

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Livia Cristina Rocha

Transexualismo e aspectos jurídicos

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Lívia Cristina Rocha

Transexualismo e aspectos jurídicos

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo.

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

São Paulo

2010

Dedico o presente trabalho à minha amada avó, à minha adorável mãe e ao meu querido marido.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as questões suscitadas em relação à cirurgia de redesignação de sexo em suas modalidades: neocolpovulvoplastia e neofaloplastia. Dentre elas: ineficácia cirúrgica; possibilidade de arrependimento; naturalidade do órgão criado; constatação de lesão corporal de natureza grave; e, especialmente, os reflexos trazidos pela realização dessa cirurgia no mundo jurídico. A cirurgia de redesignação de sexo apenas é compatível com a figura do transexual, excluindo de seu amparo os demais casos de estados comportamentais da sexualidade (intersexualismo; hermafroditismo; homossexualismo; bissexualismo e travestismo). O transexual é definido como aquela pessoa que vivencia um conflito permanente entre seus sexos físico e psíquico, em outras palavras, sua identidade sexual psíquica não corresponde com a biológica, o que leva o transexual recusar veemente seus órgãos sexuais, chegando em alguns casos a lesionar-se ou suicidar-se. Destarte, a cirurgia de redesignação de sexo se mostra como o único meio hábil para reparar o sofrimento do transexual, constituindo a única forma de tratamento efetivo. Ela é o alcance do equilíbrio corpo-mente e essencial à preservação da vida, da saúde, da integridade (física e psíquica) e do bem-estar do paciente. Uma vez realizada, traz relevante transformação anatômica para o transexual, mas como isso reflete no mundo jurídico? Atualmente, ao transexual operado é reconhecido o direito à alteração do prenome e do sexo em seu registro civil. Ressalta que não é uma posição unânime. Neste ponto, serão estudadas as três principais correntes jurisprudências, a primeira delas favorável à alteração do registro civil e seu duplo conhecimento (prenome e sexo); a segunda delas favorável apenas à averbação, sob a justificativa de preservar direito de terceiros e a continuidade do registro público; e, por último, aquela que suplica pela inserção da denominação “transexual” na cártula registrária, assim estaria agindo sob a égide da veracidade do registro público. Ultrapassados esses pontos, verá que o único modo de promover a inclusão social do transexual será com a completude do processo iniciado com a cirurgia de redesignação de sexo, que é apenas uma fase, sendo complementada com a efetivação da alteração do registro civil daquele, pois, somente assim poderá preservar e efetivar o tão proclamado princípio da dignidade humana.

Palavras-chave: Transexualismo. Redesignação de sexo. Direitos fundamentais. Inclusão social.

ABSTRACT

This study aims to analyze the many issues raised in relation to the reassignment of sex in their ways: neocolpovulvoplastia and neofaloplastia. Among them: surgical inefficiency and the possibility of repentance, the body naturally created; finding injury of serious nature, and especially the consequences brought by this surgery in the legal world. The reassignment of sex is only compatible with the figure of the transsexual, except for his help in other cases the behavioral states of sexuality (intersex, hermaphroditism, homosexuality, bisexuality and transvestism). The transsexual is defined as the person who experience an ongoing conflict between their physical sex and psychological, in other words, their mental gender identity does not match with the biological, which leads the transsexual vehemently deny their sexual organs, and in some cases the injured themselves or commit suicide. Thus, the reassignment of sex is shown as the only proper means to repair the suffering of transsexuals and is the only effective treatment. She is the extent of body-mind balance and essential to the preservation of life, health, health (physical and mental) and well-being of the patient. Once accomplished, brings with anatomical transformation for the transsexual, but how it reflects the legal world? Currently, the transsexual surgery is recognized the right to change the first name and sex in its civil register. Emphasized that it is not a unanimous position. At this point, the course includes the three main current jurisprudence, the first one in favor of changing the civil registry and its dual knowledge (first name and gender), the second most favorable only to registration under the justification of preserving rights of third parties and continuity of existing Public and, finally, one that begs the insertion of the term "transsexual" in the cartouche would register, so it would be acting under the aegis of the veracity of public record. Beyond these points, see that the only way to promote social inclusion of transsexuals will be with the completion of the process begun with the reassignment of sex, which is just a phase, complemented with the conclusion of the civil registry change that, because only thus can preserve and realize the much-trumpeted principle of human dignity.

Keywords: Transsexualism. Sex reassignment. Underpinning rights. Social inclusion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
TÍTULO I - CAPÍTULO I - DA SEXUALIDADE	15
1.1 Evolução histórica	15
1.2 Rumo a nova era.....	18
1.3 Considerações finais	22
CAPÍTULO II - DO SEXO	26
2.1 Introdução	26
2.2 Formação sexual.....	26
2.2.1 Sexo biológico	27
2.2.1.1 Sexo genético ou cromossômico.....	27
2.2.1.2 Sexo gonádico.....	28
2.2.1.3 Sexo somático.....	30
2.2.2 Sexo neural	31
2.2.3 Sexo legal ou jurídico	33
2.2.4 Sexo social, de criação ou psicossocial	34
2.3 Sexo e identidade.....	37

CAPÍTULO III - ESTADOS FÍSICOS E COMPORTAMENTAIS DA SEXUALIDADE	41
3.1 Considerações gerais.....	41
3.2 Intersexualismo	42
3.3 Hermafroditismo	43
3.4 Homossexualismo	45
3.5 Bissexualismo	47
3.6 Travestismo.....	49
3.7 Transexualismo.....	50
3.7.1 Transexualismo e os demais estados comportamentais da sexualidade.....	55
TÍTULO II - CAPÍTULO IV - DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE.....	61
4.1.1 Considerações iniciais.....	61
4.1.2 Do direito	67
4.1.3 Características	73
4.1.4 Direitos fundamentais da personalidade e suas espécies.....	77
4.1.4.1 Direito à vida e à integridade física e psíquica	79
4.1.4.2 Direito à identidade.....	83
4.1.4.3 Direito à liberdade	85
4.1.4.4 Direito à imagem	86
4.1.4.5 Direito à honra.....	88

4.1.4.6 Direito à intimidade, à privacidade e ao segredo.....	89
4.1.4.7 Direito sobre partes do corpo e do cadáver.....	92
4.2 Regulamentação	93
4.3 Transexualismo e os direitos fundamentais da personalidade	96
TÍTULO III – CAPÍTULO V – DA CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO DE SEXO	100
5.1 Considerações iniciais.....	100
5.2 Da cirurgia	104
5.2.1 O direito à cirurgia de redesignação de sexo como um direito fundamental ..	110
5.2.3 A cirurgia de redesignação de sexo como um direito sobre o próprio corpo ..	112
5.2.4 Requisitos para a cirurgia.....	116
5.2.5 Intervenção cirúrgica	117
5.2.6 Pontos em discussão	118
5.3 Considerações finais	123
TÍTULOIV – CAPÍTULO VI – TRANSEXUALISMO E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS	124
6.1 Projetos de lei.....	124
6.2 Registro público.....	127
6.2.1 Transexual operado e registro público	129
6.2.1.1 Reflexos jurídicos provocados pela alteração do registro público	140
6.3 Enfoque constitucional: análise a partir dos proclamas da dignidade da pessoa humana	148

CONCLUSÕES 158

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 161

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a sexualidade e suas relações jurídico-sociais, especialmente sobre a figura do transexual.

O transexualismo, entendido como o estado sexual no qual a pessoa sofre séria disforia de gênero, ou seja, vive como sentimento de constante repulsa por seu sexo físico, como se houvesse total dissonância entre seus sexos físico e psíquico, vem despertando interesses da população e especial debate entre os juristas.

A sexualidade veio a adquirir *status* público exatamente a partir da instigação pela sociedade e seus populares quando passou a ser assunto nos principais debates. Apesar dos padrões morais de épocas passadas terem imposto o silêncio em relação ao sexo, ele sempre despertou interesses que o fizesse manter em discussão.

Como será visto, a evolução da sexualidade sempre apresentou avanços e recuos, o que demonstra a efetiva renovação de sua discussão. Algumas vezes com posicionamentos modernos para a época em que foram expostos, outras vezes retrógrados demasiadamente.

Entretanto, o que não pode negar é que sempre esteve em pauta, por mais que tenha tido impedimentos provocados por forças sociais e/ou religiosas. O tempo foi suficiente para que a sociedade compreendesse a necessidade de suscitar questões mais sérias quanto à sexualidade que, por sua vez, não poderiam restar na obscuridade, pois seu discurso influenciava diretamente o meio social e os rumos da própria sociedade.

A partir disso, atentou-se que os problemas trazidos pelo sexo não diziam respeito tão somente ao ambiente particular de seus praticantes. Destarte, passa o Estado atuar como mediador nas relações sexuais de seus cidadãos.

Inicialmente o Estado se viu preocupado com a vasta proliferação de doenças a partir do sexo, estando aí a principal causa de sua intervenção, contudo, não pode ser considerada a única, outro forte motivo está na manutenção do Estado, da segurança e do povo.

A responsabilidade social é aqui o ponto fulminante da interferência Estatal, pois não basta ter população, território e poder, o Estado deve ir além, tendo a obrigação de manter e zelar por seus elementos, com isso, o equilíbrio e o controle da população passaram a ser fundamentais.

Uma vez encontrados métodos para o controle da natalidade, o problema agora era retomar e empenhar-se no combate à proliferação das doenças sexualmente transmissíveis e dos crimes que pudessem ser originados pelo sexo. Destarte, forçou a necessidade de estudos mais aprofundados sobre a sexualidade.

Não somente os pesquisadores despertaram interesse pelo tema, mas sim toda a população que passou a lutar por voz ativa, defendendo os interesses que lhes apresentavam como corretos e tentando, a todo custo, modificar padrões sociais que julgavam ultrapassados. Não obstante algumas partes sociais estáticas até os dias atuais.

O sexo passa então a ser assunto do cotidiano, estudos são empenhados ao desvendamento de seus mistérios que vão desde sua formação biológica até sua finalização psicossocial.

Como não poderia ser diferente, atrelado a toda essa evolução, eis que surgem novas figuras sexuais, diferentes dos padrões: homem-mulher. A essas figuras foi atribuída a denominação “estados comportamentais da sexualidade”, os quais estão divididos entre: intersexuais, hermafroditas, homossexuais, bissexuais, travestis e transexuais. A este tema foi reservado capítulo próprio, no qual a figura do transexual merece destaque, uma vez que é o objeto principal do estudo ora apresentado.

