

## A NÃO-OBIGATORIEDADE DA ADAPTAÇÃO FÍSICA DO TRANSEXUAL PARA A PROMOÇÃO DO DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO

### Vanessa Santana de Jesus Souza

Conciliadora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduanda em Direito do Estado pelo JUSPODIVM.

**Resumo:** Buscando raízes no existencialismo filosófico enquanto corrente contrária à uniformização dos indivíduos e protetora da individualidade da pessoa humana, ressalta-se a perspectiva axiológica do Direito e sua tendência à humanização, extraindo-se do princípio da dignidade da pessoa humana – valor fundamental ao qual foi atribuída força normativa – o respeito à essência individual face à predisposição dos agrupamentos humanos em socorrerem-se nos ideais universalizantes buscando segurança nas relações interpessoais. Faz-se um breve apanhado histórico acerca dos estudos das identidades trans desde 1950 até a sua patologização em 1980, com a inclusão do transexualismo no Cadastro Internacional de Doenças (transtorno de identidade sexual - F-64.0). Após, analisar-se-á a transexualidade sob uma nova perspectiva, consubstanciada na psicologia e na sociologia, para afirmar o prevailecimento do sexo psicológico sob o genético na conformação do gênero do indivíduo e a valorização da análise da questão sob a perspectiva deste grupo, despatologizando a condição trans, para que se promova uma verdadeira inclusão social. Passa-se a demonstrar a possibilidade de interpretação das normas brasileiras existentes conforme os preceitos constitucionais de respeito à dignidade e à autonomia privada, como solução alternativa à morosidade legislativa, e indicando os atrasos e avanços no Brasil e no direito comparado, ressaltando a importância conferida aos tribunais pátrios para o reconhecimento e efetivação dos direitos de personalidade dos transexuais.

**Palavras-Chave:** Transexual. Gênero psíquico. Retificação do registro civil. Dignidade da pessoa humana. Terapia cirúrgica não-obrigatória. Exercício de direito da personalidade.

### 1. Introdução

O Direito foi criado com o múnus de regular as ações dos indivíduos de uma mesma sociedade, possibilitando a estes o exercício de suas liberdades sem que isso signifique, contudo, a mitigação desarrazoada das prerrogativas de outrem. Em contrapartida, é a sociedade que confere legitimidade para o Direito, porquanto a sua força emane do quanto haja integrado em seu texto do pensamento social, sobremaneira das convicções dos atores sociais majoritários.

Não se pode, porém, subverter a utilidade primeira do Direito, transformando-o em

instrumento de opressão e sofrimento aos grupos minoritários que não se encaixam em conceitos universalizados de conduta, reguladas segundo padrões pré-definidos de normalidade.

Neste contexto, os princípios jurídicos servem de catalisadores de valores humanitários no ordenamento, e, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana tem chamado a atenção a novos (ou não tão novos, mas antes desprestigiados) pensamentos, ganhando relevo a necessidade de respeito à pluralidade de opiniões, crenças, sexos, desejos, estimas, havidas no seio da sociedade.

Daí surge o fortalecimento das minorias e de suas reivindicações pela satisfação de anseios primários: reconhecimento jurídico e equalização de oportunidades sociais. Com os transexuais não é diferente. Erguendo como estandarte o direito de ser quem entendem ser, e não o que seus corpos externalizam, militam pela possibilidade de assumirem juridicamente suas identidades psicológicas, rompendo com os padrões naturais heterocentros.

Moroso na discussão sobre a situação jurídica desta minoria, o Poder Legislativo delega, tacitamente, ao Judiciário a solução casuística dos problemas que cotidianamente se apresentam, o qual, embora hesitante e sob pressão, vem gradualmente posicionando-se de modo favorável ao respeito às particularidades da condição transexual. No entanto, carece o Direito de uma teoria da transexualidade, que demonstre para a efetivação dos direitos dos indivíduos transexuais.

Propõe este trabalho, justamente, fomentar uma construção doutrinária, demonstrando que a patologização do transgênero não responde aos questionamentos desta minoria – mas sim da maioria ideologicamente centrada no dimorfismo biológico de gêneros – e, por fim, asseverando a impossibilidade de condicionarmos direitos personalíssimos como o nome e a identidade à abdicação de outros direitos, como o da integridade física e psicológica.

## 2. O Direito que marginaliza e o Direito que protege minorias

Por ser “essencialmente coexistencialista” (DINIZ, 2000, p. 5-6), é inerente à natureza humana a criação de grupos sociais como forma de viabilização de seus objetivos pessoais. Desta maneira, as relações interpessoais não são apenas úteis como também necessárias para o desenvolvimento do indivíduo. Destas relações de coordenação, subordinação, integração e delimitação estabelecidas entre os sujeitos (sejam isolados ou em grupos de interesses) derivam conflitos, porquanto sejam diversos – e por vezes entrem em rota de colisão – as pretensões destes atores sociais. Cria-se, então, o Direito, com a missão de regular as atividades das pessoas que compõem uma sociedade mediante à norma jurídica (TELLES JR., 2002, p.237).

