, acabaram por regulamentar uma prática que já não era incomum, apesar de inexistir instrumento normativo a respeito do assunto, até a edição dessas aludidas e indispensáveis Resoluções, que também contribuíram, sobremaneira, para superação de preconceitos, no tocante aos transexuais, cooperando, por conseguinte, para trazer à baila o debate desse tema que estava adormecido no seio de pessoas que insistiam em desconsiderar a Constituição Federal como norma de inclusão.

Portanto, respeitado foi, pelas Resoluções em análise, o princípio da legalidade, ditado pelo art. 5º, II, da Constituição Federal, bem como o próprio artigo 5º, da Lei nº 3.268/57, instituidora do próprio Conselho Federal de Medicina. Ditas resoluções são direcionadas à atuação dos médicos, que deverão agir em consonância com a ética e visando o bem-estar de todos, a partir dos ditames constitucionais de uma saúde universal e abrangente.

3.3.1

A intervenção do Conselho Federal de Medicina para descriminalizar

Não obstante a ausência de patologia no caso transexual, necessárias foram as edições das resoluções¹³⁵ do Conselho Federal de Medicina, considerando que, como já explicado anteriormente, a conduta do médico podia ser considerada

¹³⁵ Constou de um dos CONSIDERANDOS da Resolução 1955/2010, “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;”.

como crime de lesão corporal, apesar de visar tão somente o bem-estar do paciente que o procurou.

Demonstrando o equívoco das denúncias contra médicos que realizavam cirurgias de mudança de sexo nos pacientes necessitados, esclarece Elimar Szaniawski¹³⁶:

A atividade médica tem sempre por escopo a conservação da vida e da saúde do indivíduo mediante a cura das moléstias. Por isso, nas atividades médicas curativas, está ausente o dolo na prática de lesões corporais. Outrossim, a terapia cirúrgica, que visa à cura do doente, mesmo que ocorram mutilações, não se enquadra no tipo lesão corporal, descrito nos Códigos Penais.

O equívoco, voltamos a insistir, das resoluções abordadas é tratar o transexual como patológico. “Sério conflito individual” não torna necessariamente a pessoa doente. É por tal razão que o assunto deverá ser discutido com quem o transexual escolher, e não obrigatoriamente com um médico. O psicólogo, por exemplo – assim como grupos de apoio – pode ser o profissional que a pessoa necessita para lidar com o preconceito, para ter o esclarecimento sobre o assunto, e para expor suas preocupações, dores e dúvidas. Não há necessidade de rotular a pessoa como portadora de uma patologia para se autorizar a cirurgia. Ora, a mulher que faz plástica para aumentar os seios não é considerada doente, nem a pessoa que faz procedimento para alterar o formato do nariz. Não é correto entender que os conflitos deságuam sempre em doença. Muitos conflitos são pessoais e envolvem somente a própria pessoa e a imagem que ela gostaria de ter.

A norma é ruim quando interdita, castra ou desconsidera as pessoas em sua individualidade. Ao contrário, quanto liberta, quando vem ao encontro dos anseios dos necessitados, de práticas já em andamento, é sempre bem-vinda e mesmo indispensável, conforme são as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que tratam da cirurgia de redesignação sexual.

Importante ressaltar que apesar de várias das Resoluções expedidas pelo Conselho Federal de Medicina já terem sido questionadas no Judiciário, essas aludidas Resoluções nunca o foram. Não se pode olvidar que as Resoluções citadas estão afinadas com o Estado Democrático de Direito, eis que não restringem projetos individuais de vida daqueles que necessitam da mudança de

¹³⁶ SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual** – Estudo sobre o transexualismo – Aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 276.

sexo, na busca de superação e sepultamento de transtornos que poderia carregar por toda uma vida de infelicidade.

Sobre a normatividade infraconstitucional, doutrina Konder¹³⁷ que:

Em especial, a normativa infraconstitucional civilística – no mais das vezes petrificada em um tempo pré-industrial e patrimonialista e examinada por uma doutrina reacionária através de olhos envelhecidos – deve ser revista à luz da tábua principiológica consagrada na Constituição de 1988. Ignorar isto e, ao contrário, interpretar os princípios constitucionais à luz da legislação codificada significa violar o princípio da democracia, porque enquanto o Código Civil foi redigido por uma elite de jurista à luz dos valores da classe dirigente, o texto constitucional é de autoria da soberana assembleia constituinte.

Com certeza, as resoluções em comento souberam abarcar as lições acima, ao considerar em seus bojos os princípios constitucionais e normatizar fato que carecia de urgente regulamentação, face às surradas interpretações de ser a cirurgia de transgenitalização crime de lesão corporal e mutilação.

Antes dessas resoluções, fácil era notar as angústias de um médico diante da necessidade do paciente e da possibilidade de ser processado por crime de lesão corporal. Assim, é a atual Resolução nº 1.955/2010 norma que prevalecerá, enquanto o assunto não for devidamente analisado no Congresso Nacional. Ademais, quando o tema for finalmente abordado pelo Legislativo, também deverá a Resolução atual ser analisada como ponto de partida, sob pena de escancarado retrocesso, e aí sim há possibilidade da legislação ser declarada inconstitucional, com o prevalecimento da Resolução vigente, que veio dar efetividade ao texto constitucional.

A Constitucionalidade e a legalidade da Resolução nº 1.955/2010, e de suas antecessoras, como norma – como lei no sentido material – advém do fato de ser o Conselho Federal de Medicina uma autarquia federal que tem por escopo a regulamentação de atos e procedimentos médicos, atribuindo-lhe legitimidade na ausência de lei a respeito do assunto.

Portanto, essas resoluções que permitem, sem intervenção do judiciário¹³⁸, a cirurgia de transgenitalização são válidas como normas jurídicas permissivas, eis

¹³⁷ KONDER, Carlos Nelson. O Consentimento no Biodireito: Os casos de transexuais e dos wannabes. In: **Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 15, julho/setembro 2003. Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 52.

¹³⁸ Antes da Resolução 1.652/02 entendia-se que até mesmo para se submeter à cirurgia de redesignação do sexo, necessário era a autorização judicial para tanto. Tal fato foi superado. Entretanto, feita a cirurgia, a pessoa deverá socorrer-se do judiciário, para mudança de nome e sexo, o que parece ser até mesmo contraditório.

que são congruentes com os dispositivos da Constituição, “tanto no que se refere o seu processo de promulgação como no que diz respeito ao seu conteúdo”¹³⁹.

Lado outro e como esclarece Nino¹⁴⁰, forte nas lições de John Austin¹⁴¹, “algumas vezes, o soberano legisla de forma direta e outras, por intermédio de um legislador delegado, ou seja, de um indivíduo a quem o soberano confere competência para legislar”.

¹³⁹ GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução: Claudia Berliner. 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 132.

¹⁴⁰ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 139.

¹⁴¹ Segundo Nino, na mesma página da obra antes citada, “O critério de pertinência a um sistema, na teoria de Austin, pode, portanto, ser formulado assim: ‘uma norma pertence ao sistema originado em um soberano quando foi estabelecida diretamente por ele ou por um legislador cuja competência deriva de outras normas estabelecidas pelo soberano’”.

4

A transexualidade e o direito à alteração do registro do nome e sexo e a discriminação por sexo/gênero em casos paradigmáticos no Brasil

4.1

Análise detalhada do caso da transexual Bruna

O presente item analisará os detalhes do julgamento do caso Bruna que iniciou em 2001 no Poder Judiciário de Minas Gerais e se encerrou em 2010, após a decisão do Superior Tribunal de Justiça, e com o falecimento de Bruna. Primeiro brevemente será exposta a luta de Bruna antes de ingressar com seu direito de ação, para então serem explicadas as fundamentações apresentadas por ela, pelo Procurador-Geral de Justiça de Minas Gerais, e pelos órgãos do Poder Judiciário quanto à viabilidade ou não de alteração de prenome e sexo no registro civil de um transexual. Tal caso foi escolhido por ter sido o autor do presente trabalho o julgador de primeira instância da causa, conhecendo assim os detalhes dessa, e porque as posições a favor e contrárias à alteração de prenome e sexo de um transexual estão bem ilustradas, o que facilitará a compreensão do próximo capítulo que fará um levantamento de posições judiciais contrárias e a favor de tal pretensão. Passa-se, assim, a narração do caso Bruna.

4.1.1

Os fatos do caso Bruna

Primeiramente é preciso destacar que a aparência física é o critério utilizado para designar o sexo de uma pessoa e para dar-lhe um nome conforme os costumes sociais. Por tal motivo, ao nascer com órgãos genitais característicos da masculinidade, Bruna foi registrada como pertencente ao sexo masculino, e com o prenome Romar. Não obstante, apesar do nome dado a ela, de sua aparência, e do que é considerado masculino e feminino pelo senso comum, Romar/Bruna desde criança apresentou comportamentos destoantes do esperado de um menino da sua idade, o que levou, aos 10 anos de idade, ao diagnóstico de transexualismo¹⁴².

¹⁴² Note-se que à época do seu caso a transexualidade não era entendida ainda como um modo de ser, mas como uma enfermidade, por isso fala-se em diagnóstico de transexualismo, e não em reconhecimento de sua transexualidade.

A partir de então, Romar/Bruna passou a utilizar o pseudônimo Bruna nas suas relações, e a vestir-se e se comportar como mulher, vivendo assim por décadas. Não obstante tais mudanças, Bruna sentia que não estava tudo resolvido. Ela viveu maritalmente por dez anos com um indivíduo do sexo masculino, nunca tendo usado seu órgão sexual em suas relações. Ela se sentia perturbada pela aparência de seus órgãos genitais, o que a fez enfrentar grande sofrimento e acabou levando-a à depressão.

Ao tomar conhecimento da Resolução nº 1.482 de 1997 do Conselho Federal de Medicina, aos 32 anos de idade, Bruna decidiu se submeter a tratamento interdisciplinar em hospital universitário por 4 anos para realizar a cirurgia de transgenitalização. Aos 36 anos, portanto, Bruna vivia como mulher há 26 anos, usava seu pseudônimo pelo mesmo tempo, e tinha conseguido se submeter à cirurgia para alterar a aparência de seus genitais. Porém, havia mais uma situação que precisava ser modificada para Bruna.

Apesar de aparentemente ser mulher e de se considerar mulher, Bruna enfrentava o fato de em seu registro ainda constar o nome de homem que lhe havia sido dado no nascimento e seu sexo como masculino. Tal fato causava constrangimento, humilhação e dor quando ela precisava realizar os atos mais básicos da vida civil em que é necessário a apresentação de documento de identidade, como a abertura de conta bancária, viagens de avião ou a apresentação da carteira de trabalho, dentre outros.

Diante de tal situação e devido à ausência de regulamentação que lhe permitisse alterá-los de modo mais simples, menos burocrático e mais ágil, Bruna resolveu buscar a solução de seu problema no Poder Judiciário. Na primeira instância, na Vara de Família, Bruna teve seu pedido julgado procedente, sendo determinada, assim, a alteração de seu nome e sexo no registro. Face à sentença, no entanto, o Ministério Público resolveu recorrer da decisão, e na segunda instância reverteu a sentença, deixando Bruna sem ter como alterar seus dados.

Bruna viu seus direitos cerceados com o julgamento do recurso de apelação e interpôs embargos infringentes, mas sem sucesso novamente, apesar dos esforços hercúleos envidados pela advogada dela, Juliana Gontijo. Assim, em busca de seus direitos Bruna, através ainda dessa aludida advogada, interpôs recurso especial e recurso extraordinário. No recurso especial, Bruna finalmente, após 8 anos de luta,

conseguiu a autorização judicial para a alteração de seu prenome e sexo, sendo necessária, não obstante, a averbação à margem de seu registro de que as alterações ocorreram por decisão judicial.

Bruna obteve sucesso em sua pretensão, mas sofreu a vida toda, e quando venceu a longa batalha por sua dignidade, não pôde vivenciá-la. Ela faleceu logo após a decisão do Superior Tribunal de Justiça, e não teve seus dados alterados, uma vez que se tratava de direito personalíssimo, e que a modificação poderia causar dificuldades e prejuízos nos autos de seu inventário.

Bruna não teve a oportunidade de viver como quem era nem no último ato de sua vida civil, o registro de óbito.

4.1.2

A fundamentação jurídica apresentada por Bruna para a alteração de seus dados registraís

Ao buscar o Poder Judiciário, Bruna realizou dois pedidos: alteração de nome e alteração de sexo no registro civil. Seus argumentos serão divididos por temas para facilitar que o leitor faça a correspondência entre cada um deles na pretensão de Bruna, nas fundamentações do Poder Judiciário e na posição do Procurador-Geral de Justiça de Minas Gerais.

Transexualidade como doença: na fundamentação do pedido de alteração do sexo, Bruna explicou sua situação a partir do Código Internacional de Doenças nº 10 de 1992. Este define a transexualidade como um transtorno da conduta sexual definido como o desejo de viver como pertencente ao sexo oposto, comumente apresentando desconforto com sua anatomia, junto com o desejo de modificá-la por meio de tratamentos hormonais e cirúrgicos para adaptar sua aparência ao sexo escolhido.

Tratamento psicoterápico: Bruna explicou que foi diagnosticada aos 10 anos, que fez uso de hormônios femininos facilitando a cirurgia de transgenitalização, e que buscou, desde o momento em que tomou conhecimento da Resolução nº 1.482 de 1997 do Conselho Federal de Medicina, a cirurgia. O tratamento foi feito em São Paulo, no Hospital Universitário de Jundiaí, onde a autora se submeteu a tratamento interdisciplinar por 04 anos, ao fim dos quais, considerada preparada física, mental e psicologicamente, foi operada em 2001. E

para comprovar tal fato, foi juntado aos autos o laudo do médico da faculdade de medicina que a acompanhou durante o processo.

A cirurgia de transgenitalização: foi explicado que não era mutiladora, e sim curativa, e que justamente por isso não exigia autorização judicial. Ademais, não se tratava de tratamento experimental, visto que já acontecia no país há mais de 30 anos e no mundo há mais de 50 anos – a primeira cirurgia realizada no mundo data da década de 1950, e a primeira a ser realizada no Brasil data de 1972, no Rio de Janeiro.

Definição de sexo: Bruna destacou que o conceito de sexo nem mesmo é definido na legislação pátria, e que o sexo só é mencionado na legislação infraconstitucional na Lei de Registros Públicos ao impor que o sexo informado pelos pais conste do registro civil. Na prática, realiza-se somente o exame da genitália externa para registrar o recém-nascido, pois esse não tem seu desenvolvimento psíquico completo, o que não significa que isso baste para a determinação exata do sexo de uma pessoa, pois a sexualidade é um complexo psicossomático, que exige a conjugação de variados critérios. Assim, apesar de o sexo vir sendo interpretado como o sexo morfológico externo ou como o genético, não significa que o Direito pode fechar os olhos para os outros aspectos do sexo como os somáticos, psicológicos e sociais. A proteção da sexualidade encontra-se no Direito pátrio dentro do direito à identidade pessoal, que engloba o direito à identidade sexual, e dentro da pluralidade de direitos que permitem o livre desenvolvimento da personalidade.

Prenome que expõe a pessoa ao ridículo e discriminação: Bruna explicou que desde o diagnóstico e do início dos tratamentos hormonal e psicológico, quando começou a usar seu nome, passou a sofrer discriminações por parte da sociedade, inclusive de sua própria família, tendo chegado ao ponto de recusar-se a estudar por não suportar a humilhação de na chamada o professor chamá-la de Romar ao menos quatro vezes por dia. Diante de tais fatos, Bruna fundamentou seus pedidos em princípios constitucionais que protegem seus valores pessoais, sua felicidade, seu desenvolvimento como pessoa humana, que busca livrá-la de constrangimentos e chacotas e da perturbação causada por esses, e que visam resguardar sua integridade psíquica e moral, e garantir sua real identidade.

Papel do Poder Judiciário: no âmbito infraconstitucional, apesar da ausência de legislação específica, Bruna demonstrou que o Poder Judiciário não

pode por isso se omitir e se silenciar, conforme disciplina os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas Brasileiras (LINDB), que determina que em tal hipótese, o juiz decidirá com base na analogia, costumes e princípios gerais de direito, e que ao aplicar a lei atenderá os fins sociais a que ela se destina.

Bruna ressaltou ainda a importância da jurisprudência e da doutrina como fontes de direito, principalmente quando se trata de caso de omissão legislativa e é situação que envolve a tutela da personalidade, fundamentada no princípio da dignidade humana.

No que diz respeito à alteração do prenome, é citado o artigo 58 da Lei 6.015/73 que permite a alteração do prenome quando expuser o indivíduo ao ridículo e por apelidos notórios; e o artigo 19 do Código Civil de 2002 que garante a mesma proteção que o nome goza ao pseudônimo. São destacados também o artigo 56 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) que permite ao interessado no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família; e o artigo 57 que exige que qualquer autorização posterior do nome aconteça motivadamente, após audiência do Ministério Público, e mediante sentença judicial. Assim, pela lei em questão, Bruna teria o direito de ter seu prenome alterado, pois além de ser assim conhecida há 30 anos, seu nome no registro civil a expunha ao ridículo quando precisava de mostrar documentos de identidade, o que autorizaria a retificação, ou seja, a superação do erro que foi cometido quando foi registrada com um nome masculino.

Direito pessoal x interesse da coletividade: Bruna defendeu que os direitos de personalidade são exemplificativos, e não taxativos, pois o legislador optou por deixar aberta e flexível às inovações sociais a cláusula geral dos direitos da personalidade. Assim, os casos não especificados na legislação civil, como o seu, não deixam de ter a mesma proteção e garantia do Estado que os demais. Tais casos devem ser julgados com base nos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da igualdade material e formal, que demonstram a existência da referida cláusula geral.

Sua pretensão é respaldada na sociedade plural instituída pela constituição, nos direitos fundamentais de dignidade da pessoa humana, de autonomia e de liberdade que demonstram a necessidade de se proteger a pessoa humana em suas relações concretas, e não somente o cidadão abstrato. E também nos direitos

constitucionais à inviolabilidade, à identidade sexual, à intimidade e à vida privada, previstos no artigo 5º, *caput* e inciso X da Constituição, e no direito à igualdade perante a lei na atuação dos órgãos legislativos, judiciários e administrativos, que devem sempre interpretar toda a legislação de modo a igualar as pessoas, e não a diferenciá-las.

Quanto à coletividade, demonstra que não há que se falar em insegurança jurídica em relação aos direitos de terceiros, e cita como exemplo os casos de competição esportiva, já regulamentados pelo Comitê Olímpico Internacional, que o fez devido ao desenvolvimento dos métodos para a identificação de indivíduos transexuais, o aumento do número de pessoas que se submeteram à redefinição sexual, e pelo fato de ter sempre buscado a união dos povos e o respeito aos direitos humanos. Nas demais situações Bruna ressalta que a adequação do registro é necessária inclusive para fins de segurança das relações jurídicas, pois evitaria que a aparência e a identidade da pessoa fossem díspares, o que de fato causaria insegurança, pois as pessoas ficariam confusas em ver uma pessoa de um sexo apresentar um documento do sexo oposto.

Na primeira instância Bruna teve seus pedidos deferidos, por entender o julgador que a questão da transexualidade não poderia apenas ser realizada na área medicinal, de modo que o direito fechasse os olhos para a realidade em uma atitude cômoda e ortodoxa. Porém, o Ministério Público de Minas Gerais recorreu. E o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) ficou dividido na votação dos recursos de apelação e de embargos infringentes.

4.1.3

A fundamentação dos desembargadores do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) se dividiu na votação dos recursos a ele apresentados e os contrários à pretensão de Bruna obtiveram maioria, revertendo a sentença do julgador de primeira instância.

Por questões didáticas, como mencionado acima, o presente subitem será dividido conforme os temas abordados nos votos, fazendo-se uma comparação entre a fundamentação dos favoráveis à pretensão de Bruna e os contrários.

Transexualidade como doença: *favoráveis*: a transexualidade seria uma doença diagnosticada por psiquiatras e psicólogos com o objetivo de determinar

corretamente os sentimentos da pessoa. O transexualismo seria um problema genuinamente médico, que nada teria a ver com preferências sexuais; seria uma divergência entre o cérebro e os genitais, o que causaria problemas ao transexual na sua vida familiar, afetiva, civil, devido à incompreensão de sua situação. Explica-se que o transexualismo ocorre quando a pessoa que tem o corpo de um sexo acredita pertencer ao sexo oposto. Seria uma inversão de identidade, um distúrbio na identidade de gênero.

Quanto ao caso de Bruna foi ressaltado que seu transexualismo era tão grave, que recebeu o diagnóstico ainda adolescente, e revelando sua transexualidade e não sua homossexualidade ressaltou que Bruna nunca manteve relação sexual com mulher, tendo se relacionado somente com homens, convivendo inclusive com o mesmo há mais de dez anos. Assim, negar a existência de um transtorno sexual reconhecido pela medicina universal seria pouco científico, feriria a dignidade da pessoa humana e o fundamento e fim do direito: o ser humano.

Tratamento psicoterápico: *favoráveis*: tal tratamento por si só não é o bastante para tratar o transexual, que necessita da cirurgia de redesignação de sexo e alteração do registro civil, devido ao conflito entre sua anatomia, seu “sexo psicológico” e sua identidade civil, que pode levá-lo inclusive ao suicídio.

A cirurgia de transgenitalização:

Favoráveis: a cirurgia é necessária tendo em vista que o tratamento psicoterápico não é o suficiente, e conforme a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.482/97 e a Resolução nº 1.652/02 que substituiu a anterior.

Contrários: mesmo diante da cirurgia, o genótipo continua sendo o do sexo biológico, nada significando o aspecto externo conseguido artificialmente. Ademais, somente três anos após a cirurgia é pouco tempo para uma avaliação e uma conclusão com força científica, sendo que o próprio Conselho Federal de Medicina afirmou na Resolução 1.482/97 que a autorização era concedida a título experimental, sujeita, assim, à revisão. E ainda o teria feito com várias condicionantes para evitar a precipitação.

Afirma que a inexistência de delito por ter sido a cirurgia, em tese, curativa dependeria de autorização judicial, pois não há certeza quanto aos resultados, sendo necessários mais estudos em maior lapso temporal para chegar a tal conclusão. A cirurgia inclusive poderia não curar nada, só agravar o contraste,

pois no íntimo a pessoa continuaria a pertencer ao sexo genético. A realização de cirurgia experimental em seres humanos, especialmente quando irreversíveis, poderia agravar a condição psíquica em caso de arrependimento ou insatisfação com o resultado, ou quando a pessoa percebesse que se trata somente de uma espécie de maquiagem, que muda a aparência, mas não a natureza.

Ressalta o Projeto de Lei 70/95 para afirmar que sem a alteração do art.129 do Código Penal, o procedimento seria crime, pois se assim não fosse não haveria motivo para a proposição. Argumenta ainda que se há legisladores que entendem necessária a regulamentação e a legalização da cirurgia, ela só pode ser realizada mediante autorização do Poder Judiciário.

O presente caso seria seríssimo porque a cirurgia foi realizada sem que se tomassem as implicações que ela teria no mundo jurídico. E se tivesse sido autorizada pelo Poder Judiciário, o problema em questão não existiria, pois também seria levado em consideração no momento da autorização do procedimento.

Definição de sexo:

Favoráveis: A análise da sexualidade humana deve ser feita sem a limitação aos fatores biológicos, mas pelo conjunto desses, dos sociais, culturais, familiares, psicológicos.

Contrários: somente seria possível alterar o aspecto sexual externo, não se tratando, portanto, de cirurgia de alteração de sexo, pois o sexo não é determinado pela aparência física, mas por sua conformação genética – pelos cromossomos – e essa não pode ser alterada. Nem mesmo a aprovação do Projeto de Lei 70/95 mudaria o que é por natureza imutável. Não se alteraria sexo por lei.

Prenome que expõe a pessoa ao ridículo:

Favoráveis: por ser o prenome fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, não pode expor a pessoa ao ridículo, como ocorre no presente caso.

Contrários: quanto ao nome registrado de Bruna, entendeu-se, após pesquisa na internet, em cartórios, livros com sugestões de nome e Telelista, que Romar não seria um nome designativo de pessoas do sexo masculino, como Romário designaria, e como Romária designaria sexo feminino. Assim, Romar não causaria a impressão de que se trata de um nome inadequado ao sexo, qualquer que seja ele, portanto a aflição de Bruna seria desmotivada. Se chamada

pelo nome, bastaria que mostrasse sua identidade com a foto que corresponda a sua aparência, que não causaria perplexidade, dúvida ou escárnio.

Discriminação:

Favoráveis: o princípio basilar da democracia seria o respeito às minorias, discriminar por sexo, é discriminar por orientação sexual, é ferir os objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre sem preconceitos e sem qualquer forma de discriminação. Na sociedade democrática e pluralista, o direito não pode ser obstáculo às demandas e conquistas sociais. É necessário acabar com o preconceito que trata a transexualidade como inversão, desvio ou anomalia.

Contrários: a necessidade de resolver o risco da zombaria seria feita pela legislação que proíbe discriminar o homossexual, o bissexual e o transgênero, conforme a lei do Estado de São Paulo.

A identificação por foto nos documentos não é problema, bastando que a foto que o identifica corresponda à aparência que a pessoa tem no momento. Quanto à indicação do sexo nos documentos também não há qualquer risco de discriminação, pois na carteira de identidade, na carteira de trabalho, no título de eleitor, e no CPF não constam a indicação do sexo. Se o sexo de preferência pudesse constar do registro aí sim haveria constrangimento evidente para a pessoa, e se isso fosse natural não haveria razão para a lei permitir mudanças.

Papel do Poder Judiciário:

Favoráveis: o julgador no exercício de sua função deve buscar a defesa e concretização da dignidade da pessoa humana por mais abstrato que esse princípio lhe pareça. O Poder Judiciário não pode se distanciar da realidade social e deixar sem solução uma questão que demanda resposta. Se a medicina pode aliviar a situação com técnicas cirúrgicas, o sistema legal é capaz de fornecer um tratamento honroso conforme uma posição que valoriza a conquista da felicidade.

Contrários: o registro serve para fazer a identificação natural da pessoa de maneira que ela seja individualizada conforme a natureza, e quando o legislador fala em sexo, seria óbvio que se refere ao sexo biológico. O sexo integra os direitos da personalidade e não existe previsão de sua alteração. Permitir a alteração do registro seria dizer que o sol é lua, e que a noite é dia. Haveria impossibilidade jurídica. Não poderia o juiz definir como lacuna o que seria silêncio eloquente da lei. A identidade psicológica seria subjetiva, enquanto a

biológica seria objetiva e social. O estado individual seria inalienável, imprescritível, imutável. A falta da lei no presente caso, impede o juiz de alterar o estado individual, sendo o pedido juridicamente impossível. Somente a adoção pelo legislador de normas específicas que autorizem a averbação do sexo psicológico à margem do registro mediante regular procedimento judicial permitiria tal alteração, chegando-se a afirmar que nenhum juiz é obrigado a se sujeitar a supostos modernismos ou avanços quando a lei ainda não chegou em tais situações. Sendo assim, a conclusão não seria preconceituosa, mas eminentemente técnica, baseada em considerações científicas e jurídicas aliadas ao raciocínio lógico.

Direito da pessoa x interesse da coletividade:

Favoráveis: manter um ser amorfo, por um lado mulher, psíquica e anatomicamente corrigida, e por outro, juridicamente homem, nada contribuiria para a preservação da ordem social e da moral, seria na verdade um fator de instabilidade. Observa que o artigo 5º, inciso X, da Constituição é o fundamento que permite a alteração da mudança do sexo no registro civil, pois garante a proteção à intimidade e honra da pessoa. O cidadão quer somente viver como a pessoa que é, sem ser marginalizado na sociedade, discriminado, só quer o respeito de sua individualidade, e a integração social depende da alteração do registro. Defendem, no entanto, que admitida a alteração, deve constar no registro a condição de transexual.

Contrários: a afetividade sexual deve ser reconhecida pelo homem e pela mulher por envolver a afetividade, a capacidade de amar e de procriar. As diferenças físicas, morais e espirituais estão orientadas para a organização do casamento e da família. A diferença sexual seria básica na criação e educação da prole. A harmonia social dependeria da convivência harmônica dos sexos.

A satisfação egocêntrica não pode comprometer a ordem, as pessoas de boa-fé. Sobre o interesse individual haveria o coletivo, que brotaria da realidade natural, não sendo necessário haver leis escritas para definir o que brota da natureza, do mesmo modo que não é preciso definir o estado físico dos elementos nem a maternidade. A ordem social prefere os direitos íntimos, pois Estado e Direito são fenômenos fundamentalmente sociais.

Ressaltam a preocupação com a defesa do direito de terceiros. Destacam que nenhuma individualidade é absoluta, e ninguém pode se pretender acima dos

interesses da coletividade, que devem ser respeitados. Pela posição defendida por Bruna afirma-se que qualquer um poderia fazer tudo sem que o Estado pudesse intervir, poderia alterar seu registro a seu bel prazer, se casar com quem e com quantas pessoas quisesse, exercer qualquer profissão sem qualificação, registro ou habilitação.

Um terceiro de boa-fé poderia chegar ao casamento e descobrir mais tarde a verdade, que o casamento foi contraído com pessoa do mesmo sexo. Se o Poder Judiciário autoriza a modificação do registro ele também induziria a pessoa ao erro, e mesmo que ela obtenha a anulação do casamento, haveria as consequências no âmbito moral e psíquico. Outra situação seria o transexual que obtivesse a mudança e pudesse se candidatar a concurso público destinado a pessoas do sexo feminino, que teria vantagem quando tivesse que ser analisada a resistência ou a capacidade física, gerando prejuízo aos concorrentes. Na área do esporte ocorreria o mesmo problema, sendo questionável a afirmação de que há perda muscular, consequentemente de força, com o tratamento hormonal, pois a perda não seria total, a estrutura óssea não mudaria com a cirurgia. Assim, se o constrangimento vem da aparência física e dos resultados da cirurgia, o ônus deve recair sobre quem se submeteu a essa cirurgia, que não pode obrigar o Poder Judiciário à aceitação incondicional.

4.1.4

A posição do Procurador-Geral de Justiça de Minas Gerais

Nos pareceres apresentados nos recursos de apelação e especial, o Procurador ressaltou a necessidade de respeito à Constituição, especialmente ao seu art. 5º, inciso III e às legislações afins.