É com base na instigação e na propagação do discurso sobre o sexo que o presente estudo tracejará seus primeiros passos. Esse será o início do caminho a ser percorrido até suscitar questões mais sérias sobre a transexualidade e o Direito.

Noutro momento, verificar-se-á como o direito, especialmente os direitos da personalidade, prestam e relacionam-se com a sexualidade.

Os direitos fundamentais, previstos e resguardados em todo o artigo 5º da Constituição Federal, visam garantir um mínimo inviolável, a fim de preservar a pessoa contra qualquer espécie de violação, seja ela pública ou privada, tendo como agressor o Estado ou o particular. Entende-se que à subespécie dos direitos fundamentais, os direitos da personalidade, são constituídos por atributos insculpido em cada cidadão, contudo, há determinados direitos de esfera geral, ou seja, aplicáveis a todos e a cada um independentemente de seus caracteres ou necessidade, dentre eles a vida, a integridade, a intimidade, a liberdade, etc.

O vínculo criado entre sexualidade e direitos fundamentais se estreita, especialmente, quando analisado sob o prisma do direito à liberdade (que envolve a liberdade sexual) e o direito à disposição sobre o próprio corpo. Contudo, não pode ter a falsa idéia de que o transexualismo compreende apenas o exercício destas duas modalidades, ao contrário, quando o assunto se envolta ao transexual, os direitos fundamentais a serem assistidos tomam amplitude, ou seja, além dos direitos à liberdade e à disposição sobre o próprio corpo, o transexual requer a proteção de outros bens, especialmente do bem maior da vida e da integridade (física e psíquica).

A partir disso, toma-se que a cirurgia de redesignação de sexo jamais pode ser reconhecida como uma intervenção estética, apesar de geralmente ser acompanhada por intervenções desta espécie, a redesignação em si não visa outra coisa senão a necessidade da preservação da vida e do corpo. Estudos apontam, conforme capítulo próprio, que o transexual quando não consegue ter alterado seu sexo físico, não raras vezes comete automutilação chegando até mesmo ao suicídio. Referidos fatos são suficientes para a postulância e defesa do direito dos transexuais em ter adequado seu sexo físico ao psíquico.

Não se nega que seria mais fácil a busca por tratamento psicológico, até porque se possível a cura por esta via, o transexual não teria que enfrentar todos os percalços da intervenção cirúrgica, contudo, a solução aparentemente simples e fácil, em nada é eficaz.

A pessoa não se transforma em transexual ao longo dos anos, não se trata de mera opção sexual, mas sim problemas advindos durante a formação biológica. Destarte, a pessoa nasce transexual, se sente de determinado sexo, mas se vê em corpo estranho, o corpo que nunca quis e não aceita.

Outrossim, não basta ao presente estudo defender a realização da cirurgia de transgenitalização ou redesignação do sexo, o objetivo vai além, de que bastaria ter sucesso cirúrgico e continuar com o mesmo *status* jurídico de antes?

Como se sabe, assim que nasce, para tornar membro reconhecido perante o Estado, o indivíduo deve ser registrado, estando aí o marco civil do surgimento da vida. O ponto de referência para atestar o sexo jurídico é o sexo biológico, apenas esse. Logo, independente, se transexual ou não, terá em seu assento o sexo biológico, essa é a regra.

Voltando ao ponto anterior, o transexual nasce, enfrenta os problemas trazidos por sua falta de compreensão diante da discordância de gênero entre seu corpo e sua mente, após passa pelas frustrações sociais, com muita luta consegue ter seu sexo físico alterado, uma vez que reconhecidamente uma necessidade, já que portador de uma disforia de gênero. Realizada a cirurgia, porém, não consegue apresentar-se como sempre se postou e como agora é, ou seja, ainda continua carregando os marcos jurídicos trazidos pelo ex-sexo físico.

Como é perceptível, a cirurgia de redesignação de sexo é apenas uma das etapas do processo de aceitação e inclusão. Restando ainda a luta pelo reconhecimento jurídico de seu sexo físico transformado.

Destarte, essas são as linhas de desenvolvimento pretendidas pelo presente tema, o qual dependeu da elaboração e divisão em quatro capítulos, o primeiro voltado ao estudo da sexualidade e de seus estados comportamentais; o segundo discorreu sobre a análise dos direitos fundamentais e sua influência diante da sexualidade, especialmente do transexualismo; por sua vez, o terceiro capítulo buscou trabalhar, mais uma vez, os direitos fundamentais como necessários e justificantes à intervenção cirúrgica para redesignação do sexo, bem como os requisitos e as especificações do procedimento cirúrgico em questão, e; por fim, o

último capítulo foi reservado ao estudo da interferência causada pelos resultados dessa cirurgia perante o ordenamento jurídico, em especial, tendo neste a última etapa para inclusão social do transexual.

TÍTULO I

CAPÍTULO I

DA SEXUALIDADE

1.1 Evolução histórica

A sexualidade é tema discutido desde os primórdios da humanidade, relatos filosóficos sobre mitos envolvendo amor, vida e terra já ressaltavam sua onipresença.

Ocupando do posicionamento de CORRÊA (1996, p. 153) “reconhecer a variabilidade histórica é tão importante na análise da sexualidade quanto de qualquer outro fenômeno social e político”, conhecer seu trajeto é importante para compreender a preocupação das políticas sociais existentes sobre o tema.

Na cultura babilônica encontramos uma sexualidade bastante forte, ou seja, aquela civilização foi o alicerce para a instituição da sexualidade fora do casamento, motivo que a elevou ao *status* de civilização maldita e/ou cidade prostituída, nos dizeres do Antigo Testamento.

Não obstante, é nela descrito, sem segredos, a instituição do homossexualismo, pois de acordo com sua cultura, o homem era completamente livre em relação à sexualidade. Apesar de ser uma sociedade estritamente patriarcal onde o casamento era o único caminho galgado em certezas, o homem tinha direito, além de sua mulher, a conquistar outras mulheres, casadas ou não e dentre essas “esposas” secundárias estavam os homossexuais e os travestis, os quais desempenhavam uma relação estritamente passiva. Contudo, apesar deste alvedrio sexual, a prostituição e o homossexualismo eram considerados impróprios e

seus praticantes privados de direitos comuns, inclusive políticos, sendo a única prostituição permitida aquela denominada “prostituição sagrada”¹, prática comum onde as mulheres virgens, em homenagem à Deusa Inanna, se dirigiam até um templo à espera de um desconhecido que as tomassem. A prostituição sagrada era forma de conquista da civilização, bem como o ato de liberação do corpo para o casamento.

O título de civilização maldita foi atribuído principalmente porque a população babilônica empregava a sexualidade inclusive em seus cultos, por meio de preces com terminologias eróticas.

Por sua vez, na civilização grega ainda é possível encontrar resquícios da cultura babilônica, aqui a sociedade também é fortemente patriarcal, onde apenas a mulher está obrigada com o dever de fidelidade, enquanto o homem tem plena liberdade para relacionar-se com outras mulheres ou homens, desde que seja o sujeito ativo da relação, uma vez que o importante é a prática sexual e não a diversidade de sexo entre seus praticantes. Assim, é por meio da prática sexual que o homem se torna um cidadão, acima de tudo sexualmente ativo.

Fato interessante é que dos 12 (doze) aos 17 (dezessete) anos de idade o homem não estava obrigado a decidir sua preferência sexual (se por mulheres ou homens), ou seja, nessa idade era permitido experimentar todos os atos sexuais que julgasse conveniente, contudo, se optasse pela homossexualidade passiva na fase adulta, passava a ser considerado infame, sendo equiparado às prostitutas, o que lhe causava a perda de direitos. Em resumo, para o homem o desejo sexual pode ser voltado para qualquer sexo, desde que se porte como ativo.

Enquanto isso, na Roma Antiga o casamento é estritamente particular, ou seja, não há intervenção de qualquer outra pessoa senão o noivo, a noiva e seus pais, a sexualidade corresponde à livre virilidade, porém ao homem somente é permitido a relação sexual ativa. É na civilização romana que se estabelece as duas principais morais cristãs atinentes à sexualidade, sendo a primeira delas a exigência o casamento e a segunda a realização do sexo apenas para fins de procriação. A

¹ A denominação “prostituição sagrada” vem pela exigência de que aqueles estranhos dessem alguma quantia (qualquer quantia) em função da conjunção carnal.

partir do estabelecimento dessas duas morais, o casamento passa a ter como fundamento o vínculo afetivo, não mais econômico, e ao marido incumbe o dever de respeito e fidelidade, extinguindo de uma vez por todas aquela permissão anterior para a prática do adultério.

Engajado nas morais Romanas antigas surge o cristianismo, cuja principal política é a realização do sexo com fim único e exclusivo de procriação, sendo os demais atos sexuais verdadeiros pecados. O cristianismo vem de encontro às práticas homossexuais, passando a heterossexualidade ser a única indicada e considerada conforme a natureza.

As revoluções trazidas pelo cristianismo não param por aí, a partir dele os desejos sexuais também passaram a constituir pecados, ao contrário do que era antes na busca da virilidade sexual, essa nova fase roga pela abstinência. O pecado é de uma vez por todas enxertado no sexo, abrangendo o corpo de um modo geral.

Todas essas mudanças retroagem diretamente ao famoso conto de Adão e Eva e a exemplo do que aconteceu no Paraíso, na dimensão do cristianismo o desejo carnal leva ao castigo divino. Seguindo o raciocínio cristão, Santo Agostino, senão o principal, mas o maior precursor dos ditames religiosos, defendia a tese de que o pecado era transmitido de geração a geração por meio do sexo, como uma espécie de doença. Foi ele quem associou, definitivamente, o pecado à sexualidade.

O tempo não foi suficiente para apagar a idéia proposta por Santo Agostino entre os séculos IV e V, pois quase dez séculos depois, precisamente nos séculos XII e XIII o pecado original ainda vigorava com máxima autonomia, o casamento continua como um dos principais sacramentos que a partir do século XIII passou a exigir a presença de um padre; já o sexo era apenas permitido no casamento e para fins de procriação, qualquer sentimento de prazer era abominado por ser um dos piores pecados que se podia praticar. CATONNÉ citando Flandrin (1996, p. 63) alerta que “o casamento era assim um remédio que Deus deu ao homem para se preservar da impudicícia”.