Desta forma, é a sociedade que confere legitimidade para o Direito, pois o que o convalida é a observância deste às exigências da natureza humana e a contemplação, ao mesmo tempo, do pensamento social (NADER, 2002, p.31).

Entretanto, o pensamento social incutido na norma jurídica nem sempre reflete o princípio democrático – fundado no respeito às minorias e suas demandas específicas. Isto porque as normas são fruto da preponderância de alguns grupos de poder dentre os segmentos sociais existentes (STRECK, MORAIS, 2000, p. 90). As decisões fundamentais são, portanto, prerrogativas de grupos sociais majoritários, que se encontram amplamente representados nos poderes políticos.

Tais decisões não são arbitrárias, mas fruto da prudência objetiva daqueles segmentos

preponderantes. Esta prudência resulta de considerações fáticas e valorativas, buscadas segundo a história, a cultura e a experiência social (DINIZ, 2000, p. 7-9).

Como fator colateral, o Direito e a normatização da convivência tende à universalização dos indivíduos e a padronização dos comportamentos, reforçando a ideia de normalização como regra não apenas de conduta do homem, mas do próprio ser – daí a noção de “dever-ser” – espelhada no perfil dos setores sociais majoritários.

Com efeito, por vezes o fato jurídico reprime certos fatos sociais que fogem aos padrões gerais de conduta pré-estabelecidos, fazendo-se necessárias a mobilização e luta para adequar a situação jurídica de determinado contexto à sua situação de fato (IHERING, 2002).

Trazendo a filosofia existencialista de Jean Paul-Sartre (SARTRE, 1973, p. 16-17) à análise do direito das minorias, observa-se que é da condição humana a luta pela liberdade de ser o seu próprio projeto, pois o homem apenas é o que fizer de si, não existindo uma padronização segundo a natureza humana. De acordo com Sartre, o alheamento voluntário, a alienação da liberdade e a busca pela padronização derivam do medo e da angústia de não ter um futuro predestinado, e da relevância da missão de ser no futuro o que puder construir para si no presente. Esse posicionamento, segundo o filósofo, seria uma forma de má-fé, e em si mesmo uma escolha, embora jamais satisfaça o homem.

Na mesma linha de pensamento, Martin Heidegger afirma que o homem é construtor de si mesmo, num mundo de possibilidades, sendo a verdadeira existência um contínuo projeto. O fato de ser o homem compreendido como possibilidade gera angústia, daí a tendência ao escapismo, na forma de mergulho na impessoalidade neutra do meio social, nivelado pela mediocridade – que Heidegger atribui a alcunha de inautenticidade. Para este pensador, o ser se confunde com o existir – pois o homem não é concebido por pré-definições – e apenas a vivência autêntica, voltada para a realização das possibilidades humanas, satisfaz verdadeiramente as necessidades existências (NADER, 2002, p. 236-237).

Portanto, pode ser atribuído mérito ao existencialismo enquanto corrente filosófica contrária à uniformização dos indivíduos pelo Direito, servindo, assim, de embasamento teórico para construção histórica de princípios protetores da individualidade da pessoa humana.

Nas palavras de Roxana C. B. Borges:

Reconhecer a subjetividade concreta do homem é requisito para compreender a necessidade de proteger-lhe a vontade e, conseqüentemente, sua necessidade de autodeterminação e autonomia. Se não se reconhece o homem como ser dotado de consciência de sua própria existência, dotado de vontade e de necessidade de autonomia, auto-realização e felicidade, reduz-se, então o homem à mesma categoria dos seres irracionais [...] e, nessa situação, que dignidade lhe restará? (BORGES, 2007, p. 139)

São os princípios instrumentos jurídicos que possibilitam esta luta, revigorando o ordenamento jurídico, evitando o seu engessamento, e permitindo que o Direito corresponda às novas questões que se apresentam no decorrer do trato cotidiano do homem consigo mesmo e com o próximo. Neste ínterim, a dignidade da pessoa humana – cláusula geral constitucional que permite a tutela integral e unitária da pessoa – torna-se o valor fundamental na solução das questões de interesse existencial humano.

A dignidade da pessoa humana está inserida no ordenamento jurídico brasileiro ao art. 1º, III, constituindo também ela uma norma de dever-ser, e não apenas um valor que permeia o

## ENTRE ASPAS

ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, o sentido da dignidade da pessoa humana no ordenamento se coaduna com a necessidade de respeito, pela sociedade e pelo Direito, à essência do indivíduo, suas características físicas, culturais, sociais e psíquicas.

Neste diapasão, o princípio da dignidade humana restará desvirtuado se utilizado para impedir que a pessoa alcance o que entende intimamente por sua personalidade, ou que se realize enquanto ser racional e volitivo. É imperativo respeitar o indivíduo em sua perspectiva concreta. O conceito de dignidade não pode ser engessado pelo direito, ao contrário, deve ser definido por cada um em relação a si próprio. Até porque, em última análise, a dignidade não é um direito: o verdadeiro direito a ser observado é o direito ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Isto posto, o ordenamento jurídico e o Estado têm o dever de assegurar o respeito à dignidade das pessoas, mas não determinar o que seja ou não dignidade. *Definir a essência, determinar os contornos da dignidade mediante a construção de um modelo, não é tarefa da ciência ou da técnica jurídica.* (BORGES, 2009. P. 144).