Definição de sexo: destaca que a legislação brasileira no que diz respeito ao sexo enquanto gênero, reconhece a existência de somente dois: masculino e feminino cabendo à jurisprudência e à doutrina reinterpretar a questão de gênero. Sendo necessária ainda uma reforma legislativa para adequar a lei à realidade, visto que o gênero se relaciona de forma direta ao emocional da pessoa, a sua convivência social e ao seu comportamento.

O procurador afirma ainda que a falta de tal legislação contribui para aumentar os preconceitos, tanto sociais, quanto jurisprudenciais, que muitas vezes não têm um conhecimento científico real do dia a dia.

Discriminação: apesar de a legislação brasileira não ter tratado especificamente sobre a transexualidade, o Procurador ressalta que o art. 5º, inciso X da Constituição não permite que a pessoa enfrente constrangimentos, que tenha sua honra e imagem afetadas.

Prenome que expõe ao ridículo e papel do Poder Judiciário: a constituição e a legislação infraconstitucional não só permitem, mas exigem que o Poder Judiciário adeque o sexo e o prenome do indivíduo sob pena de ferir os direitos de cidadania, à honra e à imagem.

Direito pessoal x interesse da coletividade: o Procurador afirmou que a ciência se modifica ao longo dos anos, e não pode avançar sozinha cabendo à legislação acompanhá-la para garantir os direitos de personalidade do ser humano, especialmente os que dizem respeito à igualdade e liberdade. O direito de cidadania, adotado integralmente pela constituição significa o direito de todo cidadão ao respeito a sua pessoa e sua individualidade, sendo garantido tratamento de forma igualitária a todos os cidadãos.

4.1.5

A fundamentação do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar o recurso especial em novembro de 2009 concluiu pelo seu provimento, determinando assim a alteração do prenome e sexo de Bruna em seu registro, mas que constasse que a alteração havia sido feita por ordem judicial. A fundamentação dos votos dos ministros se resume à aplicação conjugada dos artigos 55 e 58 da Lei nº 6.015/73 para substituir o prenome de Romar/Bruna por apelido público e notório de Bruna, com a condição da averbação à margem de seu registro de que as alterações procederam de decisão judicial.

Aqui será adotada a mesma divisão anterior para que possa ser mantida a coerência da análise e facilitada a compreensão de qual fundamentação do TJMG mais se adequa à do STJ no presente caso.

Cirurgia de transgenitalização, Prenome que expõe ao ridículo e Discriminação: somente a intervenção cirúrgica não é o bastante para evitar os constrangimentos de um transexual, sendo necessária a aplicação a Lei de Registros Públicos para alterar o prenome de Bruma.

Definição de sexo: O tribunal entendeu que a afirmação de que deve prevalecer o sexo biológico perante os demais divergia de vários outros posicionamentos de outros tribunais, e fundamentando sua decisão nos artigos 4º e 5º da LINDB – à época LICC – para permitir a alteração do sexo também no registro a fim de facilitar a inserção social e profissional de Bruna.

Papel do Poder Judiciário: quanto ao pedido de alteração de sexo, em resposta à argumentação de que se trataria de pedido juridicamente impossível, visto que o sexo integra a personalidade e a lei não prevê a sua alteração, o STJ ressaltou que tal entendimento divergia de vários outros posicionamentos de outros tribunais, e que tal posicionamento postergava o exercício da identidade pessoal e subtraía da pessoa a sua integração social.

Direito da pessoa x interesse da coletividade: os documentos públicos devem ser fiéis aos fatos da vida para que haja segurança nos registros públicos, assim, decidindo que deveria ficar averbado à margem do registro que as alterações haviam decorrido de sentença judicial em ação de retificação de registro civil. Não obstante, as alterações deveriam constar somente no livro de registros. Nunca em qualquer certidão do registro deveria constar que a alteração decorreu de decisão judicial, ou que ocorreu por conta de cirurgia de mudança de sexo, sob pena de manter Bruna exposta a situações constrangedoras e discriminatórias. No entendimento do tribunal tal anotação iria salvaguardar os atos jurídicos à época já praticados, a segurança jurídica e as questões no âmbito do direito de família, previdenciário e esportivo.

O caso Bruna terminou de uma forma trágica, pois mesmo tendo o direito por toda sua vida, não pôde exercê-lo por conta do preconceito, do desconhecimento científico, do excesso de burocracia, da necessidade de judicialização e da demora e dificuldade de um Poder sobrecarregado em garantir a ela sua dignidade. Seu caso foi narrado com o objetivo de demonstrar em detalhes os posicionamentos favoráveis e contrários à alteração do registro do nome e do sexo do transexual.

A partir do próximo item, tendo como paradigma o caso Bruna e as argumentações nele usadas, será feito um levantamento da evolução das fundamentações das decisões dos Tribunais Superiores nacionais. O objetivo é mensurar a capacidade do Poder Judiciário de acompanhar as evoluções sociais, científicas e jurídicas para demonstrar porque as opiniões contrárias, ainda

predominantes no mundo jurídico e social apresentam fundamentações ultrapassadas, que acabam fazendo com que muitos passem desnecessariamente pelo que Bruna passou e até os dias de hoje.

4.2

A participação dos poderes Judiciário, Executivo e Legislativo na legitimação da identidade de gênero: análise do RE 845.770 de Santa Catarina

O caso Bruna ilustrou em detalhes o papel determinante da tutela jurisdicional para a garantia de direitos fundamentais face à omissão do poder legislativo e o papel do poder executivo, principalmente, por meio do Ministério da Saúde. Ele foi explicado em detalhes por reunir muitos dos argumentos geralmente expostos até os dias atuais em relação à alteração do registro de transexuais.

Parte-se agora para a análise do caso do Recurso Extraordinário (RE) 845.779 de Santa Catarina¹⁴³ de 2014 para ilustrar a tendência da posição – uma vez que o Recurso ainda se encontra em julgamento – da Corte Constitucional e Tribunal Superior que se encontra no ápice da hierarquia do Poder Judiciário em relação ao tema; e expõe-se também o parecer do Procurador-Geral da República (PGR) no referido recurso para demonstrar a posição do Ministério Público Federal, representante da sociedade e de seus interesses.

O caso em questão envolve uma transexual feminina que, ao tentar entrar no banheiro feminino do *shopping* onde se encontrava, foi repreendida de modo agressivo por uma funcionária do local que a forçou a se retirar do toalete, sob o argumento de que sua presença ali causaria constrangimento às demais usuárias. Com urgência, entrou em uma loja e, quando pediu para usar o banheiro, foi informada que as lojas não possuíam banheiro privativo. No nervosismo do momento causado pelo constrangimento a que foi submetida e, pela necessidade fisiológica de urinar cada vez mais premente, ela terminou por perder o controle e o fez nas vestes, sob o olhar de todos que pelo local transitavam. Após toda a humilhação ainda teve que usar o transporte público coletivo para retornar para casa.

¹⁴³ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4657292>>.

Acesso em: 05 jan. 2016.

Devido à situação vexatória que enfrentou, a transexual ingressou em juízo com pedido de danos morais. Teve sua demanda julgada procedente na primeira instância. Porém, o estabelecimento comercial recorreu da sentença e obteve vitória na apelação, pois o tribunal de justiça de Santa Catarina entendeu que não havia provas do que havia acontecido depois que a funcionária da ré solicitou que ela fizesse uso do banheiro masculino, e que isso consistiria “mero dissabor”.

Diante da violação dos direitos constitucionais fundamentais de dignidade da pessoa humana, de indenização por dano moral, de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e imagem, da proteção do consumidor pelo Estado e do direito à liberdade, a autora interpôs recurso extraordinário. No julgamento da repercussão geral, o STF, por maioria, entendeu que o tema é constitucional, pois diz respeito ao tratamento de pessoa que se identifica como pertencente a um sexo e por ele se apresenta, e que possui alta relevância social por envolver respeito mútuo e igualdade de tratamento, proteção, inserção e aceitação das minorias em um estado multicultural; projeção social da identidade em aspecto ligado a sua dignidade e direitos da personalidade.

O processo ainda está tramitando e a última movimentação de destaque foi o parecer do Procurador-Geral da República que se manifestou pelo provimento do recurso, uma vez que o tratamento recebido pela transexual violou seus direitos de personalidade, de reconhecimento de identidade, igualdade e não discriminação em razão de gênero, e de dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual sugere o restabelecimento da sentença de primeiro grau.

A parte do parecer que interessa agora é a que ressalta que a busca pela reparação, no caso, não se restringe somente a isso, envolve também a mobilização no reconhecimento de seu direito, pois ao separar os banheiros em uma lógica binária – masculina e feminina – gera-se uma situação delicada para as pessoas trans, e cabe ao poder judiciário afirmar a proteção dessa minoria em casos como o presente.

O PGR destacou a importância dos princípios nº 28 e 29 de Yogyakarta¹⁴⁴ que pregam que a vítima de violação de identidade de gênero, “tenha acesso ‘a

¹⁴⁴ Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, resultantes de uma reunião de organizações de direitos humanos pela Comissão Internacional de Juristas e pelo serviço internacional de Direitos Humanos na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, entre 6 e 9 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2016.

medidas corretivas plenas, através de restituição, compensação, reabilitação, satisfação, garantia de não repetição’ (Princípio 28) e que o recorrido seja responsabilizado civilmente por seus atos (Princípio 29)”¹⁴⁵. Acrescentou ainda que a reparação da injustiça é de caráter individual e social, pois envolve a luta pelo reconhecimento da dignidade da minoria desrespeitada pela maioria e que o direito ao reconhecimento ao se afirmar como tal exige esforços públicos estatais e não estatais capazes de desfazer ou minimizar as consequências da segregação social¹⁴⁶.

Em relação ao papel do Poder Judiciário, o PGR menciona ainda o reconhecimento da Repercussão Geral no RE 670.422 – ainda em julgamento – sobre a alteração do registro de transexual; a Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que “obriga todos os cartórios do país a habilitar ou celebrar casamento civil e converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”¹⁴⁷ – fruto da ADI 4.277 e da ADPF 132; as decisões sobre direitos como adoção (RE 846102¹⁴⁸) e alteração de registro civil de trans que realizou a cirurgia de transgenitalização em várias decisões do STJ¹⁴⁹.

O Poder Executivo por sua vez participa na efetivação dos direitos dos transexuais não só através do Ministério da Saúde e do estabelecimento de regras de tratamento aos pacientes transexuais no SUS, mas também por meio de assinaturas de tratados internacionais e de medidas provisórias e programas criados para promover a causa LGBT. O parecer do PGR no mencionado acima mais uma vez é útil em compilar algumas ações brasileiras no âmbito

¹⁴⁵ PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. **Parecer do Procurador-Geral da República no RE 845.770 de Santa Catarina**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4657292>>.

Acesso em: 05 jan. 2016.

¹⁴⁶ PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. **Parecer do Procurador-Geral da República no RE 845.770 de Santa Catarina**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4657292>>

Acesso em: 05 jan. 2016.

¹⁴⁷ Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2016.

¹⁴⁸ Acompanhamento processual do RE 846.102 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4657667>>.

¹⁴⁹ REsp 737.993, Quarta Turma, Relator o Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, *DJe*, 18 dez. 2009 e no REsp 1.008.398, Terceira Turma, Relatora a Min. NANCY ANDRIGHI, *DJe*, 18 nov. 2009, e as decisões monocráticas na SE 11.942, Relator o Min. FRANCISCO FALCÃO, *DJe*, 16 dez. 2014, no REsp 1.043.004, Relator o Min. MARCO BUZZI, *DJe*, 5 ago. 2013, no REsp 876.672, Relator o Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, *DJe*, 5 mar. 2010, e na SE 004.179, Relator o Min. CESAR ASFOR ROCHA, *DJe*, 15 abr. 2009.

internacional, como (i) a participação de especialistas brasileiros na conferência da construção dos Princípios de Yogyakarta; (ii) a adesão à Declaração Universal dos Direitos Humanos; (iii) a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; (iv) a aprovação da Resolução 17/19 do Conselho de Direitos Humanos da ONU – intitulada “Human rights, sexual orientation and gender identity” – em que o Brasil, participou ativamente de sua negociação, (v) a assinatura da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, na qual o “Brasil assumiu a presidência do Grupo de Trabalho por quatro anos consecutivos e manteve-se atuante ao longo das negociações, sempre em defesa do direito de todo ser humano à dignidade e à igualdade” na 43ª Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA)¹⁵⁰.

No âmbito interno, merece menção a Resolução nº 12 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais – criado pela Medida Provisória 2216-37, de 31 de agosto de 2001, que estabelece parâmetros para a garantia de acesso e permanência de travestis e transexuais em diferentes espaços sociais”. Essa considerando os tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, a lei sobre as bases da educação, o Programa Brasil sem Homofobia – que combate a violência e a discriminação contra a população LGBT e que promove a cidadania homoafetiva – o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e dos Direitos Humanos de LGBT, e o Plano Nacional de Política para as Mulheres garante (i) o reconhecimento, adoção e tratamento pelo nome social em toda a rede de ensino quando solicitado, sem qualquer tipo de objeção, (ii) a inserção do campo “nome social” nos formulários e sistemas de informação das instituições de ensino, (iii) a presença do nome social junto ao nome civil nos documentos oficiais, (iv) o uso de espaços segregados por gênero conforme a identidade de gênero, como banheiros e vestiários, (v) a faculdade do uso de vestimentas conforme a identidade de gênero

¹⁵⁰ PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. **Parecer do Procurador-Geral da República no RE 845.770 de Santa Catarina**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4657292>. Acesso em: 05 jan. 2016.

e (vi) a garantia do reconhecimento dessa sem que seja necessária autorização do responsável¹⁵¹.

No âmbito do Poder Executivo há que se mencionar a Portaria 2.803 de 2013¹⁵² do Ministério da Saúde que redefiniu e ampliou o Processo Transexualizador¹⁵³, passando a incluir a cirurgia para transexuais masculinos – conforme a Resolução do CFM de 2010 – e os travestis como usuários do programa, dentre outras medidas¹⁵⁴, e a Portaria nº 11 de maio de 2014 do mesmo órgão que tornou pública a incorporação de mais procedimentos no Processo Transexualizador¹⁵⁵.

Por outro lado, o papel do Poder Legislativo federal já foi ressaltado no capítulo anterior quando foi mencionada sua omissão em relação à regulamentação dos direitos dos transexuais e destacado que o máximo que se encontra em relação a esse poder são os Projetos de Lei nº 70-B/1995 e nº 5002/2013, o que terminou por levar ao CFM e o Ministério da Saúde a estabelecerem as regras para a realização da cirurgia de transgenitalização.

Por fim, é importante saber que alguns estados-membros se posicionam de maneira positiva em relação à proteção da causa trans. Exemplo é o Rio de Janeiro que em 2015 assinou duas “resoluções com um conjunto de normas e diretrizes que garantem direitos da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT) que estão no sistema prisional do Rio de Janeiro”¹⁵⁶. Por

¹⁵¹ A Resolução nº 12 de 2015 encontra-se disponível em:

<<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-012>>.

¹⁵² Portaria que resultou da atuação do Poder Judiciário ao julgar a Ação Civil Pública nº 2001.71.00.026279-9/RS, de 13 de setembro de 2013, que determinou ao Ministério da Saúde o cumprimento integral de medidas necessárias para possibilitar, no âmbito do SUS, todos os procedimentos médicos necessários para garantir a cirurgia de transgenitalização e a readaptação do Processo Transexualizador, conforme os critérios estabelecidos pelo CFM na resolução de 2002. A referida portaria encontra-se completamente disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html>. Acesso em: 05 jan. 2016.

¹⁵³ Programa instituído em 2008 no âmbito do SUS visando a facilitação da realização da cirurgia de transgenitalização para transexuais femininas.

¹⁵⁴ Como o estabelecimento da idade de 18 anos para ingresso do paciente no processo transexualizador, e de 21 anos para os procedimentos cirúrgicos, após indicação específica e acompanhamento prévio de 2 (dois) anos pela equipe multiprofissional que acompanha o(a) usuário(a) no Serviço de Atenção Especializada no Processo Transexualizador.

¹⁵⁵ Tais como processos de mastectomia simples bilateral; histerectomia com anexectomia bilateral e colpectomia; cirurgias complementares de redesignação sexual; administração hormonal de testosterona e acompanhamento de usuários no processo transexualizador apenas para tratamento clínico.

¹⁵⁶ PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. **Parecer do Procurador-Geral da República no RE 845.770 de Santa Catarina**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4657292>>.

meio de tais normas travestis e transexuais têm o “direito à autodeterminação de gênero ao entrar no sistema penitenciário e à fixação da unidade de custódia compatível com o gênero declarado”¹⁵⁷; têm facultado o uso de suas roupas íntimas, a manutenção dos cabelos compridos caso os tenham; têm garantido o uniforme nos períodos de banho de sol compatível com o gênero autodeclarado, o direito à visita íntima, o acesso à saúde de forma integral, inclusive quanto à hormonoterapia; e é proibida a transferência compulsória de cela ou ala por causa de orientação sexual ou devido à identidade de gênero¹⁵⁸.

4.3

Modificação do Registro Civil em razão do sexo (gênero): análise do RE 670.422 do Rio Grande do Sul, da ADI 4275 e do posicionamento do STJ

O item anterior abordou a questão transexual nos poderes da República a partir de um ponto de vista geral causado por uma situação discriminatória. No presente item será abordada a questão da alteração do registro civil dos transexuais a partir do caso que originou o Recurso Extraordinário (RE) nº 670.422 do Rio Grande do Sul¹⁵⁹ – ainda em julgamento –, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275 de 2009¹⁶⁰ – também ainda em trâmite –, e de alguns Recursos Especiais (REsp), que mostram a evolução do tema no STJ.

O reconhecimento da identidade de gênero é quase sempre relacionado à cirurgia de transgenitalização, mas existem pessoas que buscam o respeito à sua identidade e não podem, ou nem mesmo pretendem, mudar seu órgão genital. O RE nº 670.422 do Rio Grande do Sul em trâmite no STF envolve a discussão sobre a realização da cirurgia de mudança de sexo como condição para a alteração do assento do sexo no registro civil, e a anotação no registro civil do termo “transexual”.

Acesso em: 05 jan. 2016.

¹⁵⁷ PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. **Parecer do Procurador-Geral da República no RE 845.770 de Santa Catarina**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4657292>>.

Acesso em: 05 jan. 2016.

¹⁵⁸ Informações disponíveis em: <<http://www.rj.gov.br/web/imprensa/exibeconteudo?article-id=2451623>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

¹⁵⁹ STF. **Recurso Extraordinário nº 670.422**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4192182>>.

Acesso em: 05 jan. 2016.

¹⁶⁰ STF. **ADI 4275**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691371>>.

Acesso em: 05 jan. 2016.

No caso em pauta o autor buscava a alteração de seu prenome e sexo no registro civil. Na primeira instância o pedido foi julgado procedente em relação à alteração do prenome, mas improcedente a modificação do sexo, visto que o autor não havia realizado a cirurgia de transgenitalização.

Na segunda instância, o Tribunal determinou a averbação no registro de nascimento da “condição” transexual do autor, mas sem determinar a alteração do sexo, pois entendeu que, mesmo com a cirurgia, transexuais ainda não têm como possuir todas as características do sexo buscado. Isso porque os órgãos genitais artificialmente constituídos não possuem as mesmas funcionalidades dos naturalmente constituídos; porque o aspecto cromossômico é imutável e porque não haveria qualquer prejuízo ao autor, pois os documentos de identidade normalmente usados não expõem o gênero da pessoa.

Diante da interposição do RE, o STF reconheceu a existência da repercussão geral, pois o caso sob análise envolve os direitos fundamentais de personalidade, dignidade da pessoa humana, intimidade, saúde, e também os de publicidade e veracidade dos registros públicos. Ademais, a importância social do tema foi ressaltada tendo em vista que não se trata de um caso isolado, mas que envolve todos os transexuais que não realizaram a cirurgia, e até os que realizaram, mas tiveram determinada a anotação de sua “condição transexual” no registro civil.

Nas razões recursais o autor chegou a afirmar que a transexualidade é um transtorno de identidade que não desaparece com a realização da cirurgia de mudança de sexo, que é somente parte do tratamento, e que por isso não pode ser tida como critério para a alteração do registro civil, até porque a operação possui riscos para sua saúde.

O Procurador-Geral da República (PGR) ao dar parecer favorável ao recurso afirmou que não se pode exigir a cirurgia para a alteração do registro sob pena de se ferir, mesmo que indiretamente, direito à vida, saúde e dignidade da pessoa humana. Defendeu ainda que tal exigência configuraria mutilação física desnecessária para assegurar o direito constitucional de exercício da personalidade. O PGR acrescentou ainda que o avanço da ciência não permite que se considere somente o critério morfológico para a determinação do gênero de uma pessoa. É necessário levar em consideração fatores psicológicos, culturais, familiares também. Por fim, no caso em questão ressaltou a avaliação psicológica do próprio departamento médico do tribunal que considerou desnecessária a

operação, pois estava evidente a masculinidade do autor, que inclusive já havia passado por outros tratamentos como o hormonal e a mastectomia (retirada dos seios¹⁶¹).

No que diz respeito à anotação do termo “transexual” no registro de nascimento do autor, o PGR explica que ao invés de ser uma “solução razoável” perpetua a afronta ao direito de igualdade e de personalidade, pois perpetua a situação vexatória e discriminatória em relação aos transexuais. Ademais, tal anotação não retrata a verdade sobre a identidade psicológica do autor, embaraça-lhe a liberdade e a aquisição da identidade de gênero plena, e mantém a angústia do qual o mesmo buscou se livrar, pois a legislação pátria só reconhece dois sexos – feminino e masculino –, e nem mesmo fichas cadastrais possuem o campo “transexual” como opção.

Antes da proposição de tal recurso e do parecer do Procurador-Geral da República no caso explanado acima, a própria Procuradoria-Geral da República já havia interposto em 2009 a ADI nº 4275 requerendo a interpretação conforme a Constituição ao art. 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) para que fosse reconhecido o direito dos transexuais trocarem o prenome e sexo no registro civil sem necessidade de realização de cirurgia de redesignação de sexo, com fundamento nos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, vedação da discriminação por razão de sexo, igualdade, liberdade e privacidade.

Em sua fundamentação a PGR explica que em relação ao direito à mudança de sexo no registro civil, a referida ADI expõe que se há a mudança do prenome, nada mais lógico que a substituição do sexo, caso contrário permaneceria a incompatibilidade entre a identidade da pessoa e o registro civil. E justifica a desnecessidade da cirurgia de transgenitalização por não ser essa a concessora da condição de transexualidade, sugerindo como requisitos para a realização da modificação do registro civil para quem não quer ou não pode se submeter à cirurgia: (i) a existência de convicção de pertencer ao gênero oposto ao do nascimento há pelo menos três anos, a partir dos dezoito anos; (ii) a presunção de que o transexual não mais mudará sua identidade de gênero; e (iii) que os dois requisitos anteriores sejam atestados por um grupo de especialistas nas áreas da

¹⁶¹ JOTA. **Janot: Não se pode exigir mutilação física para assegurar direito constitucional.** Disponível em: <<http://jota.info/materias17-janot-nao-se-pode-exigir-mutilacao-fisica-para-assegurar-direito-constitucional>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

psicologia, da medicina e do âmbito social. Porém, conforme o *site* do Supremo Tribunal Federal a última movimentação da ADI em questão ocorreu em 11 de dezembro de 2015 quando os autos foram conclusos ao relator.

Enquanto o STF não julga o RE, nem a ADI resta explicar a posição do STJ em relação à questão por meio da análise de alguns casos julgados pelo tribunal, além do caso Bruna, explicado anteriormente. O primeiro deles, julgado em 2007,¹⁶² diz respeito a uma transexual feminina que realizou a cirurgia de transgenitalização, mas encontrou obstáculos na vida civil por sua aparência não condizer com o prenome e sexo constante em seu registro.

A Corte destacou a importância do resguardo da dignidade da pessoa humana na mitigação do sofrimento do foco do direito: o ser humano considerado em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual, e a conexão que existe entre a identidade e a realização da dignidade no que diz respeito à expressão de todos os atributos e caracteres do gênero a que se entende pertencente. A partir disso afirmou que o transexual necessita ter sua identidade sexual vivenciada reconhecida de forma a refletir sua realidade na sociedade, e que a falha do direito em acompanhar o fato social não pode ser usada para deixar uma pessoa à margem de seus direitos básicos, cabendo aos princípios preencherem o ordenamento jurídico quando as regras se omitem.

Argumentou também que apesar de não haver legislação específica sobre a alteração do registro do transexual, como o Estado consente, em consonância com o art. 13 do Código Civil, a intervenção terapêutica exteriorizada na cirurgia de transgenitalização, incabível seria não permitir a alteração do registro – decorrência lógica da cirurgia – nos termos do art. 58 da Lei de Registros Públicos¹⁶³. Acrescentou ainda que não deveria constar nas certidões do registro público competente que a alteração era fruto de decisão judicial, nem que ocorreu por motivo de redesignação sexual de transexual.

Concluiu, assim, o tribunal que manter a realidade biológica em detrimento da psicológica, social e morfológica, pois se trata de transexual operada que se assemelha perfeitamente ao sexo feminino, seria violar seu direito de viver

¹⁶² STJ. Recurso especial nº 1.008.398 – SP (2007/0273360-5). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=1008398+&b=ACOR>. Acesso em: 26 mar. 2016.

¹⁶³ Tal dispositivo legal permite a alteração do prenome por apelido público e notório conforme o art.109, §4º que determina a expedição de mandado judicial para retificar o assentamento mediante indicação precisa dos fatos a serem modificados.

dignamente. E nesse caso, fundamental expor que a cirurgia de redesignação sexual desempenhou papel primordial para a decisão do STJ.

Foi justamente a realização da operação que fez com que a corte entendesse ser apto o pedido de alteração de dados, de modo que o registro cumprisse seu papel de dar publicidade à vida social do indivíduo, e deferisse o recurso. A essencialidade da cirurgia foi decidida pela análise do direito comparado, especificamente da legislação de 1980 do direito alemão – hoje superada nesse ponto por países que mais recentemente regulamentaram a situação dos transexuais –, e por ser a transexualidade considerada um transtorno psiquiátrico incluído na Classificação Internacional de Doenças (CID-10) da OMS.

Entendeu-se que a alteração do sexo e do prenome seria tão importante quanto a adequação cirúrgica, sendo, inclusive, desdobramento que cabe ao direito assegurar. Por fim, quanto à argumentação de que o procedimento não é perfeito, por não constituir uma genitália idêntica e com as mesmas funcionalidades da natural, ressaltou-se que deve-se tomar cuidado com o estímulo a uma nova prática de eugenia social, como ocorreu no século passado na Alemanha durante o período do holocausto.

Percebe-se assim, a relevância dada à cirurgia nesse primeiro caso, e a construção de um pensamento que implica necessariamente que para ser um “autêntico” transexual, a pessoa tem que se submeter ao procedimento de transgenitalização, tido como o ponto central, o divisor de águas e a escolha automática de um transexual.

O segundo caso a ser mencionado foi julgado pelo STJ em 2004¹⁶⁴. Trata-se de pedido de alteração de registro de prenome e sexo deferido em primeira instância com a proibição de extração de certidões referentes à situação anterior, e a determinação de que tal informação só poderia ser dada ao próprio interessado ou mediante requisição judicial, que fez o Ministério Público (MP) recorrer contra a não publicidade do registro.

Tendo sido a sentença mantida no tribunal local, o MP então recorreu ao STJ apontando dissídio jurisprudencial, uma vez que outros tribunais afirmavam a necessidade da averbação, à margem do registro, de que a alteração fora oriunda

¹⁶⁴ STJ. Recurso Especial nº 678.933 – RS (2004/0098083-5). Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/Jurisprudencia%20Resp%20678.933.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

de decisão judicial, ocorrida após cirurgia de transgenitalização, e argumentando ainda que o segredo poderia implicar prejuízo a terceiro de boa-fé que viesse a se envolver com o recorrido.

O tribunal de segunda instância em relação a essa preocupação do MP havia explicado que o prejuízo de terceiro nesse caso seria o possível envolvimento emocional, sexual e a posterior descoberta de que a recorrida não era mulher “de nascimento”, que não poderia gerar filhos, relacionando o caso dos autos como a mulher estéril, e como essas não têm que registrar tal fato, pois enfrentariam discriminação e humilhação, a transexual também não precisaria. Até mesmo porque, em ambos os casos, os companheiros poderiam aceitar a condição por amor. Acrescentando ainda que suposições de prejuízo a terceiro não passam disso, hipóteses, que caso ocorressem no futuro a pessoa considerada ofendida que procurasse o remédio jurídico cabível.

O STJ ao analisar o caso citou Santo Agostinho para afirmar que todos estão sujeitos a mudanças, pois o único ser imutável é Deus, motivo pelo qual julgamentos sobre tais questões deveriam ser colocados “sempre debaixo do amor pela humanidade, naquele sentido agostiniano da natureza criada”¹⁶⁵, ou na civilização moderna sob a igualdade e “compaixão que deve unir todos os homens na realização plena de sua natureza pessoal e social”¹⁶⁶ de modo que não fosse permitida a discriminação da pessoa humana, nem a violação de sua dignidade e felicidade. Após tal análise, a corte superior esclareceu que no recurso em questão encontrava-se sob análise, não o direito de alteração do sexo no registro, mas se essa deveria ou não constar nos registros por meio de averbação de que ocorreu em face de cirurgia de transgenitalização.

Assim, em relação ao mérito do recurso considerou inadequada a comparação feita na instância inferior com a mulher estéril, pois a mulher que não pode gerar “tem a mesma benção da sua natureza daquela que pode”¹⁶⁷. De modo que só se poderia comparar o fato com circunstância que possuía a mesma origem,

¹⁶⁵ STJ. Recurso Especial nº 678.933 – RS (2004/0098083-5). p. 6. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/Jurisprudencia%20Resp%20678.933.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

¹⁶⁶ STJ. Recurso Especial nº 678.933 – RS (2004/0098083-5). p. 6. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/Jurisprudencia%20Resp%20678.933.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

¹⁶⁷ STJ. Recurso Especial nº 678.933 – RS (2004/0098083-5). p. 6. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/Jurisprudencia%20Resp%20678.933.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

em que o reconhecimento acontece “pela necessidade de ferimento do corpo” de modo que seu físico e sua apresentação fiquem conforme o rumo que voluntariamente escolheu seguir.

Inverte-se a ordem do que seria preconceito para dizer que “esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade”¹⁶⁸ e conclui que justamente por tal motivo não há razão para não constar no registro que a mudança decorreu de decisão judicial nascida da vontade da própria parte, além de que não se pode esconder a verdade no registro, para determinar que ficasse no registro que a alteração decorreu de decisão judicial.