Os princípios teológicos vieram muitas vezes a tornar-se sinônimos do direito consuetudinário, e havia uma atitude “oficial” geralmente opressora em relação ao sexo, exceto com o objetivo de procriação. Uma certa

hipocrisia, no entanto, distanciava as políticas confessadas da Igreja de sua verdadeira prática. (MASTERS, 1988, p.17).

Como não poderia ser diferente, aquela consciência sobre a homossexualidade permitida em algumas civilizações antigas, agora passou a ser repudiada.

A repressão do discurso sobre sexo se arrasta por mais alguns séculos e a ingerência da igreja ainda mantém o autoritarismo, seu representante, o padre, assume cada dia com mais entusiasmo sua posição de fiscal. Entretanto, FOUCAULT (1988, p. 16-17) atenta que toda repressão trazida dentre os séculos XII e XV foi de certo modo falsa, pois jamais deixou de falar sobre sexo, e referida repressão nada mais fez que instigar os membros da sociedade a discursar sobre o assunto, mesmo de uma maneira mais recatada, e assim complementa:

(...) a partir do fim do século XVI, a “colocação do sexo em discurso”, em vez de sofrer um processo de restrição, foi, ao contrário, submetida a um mecanismo de crescente incitação; que as técnicas de poder exercidas sobre o sexo não obedeceram a um princípio de seleção rigorosa mas, ao contrário, de disseminação e implantação das sexualidades polimorfos e que a vontade de saber não se detém diante de um tabu irrevogável, mas se obstinou – sem dúvida através de muitos erros – em constituir uma ciência da sexualidade.

Na verdade, a autoridade imposta pela igreja ajudou o discurso sobre o sexo, pois a obrigatoriedade da confissão perante o padre incitava de algum modo as pessoas a exporem sentimentos e opiniões sobre o tema, com isso difícil acreditar que esse pensamento fosse retido nos templos religiosos, mais especificamente nos confessionários.

1.2 Rumo a nova era

Impossível negar que o século XVI foi o marco inicial do discurso sobre sexualidade, o qual conquistou a cada século mais envoltura e amplitude, exemplo disso foi o surgimento da preocupação política, econômica e técnica em relação ao sexo por volta do século XVIII, quando então a sexualidade assumiu seu caráter público e ocupou posição de grande relevância social. O principal fator influenciador

desta época foi a economia. Os governos começaram a preocupar-se com o aumento da população e sua conseqüente responsabilidade política no emprego de meios para subsistência e manutenção de seu povo, com isso, nada melhor que discutir a sexualidade e a partir desses discursos buscar meios para o controle da natalidade, relativizando os ditames do cristianismo e concebendo o sexo alheio à reprodução.

Assim, a conduta sexual deixa o âmbito particular para ganhar publicidade e juntamente com ela, deixa de ser livre e acaba recebendo algumas intervenções. Estudos apontam para uma grande mobilização social em função do sexo a partir do século XVIII, onde professores, médicos, autoridades políticas, pais, enfim toda a comunidade participa da alfabetização sexual, expondo suas virtudes e seus riscos.

Esses últimos dois séculos (XVII e XVIII) podem ser descritos como verdadeiros divisores de águas para o tema sexualidade, quando ela sai daquela esfera estritamente moral e passa a ser tratada por todos os demais meios de políticas pedagógicas, médicas, educacionais, jurídicas etc, sendo objeto de discurso permanente.

Como identificado, foi a partir do século XVIII que, com a envoltura social do problema da sexualidade, a sociedade resolveu empenhar-se em busca de soluções e difusão do assunto, dentre esses estudos, psicólogos, psiquiatras e outros profissionais passaram a estudar com afinco os problemas sexuais, tanto psicológicos como comportamentais e jurídicos. Destarte, é possível afirmar que foi uma grande evolução para o estudo do transexualismo, aliás não somente para seu estudo, mas sim para o surgimento da figura do transexual, até então sequer mencionado, sendo tido como uma espécie de homossexualismo e a ele reduzido.

Por outro lado, conforme citação de PERES (2001, p. 53-54):

Jos Van Ussel assevera que a repressão à sexualidade aumentou desde o fim do século XVI. Nas últimas décadas do século XVIII, os Estados intensificaram a repressão ao homossexualismo, ao punir atos homossexuais. Isso porque o fortalecimento da masculinidade no *fin de siècle* teve de ser direcionado contra esse sintoma da decadência. Os homossexuais masculino e femininos, com o seu estilo de vida estéril, ameaçavam a sexualidade normativa. Não só o Estado, mas, também, a Igreja assumiram a sua tradicional postura castradora.

O empenho da sociedade no estudo da sexualidade e seu conseqüente aprofundamento deu origem a novas figuras sexuais, bem como ao descobrimento de novas doenças.

O surgimento do século XIX não foi diferente, contribuiu com o aprimoramento do tema e com algumas modificações já iniciadas no século anterior como, por exemplo, a alteração da monogamia heterossexual; de algumas legislações civis quanto à contração do casamento e constituição de família, que passou a não exigir mais a diversidade sexual (apenas em determinados países); a instituição de novos delitos sexuais e uma maior severidade quanto ao tratamento daqueles já existentes; a intervenção efetiva da medicina na sexualidade; dentre outras várias mudanças.

Não pode esquecer que foi no século XIX que a homossexualidade ganhou importância, uma vez que aprofundados os estudos sobre a sexualidade foi possível identificar seus problemas, em especial o que autores denominam de estados comportamentais da sexualidade, entre eles o homossexualismo, o hermafroditismo, o bissexualismo, a transexualidade, o travestismo, etc. Todo esse levantamento científico constitui o que FOUCAULT denomina a verdade do sexo, antes buscada pelas práticas religiosas da confissão, nas quais o padre ocupava o importante papel de mediador. Nessa linha, as ciências sexuais desenvolvidas a partir do século XIX traz importantes considerações daquelas confissões. São suas palavras:

O importante nessa história não está no fato de terem tapado os próprios olhos ou ouvidos, ou enganado a si mesmos; é, primeiro, que tenha sido construído em torno do sexo e a propósito dele, um imenso aparelho para produzir a verdade, mesmo que para mascará-la no último momento. O importante é que o sexo não tenha sido somente objeto de sensação e de prazer, de lei ou de interdição, mas também de verdade e falsidade, que a verdade do sexo tenha-se tornado coisa essencial, útil ou perigosa, preciosa ou temida; em suma, que o sexo tenha sido constituído em objeto de verdade. (FOUCAULT - 1988, p. 56).

O aprofundamento daqueles estudos em função da verdade resultou na conclusão de que o instinto sexual deveria ser isolado dos demais instintos, devendo ser analisado de forma autônoma tal qual o instinto biológico e o psíquico. Dessa idéia parte, no final do século XIX e rumo ao século XX, a reformulação da ciência sexual, desta vez voltada à análise da noção biológica de normalidade sexual e do problema da vida e das doenças sexuais, criando a tecnologia do sexo,

possibilitando uma nova especialidade médica, separando a medicina geral da sexual propondo, com isso, a educação sexual. NASCIMENTO (2005, p.71) explica:

(...) essa tecnologia ordena-se por meio da pedagogia, codificando a sexualidade infantil em conteúdos próprios e impróprios, qualificando os locutores e, finalmente, a medicina com o domínio sobras as doenças dos nervos e a fisiologia sexual das mulheres.

A adoção dessas novas políticas trouxe maior liberdade às práticas sexuais que, associadas à libertação da mulher como simples procriadora e conseqüentemente ao livramento da sexualidade à reprodução biológica, contribuíram como verdadeiro impulso às novas investigações ligadas à sexualidade, principalmente porque agora a proliferação de novas doenças nessa área acaba por tornar-se corriqueira, em especial a epidemia HIV/AIDS (*Human Immunodeficiency Vírus/Acquired Immune Deficiency Syndrome*).

O século XX se notabilizou pelos inúmeros avanços tecnológicos, por conquistas da civilização, porém, na área da sexualidade, teve como principal obstáculo a proliferação de doenças sexualmente transmissíveis, houve uma espécie de alastramento do vírus HIV, cujas principais causas mostram, de um lado, a precocidade e o despreparado da relação sexual masculina e, do outro, a ingenuidade e inexperiência feminina, somados à falta do uso de preservativos e a confiança advinda do sentimento. Apesar dos malefícios, a epidemia HIV contribuiu a fim de reforçar o debate sobre o sexo, introduzindo em seu contexto importantes considerações sobre a educação sexual, as igrejas, por sua vez, pregaram a conversão reorientando a conduta sexual de seus fiéis e aproveitaram para desqualificar e condenar as práticas homossexuais.

O movimento homossexual realizado da década de 70 até meados dos anos 80 revolucionou os conceitos sociais atinentes ao homossexualismo, a começar pela inclusão da orientação sexual na lista de não-discriminações do código de ética publicitário, como conseqüência obteve a exclusão do homossexualismo do Código do INSS (Instituto Nacional de Previdência Social) e a conquista de inúmeros simpatizantes que uniram forças contra o preconceito, verificando, com isso, o enfraquecimento da proibição da homossexualidade.

O século XXI corrobora de modo efetivo com os adventos trazidos desde o século XIX, assinalando uma seqüência incessante de evolução. Complementa CITELI (2005, p. 37):

(...) mudanças observadas na sociedade brasileira nas últimas três décadas, associadas a uma acelerada modernização na área dos costumes, assinalam o aparecimento de novos códigos e elaborações relativos à sexualidade em geral e à homossexualidade em particular.

Embora o movimento homossexual do século XX tenha conquistado uma gama importante de direitos, a mesma não foi suficiente para promoção da total igualdade entre os casais homo e heterossexuais.

(...) os setores conservadores, fundados numa concepção naturalista e religiosa de família, afirmam a necessidade de exclusão dos homossexuais do rol de sujeitos social e juridicamente autorizados a constituírem entidades familiares, por considerarem a conjugalidade e a parentalidade possibilidades limitadas ao universo da norma heterocêntrica (CITELI, 2005, p. 39).

1.3 Considerações finais

Infelizmente o preconceito ainda resiste a toda evolução realizada ao longo da história da sexualidade, em contrapartida a tendência está direcionada a eliminação de referido mal.