Segundo Ricardo Lorenzetti, o direito vive uma crise cultural, frente à multiplicidade de modelos interpretativos vigentes, denotando a necessidade de aceitação do ecletismo, ao invés de virarmos as costas para a coexistência de culturas paralelas:

O vício inerente à teoria dos direitos é que pressupõe um horizonte homogêneo de experiência que, em realidade, não existe. Produz-se, destarte, um conflito entre a diversidade persistente das relações sociais e o poder homogeneizador do Direito (LORENZETTI, 1998. P. 165).

Um dos grupos minoritários que buscam respaldo na dignidade para o reconhecimento jurídico dos seus direitos de personalidade é o dos transexuais. Os chamados *transgêneros*, como são também chamados, são indivíduos cujo sexo psicológico não corresponde ao sexo biológico, o que lhes causa uma série de transtornos de foro pessoal e social.

O transexual não aceita o próprio corpo, pois internamente acredita não pertencer àque-la fisionomia, porquanto tenha uma mente que funcione como a do sexo geneticamente oposto ao seu. Ultrapassada a fase de negação, passa o mesmo a externalizar o seu sexo psíquico no círculo social, enfrentando, além de preconceitos diversos, obstáculos de ordem jurídica, haja vista não condizer o seu nome e gênero “adotados” no cotidiano com os que constam no Registro Civil da Pessoa Natural e, por conseguinte, em seus documentos de identificação.

Assim, o Direito posto, na forma de normas jurídicas cogentes que regulam a vida civil mediante preceitos padronizadores – embora atualmente haja a tendência crescente à abertura interpretativa das regras segundo valores constitucionalmente adotados –, ainda representa um obstáculo para os transexuais em sua trajetória pelo reconhecimento social do seu sexo psicológico como prevacente em sua personalidade, e, por conseguinte, um desafio mesmo ao respeito a sua dignidade.

### 3. A trajetória da transexualidade sob a ótica da comunidade científica

Sob a ótica da vivência dos transexuais, a conquista da visibilidade no meio social e jurídico tem sido paulatinamente alcançada nas últimas décadas. Para a socióloga Berenice Bento, nunca a luta pelos direitos dos transexuais alcançou tamanha organização e mobilização.

“desde que o gênero passou a ser uma categoria diagnóstica, no início dos anos 1980 (4ª. versão do DSM), é a primeira vez que ocorre um movimento globalizado pela retirada da transexualidade do rol das doenças identificáveis como transtornos mentais” (BENTO, 2006, p. 89).

As reivindicações desse movimento giram em torno de cinco bandeiras: retirada do Transtorno de Identidade de Gênero do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais e do Código Internacional de Doenças; facilitação da mudança do prenome e retirada da menção de sexo dos documentos oficiais; abolição dos tratamentos de normalização binária para pessoas intersex; acessibilidade aos tratamentos hormonais e às cirurgias sem a tutela psiquiátrica, e; luta contra a transfobia, propiciando a inclusão social e laboral daquelas pessoas. Embora de forma lenta e gradual, alguns degraus já foram galgados desde os anos de 1970.

Tratado primeiramente como doença mental, o termo “transexualpsíquico” foi utilizado pela primeira vez em 1910, pelo sexólogo Magnus Hirschfeld, para se referir a travestis. A expressão foi retomada em 1949, em estudos de casos, donde foi traçado o primeiro perfil do transgênero (BENTO, 2006, p. 39-42).

Na década de 50, John Money asseverou em seus estudos que o fator social poderia assegurar o desenvolvimento psíquico-sexual das crianças conforme o “dimorfismo natural de gêneros”. Desde então surgiram diversas publicações que defendiam a especificidade do fenômeno transexual – fosse com base em estudos fundamentados nas oscilações hormonais ou até na educação como fator de interferência na formação da identidade de gênero – todos objetivando a construção de um diagnóstico diferenciado que só se consolidou durante a década de 70.

Ao passo em que se construía um diagnóstico, foram propostos no meio científico alguns modelos “apropriados” de tratamento, *exempli gratia*, o reforço hormonal, a psicoterapia e a nulificação da tendência comportamental do indivíduo atrelada ao sexo oposto (“tratamento de normalização binária”). Em 1953, o endocrinologista alemão radicado nos Estados Unidos Harry Benjamin, atacando o tratamento psicanalítico, apontou a cirurgia como única terapia possível para os transexuais. Esta posição, todavia, se contrapôs ao entendimento dominante à época, o qual era contrário a intervenções corporais.

Em 1973 o “transexualismo” foi oficialmente classificado como disforia de gênero. Em 1980 este foi incluído no Código Internacional de Doenças – CID, e no mesmo biênio a associação criada em homenagem à obra de Benjamin (a Harry Benjamin Gender Dysphoria Association) tornou-se responsável pela normatização do tratamento cirúrgico para pessoas acometidas por esta disfunção psíquica permanente, prevendo um procedimento diagnóstico da verdadeira condição transexual do indivíduo candidato à cirurgia.