Nesse mesmo sentido, temos mais recentemente o caso de homologação de sentença estrangeira que proibiu a menção de que a alteração do registro se deu por transexualidade para preservar a intimidade da pessoa, mas que o STJ em decisão monocrática¹⁶⁹ em 2013 entendeu que o registro público tem que ser fiel aos acontecimentos e tem que resguardar a segurança jurídica de suas informações para salvaguardar atos jurídicos já praticados e solucionar eventuais questões no âmbito do direito de família, previdenciário e até mesmo esportivo. Razão pela qual admitida é a averbação no livro do cartório e à margem do registro da decisão judicial, mas não a presença de tal informação nas futuras decisões do registro público para não violação da intimidade.

Assim, fundamental é o julgamento do RE nº 670.422 e da ADI nº 4275 pelo STF dando provimento ao recurso e à ação, visto que mesmo nas decisões mais atuais o STJ ainda considera necessária a realização de cirurgia para alteração de registro de transexual, e a anotação à margem do registro de que a alteração decorreu de decisão judicial e do termo “transexual”. Posição essa que não se justifica nem mesmo em nome da segurança jurídica, para eventual proteção de terceiros, e nem sob o argumento de que o registro deve dar publicidade e contar a veracidade da situação. E é esse o ponto que será analisado no próximo capítulo ao serem narrados casos de países que já regulamentaram os

¹⁶⁸ STJ. Recurso Especial nº 678.933 – RS (2004/0098083-5). p. 7. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/Jurisprudencia%20Resp%20678.933.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

¹⁶⁹ REsp 1043004. Há ainda sob esse assunto e com a mesma conclusão a Decisão Monocrática do REsp 876672 de 2010.

direitos dos transexuais e que lidam com tais questões de modo diferente, podendo servir de ponto de partida para o direito pátrio.

5

O direito à alteração do registro do nome e sexo em alguns países

O presente capítulo registra a questão transexual em alguns países. Tais países foram escolhidos conforme determinada peculiaridade de sua legislação que poderia vir a ser adaptada à realidade brasileira e integrada ao ordenamento jurídico pátrio na regulamentação dos direitos dos transexuais.

Deixamos de analisar a lei Tailandesa, país mais liberal na realização da feitura da cirurgia de transgentalização, considerando que, na verdade, lá se faz tal procedimento sem maiores dificuldades, com relação às pessoas maiores de idades. Portanto, basta a própria pessoa procurar diretamente a clínica médica e se submeter à cirurgia, a exemplo de como se faz plástica hoje no Brasil. Porém e com relação ao menor de idade, a cirurgia não é realizada, o que acaba por marginalizar os menores transexuais.

Assim, esperamos que também o Brasil possa alcançar este almejado nível de autonomia privada, mesmo porque, conforme consta deste trabalho, sequer há mais necessidade de se submeter a cirurgia para mudança de nome e de sexo.

5.1

Argentina: a Lei nº 26.743, de 2012

Em 2012 a Argentina promulgou uma das legislações sobre Identidade de Gênero mais avançadas do mundo. Já em seu artigo 1º, a lei afirma o direito de a pessoa ser tratada conforme sua identidade de gênero e de ser identificada em seus documentos conforme a identidade à qual ela se sente pertencente. Nessa mesma esteira, o artigo 13 determina que toda norma, regulamentação e procedimento respeitem o direito humano à identidade de gênero, não podendo limitar, restringir, excluir ou suprimir o exercício de tal direito, devendo-se sempre interpretar e aplicar as normas a favor do acesso a este.

O artigo 3º vem dispor que quando o prenome e sexo registrados não coincidirem com a identidade de gênero autopercebida, a pessoa poderá solicitar a retificação registral. Os requisitos para tanto estão previstos no artigo 4º, e é esse que merece aplausos, pois é a primeira legislação que dispensa a exigência de

realização de cirurgia de transgenitalização, de terapias hormonais ou de qualquer tratamento médico ou psicológico.

O artigo 11, em obediência ao direito de livre desenvolvimento da pessoa, determina que qualquer pessoa maior de 18 anos pode realizar todas as intervenções médicas e tratamentos para adequar seu corpo à sua identidade, sem qualquer necessidade de autorização judicial ou administrativa, bastando o consentimento da pessoa. As prestações de saúde contempladas nesse artigo restam incluídas no Plano Médico Obrigatório, ou no que o substitui.

Em relação à idade para a alteração ser efetuada, a princípio a lei estabelece os 18 anos, mas abre exceções para os menores de idade. Na hipótese de crianças e adolescentes desejarem alterar seu registro por ele não corresponder à sua identidade de gênero, basta que o procedimento seja realizado por seus representantes legais e com a expressa concordância do menor, levando-se em consideração os princípios da capacidade progressiva e do maior interesse da criança¹⁷⁰.

Ademais, o menor deverá contar com a assistência de seu advogado conforme prevê o artigo 27 da Lei 26.061¹⁷¹. E, na hipótese de um dos representantes legais não conferirem seu consentimento, é possível recorrer ao Judiciário para que os juízes decidam pelo procedimento sumaríssimo conforme os princípios já mencionados.

No que diz respeito à realização de cirurgia de menores de idade, além do consentimento, deve-se atentar para as peculiaridades citadas acima, e a concordância da autoridade judicial competente de cada jurisdição que deverá velar pelo melhor interesse da criança e do adolescente. A autoridade deverá manifestar-se dentro de 60 dias contados a partir do pedido.

Depois do cumprimento dos requisitos acima, a retificação do registro civil é feita sem qualquer necessidade de trâmite judicial. Após a solicitação da pessoa perante o Registro Nacional das Pessoas, o procedimento é iniciado pelo oficial público que notificará de ofício a retificação do sexo e prenome ao registro civil da jurisdição onde consta o registro de nascimento para que esse emita uma nova certidão de nascimento e uma nova carteira de identidade conforme a retificação.

¹⁷⁰ Princípios esses previstos na Convenção sobre os direitos da criança e na Lei 26.061 de proteção integral dos direitos das crianças e adolescentes.

¹⁷¹ A Lei nº 26.743 de 2012 da Argentina encontra-se disponível no endereço <http://www.tgeu.org/sites/default/files/ley_26743.pdf>.

Respeitando o direito à privacidade e intimidade, a legislação argentina proíbe ainda qualquer referência à lei de identidade de gênero na certidão retificada e novo documento de identidade expedido. E, indo mais além, estabelece que só terão acesso ao registro original de nascimento os que possuam autorização do titular do mesmo ou mediante ordem judicial escrita e fundamentada. De modo algum a mudança terá publicidade, salvo autorização do titular dos dados, sendo vedada inclusive a publicação nos diários oficiais.

Todo o trâmite para a alteração do registro do transexual é gratuito, pessoal e não exige a presença de advogados.

Note-se que os advogados somente são necessários para dar assistência à criança ou adolescente e quando o menor de idade não consegue obter o consentimento de um de seus representantes legais, e para tanto recorrem aos juízes.

Quanto aos efeitos da alteração do sexo e prenome, o artigo 1º esclarece que o número de identidade nacional deverá ser mantido, e o artigo 7º dispõe que a mudança será oponível a terceiros desde o momento de inscrição nos registros. Ademais, a titularidade de direitos e obrigações jurídicos prévios à mudança não serão alterados, assim como os provenientes das relações próprias do direito de família, que se manterão imodificáveis, incluída a adoção. Em todos os casos sobressairá o número de identidade nacional da pessoa em relação ao prenome ou aparência morfológica da pessoa.

O artigo 8º por sua vez estabelece que a retificação registral efetuada conforme a lei de identidade de gênero só poderá ser novamente alterada mediante autorização judicial.

No ano de 2014 a Fundação Huésped e a Associação de Travestis, transexuais e transgêneros da Argentina (ATTTA) realizaram um estudo que visava analisar o impacto dessa lei na vida das pessoas trans. E o resultado foi impressionante. Revelou-se que desde a promulgação da lei em 2012, mais da metade da população trans havia alterado seu registro civil.

Em relação à violência sofrida por mulheres trans detidas, a pesquisa concluiu que as estatísticas dos relatos de abuso físico e sexual por parte da polícia caíram de 48,3% e 43%, respectivamente, para menos de 10% após a nova lei entrar em vigor. Da mesma forma foi reduzido significativamente a porcentagem de pessoas trans que evitavam procurar um centro de saúde por

medo de sofrer discriminação. Pelas estatísticas as pessoas que evitavam os centros de saúde passaram de quase 50% para 5,3% em 2014.

A nova lei permitiu também à Argentina, em 2013, conferir uma nova identidade a uma criança de 6 anos conforme sua identidade de gênero, sendo o primeiro país em que uma criança teve esse seu direito garantido sem necessidade de processo judicial.

Apesar de todos os avanços, ainda há o que ser trabalhado. A pesquisa relata que grande parte da comunidade trans continua excluída do sistema formal de trabalho. As mulheres ainda continuam relegadas à prostituição, e os homens ainda apresentam um alto risco de suicídio, sendo que 5 em cada 10 já teve ideias suicidas, e 4 em cada 10 já tentaram suicídio. Porém, o país segue lutando pela sua população trans, e já há um projeto de lei que visa a facilitação da isenção de impostos a empresas que contratarem trabalhadores trans¹⁷².

5.2

Portugal: a Lei nº 07/2011

Foi a partir das conquistas alcançadas no âmbito do Poder Judiciário que os transexuais conseguiram a regulamentação de seus direitos pelo Poder Legislativo português. Os julgamentos dos pedidos de alteração de prenome e sexo tendo como causa a transexualidade ocorreram mediante todo o tipo de argumentação. As análises envolviam temas como a patologização da condição transexual; a extensão da efetividade da cirurgia de transgenitalização – especialmente quanto à esterilidade; a prevalência de um tipo de sexo; a cirurgia de redesignação sexual como automutilação ou como tratamento; o sexo como elemento fundamental da identidade, e, portanto, direito indisponível, ou direito humano integrador da dignidade da pessoa; a existência ou não de violação dos bons costumes; a existência ou não de lacuna na legislação portuguesa; e o papel do registro como fator de estabilidade social, e a correspondência deste com a realidade; e quem seria de fato transexual¹⁷³.

¹⁷² BBC Mundo. **Por qué Argentina lidera la revolución trans en el mundo**. Disponível em: <http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/05/140516_argentina_trans_derechos_revolucion_lgbt_irm>. Acesso em: 26 mar. 2016.

¹⁷³ Lima cita o Acórdão 16/1988, ao mencionar uma situação na década de 1980 em que o Supremo Tribunal de Justiça português deixou de se pronunciar em relação à alteração do sexo no registro civil para os transexuais. Em tal processo o Tribunal negou provimento à pretensão de Autor que já havia sido negada em primeira instância, e no Tribunal das Relações de Lisboa,

O fato é que na maioria das vezes o Tribunal da Relação de Lisboa, já considerava que, por não haver proibição legal, seria possível a mudança do registro civil¹⁷⁴, mas tal posicionamento não era unânime. Havia julgados no sentido de que a cirurgia de transgenitalização, não possibilitava a mudança efetiva de sexo, por isso, o registro não deveria ser alterado¹⁷⁵.

Assim, percebe-se claramente que as argumentações usadas na década de 1980 em Portugal para negar direitos aos transexuais coincidem muitas vezes com a argumentação do Poder Judiciário brasileiro atual, demonstrando quão anacrônicas são muitas de decisões brasileiras.

Depois de décadas de luta devido ao constante desrespeito dos direitos dos transexuais, o Projeto de Lei 319/XI foi proposto partindo dos direitos do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa humana; da inviolabilidade física e moral, e do direito à identidade pessoal; da ausência de legislação; e da necessidade de se interpor uma ação face ao Estado, que somado com o processo médico exigido, poderia durar até nove anos, sem garantia de que o resultado seria o respeito pela dignidade da pessoa humana, o projeto de lei foi proposto.

Assim propõe-se estabelecer procedimento administrativo para a obtenção de novos documentos de identidade de acordo com o gênero e nome escolhido. Além de dispor que a tramitação do pedido deveria ser analisada pelo Conservador dos Registos Gerais no prazo máximo de 60 dias, devendo a alteração do registro ser averbada no prazo máximo de 90 dias, contado da data de apresentação do pedido.

Ademais, sobre o mesmo tema a Proposta de Lei 37/XI apresentada é justificada pela necessidade que havia da proposição de ação em Tribunal para que o registro fosse alterado, o que à época já não ocorria em outros países, como Inglaterra, Espanha, Alemanha. Além do fato de o Conselho da Europa

por entender que o Autor não seria transexual, pois era casado e possuía um filho, e por isso seria somente uma pessoa que voluntariamente quis trocar de sexo (LIMA, João C. Coelho. *Transexualidade, Identidade e Casamento – Alguns problemas*. Em: **Scientia Iuridica**. Vol. L, t. 289, 2001).

¹⁷⁴ LISBOA. Tribunal da Relação de Lisboa. Processo 2518/2004-1. Rel. Folque de Magalhães. 22 de junho de 2004.

¹⁷⁵ LISBOA. Tribunal da Relação de Lisboa. Processo nº 0017910, documento nº RL198610060017910. 06 de junho de 1986.

recomendar há mais de 20 anos aos Estados-Membros a regulamentação da situação dos transexuais.

A Proposta de Lei 37/XI e o Projeto de Lei 319/XI foram reunidos, mas sofreram proposta de alteração, por meio de Proposta de Substituição, que foi votada e resultou na promulgação da Lei nº 07/2011 que veio confirmar a autorização de alteração registral de transexual já defendida há anos por juízes e doutrinadores diante da Constituição portuguesa e das leis que já existiam.

O fato é que não fossem as artimanhas interpretativas usadas para justificar o preconceito resultante muitas vezes do desconhecimento do assunto, da intolerância com o diferente, com o que não se encaixa no padrão de normalidade, a lei não seria necessária para garantir direitos já garantidos pela legislação até então em vigor¹⁷⁶.

A nova lei portuguesa tem resumidamente como requisitos para a efetivação da substituição do prenome e sexo no registro civil (i) a idade mínima de 18 anos (art. 2º) e (ii) um relatório médico multidisciplinar do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero (art. 3º).

O transexual que resolve iniciar o processo para a mudança de sexo em seu registro deve apresentar um requerimento no Registro Civil acompanhado do relatório médico que ateste o transtorno de identidade de gênero. Tal relatório deve ser subscrito por um médico e um psicólogo que trabalhem na mesma equipe de sexologia clínica no mesmo estabelecimento, seja este privado ou público, português ou estrangeiro (art. 3º).

¹⁷⁶ Lima ensina que a legitimação da readaptação corporal e da mudança do registro de nascimento encontram fundamentos na própria Constituição da República Portuguesa (CRP), no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º da CRP), na inviolabilidade da integridade física e moral da pessoa humana (art. 25º, n. 1º da CRP), e no direito à identidade pessoal (art. 26º, n.º 1 da CRP). O autor ressalta igualmente o art. 25º, n. 1º da CRP que dispõe sobre a proteção a integridade física e psíquica, e que impõe ao Estado a vedação à interdição dos meios necessários à proteção de tais integridades. Destaca ainda o direito à identidade pessoal que engloba a sexualidade, e permite a cada pessoa a afirmação social das características essenciais de sua personalidade.

Quanto à legalidade da cirurgia Lima ensina que o Código Penal português proíbe a intervenção médica sem consentimento do paciente, conforme o disposto no art. 150º e 156º, mas quando o transexual vai realizar a cirurgia ele dá a autorização ao médico. E em relação à esterilização que resultaria como consequência da cirurgia, Lima defende que a lei 13/84, pelo art. 10º, permite a esterilização voluntária de maiores de 25 anos, se houver declaração de vontade do interessado; e do menor de 25 anos por razão terapêutica. Por ser a transexualidade classificada como doença, o doutrinador esclarece que quando a pessoa for menor de 25 anos, não haverá problema, pois será medida terapêutica (LIMA, João C. Coelho. Transexualidade, Identidade e Casamento – Alguns problemas. Em: **Scientia Iuridica**. Vol. L, t. 289, 2001).

Em caso de dupla nacionalidade, e a mudança tiver sido feita no outro Estado, essa é reconhecida pelo Estado português (art. 6º).

No que diz respeito à condição de a pessoa não ser casada, Portugal legalizou o casamento entre pessoas homossexuais, portanto a pessoa pode manter seu casamento e ter seu registro alterado. Conquanto, o registro de casamento é alterado para constar o novo sexo e novo nome do transexual mediante a autorização do cônjuge (art. 4º).

Em relação à filiação o registro de nascimento dos filhos maiores pode ser alterado desde que haja requisição dos mesmos para que conste o novo registro do pai ou da mãe (art. 5º).

O acesso à modificação do registro na hipótese de essa ocorrer devido à transexualidade é restrita à própria pessoa, aos herdeiros, às autoridades judiciais ou policiais para investigação ou instrução criminal (arts. 4º e 5º). Desse modo, a privacidade do transexual fica protegida perante o público em geral (art. 1º).

5.3

Alemanha: a lei de 1980 e suas inconstitucionalidades

A Alemanha, em 10 de setembro de 1980, passou a permitir a alteração registral de transexual por dois meios, e justamente devido à evolução dos estudos sobre a transexualidade, requisitos considerados atualmente desnecessários, e até mesmo violadores da dignidade da pessoa humana já foram afastados, como será explicado à frente.

A chamada solução menor permite que o transexual, em um primeiro momento, sem se submeter à cirurgia de redesignação, mude seu nome. Exige, entretanto, que a pessoa viva há pelo menos três anos de acordo com o sexo oposto, e que entregue à sua Corte Regional dois relatórios independentes de profissionais que confirmem a grande improbabilidade do transexual mudar o sentimento de pertencimento ao gênero escolhido. Não obstante, ao mesmo tempo, prevê a possibilidade de pedido de anulação da alteração do nome caso a pessoa se arrependa posteriormente.

Esse ponto é extremamente relevante, pois foi usado para garantir o direito e não como argumento contrário a ele sob o pretexto de que poderia gerar insegurança jurídica e facilitar casos de fraude.

Por outro lado, a normatização alemã prevê que:

O nome também pode ser revertido para o anterior involuntariamente em algumas circunstâncias, como a hipótese de o indivíduo ter uma criança mais de trezentos dias após a mudança de nome ter se tornado oficial, ou caso o indivíduo se case novamente. A solução menor se torna automaticamente inválida se o peticionante se casar logo após o reconhecimento de seu novo nome.¹⁷⁷

A chamada solução maior envolve o requerimento por parte do transexual do atestado de que pertence ao sexo oposto ao qual nasceu. Todavia, essa solução exige a comprovação de que a pessoa viva há pelo menos três anos conforme os padrões comportamentais do sexo a que quer pertencer; tenha 25 anos ou mais; não seja casada; seja permanentemente incapaz de reproduzir; e tenha se submetido à cirurgia que aproxime sua aparência à do gênero que escolheu. Ademais, essa solução não admite a retratação como a anterior por considerar a cirurgia irreversível. E como o casamento é proibido, não há previsão de invalidação do reconhecimento do novo gênero.

A exigência de não ser casado caiu definitivamente por terra quando o Tribunal Constitucional alemão¹⁷⁸ declarou inconstitucional a parte da legislação que não permitia transexuais casados alterarem seu registro, determinando a alteração da lei antes do final de agosto de 2009, de modo a autorizar que o casamento fosse mantido após a realização da mudança de gênero¹⁷⁹.

¹⁷⁷ KNOTT, Gregory. **Transsexual Law Unconstitutional**: German Federal Constitutional Court Demands Reformation of Law Because of Fundamental Rights Conflict. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1433019>. Acesso em: 23 mar. 2016. No original: “The name change can also be reversed involuntarily in certain circumstances, such as if the individual has a child more than three hundred days after the name change becomes official, or if the individual marries again.102 The minor solution becomes automatically invalid if the petitioner enters into a marriage following the recognition of the new name”.

¹⁷⁸ KNOTT, Gregory. **Transsexual Law Unconstitutional**: German Federal Constitutional Court Demands Reformation of Law Because of Fundamental Rights Conflict. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1433019>. Acesso em: 23 mar. 2016.

¹⁷⁹ Ao analisar a situação a Corte Constitucional chegou à conclusão de que a exigência da dissolução do casamento seria inconstitucional, pois faz com que o transexual tenha que escolher entre dois direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, quais sejam, integridade pessoal e casamento.

A Corte afirmou que o divórcio se dá quando um casamento falhou, e no caso analisado isso não havia acontecido. A exigência do divórcio era somente para se evitar o casamento de pessoas do mesmo sexo.

Decidiu-se ainda que os efeitos do requisito de não ser casado para se dar a mudança de gênero afeta não somente o transexual, mas também o cônjuge. Além de ter ressaltado que um divórcio forçado seria desrespeitar o direito constitucional ao casamento, direito esse que está sob a proteção do artigo 6º da Constituição, alemã, e que por isso tem proteção ilimitada.

Knott explica que a corte sugeriu duas soluções para o Parlamento resolver a questão:

“Primeiramente o governo poderia permitir que o casamento de transexual mantivesse a mesma forma legal, ou seja, o parlamento poderia desistir do requisito do não casamento presente na lei dos transexuais. O Tribunal considerou essa opção viável, devido ao pequeno número de pessoas nessas situações. Alternativamente, o governo poderia permitir que o casal transexual

No que diz respeito à idade mínima de 25 anos, algumas cortes regionais já a ignoravam mesmo antes de a Corte Constitucional decidir que era desnecessária, por ser um tratamento que injustificadamente tratava desigualmente as pessoas.

McNab (1999) defende que a cirurgia não necessitaria ser de modificação da genitália, pois a exigência da lei é de que tenha se submetido a cirurgia capaz de fazer com que a pessoa pareça pertencer do outro sexo. O motivo de tal alegação é que nem todas as pessoas têm a saúde boa o bastante para se submeter a tal cirurgia. Porém, com a declaração de inconstitucionalidade desse requisito pela Corte Constitucional, a discussão se tornou irrelevante na Alemanha.

Restou decidido que a cirurgia de redesignação de gênero não é exigida para todos os casos de transexualidade, e não se deve obrigar uma pessoa a se submeter a uma cirurgia que poderia não ser indicada para ela.

Quanto à infertilidade forçada, a Corte decidiu que essa violaria os direitos de autodeterminação sexual da pessoa e à integridade física, protegidos no art. 2º da constituição alemã.

Knott (2010) lembra ainda que as mudanças na lei em relação à adoção e às relações civis homoafetivas tornaram o requisito de infertilidade ainda mais irrelevante.

Outra regra fundamental da lei alemã dispõe que a partir da decisão que altera o sexo, o transexual deve ser considerado como pertencente ao outro sexo, e todos os seus direitos e deveres que dependam do sexo serão de acordo com o sexo escolhido.

Ademais, é estabelecido na legislação que as relações de paternidade e maternidade anteriores às mudanças não devem ser afetadas. Do mesmo modo, direitos a pensões e outros benefícios anteriores à mudança devem permanecer iguais, inclusive a pensão de ex-cônjuge.

continuasse sua relação como uma parceria, desde que retenha todos os direitos oferecidos pelo casamento” (KNOTT, Gregory. **Transsexual Law Unconstitutional**: German Federal Constitutional Court Demands Reformation of Law Because of Fundamental Rights Conflict. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1433019>. Acesso em: 23 mar. 2016, p.16/17, tradução livre).

Enquanto o parlamento não toma sua decisão, a lei não será aplicável e no caso posto em questão, o casal continuaria casado.

5.4

Reino Unido: a Lei de Reconhecimento de Gênero de 2004

O Reino Unido possui uma lei chamada Ato de Reconhecimento de Gênero¹⁸⁰, que para Hammerberg (2011) possui como raciocínio implícito a ideia de que o desconforto que as pessoas sofrem por não entenderem o motivo do tratamento hormonal e dos anseios dos transexuais, não serve de justificativa para que o Estado deixe de cumprir seu dever de garantir a integridade física das pessoas, e nem impeça a qualquer pessoa o direito de ter uma família.

Assim, não se exige a submissão a tratamentos hormonais ou qualquer tipo de cirurgia para que seja obtido o reconhecimento oficial do gênero escolhido. Para obter a alteração requisitada basta que seja demonstrado à autoridade competente – no caso a equipe de Redesignação de Gênero – que a pessoa sofre de disforia de gênero.

A partir dessa regra, quem não consegue ter acesso à cirurgia de redesignação de sexo, ou não quer fazê-la, consegue ao menos realizar a mudança de nome e gênero nos documentos que usa no dia a dia, como carteira de identidade e de motorista, o que já significa muito, pois afasta o constrangimento que os transexuais geralmente sofrem ao apresentarem alguma identificação.

Após dois anos da mudança dos documentos acima e com o diagnóstico médico de distúrbio de identidade de gênero é possível obter a certidão de reconhecimento de gênero. Somente após a obtenção da referida certidão é possível trocar o sexo no registro de nascimento, mesmo sem a realização de cirurgias ou tratamentos hormonais.

A primeira certidão de nascimento continua a existir, mas não apresenta qualquer referência à certidão que reconhece o novo gênero ou à nova certidão de nascimento. Somente algumas agências autorizadas com permissão judicial podem ter acesso ao Registro de Reconhecimento de Gênero onde se mostra a conexão entre as certidões, mas que é inacessível ao público em geral.

Isso é um ponto essencial, pois garante a privacidade e o direito à intimidade da pessoa, e derruba os argumentos de que as alterações poderiam resultar em fraudes e crimes.

¹⁸⁰ Gender Recognition Act 2004, que veio após a Corte de Direitos Humanos dizer em 2002 sobre o fracasso do governo em reconhecer os direitos dos transexuais, o que violaria a Convenção Europeia de Direitos Humanos incorporada no direito britânico.

Além disso, a cirurgia de esterilização também não é exigida.

Quanto ao casamento, a legislação já deixa a desejar. O que importa para os transexuais é o sexo constante no registro. Assim, quem já teve o registro de nascimento alterado pode casar com pessoa do sexo oposto do sexo escolhido. Porém, caso a mudança não tenha sido feita na certidão de nascimento, o casamento só é permitido com pessoa do sexo oposto a seu sexo original.

Na hipótese de o transexual ser casado quando requerer a mudança de gênero é necessário que primeiro dissolva seu casamento. Após a mudança, como terá o mesmo gênero que seu ex-cônjuge, não poderá se casar novamente, somente poderá constituir uma união civil que, apesar de ter direitos muito similares ao casamento, não é a mesma coisa que este.

Caso a nova certidão seja emitida e o transexual seja casado, seu casamento é anulável. No entanto, a lei prevê que a anulabilidade não será declarada, a não ser que se verifique que o processo tenha sido apresentado dentro de seis meses a contar da data da mudança completa de gênero.

Nota-se, portanto, certa inconsistência na norma acima. A intenção é evitar casamento entre pessoas do mesmo gênero. Ora, como já explicado, se a pessoa não tem a certidão de nascimento alterada poderá se casar com alguém que teoricamente tem o sexo oposto a seu sexo original, mas na realidade essa pessoa possui o mesmo gênero do transexual, e o casamento seria na prática um casamento homoafetivo. Só pelo formalismo do que está escrito no papel é que seria heteroafetivo.

O Reino Unido possui ainda a política de documentar o número de crimes de ódio cometidos em face de transexuais, e possui práticas desenvolvidas que buscam garantir que todos esses crimes sejam investigados.

Em relação à proteção dos trabalhadores transexuais, também protegendo a privacidade e intimidade da pessoa, a lei proíbe aos empregadores que exijam conhecer o histórico sexual dos empregados, e o sindicato UNISON desenvolveu diretrizes para os empregadores para proteger os transexuais.

No que diz respeito às pensões de aposentadoria, permite-se que uma pessoa do sexo masculino que altere seu gênero para o feminino tenha sua aposentadoria como qualquer pessoa tida como mulher desde o nascimento. A lei regula ainda todos os outros tipos de pensões dados pelo governo, e dispõe que os testamentos

feitos antes da data da realização da alteração do gênero não serão afetados pela mudança de gênero.

5.5

Espanha: a Lei de Identidade de Gênero de 2007

A primeira medida tomada pela Espanha para proteção dos transexuais aconteceu em 1983, quando o Código Penal Espanhol foi modificado para que a cirurgia de mudança de gênero não mais constituísse ofensa à lei penal. No entanto, tal mudança legislativa não garantia direitos aos transexuais, que tinham que recorrer ao Poder Judiciário para ver suas necessidades atendidas.

Diante da falta de legislação, a jurisprudência espanhola até poucos anos atrás admitia a troca do sexo desde que obedecidos alguns requisitos médicos, como a cirurgia de redesignação de sexo, e outros judiciais, como decisão judicial que confirmava a troca. Mediante a mudança do sexo no registro civil, caso o transexual quisesse um dia se casar, o casamento era permitido com pessoa que tivesse o sexo oposto ao adotado após a cirurgia.

Desde 2007, a Espanha possui legislação que regula os direitos dos transexuais. Tal lei é conhecida como Lei de Identidade de Gênero¹⁸¹ e garante tanto a mudança de nome quanto a de gênero aos transexuais. Entretanto, para que a mudança seja possível é necessário que seja demonstrado por um laudo médico a discrepância entre o sexo biológico e o psicológico, além da prova de que o transexual vem se tratando há pelo menos dois anos. Por outro lado, não há necessidade da realização da cirurgia de transgenitalização, respeitando a integridade física e evidenciando não ser justificável a intervenção da vida privada.

A legislação espanhola, aprovada por unanimidade no Senado, é usada para demonstrar a imprescindibilidade de término dos processos judiciais em que os transexuais ficam sujeitos à discricionariedade dos juízes.

Já em relação ao casamento, é importante destacar que desde 2005 a Espanha possui lei que legaliza o casamento homoafetivo e a adoção por esses casais, tendo tal lei tida sua constitucionalidade confirmada em 2012 pelo Tribunal Constitucional espanhol.

¹⁸¹ Ley de Identidad de Género.