Por outro lado, a ingerência da igreja não se abstém à essa nova era, ainda são resguardados aqueles conceitos inicialmente impostos para os quais a relação sexual reflete o pecado, por sua vez, o casamento ainda mantém a característica de libertador da relação sexual, algumas religiões ainda insistem no sexo para fins únicos de procriação e outras já vêm o uso de preservativos como necessários para evitar possíveis doenças sexualmente transmissíveis. Contudo, diante do atual contexto social alguns religiosos têm mudado sua posição diante da igreja que seguem, muitos acreditam na evolução do pensamento religioso, porém ainda o considera atrasado e lento.

(...) o comportamento transgressivo em relação à norma da Igreja sobre reprodução e prazer não se configuram em novidade, segunda a autora: a

novidade é a justificativa apresentada pelas mulheres em termos de autonomia individual, vendo a ingerência da Igreja nessa área como indevida. (CITELI, 2005, p. 61).

A partir de meados do século XIX, a mídia passou a interessar-se por questões sobre sexualidade, e como lhe é peculiar, exerceu forte influência sobre a população, contribuindo de modo efetivo com a educação social incluindo em suas programações debates sobre os principais problemas da sexualidade (doenças sexualmente transmissíveis, preservação, gravidez, aborto, métodos contraceptivos, reprodução, perversões, gêneros sexuais etc.) e influenciou na construção de uma nova cultura social, agora mais informada e aberta aos discursos sobre sexualidade.

Apesar de toda a evolução da sexualidade, LOYOLA (1999, p.33) assevera seu inegável caráter naturalizado, ou seja, destaca que sua estrita relação com a reprodução biológica ainda é patente. Assim, explica que nos dias atuais é possível identificar duas tendências sobre aquela relação, a primeira delas voltada ao construtivismo-autonomista que tenta desvincular a sexualidade da reprodução, defendendo a tese de que aquele deve ser analisado com autonomia, na qual sobressai o prazer; por outro lado encontramos a corrente do construtivismo-relacional que insiste em repensar a história sexualidade e seu vínculo com a procriação, mesmo que de forma relativa, adotando uma autonomia relativizada.

Toda essa insistência em manter a sexualidade vinculada à reprodução advém da necessidade biológica e reprodutiva da população, o que vem mudando com a modernização.

A disputa daquelas duas correntes centrais ainda vai além da sexualidade e procriação, dessa vez para questionar a relação sexualidade, sexo e gênero, porém, mantendo as mesmas visões, a primeira buscando separá-los em sistemas autônomos e a segunda buscando repensar sua relação em forma hierarquizada.

Contudo, os problemas da sexualidade não param por aí, sua relação com o amor também é bastante controversa, primeiro porque envolve de forma direta a relação entre gêneros, o que já seria suficiente para configurar sua complexidade, em outro momento porque a partir do amor vem a confiança no parceiro sexual o que contribui para a propagação das doenças sexualmente transmissíveis, em especial da AIDS.

É inegável que o contexto social exerce forte influência no âmbito da sexualidade devido sua formação cultural, política, econômica e religiosa. Com isso, chega à conclusão de que é quase impossível estudá-la com uma autonomia absoluta, o que não significa sua total dependência do meio, ao contrário, acredita-se na formação da sexualidade com resguardo de certa autonomia, contudo, fatores do meio social servem como verdadeiros vetores no direcionamento daquela formação.

Conforme demonstrado, cada época, cada cultura e cada costume moral produzem dispositivos específicos sobre as práticas sexuais e a conjugação de forças econômicas, sociais, políticas, religiosas, ideológicas e legais formam todo o complexo que envolve a sexualidade.

Os aspectos mais evidentes e comuns entre as diferentes culturas, povos e épocas dizem respeito a ser a sexualidade associada à reprodução e à continuidade da espécie, e ao sexo nunca ter representado meramente um ato físico (ARAUJO, 2000, p.36).

A sexualidade não tem o mesmo grau de importância para todos os sujeitos. Mais do que um recurso explicativo baseado em diferenças psicológicas, essa variação é efeito de processos sociais que se originam no valor que a sexualidade ocupa em determinados nichos sociais e nos roteiros específicos de socialização com que as pessoas se deparam. A cultura (em sentido lato) é a responsável pela transformação dos corpos em entidades sexuadas e socializadas, por intermédio de redes de significados que abarcam categorizações de gênero, de orientação sexual, de escolha de parceiros. (HEILBORN, 1999, p. 40).

O problema da sexualidade se justifica por ser ela um fenômeno social total, existente em todas as instituições sociais, não bastasse, pode ser traduzida como uma dimensão da construção maior que envolve sentimentos, sensações, fisicalidade, reprodução etc. e, acima de tudo, estranha a qualquer espécie de padronização uma vez que seus ditames variam de acordo com a sociedade na qual se instala.

Conforme posicionamento de JAYME (2005, p. 161) “se concordarmos que a identidade cultural é uma construção que será intrinsecamente relacionada à diferença, à alteridade, não podemos negar a interferência das transformações sociais do mundo contemporâneo em sua formulação”. O mesmo raciocínio pode ser aplicado para a formação da sexualidade, ou seja, conforme já defendido tem-se

que a sexualidade não está alheia às mudanças sociais, ao contrário referidas mudanças influenciam diretamente em sua formação.

CAPÍTULO II

DO SEXO

2.1 Introdução

“Em outros tempos, sexo significava procriação, reprodução. Entretanto, hodiernamente, o seu sentido é mais amplo, significando relacionamentos mais humanos na esfera social afetiva, psicológica, etc.” (FARINA, 1982, p.145).

Como já disse PERES (2001, p.20): “o sexo é um importante mecanismo utilizado pelas sociedades para diferenciar o comportamento de seus membros”, o que torna necessário tecer algumas considerações sobre a identificação do sexo em seus vários contextos, mesmo que o seja superficialmente, até porque esse não é o objeto principal do presente trabalho, ademais não buscar aqui aprofundar os conceitos pátrios da doutrina médica, mas sim utilizá-los de modo que traga clareza ao leitor.

Destarte, o sexo pode ser definido como um conjunto de caracteres (primários e secundários) da identificação e distinção inicial entre o homem e a mulher, é também um dos componentes do complexo da sexualidade. Este capítulo será dedicado ao estudo da formação dos sexos em seus vários segmentos, a saber, biológico, genético, gonádico, somático, neural, jurídico, de criação ou social e psicossocial.

2.2 Formação sexual

2.2.1 Sexo biológico

O sexo biológico pode ser subdividido em três espécies, a saber, o sexo genético ou cromossômico que ocorre com a fecundação, representado pela primeira etapa da identificação do sexo biológico; o sexo gonádico definido na segunda etapa com a atuação das gônadas; e o sexo somático que compreende a terceira etapa, finalizando a identificação do sexo biológico com a formação das estruturas sexuais.

2.2.1.1 Sexo genético ou cromossômico

A identificação sexual do indivíduo se dá em três etapas, a primeira delas com a fecundação, momento em que ocorrerá a definição do sexo genético ou biológico produzida a partir da conjugação dos genomas paternos. Em síntese, tanto o pai como a mãe contribui com sua genética a partir de seus cromossomos, sendo o cromossomo materno tendencioso à feminilidade, representado pela letra “X”, enquanto a contribuição paterna pode ser tanto feminina (cromossomo “X”) ou masculina (cromossomo “Y”), a união destes cromossomos é que trará a primeira identificação sexual do indivíduo; sendo ela de cromossomos “XX” (um materno e outro paterno) o sexo biológico será feminino, por outro lado sendo de cromossomos XY (X da mãe e Y do pai) o sexo biológico será masculino.

Infelizmente a fecundação não ocorre de maneira tão simples como parece, assim como todo em qualquer outro sistema, poderá haver falhas na formação sexual, alterações numéricas na conjugação cromossômica são as principais anomalias causadas na conjugação cromossômica, ao invés de obter uma conjugação normal entre “XX” ou “XY”, se obtém conjugações do tipo “XO”, “XXX”,

“XXY” ou “XX/Y”. Não obstante, ainda é possível verificar alterações estruturais resultantes de quebras em determinados cromossomos.

Nessa linha, SUTTER (1993, p.34-35) é contundente ao mencionar que:

(...) embora a normalidade seja o resultado mais freqüente, as anomalias apresentam reflexos que merecem ser considerados. As anomalias cromossômicas podem ser herdadas ou resultantes de um acidente ocorrido no momento da divisão, o qual venha a acarretar uma mutação nova. Conseqüentemente, a aberração cromossômica poder ser herdada ou não, mas sempre será genética e congênita, pois uma vez formado o cromossomo, não mais será modificado, em condições normais, que na vida intra-uterina, quer após o nascimento.

De acordo com o postulado de SZANIAWSKI (1998, p.37) “estas alterações cromossômicas conduzem, quase sempre, ao aborto espontâneo. Todavia, nem sempre ocorre o aborto natural, desenvolvendo-se, deste modo, nos fetos as malformações congênitas”.

O estudo dessas anomalias resultou na criação de duas síndromes, a saber: síndrome de Turner e síndrome de Klinefelter. A síndrome de Turner se opera pela inexistência da conjugação dos cromossomos, ou seja, há apenas uma espécie cromossômica, a materna, representada pela figura “XO”, assim sendo, como a tendência da formação é feminina, os indivíduos portadores desta síndrome terão aparência anatômica externa feminina, mas com uma falha de cromatina negativa. Referida síndrome impede que as células germinativas sobrevivam, afetando diretamente o desenvolvimento das gônadas, acarretando, com isso, a malformação sexual. Por outro lado, a síndrome de Klinefelter revela um erro cromossômico representado pela figura “XXY” ou “XXX”, que sugere a duplicidade cromossômica feminina, embora a aparência externa seja masculina, as principais conseqüências trazidas por essa síndrome podem ser resumidas na infertilidade e nos distúrbios mentais.

2.2.1.2 Sexo gonádico

A segunda etapa da definição sexual biológica ocorre oito semanas após a fecundação, ela é a responsável pela formação primária (órgãos sexuais) e secundária (demais características identificadoras do sexo, tais como: pêlos, seios, quadril etc.) do sexo. Nesta etapa as informações internas indicarão às gônadas² a necessidade de produção de substância masculinizadora, acarretando a imediata formação de testículos.

O sexo gonádico tem início intra-uterino, contudo apenas será concluído na adolescência, quando haverá a conclusão dos caracteres secundários, o tempo é variável de acordo com a constituição genética do indivíduo.