Hodiernamente, “transexualismo” é a nomenclatura oficialmente utilizada para definir as pessoas que vivem uma contradição entre corpo e subjetividade. No Brasil, o Conselho Federal de Medicina reconhece o “transexualismo” como um transtorno de identidade sexual, e a cirurgia de redesignação sexual como uma solução terapêutica. Tal procedimento foi regulamentado pela Resolução n.º 1.482/97, substituída esta pela Resolução n.º 1.652/2002, a qual inovou significativamente na conceituação das cirurgias para adequação do fenótipo masculino para feminino, que deixaram de ser experimentais, haja vista os avanços da medicina e o número de cirurgias exitosas no mundo. Continuam, entretanto, tais procedimentos, a serem realizados em hospitais universitários.

Entretanto, a licitude e regulamentação da cirurgia, apenas, não são aptos a satisfazer

os anseios dos transexuais. Isto porque, segundo a doutrina especializada, as cirurgias transexuais são pensadas como tecnologias heterossexuais, segundo as quais a mudança de gênero deve ser acompanhada de uma mudança de sexo para que se encaixe em uma ordem estável e lógica pré-concebida. A teoria *queer* (LOURO, 2004) e o manifesto da contra-sexualidade (PRECIADO, 2002, *apud*, PASSOS, 2011) denunciam as atuais políticas psiquiátricas, médicas e jurídicas, uma vez que todo esse conjunto se empenha em uma readequação física, enxergando a pessoa do transexual como detentora de um corpo transtornado, condicionando os exercícios de alguns direitos fundamentais ao enquadramento numa verdade anatômica e política excludente.

Assim, com fulcro em novos e numerosos estudos acerca da magnitude do papel psíquico-social na conformação da identidade de gênero e sua eventual desconexão com fatores biológicos, batalha este segmento social, aliados a grupos científicos minoritários e algumas organizações humanitárias, pela despatologização da transexualidade e o decorrente reconhecimento de direitos inerentes a sua condição específica. Pretendem, assim, sair da marginalização e se afirmar enquanto pessoa humana dotada de dignidade, conquistando um papel social condizente com o sexo que entende ser.

Demonstrando que a identificação do gênero sexual humano decorre da existência, pretendem os indivíduos transexuais ultrapassar a barreira do determinismo genético, batalhando pelo reconhecimento jurídico de seu sexo psíquico através da troca do nome e do sexo no registro civil da pessoa física.

Saliente-se que, defendida a não essencialidade da anatomia sexual para a conceituação da identidade de gênero – a despeito de a descompatibilização dos sexos psicológico e biológico ter como consequência o auto repúdio –, para muitos transexuais a transformação do corpo por meio de hormônios já é suficiente para lhes garantir um sentido mínimo de assimilação de gênero, pelo que alguns não reivindicam o acesso às cirurgias de transgenitalização, ou, ao menos, não a tem como prioridade (BENTO, 2006, p. 44-45).

Ademais, além dos riscos cirúrgicos normais, tais como os relacionados à anestesia e à infecções, a chamada terapia cirúrgica submete o transexual a muitos outros riscos, como espasmos vesicais, estenose do meato, incontinência urinária, colite, fístulas, necrose do neofalo, cicatriz do membro doador de tecido, comprometimento da habilidade funcional para urinar através do neofalo – incontinência urinária e urina residual (RAMSEY, 1998, p. 441-443, *apud*, TJRS, AC nº70041776642, 2011).

Dessas premissas é que o exercício dos direitos de personalidade, sobremaneira o direito à escolha de nome e sexo jurídico, é entendido como o passo inicial no processo de reinserção do transexual no meio de convívio, e não a terapia cirúrgica de troca de sexo.

De fato, como se percebe, a cirurgia é um procedimento complexo, de alto risco e duvidosos resultados, sendo descabida a exigência de submissão à cirurgia – encontrada em larga escala na jurisprudência brasileira e em outros países, como requisito essencial para o deferimento da alteração de nome e gênero no registro.

Para aferir o gênero da pessoa, importa menos a cirurgia, sendo critérios mais seguros o reconhecimento individual e a sua exteriorização, que comina na identificação social da pessoa em seu meio.

Valorosa para a compreensão do debate – acerca da imposição, social e jurídica, da cirurgia como condicionante ao exercício do direito a um nome e gênero condizentes com a personalidade do transexual – é a análise da Apelação Cível nº70041776642/ 2011, julgada pela Oitava Câmara Cível da Comarca de Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Neste julgamento, a cujo

pleito recursal foi dado provimento parcial, por maioria de votos, vencido o relator, um transhomem de nome civil “Sara”, vitoriosos em seu pedido de correção do prenome para “Sandro”, pugnavam em sede recursal também a troca do gênero constante na certidão de nascimento para “masculino”.