6 Desjudicializando o sujeito transexual

6.1

O conflito, raízes culturais e históricas – Caracterização e inclusão da transexualidade no discurso do Direito

Neste momento, calha a manifestação crítica de Pereira Leal que se aplica, com perfeição, aos transexuais e suas lutas rumo à inclusão no discurso do Direito – que insistia (e ainda insiste) – principalmente antes das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, autorizadas da cirurgia de transgenitalização, sem necessidade de autorização judicial, em negar-lhes a possibilidade de alteração do nome e do gênero, por aspectos principalmente morais e religiosos,

O direito, no curso dos milênios, é peça (fetiche) de ocultação dos problemas fundamentais do homem, ora como mera superestrutura normativa e estratégica dos fenômenos socioeconômicos, ora como instrumento de homologação das ‘forças de vontade’ das autocracias monárquicas, dinásticas, parlamentares, republicanistas, liberais e assistencialistas.¹⁸²

Não é correto aceitar passivamente o prevalecimento desse conservadorismo como algo natural e intocável, a ponto de afirmar, como o faz Monteiro, que o “direito possui natureza intrinsecamente conservadora”¹⁸³, explicando tal colocação do seguinte modo: “o Estado existe para manter e conservar um determinado *status quo*. E o instrumento utilizado para manter e conservar uma determinada ordem das coisas é precisamente o Direito”.

O Direito não pode de maneira alguma ser instrumento de engessamento de condutas e deve encampar o mais rapidamente possível as modificações, mormente quando inclusivas. E, nesta hipótese, fosse o Judiciário menos conservador, desempenharia papel relevante, principalmente se encampasse – sempre se utilizando de uma interpretação finalística ou teleológica – de imediato, os fatos sociais, adequando a legislação ao momento presente.

O Estado, no estágio atual do Direito, não pode impedir o exercício da autonomia privada, suprimindo a subjetividade e o desenvolvimento da

¹⁸² LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processos**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 2.

¹⁸³ MONTEIRO, Arthur Maximus. Direito ao nome da pessoa natural no ordenamento jurídico brasileiro. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 359.

personalidade. A autônima privada há que ser entendida como instrumento de realização da dignidade humana.

Lado outro, urge destacar-se que a inclusão do transexual no discurso do Direito está diretamente relacionada com o tratamento jurídico reservado ao corpo humano. A esse respeito, Schreiber¹⁸⁴ esclarece que,

Visto, por muitos séculos, como uma dádiva divina, o corpo humano era considerado como merecedor de uma proteção superior aos desígnios individuais. O pensamento moderno rompeu com essa perspectiva, recolocando gradativamente a integridade corporal no campo da autonomia do sujeito. Nesse sentido, passou-se a falar em ‘direito ao corpo’, expressão que procura enfatizar que o corpo deve atender à realização da própria pessoa, e não aos interesses de qualquer entidade abstrata, como a Igreja, a família e o Estado.

Com efeito, os direitos de personalidade são “situações básicas do homem reconhecidas pela lei civil”¹⁸⁵ e estão elencados no Código Civil, direcionando especialmente os particulares. Não obstante, o direito à personalidade no ordenamento jurídico pátrio está diretamente atrelado à dignidade da pessoa humana, esclarecendo Monteiro¹⁸⁶ que “é pressuposto da dignidade o reconhecimento mesmo do ser humano como *pessoa*. Sem isso, todas as garantias e direitos fundamentais destinados a protegê-la perdem sua razão de ser”.

A Constituição atual, em seu artigo 1º, inciso III, estabelece que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, a soberania, a cidadania, dentre outros citados naquele dispositivo constitucional. Entretanto, há que se ressaltar que a dignidade da pessoa humana não é apenas mais um dos fundamentos de nossa República, mas sim o alicerce de toda ordem constitucional. Os direitos destinados à tutela das liberdades individuais são derivados ou pressupõem a dignidade da pessoa humana.

Por consequência, dignidade e personalidade são conceitos que devem ser entendidos conjuntamente. Personalidade não é apenas “um novo reduto do poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercida a sua titularidade”¹⁸⁷. É na verdade

¹⁸⁴ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 32.

¹⁸⁵ ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais**: introdução geral. Estoril: Princípia, 2007, p. 32.

¹⁸⁶ MONTEIRO, Arthur Maximus. Direito ao nome da pessoa natural no ordenamento jurídico brasileiro. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 364.

¹⁸⁷ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 53.

o “valor máximo do ordenamento”¹⁸⁸ e, apesar de sobressair sua garantia do Código Civil, afirma Tepedino¹⁸⁹ que há uma “cláusula geral de tutela da personalidade” a exigir do intérprete a prioridade da dignidade, “seja qual for o âmbito de aplicação de determinada norma: econômico, social ou jurídico”¹⁹⁰.

Ao citar Gustavo Tepedino, Monteiro explica que

a chamada cláusula geral de tutela permite a proteção dos direitos da personalidade em todas as situações em que a violação ou uma ameaça de violação ponha em xeque sua existência. Daí por que, como leciona Francisco Amaral, a proteção dos direitos de personalidade, no ordenamento brasileiro, dá-se nos níveis constitucional, penal e civil.¹⁹¹

O Código Civil, por sua vez, contemplou numa abordagem restritiva o direito à integridade psicofísica com relação aos atos de disposição do corpo humano, cuidando apenas da relação entre a proteção ao corpo e a vontade do seu titular, buscando determinar em quais ocasiões pode a pessoa dispor no todo ou em parte do próprio corpo.

Assim, e considerando que os transexuais buscavam o Poder Judiciário para se submeterem à cirurgia de extirpação ou construção de uma genitália, necessariamente o discurso era sobre esse ato de disposição de parte do corpo e, por consequência, se era possível a autorização prévia do juiz para que os médicos pudessem fazer a cirurgia. Em se tratando de menores ou incapazes, a discussão ainda podia envolver o que deveria ser feito quando os responsáveis legais se recusassem atender a “vontade” dessas pessoas.

O fato é que o artigo 13 do Código Civil regulamentou a questão relativa à disposição do próprio corpo, deixando para os médicos a tarefa de permitir o ato de disposição, mesmo que esse importe em diminuição permanente da integridade física ou que contrarie os “bons costumes”. Consequentemente, diante da redação

¹⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 53.

¹⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 54.

¹⁹⁰ MONTEIRO, Arthur Maximus. Direito ao nome da pessoa natural no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 364-365.

¹⁹¹ MONTEIRO, Arthur Maximus. Direito ao nome da pessoa natural no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 365

desse dispositivo legal, o transexual fica à mercê da decisão do médico¹⁹² para se submeter à cirurgia.

Nesse contexto, Schreiber¹⁹³ ressalta que três importantes críticas são direcionadas a esse art. 13 do Código Civil, por ele resumidas da seguinte maneira:

(i) primeiro, ao autorizar qualquer disposição do próprio corpo por ‘exigência médica’, o art. 13 parece elevar a recomendação clínica a um patamar superior a qualquer avaliação ética ou jurídica; (ii) segundo, ao vedar a disposição do próprio corpo que importe ‘diminuição permanente da integridade física’, o art. 13 sugere, *a contrario sensu*, que estariam autorizadas reduções não permanentes, o que se mostra extremamente perigoso; (iii) terceiro, o art. 13 alude à noção de ‘bons costumes’, ideia vaga e imprecisa, que pode causar sérias dificuldades em um terreno que sofre decisiva influência de inovações tecnológicas e científicas.

Com relação à expressão “bons costumes”, em se tratando de direito à vida, afigura-se extremamente vaga, ampla e dependente sempre de juízo de valor. Qualquer comportamento que não seguir um modelo preconcebido pelos conservadores, poderá ser rotulado de contrário aos “bons costumes”. Tal expressão é excludente por ser inibidora da livre manifestação das pessoas e, por conseguinte, cerceadora de liberdades tendo por finalidade repelir tudo que é novo ou diferente.

Sobre o equívoco de se interpretar literalmente o art. 13 do Código Civil, basta lembrar, por exemplo, que para alguns até hoje a tatuagem ou a decoração do próprio corpo vão de encontro aos “bons costumes”.

Na literalidade do art. 13 a *body art* (arte corporal), modo antiquíssimo de manifestação cultural, intelectual e política, estaria fadada ao insucesso e poderia ser proibida, e nem poderíamos sequer pensar na *body modification* – variadas formas de modificação deliberada do próprio corpo –, a exemplo do que pretendeu Erik Sprague, o homem-lagarto¹⁹⁴.

Schreiber¹⁹⁵ ressalta ainda, ao criticar o art. 13 do Código Civil, no que tange às práticas que podem ser consideradas contrárias aos bons costumes,

¹⁹² Lembrando que como já explicado anteriormente a medicina ainda trata a transexualidade como patologia e estabelece inúmeros requisitos para a realização da cirurgia, podendo inclusive ao final do processo negar ao transexual a realização da cirurgia.

¹⁹³ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2014, p. 34.

¹⁹⁴ Erik Sprague submeteu-se a sucessivas cirurgias com a finalidade de se assemelhar a um lagarto.

¹⁹⁵ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2014, p. 37.

Práticas como o *body art* e o *body modification* não podem ser tratadas como ameaças capazes de atrair a rejeição do direito, por mais repulsivas que possam se afigurar ao senso estético dominante. Em uma sociedade plural, conceder aptidão proibitiva a uma noção tão imprecisa como a de ‘bons costumes’ implica frear atitudes que podem vir a configurar modos inovadores de expressão artística, de manifestação intelectual ou de simples entretenimento.

Também se verifica que o Código Civil brasileiro se preocupou com as diminuições permanentes da integridade física, olvidando tutelar as partes destacadas do corpo, a exemplo de utilização de salivas para feitura de DNA¹⁹⁶, admitindo, assim, o art. 13 do Código Civil toda diminuição física temporária.

Em uma interpretação literal desse aludido artigo, “toda diminuição definitiva da integridade física estaria vedada, com exceção daquelas motivadas por ‘exigências médicas’”¹⁹⁷ o que impediria a realização de cirurgias plásticas exclusivamente embelezadoras e até mesmo a depilação definitiva, considerando que não há necessidade de se realizar tais cirurgias, e a exigência médica não pode ser despida de atributo.

Ademais, o art. 13 acaba estimulando uma abordagem patológica de certas situações culturais e sociais, como aconteceu com as cirurgias de transgenitalização, ainda hoje analisadas com desconfiança por vários juízes. Conforme demonstrado *supra*, as cirurgias de transgenitalização são autorizadas mediante o “diagnóstico de disforia de gênero” em razão de “desconforto com o sexo anatômico natural”, conforme consta das Resoluções editadas pelo Conselho Federal de Medicina.

A última Resolução, de nº 1.955/2010, ainda considera “o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio”. Portanto, como já mencionado, é o transexual para a Medicina – e para parte do Poder Judiciário – uma pessoa doente que necessita de cura, principalmente se analisarmos essa aludida Resolução em consonância com o art. 13 do Código Civil – eis que este procedimento somente poderá ocorrer se um médico atestar o estado patológico do paciente.

¹⁹⁶ Como abuso perpetrado pela própria autoridade pública, de destacar-se o caso de Roberta Jamilly Martins Costa (Vilma), que teve a saliva coletada em guimbas de cigarros fumados e, contra sua vontade, submeter-se ao exame de DNA. Outro caso é o de Gloria Trevi, que também não quis fazer o exame de DNA, entretanto, teve a sua placenta coletada no momento do parto e congelada para posterior realização do exame, atitude esta acobertada pelo STF, conforme relata Schreiber (**Direitos da Personalidade**. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2014, p. 38-40).

¹⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2014, p. 43.

Assim, e não obstante a cirurgia não mais carecer de prévia autorização judicial, o discurso com relação ao transexual, inclusive pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, ainda é extremamente conservador, ao considerar a autodeterminação de gênero como uma doença.

O indispensável debate jurídico e ético em torno da autonomia corporal restou diminuído a uma discussão supostamente técnica, a ser resolvida por intermédio de um atestado médico, e não encampou que tal cirurgia não pode ser obrigatória para a pessoa ser considerada transexual.

Este deslocamento do foco da discussão para a “exigência médica” acabou não enfrentando outras questões, principalmente a necessidade de celeridade e desburocratização do processo de alteração dos dados no registro civil, sem que haja necessidade de judicialização da questão, pois a identidade de gênero não se expressa só na alteração da aparência, mas no prenome e gênero da pessoa, que também são elementos de sua personalidade.

Tannuri e Huydler¹⁹⁸ demonstram o sofrimento da transexual, ao esperar pelo procedimento médico e, depois, pela autorização judicial para mudança de nome e do gênero sexual, afirmando que,

Certo é que tanto o procedimento médico quanto o judicial para adequação do registro civil continuam sendo demorados e altamente burocráticos, de modo que, enquanto perduram, a transexual permanece permeada de incertezas e do sofrimento advindo do estigma social vivenciado no seu dia a dia. Somam-se as histórias de transexuais que não conseguem um emprego em razão da incompatibilidade entre sua fisionomia e o seu nome inscrito no documento; que possuem dificuldade em lidar com situações rotineiras em razão do medo de se expor a situações vexatórias; inclusive a própria violência no âmbito doméstico e familiar, restando praticamente desamparada e desprovida de políticas públicas em seu favor.

As observações feitas pelos dois eminentes doutrinadores com relação à dificuldade de aceitação dos transexuais na sociedade, evidentemente se aplicam tanto ao transexual masculino como ao feminino.

¹⁹⁸ TANNURI, Cláudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomelli. A aplicação da Lei Maria da Penha como forma de proteção às transexuais femininas: uma questão de gênero e dignidade. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**. v. 12 (nov./dez). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, bimestral, p. 102.

6.2

Jurisdição civil e jurisdição contenciosa

A desjudicialização da questão envolvendo os transexuais é de suma importância para inclusão real e imediata dessas pessoas na sociedade, principalmente considerando toda a burocracia judiciária e o fato de que mesmo antes da realização da cirurgia a discussão de gênero já estava resolvida, não carecendo mais de ser enfrentada em sucessivos e desnecessários rituais. Ademais, porque a adequação do prenome e gênero no registro civil ocorre por meio do procedimento de jurisdição voluntária, e não pela jurisdição contenciosa, e, conforme a doutrina processual brasileira, a diferença entre jurisdição voluntária e contenciosa há que ser resolvida no plano do Direito material.

Na jurisdição voluntária não há pretensão resistida, portanto, não haverá ação, partes e coisa julgada. É na verdade o Estado exigindo que as pessoas levem seus anseios ao Judiciário para que seus atos e negócios possam produzir o efeito jurídico almejado. Trata-se da desconfiança do Estado que exige a fiscalização dos atos das partes, porém tal exigência vai de encontro ao princípio de intervenção mínima e ao princípio da autonomia privada em uma situação em que, na verdade, não deve haver qualquer intervenção.

Nota-se que todos os atos de jurisdição voluntária poderiam ser resolvidos diretamente nas repartições públicas respectivas ou em Cartório. Ora, se não há litígio, desnecessário é a judicialização de tais questões. Temos como exemplo de desjudicialização as questões referentes à separação, divórcio, extinção de união estável e inventário, desde que consensuais.

Lopes da Costa¹⁹⁹ esclarece “que os feitos da chamada jurisdição voluntária estão distribuídos entre autoridades administrativas e autoridades judiciárias, sem embargo de sua natureza permanecer a mesma – administrativa”, para logo a seguir concluir que “o critério de distribuição é mais político do que jurídico”. De modo que podem os atos da jurisdição voluntária serem predominantemente administrativos.

O Ministro Luiz Felipe Salomão²⁰⁰, alicerçado nas lições de Rodrigues²⁰¹, deixou expresso no item 5 da ementa do acórdão abaixo citado:

¹⁹⁹ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada** (Jurisdição Voluntária). Belo Horizonte: Bernardo Alves, 1961, p. 70.

²⁰⁰ Recurso Especial nº 1.181.930 – SC (2010/0032820- 6, data do jul. 10/11/2015).

Ademais, é bem de ver que os serviços dos cartórios extrajudiciais têm por escopo desempenhar a publicidade e eficácia de atos jurídicos previstos nas leis civis e mercantis, por isso compreende modalidade de administração pública do direito e de interesses privados, tendo o duplo escopo de proteger e assegurar interesses distintos, o social e o privado. O interesse ali verificado transborda a esfera dos indivíduos diretamente envolvidos.

Bedaque²⁰² após esclarecer que a distinção entre jurisdição contenciosa e voluntária é realizada considerando o próprio direito material, acrescenta:

A administração pública de interesses particulares realizada pelo Poder Judiciário (jurisdição voluntária) ocorre naqueles casos em que o legislador, levando em conta a relevância dos interesses em jogo, exigiu que o acordo de vontades realizado pelos titulares fosse examinado por um órgão jurisdicional. Este não substitui a vontade das partes, que a manifestam expressamente; nem age como o objetivo de autuar a vontade concreta da lei, o que já foi feito pelos interessados. Dentre os escopos da jurisdição, na voluntária encontra-se apenas o social.

Ao dizer que “dentre os escopos da jurisdição, na voluntária encontra-se apenas o social”, Bedaque²⁰³ não esclarece, na obra citada, o que seria esse escopo social da jurisdição voluntária. Justamente pela falta de explicação do termo usado, e por a transexualidade envolver direitos individuais de personalidade fundamentados na dignidade da pessoa humana, reafirmamos que a presença do juiz, para decidir o que já está resolvido, é desnecessária e desumana nesse caso. Ele decidiria algo já resolvido, uma situação em que nada mais haveria a ser decidido.

Realizada a cirurgia de transgenitalização, a alteração registral é questão meramente administrativa, de mera publicidade do ato, a ser resolvida extrajudicialmente, como já ocorre com a realização do casamento, transmissão de domínio sobre bens imóveis e constituição de sociedade. Todas essas questões também repercutem socialmente, mas isso não as impede de serem realizadas extrajudicialmente.

Ademais, importante relembrar um ponto já discutido em capítulo anterior, mas que merece reforço. A alteração do nome no registro civil em virtude de transgenitalização enfrenta injustificada oposição no Judiciário, e em várias decisões prevalecem as opiniões pessoais e homofóbicas dos magistrados.

²⁰¹ RODRIGUES, Marcelo. **Tratado de registros públicos e direito notarial**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 10, 13 e 14.

²⁰² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o Processo. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 77-78.

²⁰³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o Processo. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 78.

Exemplo de decisão conservadora e que, evidentemente, não exprime orientação prevalente nas cortes brasileiras, é o seguinte acórdão:

Retificação no Registro Civil. Mudança de nome e de sexo. Impossibilidade. [...] O homem que almeja transmutar-se em mulher, submetendo-se a cirurgia plástica reparadora, extirpando os órgãos genitais, adquire uma ‘genitália’ com similitude externa ao órgão feminino, não faz jus à retificação de nome e de sexo porque não é a medicina que decide o sexo e sim a natureza. Se o requerente ostenta aparência feminina, incompatível com a sua condição de homem, haverá de assumir as consequências, porque a opção foi dele. O Judiciário, ainda que em procedimento de jurisdição voluntária, não pode acolher tal pretensão, eis que a extração do pênis e a abertura de uma cavidade similar a uma neovagina não tem o condão de fazer do homem, mulher. Quem nasce homem ou mulher, morre como nasceu. Genitália similar não é autêntica. Autêntico é o homem ser do sexo masculino e a mulher do feminino, a toda evidência.²⁰⁴

Ressalta-se a dificuldade de tal Poder em trabalhar e aceitar a identidade de gênero, em diferenciá-la da orientação sexual. O Judiciário, em várias de suas decisões, ainda considera que o gênero continua atrelado ao sexo biológico e que, fora do binário homem/mulher, a questão é patológica. Esquece-se que com a autorização normativa para a feitura das cirurgias de transgenitalização (Código Civil, art. 13 c/c Resolução CFM 1.842/1997) não há mais que se falar em ilicitude da mutilação com relação ao procedimento cirúrgico. E mais uma vez, fica a incongruência no que diz respeito ao procedimento de alteração de gênero. A cirurgia é autorizada extrajudicialmente, mas permanece o contrassenso da exigência que a pessoa requeira em juízo a autorização para mudança de nome e de sexo.

Assim, é perfeitamente possível e mais coerente a parte requerer diretamente no Cartório de notas a mudança do nome e do gênero, apresentando se desejar os documentos que comprovam a demorada fase de tratamento que antecede a realização da cirurgia, quando a própria parte resolver se submeter à esse procedimento médico. Note-se que se fala aqui em “se desejar” isso porque por não ser a transexualidade uma doença, um transtorno mental, apesar de a medicina brasileira ainda assim a considerar, bastaria o requerimento de alteração de prenome e gênero no cartório, como ocorre na Argentina. O tabelião comunicaria à Polícia Civil, à Receita Federal, à Polícia Federal, ao Ministério do Trabalho informando que o prenome da identidade, CPF, passaporte e carteira de trabalho foi alterado em cartório, mas que se trata da mesma pessoa, cabendo a

²⁰⁴ TJRJ, Apelação Cível 1993.001.066176, 18.3.1997.

esses órgãos meramente a emissão de novos documentos conforme as alterações de prenome e gênero, sem qualquer alteração dos números dos documentos de modo que os direitos e obrigações prévios à mudança sejam mantidos.

Indo mais além, propõe-se – depois de todo o estudo feito sobre o que é gênero e a conclusão de que ele não é estável, que foi criado pela sociedade na ânsia de estabelecer um padrão de normalidade – a retirada da categoria “sexo” dos documentos e formulários públicos, visto que hoje o Brasil é um Estado Democrático de Direito que preza pela igualdade, vedando expressamente a discriminação pelo sexo.

No que tange à alteração de nome, para quem se submeteu à cirurgia de transgenitalização, fez tratamentos hormonais, ou alterou sua aparência para que correspondesse ao gênero autodeterminado, a permissão encontra guarida no art. 55, parágrafo único, da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973), autorizadora da modificação de nome que expõe a pessoa ao ridículo. Por conseguinte e conforme anota Schreiber²⁰⁵:

Assim, não há sequer a necessidade de recorrer aos princípios constitucionais, extraindo-se claramente da legislação infraconstitucional a possibilidade de alteração do nome que submete a pessoa a constrangimento, por se mostrar incompatível com o seu sexo anatômico. Esse caminho tem sido seguido por diversas decisões judiciais.

No que tange à alteração do gênero no registro civil há resistência mais forte por parte dos tribunais brasileiros sob a alegação de que não há autorização legal para tanto. Situação nacionalmente conhecida nesse aspecto é o caso Roberta Close na busca de modificação do sexo no registro civil.

Roberta Close nasceu Luís Roberto, passando a ser Roberta em 1989 com a cirurgia de readequação sexual realizada na Inglaterra. No Brasil, em 1992, na busca pela sua identidade, obteve autorização em primeira instância para modificação do registro civil, mas tal decisão acabou reformada, de modo que Roberta teve negada a sua pretensão.

Não obstante, por se tratar de decisão proferida em sede de jurisdição voluntária, em 2005, Roberta Close conseguiu nova decisão favorável à sua pretensão ao fundamentá-la em laudos médicos que comprovaram as características hormonais femininas da autora.

²⁰⁵ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2014, p. 208.

Sexo, conforme demonstrado em capítulos anteriores, é, antes de tudo, uma construção cultural. Diversos outros fatores prevalecem sobre o dado biológico, tais como os psicológicos, culturais e familiares. A definição de gênero não está mais atrelada ao sexo aparente. A identidade de gênero é construída com base na repetição de atos performativos. Utilizando-se de um linguajar foucaultiano são as atitudes e gestos que constroem o que é feminino e masculino.

Assim, e considerando que no caso de Roberta, assim como em muitos outros, a pessoa não mais ostenta o gênero constante no registro de nascimento, aludido apontamento é falso, equivocado, a exigir retificação. De aplicar-se aqui, por conseguinte, o art. 1.604 do Código Civil, eis que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”.

O erro, a falsidade, surge não só a partir da cirurgia de transgenitalização, de tratamentos hormonais, e de qualquer medida tomada para alteração da aparência para que ela corresponda ao gênero autodeterminado, mas também da mera admissão pelo transexual de outro sexo que não seja o físico.

Depois, a Lei nº 12.100, de 17 de novembro de 2009, permitiu a retificação extrajudicial de registro de assentamento civil em caso de erro evidente que não exija maior indagação para a sua constatação, alterando, por conseguinte, os artigos 40, 57 e 110 da Lei de Registros Públicos.

Conforme esclarece Schreiber,²⁰⁶ “tal qual o nome, o sexo deve ser visto não como um estado registral imutável ou como uma verdade superior ao seu titular, mas como um espaço essencial de realização da pessoa humana”. De ressaltar-se que, hodiernamente, as pessoas têm autonomia para alterar o nome, inexistente prejuízo ao interesse coletivo, a exemplo de Maria da Graça *Xuxa* Meneghel e Luís Inácio *Lula* da Silva. Devendo assim também ser com relação à alteração do gênero.

A respeito dessa colocação, importante citar acórdão exemplar da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por meio do qual foi deferido o direito à retificação do nome e do sexo no registro civil, independentemente da realização da cirurgia de mudança de sexo:

Registro civil que não se coaduna com a identidade sexual do requerente sob a ótica psicossocial e não reflete a verdadeira identidade de gênero perante a

²⁰⁶ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2014, p. 210.

sociedade. Intenso sentimento de desconforto com a obrigatoriedade de adotar identidade masculina. Negativa de realização de cirurgia de redesignação sexual. A transgenitalização, por si só, não é capaz de habitar o transexual às condições reais do sexo, pois a identificação sexual é um estado mental que preexiste à nova forma física resultante da cirurgia. Não permitir a mudança registral de sexo com base em uma condicionante meramente cirúrgica equivale a prender a liberdade desejada pelo transexual às amarras de uma lógica formal que não permite a realização daquele como ser humano. No plano jurídico, a questão remete ao plano dos direitos fundamentais. Convocação do juiz a assumir o papel de intérprete da normatividade, mediante uma imbricação entre o direito e a moral. Utilização dos procedimentos jurídicos que permitam a concretização dos preceitos materiais assecuratórios do exercício pleno da cidadania. [...] Interpretação do art. 58 da Lei de Registro Público conforme a Constituição. Construção hermenêutica justificada. A norma tem por finalidade proteger o indivíduo contra humilhações, constrangimentos e discriminações, em razão do uso de um nome. A mesma finalidade deve possibilitar a troca de prenome e sexo aos transexuais. Imposição de manutenção de identificação em desacordo com identidade atenta contra a dignidade humana e compromete a interlocução do indivíduo com terceiros nos espaços públicos e privados. A alteração de nome corresponde a mudança de gênero. Autorização, por consequência, de alteração de sexo no registro civil para obviar incongruência entre a identidade da pessoa e os respectivos dados no fôlio registral. Provimento ao recurso.²⁰⁷

Os mesmos excelentes argumentos postos pelo TJRJ podem ser perfeitamente utilizados para que ocorra a mudança do registro do nome e gênero diretamente no Cartório de Registro Civil. Ainda sobre esse assunto, importante relembrar a já mencionada tramitação no Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, com o escopo de ver reconhecido o direito de transexuais de alteração do nome e sexo no Registro Civil, mesmo que não se submetam à cirurgia de transgenitalização.

Nota-se a dificuldade que existe em aceitar que o transexual não é portador de nenhuma doença ou distúrbio. Depois, e como ressaltam Tannuri e Huydler²⁰⁸,

na arguta ponderação do ministro Luís Barroso, em voto vista proferido no Recurso Extraordinário 845.779, entendeu-se que apesar dos avanços médicos até então realizados, atualmente a patologização tem servido para reforçar o preconceito, de sorte que há necessidade de se 'olhar a questão sob a perspectiva do direito ao reconhecimento, inclusive com base no princípio democrático e da proteção às minorias'.

²⁰⁷ TJRJ, 17ª CC, Apelação Cível 0013986-23.2013.8.19.0208, Rel. Des. Edson Aguiar de Vasconcelos, 21.12.2014.

²⁰⁸ TANNURI, Cláudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomelli. A aplicação da Lei Maria da Penha como forma de proteção às transexuais femininas: uma questão de gênero e dignidade. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**. v. 12 (nov./dez). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, bimestral, p. 101-102.

Portanto, trabalha-se em tempos atuais com duas vertentes de livre escolha do transexual. A primeira, por meio da qual o transexual se submete à cirurgia de transgenitalização, a segunda a que não exige esse procedimento cirúrgico para a alteração registral. Como esclarecem Ferraz e Leite²⁰⁹,

o sexo jurídico pode ser objeto de uma escolha livre do indivíduo, baseada em sua identidade de gênero, como expressão da dignidade humana. Assim, se a pessoa se identifica com o gênero feminino, se ela se vê desta forma, apresentando-se socialmente como mulher, ainda que fisicamente a genitália seja masculina (por não ter havido a intervenção cirúrgica de transgenitalização), o direito deverá não apenas respeitar essa decisão pessoal como reconhecer a sua validade, conferindo-lhe eficácia, para que as informações registrais sejam adequadas a essa realidade pessoal e social.

Desses dois doutrinadores antes citados, Ferraz e Leite²¹⁰ menciona-se ainda as colocações realizadas a partir de uma interpretação construtiva da legislação vigente, e mediante a admissão da força normativa da Constituição Federal:

a proteção constitucional da dignidade pressupõe o reconhecimento da capacidade de autodeterminação, de autonomia, para que as decisões tomadas na esfera da liberdade individual sejam preservadas, de modo a assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Outro argumento para que a mudança de nome e de alteração do gênero sexual seja realizada diretamente no Cartório é que, após a cirurgia de transgenitalização, há automaticamente erro material, eis que o registro passa a ser equivocado. E, nesta hipótese, dispensável é o procedimento judicial. Poderá o oficial de registro fazê-lo, a requerimento do próprio interessado, com fundamento no art. 110 da Lei de Registros Públicos, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.100/09.²¹¹ Assim, e para comprovar o erro na identificação do gênero, basta o interessado se apresentar no Cartório de Registro Civil declarando que pretende

²⁰⁹ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A pessoa transgênera e o reconhecimento do direito de ser mulher: promoção da dignidade humana e garantia do desenvolvimento pessoa. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. **Manual dos Direitos da Mulher**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233.

²¹⁰ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A pessoa transgênera e o reconhecimento do direito de ser mulher: promoção da dignidade humana e garantia do desenvolvimento pessoa. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. **Manual dos Direitos da Mulher**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233.

²¹¹ “Art. 110. Os erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção poderão ser corrigidos de ofício pelo oficial de registro no próprio cartório onde se encontrar o assentamento, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de pagamento de selos e taxas, após manifestação do Ministério Público.”

a mudança do nome e do sexo no registro civil, eis que os dados constantes daquele registro não mais se adéquam à realidade por ele vivida.

Zeno Veloso²¹² também destaca sobre a contradição entre o nome que consta do registro, e a identidade e o nome social utilizado pelo portador, acrescentando:

O nome registral, por exemplo, é masculino e o seu titular vive publicamente como mulher e é conhecido no meio em que vive pelo nome feminino. O nome social do transexual pode ser compreendido como o apelido público notório, mencionado no art. 58, *caput*, da Lei dos Registros Públicos.