Qualquer anormalidade na estrutura das gônadas acarretará a presença de caracteres sexuais alterados, apresentando uma espécie de mistura entre os tecidos femininos e masculinos, dando origem à figura do hermafrodita, que será estudada em momento oportuno.

Não somente a estrutura gonodal é a responsável pela provocação das discordâncias de gêneros, mas também as informações levadas pelos hormônios são de extrema importância para a preservação da normalidade. SUTTER (1993, p. 39) é precisa ao mencionar que “o ambiente hormonal fetal é de grande importância e a ingestão de medicamentos sobretudo à base de hormônios, é capaz de afetar o desenvolvimento sexual pré-natal do feto”.

Contudo, convém destacar que além da má identificação do cromossomo “Y” e/ou a má informação levada pelos hormônios aos tecidos, outros fatores também são capazes de influenciar na masculinização ou feminilização do cérebro, como é o caso do *stress* que afeta bruscamente o sistema imunológico da mãe evitando a produção de corticosteróides; a angústia e a depressão também podem causar a desarmonia.

Com base na formação básica do sexo, estudiosos apontam que a definição do sexo biológico da criança tende a ser feminino, exatamente por ser essa a principal contribuição genética materna. Assim, indicam que qualquer problema de

² As gônadas são os órgãos responsáveis pela produção das células reprodutivas, além de funcionarem como verdadeiras indústrias na produção dos hormônios denominados estrógenos, quando femininos e andrógenos, quando masculinos.

malformação biológica levaria à produção de órgãos femininos, pois diante de inexistência ou problemas na identificação do cromossomo “Y” as informações internas serão para a produção de substâncias femininas, levando à imediata formação dos ovários e do útero. Mas a incidência de cromossomos díspares doados pelo pai também são capazes de gerar um desacerto na formação do feto, ocasionando assim, a masculinização excessiva.

A principal consequência resultante do mau funcionamento hormonal está na transexualidade, pois a produção de hormônio tem início na fase fetal, seu desenvolvimento levará informações às gônadas que promoverão o crescimento e a definição dos genitais externos e do cérebro. Com isso, qualquer erro de informações poderá gerar a masculinização ou feminilização parcial ou dúbia do sistema, configurando o que a doutrina vem denominando de transexualismo.

2.2.1.3 Sexo somático

Por fim, a última etapa, que provavelmente durará até o final do quarto mês de gestação, é realizada, mais uma vez, com a participação dos hormônios que levam, por meio da corrente sangüínea, as informações sexuais aos demais tecidos para sua devida formação. Todo o contexto biológico dependerá do correto recebimento daquela informação e da efetiva formação do tecido, qualquer erro de informação acarretará a formação biológica feminina, haja vista ser ela automática, o que independe da correta informação dos hormônios que é essencial para a masculinização.

O conceito de normalidade empregado para sexo somático não compreende somente a existência de todos os caracteres sexuais iniciados pela produção das gônadas, a normalidade aqui vai além, exigindo para tanto que a formação dos genitais seja normal, em outras palavras, não é suficiente que uma mulher tenha uma vagina, é preciso que este órgão tenha o tamanho habitual condizente com o bom e correto funcionamento. Ademais, não basta que determinado sexo tenha seus caracteres comuns, é necessário também que não tenha qualquer correspondência

de caractere com o sexo oposto, exigindo assim que as características secundárias tenham total equivalência com as características primárias.

Cumpridas as exigências da normalidade, o que geralmente ocorre após o nascimento já na fase da puberdade, o sexo biológico estará completo, o que não significa seu reconhecimento somente após sua finalização, ao contrário, para tanto somente são necessários os indícios primários da sexualidade compreendidos pelas genitálias.

2.2.2 Sexo neural

Antes de adentrar ao objeto do capítulo, algumas considerações serão tomadas, a começar pelo desenvolvimento filogênico inicialmente mencionado por Freud com posteriores asseverações de Eccles, Jung e Damásio³. A idéia principal do desenvolvimento filogênico é a de que o homem sempre provém de outro homem, a espécie humana sempre requer uma descendência, assim cria-se um complexo evolutivo nos quais as espécies têm origem a partir de outras e suas características resultam da soma e complementaridade das características destas últimas, ou seja, ninguém surge do nada.

Partindo desse pressuposto de anterioridade, “a concepção de Freud é que o desenvolvimento mental do indivíduo recapitula a história mental da espécie humana” (FREITAS, 1998, p. 24), levando à conclusão de que a psique é formada pela filogênese.

Parafraseando FREITAS (1998, p. 26-34) tem-se que Eccles postula que a complexidade criada pelo desenvolvimento filogênico acarretou a necessidade de uma mente evoluída e daí em diante o sistema nervoso central foi estruturando-se de acordo com as exigências que lhe foram impondo, é nesse sistema central que encontramos as estruturas neurais básicas definidoras dos comportamentos

³ *In*: FREITAS, Martha C. Meu sexo real: a origem somática, neurobiológica e inata da transexualidade e suas conseqüências na reconciliação da sexualidade humana. Petrópolis, RJ : Vozes, 1998, p. 22.

sexuais, emotivos e sentimentais. Por sua vez, Jung trabalha os mesmos padrões adotados por Freud, para ele a psique é o alicerce para o restante da construção, e sua formação é composta por camadas com adições filogenéticas. Enquanto isso, Damásio explica que a mente humana não está centrada em um único núcleo cerebral, mas sim é composta por inúmeras informações neurais fornecidas por diferentes sistemas e regiões, concluindo que a mente é fruto da interação entre o cérebro e o corpo.

FREITAS, ao citar Damásio (1998, p. 34), esclarece:

(...) alguns circuitos são completamente determinados pela estrutura genética do indivíduo, outros são determinados geneticamente, mas com a mediação de outros fatores (hormônios e neurotransmissores, por exemplo), e outros pela vivência, pela existencialidade do próprio organismo (os circuitos da fala, por exemplo).

Em síntese, temos duas espécies de circuitos, aqueles denominados como inatos, que são imutáveis independentemente das influências do meio social em que o indivíduo permanecer e aqueles tidos como secundários que, por sua vez, são claramente influenciados pelos fatores do meio social. Sendo aqueles circuitos neurais básicos ou inatos os responsáveis pela definição de um dos principais sexos do indivíduo – o neural. Nessa linha, a sexualidade psíquica pode ou não condizer com a sexualidade biológica, geralmente e felizmente essa coincidência prevalece, contudo há casos de disparidade, o que configura o transexualismo, ocasionando a má formação biológica, conforme visto no item anterior.

Os circuitos neurais são formados em dois momentos, os circuitos básicos ou inatos se estabelecem durante o desenvolvimento fetal intra-uterino (entre o quarto e o sétimo mês de gestação), enquanto os circuitos secundários, por receberem influências do meio social, são formados após o nascimento. Essa ordem de formação também representa uma ordem de prevalência, ou seja, apesar das circunstâncias do meio social, os circuitos neurais básicos prevalecem aos secundários, não obstante a possibilidade de sua repressão, o que não significa extinção ou mudança.

O sexo neural compreende apenas duas espécies sexuais, a feminina e a masculina, não há neste âmbito qualquer estado de intersexualidade ou duplicidade, em outras palavras, pelo sexo neural ou o sujeito é homem ou mulher. Nessa linha,

independentemente da orientação sexual, somente é possível encontrar dois tipos de comportamentos sexuais, a saber, o feminino e o masculino.

Ao comportamento feminino são constatados atributos de fragilidade, sentimentos, passividade e romantismo, enquanto o masculino se contenta com a força, a atividade, e o instinto sexual independente de qualquer sentimento.

Nesse sentido, FREITAS (1998, p. 70) expõe:

Comportamentos eminentemente ativos (diante de homens e mulheres) ou ativo/passivo (diante de homens), mas sempre com um forte componente ativo diante de homens, independentemente de pênis ou vaginas, ou de quaisquer outras características, indicam um EU neuralmente estruturado de forma masculina, portanto um HOMEM.

Comportamentos eminentemente passivos, receptivos (diante de homens) independentemente de pênis ou vaginas ou quaisquer outros itens de aparência, indicam um EU neuralmente estruturado de forma feminina, portanto uma MULHER.

Diante disso, é possível concluir que a formação neural é de tamanha importância, uma vez que será tendenciosa na identificação sexual do indivíduo, pois a partir dela que o mesmo construirá sua sexualidade, o que independe dos atributos secundários de seu corpo (órgãos sexuais, pêlos, seios, quadril etc.).

2.2.3 Sexo legal ou jurídico

O sexo jurídico é aquele acentuado na certidão de nascimento da criança a ser lavrado no Cartório de Registro Civil das Pessoas Físicas, quando então o recém-nascido atesta sua existência perante o Estado.

Em regra, o sexo jurídico é designado de acordo com a identificação do sexo biológico, variável entre feminino e o masculino. Não obstante os casos de hermafroditismo geralmente resolvidos por parecer médico.

Devido aos problemas trazidos pelo transexualismo e até mesmo por erros em pareceres médicos nos casos de hermafroditismo, há projetos de lei em tramite,

que visam instituir novas figuras sexuais, mesmo assim ainda são discutíveis tendo em vista seu caráter discriminatório. Referidas questões também suscitam a relativização do registro civil no que pertine à definição do sexo, ou seja, diante da realização de uma cirurgia para redesignação de sexo ou do reconhecimento de erro médico nos casos de intersexualidade é possível acionar o Poder Judiciário para ter sexo jurídico alterado, a fim de igualá-lo ao sexo neural.

O sexo jurídico não possui importância somente por atestar a existência do indivíduo perante o Estado, ao contrário, sua relevância atinge inclusive padrões morais. Antes existiam diferenças gritantes nas quais determinadas atividades somente eram reservadas à figura masculina, como a prática comercial por exemplo para a qual a mulher casada ainda dependia de autorização do marido (artigo 1º, 4, do Código Comercial de 1850), apesar do tempo e da evolução jurídica em nível de igualdade entre homens e mulheres, hoje tendo como principais dispositivos os artigos 3º, inciso IV e 5º, *caput* da Constituição Federal, ainda existe tratamento diferenciado, como é o caso do alistamento militar obrigatório apenas para os homens.