Em seu voto, no sentido da inteira procedência do pedido do apelante, o presidente e relator Rui Portanova apresentou sua argumentação em duas etapas. Na primeira, de ordem lógico-jurídica, assevera que, após transitado em julgado em primeira instância o deferimento do pedido de troca do nome feminino para o masculino, só restaria ao Tribunal efetuar a correspondência entre o novo prenome e o gênero nos assentos de registro civil, porquanto seja inadmissível o registro de um prenome evidentemente masculino para uma pessoa do gênero feminino. Isto porque a lei sugere a congruência entre nome e gênero, de forma a evitar que o registro seja fonte de constrangimentos e situações vexatórias à pessoa.

Numa segunda etapa, o douto desembargador tece críticas à imposição da chamada terapia de adequação cirúrgica como requisito à aquisição do direito de ter o nome e o gênero retificados no registro civil, sugerindo que a cirurgia não serve à confirmação do próprio transexual sobre o seu sexo, servindo antes de método de convencimento do juiz para que este lhe conceda o direito de o transexual ser quem já entende ser e como já se apresenta em sociedade. Para o relator desembargador Rui Portanova, o critério mais adequado de identificação do gênero do indivíduo e a colheita das provas de identificação social, e, somada a estas, a utilização do recurso da perícia psicológica.

Mais do que inconcebível do ponto-de-vista jurídico, a manutenção de um descompasso tão absurdo entre prenome e sexo no registro do apelante, vai gerar ainda mais constrangimento e vergonha. Imagine-se o quanto o apelante já sofreu ao longo da vida – pela incompatibilidade entre a sua mente e o seu corpo. Um sofrimento “interno” – decorrente do sentimento de inadequação; e um sofrimento “externo” – pela vergonha de se ver e de se sentir homem, mas em um corpo de mulher. Para tudo há um limite. E o Poder Judiciário não pode se omitir nessa hora em que é chamado a estabelecer esse limite. O apelante já provou que sofre de transtorno de identidade sexual – é absolutamente certo que se trata de um homem, em um corpo de mulher. Ninguém duvida, e ninguém questiona isso. O apelante já provou que é, e que vive como um homem – as fotografias, a perícia e as declarações das testemunhas não deixam absolutamente nenhuma margem para dúvidas sobre isso. Disso também ninguém duvida ou questiona. A essa altura, feitas todas estas provas que ninguém duvida ou questiona, é até desumano exigir como requisito para a troca de gênero no registro, que o apelante se submeta a um procedimento cirúrgico de altíssimo risco, extremamente violento para o corpo, e com baixíssima expectativa de sucesso. Pior ainda, é submeter o apelante a mais um constrangimento, com a manutenção de um registro no qual consta um prenome masculino, mas com gênero feminino. SANDRO é homem. Assim, é isso que deve constar no registro dele. (TJRS. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível nº70041776642/ 2011, pp. 12-14).

No entanto, não foi este o voto vencedor, mas o do desembargador revisor e redator do



## ENTRE ASPAS

acórdão Luiz Felipe Brasil Santos, o qual deu procedência parcial ao apelo, para retificação do gênero no registro civil de “Sandro” com a indicação de que se trata de indivíduo transexual. Em seus fundamentos, atem-se o julgador às bases biológicas de distinção do gênero, indicando como perplexidade a ser evitada pelos operadores do direito conceder à condição de “masculino” quem ainda possua estrutura genital e orgânica para a “maternidade”. Segue, ainda, em seu discurso, asseverando que a averbação da condição transexual na certidão de nascimento não acarretaria qualquer reflexo deletério à pessoa, pois os documentos oficiais de identificação (célula de identidade, carteiras de trabalho e de motorista, passaporte) não fazem menção ao gênero.

A solução encontrada naquele feito – e que adoto também aqui – é no sentido de que seja averbado no assento de nascimento do (a) recorrente sua condição de transexual. Isso em nome dos princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos, pois estes devem corresponder à realidade fenomênica do mundo, sobretudo para resguardo de direitos e interesses de terceiros. No caso, por mais que a ciência tenha avançado, e com todos os recursos da cirurgia, transexuais ainda não são capazes de adquirir todas as características do sexo oposto ao que nasceram, sendo que mesmo a transgenitalização não consegue dotar órgãos sexuais artificialmente construídos de todas as características e funcionalidades dos originais. Isso sem contar com o aspecto cromossômico, este imutável. (TJRS. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível nº70041776642/ 2011, pp. 15-16).

De acordo com a exposição de motivos, o desembargador revisor denota a preocupação em manter o paradigma de naturalização dos sexos, fazendo do corpo a fronteira definitiva entre os gêneros, e apegando-se à ideia de que o Direito regula condutas a partir da universalização do comportamento humano pelo critério majoritário, não se permitindo à análise da transexualidade sob a perspectiva da minoria que não se encaixa no estereótipo da normalidade, tomando a perspectiva da heterossexualidade natural dos corpos como uma verdade socialmente estabelecida para os gêneros (BENTO, 2006, p 26).