A alteração de prenome e gênero, e até mesmo a desnecessidade de constar o sexo no documento de nascimento poderiam ser resolvidas através de lei, evitando-se qualquer outro entendimento contrário. Entretanto, no momento presente dificilmente lei tratando desses assuntos terá acolhida no Congresso Nacional em razão do prevaletimento de uma bancada conservadora e comprometida com dogmas religiosos. Exemplo disso são os Projetos de Lei nº 5.002/2013 e 70-B, que tramita desde 1995.

Basta verificar nas redes sociais inúmeras críticas e movimentos, iniciados por deputados e senadores, sugerindo o arquivamento do projeto de 2013, rotulado de absurdo e teratológico, inclusive baralhando as coisas e demonstrando ausência de conhecimento jurídico, ao afirmar que aludido projeto visa a autorizar que também os menores façam a cirurgia, independentemente da autorização dos pais.

O aludido projeto, entretanto, apesar de ter sido proposto em 2013, não dispõe sobre a desnecessidade de lançamento em qualquer documento público o gênero da pessoa, eis que tal praxe é até hoje resultado da manutenção do sistema binário homem/mulher e da desconsideração de que a identidade de gênero não permite o engessamento de tal questão.

6.3

Segurança jurídica e a imprevisibilidade das sentenças judiciais

Algumas questões podem ser suscitadas, com relação à mudança de nome no registro civil, bem como diante da proposta de que não deve constar o sexo da

²¹² VELOSO, Zeno. Nome civil da pessoa natural. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 451.

pessoa nos assentos de registro civil, no tocante à insegurança jurídica que tais colocações, se efetivadas, podem levar.

Antes, porém, ressaltamos que é comum no Direito a inversão do princípio da boa-fé. Pensa-se, primeiramente, na utilização indevida das novas conquistas jurídicas e sociais. É necessário afastar esse pensamento, e entender que a regra é a boa-fé e, que se um instituto jurídico não for utilizado devidamente há meios de correção do equívoco.

Assim, quanto aos argumentos de que alguém poderia pretender a mudança do nome para, por exemplo, fugir de uma condenação criminal ou também para não pagar uma dívida, a questão pode ser facilmente resolvida pelo cadastro de pessoa física (CPF/MF) e da carteira de identidade que permanecerão inalterados. Pelo CPF/MF e pelo registro geral, independentemente do nome e da identidade sexual poderá ser localizada.

Outro argumento em favor da tese da insegurança jurídica é com relação à ocultação junto ao companheiro de que a pessoa já pertenceu a outro sexo, inclinando alguns a entender que nesse caso, havendo casamento, há erro essencial contra a pessoa. Encampando esse entendimento Garcia²¹³ esclarece que “toda pessoa tem um passado, que pode ser abonador ou desabonador, o que certamente deve ser objeto de avaliação por parte daqueles que com ele pretendem se relacionar”.

Porém, não comungamos com esse entendimento. A questão envolvendo afeto há que ser resolvida diretamente entre o casal. E, mesmo se ocultada a feitura da transgenitalização, o que não pode ser traduzido automaticamente em má fé, e sim preservação do direito à intimidade, eis que a pessoa não pretende ressuscitar toda essa questão no momento presente, não há que se falar em erro essencial, principalmente em razão de não mais podermos ligar gênero ao sexo biológico. Não há erro essencial, considerando que, no momento do casamento, a pessoa era realmente pertencente ao sexo adotado.

Na hipótese de o outro parceiro tomar ciência de que a atual esposa ou esposo se submeteu à cirurgia de transgenitalização e ocultou esse fato a ele, caso não haja superação dessa questão, deverá o cônjuge, se for o caso, propor o

²¹³ GARCIA, Emerson. A “Mudança de Sexo” e suas Implicações Jurídicas: Breves Notas. *In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 0 (out./nov. 2007). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, p. 66.

divórcio, considerando que, nesta hipótese, não há necessidade de discussão de culpa e, por conseguinte, de ressuscitar fato pretérito da vida de uma pessoa.

Não há na modificação do nome em razão da assunção da identidade adotada por uma determinada pessoa causa de insegurança jurídica, até porque permitir que o interessado faça a modificação almejada para que o registro cumpra sua verdadeira função é dar real publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo.

Depois, há várias modificações permitidas do nome pela própria legislação sem abalar o princípio da segurança jurídica. Por exemplo, quando o nome expuser o titular ao ridículo ou a situação vexatória (LRP, art. 55, parágrafo único), bem como para inclusão ou modificação de apelido notório (art. 58 e parágrafo único da LRP) ou em razão da adoção (ECA, art.47, § 5º e CC, art. 1.627) ou pelo uso prolongado e constante de nome diverso.

Outra possibilidade de modificação de nome é em razão da maioridade civil (LRP, art. 56). Nessa hipótese, sequer há necessidade de motivação, desde que a alteração seja formulada durante o primeiro ano após a aquisição da plena capacidade.

A Lei nº 9.807/99, que regulamentou a proteção à testemunha que colaborou em processo penal ou inquérito policial, permite, em seu art. 9º, a modificação do nome completo (prenome e sobrenome) não apenas da própria testemunha, bem como de seu cônjuge ou companheiro, ascendentes e descendentes, com o intuito de resguardar a própria integridade destas pessoas. E mais: essa mudança de nome pode ser temporária, podendo a pessoa, posteriormente, voltar ao nome originário.

Assim também deverá ocorrer com o transexual, que se submeteu ou não à cirurgia de redesignação sexual, eis que, a partir de sua identidade sexual divergente da constante no registro civil, há motivo suficiente a permitir a alteração da mudança de sexo e nome no registro civil, “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”²¹⁴.

²¹⁴ STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp 1.008.398/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.10.2009, *DJU* 18.11.2009.

Farias e Rosenvald²¹⁵ afirmam que “reclama-se uma interpretação não exaustiva das hipóteses modificativas do nome, permitindo a sua alteração justificadamente para salvaguardar a dignidade da pessoa humana”. Não obstante, esses dois ilustres doutrinadores ainda continuam insistindo que a alteração do nome e, por conseguinte, do sexo aconteça “por deliberação do juiz – através do procedimento de jurisdição voluntária, na vara de registros públicos”.

Porém, Farias e Rosenvald²¹⁶ em páginas seguintes da mesma obra, acabam esclarecendo que o requerimento de alteração de nome deve ser formulado nas Varas de Família (e não na Vara de Registro Público), por se tratar de mudança de estado, através do procedimento especial de jurisdição voluntária, com a propositura da ação de redesignação do estado sexual:

Reitere-se que a via processual adequada para a obtenção da redesignação de estado sexual não é a ação de retificação de registro civil, contemplada no art. 109 da Lei de Registros Públicos, mas sim um procedimento especial de jurisdição voluntária, com pedido de mudança de estado civil da pessoa. É a chamada ação de redesignação do estado sexual, na qual intervirá, obrigatoriamente, o Ministério Público, como fiscal da lei (CPC, art. 82 II), e que será processada no juízo da vara de família, por se tratar de ação de estado, e não na vara de registros públicos.

No entanto, certo é que, em se tratando de procedimento de jurisdição voluntária, não há que se falar em ação, na ausência de pretensão resistida e, por conseguinte, não há réu. Trata-se de simples requerimento. Sequer há processo, principalmente considerando que o gênero já foi “redesignado” extrajudicialmente pela própria parte interessada e que a partir desse momento o registro civil da pessoa redesignada não mais corresponde à realidade presente.

Justamente por isso a insegurança jurídica há que ser vista por outro ângulo, qual seja, em relação ao transexual que não sabe se sua pretensão jurídica terá acolhida judicialmente, não obstante ele já ter adotado outro nome e também não mais considerar o sexo civil como o válido. Verifica-se, a respeito, decisão do TJMG, do ano de 2015, modificando sentença que inadmitiu a mudança do nome do requerente, sobre o seguinte argumento, ressaltado pela Relatora, Yeda Athais²¹⁷:

²¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. Vol. 2, 13ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 247.

²¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. Vol. 2, 13ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 251.

²¹⁷ Ap. Cível nº 1.0702.14.043172-8/001, j. 07/07/2015, publicação 17/07/2015.

(...) julgou improcedentes os pedidos de alteração do seu prenome e sexo, ao argumento de que o registro público é norteado pelos princípios da veracidade e da imutabilidade, que inviabilizam o pleito por não ter havido cirurgia de transgenitalização para mudança do sexo. Irresignado, o apelante pede a reforma da sentença para julgar procedentes os pedidos iniciais. Sustenta que manifesta comportamento próprio do genótipo feminino, bem como características morfológicas secundárias que lhe conferem a condição de mulher, sendo reconhecido em seu meio social como pessoa do sexo feminino. Alega que tem sofrido muitos constrangimentos em virtude da discrepância entre sua imagem corpórea e o nome e sexo que constam em seus documentos. Salienta que a identificação civil está em desconformidade.

Verifica-se na ementa do acórdão antes aludido que sobressai ainda a necessidade de instrução do feito e a possibilidade, *in abstracto*, do deferimento do pedido, ou seja, a modificação da sentença era realmente necessária. Não obstante, a própria Câmara já poderia, adentrando no mérito, permitir a alteração almejada, diante da afirmativa da própria parte, de que o nome e o sexo constantes dos registros não mais correspondiam à realidade. Porém, entendeu o TJMG pela necessidade da instrução, de nada valendo a palavra do próprio requerente, como pode ser verificado abaixo.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO – TRANSEXUAL – INTERESSADO NÃO SUBMETIDO À CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – POSSIBILIDADE IN ABSTRACTO – INSTRUÇÃO PROBATÓRIA – AUSÊNCIA – CERCEAMENTO DE DEFESA – OCORRÊNCIA – NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA EXAURIENTE PARA O DESLINDE DO FEITO. O reconhecimento judicial do direito dos transexuais à alteração de seu prenome conforme o sentimento que eles têm de si mesmos, ainda que não tenham se submetido à cirurgia de transgenitalização, é medida que se revela em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Presentes as condições da ação e afigurando-se indispensável o regular processamento do feito, com instrução probatória exauriente, para a correta solução da presente controvérsia, impõe-se a cassação da sentença, sob pena de se configurar o cerceamento de defesa da parte autora.

É em razão das divergências ou contradições no decidir em casos idênticos que Pereira²¹⁸ faz a necessária distinção entre neutralidade e imparcialidade dos juízes, uma vez que “com as noções de subjetividade e inconsciente foi possível compreender que a imparcialidade é diferente de neutralidade”.

²¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 59.

Com efeito, o juiz deve ser imparcial. Porém, não há neutralidade absoluta, eis que tal modo de comportar-se é inerente à condição humana e faz parte da subjetividade de cada um. É por tal razão que Pereira²¹⁹ também esclarece que,

Ao decidir e sentenciar, o juiz deve ser imparcial, isto é, não se deve deixar contaminar pelas paixões, não beneficiar ou prejudicar uma das partes, etc. Essas são noções óbvias, básicas e inerentes a qualquer julgador. A novidade trazida pela Psicanálise é de que os registros inconscientes em uma pessoa produzem efeitos, contaminam e determinam o dever-ser e também o ato de julgar. É neste sentido que a neutralidade não existe. Exigir dos juízes neutralidade é sentenciar que eles deverão se desumanizar para ficarem livres e isentos de sua singularidade, de sua história e valores pessoais, abolir o inconsciente, enfim, coisificá-los.

Pela singularidade do julgador é que surgem diferentes ou contraditórias decisões sobre casos semelhantes ou idênticos, pois muitos têm cunhos moralistas e até mesmo fazem prevalecer entendimentos religiosos. Tal realidade só demonstra, mais uma vez, a desnecessidade da presença do Judiciário na vida privada quando não há litígio, quando a questão já está resolvida pela própria parte interessada, como no caso do transexual.

Uma decisão do TJ de Minas Gerais, proferida em dezembro/2015, ilustra bem a questão da ausência de neutralidade dos juízes e com a prevalência do entendimento pessoal do magistrado, de nada valendo a vontade da parte:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – RETIFICAÇÃO REGISTRO DE NASCIMENTO – TRANSEXUAL - 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 – PROVIMENTO DO RECURSO.²²⁰

No caso da ementa antes transcrita verifica-se que o relator corrigiu a sentença, permitindo a alteração do nome, porém, e contraditoriamente, indeferiu a modificação do sexo – que seria uma consequência lógica –, ao seguinte entendimento:

Noutro vértice, a alteração no registro civil da designação do sexo de masculino para feminino, a despeito de não ser objeto da ação, não é cabível. O assento de nascimento deve conter a realidade e, na hipótese, o fato de o autor ser acometido do indigitado transtorno, não o torna, do ponto de vista genético, pessoa do sexo feminino. Destarte, geneticamente, o apelante sempre será do sexo masculino, pela

²¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 59.

²²⁰ Ap. nº 1.0702.15.030891-5/001, Relator: Des.(a) Fernando de Vasconcelos Lins, julgado em 13/12/2015, data da publicação: 15/12/2015.

presença dos cromossomos sexuais "XY", que são imutáveis, associado à total impossibilidade de procriar, pela ausência de ovários e útero. Neste contexto, se a carga genética continua a mesma, isto é, se o apelante continua com conformação genética do sexo masculino pela presença dos cromossomos sexuais 'XY', não há como proceder a alteração da designação do sexo no assento de nascimento do recorrente, pois esta alteração, na realidade, não ocorreu.

Conforme alerta Cittadino,²²¹ somente haverá autonomia pessoal “se os indivíduos puderem optar por uma dentre as diversas formas de vida moralmente válida, ainda que a validade moral dessas concepções seja independente do valor a elas atribuído pelos indivíduos que as adotam”. Portanto, a autorização judicial para mudança do prenome decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, “no qual está ínsita a proteção da personalidade individual”.²²² Por conseguinte e com relação à alteração do gênero sexual “estendem-se os mesmos argumentos, o que torna igualmente necessária a alteração do sexo originariamente inserido no registro civil, que não mais harmoniza com a realidade”.²²³

Ainda demonstrando as diferentes interpretações para casos idênticos, geradoras de insegurança jurídica, verifica-se a seguinte ementa, mas esta sim afinada com a identidade de gênero,

APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. ALTERAÇÃO DO GÊNERO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL OU TRANSGENITALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. O sexo é físico-biológico, caracterizado pela presença de aparelho genital e outras características que diferenciam os seres humanos entre machos e fêmeas, além da presença do código genético que, igualmente, determina a constituição do sexo – Cromossomas XX e xy. O gênero, por sua vez, refere-se ao aspecto psicossocial, ou seja, como o indivíduo se sente e se comporta frente aos padrões estabelecidos como femininos e masculinos a partir do substrato físico-biológico. É um modo de organização de modelos que são transmitidos tendo em vista as estruturas sociais e as relações que se estabelecem entre os sexos. Considerando que o gênero prepondera sobre o sexo, identificando-se o indivíduo transexual com o gênero oposto ao seu sexo biológico e cromossômico, impõe-se a retificação do registro civil, independentemente da realização de cirurgia de redesignação sexual ou transgenitalização, porquanto deve espelhar a forma como o indivíduo se vê, se comporta e é visto socialmente. Apelação provida, por maioria. (TJRS; AC 0273281-73.2015.8.21.7000; Porto Alegre; Sétima Câmara

²²¹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 79.

²²² GARCIA, Emerson. A “Mudança de Sexo” e suas Implicações Jurídicas: Breves Notas. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. v. 0 (out./nov.2007). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, p. 63.

²²³ GARCIA, Emerson. A “Mudança de Sexo” e suas Implicações Jurídicas: Breves Notas. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. v. 0 (out./nov.2007). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, p. 63.

Cível; Rel^a Des^a Liselena Schifino Robles Ribeiro; Julg. 26/08/2015; DJERS 03/09/2015).

6.4

Questões controversas envolvendo os transexuais

Os temas abordados a partir deste momento são argumentos normalmente levantados pelas pessoas contrárias à alteração registral e física do transexual. O objetivo ao abordá-los é demonstrar que não há qualquer fundamentação para eles além do desconhecimento e preconceito.

6.4.1

A realização da cirurgia, a adequação do registro e a proteção das relações jurídicas prévias à alteração registral

Atualmente a realização da cirurgia de transgenitalização é regulamentada pelo CFM. Apesar de ter sido um avanço face ao período anterior, em que a cirurgia era considerada crime de lesão corporal, ainda é necessário ir mais além. Isso porque o CFM ainda considera a transexualidade como doença, exigindo acompanhamento médico interdisciplinar por um tempo mínimo de 2 (dois) anos, para que ao fim do processo os médicos decidam se a pessoa é portadora do transtorno de identidade de gênero e se deve ou não ser operada.

Está na hora da medicina brasileira seguir os passos da francesa, por exemplo, que foi a primeira a retirar de seu catálogo de doenças a transexualidade, como já explicado anteriormente. A decisão sobre a realização ou não da cirurgia cabe somente ao paciente, ele sabe melhor que qualquer médico quem é, e o que quer. É claro que não significa que a pessoa não possa ter nenhum acompanhamento ou aconselhamento, mas sim que esses não passem disso, deixando ao próprio indivíduo a escolha final e no tempo dele, não em um tempo pré-determinado que não considera as individualidades de cada um.

Em relação ao sigilo da alteração registral, a preocupação do uso indevido da mudança do registro com o intuito de cometer fraude, de apagar um passado criminoso, de se livrar das obrigações prévias à alteração não prospera. Isso porque a realização da cirurgia e alteração do registro de forma sigilosa é possível por meio da manutenção do número do CPF e da carteira de identidade da pessoa. Dessa forma, os bancos de dados públicos seriam atualizados em relação aos nomes e sexo, mas manteriam os registros de CPF e identidade como meio de

manter a ligação da pessoa com as obrigações contraídas previamente à alteração registral.

Nesse ponto muito interessante é a legislação portuguesa que dispõe protege a intimidade do transexual, e permite o acesso a tal informação somente à própria pessoa, aos herdeiros, às autoridades judiciais ou policiais para investigação ou instrução criminal²²⁴. E a legislação argentina não fica atrás, aliás, avança um pouco mais ao permitir o conhecimento da situação somente à própria pessoa, ou às pessoas por ela autorizadas, ou por ordem judicial escrita e fundamentada.²²⁵

Em um caso que aconteceu na Bahia em 2015, e que será narrado mais a frente, o defensor público que assistiu a autora no pedido de alteração de seu prenome e sexo, ressalta em relação à segurança das situações jurídicas prévias:

O direito da requerente com também de terceiros estariam suficientemente assegurados se apenas no livro do Cartório do Registro Civil constar a alteração ocorrida no nome. Não obstante, a certidão de nascimento com inteiro teor, nas quais conste a averbação, poderão ser expedidas a pedido do interessado ou por requisição judicial. Dessa forma, aquele que adequou o nome sempre poderá responder civil, administrativa ou criminalmente, pelos dois nomes. Se houver alguma pendência jurídica em decorrência do nome anterior, evidentemente, continuará respondendo, visto que os terceiros jamais poderão ser prejudicados.²²⁶

6.4.2

O menor e o maior incapaz

Diante de discussões que envolvem uma criança e sua capacidade de tomar decisões em assuntos que até mesmo os adultos não se entendem, muitos optam por não fazer nada e deixar que ela atinja a maioridade para então poder decidir de modo consciente e responsável. A verdade muitas vezes é que tais posturas são causadas pelo medo, pelo sentimento dos adultos de responsabilidade, do dever de proteção da criança, não só em relação a outras pessoas, mas em relação a elas mesmas, uma vez que não possuem a capacidade de entendimento do impacto de suas decisões a longo prazo.

Em relação ao tema da transexualidade e a discussão de se pode uma criança ser ou não transexual, se ela tem ou não a capacidade de entender o que é isso, e se não se trata meramente de uma fase ou da forma como os pais a criam, isso não é diferente. Muitas vezes as posturas adotadas são de um radicalismo profundo

²²⁴ Arts. 4º e 5º.

²²⁵ Art. 9º.

²²⁶ Ofício da Defensoria Pública do Estado da Bahia enviado por *e-mail* pelo defensor estadual Dr. Felipe Noya.

que acaba impedindo muitas pessoas transexuais de serem quem são por muitos anos. São inúmeros os relatos de adultos transexuais que já sabiam sua identidade de gênero desde a infância, mas que foram reprimidos pela família, pela escola, e que sofreram anos até poderem ser quem realmente eram. E é exatamente sobre o menor e o maior incapaz que versará esta parte.

Para começar, serão brevemente narrados dois casos que permitiram a uma criança de nove, e outra de cinco a serem tratadas conforme sua identidade de gênero.

A menina de cinco anos – biologicamente do sexo masculino - frequenta a escola desde os dois anos, e pôde em 2016 pela primeira vez ser chamada pelo seu nome feminino e frequentar o banheiro das meninas. Sua mãe relata que desde que tinha um ano e meio que a menina já se comportava como tal, mas que ela não deu muita importância, tendo em vista a idade tão tenra. Mas ao completar dois anos, conta a mãe, a garota começou a demonstrar claro incômodo quando era tratada por seu nome de batismo, e quando sua mãe a vestia com roupas masculinas.

Diante do comportamento da filha, a mãe procurou ajuda de um psicólogo para entender o que estava acontecendo, e desde então a menina passou a ser mais uma das mais de 30 crianças atendidas no Ambulatório de Transtorno de Identidade de Gênero do Hospital das Clínicas de São Paulo, que ainda atende 80 jovens. Lá, um psiquiatra analisa os pacientes para ver se não se trata somente de um comportamento lúdico por parte das crianças.

Em entrevista ao jornal Estadão²²⁷ o psiquiatra responsável pelo ambulatório esclarece que não tem o objetivo de tratar as crianças e jovens, mas sim de acompanhar o desenvolvimento deles e orientar a família. Assim, desde 2013 o ambulatório trabalha com o bloqueio da puberdade para evitar maiores sofrimentos aos adolescentes.

O outro caso envolve uma menina de 9 anos – biologicamente do sexo masculino – que conseguiu na justiça a alteração de seu registro de nascimento após ser diagnosticada como portadora de transexualismo. Apesar de o presente trabalho não concordar com a visão da transexualidade como doença, a decisão do

²²⁷ JORNAL ESTADÃO. **Isabela, de 5 anos, ganha o direito de ser menina.** Disponível em: <<http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,isabela--de-5-anos--ganha-o-direito-de-ser-menina,10000016147>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

juiz de primeira instância do Mato Grosso ainda merece menção, por ter permitido à criança adequar seu registro civil à sua identidade de gênero.

Assim como no caso anterior, desde pequena a criança se comportava como menina. A mãe a princípio achou que era só uma fase, e esperou que ela passasse, mas quando ela começou a frequentar a escola e quis participar da aula de balé, mas não pôde, quis usar o banheiro feminino e não pôde – o que fez com que ela chegasse em casa suja por ter urinado nas roupas, como conta o pai²²⁸ – a família decidiu procurar ajuda, e a menina se tornou mais uma das pacientes do Ambulatório de Transtorno de Identidade de Gênero do Hospital das Clínicas de São Paulo, assim como a menina do outro caso.

No processo judicial para alteração de seu registro civil, o juiz leu o laudo dos especialistas, e também ouviu a criança por duas vezes através de uma conversa com uma psicóloga, decidindo dar procedência ao pedido de alteração de prenome e gênero no registro.

O próprio juiz explica que

Esse registro público, ele não pode ser maior do que a própria pessoa que ele espelha, é o ato público que tem que ser corrigido para se moldar através dessa moldagem, dessa retificação, impedir situações de constrangimento para essa criança.²²⁹

Na reportagem do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) sobre o caso, o juiz ressalta que não se pode esquecer que a sociedade está em crescente evolução, e é normal a diferença de reações em tema que ainda não compõe o cotidiano incorporado pelo senso comum, mas que isso jamais pode impedir a efetivação de direitos fundamentais, sob pena de a sociedade enfrentar o retrocesso.²³⁰ Ademais, nas palavras do próprio magistrado

Todo ser humano mediano se sensibiliza com sua essência, sua origem, seu estágio de desenvolvimento mais expressivo; daí a razão de sempre haver sensibilidade e acuidade com questões que digam respeito à proteção de crianças, as quais possuem prioridade absoluta nas ações e políticas públicas, com preponderância

²²⁸ JORNAL G1. **Juiz autoriza mudança de gênero e nome para brasileira de 9 anos.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/02/juiz-autoriza-mudanca-de-genero-e-nome-para-brasileira-de-9-anos.html>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²²⁹ JORNAL G1. **Juiz autoriza mudança de gênero e nome para brasileira de 9 anos.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/02/juiz-autoriza-mudanca-de-genero-e-nome-para-brasileira-de-9-anos.html>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²³⁰ IBDFAM. **“Saga de alta sensibilidade humana”, diz juiz que determinou alteração de nome e gênero no registro de criança “trans”.** Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5897/>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

dos seus interesses, sempre. O sofrimento psicológico decorrente do transtorno de identidade de gênero na infância e a luta de uma família para galgar dignidade e bem-estar a tal prole, à toda evidência, é uma saga de alta sensibilidade humana.²³¹

Em relação às escolas, a Revista Nova Escola aponta a importância da formação dos próprios professores para abordarem o assunto, e nesse ponto ressalta a dificuldade enfrentada para tanto face às resistências apresentadas a projetos como o dos cadernos do programa Brasil sem Homofobia que discutiam o tema, mas que foram barrados pelos congressistas em 2011.

A intenção era que o material fosse distribuído a escolas de todo o país. Antes da impressão, entretanto, congressistas ligados a entidades religiosas se opuseram ao projeto. Apelidado de ‘kit gay’, o conteúdo foi acusado de estimular ‘a promiscuidade e o homossexualismo’ termo em desuso por remeter a doença (hoje, fala-se em homossexualidade). A União cedeu às pressões e vetou a circulação dos cadernos. Oficialmente, não há perspectivas para que esse material saia do armário.²³²

Por outro lado, não significa que o posicionamento acima seja unânime no âmbito do Poder Legislativo nacional. Na contramão de tal pressão por parte do Poder Legislativo, há o Projeto de Lei 5002/2013 que em seu artigo 5º²³³ aborda a questão da transexualidade em relação ao menor de idade. Conforme tal dispositivo a criança ou adolescente depende da autorização dos pais para retificação cartorária do nome e do gênero sexual.

Tal questão leva a uma reflexão, tendo em vista o princípio da autonomia progressiva da criança. Entretanto, ainda no estágio atual do direito, pensamos que

²³¹ IBDFAM. “Saga de alta sensibilidade humana”, diz juiz que determinou alteração de nome e gênero no registro de criança “trans”. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5897/>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²³² REVISTA ESCOLA. Educação sexual: precisamos falar sobre Romeo... Iana, Roberta e Emilson. Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/formacao/educacao-sexual-precisamos-falar-romeo-834861.shtml>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²³³ Artigo 5º Com relação às pessoas que ainda não tenham dezoito (18) anos de idade, a solicitação do trâmite a que se refere o artigo 4º deverá ser efetuada através de seus representantes legais e com a expressa conformidade de vontade da criança ou adolescente, levando em consideração os princípios de capacidade progressiva e interesse superior da criança, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

§1º Quando, por qualquer razão, seja negado ou não seja possível obter o consentimento de algum/a dos/as representante/s do Adolescente, ele poderá recorrer a assistência da Defensoria Pública para autorização judicial, mediante procedimento sumaríssimo que deve levar em consideração os princípios de capacidade progressiva e interesse superior da criança.

§2º Em todos os casos, a pessoa que ainda não tenha 18 anos deverá contar com a assistência da Defensoria Pública, de acordo com o estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

não há como dispensar a autorização dos pais, para que o menor possa se submeter ao procedimento retificatório extrajudicial no registro civil.

Assim, o filho depende dos pais autorizarem a retificação por ele almejada no registro civil. Caso isso não seja possível, o menor pode procurar a Defensoria Pública para autorização judicial da medida.

O fato é que o Projeto de Lei 5002/2013 acaba por ter a mesma essência do já previsto no art. 9º do Código de Processo Civil de 73, art. 72 do novo Código de Processo Civil, de modo que havendo colisão de interesse entre representantes e representado, o Juiz nomeará curador especial ao representado.

Desse modo, caso os pais não consentam com a retificação do registro almejado pelo filho menor, ele mesmo requererá em juízo a permissão, demonstrando a colisão de interesse, e o juiz nomeará curador ao menor, e após ouvir os próprios pais decidirá, pautando a sua decisão no princípio da autonomia progressiva da criança. Portanto, se a recusa dos pais for imotivada ou leviana, o juiz deverá autorizar a retificação pretendida.

Assim, não há razão aos críticos contrários à aprovação ao projeto de lei nº 5.002/2013, ao afirmar que haverá possibilidade de alteração registral, mesmo sem o consentimento dos pais. Ora, no momento presente pelo art. 9º do CPC/73, art. 72 do novo Código de Processo Civil²³⁴, a recusa dos pais também pode ser rechaçada em juízo. O art. 5º do projeto em análise nada traz de novidade. O que o projeto pretende é facilitar, de forma que a Defensoria Pública, ao ser procurada por um menor que não tem condições de arcar com as custas processuais e advogado, requererá a retificação no assento do seu registro de nascimento, colocando-se, de pronto, como curadora, face à colisão de interesses entre os pais e este menor.

Em relação ao maior absolutamente incapaz e ao menor que não possui os pais, entende-se – pela interpretação conjunta do Projeto de Lei 5002/2013 e do Código Civil – que devem ser assistidas, respectivamente, por seus tutores e curadores, que serão seus representantes legais. Na mesma linha de raciocínio, na hipótese de conflito entre eles, o tutelado e o curatelado podem recorrer à

²³⁴ Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

I – incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade;

II – réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei.

Defensoria Pública para buscarem a efetivação de seu direito à identidade de gênero.

6.4.3

A proteção de terceiro: a relação familiar

As argumentações de que permitir a alteração do registro civil do transexual e vedar o acesso a tal informação a terceiros poderia levá-los a incorrer em erro, ferindo sua boa-fé, e até mesmo levando ao desmanche do matrimônio na hipótese de o cônjuge descobrir ao longo do casamento que “foi enganado” não devem preponderar. Da mesma forma não há razão para que o transexual casado não possa alterar seu registro, sob o argumento de que poderia afetar o cônjuge ou os filhos.