2.2.4 Sexo social, de criação ou psicossocial

O sexo de criação representa condutas, costumes e crenças sociais baseadas na diferenciação de tratamentos atribuída à criança em prol da identificação de seus sexos biológico e jurídico. Na verdade, ele traz uma série de regras e linhas divisórias demonstrativas do que cabe aos homens e do que cabe às mulheres, aproveitando dos dizeres de PERES (2001, p.8) “a quase totalidade do comportamento humano resulta de um aprendizado socialmente condicionado”.

Utilizando dos ensinamentos de Antônio Chaves, PERES (2001, p.86) apresenta a seguinte definição para o sexo de criação:

(...) o sexo de criação resulta de influências psicológicas, socioculturais e ambientais na formação do indivíduo. Essas influências também seriam

responsáveis pela estruturação do seu comportamento e pela sua identificação sexual.

Em outras palavras, o sexo social pode ser definido como a interação genética, filosófica e psicológica, correspondendo assim a toda formação sexual, desde biológica, as instituições desenvolvidas no sexo de criação. Nesta modalidade o indivíduo receberá da sociedade uma série de instrumentos com os quais deverá lidar.

Antes mesmo de nascer, a criança já tem todo um projeto de vida traçado por seus pais, já entra para um mundo cheio de possibilidades, mesmo que forçadas, mas possibilidades. O mundo extra-uterino representa um verdadeiro cenário de expectativas que acabam constituindo uma pressão incansável.

(...) a consciência dos órgãos genitais externos com os quais nascemos. Esta consciência nos é dada pela educação nos três ou quatro primeiros anos de vida. Ou seja, no final desse período o menino já sabe que tem pênis (macho) e a menina já sabe que tem vagina (fêmea). Toda essa diferença biológica que distingue um do outro – e a identidade do gênero – também se constrói nesses primeiros anos e corresponde ao sentir-se internamente um homem ou uma mulher. Cada um já tem dentro de si padrões psicológicos desenvolvidos que o fazem sentir-se como pertencendo a um ou a outro sexo (masculino ou feminino). (COSTA, 1991, p. 94-95).

A criança receberá tratamento diferenciado de acordo com seu sexo biológico, independentemente se ele estiver ou não em consonância com seu sexo neural. Referido tratamento vai desde a estipulação de brincadeiras, roupas, atitudes, aos mais elevados princípios morais.

A consciência que se tem de ser do gênero masculino ou feminino é, portanto, adquirida e induzida pelo comportamento e pelas atitudes dos pais, dos familiares e do meio social a que se pertence, além da percepção e interiorização das experiências vividas. Esse processo pode sofrer várias interferências que podem levar a um sério comprometimento na identificação de gênero. (ARAUJO, 2000, p.47)

A princípio, a intenção é que ele os receba e aja de acordo com os anseios sociais, contudo, a bem da verdade, ele deverá recebê-los como parâmetros para a revelação do seu verdadeiro EU.

En el hombre, al ser el animal más incabado en el momento de su nacimiento – menos predeterminado biológicamente – es mucho más maleable en su comportamiento futuro. Como la cera virgen, su conducta, tiene una gran diversidad de opciones configurativas y, em consecuencia, la variabilidad de alternativas – de grados de libertad, en definitiva – entre las

que pode optar, resulta extraordinariamente amplificada. (POLAINO-LORENTE, 1978, p.44).

Ao chegar na fase dos quatro aos seis anos a criança cria a consciência de quem verdadeiramente é, fato que pode vir acompanhado de angústia, solidão e depressão, ainda mais diante da desarmonia entre seus sexos neural e biológico, quando então se sente uma pessoa “diferente”, “anormal”.

Alguns estudiosos deixam claro que as diferenças atribuídas ao gênero não provém diretamente do sexo biológico, mas sim da cultura social, não obstante a influência do fator biológico a cultura ainda é soberana no impulso da diferenciação, erigindo-se a partir da fixação de modelos comportamentais antagônicos e complementares ao mesmo tempo em busca da padronização. Nesse sentido como MEAD (1969, p.25) atenta que “homens e mulheres são socialmente diferenciados, e cada sexo, como sexo, é forçado a conformar-se ao papel que lhe é atribuído”, ressaltando que aquela padronização não é universal, menos ainda permanente, ou seja, é variável de acordo com a civilização e a época nas quais são impostas.

Grande parte dos autores, entre eles FREITAS (1998, p.93), acreditam que diante do impasse entre o sexo neural e o sexo de criação, haverá sempre a prevalência daquele primeiro. Assim, a formação do sexo psicossocial estaria destinada à revelação do sexo neural, a justificativa está na afirmação de que o sexo de criação, não é capaz de determinar os instintos inatos, podendo, quando muito, direcionar os circuitos secundários, inibindo ou repreendendo os inatos, mas jamais os modificando.

Há, contudo, quem defenda que a identidade sexual não esta, necessariamente, atrelada ao sexo neural, mas sim depende de diversos fatores sociais e, principalmente, do tempo.

Assim, o sexo de criação ou educacional é realizado pelos educadores (normalmente os pais) com a finalidade de moldar o indivíduo de acordo com as exigências dos fatores sociais (política, religião, usos e costumes, moral etc.). em outras palavras, como todas as demais espécies de comportamentos, o sexual também é influenciado pelo meio social no qual vive o indivíduo, os padrões traçados pela sociedade por meio da cultura, mitos, religião, crenças, costumes,

política, economia, preconceitos, entre outros, funcionam como direcionadores daqueles comportamentos.

Nesse sentido MEAD (1969, p.268) afirma que “somos forçados a concluir que a natureza humana é quase incrivelmente maleável, respondendo acurada e diferentemente a condições culturais contrastantes”.

Em outras palavras, o sexo psicossocial é a demarcação de águas da identidade sexual, uma vez que o indivíduo, já com certa convicção de seu verdadeiro EU, receberá elementos que ajudarão na sua autodeterminação. “A adequação do indivíduo ao sexo implica em compatibilizar-se com o papel sexual” (SUTTER, 1993, p. 49).

Compartilhando do posicionamento de PERES (2001, p.86-87), é possível afirmar que “o produto final do sexo psicossocial será a percepção do indivíduo de si mesmo, como homem ou como mulher”.

Contudo, convém destacar que nem sempre a percepção sexual atingida pela influência dos fatores sociais corresponde à formação biológica apresentada.

2.3 Sexo e identidade

A questão da identidade sexual ou de gênero é bem mais complexa do que a simples verificação do sexo biológico, ela envolve todas as possíveis interferências sobre o sexo, em especial o sexo psicossocial.

Assim sendo, a identidade sexual está atrelada a todos os fatores internos e externos que, de alguma forma, podem interferir na formação sociocultural do indivíduo. Contudo, apesar das demais formações sexuais, a revelação de sua identidade somente é cabível ao indivíduo a que pertence e geralmente ocorre na infância entre os quatro e seis anos, quando a criança desperta para a realidade fática e o meio social no qual vive, tomando assim consciência de quem verdadeiramente é, muito embora haja certa confusão devido ao pouco

conhecimento e a pouca experiência, as atitudes tomadas por ela já são suficientes para interpretar sua identidade sexual.

Há quem entenda que o indivíduo já nasce com determinada tendência ao sexualismo, ou seja, que a formação dos circuitos neurais básicos já determinam o início de sua identidade sexual. Isso explicaria parte da transexualidade, uma vez que, mesmo recebendo educação de acordo com seu sexo biológico, o transexual não nega sua verdadeira identidade, o que não significa a indiferença aos fatores sociais, mas sim apenas uma prevalência de identificação.

Eis porque Tereza Rodrigues Vieira, citada por ARAUJO (2000, p.25) adverte que “havendo desarmonia entre eles (os componentes para determinação do sexo), o componente que apresenta maior relevância é o psicológico”.

Em contrapartida, há aqueles que negam qualquer pré-determinação da identidade sexual, como bem esclarece PERES (2001, p.94):

(...) a identidade de gênero não é algo preconcebido, melhor dizendo, inato, como se o indivíduo já nascesse com o sentimento de pertencer a um dos dois sexos. É a conjugação de diversos fatores (genitália externa, qualidade do relacionamento parental, capacidade cognitiva e língua) vinculados ao decurso do tempo que será responsável pela formação da identidade sexual.

Os fatores sociais são de extrema importância para a identidade final, uma vez que sua influência pode resultar na modificação ou na repressão daquela identidade pré-definida. Nesse sentido, POLAINO-LORENTE (1978, p.71):

Las influencias de estos factores socio-culturales en el modelo de la sexualidad humana resultan obvias. Ello hace que la sexualidad humana sea educable. En la actualidad, se ha exagerado hasta extremos insospechados la importancia de esta <educación sexual>, que, desgraciadamente, en muchos casos, es más un adiestramiento que una educación propiamente dicha; y eso cuando no se le invita a los pequeños a hacer una excursión por el tortuoso camino de las alteraciones psicopatológicas de la sexualidad humana.

Estudos mostram que a figura materna é de grande relevância para a identificação sexual. Exemplo disso pode ser encontrado na citação de GIDDENS (1993, p.129):

A primeira experiência que a criança tem da mãe é virtualmente o oposto da imagem de um indivíduo castrado e impotente; em particular ao nível do

inconsciente, o menino e a menina enxergam a mãe como todopoderosa. Então, um sentido inicial de auto-identidade, juntamente com o potencial para a intimidade, é antes de tudo desenvolvido pela identificação com uma figura feminina universalmente importante.

Outro grande problema da identificação sexual, além, é claro, da influência dos fatores sociais, está no estrito rol de opções que o indivíduo tem de lidar, ou seja, a estrutura social apenas concebe duas espécies de gênero social, a feminina e a masculina, assim, mesmo o sujeito sabendo que não pertence diretamente a nenhuma delas por possuir alguma anomalia que o torna diferente, deve fazer uma opção forçada.

A primeira vista tudo seria muito simples, pois no caso de um transexual, por exemplo, ele tem um sexo neural e outro biológico, sempre seguirá seu sexo neural, ainda diante de repressões. Então qual seria o problema nessa identificação? Nenhuma. Aliás, inicialmente e por uma visão técnica nenhuma, mas transportando toda essa situação para uma criança de apenas quatro anos de idade, certamente a dificuldade será monstruosa, primeiro porque tem um corpo de menino ou menina, mas seus gestos, atitudes e gostos são completamente condizentes com aqueles mesmos gestos, atitudes e gostos do sexo oposto, porém, a regra determina que deve agir de acordo com padrões que lhe foram impostos, sem ao menos saber o motivo. Como não bastasse, vive em uma sociedade que desconhece quaisquer estudos sobre estados comportamentais da sexualidade e ao invés de buscá-los, simplesmente julga e determina “normalidades”.