Conforme se depreende da análise do recurso de apelação julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tem-se que a garantia do direito geral de personalidade e o reconhecimento da autonomia jurídica para exercê-lo em sua magnitude tem esbarrado na visão dicotômica dos sexos, que se fundamenta na biologia para justificar situações excludente, o que prejudica, por conseguinte, a realização mesma do valor supremo da dignidade da pessoa humana.

#### **4. Do direito dos transexuais à troca do nome e do sexo nos Registros Públicos**

O estudo do direito ao nome é categórico ao apontá-lo como o componente de identificação do indivíduo no meio de convivência, consistindo, portanto, no elemento viabilizador do relacionamento do homem com a sociedade (BORGES, 2009, p. 221). No Brasil, os artigos 16 e 17 do Código Civil de 2002 denotam claramente a relação entre o nome da pessoa e a sua dignidade, ao proibirem que aquele seja meio de constrangimento. A mesma preocupação é encontrada no parágrafo único do art. 55 da Lei nº 6015 – Lei de Registros Públicos, assim como a possibilidade



de alteração do nome para permitir uma melhor correspondência entre o nome do indivíduo e a forma como é conhecido em suas relações interpessoais, dispostas aos arts. 57 e 58.

No que concerne a alteração do gênero, ao se fazer a extração dos princípios sedimentados nos dispositivos supracitados, conclui-se que do ponto de vista lógico-jurídico não é admissível que se mantenha no registro o gênero feminino para alguém de prenome masculino, e vice-versa, sob pena de tornar sem efeito a proteção do indivíduo contra situações vexatórias decorrentes de sua identificação cotidiana.

Conquanto a análise sistêmica e valorativa do Direito Civil permita o exercício da autonomia privada na troca do nome e sexo jurídico do transexual, não há legislação específica sobre o tema, continuando a luta por tais direitos a ser travada judicialmente, e neste particular a jurisprudência tem desempenhado um importante papel contra-majoritário. No entanto, há – conforme demonstrado em julgado analisado anteriormente – uma enorme discrepância entre as decisões prolatadas nos tribunais de justiça dos estados.

Em 3º grau de jurisdição, o STJ demonstrou seu papel de “tribunal da cidadania” em 2009, quando, em sede do Recurso Especial nº 1.008.398, originado de São Paulo, reconheceu o direito do transexual operado de ter alterado o designativo de sexo e nome. Em seu voto, a relatora Ministra Nancy Andrighi, demonstrou temer que a negação de tais direitos sinalizasse o estímulo de uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética e do Direito.

Sob a perspectiva dos princípios da Bioética (DINIZ, 2009, p. 280-181), *verbi gratia*, os de beneficência, autonomia e justiça, a dignidade humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e finalidade mesma do Direito: o ser humano em sua integridade.

Adentrando ao direito comparado, é expressiva a corrente favorável à releitura dos direitos fundamentais sob a ótica da transexualidade. A legislação alemã, canadense, espanhola, holandesa, italiana, mexicana, sueca e alguns estados norte-americanos consagram o direito geral da personalidade dos transexuais em sua plenitude. A Argentina, nação sul-americana amplamente católica, desde 2010 vem adequando sua legislação para melhor contemplar os mesmos direitos.

Entretantes, tanto a doutrina jurídica havida no Brasil quanto a internacional ainda sucumbem ao referencial de normalidade fundado na chamada “ordem heterocentrada”, condicionando o exercício dos direitos da personalidade envolvidos na questão transexual à cirurgia de redesignação sexual.

Na Alemanha, por exemplo, a lei conhecida como “transsexuellengesetz” (TSG), em vigor desde 1981, regula o registro dos transexuais, e permite tanto a alteração do prenome do transexual, quanto a modificação do gênero sexual em seu assento de nascimento, contanto que tenha sido submetido à cirurgia de transgenitalização. Assim, a TSG rotula a alteração do registro dos transexuais de “kleine Lösung” – pequena solução; já o procedimento cirúrgico é denominado “große Lösung” – a grande solução (STJ, REsp 1008398, 2007, SP).

Acerca do panorama do direito dos transexuais à identidade, o codiretor da Ação Global pela Igualdade de Gênero (GATE), Mauro Cabral, explicou recentemente em entrevista concedida em jornal de grande circulação que 37 dos 47 países do Conselho da Europa permitem a mudança do sexo nos registros públicos, mas também são exigidas condições prévias, dentre as quais a esterilização, exames médicos, outros tipos de cirurgias e até mesmo o divórcio, condicionando o reconhecimento da identidade de gênero a renúncia a outros direitos, como o de manter sua integridade física (FIGUEIREDO, 2012).

## ENTRE ASPAS

Portanto, a obrigação que se inscreve numa “ordem lógica heteronormativa”, em que a mudança de gênero deve ser acompanhada de uma mudança de sexo, ainda não atende às necessidades dos transexuais, mas, ao contrário, posterga o exercício do direito à identidade pessoal e subtrai do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua verdadeira condição existencial, impedindo, assim, a integração social daqueles que não estejam dispostos a pagar o alto preço da “normalidade”.