A relação de uma família é privada, cada uma lidará da forma que lhe convier, e no caso de sofrerem alguma lesão, há os meios apropriados para buscar a reparação. Sempre existe a possibilidade de o cônjuge concordar com a realização da mudança. E caso não aceite, que relevância tem a proibição? Se não admite a transformação, dificilmente o parceiro aceitará a situação do consorte. Do mesmo modo, esse provavelmente não querará permanecer em um relacionamento em que não é aceito pelo que é, e a relação terminará. Mais uma vez, a relação é privada e interessa somente a seus integrantes, não havendo razão para o Estado interferir.²³⁵

Indo mais além, a intenção de se evitar o casamento entre pessoas do mesmo gênero caso se permitisse a alteração do transexual casado, não mais subsiste. O STF já reconheceu a união estável dos homoafetivos, e para não haver hierarquia entre as instituições civis, o Poder Judiciário vem concedendo o direito ao matrimônio aos casais homoafetivos.

Ademais, se a pessoa não tiver o registro civil alterado poderá se casar com alguém que teoricamente tem o sexo oposto a seu sexo de nascimento, mas na realidade essa pessoa possui o mesmo gênero do transexual, e o casamento seria, na prática, um casamento homossexual. Só pelo formalismo do que está escrito no papel é que seria heterossexual, tornando assim a regra distante da realidade.

²³⁵ A ausência de intervenção do Estado nessa situação é inclusive recomendação feita por Thomas Hammarberg, Comissário de Direitos Humanos do Conselho da Europa, no Relatório temático “Direitos Humanos e Identidade de Gênero” para o Conselho da Europa, 2011.

E em relação ao transexual já casado que realiza a cirurgia após o casamento, o fato é que ele já pertencia ao gênero oposto, somente o registro dizia que não, pois quando esse foi feito levou-se em consideração somente os órgãos genitais externos. A realidade de tal pessoa, porém, nunca foi compatível com o escrito no papel. Dissolver um casamento somente porque os sexos nos registros seriam iguais após a cirurgia, é viver em um formalismo exacerbado, incompatível, não só com os princípios constitucionais já citados, mas também com uma realidade que já existia desde antes da cirurgia, e que somente era ignorada pelo Estado.

Ainda sobre o relacionamento familiar do transexual e o argumento de que a realização da cirurgia de redesignação de sexo e a mudança do registro poderiam confundir os descendentes e atrapalhar o relacionamento entre pais e filhos, Thomas Hammarberg (2011), Comissário de Direitos Humanos do Conselho da Europa, demonstra que o divórcio forçado muitas vezes tem um efeito negativo sobre os filhos, pois em vários países a mudança de gênero implica a perda dos direitos de custódia dos filhos.

Os filhos muitas vezes entendem a condição do pai ou da mãe, e não colocam nenhum obstáculo à mudança. Nesse caso, novamente o Estado estaria interferindo desnecessariamente. Na eventualidade de não terem idade suficiente para compreender o que está acontecendo, bastaria um acompanhamento psicológico para que os efeitos sobre a criança sejam monitorados e ela cresça adaptada à situação. Entretanto, caso os descendentes tenham idade suficiente para entenderem a circunstância e se opuserem a ela, o acompanhamento psicológico com toda a família seria também um modo de mantê-la unida, além de garantir ao transexual o direito à sua integridade psicofísica.

Em hipótese alguma deveria o transexual ser impedido de realizar a mudança por tal motivo. A legislação portuguesa trata parcialmente da questão ao dispor em relação aos filhos que o registro desses só é modificado na hipótese de serem maiores e assim o desejarem.

6.5

A separação de toaletes, a violência contra os transexuais e a participação nas competições esportivas

No presente subitem serão abordados três temas fundamentais que envolvem a transexualidade. A escolha por reuni-los no mesmo espaço foi feita pela sua interligação ao tema, pois a divisão dos banheiros e a participação em competições esportivas estão conectadas à discriminação e violência contra transexuais, como poderá ser percebido adiante. O primeiro tema abordado será a separação de toaletes, para, a partir dele, falar sobre a discriminação e violência, e fechar com a questão do esporte.

A separação de toaletes conforme os gêneros masculino e feminino é algo socialmente padronizado, e mesmo cogitar em discutir o tema já deixa as pessoas na defensiva. A situação fática do RE 845.779 narrada no segundo capítulo ilustra bem essa questão: uma mulher transexual foi impedida de usar o banheiro por uma funcionária do local que acreditou que ela constrangeria as demais mulheres, por ser biologicamente pertencente ao sexo masculino. O constrangimento excessivo e o fato de a moça não ter conseguido usar outro banheiro, terminou de uma forma muito humilhante: ela não conseguiu mais segurar suas necessidades fazendo-as em público e nas próprias vestes.

Mais uma vez enfrenta-se uma questão trazida pela divisão binária do sexo – masculino e feminino; pela construção social do padrão de normalidade e necessidade de conserto do que nele não se encaixa; pela discriminação de minorias – muitas vezes causada por desconhecimento, ou mesmo por *pré-conceitos* trazidos pela construção da ideia de quem seria o homem e a mulher; pelo uso do discurso da (i)moralidade, da religião, do certo e do errado.

Não bastasse tudo isso, há ainda as pessoas que se temem que a permissão do uso de banheiros conforme o gênero autodeterminado poderia estimular homens a simularem a transexualidade para entrarem no toalete feminino e desrespeitar a privacidade, intimidade das mulheres, e até mesmo violentá-las física e sexualmente.

O fato é que apesar de parte da sociedade já entender que tal divisão já não se justifica mais, a maioria ainda apresenta ressalvas quanto à mudança do método de separação de banheiros públicos. No âmbito do direito brasileiro além do julgamento do RE 845.779, há manifestações favoráveis que combatem esses argumentos por parte de Defensorias Públicas e do Ministério Público.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por meio de seu Núcleo de Combate à Discriminação, Racismo e Preconceito, já soltou nota defendendo que

transexuais que se veem pertencentes ao gênero feminino têm o direito de usar o banheiro feminino, sob pena de conduta discriminatória e violadora ao respeito à diversidade. Afirmando ainda que agir de modo contrário viola a lei paulista 10.948 de 2001 e torna possível a aplicação de suas sanções.

Em relação àqueles que defendem a construção de um terceiro banheiro para as pessoas trans, a defensoria paulista é muito clara ao explicar que

a criação de banheiro exclusivo ao público LGBT ou a travestis e transexuais também constitui medida de segregação, incompatível com o respeito aos direitos humanos. Isso porque submete-as ao constrangimento de terem que utilizar um ‘banheiro exclusivo’ e impinge rótulo segregacionista e discriminatório a elas que, cabe enfatizar, percebem-se e sentem-se como mulheres e assim querem ser tratadas.

E quanto ao argumento da funcionária do *shopping* que impediu a transexual de usar o banheiro por eventualmente causar constrangimento às demais usuárias a defensoria paulista esclarece que

Não se vislumbra qualquer constrangimento possível para outras mulheres, tendo em vista que o que geralmente ocorre é a utilização do sanitário feminino de portas fechadas. Assim, as travestis e transexuais são vistas apenas circulando no banheiro, vestidas, lavando a mão ou utilizando a pia do banheiro.

Da mesma forma, não se vislumbra incompatibilidade alguma entre a utilização do banheiro por travestis e transexuais e por outras mulheres e meninas, uma vez que todas são mulheres. A utilização comum do banheiro, além de ser a medida mais adequada, pois não implica em discriminação e preconceito, ainda possibilita o incentivo à promoção da diversidade. Incentiva que mães, ao se depararem com travestis e transexuais, se questionadas por suas filhas, digam-lhes que elas também são cidadãs e ensinem que a sociedade é plural e diversa, conscientizando-as sobre a necessidade de respeito à diferença.²³⁶

Por outro lado, infelizmente ainda existem ressalvas quanto à questão não só por parte da sociedade, mas também do Poder Judiciário. Exemplo claro é o pedido de vista do Ministro Luiz Fux do STF no RE 845.779 ao afirmar em relação ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso²³⁷ favorável à pretensão da

²³⁶ Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Utilização De Banheiros por Travestis e Transexuais.** Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/Utiliza%C3%A7%C3%A3o%20do%20banheiro%20por%20travestis%20e%20transexuais.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²³⁷ O ministro Luís Roberto Barroso Ao analisar o caso concreto, ponderou que o “suposto constrangimento” causado às demais mulheres num banheiro feminino pela presença de uma transexual “não é comparável ao mal-estar” suportado por ela se tivesse que usar o banheiro masculino. “Imagine-se o desconforto que teria uma pessoa como a Roberta Close ou uma pessoa como a Rogéria se forem obrigadas a frequentarem um banheiro masculino, que seria uma agressão à natureza dessas pessoas, uma agressão à identidade dessas pessoas, ao modo

transexual por “haver um ‘desacordo moral’” entre o voto de Barroso e a sociedade. “Nos processos de valores morais, precisamos ouvir a sociedade. Quem somos nós? Por que eu, com minha faixa etária e minha trajetória profissional, sei mais que a sociedade?”²³⁸

O ministro ainda justificou seu pedido de vista dizendo que seria necessário, conforme a doutrina e filosofia constitucional, que os juízes se atentem ao que a sociedade pensa sobre o assunto, e que ao buscar artigos sobre a transexualidade na internet encontrou opiniões divergentes.

O Ministro Ricardo Lewandowski seguindo a linha de pensamento de Fux, chegou a afirmar preocupação com “a proteção da intimidade e da privacidade de mulheres e crianças do sexo feminino que estão numa situação de extrema vulnerabilidade tanto do ponto de vista quanto psicológico quando estão no banheiro”²³⁹.

No entanto, como bem destaca o Ministro Barroso uma pessoa transexual vai ao banheiro por necessidade, e caso haja qualquer tipo de conduta desrespeitosa, a pessoa responsável por ela poderá ser punida conforme a previsão legal. Nesse aspecto o Ministro sabiamente adota a posição de que não se pode deixar de garantir um direito básico a uma pessoa por pressuposição de que outros podem distorcê-lo. O direito deve ser garantido, e no caso de violação de qualquer outro direito ou de uso indevido do direito em questão – como a presunção de que homens podem se passar por transexuais para agredir mulheres ou violar sua privacidade – aplique-se as penalidades possíveis e tomem-se as medidas cabíveis.

Em relação à opinião pública e o suposto “desacordo moral” o Ministro Barroso lembra que o caso em pauta diz respeito a um direito fundamental, e esse deve prevalecer mesmo que a maioria das pessoas esteja descontente com ele.²⁴⁰ Nesse ponto o Ministro Barroso mais uma vez ressalta um ponto importantíssimo

como elas se percebem, ao modo como elas vivem as suas vidas”, exemplificou”. Reportagem do Jornal G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/11/relator-no-stf-vota-favor-do-uso-de-banheiro-feminino-por-transexual.html>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²³⁸ JORNAL G1. **Relator no STF vota a favor do uso de banheiro feminino por transexual.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/11/relator-no-stf-vota-favor-do-uso-de-banheiro-feminino-por-transexual.html>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²³⁹ JORNAL G1. **Relator no STF vota a favor do uso de banheiro feminino por transexual.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/11/relator-no-stf-vota-favor-do-uso-de-banheiro-feminino-por-transexual.html>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²⁴⁰ JOTA. **Vista no STF adia decisão sobre uso de banheiro por transexuais.** Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/vista-no-stf-adia-decisao-sobre-uso-de-banheiro-por-transexuais>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

sobre os direitos fundamentais: eles não existem para agradar a ninguém, mas sim para garantir uma vida digna a cada indivíduo, especialmente quando se vive em uma sociedade democrática, plural e que preza pela igualdade e não discriminação, como é o caso do Brasil.

Como o RE 845.779 ainda está sendo julgado, ainda não é possível afirmar a posição final do STF em relação ao uso de banheiro público por transexuais. Porém, outros órgãos – além da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – defendem a posição do Ministro Barroso, como é o caso da Procuradoria-Geral da República que em seu parecer ao RE 845.779 afirmou que proibir a transexual de usar o banheiro conforme seu gênero autodeterminado é “exemplo claro do policiamento da sexualidade como poderosa força subjacente à persistente violência de gênero”.²⁴¹ Defendeu ainda que impedir uma transexual mulher de usar o toalete feminino é uma violência.²⁴²

Dando continuidade a seu raciocínio o Procurador defende que

Imperioso, então, reconhecer que, para fins de ‘escolha’ do banheiro a ser utilizado, basta que a pessoa, *por não desejar ser identificada e socialmente reconhecida pelo seu sexo biológico* (*‘de nascença’*) – ou seja, por uma questão de identidade –, apresente-se como do sexo oposto.²⁴³

Por outro lado, o Procurador afirma que

não é demais exigir que haja um mínimo de exteriorização dessa vontade de se identificar como do sexo oposto. Ou seja, não é razoável presumir o dano praticado em relação àquele que não apresente processo mínimo de transformação de gênero que permita identificar essa vontade de identificação individual e social.²⁴⁴

²⁴¹ Procuradoria Geral da República. Recurso Extraordinário 845.779 – SC. Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_constitucional/portal_factory/copy_of_pdfs/re-845779-versao-final.pdf. Acesso em 28 de março de 2016.

²⁴² Procuradoria Geral da República. Recurso Extraordinário 845.779 – SC. Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_constitucional/portal_factory/copy_of_pdfs/re-845779-versao-final.pdf. Acesso em 28 de março de 2016.

²⁴³ Procuradoria Geral da República. Recurso Extraordinário 845.779 – SC. Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_constitucional/portal_factory/copy_of_pdfs/re-845779-versao-final.pdf. Acesso em 28 de março de 2016.

²⁴⁴ Procuradoria Geral da República. Recurso Extraordinário 845.779 – SC. Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_constitucional/portal_factory/copy_of_pdfs/re-845779-versao-final.pdf. Acesso em 28 de março de 2016.

Em relação ao argumento de ausência de discriminação devido à forma que a divisão dos banheiros é feita o Procurador-Geral da República ressalta que

Mesmo que se sustente ausência de intenção discriminatória contra transexuais, ao argumento de que a distinção é de sexo biológico e nada mais, apresenta-se a discriminação indireta, não intencional. Isso porque o binarismo de gênero sanitário, aparentemente neutro e sem propósito discriminatório, tem impacto diferenciado e prejudicial em face de transexuais femininas, que suportam o resultado de privação do acesso aos banheiros públicos femininos (SCHMIDT, 2015) e da desconsideração de sua identidade de gênero feminina.²⁴⁵

E quanto à defesa da criação de um terceiro banheiro exclusivo à comunidade LGBT ou transgêneros, o Procurador-Geral explica que se trata de medida segregacionista, pois constrange as pessoas ao uso de um “banheiro exclusivo” e coloca nelas um rótulo discriminatório.²⁴⁶

Em relação ao argumento de que poderia criar constrangimento às demais mulheres ou “pais conservadores” como afirmou o Ministro Lewandovski, o Procurador explica que forçar transexuais a usarem banheiros conforme seu sexo biológico é que poderia ser fator de instabilidade para as outras pessoas. Isso porque essa situação faria com que transexuais biologicamente mulheres que adequaram sua aparência à do gênero masculino, tornando-se muitas vezes idênticas aos homens biológicos, frequentassem banheiros femininos causando alvoroço no local por ter “um homem no banheiro feminino”.²⁴⁷

Por sua vez, o Ministério Público do Trabalho (MPT) editou a Portaria 1.036/2015²⁴⁸ para garantir não só o uso do nome social pelo transexual, mas também o uso de toalete conforme o gênero autodeterminado. Assim, em seu artigo quarto garante o acesso a banheiros e vestiários de acordo com o nome social e a identidade de gênero de cada um.

²⁴⁵ Procuradoria-Geral da República. Recurso Extraordinário 845.779 – SC. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_constitucional/portal_factory/copy_of_pdfs/re-845779-versao-final.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²⁴⁶ Procuradoria-Geral da República. Recurso Extraordinário 845.779 – SC. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_constitucional/portal_factory/copy_of_pdfs/re-845779-versao-final.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²⁴⁷ Procuradoria-Geral da República. Recurso Extraordinário 845.779 – SC. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_constitucional/portal_factory/copy_of_pdfs/re-845779-versao-final.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²⁴⁸ R7 Notícias. **MP regulamenta uso de banheiros por transexuais conforme a identidade de gênero**. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/mp-regulamenta-uso-de-banheiros-por-transexuais-conforme-a-identidade-de-genero-02122015>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

Essa iniciativa do MPT é fundamental tendo em vista a gravidade da discriminação e violência enfrentadas pelos transexuais no país. Pesquisas revelam que no Brasil a maioria dos profissionais transexuais escondem sua identidade de gênero no local de trabalho. Um estudo da Organização *Center for Talent Innovation*²⁴⁹ revela que 61% dos profissionais LGBT no Brasil escondem quem são, e 49% não tocam no assunto de sua orientação sexual e identidade de gênero no ambiente de trabalho e chegam até mesmo a mudar o comportamento quando estão trabalhando.²⁵⁰

O Grupo Liberdade e Dignidade (GOLD) explica que são poucos os transexuais que possuem um trabalho formal, pois devido à falta de apoio familiar e das escolas, a evasão escolar é grande na comunidade trans, o que faz com que grande parte não consiga concluir os estudos. Além disso, o preconceito e discriminação social também afastam essas pessoas do mercado formal. Em uma entrevista à página do Jornal G1, a presidente do grupo explica que muitas mulheres trans tentam carreira no ramo da beleza, mas como muitas não têm oportunidades ou não têm as habilidades necessárias no ramo, acabam trabalhando na prostituição.

A presidente do GOLD ressalta a falta de políticas públicas de inserção da comunidade trans no ambiente de trabalho, e menciona que um bom exemplo de tal política é o da Prefeitura de São Paulo que lançou em 2015 o Projeto Transcidadania. Esse projeto fornece cursos profissionalizantes para a população trans e oferece bolsas no valor de R\$827,40 para as pessoas que cumprem 30 horas semanais dos cursos.²⁵¹

As iniciativas do MPT e da Prefeitura de São Paulo são fundamentais e deveriam ser expandidas e aprofundadas, pois segundo pesquisa da Organização Não Governamental (ONG) *Transgender Europe* o Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo, tendo acumulado 600 mortes dessas pessoas nos

²⁴⁹ Mais informações disponíveis em: <<http://www.talentinnovation.org/publication.cfm?publication=1390>>.

²⁵⁰ JORNAL VALOR. **Maioria dos Profissionais LGBT esconde orientação no trabalho.** Disponível em: <<http://www.valor.com.br/carreira/4419930/maioria-dos-profissionais-lgbt-esconde-orientacao-no-trabalho>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²⁵¹ JORNAL G1. **Mulheres trans relatam dificuldades de inserção no mercado de trabalho. O preconceito acaba gerando evasão escolar e falta de oportunidades. Brasil é o país com maior número de mortes de pessoas trans no mundo.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/espirito-santo/noticia/2015/11/mulheres-trans-relatam-dificuldades-de-insercao-no-mercado-de-trabalho.html>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

últimos seis anos. A pesquisa da ONG vai no mesmo sentido do relatório de Violência Homofóbica no Brasil²⁵² da Secretaria de Direitos Humanos que registrou, em 2012, 3.084 denúncias de violações à população LGBT envolvendo 4.851 vítimas.

Conforme os dados da Secretaria de Direitos Humanos, crimes de violência psicológica correspondem a 83,2% do total, discriminação 74% e violência física 32,68%. Em relação a essa última, as lesões corporais ocorreram em 59,35% dos casos, e os maus tratos em 33,54%, as tentativas de homicídio 3,1% (41 ocorrências) e assassinatos 1,44% (19 ocorrências).²⁵³

Diante da violência enfrentada pela comunidade LGBT e a inércia do Poder Legislativo em legislar sobre a questão, o Partido Popular Socialista propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 pedindo a criminalização da homofobia e da transfobia conforme o artigo 5º, XLII da Constituição Federal, ou, subsidiariamente conforme o art. 5º, XLI da Constituição, ou, pelo princípio da vedação da proteção deficiente, conforme o art. 5º, LIV da Constituição.

A ADO ainda está em julgamento, mas o parecer do PGR quanto ao pedido de criminalização da homofobia e da transfobia é no sentido de que realmente o Poder Legislativo se encontra em mora em relação ao tema e que algo deve ser feito para proteger a comunidade LGBT, especialmente face aos dados do Relatório da Secretaria de Direitos Humanos de 2012. Assim, o PGR analisa o pedido principal e os subsidiários, concluindo pelo provimento da ação.²⁵⁴

Em relação à fundamentação com base artigo 5º, XLII no sentido de que a homofobia e a transfobia são tipo de racismo, e que por isso devem ser criminalizadas, já tendo o próprio STF assim decidido no HC 82.424/RS, o PGR explica que a homofobia é decorrente da “mesma intolerância que suscitou outros tipos de discriminação, como aqueles em razão de cor, procedência nacional,

²⁵² SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório Sobre Violência Homofóbica no Brasil**: Ano de 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/violhomo2012>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²⁵³ CATRACA LIVRE. **Com 600 mortes nos últimos seis anos, Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais**. Pesquisa divulga dados sobre a violência contra população trans no Brasil: o país que mais mata travestis e transexuais em todo o mundo. Disponível em: <<https://catracalivre.com.br/geral/cidadania/indicacao/com-600-mortes-nos-ultimos-seis-anos-brasil-e-o-pais-que-mais-mata-travestis-e-transexuais/>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²⁵⁴ PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF**. Disponível em: <<http://www.pgr.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/ADO-26.pdf>>. p.02. Acesso em: 26 mar. 2016.

religião, etnia, classe e gênero”. O raciocínio usado para a inferiorização é o mesmo. Nesse contexto, o art. 5º, XLII da Constituição que dispõe sobre a prática de racismo, abrange também a homofobia e a transfobia.

O PGR explica que por ser o conceito de raça construído conforme o contexto histórico, varia em relação ao tempo e lugar, motivo pelo qual deve ser interpretado conforme a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito, não mais somente pelo critério biológico.

Assim, em obediência ao princípio da igualdade, os crimes previstos na Lei 7.716/1989 incluem os atos homofóbicos e transfóbicos, “motivo por que o reconhecimento de sua inclusão naqueles tipos não ofende o princípio da legalidade em matéria penal”²⁵⁵.

No que diz respeito à argumentação subsidiária que a criminalização da homofobia e da transfobia encontra-se incluída no artigo 5º, XLI, por ser discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais, especialmente face às ofensas que envolvem agressões, ameaças, discriminações e homicídios, o PGR dá destaque ao relatório de 2012 sobre a violência homofóbica no Brasil da Secretaria de Direitos Humanos que revela a gravidade e amplitude da violência contra a comunidade LGBT.

Por fim, quanto à argumentação da omissão do Poder Legislativo em relação à criminalização das ações discriminatórias contra a população LGBT, e sobre a mora legislativa desrespeitar o princípio da proporcionalidade – que abrange a vedação de proteção deficiente – e o direito à segurança da população LGBT, o PGR esclarece que o Legislativo não possui discricionariedade política para agir, pois a Constituição

dispõe expressamente a respeito da punição de qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, no art. 5º, XLI, e, logo em seguida, determinou tratamento penal específico para a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão (art. 5º, XLII). É verdade que, em ambos os dispositivos, atribui à lei a respectiva disciplina, mas não é menos verdade que a Constituição estabeleceu dever específico de legislar para proteger tal valor constitucional.²⁵⁶

²⁵⁵ PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF. Disponível em: <<http://www.pgr.mp.br/conheca-o-mpf/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/ADO-26.pdf>>. p.10. Acesso em: 26 mar. 2016.

²⁵⁶ PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF. Disponível em: <<http://www.pgr.mp.br/conheca-o-mpf/procurador-geral->

Assim, por “razões de equivalência constitucional, ancoradas no princípio da igualdade” é imperativa a

criminalização da discriminação e do preconceito contra cidadãos e cidadãs lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, pois a repressão penal da discriminação e do preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional já é prevista pela legislação criminal brasileira (Lei 7.716/1989) e não há justificativa para tratamento jurídico diverso, sob pena de intolerável *hierarquização de opressões*.²⁵⁷

Ademais, proteção insuficiente é hipótese de inconstitucionalidade por omissão, e é isso que ocorre na presente situação, uma vez que as normas penais que punem genericamente as lesões corporais, homicídios, ameaças, injúrias não são o bastante para a prevenção e repressão dos atos de transfobia e homofobia.

Seguindo a linha de raciocínio acima o PGR defende que na hipótese do STF entender que os atos homofóbicos e transfóbicos não estão incluídos na Lei 7.716/1989,

deve-se reconhecer ausência de norma regulamentadora que inviabiliza o exercício da liberdade constitucional de orientação sexual e de identidade de gênero, bem como da liberdade de expressão, sem as quais fica inapelavelmente comprometido o livre desenvolvimento da personalidade, em atentado à dignidade do ser humano, que é fundamento do Estado democrático de Direito em que se erige a República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição).²⁵⁸

No caso em pauta, a Constituição impôs o dever de criminalização das condutas atentatórias à liberdade de orientação há mais de 25 anos, tempo mais do que suficiente para caracterizar a mora legislativa.

O PGR lembra que o STF pode estabelecer prazo razoável para o Congresso Nacional exercer sua obrigação, e no caso de violação desse prazo, a própria corte pode suprir a omissão normativamente, sendo possível

acolher o pedido de aplicação da Lei 7.716/1989 para todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente), ofensas (individuais e coletivas), homicídios, agressões, ameaças e discriminações

da-republica/informativo-de-teses/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/ADO-26.pdf>. p.16. Acesso em: 26 mar. 2016.

²⁵⁷ PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF. Disponível em: <<http://www.pgr.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/ADO-26.pdf>>. p.18. Acesso em: 26 mar. 2016.

²⁵⁸ PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF. Disponível em: <<http://www.pgr.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/ADO-26.pdf>>. p. 21/22. Acesso em: 26 mar. 2016.

motivadas por orientação sexual ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima.²⁵⁹

Isso porque a interpretação conforme a Constituição permite ao STF adotar decisão de perfil moderadamente aditivo a partir da legislação existente. Ao tempo em que se respeita a vontade manifesta do Poder Legislativo, externada em lei vigente por ele criada, concede-se interpretação extensiva, sintonizada à realidade social.²⁶⁰

Por fim, o PGR conclui pela procedência do pedido de reconhecimento de mora legislativa por parte do Congresso Nacional, e consequente inconstitucionalidade por omissão em relação à criminalização das práticas transfóbicas e homofóbicas, pois a existência de proposta legislativa no Congresso não é óbice à ADO, pois a inércia se manifesta também em relação à deliberação de projeto em que o processo legislativo é tão longo, que fere a razoabilidade do período de tramitação, termina por ter o mesmo efeito prático da inexistência do projeto de lei: “ausência de regulamentação legislativa para direito constitucionalmente assegurado ou para outra matéria dela pendente”²⁶¹.

Enquanto a ADO nº 26 não é julgada outros órgãos tomam atitudes em relação aos atos transfóbicos e homofóbicos. Exemplo disso foi a alteração dos formulários dos Registros de Eventos de Defesa Social (REDS) de Minas Gerais que passaram a prever possibilidade, desde janeiro de 2016, de apontar a homofobia como causa para o crime nas ocorrências policiais.

A mudança também incluiu nos REDS campos para preenchimento do nome social, identidade de gênero e orientação sexual, com o intuito de embasar políticas públicas de prevenção de crimes causados por tais motivos, e para fornecer dados que ajudem no combate a esses tipos de crimes.

O preenchimento dos novos campos só é permitido quando a vítima escolhe autodeclarar tais informações à autoridade responsável por preencher os REDS. Desse modo, é a vontade da pessoa atendida que leva ao preenchimento de tais

²⁵⁹ PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF. Disponível em: <<http://www.pgr.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/ADO-26.pdf>>. p. 29. Acesso em: 26 mar. 2016.

²⁶⁰ PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF. Disponível em: <<http://www.pgr.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/ADO-26.pdf>>. p. 29. Acesso em: 26 mar. 2016.

²⁶¹ PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF. Disponível em: <<http://www.pgr.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/ADO-26.pdf>>. p. 25. Acesso em: 26 mar. 2016.

campos. A alteração ainda fez com que o REDS passasse a ter opções mais precisas sobre a motivação do crime por opção sexual ao permitir a especificação de homofobia, lesbofobia, biofobia e transfobia.²⁶²

Outro exemplo é a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) no caso de uma transexual mulher, que após o término de um relacionamento amoroso com um homem passou a sofrer ofensas e ameaças por parte dele.

A mulher registrou boletim de ocorrência e pediu medidas de proteção à justiça, mas teve seu pedido negado em primeira instância sob o argumento de que por ser biologicamente do sexo masculino, estaria fora do campo de ação da Lei Maria da Penha. No entanto, o TJSP reverteu a sentença afirmando que a lei deve ser interpretada de forma ampla e sem ferir a dignidade da pessoa humana. O tribunal explicou ainda que a expressão “mulher” que consta na Lei Maria da Penha refere-se tanto ao sexo feminino, quanto ao gênero feminino, motivo pelo qual a transexual encontrava proteção na lei.²⁶³

Tais atitudes têm extrema importância, pois além de a ADO nº 26 não ter sido julgada ainda, o Projeto de Lei²⁶⁴ sobre o tema foi arquivado pelo Senado Federal em 2014.

Ainda em relação às discriminações enfrentadas pelos transexuais há que se mencionar como fica a situação dos atletas transgêneros. Muitos países ainda não possuem normas para atletas transgêneros, o que faz com que muitos tenham que competir na categoria correspondente ao seu sexo biológico. É o caso de Ohara Santos, 33 anos, biologicamente masculino, mas mulher pela sua identidade de gênero. Em entrevista ao site do jornal O Globo²⁶⁵ ela conta que apesar de tomar hormônios femininos desde os 19 anos e ter próteses nos seios, tem que competir no time masculino das ligas amadoras de vôlei no interior de São Paulo.

²⁶² JORNAL O TEMPO. **Nome social e crime por homofobia já podem ser apontados no B.O.** Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/cidades/nome-social-e-crime-por-homofobia-j%C3%A1-podem-ser-apontados-no-b-o-1.1207588>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²⁶³ IBDAFM. **Tribunal permite que Lei Maria da Penha seja aplicada para mulheres Trans.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/11109/Tribunal+permite+que+Lei+Maria+da+Penha+seja+aplicada+para+mulheres+tran>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²⁶⁴ Tal projeto é o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº122/2006 que pretendia alterar a Lei 7.716/1989, o Código Penal e a Consolidação das Leis do Trabalho para definir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, estabelecendo as tipificações e delimitando as responsabilidades do ato e dos agentes.