A partir desse exemplo, conclui que assumir uma identidade sexual somente é tarefa fácil quando o indivíduo está incluído na parcela da “normalidade”, caso contrário facilidade é o único termo que não encontrará.

Contudo, a identificação da sexualidade apenas mostrar-se-á completa após a puberdade, pois é este o momento mais crítico para as mudanças. Nesse sentido, COSTA (1991, p. 95), ao falar sobre as alterações provocadas pelos hormônios na puberdade, é enfático ao assinalar que:

Nessa ocasião, torna-se clara sua orientação afetivo-sexual (um aspecto psicossocial). Através dela, o menino vão se sentir atraído por uma menina (será um adolescente heterossexual) ou por outro menino (será um adolescente provavelmente homossexual). Segundo os estudiosos, nossa orientação sexual também é estabelecida nos primeiros quatro anos de

vida, fica adormecida, e se revela (só interna, ou interna e socialmente) na adolescência (em casos de exceção, na maturidade, ou até mesmo na terceira idade).

Todavia, há ainda aqueles que destacam ser o processo de identificação sexual algo inacabado, haja vista a possibilidade de seus fatores secundários estarem sempre em renovação, à medida que novos movimentos sociais ocorram, dependendo de uma maturidade além da puberdade. Partindo desse pressuposto, “julga Stoller ser a transexualidade adulta irreversível, enquanto a infantil pode ser alterada”. (SILVA FILHO, 1987, p. 53).

Por sua vez, POLAINO-LORENTE (1978, p.67) esclarece que “las cosas y situaciones percibidas son como el residuo del comportamiento pasado, como el esbozo de la conducta futura. Esto acontece de forma peculiar y exclusiva en el hombre”. Em outras palavras, demonstra a importância daqueles fatores sócio-culturais durante a formação de sua identidade.

Mais uma vez, PERES (2001, p.97) adverte:

Nós a interpretamos no sentido de que, resultando de um processo, estará sempre a se renovar, à medida que novos fatores venham a se manifestar, conquanto isso não signifique uma alteração de seu núcleo, ou seja, na escolha feita entre a identidade masculina ou feminina. Seriam os seus aspectos secundários, ocasionado, por exemplo, por mudanças no papel do gênero, que poderiam vir a sofrer modificações.

Como, sabiamente, identificado por PHILIPPI (2005, p. 29):

Um corpo com caracteres masculinos não indica que o sujeito esteja em uma posição masculina, nem tampouco que as características biopolíticas femininas definem uma mulher. *Feminino/masculino* são posições de gozo que se instituem nos seres falantes – homens e mulheres – pelo modo que se inscrevem, como sujeitos, na função fálica.

Destarte, o importante está em aceitar a identidade sexual optada pelo indivíduo, independentemente do momento em que é assumida e se ela esteja ou não em consonância com suas demais formações sexuais.

CAPÍTULO III

ESTADOS FÍSICOS E COMPORTAMENTAIS DA SEXUALIDADE

3.1 Considerações gerais

Em linhas gerais, a sexualidade é constituída por um sistema complexo envolvendo as várias determinações sexuais, desde o sexo biológico até o sexo de criação, compreendendo todas as manifestações do instinto sexual humano e as possíveis interferências dos ditames sociais, conforme verificado no capítulo anterior.

No entanto, a sociedade, respaldada na reprodução humana, impõe a heterossexualidade como o modelo ideal e “normal” para a sexualidade, criando com isso padrões de condutas que nem sempre respondem aos anseios de seus indivíduos.

Na medida em que uma cultura é integrada e definida em seus objetivos, intransigente em suas preferências morais e espirituais, nesta mesma medida condena alguns de seus membros – membros apenas por nascimento – a viver alheios a ela, na melhor das hipóteses em perplexidade e no pior dos casos numa rebelião que pode dar em loucura. (MEAD, 1969, p.278)

Nos dizeres de SZANIAWSKI (1998, p.44):

A sexualidade do homem pode apresentar, não raras vezes, perturbações ou disfunções, denominadas, pela Medicina, de *anomalias sexuais*. A *anomalia sexual* ou *sexopatía* é definida como o padrão de conduta sexual no qual os modos de realização do prazer sexual ocorrem através de formas distintas da relação heterossexual normal.

Durante muitos anos as diversidades sexuais, em especial o homossexualismo, foram designadas como verdadeiras perversões sexuais, o que

era atribuído à influência repressiva da época e à ingerência de fatores religiosos, os quais procuravam limitar a sexualidade dentro de padrões rígidos e impostos, falsamente como anseios sociais, porém eles se mostravam cada vez mais incompatíveis com a realidade das tendências sexuais humanas. “O controle dos impulsos sexuais era usualmente considerado sinal de saúde mental, e a falta de controle indicava doença mental” (MOSSE, 1998, p.297).

Infelizmente, com certa freqüência, o desconhecimento das diversidades sexuais ou estados comportamentais sexuais diversos favorece as rotulagens pejorativas, o que acaba influenciando de modo negativo na identificação sexual do indivíduo, incorrendo, por vezes, em sua privação social e sexual.

DINIZ, ao citar Harry Benjamin, expõe:

Na história da humanidade sempre existiram e existirão desvios sexuais oriundos de desequilíbrio hormonal, de desenvolvimento maior de um dos lóbulos cerebrais, de falha educacional etc. Muitos foram os transexuais, por exemplo, Henrique III da França, que, em 1570, chegou até mesmo a comparecer perante os deputados com traje feminino. François Timoléon, o Abade de Choisy, foi educado como uma menina e veio a ser embaixador de Luiz XIV no Sião. Charles de Beaumont, Chevalier d'Eon, viveu 49 anos como homem e 34 como mulher, chegando a ser considerado rival de Madame Ponpadour; além disso, foi usado por Luiz XV em missões secretas na Rússia e na Inglaterra, ocasiões em que deveria trajar indumentária feminina.⁴

São várias as espécies de diversidades sexuais existentes, dentre elas o intersexualismo, o hermafroditismo, o homossexualismo, o bissexualismo, o travestismo e o transexualismo.

3.2 Intersexualismo

Conforme visto, a alteração das gônadas poderá acarretar a presença de caracteres sexuais alterados, apresentando uma espécie de mistura entre os tecidos femininos e masculinos, o que dará origem ao intersexualismo.

⁴ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 6.ed. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 282.

A doutrina tinha por hábito fundamentar a definição do intersexualismo no desequilíbrio entre os fatores responsáveis pela definição sexual, não importando a extensão do desequilíbrio, mas sim apenas sua existência, assim, o emprego do termo para indicação da presença ambígua de fatores biológicos é relativamente recente. Nessa linha, o intersexualismo pode ser definido como a malformação dos caracteres sexuais, ou seja, seu portador possui caracteres somáticos e psíquicos de ambos os sexos, feminino e masculino, geralmente é definido como portador de sexo indeciso.

“Em razão dessa disfunção sexual, haverá uma discordância entre o sexo genético, gonodal e fenotípico desses indivíduos. De qualquer sorte, o intersexual desenvolverá, em maior ou menor grau, uma identidade e um sexo psicossocial” (PERES, 2001, p.110).

A grande dificuldade do intersexualismo está na definição exata do sexo real, tanto é verdade que exige, para a realização do registro civil da criança, a apresentação de parecer médico considerando o sexo prevalente, embora muitas vezes aquele não seja suficiente para exata identificação sexual do indivíduo, haja vista depender de outros fatores além daqueles de ordem biológica, como por exemplo a própria identificação sexual da criança.

3.3 Hermafroditismo

Reza a lenda que o hermafrodita surgiu da união entre Hermes (Deus da Guerra) e Afrodite (Deusa do Amor), união da qual originou um ser com as características dos dois sexos.

Assim como no intersexualismo, a alteração das gônadas também é responsável pela origem do hermafroditismo. A partir disso, muitos pesquisadores elencam o hermafroditismo como uma variante do intersexualismo, ademais é possível encontrar, nas obras mais antigas, o emprego dos termos intersexo e hermafroditismo como sinônimos.

Contudo, FARINA (1.982, p.46) destaca:

Já tivemos ocasião de verificar que o hermafroditismo ou intersexo ocorre sempre que há confrontação entre uma ou mais características orgânicas do sexo. Assim sendo, não é absolutamente imprescindível que haja uma alteração genética ou, em outras palavras, não é necessário que ocorra uma verdadeira patologia cromossômica para que algum estado intersexual se desenvolva e se estabeleça.

O hermafrodita pode ser identificado como o indivíduo que possui malformação em seus órgãos genitais externos, desde que haja a predominância de determinadas características sexuais.

“Para alguns autores, o *hermafroditismo completo* não existe, ocorrendo, somente, casos de *pseudo-hermafroditismo*, o qual se origina de uma parada ou de um distúrbio no desenvolvimento do feto, produzindo malformações genitais” (SZANIAWSKI, 1998, p.46). A justificativa para esta assertiva está no fato de que a espécie humana não comporta casos em que o indivíduo pode ser homem e mulher ao mesmo tempo, ou é um ou é outro, pois o sexo neural comporta apenas uma identidade sexual.

A cirurgia nos casos de hermafroditismo tem sido cada vez mais aceita, desde que realizado estudo aprofundado para a efetiva identificação do sexo real, aqui não se trata de uma cirurgia de redesignação do sexo como no caso do transexualismo, mas sim cirurgia para correção do sexo, pois o hermafrodita não possui nenhuma discrepância entre o sexo neural e o biológico, na verdade o que existe é uma duplicidade de sexos de natureza biológica, assim, de certa forma, há consonância entre os todos os fatores sexuais, necessitando apenas de uma correção.

Oportuno se faz neste momento mencionar a consideração feita por SUTTER (1993, p. 38-39), que tece a seguinte consideração:

Flamínio Fávero, entre outros, adota a classificação de Klebs, denominando os portadores de tecido ovariano e testicular de Hermafroditas Verdadeiros. Segundo a classificação mencionada, os Hermafroditas Verdadeiros podem ser de três tipos: bilaterais, unilaterais e os alternos ou laterais. Hermafroditas Bilaterais são aqueles que em ambas as gônadas possuem concomitantemente tecido ovariano e testicular, ou seja, *ovotestis*. Hermafroditas Verdadeiros unilaterais são aqueles que numa gônada possuem *ovotestis* e na outra um ovário ou um testículo. E os Hermafroditas Verdadeiros alternos são aqueles em que numa da gônadas há ovário e na outra, testículo.