Sublinhe-se que a indicação, nos documentos de identificação, de prenome e sexo que não correspondem em nada à imagem que o indivíduo transexual projeta em suas relações com a comunidade, equivale a situá-lo numa insustentável e odiosa posição de incertezas, angústias, conflitos e inibições, tolhindo-o em seus passos, o que acaba por causar embaraços também ao exercício dos direitos sociais – como frequentar a escola, o ensino superior, exercer atividade profissional, ter a carteira de trabalho assinada.

É digno de nota, porém, que já há jurisprudência, embora esparsa, reconhecendo que condicionar a tutela dos direitos de personalidade do transexual à adequação cirúrgica do corpo é o mesmo que renegar – numa leitura segundo a dignidade – direitos básicos da pessoa humana ao transexual, além de ir de encontro com o objetivo fundamental da república, qual seja a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação fundada em sexo ou outro critério, conforme o art. 3º, IV, da CF/88.

Somado a isso, a Procuradoria Geral da República propôs em 2009 a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4275, a qual destaca posição similar a contida na comentada lei alemã (TSG), defendendo o direito à alteração da identidade do transexual independentemente do ato cirúrgico, e propondo uma interpretação conforme a Constituição para o art. 58 da Lei de Registros Públicos. Segundo a ADI, é possível reconhecer o nome social do transgênero como apelido público notório, adequando-se, assim, à hipótese legal de alteração do nome de registro. Esta ação, apesar de constituir grande avanço no pensamento jurídico sobre o tema, se encontra estagnada desde aquele ano, aguardando o pronunciamento do relator acerca do pedido liminar.

Por fim, o mais recente Projeto de Lei referente ao direito à identidade de gênero do transexual (tombado pelo nº. 6655/2006) traz esperança e alento para a causa, muito embora esbarre nos mesmos conceitos discriminatórios, o que traz embaraço à sua aprovação a curto prazo, conforme esperado. Caso aprovado, o artigo 58 da Lei de Registros Públicos passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição, mediante sentença judicial, nos casos em que:

I – o interessado for:

- a) conhecido por apelidos notórios;
- b) reconhecido como transexual de acordo com laudo de avaliação médica, ainda que não tenha sido submetido a procedimento médico-cirúrgico destinado à adequação dos órgãos sexuais;

II – houver fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime por determinação, em sentença, de juiz competente após ouvido o Ministério Público.

Parágrafo único. A sentença relativa à substituição do prenome na hipótese prevista na alínea b do inciso I deste artigo será objeto de averbação no livro de nascimento com a menção imperativa de ser a pessoa transexual.

A novidade desse Projeto de Lei está na possibilidade de se requerer a adequação do prenome ainda que não tenha o transexual se submetido à terapia cirúrgica de adaptação. Esse pequeno, mas relevante, detalhe está em consonância com a ADI 4275. Contudo o referido Projeto de Lei também prevê a averbação no registro civil de que o indivíduo é um transexual, de forma amplamente discriminatória, consubstanciada no dimorfismo natural de gênero.

Posição de destaque merece a análise do atual panorama da Argentina que, recentemente, deu um passo histórico no sentido da valorização da diversidade sexual enquanto direito humano, colocando-se em posição de vanguarda. O Congresso argentino – que em 2009 consentiu o casamento gay – aprovou em 09 de maio de 2012 a Lei de Identidade de Gênero, que permite a qualquer pessoa – sem necessidade de tratamentos médicos, cirurgias ou perícias psiquiátricas – a modificação do gênero e do prenome nos documentos, através de um simples procedimento administrativo realizado em cartório.

Pela lei, os argentinos passarão a ser tratados como eles entendem ser e não necessariamente de acordo com o sexo biológico. Terão direito à retificação de documentos as pessoas com mais de 18 anos e que possuam registro nacional. Sendo menor de idade, o indivíduo deverá estar acompanhado pela mãe, pai ou tutor. Caso a família não concorde com a decisão do menor, este contará com a ajuda de defensor designado pelo Estado argentino.

A correção do registro não vai alterar a titularidade de direitos e obrigações legais que possam corresponder à pessoa, mantendo suas relações de direito de família. Também não há riscos em termos de seguro à saúde pública, segundo a proposta aprovada.

Saliente-se que a nova lei argentina facilita a mudança de sexo, e o tratamento hormonal para os transexuais, obrigando os planos de saúde e os hospitais públicos a, respectivamente, contemplarem e realizarem tais procedimentos. No entanto, e este é a grande inovação da lei perante o direito comparado, tais práticas não constituem condição para a retificação integral do registro civil.

A presidente da *Asociacion Travestis, Transexuales Y Trangeneros Argentinas* (ATTTA), Marcela Romero, em entrevista concedida à BBC Brasil em maio de 2012, sobre a repercussão da nova lei argentina, informou que a expectativa da entidade – a maior de sua categoria na Argentina – é de que 100% dos transexuais corrigirão seus documentos de identificação, enquanto que por volta de 40% destes optarão por realizar a cirurgia de adaptação física dos órgãos genitais.