²⁶⁵ JORNAL O GLOBO. **Obrigada a jogar com homens, atleta transgênero comemora decisão do COI.** Entidade dispensa cirurgia de mudança de sexo para participação em competições. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/esportes/obrigada-jogar-com-homens-atleta-transgenero-comemora-decisao-do-coi-18549340>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

A polêmica nesse ponto reside no fato de algumas pessoas entenderem que os transexuais podem ter vantagem sobre os outros competidores. Argumenta-se que pelo fato de o homem possuir maior nível de testosterona, menos gordura no corpo, mais força muscular e uma capacidade cardiovascular maior ele tem mais vantagens que a mulher nas competições.

Não obstante tal argumentação, o Comitê Olímpico Internacional (COI) autorizou em 2004 a participação de transexuais operados nos Jogos Olímpicos de Atenas, sob o argumento de que como essas pessoas são tratadas com hormônios, seu corpo deixa de ter as vantagens alegadas acima, motivo pelo qual não há razão para não aceitar a participação dos transexuais nos jogos. Ademais, após a cirurgia, o corpo deixa de produzir testosterona – hormônio responsável pela maior disposição masculina – vez que esse é produzido pelos testículos, que são retirados pela cirurgia.

O COI possuía ainda duas regras para uma pessoa poder competir no sexo por ela determinado. A primeira refere-se à cirurgia realizada antes da puberdade. Nesse caso, a pessoa deve ser tratada como pertencente ao sexo escolhido. A segunda diz respeito à cirurgia feita após a puberdade. Nessa hipótese, para que a pessoa pudesse participar dos jogos, era necessário que a cirurgia de mudança do órgão genital fosse completa, ou seja, tanto externa quanto interna; que a alteração do sexo fosse reconhecida pelas autoridades oficiais, e que o transexual tivesse se submetido a tratamento hormonal por tempo suficiente para diminuir as vantagens dadas pelo gênero nas competições²⁶⁶.

No Reino Unido, o Ato de Reconhecimento de Gênero de 2004, dispõe sobre transexualidade e esporte. A lei dispõe que o comitê responsável pelos atletas em competições que podem ser afetadas pelo gênero, pode proibir ou restringir a participação de pessoas que tiveram o gênero modificado. Porém, tal proibição ou restrição só é possível caso seja necessária para garantir a segurança de uma competição ou para assegurar que a competição seja justa.

A lei inglesa entende que o esporte é afetado pelo gênero quando a força física, a resistência ou o porte físico da média das pessoas de um gênero pode colocá-las em desvantagem em relação à média das pessoas do outro gênero.

²⁶⁶ NICACIO, Gabriela Autran Dourado Dutra. A participação de atletas que passaram por cirurgia de mudança de sexo nas competições. In: **Desporto e Direito: Revista Jurídica do Desporto**. Ano IV, nº 10, p. 43-56, 2006.

Assim, o Reino Unido regula a participação de transexuais em competições esportivas no mesmo sentido que o COI regulou em 2004. Ambos permitem a participação de transexuais em competições esportivas, mas buscam evitar que as pessoas transexuais possam obter qualquer vantagem competitiva devido à sua condição.

No entanto, o COI já possuía regras mais claras e objetivas do que a legislação britânica, uma vez que essa deixa a decisão sobre a existência de vantagem ou não a cargo do comitê responsável pelos competidores, ao passo que o próprio Comitê Olímpico já estabelece os requisitos em seu regulamento para que os transexuais possam competir.

Mudança significativa nas normas do COI ocorreu recentemente em 2016. Com a intenção de acompanhar as legislações mais modernas e prezando pelos direitos humanos, o Comitê excluiu a exigência da necessidade de realização de cirurgia de redesignação de sexo para o transexual poder competir. A nota oficial do COI²⁶⁷ explica que é necessário incluir atletas trans nas competições esportivas.

Conforme as novas regras, que já valeram para as Olimpíadas do Rio de 2016, nas competições masculinas não há exigências para os atletas, pois supostamente eles não apresentam qualquer tipo de vantagem por serem biologicamente mulheres. Por outro lado, nas competições femininas exige-se a medição do nível do hormônio testosterona, que não poderá ultrapassar 10 nmol/L nos 12 meses anteriores à realização da prova. Ademais, a declaração de pertencimento ao gênero feminino não pode ser alterada para propósitos esportivos por pelo menos quatro anos.²⁶⁸

Há ainda corrente que defende que o controle hormonal, como o que existe em relação à testosterona, é uma violência à atleta, que não deveria ser exigida. Afinal, há outras vantagens genéticas que não sofrem restrições. Apesar disso, a

²⁶⁷ Comitê Internacional das Olimpíadas. **IOC Consensus Meeting on Sex Reassignment and Hyperandrogenism**. November 2015. Disponível em: <http://www.olympic.org/Documents/Commissions_PDFfiles/Medical_commission/2015-11_ioc_consensus_meeting_on_sex_reassignment_and_hyperandrogenism-en.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²⁶⁸ Comitê Olímpico Internacional. **IOC Consensus Meeting on Sex Reassignment and Hyperandrogenism**. November 2015. Disponível em: <http://www.olympic.org/Documents/Commissions_PDFfiles/Medical_commission/2015-11_ioc_consensus_meeting_on_sex_reassignment_and_hyperandrogenism-en.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2016.

decisão do COI é tida como um avanço, e espera-se que o Ministério do Esporte e o Comitê Olímpico Brasileiro (COB) sigam os passos do COI, e que realizem programas de inclusão de atletas transexuais. O Presidente do Comitê Desportivo LGBT brasileiro conta – na mesma reportagem no jornal O Globo – que o Brasil disputa desde 2004 os *Gay Games*, mas que não há nenhum atleta brasileiro transgênero nas competições.

6.6

Ações básicas e urgentes a serem tomadas pelo Estado e a sociedade em relação aos transexuais

Após toda a explicação da construção da visão social ainda majoritária do que seria a transexualidade – anormalidade e doença – e do que ela realmente é – forma de identidade e expressão de gênero –, da análise de como o Brasil vem lidando com a questão e como outros países estão se adaptando para garantir a igualdade e dignidade a tais pessoas; e do esclarecimento dos pontos tidos como argumentos contrários ao respeito à individualidade dos transexuais, aponta-se agora medidas urgentes que o país precisa tomar em relação aos transexuais, sugere-se formas para que elas sejam feitas face à inércia do Poder Legislativo.

Práticas tomadas pela sociedade em conjunto com o Estado são de grande importância. O poder executivo de alguns estados e cidades já tomam ações nesse sentido. Exemplo é a criação pela prefeitura de São Paulo de cursos para a formação profissional de pessoas transgêneras. Ao mesmo tempo, as defensorias públicas também vêm desempenhando um papel fundamental ao promover seminários sobre o tema, grupos de discussão, conscientização de seus membros, notas de apoio à comunidade trans, e atuação jurídica na modificação de registro dos transexuais.

Especificamente sobre esse ponto merece muitos aplausos a defensoria pública do Estado da Bahia que conseguiu que uma transexual tivesse seu registro alterado sem necessidade de judicialização e mesmo face à omissão do Poder Legislativo, o que serve para demonstrar que apesar da sua inércia é possível, pela legislação já vigente, efetivar a alteração de registro das pessoas trans, inclusive sem necessidade de processo judicial.

O caso aconteceu em outubro de 2015, e foi a primeira vez que uma transexual conseguiu ter seu registro alterado pela simples averbação de um

documento. A transexual procurou a Defensoria Pública da Bahia, que por sua vez enviou um ofício ao juiz que autorizou a averbação levando em consideração os artigos 58 e 110 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) que permite a alteração do prenome por apelidos públicos notórios e autoriza o procedimento pelo próprio oficial de registro em casos de erros que não exijam indagação. O juiz ainda levou em conta a inclusão social de um grupo historicamente discriminado e segregado na comunidade.²⁶⁹

O ofício da defensoria pública argumentava que exigir a judicialização do procedimento de modificação do prenome e sexo da transexual seria um ato discriminatório de transfobia. Isso porque várias são as pessoas que têm o registro alterado sem necessidade de processo judicial quando o nome dado a elas por seus pais lhes causam constrangimentos, sendo exatamente esse mesmo problema enfrentado pelos transexuais, e dar tratamento diferente a eles somente por envolver a troca de gênero, seria discriminação.

Os defensores responsáveis pelo caso ainda ressaltaram os Princípios de Yogyakarta que “norteiam a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero” e prevê expressamente que

As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade.²⁷⁰

Sobre a realização da mudança do registro da transexual por procedimento administrativo, um dos defensores responsáveis pelo caso – Doutor Felipe Noya – explica que além de ser uma grande vitória contra a transfobia, envolve um

reconhecimento institucional público da necessidade de garantir direitos básicos a todo ser humano, reconhecendo a autoidentidade de gênero como elemento central

²⁶⁹ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. **De forma inédita, DPE garante mudança do nome e sexo de transexual sem necessidade de ajuizar ação.** Disponível em: <http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=13949>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²⁷⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. **De forma inédita, DPE garante mudança do nome e sexo de transexual sem necessidade de ajuizar ação.** Disponível em: <http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=13949>. Acesso em: 28 mar. 2016.

da essência do indivíduo, suficiente para legitimar soluções contra qualquer prática de discriminação, seja em âmbito privado, seja em âmbito público.²⁷¹

Ele ressalta ainda que a conquista obtida “ratifica a ideia de despatologização da identidade trans, já difundida no Brasil, mas que ainda encontra bastante resistência”.²⁷²

A fundamentação do ofício encaminhado ao juiz de primeira instância também levou em consideração o Enunciado 03/2014 resultante do encontro de Direitos Humanos na Defensoria Pública do Estado da Bahia em 2014:

Toda pessoa tem o direito ao reconhecimento de sua identidade de gênero, inclusive com retificação registral de prenome e sexo, independentemente de intervenção cirúrgica, terapias hormonais ou qualquer outro tipo de tratamento ou diagnóstico psicológico ou médico, sendo, ainda, dispensável autorização judicial.²⁷³

Na justificativa do enunciado, o seu proponente, defensor Felipe Noya, ressalta as disposições constitucionais sobre a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do bem de todos sem qualquer tipo de discriminação, inclusive de sexo, para explicar que o sexo mencionado na Carta Maior não se limita à promoção da igualdade entre homens e mulheres cisgêneros, “mas ao revés, traz uma norma em branco a ser preenchida pela atual concepção do que seria o sexo do indivíduo”.²⁷⁴

O defensor lembra ainda que a condição transgênera é tratada comparativamente com a cisgênera, considerada como o padrão normal, o que acaba sendo uma forma de inferiorizar e vulnerabilizar a pessoa trans. Essa divisão cis e trans – normal e anormal – que patologiza a transexualidade acabou levando a Rede Internacional pela Despatologização Trans “a publicar manifesto

²⁷¹ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. **De forma inédita, DPE garante mudança do nome e sexo de transexual sem necessidade de ajuizar ação.** Disponível em: <http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=13949>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²⁷² DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. **De forma inédita, DPE garante mudança do nome e sexo de transexual sem necessidade de ajuizar ação.** Disponível em: <http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=13949>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²⁷³ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. **De forma inédita, DPE garante mudança do nome e sexo de transexual sem necessidade de ajuizar ação.** Disponível em: <http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=13949>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²⁷⁴ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. **Enunciado 03/2014.** Obtido mediante contato por *e-mail* com o defensor responsável pela sua escrita.

no qual denuncia a violência sofrida por pessoas intersexuais mediante os procedimentos médicos vigentes”.²⁷⁵

O manifesto da *Stop Trans Pathologization* explica que incluir a identidade de gênero na Classificação Internacional de Doenças (CID-10) como patologia mental de transtorno de identidade sexual, é o que leva a psiquiatria a diagnosticar pessoas no mundo todo pela confusão dos efeitos da transfobia com os da transexualidade. E ainda acaba tornando invisível a “violência social que se exerce sobre quem não se adequa às normas de gênero. Deste modo, ignora-se ativamente que o problema não é a identidade de gênero, mas a transfobia”.²⁷⁶

A transexual baiana conta na reportagem do jornal *Simões Filho Online*²⁷⁷ que a vitória obtida seria um passo fundamental para as batalhas que ela enfrenta desde a adolescência quando começou a se vestir e comportar como mulher, e que a levou até mesmo a pensar em suicídio pela falta de compreensão da família.

Por outro lado, a própria sociedade já vem buscando meios de integrar os transexuais a ela. Belo Horizonte mesmo tem três exemplos de grande importância. O programa TransVest,²⁷⁸ o TransEnem,²⁷⁹ ambos cursinhos preparatórios para o vestibular voltados especificamente para transexuais e travestis, e a atuação não só no âmbito acadêmico, jurídico, mas também social da Universidade UMA,²⁸⁰ que possui uma assessoria especializada em atender o público trans.

O ideal agora seria o Estado e a sociedade civil juntarem suas forças e agirem em conjunto para ampliarem a integração dos transexuais, conscientizarem a população sobre o que é a transexualidade desfazendo o mito de que seria uma

²⁷⁵ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. **Enunciado 03/2014**. Obtido mediante contato por *e-mail* com o defensor responsável pela sua escrita.

²⁷⁶ STOP TRANS PATHOLOGIZATION. **Manifesto. Rede Internacional pela Despatologização Trans**. <Disponível em: <<http://www.stp2012.info/old/pt/manifesto>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²⁷⁷ SIMÕES FILHO ONLINE. **De forma inédita, Transexual consegue alterar nome civil sem mover ação**. Disponível em: <<http://www.simoefilhoonline.com.br/transexual-consegue-alterar-nome-civil-sem-mover-acao-em-simoefilho/>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²⁷⁸ Informações sobre o programa podem ser encontradas na página <<https://catracalivre.com.br/bh/educacao-3/gratis/projeto-cria-curso-pre-vestibular-gratuito-para-comunidade-trans-de-bh/>>.

²⁷⁹ Informações sobre o programa podem ser encontradas na página <<http://www.otempo.com.br/interessa/sa%C3%BAde-e-ci%C3%A4ncia/transenem-inicia-seu-segundo-ano-de-atua%C3%A7%C3%A3o-em-bh-1.1240008>>.

²⁸⁰ Informações sobre o programa podem ser encontradas a página <<http://extensao.una.br/?projetos=una-e-saude-sem-homofobia-formando-profissionais-da-saude-para-o-respeito-a-diversidade-sexual-e-o-combate-a-homofobia>>.

doença que precisa de cura, e para combaterem a violência e abusos sofridos por essas pessoas.

O levantamento de dados estatísticos feitos em 2012 pela Secretaria de Direitos Humanos do governo federal assim como o de ONGs, mostram a urgência da construção de uma sociedade mais informada sobre o assunto. Criminalizar a transfobia é algo fundamental, mas que de pouco servirá se a sociedade no geral não entender o que é a transexualidade.

Punir não é a solução para tudo, é fundamental a fundação de um programa de conscientização nacional que ensine as outras pessoas a respeitar o que foge do padrão de normalidade construído, pois ainda é grande a desinformação, e muitas vezes é a ignorância a responsável pela segregação social. Situação exemplificativa é o assassinato de uma transexual brasileira em Portugal, que acabou levando à criminalização da transfobia no país.

O caso da brasileira Gisberta aconteceu em 2006 na cidade de Porto em Portugal. A imigrante brasileira de 45 anos foi agredida e violentada por 14 adolescentes durante dias até ser jogada no fundo de um fosso, quando seus agressores acharam que a tinham matado.

Em entrevista à BBC Brasil um ativista português explicou que

O assassinato da Gisberta estabeleceu um antes e um depois em Portugal. Mudou a maneira como a sociedade olhava para as mulheres trans, mudou o modo como a imprensa cobria os transexuais, estimulou a criação de leis que tratassem da igualdade de gênero.²⁸¹

O caso chocou tanto o país que nos anos que seguiram a morte da brasileira, Portugal aprovou não só leis para garantir maior acesso à justiça, educação e emprego a pessoas trans, mas também a concessão de asilo a transexuais em risco de perseguição.

Gisberta mudou para a França quando completou 18 anos por medo da violência contra transexuais na capital paulista. Após ter feito tratamento hormonal e colocado próteses nos seios, ela se mudou para Portugal. Lá ela trabalhava como artista, mas como o dinheiro era insuficiente para se sustentar,

²⁸¹ BBC BRASIL. **A brasileira que virou símbolo LGBT e cujo assassinato levou a novas leis em Portugal.** Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160218_brasileira_lgbt_portugal_mf>. Acesso em: 28 mar. 2016.

recorreu à prostituição. Porém, o tempo passou e a AIDS começou a se tornar visível, o que a impossibilitou de continuar na prostituição.

A incompatibilidade da aparência (feminina) e do prenome (masculino) fizeram com que ela não conseguisse arrumar um emprego, e logo teve que se retirar do apartamento em que morava.

A transexual então passou a viver em uma obra abandonada. Quando alguns adolescentes passaram a frequentar o lugar para pichar as paredes, um deles que, quando criança, conheceu Gisberta, a reconheceu. Os adolescentes passaram então a fazer visitas frequentes à brasileira e a levar comida para ela, que lhes contou sobre a AIDS e seu vício em drogas.

Ao contarem para outros colegas sobre o “homem que ‘tinha mamas’ e ‘parecia mesmo uma mulher’”, esses também começaram a visitar Gisberta. Porém, os 14 adolescentes transformaram as visitas solidárias em violência e se dividiram em grupos para espancá-la e violentá-la. Por três dias a brasileira foi torturada. “Gisberta foi agredida a pedradas, pauladas e chutes” e sexualmente “torturada com o uso de pedaços de madeira”, além de ter tido “o corpo queimado com cigarros”.²⁸²

No dia que voltaram ao prédio e perceberam que a transexual não mais apresentava qualquer tipo de resposta às agressões, os adolescentes pensaram que ela havia morrido e decidiram jogá-la no fosso do prédio. No entanto, ela ainda estava viva e acabou morrendo afogada.

Sua morte foi noticiada como um assassinato de um travesti e de um imigrante sem teto. As notícias levaram à comoção nacional e várias associações de defesa de direitos de homoafetivos fizeram manifestações.

Na cobertura do caso “a imprensa acompanhava todos os desdobramentos do caso, enquanto lutava contra os próprios estereótipos sobre os transexuais”.²⁸³. A princípio, a imprensa fala de “Gisberto”, o trans portador de AIDS morto. Não eram publicadas fotos da brasileira, apenas era descrito um estereótipo. Isso levou

²⁸² BBC BRASIL. **A brasileira que virou símbolo LGBT e cujo assassinato levou a novas leis em Portugal.** Disponível em:

<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160218_brasileira_lgbt_portugal_mf>.

Acesso em: 28 mar. 2016.

²⁸³ BBC BRASIL. **A brasileira que virou símbolo LGBT e cujo assassinato levou a novas leis em Portugal.** Disponível em:

<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160218_brasileira_lgbt_portugal_mf>.

Acesso em: 28 mar. 2016.

associações a fazerem uma campanha de distribuição de fotos para a imprensa, e só então Gisberta passou a ter um rosto, foi humanizada e passou a ter um tratamento mais justo com o tempo.

A autópsia revelou que a causa da morte era afogamento, e o único adolescente que poderia ser julgado como adulto, por ter 16 anos à época, teve sua pena reduzida, pois os demais afirmaram que ele havia apenas assistido às agressões, mas não as cometido. Assim, um ano e meio após a tortura e assassinato da brasileira, seus agressores estavam todos livres.

O juiz do caso chegou a afirmar que o assassinato havia sido “uma brincadeira de mau gosto de crianças que fugiu ao controle”²⁸⁴. E apesar de Gisberta ter sido jogada no fosso, o julgador entendeu que quem a matou foi a água, e não as pessoas que a jogaram. O resultado do julgamento acabou incentivando movimentos de defesa dos direitos dos transgêneros, e leis de proteção às pessoas trans foram sendo aprovadas com o tempo.

O desconhecimento de quem era Gisberta, de sua condição, e o não saber lidar com o diferente, o “fora do normal”, a ignorância são visíveis no caso da brasileira. Os jovens chegaram a defini-la como “um homem com seios que realmente parecia uma mulher”. A imprensa tratou-a como travesti e como o imigrante sem-teto. Somente com a mobilização das associações de defesa dos direitos LGBT que a mídia começou a entender a situação de Gisberta e a tratá-la de uma forma mais humana.

Esse é só um exemplo da importância da inclusão e integração das pessoas transgêneras na sociedade. É só um exemplo de que não basta garantir legalmente os direitos dos transexuais se a sociedade não sabe conviver com eles, se não sabe tratá-los com dignidade, respeito, sem discriminação ou preconceito. Talvez se Gisberta tivesse o prenome compatível com sua aparência teria conseguido um emprego e não teria tido essa morte trágica. Talvez se os adolescentes tivessem no currículo escolar uma disciplina que abordasse a igualdade e a identidade de gênero, Gisberta ainda estaria viva.

²⁸⁴ BBC BRASIL. **A brasileira que virou símbolo LGBT e cujo assassinato levou a novas leis em Portugal.** Disponível em:

<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160218_brasileira_lgbt_portugal_mf>.

Acesso em: 28 mar. 2016.

A inclusão na grade escolar de uma matéria que aborde a diversidade, a pluralidade, a igualdade de gênero e a identidade de gênero é uma medida de grande valor que pode ser tomada em conjunto pelo Estado e pela sociedade. Da mesma forma, a criação de projetos de acompanhamento familiar, como o que existe no Hospital das Clínicas de São Paulo – que pretende acompanhar crianças e adolescentes de modo a ajudarem-nas a crescer melhor, e não curar a transexualidade – também auxiliaria muitas famílias a se relacionarem melhor.

Por tudo já exaustivamente discutido, mais uma vez destaca-se que é óbvia a necessidade de se permitir a realização da cirurgia de transgenitalização de forma menos burocrática que a proposta atualmente pelo CFM, por considerar a transexualidade ainda uma doença. Não cabe a médicos, psicólogos decidirem quem a pessoa é, e ela não deve ter que provar a terceiros sua identidade de gênero para que possa vivê-la em sua integridade. No mesmo caminho, ela não deve ser obrigada a realizar a cirurgia para alterar seus dados. O procedimento é longo, envolve vários riscos, é doloroso, e cabe a cada um decidir até onde quer ir, em respeito à sua dignidade, à sua saúde e direito de escolha.

As medidas tomadas pelo MPT no fim de 2015 já indicam um enorme avanço face à discriminação enfrentada pelos profissionais LGBT no ambiente de trabalho. Outro imenso progresso envolveria a instituição, por parte dos sindicatos, de medidas para proteção de transexuais no âmbito trabalhista, evitando as dificuldades que esses encontram de acesso a emprego e as demissões causadas pela mudança de sexo.

O tratamento da pessoa que mudou seu registro como se já tivesse nascido com o gênero escolhido é substancial, pois garante, por exemplo, a um transexual masculino que passe para o sexo feminino a contagem do prazo de aposentadoria como qualquer mulher registrada como do sexo feminino desde o nascimento.

Consequentemente, apesar de a propositura da ADI 4275 servir para demonstrar uma maior preocupação com a efetivação dos direitos dos transexuais, essa não é o bastante para resolver a questão, que é muito mais ampla do que somente a mudança do registro. Do mesmo modo, não basta a regulamentação da cirurgia pelo Conselho Federal de Medicina, nem as portarias do Ministério da Saúde, e nem mesmo os Projetos de Lei que tramitam há anos no Congresso Nacional.

Luiz Alberto David Araújo explica sobre o Projeto de Lei 70-B:

O projeto de lei pretende, dessa maneira, consolidar o comportamento médico já autorizado pelo Conselho Federal de Medicina e, de forma equivocada, determina que o transexual operado tenha essa qualidade averbada em seu registro civil. Não avança, portanto. Ao contrário, ratificará um comportamento discriminatório hoje existente. Se aprovado, estará, a nosso ver, viciado de inconstitucionalidade, pois a anotação fere o direito à intimidade e à privacidade do transexual operado, como já vimos acima. Ao exigir a anotação “transexual” no novo registro, o projeto se caracteriza pela inconstitucionalidade, pois marca o cidadão, de forma definitiva, quanto a sua opção sexual, sua condição pessoal (...).²⁸⁵

O Projeto de Lei 5002/2013, por sua vez traz avanços claramente demonstrados ao garantir o reconhecimento da identidade de gênero e o desenvolvimento pessoal conforme essa, além da identificação conforme à identidade de gênero do prenome, imagem e sexo; ao dispor sobre o exercício do direito à identidade por meios farmacológicos, cirúrgicos, de comportamento e vestimenta; a permissão de retificação registral quando sua identidade de gênero não coincidir com seus dados no registro; prever o procedimento proibindo exigências como cirurgia, tratamento hormonal, diagnóstico e autorização judicial, para tanto; e ainda dispor sobre as crianças e jovens transexuais, o sigilo da retificação, a manutenção das obrigações prévias – mencionando especificamente as que provêm de relações familiares, a garantia da manutenção da maternidade e paternidade das pessoas trans, e a retificação do registro de seus filhos, além da preservação do matrimônio – e explicar que o número da carteira de Identidade e CPF devem ser mantidos como garantia de continuidade jurídica; a permissão da realização da cirurgia de transgenitalização bastando o consentimento expresso, e a obrigatoriedade de o SUS e dos planos de saúde cobrirem os procedimentos necessários para adequação do físico à identidade de gênero que ainda é omissos em pontos importantes.

É o caso da falta de disposição sobre o direito previdenciário, sobre as relações trabalhistas, sobre a criminalização da transfobia, sobre as relações esportivas, e até mesmo sobre a retirada do gênero dos documentos de identificação pessoal.

Nesse ponto, é fundamental considerar que a inclusão do sexo no registro de nascimento e nos demais documentos e formulários é meramente resultado de uma cultura construída ao longo de séculos que divide a humanidade de forma

²⁸⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 131.

binária – homens e mulheres – preocupados com uma moralidade voltada para a reprodução da espécie humana, com a hierarquização entre os gêneros, em que o homem ocupa posição superior à da mulher, e com a exclusão dos que não se enquadram no padrão estabelecido. O momento atual já luta contra esses motivos e essa padronização por entender justamente que não passa de uma construção histórica que acaba segregando e inferiorizando milhares de pessoas.

Dessa forma, a maioria dos países já admite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a adoção por casais homoafetivos, já tem políticas voltadas para a igualdade de direitos de homens e mulheres, de modo que não faz sentido mais manter essa divisão e classificação entre as pessoas. Qual o objetivo de se registrar o sexo que uma pessoa nasceu, se quando isso é feito só tem como levar-se em consideração a aparência da pessoa, e hoje já se sabe que o sexo vai muito além das características físicas, que envolve aspectos psicológicos, sociais, dentre outros? Se quando a divisão foi feita procurava evitar o casamento de pessoas do mesmo sexo, e hoje isso praticamente não existe mais, e quando existe já se luta pelo seu fim? Qual seria a relevância dessa etiquetagem das pessoas?

Justamente por não vislumbrar situações em que a divisão entre homens e mulheres tem qualquer relevância de fato, que este trabalho vai além da defesa da alteração do registro dos transexuais, bastando para tanto sua livre e espontânea vontade, e que propõe justamente a supressão do campo “sexo” do registro de nascimento e demais documentos e formulários públicos.

Assim, mesmo que todas as ações no Poder Judiciário fossem julgadas a favor dos direitos dos transexuais, que todos os projetos de lei do legislativo fossem aprovados, os transexuais ainda enfrentariam grandes dificuldades no seu dia a dia, daí as propostas de ação conjunta de Estado e sociedade acima.

7

Conclusão

A desnecessidade da judicialização do requerimento de mudança de nome e a dispensabilidade do campo “sexo” do registro de nascimento das pessoas encontra lastro primeiramente na vertente que projeta o art. 1º, III da Constituição Federal – que encampa a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro – na busca da realização da personalidade de cada ser humano, segundo suas crenças, necessidades e valores.

Tal dispositivo é reforçado logo à frente na Carta Magna, especificamente, no art. 3º, I e IV, que estabelece, dentre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com o escopo de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A conjugação dessas normas superiores serve para mostrar claramente a intenção do constituinte de promover a construção de uma sociedade que respeite a diversidade e a individualidade de cada pessoa.

Dando continuidade à sua proposta de sociedade, em preterição aos tratamentos discriminatórios, o art. 5º da Constituição Republicana assegura o direito à vida e, por conseguinte, à isonomia, garantido que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, sem desprezar o direito à saúde, inclusive a psicológica.

Por sua vez, dentre as leis infraconstitucionais, destaca-se as normas do Código Civil que tratam dos direitos da personalidade, com realce ao art. 13, que proíbe a disposição do próprio corpo se importar tal ato em diminuição permanente da integridade física, mas prevê como exceção a “exigência médica”; além da Lei dos Registros Públicos – Lei nº 6.015/73 – especialmente seus arts. 55 a 58.

Tais artigos devem ser lidos e interpretados em conjunto com as normas constitucionais, de modo que visem promover a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade plural. Assim, é a preservação do bem-estar psíquico que faculta aos transexuais realizar ou não a cirurgia de redesignação sexual, e corrigir no registro de seu nascimento o nome e o sexo independentemente da realização dessa. Deve-se levar em consideração que o desenvolvimento da

personalidade é permanente, bem como também o princípio da autodeterminação, significando que cada pessoa é livre na busca de suas realizações.

É exatamente assim que constantemente há modificação de nome no registro com a finalidade de atualização de dados como ocorre, por exemplo, com relação ao registro à paternidade socioafetiva sobrepondo à biológica, que exclui no assento do nascimento os nomes dos pais biológicos; ou no caso de proteção da integridade física de algumas testemunhas.

Pela Lei de Registros Públicos, existe a possibilidade, até mesmo de alteração do nome durante o primeiro ano após a maioridade, sem necessidade de apresentação de qualquer motivação.

Tais exemplos servem para demonstrar que não cabe mais falar em imutabilidade do registro. No caso dos transexuais há motivação mais que justa para alteração registral de prenome e sexo, e manter os dados que não mais correspondem à realidade da pessoa não só causa constrangimento a ela, mas também faz com que o registro retrate a realidade do passado, e não mais a do presente. De fato, esse deve ser permanentemente atualizado para que os dados constantes daquelas anotações realmente espelhem a realidade, eis que, do contrário, tais anotações se tornam inverídicas.

Não mais pode prevalecer o entendimento cômodo e excludente no sentido de que só é permitida a alteração dos registros civis em casos excepcionais, desde que as mudanças sejam devidamente justificadas em juízo e não prejudiquem terceiros. O requerimento de retificação civil representa direito oriundo do princípio constitucional da dignidade humana e, por conseguinte, se sobrepõe ao interesse público de imutabilidade do nome, que atualmente já foi até relativizado diante do dinamismo dos fatos. De prevalecer, nesse aspecto, o respeito à própria individualidade.