Diante do exposto, nota-se que, sob a ótica da própria minoria, menos importante é a total modificação física para que se reconheçam como pertencente ao gênero que entendem ser, sendo no entanto crucial a correção de sua identificação civil para a superação dos traumas decorrentes da inadequação pessoal e social por tanto tempo sofrida. Consiste, portanto, para os mesmos, o nome e o sexo jurídico como primeiro passo de afirmação social de suas verdadeiras identidades.

## 5. Conclusão

Percebe-se que existem poucos estudos jurídicos no Brasil dedicados à questão dos direitos da personalidade dos transexuais – seja porque foram desestimulados pelo atraso do Poder Legislativo em regular a questão, seja porque o meio jurídico, dado o pouco contato com as chamadas ciências “psi”, foram atraídos pelas teorias médicas heterocêntricas que apontam o método cirúrgico como resposta para os conflitos existenciais dos transgêneros.

## ENTRE ASPAS

Existe, porém, uma efervescente doutrina em outras áreas do conhecimento, como psicologia, antropologia e sociologia, produzindo novas teses aptas a arejar o pensamento dos juristas. A análise da condição do transexual sob a ótica da desnaturalização dos gêneros condiz com a necessidade de respeito à dignidade humana daqueles, mediante a garantia da efetividade do direito geral de personalidade destes indivíduos. No caminho para a inclusão social dos transexuais, o combate aos antigos conceitos e à discriminação é o pontapé inicial, e o Direito, enquanto reflexo ideológico de um Estado Democrático, precisa renovar-se e humanizar-se.

Neste contexto, enquanto o ordenamento jurídico brasileiro se mostra insuficiente às pretensões dos transexuais e o Poder Legislativo silencia e procrastina as discussões acerca do tema, as expectativas de mudança do *status quo* se encontram depositadas nas mãos dos tribunais brasileiros, atualmente responsáveis por adequar as normas às demandas sociais.

Assim, serve a filosofia jurídica aos doutrinadores pátrios na integração do Direito às demais áreas do conhecimento, emoldurando uma teoria da transexualidade plenamente aplicável aos casos concretos que reclamam por solução todos os dias, seja silenciosamente, seja às portas do Poder Judiciário.

### Referências

---

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, *apud* BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. Coleção Professor Agostinho Alvim. 2ª edição revisada. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa humana*. Volume 91, número 797. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, *apud* BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. Coleção Professor Agostinho Alvim. 2ª edição revisada. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16ªed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. Coleção Professor Agostinho Alvim. 2ª edição revisada. São Paulo: Saraiva, 2009.

## A REVISTA DA UNICORP

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Internet. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 18/05/2012.

\_\_\_\_\_. *Lei de Registros Públicos*. Lei nº 6.015, de 31 de Dezembro de 1973. Internet. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L6015.htm>>. Acesso em: 17/05/2012.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 6655 de 2006*. Internet. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/377166.pdf>. Acesso em 20/05/2012.

\_\_\_\_\_. *Código Civil de 2002*. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Internet. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/11/2002/10406.htm>>. Acesso em 17/05/2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4275*. Origem: Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Internet. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691371>>. Acesso em 20/05/2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1008398 (2007/0273360-5). Origem: São Paulo. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Internet. Disponível em: <[www2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702733605&dt\\_publicacao=18/11/2009](http://www2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702733605&dt_publicacao=18/11/2009)>. Acesso em: 16/05/2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70041776642/2011. Origem: Porto Alegre. Relator vencido Desembargador Rui Portanova. Internet. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 16/05/2012.

CASTEL, Pierre-Henri. *Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do “fenômeno transexual” (1910-1995)*. Internet. CNRS. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbh/v21n41/a05v2141.pdf>>. Acesso em 15/05/2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.482/97*. Resolução n. 1.652. Diário Oficial da União: Brasília, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 1. Teoria Geral do Direito Civil*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *O Estado Atual do Biodireito*. 6ª edição revisada, aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação*. 2º ed. São Paulo: Atlas. 1994.

FIGUEIREDO, Janaína. *Lei torna fácil mudar de sexo na Argentina*. O Globo. Periódico. Internet, 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/lei-torna-facil-mudar-de-sexo-na-argentina-4867621>>.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 2002.

LOURO, Guacira Lopes. *O corpo estranho. Ensaios sobre sexualidade e teoria queer*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

## ENTRE ASPAS

*Lei sobre mudança de sexo beneficiará até 60 mil argentinos.* Terra notícias. BBC Brasil. Internet, 2012. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/noticias/0,,OI5774114-EI8140,00-Lei+sobre+mudanca+de+sexo+beneficiara+ate+mil+argentinos.html>>.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NERY, João W. *Viagem solitária. Memórias de um transexual trinta anos depois*. São Paulo: Editora Leya Brasil, 2011.

PRECIADO, Beatriz. *Manifiesto contra-sexual: prácticas subversivas de identidad sexual*. Madrid: Opera Prima, 2002.

SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo. Os Pensadores*. Volume XLV. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STOLZE, Pablo. PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. Vol. I. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Editora Método, 2011.

TELLES JR., Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. (org.) *Legitimação dos direitos humanos*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e Sexo – Mudanças no Registro Civil*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.