Por conseguinte, a proteção que a Lei 6.015/73 dedica ao nome de cada pessoa há que ser compreendida em consonância com o princípio basilar da Constituição, que é a dignidade da pessoa, e isso deixa claro que as hipóteses de alteração de nomes são meramente exemplificativas, e não restritivas como já foi interpretado no passado. Dessa forma, sempre será possível a modificação do nome nos casos de mudança de gênero. A identificação social exige adequação do aspecto formal (registral) à realidade.

Por outro lado, o argumento de que se deve proibir a modificação do nome por risco de prejuízo a outrem não prevalece, uma vez que os números dos registros (CPF, RG e Carteira de Identidade) continuarão inalterados, mudando-se apenas o nome e não mais constando o sexo da pessoa.

Vale registrar que a Convenção sobre os Direitos da Criança, encampada em Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, é o instrumento de direitos humanos mais aceito no mundo, o que demonstra sua universalidade.²⁸⁶ De acordo com essa norma não há necessidade de constar no registro de nascimento das pessoas o “sexo”, o que já não consta também no Brasil na carteira de identidade e no passaporte. O próximo passo, afinado com o entendimento de que sexo não é apenas genitália, mas uma construção complexa afetada por diversos fatores como o biológico, o cultural, o psicológico, é não constar tal fato também no assento de nascimento. Inclusive porque não pode existir descompasso entre a lei e realidade. Aliás, esse desacerto é que gera inúmeras diferenças e hierarquias.

A construção da cidadania passa pelo conhecimento dos direitos fundamentais, da pluralidade, da igualdade – inclusive sexual – e pelo respeito à diversidade. Não é suficiente garantir apenas formalmente os direitos dos transexuais. Necessário é que sejam colocados em prática de imediato, e é a atuação extrajudicial que leva à efetiva e imediata implementação de direitos, evitando-se inversão de expectativas ou juízos de valores em uma questão que é da alçada exclusiva da pessoa, no caso, o transexual.

Tanto é assim, que, em juízo, a autorização judicial para mudança de nome e de sexo é formulada mediante simples requerimento de jurisdição voluntária. Não há razão para esse simples requerimento não poder perfeitamente ser realizado diretamente no Cartório de Registro Civil, como aconteceu no caso da transexual baiana assistida pela Defensoria Pública da Bahia. Não há o que julgar, decidir ou se opor, pois qualquer entendimento contrário, que não permita tais correções, é discriminatório, preconceituoso e inconstitucional.

A proposta de desjudicialização da mudança de nome e de sexo resgata, por conseguinte, a dignidade do transexual, ressaltando a cultura de respeito às

²⁸⁶ Vale registrar que naquele instrumento considera-se criança a pessoa até 18 anos e que o registro deverá ocorrer imediatamente após o nascimento da pessoa, constando o nome, a nacionalidade. Nota-se que não se fala em sexo.

diferenças na efetivação de uma sociedade plural, pautada no resguardo da dignidade da pessoa humana por meio do fomento de políticas afirmativas de inclusão.

Vale lembrar, neste momento, a advertência de Flávia Piovesan²⁸⁷ no sentido de que “os direitos Humanos não são apenas um discurso, mas sim, uma mudança de paradigmas, de cultura, de perspectiva, de olhar sobre o mundo e as pessoas que nos cercam. Ou seja, mudança de atitude. Ação, esta é a palavra”.

Portanto, e no tocante à verdade do registro civil, a presente tese encampa o entendimento de Eduardo Cambi²⁸⁸ quando afirma que “o fetichismo das normas há de ceder à justiça do caso concreto, quando o juiz tem que optar entre o formalismo das regras jurídicas e a realização humana e mais socialmente útil do direito”. Depois, se o registro é a memória dos fatos jurídicos, e esses são cambiáveis, necessariamente essas memórias devem ser atualizadas. Trata-se de um requerimento de modificação de estado da pessoa, que é a emanção do direito da personalidade.

Assim, conclui-se que, pelos princípios e regras constitucionais – e mesmo pelo Código Civil – que asseguram a todos os direitos à dignidade, à igualdade e à integridade psicofísica é possível a modificação do nome diretamente no Cartório de Registro Civil após redesignação sexual – com ou sem cirurgia – em razão do direito da nova personalidade dos transexuais.

Consequência imediata dessa redesignação é o direito de alterar o prenome civil à nova realidade, evitando-se os percalços que surgem da ostentação de um nome incompatível com o gênero autodeterminado, e de todo o ritual demonstrando neste trabalho, com relação ao requerimento judicial de modificação de nome e de redesignação sexual, com decisões ainda não afinadas com o direito dos transexuais.

A modificação do nome e da redesignação do sexo diretamente no Cartório encontra aplicação analógica no art. 55, parágrafo único, da Lei dos Registros Públicos, ao permitir a recusa de registro de prenomes suscetíveis de expor as

²⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. In: **As mulheres e os direitos humanos**. Coleção “Traduzindo a legislação com a perspectiva de gênero”, vol. 2. Coord. Leila Linhares Barsted & Jacqueline Herman. Rio de Janeiro: CEPIA, 2001, p. 27.

²⁸⁸ CAMBI, Eduardo. O paradoxo da verdade biológica e socioafetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame de DNA, na hipótese de “adoção à brasileira”. **Revista Trimestral de Direito Civil**, a. 3, v. 12, out./dez, 2002, p. 255.

peessoas ao ridículo, evitando-se constrangimento. A mesma questão deve ser aplicada aos transexuais, pois a alteração do nome é possível para evitar escárnio. Também os artigos 56, 57 e 58 permitem a modificação ou retificação do registro, sendo correto entender-se que não se está diante de uma disposição legal fechada, eis que os fatos da vida são dinâmicos e não podem deixar de influir nos registros das pessoas.

O transexual tem direito a uma nova identidade sexual, na verdade a uma nova identidade de gênero, para dissociar o sexo da genitalização²⁸⁹ diante dos múltiplos significados do sexo, já que mais abrangente, incluindo também componentes eróticos, sociais e psicológicos, além dos genitais.

Dessa forma, não há razão para, na atualidade, incluir o “sexo” no registro de nascimento, eis que tal inscrição é realizada apenas com base na genitália e, por conseguinte, contribui para o equívoco e reforço no sentido de que tudo que não for nesta ordem de ideias é anormal. A inclusão do sexo no registro despreza que o gênero está em constante construção, e que poderá não prevalecer o sexo indicado na certidão de nascimento, exigindo retificação.

Anotar o sexo no registro de nascimento e constar tal fato na certidão de nascimento é manter a arbitrária estrutura dicotômica, na sua versão masculina ou feminina, não existindo espaço para os que não se enquadram nessa proposta, para os que queiram transformar sua identidade de gênero.

Não se pode desprezar que a sexualidade faz parte da própria condição humana. O ser humano não pode se realizar como tal se não respeitar o livre exercício da sexualidade, o direito à liberdade sexual atrelado ao direito de tratamento igualitário e independente da tendência sexual.

Assim, é o princípio da dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático de Direito, que permite a retificação de assento de registro civil para alteração do nome e que também pontua que não mais conste o gênero no registro de nascimento evitando-se ocorrências de situações constrangedoras e vexatórias, inclusive com exclusão do meio social.

²⁸⁹ MONEY, John, Pesquisa de Gênero Homossexual/Heterossexual: do Pecado à Ciência e Polícia Secreta. **Sexus – Estudo Multidisciplinar da Sexualidade Humana**, v. 2, n. 3, p. 3, maio/jun. 1990, conceitua sexo nessa linha de entendimento, ou seja, “(...) seu sexo é o seu status como homem ou mulher, masculino ou feminino (ou inter-sexuado), com base na genitália externa apenas”.

Ressalte-se que o princípio da igualdade de gêneros foi igualmente elevado ao *status* de direito fundamental oponível aos poderes políticos e privados (art. 5º, I, da Constituição). Não se pode mais considerar as pessoas genérica e abstratamente. Há necessidade de entendê-las em suas especificidades ou nas suas concentricidades, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a exigir que se conjugue o valor da liberdade ao valor da igualdade.

Não se pode olvidar também que, independentemente da concepção adotada sobre os direitos humanos serão eles considerados fundamentais e essenciais quando reconhecidos pelo ordenamento jurídico como resultado de lutas e conquistas políticas. Portanto, a proteção da pessoa humana, em suas especificidades, é a implementação de direitos, sem qualquer discriminação e, por conseguinte, buscando sua plena efetividade.

Nesse contexto, é possível nos dias atuais o próprio Cartório de Registros de Pessoas proceder a averbação ao registro de nascimento da alteração do prenome, sem constar da nova certidão o “sexo”, por simples requerimento da própria parte registrada ou seus representantes legais, independentemente de cirurgia, declarando que o nome e o sexo constante daquele assento não mais correspondem à identidade.

Aludida alteração, garantindo o direito de personalidade, não constará de nenhum documento para evitar preconceitos, discriminação e privacidade. Por conseguinte, propõe-se que nos novos registros não mais conste o sexo; e em relação aos registros já realizados, caso expedida outra certidão, que o sexo não conste mais nessa nova certidão. Assim, com relação à alteração por motivo de redesignação de gênero, o cartório modificará apenas o nome, não constando também na nova certidão o sexo.

O estudo de direito comparado serviu como ponto de partida para a proposta principal deste trabalho. As legislações estrangeiras estudadas levaram-nos a concluir por uma postura ainda mais além do que elas abrangem em relação ao registro. A ideia de retirar o sexo do assento de nascimento da pessoa surgiu após as considerações a partir de Foucault sobre a necessidade do Estado e da sociedade de normatizar cada detalhe da vida da pessoa. Daí a conclusão no sentido de que mais do que poder alterar o registro, deveria tal informação não constar de seu registro.

A partir do momento que o Estado admite que homens e mulheres são iguais em direito e obrigações, que admite o casamento homoafetivo, a adoção homoafetiva e busca facilitar a alteração registral, não subsiste mais razão para a necessidade de classificação do gênero. Se antes ele servia para evitar a união homoafetiva, para distinguir homens e mulheres quanto à capacidade civil, aos direitos políticos, e a todos os demais direitos e deveres, tais propósitos já se perderam.

Por outro lado, por envolver não só uma questão jurídica, mas também social, que diz respeito à convivência da pessoa no ambiente familiar, de trabalho, e de lazer, não basta que o Estado facilite a mudança de registro, ou retire o campo de sexo dos documentos. É necessária a promoção de políticas sociais voltadas para a conscientização da população, para a maior integração dos transexuais no ambiente de trabalho e políticas de apoio ao próprio transexual e sua família. Não porque ele é portador de uma doença, de um transtorno, de um desvio, mas para ajudá-los a lidar com o preconceito, o julgamento e a discriminação que muitas vezes levam à violência contra eles, ou ao desenvolvimento de doenças como a depressão.

A preocupação com a criança e o adolescente transexual também deve ser voltada para o melhor interesse deles, e não para a conformação aos padrões esperados pelos pais. Atualmente existem meios para retardar o desenvolvimento hormonal e a administração de hormônios para que a criança se desenvolva fisicamente o mais parecido possível com a sua identidade de gênero, e sofra menos por sua aparência não corresponder com suas vestes, com seu nome social e com seu comportamento. Ademais, quanto mais cedo iniciado o tratamento, maior a chance da pessoa se desenvolver mais parecida com sua identidade de gênero. O tratamento oferecido pelo Hospital das Clínicas de São Paulo é exemplar nesse ponto. Ele ajuda os pais a identificar se a criança passa apenas por “uma fase” ou se realmente ela se sente pertencente ao gênero oposto, quando essa é muito nova para se fazer entender. Ademais, o tratamento oferecido em momento algum é para “consertar”, mas para ajudar os pais a lidarem da melhor forma com a criança, e ajudá-la a viver com o menor sofrimento face à sua situação e à opinião social.

A atitude do setor de Psiquiatria do Hospital das Clínicas de São Paulo também merece destaque por demonstrar que parte do corpo médico já entende

que a transexualidade não é transexualismo. Demonstra que parte desses profissionais já entende que ela é uma condição que não faz das pessoas portadoras de doença mental, e nem exige tratamento para curá-las. Deixa claro que parte dos profissionais da medicina e áreas afins já entendem que os tratamentos hormonais, cirúrgicos, e psicológicos são somente para fazer a pessoa se sentir melhor caso opte por eles, e não para enquadrá-la no padrão social de homem ou mulher, normal ou anormal, são ou doente.

Nesse contexto, é recomendável ao CFM adotar o comportamento desses profissionais de modo a não colocar tantas exigências para a realização da cirurgia de transgenitalização e tratamento hormonal. Da mesma forma que não cabe ao Poder Judiciário decidir quem a pessoa é, não cabe a um médico julgar algo já decidido pela própria pessoa. Ninguém melhor que o próprio indivíduo para eleger sua identidade e exigir o respeito a ela. Não cabe a outra pessoa ou ao Estado reconhecerem a decisão pessoal para que ela passe a ser respeitada.

Estabelecer um prazo para o reconhecimento da identidade de gênero é ignorar as características pessoais de cada um. Exigir a redesignação sexual para alteração do registro – pelo argumento de ser o sexo biológico o prevalente – não faz sentido. O sexo é protegido pela Constituição Federal em todos os seus aspectos, e não há prevalência de um sobre o outro.

Na mesma esteira de pensamento, a menção no registro do transexual de que a mudança foi feita devido à sua condição, fere os direitos à intimidade e privacidade consagrados constitucionalmente. Há formas de manter a segurança jurídica das relações que envolvem terceiros, por exemplo, a manutenção do número do CPF.

Em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e do livre planejamento familiar, não existe fundamento para ser vedada a alteração registral de transexual casado. Aceitar tal proibição seria viver em ilusão. Como já ressaltado, a pessoa que deseja alterar o registro após o casamento, já pertencia ao gênero oposto, somente o registro não informava isso pois, quando foi feito, levou-se em consideração somente os órgãos genitais externos. Proibir a alteração para proteger o cônjuge e/ou filhos não faz o menor sentido, até mesmo porque a pessoa normalmente já se comporta conforme sua identidade de gênero, e a família até sabe de sua condição.

Por outro lado, como já explicado, caso o cônjuge não soubesse e não aceitasse a situação quando a descobrisse, provavelmente não a aceitaria e desejaria o fim do relacionamento, do mesmo modo que o transexual também não iria querer permanecer em um relacionamento em que não é aceito pelo que é. Assim, não há razão alguma para a proibição de alteração registral seja a pessoa solteira ou casada, homem ou mulher, criança ou adulto.

Referências bibliográficas

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais**: Introdução Geral. Estoril: Princípiã, 2007.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARGENTINA. **Ley nº 26.743 de 2012**. Disponível em: <http://www.tgeu.org/sites/default/files/ley_26743.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o Processo. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BBC Brasil. **A brasileira que virou símbolo LGBT e cujo assassinato levou a novas leis em Portugal**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160218_brasileira_lgbt_portugal_mf>. Acesso em: 28 mar. 2016.

BBC MUNDO. **Por qué Argentina lidera la revolución trans en el mundo**. Disponível em: <http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/05/140516_argentina_trans_de_rechos_revolucion_lgbt_irm>. Acesso em: 26 mar. 2016.

BENTO, Berenice. Queer o quê? Ativismo e estudos transviados. **Revista Cult**. São Paulo, nº, 193, ano 17, agosto 2014.

BRANDÃO, J. S. **Mitologia Grega**. Vol. II, 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

BRASIL. **Ap. Cível nº 1.0702.14.043172-8/001**, j. 07/07/2015, publicação 17/07/2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcor dao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0702.14.043172-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

BRASIL. **Ap. nº 1.0702.15.030891-5/001**, Relator: Des.(a) Fernando de Vasconcelos Lins, julgado em 13/12/2015, data da publicação: 15/12/2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcor dao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0702.15.030891-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 mar. 2016.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1955/2010**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm. Acesso em: 26 mar. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 mar. 2016.

BRASIL. Defensoria Pública da Bahia. **Ofício da Defensoria Pública do Estado da Bahia**. Enviado por *e-mail* pelo defensor estadual Dr. Felipe Noya.

BRASIL. Defensoria pública do estado da Bahia. **De forma inédita, DPE garante mudança do nome e sexo de transexual sem necessidade de ajuizar ação**. Disponível em: http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=13949. Acesso em: 28 mar. 2016.

BRASIL. Defensoria Pública do Estado da Bahia. **Enunciado 03/2014**. Obtido mediante contato por *e-mail* com o defensor responsável pela sua escrita.

BRASIL. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Utilização de Banheiros por Travestis e Transexuais**. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/Utiliza%C3%A7%C3%A3o%20do%20banheiro%20por%20travestis%20e%20transexuais.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2016.

BRASIL. **Lei 9.278/96**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm. Acesso em: 26 mar. 2016.

BRASIL. **Lei 8.971/94**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm. Acesso em: 26 mar. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria 2803 de 2013**. A referida portaria encontra-se completamente disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html. Acesso em: 26 mar. 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei 70-B de 1995**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1587D407698BA3BF29BB9E5960546873.node1?codteor=1036327&filename=Avulso+-PL+70/1995. Acesso em: 26 mar. 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei 5002 de 2013**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1059446.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2016.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF**. Disponível em: <http://www.pgr.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/procurador-geral-da->

republica/informativo-de-teses/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/ADO-26.pdf>, p. 02. Acesso em: 26 mar. 2016.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Recurso Extraordinário 845.779 – SC**. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_constitucional/portal_factory/copy_of_pdfs/re-845779-versao-final.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.008.398**, Terceira Turma, Relatora a Min. NANCY ANDRIGHI, *DJe*, 18 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SE 11.942**, Relator o Min. FRANCISCO FALCÃO, *DJe*, 16 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.043.004**, Relator o Min. MARCO BUZZI, *DJe*, 5 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1043004**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=29882506&num_registro=200800648469&data=20130805&tipo=0>. Acesso em: 26 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 737.993**, Quarta Turma, Relator o Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, *DJe*, 18 dez. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 876.672**, Relator o Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, *DJe*, 5 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 876672** de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=7102907&num_registro=200601752260&data=20100305&tipo=0>. Acesso em: 26 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.008.398/SP**, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 15.10.2009, *DJU*, 18 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SE 004.179**, Relator o Min. CESAR ASFOR ROCHA, *DJe*, 15 abr. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. **Recurso Especial nº 678.933 - RS (2004/0098083-5)**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=7047603&num_registro=200400980835&data=20091118&tipo=0>. Acesso em: 26 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. **REsp nº 1.008.398 – SP (2007/0273360-5)**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=1008398+&b=ACOR>. Acesso em: 26 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4275**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 845.779**. Ainda em julgamento. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4657292>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 10272**. Relator: Min. Victor Nunes, Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 08/05/1963. Data da publicação em 11/07/1963. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=83833>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível 0013986-23.2013.8.19.0208**, Rel. Des. Edson Aguiar de Vasconcelos, 21.32. 2014. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJUD/CONSULTAPROCESSO.ASPX?N=2013.001.82549>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível 1993.001.066176**, de 18.3.1997.

CAMBI, Eduardo. O paradoxo da verdade biológica e socioafetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame de DNA, na hipótese de “adoção à brasileira”. **Revista Trimestral de Direito Civil**, a. 3, v. 12, out./dez, 2002.

CANDIOTTO, Cesar. **Foucault e a crítica da verdade**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do fenômeno transexual (1910-1995). **Revista Brasileira de História**, vol. 21, n. 41. São Paulo: 2001.

CATRACA LIVRE. **Com 600 mortes nos últimos seis anos, Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais**. Pesquisa divulga dados sobre a violência contra população trans no Brasil: o país que mais mata travestis e transexuais em todo o mundo. Disponível em: <<https://catracalivre.com.br/geral/cidadania/indicacao/com-600-mortes-nos-ultimos-seis-anos-brasil-e-o-pais-que-mais-mata-travestis-e-transexuais/>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

CECCARELLI, P. R. **Transexualismo**. São Paulo: Casa do Psicólogo: 2008.

CHILAND, C. **O transexualismo**. São Paulo: Loyola, 2008.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COMITÊ INTERNACIONAL DAS OLIMPIADAS. **IOC Consensus Meeting on Sex Reassignment and Hyperandrogenism**. November 2015. Disponível em: <http://www.olympic.org/Documents/Commissions_PDFfiles/Medical_commission/2015-

11_ioc_consensus_meeting_on_sex_reassignment_and_hyperandrogenism-en.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2016.

CORREA, Adriana Espíndola. **Consentimento Livre e Esclarecido: o Corpo objeto de Relações jurídicas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

COSSI, Rafael Kalaf. **Corpo em Obra: contribuições para a clínica psicanalítica do transexualismo**. São Paulo: nVersos, 2011.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada: jurisdição voluntária**. Belo Horizonte: Bernardo Alves, 1961.

CUNHA, Rosa M. **O Caráter Retórico do Princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

DELGADO, Mário Luiz. O Paradoxo da União Estável: um Casamento Forçado. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, v. 2 (set./out. 2014). Bimestral. Coordenação: Álvaro Villaça Azevedo e Mário Luiz Delgado. Porto Alegre: Magister.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

EDELMAN, Bernard. **O Direito captado pela fotografia: elementos para uma teoria marxista do Direito**. Coimbra: Centelha, 1976.

ELIADE, Mircea. **Mito e Realidade**. Tradução de Pola Civelli. São Paulo: Perspectiva, 2007.

ESPANHA. **Ley 3/2007 de 15 de marzo**. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2007/03/16/pdfs/A11251-11253.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

FARAMERZ, Dabhoiwala. **As origens do sexo: uma história da primeira revolução sexual**. Trad. Rafael Mantovani. São Paulo: Biblioteca Azul, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. Vol. 2. 13ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2005.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A pessoa transgênera e o reconhecimento do direito de ser mulher: promoção da dignidade humana e garantia do desenvolvimento da pessoa. *In*: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. **Manual dos Direitos da Mulher**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e a Constituição do Sujeito**. 3ª ed. São Paulo: EDUC, 2011.

FOCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1996.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura na Idade clássica**. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 20ª ed. São Paulo: Loyola, 2010.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução: Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

FRIGNET, H. **O transexualismo**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002.

GARCIA, Emerson. A “Mudança de Sexo” e suas Implicações Jurídicas: Breves Notas. *In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. V. 12, nº 18 (out./nov.2007). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução: Claudia Berliner; revisão da tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GUERRA, Andréa Trevas Maciel; GUERRA JÚNIOR, Gil. **Menino ou Menina?** Os distúrbios da diferenciação do sexo. São Paulo: Manole, 2002.

HAMMARBERG, Thomas. Direitos Humanos e Identidade de Gênero. *In: Série de Publicações do TVT*, Volume 5, Berlim, 2011. Disponível em: <<http://tgeu.org/issue-paper-human-rights-and-gender-identity-portuguese/>>. Acesso em: 6 jan. 2013.

IBDFAM. **Tribunal permite que Lei Maria da Penha seja aplicada para mulheres Trans**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/11109/Tribunal+permite+que+Lei+Maria+da+Penha+seja+aplicada+para+mulheres+trans>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

IBDFAM. **“Saga de alta sensibilidade humana”, diz juiz que determinou alteração de nome e gênero no registro de criança trans**. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5897/>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

INDONÉSIA. **Princípios de Yogyakarta**. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2016.

JORNAL ESTADÃO. **Isabela, de 5 anos, ganha o direito de ser menina**. Disponível em: <<http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,isabela--de-5-anos--ganha-o-direito-de-ser-menina,10000016147>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

JORNAL G1. **Juiz autoriza mudança de gênero e nome para brasileira de 9 anos**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/02/juiz-autoriza-mudanca-de-genero-e-nome-para-brasileira-de-9-anos.html>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

JORNAL G1. **Mulheres trans relatam dificuldades de inserção no mercado de trabalho**. O preconceito acaba gerando evasão escolar e falta de oportunidades. Brasil é o país com maior número de mortes de pessoas trans no mundo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/espirito-santo/noticia/2015/11/mulheres-trans-relatam-dificuldades-de-insercao-no-mercado-de-trabalho.html>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

JORNAL G1. **Relator no STF vota a favor do uso de banheiro feminino por transexual.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/11/relator-no-stf-vota-favor-do-uso-de-banheiro-feminino-por-transexual.html>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

JORNAL VALOR. **Maioria dos Profissionais LGBT esconde orientação no trabalho.** Disponível em: <<http://www.valor.com.br/carreira/4419930/maioria-dos-profissionais-lgbt-esconde-orientacao-no-trabalho>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

JOTA. **Janot: Não se pode exigir mutilação física para assegurar direito constitucional.** Disponível em: <<http://jota.info/materias17-janot-nao-se-pode-exigir-mutilacao-fisica-para-assegurar-direito-constitucional>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

JOTA. **Vista no STF adia decisão sobre uso de banheiro por transexuais.** Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/vista-no-stf-adia-decisao-sobre-uso-de-banheiro-por-transexuais>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

KALBERG, Stephen. **Max Weber: uma introdução.** Tradução Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

KAPLAN, H. I; SASOCH, B. J. **Compêndio de psiquiatria dinâmica.** 3ª ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1984.

KNOTT, Gregory. **Transsexual Law Unconstitutional:** German Federal Constitutional Court Demands Reformation of Law Because of Fundamental Rights Conflict. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1433019>. Acesso em: 23 mar. 2016.

KONDER, Carlos Nelson. O Consentimento no Biodireito: Os casos de transexuais e dos wannabes. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vl. 15, julho/setembro 2003. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo:** uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LIMA, João C. Coelho. Transexualidade, Identidade e Casamento - Alguns problemas. Em: **Scientia Iuridica**. Vol. L, t. 289, 2001.

LISBOA. Tribunal da Relação de Lisboa. **Processo 2518/2004-1.** Rel. Folque de Magalhães. 22 de junho de 2004.

LISBOA. Tribunal da Relação de Lisboa. **Processo nº 0017910,** documento nº RL198610060017910. 06 de junho de 1986.

LÔBO, Paulo. Relações de Família e Direitos Fundamentais. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.** Belo Horizonte, IBDFAM, mar./abr. 2014, v. 2.

MASCARO, Alysso Leandro. **Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro.** 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MCNAB, Claire. Integrating Transsexual and Transgendered People (Part 1 of 3) In: **The Amicus brief form Liberty**, Part 1 of 3. Disponível

em:

<<http://www.pfc.org.uk/caselaw/Libertys%20amicus%20brief%20Part%201.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

MILLER, Jacques Alan. **Perspectivas dos Escritos de Lacan**. Tradução Vera Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

MILLOT, C. **Extra-sexo** – Ensaio sobre transexualismo. São Paulo: Escuta, 1992.

MONEY, John. Pesquisa de Gênero Homossexual/Heterossexual: do Pecado à Ciência e Polícia Secreta. **Sexus – Estudo Multidisciplinar da Sexualidade Humana**, v. 2, n. 3, p. 3, maio/jun. 1990.

MONTEIRO, Arthur Maximus. Direito ao nome da pessoa natural no ordenamento jurídico brasileiro. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

NERY, João W. **Erro de pessoa: Joana ou João?** Rio de Janeiro: Record, 1984.

NERY, João W. **Viagem solitária: memórias de um transexual 30 anos depois**. São Paulo: Leya, 2011.

NICACIO, Gabriela Autran Dourado Dutra. A participação de atletas que passaram por cirurgia de mudança de sexo nas competições. In: **Desporto e Direito: Revista Jurídica do Desporto**. Ano IV, nº 10, p. 43,56, 2006.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

O GLOBO. **Obrigada a jogar com homens, atleta transgênero comemora decisão do COI**. Entidade dispensa cirurgia de mudança de sexo para participação em competições. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/esportes/obrigada-jogar-com-homens-atleta-transgenero-comemora-decisao-do-coi-18549340>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

O TEMPO. **Nome social e crime por homofobia já podem ser apontados no B.O.** Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/cidades/nome-social-e-crime-por-homofobia-j%C3%A1-podem-ser-apontados-no-b-o-1.1207588>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família do Século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil** – Atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. In: **As mulheres e os direitos humanos**. Coleção “Traduzindo a legislação com a perspectiva

de gênero”, vol. 2. Cord. Leila Linhares Barsted & Jacqueline Herman. Rio de Janeiro: CEPIA, 2001.

PORCHAT, Patrícia. **Psicanálise e transexualismo**: desconstruindo gêneros e patologias com Judith Butler. Curitiba: Juruá, 2014.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. **Parecer do Procurador-Geral da República no RE 845.779 de Santa Catarina**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=465729>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A natureza jurídica dos conselhos fiscais de profissões regulamentadas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1211, 25 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9082>>. Acesso em: 20 abr. 2010.

R7 NOTÍCIAS. **MP regulamenta uso de banheiros por transexuais conforme a identidade de gênero**. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/mp-regulamenta-uso-de-banheiros-por-transexuais-conforme-a-identidade-de-genero-02122015>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

RAMSEY, G. **Transexuais – Perguntas e respostas**. São Paulo: Summus, 1998.

REVISTA ESCOLA. **Educação sexual**: precisamos falar sobre Romeo... lana, Roberta e Emilson. Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/formacao/educacao-sexual-precisamos-falar-romeo-834861.shtml>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

RODRIGUES, Carla. A política do desejo. **Revista Cult**. São Paulo, nº 193, ano 17, agosto 2014.

RODRIGUES, Carla. O potencial político da Teoria *queer*. **Revista Cult**. São Paulo, nº 193, ano 17, agosto 2014.

RODRIGUES, Marcelo. **Tratado de registros públicos e direito notarial**. São Paulo: Atlas, 2014.

ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. **Dicionário de psicanálise**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

SAADEH, A. **Transtorno da identidade sexual – Um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino**. São Paulo: Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo: 2004. Tese de doutorado em Psiquiatria.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SIMÕES FILHO ONLINE. **De forma inédita, transexual consegue alterar nome civil sem mover ação**. Disponível em: <<http://www.simoesfilhoonline.com.br/transexual-consegue-alterar-nome-civil-sem-mover-acao-em-simoes-filho/>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

STOLLER, R. J. **A experiência sexual**. Rio de Janeiro: Imago: 1982.

STOP TRANS PATHOLOGIZATION. **Manifesto**. Rede Internacional pela Despatologização Trans. Disponível em: <<http://www.stp2012.info/old/pt/manifesto>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual** – Estudo sobre o transexualismo – Aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TANNURI, Cláudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomelli. A aplicação da Lei Maria da Penha como forma de proteção às transexuais femininas: uma questão de gênero e dignidade. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**. v. 12 (nov./dez). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, bimestral, p. 102.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VELOSO, Zeno. Nome civil da pessoa natural. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.