Segundo FARINA (1982, p.75) “os hermafroditos verdadeiros constituem um grupo original de pacientes onde se verifica um antagonismo entre o sexo cromossômico e o aspecto microscópico das suas gônadas”.

Geralmente o hermafroditismo não provoca nenhuma aversão social, apesar de características mistas, o problema, não raras vezes, passa despercebido. Exemplo disso são as várias contrações de casamentos realizadas por hermafroditas, talvez o maior problema esteja na procriação, haja vista ser a infertilidade uma constante.

3.4 Homossexualismo

Conforme destacado, o homossexualismo sempre existiu desde a Antiguidade clássica, chegando até ser prática permitida como incentivo para o início da atividade sexual na civilização grega, contudo, a sociedade a partir do século XII, com fundamento na reprodução, impõe como o modelo ideal e “normal” a heterossexualidade, criando com isso um *status* de anormalidade para o homossexualismo, sendo essas pessoas taxadas como perversas e sobre elas pesando todo o preconceito advindo da diferença. MOSSE (1998, p.296) retrata bem a postura da sociedade frente aos homossexuais, “efeminados e homens fracos eram com freqüência suspeitos de homossexualismo seu amor era improdutivo, típico de decadentes”

O homossexualismo não traz nenhum problema de formação biológica, pelo menos nada foi atestado até o momento, ao contrário, há a perfeita formação dos caracteres sexuais, inclusive com a exata consonância entre todos eles, o identificador neste caso está na opção sexual.

É interessante notar que a palavra “homossexualismo” origina-se do prefixo grego *homo*, que significa “o mesmo” e, não, da palavra latina *homo*, “homem”. Fácil é, então, compreender o seu significado que se traduz pela prática de atos sexuais entre indivíduos do mesmo sexo (PERES, 2001, p.111).

A homossexualidade tem como núcleo essencial a opção sexual, restando configurado pelo fato do indivíduo escolher para sua relação sexual outra pessoa do mesmo sexo biológico, podendo ocupar tanto a posição passiva quanto ativa. Não há qualquer intenção em se desfazer do sexo biológico, nem sua negação, os genitais constituem órgãos de prazer, ajudando no desempenho sexual.

O quadro ou processo do homossexualismo pode começar a instalar-se no 1º ano de vida – fase da bissexualidade. Tal fato pode ocorrer na fase “fálica” quando o homossexual se fixa na figura materna, delicada e sensual e em decorrência do que todas as mulheres são rejeitadas pois, nesse relacionamento, ficaria caracterizada a prática do incesto. FARINA (1982, p.177).

Inúmeros estudos demonstram ser comuns as experiências homossexuais na adolescência, assevera que essa prática ocorre, não pela identidade homossexual, mas sim por curiosidade. Assim expõe MASTERS (1988, p.155):

Os estudos de Kinsey demonstram que é bastante comum que os homens tenham ao menos uma experiência homossexual durante a adolescência, ao passo que um número consideravelmente menor de moças adolescentes se envolvem em atividade sexual com pessoa do mesmo sexo.

Não há restrição sexual quanto a homossexualidade, ou seja, pode ser tanto masculina, a qual se atribui a denominação de “gay”; quanto feminina, recebendo a denominação de “lésbica”⁵.

Ao discorrer sobre identidade de gênero homossexual, John Money assevera que, embora em todo caso homossexual haja uma atração sexerótica por pessoa do mesmo sexo, as suas manifestações e formatos se distinguem. Por isso, ele a classifica em razão da maior ou menor transposição de gênero. Ginemímese é a transposição permanente do homem para a mulher, a que alude como “síndrome da dama-com-um-pênis”. Andromímese seria o fenômeno inverso, tratado pelo autor como “síndrome do homem embora-sem-pênis”. Por fim, aborda as transposições de gênero categoricamente limitadas, embora duradouras. Nesses casos, tem-se apenas um pareamento erótico-sexual, que tanto pode ser homem-homem, como mulher-mulher. (PERES, 2001, p.114).

Contudo, desta vez parafraseando FARINA (1982, p.178), haveria dois tipos principais de homossexualismo, o verdadeiro, também denominado intrínseco, endógeno ou permanente e o situacional ou exógeno que possui caráter transitório, episódico e circunstancial. O primeiro retrata todas as características homossexuais,

⁵ Somente no final do século passado, mais precisamente final da década de 80 e início da década de 90, que o lesbianismo ganhou autonomia e passou a ser discutido. Contudo, sua prática vem desde épocas mais remotas, como por exemplo, a origem do seu termo proveniente da ilha de Lesbos, na qual a poetisa Safo matinha uma academia para mulheres jovens, o belo era enaltecido e o amor somente praticável entre semelhantes.

ou seja, está atrelado à opção sexual, deliberada por livre escolha de seu praticante; enquanto o segundo pode ser equiparado ao bissexualismo, uma vez que há oscilação entre as opções sexuais do indivíduo, a diferença está no fato de que o praticante não o faz por mera liberalidade, mas sim pressionado pelas forças da circunstâncias, em outros termos, por falta de opção.

Por sua vez, COSTA (1991, p.107-108) utilizando da classificação proposta por Kinsey, subdivide o homossexualismo em grupos preenchidos tanto por homens como mulheres, são eles: o funcional, cujos integrantes não possuem parceiros fixos, porém, se aceitam como homossexuais, não apresentam nenhuma disfunção sexual e tem um maior grau de interesse sexual bem como maior número de parceiros; em contraposição está o grupo disfuncional, ocupado por aquelas pessoas que apresentam problemas com sua identidade sexual, possuem disfunções sexuais, bem como um grande número de parceiros e buscam o sexo de modo exagerado. Um dos mais interessantes deles vem ocupado por quem o autor denomina de assexuados, assim dispendo:

São pessoas que se sentem homossexuais, mas tem interesse sexual muito baixo. Conseqüentemente, têm uma atividade sexual muito pequena, um número grande de disfunções sexuais, uma dificuldade muito grande de se aceitarem como homossexuais, apesar de sentirem-se como tais, têm um repertório sexual pequeno, poucos contatos sexuais e tendência a se classificarem como bissexuais.

Para muitos o homossexualismo corresponde a um estado de bissexualismo, em contrapartida, para outros o bissexualismo equivale a um subtipo do homossexualismo. Diante desse impasse houve por bem separá-los, destinando tópicos diferentes ao estudo de cada espécie.

3.5 Bissexualismo

Estudos desenvolvidos por Money sobre o conjunto identidade e papel do gênero, e posteriormente citados por PERES (2001, p.92), demonstram que o indivíduo percorre dois caminhos na orientação sexerótica, “o indivíduo poderá ser

monossexual ou bissexual, sendo que o primeiro caso compreende tanto o homossexual como o heterossexual”.

Alguns preferem apontar o bissexualismo como um subtipo sexual do homossexualismo, a justificativa é que, embora os bissexuais não escolham somente parceiros do mesmo sexo, existe uma tendência ao homossexualismo mesmo que revestida transitoriedade. Exemplo disso foi citado anteriormente ao discorrer sobre as espécies de homossexualismo, em especial o homossexualismo situacional ou exógeno.

Entretanto, ao contrário do homossexualismo que se reveste da relação sexual apenas com um gênero sexual, idêntico ao do seu praticante, o bissexualismo requer alternância entre os gêneros sexuais, ou seja, o bissexual não exerce sua relação apenas com determinado gênero, ora se realiza com parceiros do mesmo sexo, ora com parceiros do sexo oposto.

Apesar do pouco uso e da novidade do termo “bissexual”, uma vez que é muito confundido com o homossexualismo e a terminologia apenas surgiu no final do século passado (em 1991), ele permite distinguir as espécies sexuais citadas, como também identificar uma nova espécie sexual. Assim sendo, a bissexualidade implica um reconhecimento independente, com características próprias, oscilante entre o homossexualismo e o heterossexualismo.

Ao contrário do que possa parecer, o bissexual não renuncia a nenhuma identidade sexual, não há momento fixos de sua vida que ele se descreve como heterossexual e em outros como homossexual, na verdade ele é uma junção dessas duas identidades, cujas práticas sexuais são alternadas. Há inclusive quem lhes atribua denominações como: homossexual latente ou heterossexual confuso, contudo não é o caso.

“A bissexualidade masculina é hoje em dia tão característica do comportamento sexual dos homens, que chega a ser uma forma tão “ortodoxa” da orientação sexual quanto a heterossexualidade”, afirma GIDDENS (1993, p.161).

3.6 Travestismo

“A criação do termo *travestismo* é atribuído a Hirschfeld, em 1910, conhecido, também, pela denominação de *roupas cruzadas* ou *roupas trocadas*, do inglês *cross-dressing*” (SZANIAWSKI, 1998, p.52). Também são sinônimos de travestismo: o transvestimo e o eonismo.

O travestismo é bastante e erroneamente confundido com outros estados comportamentais da sexualidade, em especial com o homossexualismo e com o transexualismo, contudo, em nada se confundem, enquanto o travestismo é configurado pelo simples uso de roupas do sexo oposto, na maioria das vezes espalhafatosas, sua satisfação está na esfera psico-social, não sexual, o homossexualismo requer para sua configuração a atração sexual de uma pessoa por outra do mesmo sexo biológico e o transexualismo guarda uma discrepância entre os sexos biológico e neural. Essas simples considerações são suficientes para demonstrar a diversidade entre aquelas três espécies.

SILVA FILHO (1987, p.48) define o travesti da seguinte maneira: “trata-se de alguém de um sexo, com fortes impulsos eróticos para se utilizar de roupas do outro sexo, com as quais se veste para obter satisfação sexual. Essas roupas se tornam verdadeiros “fetiches”.”

Por sua vez, o travestismo, em algumas doutrinas, recebe duas principais classificações, a saber: travestismo sintomático, quando apresenta um desvio sexual como, por exemplo, o homossexualismo ou fetichismo⁶, nessa hipótese ele é associado à satisfação sexual; já o travestismo simples se configura pelo simples uso de roupas trocadas, sem qualquer intenção de satisfação sexual; por fim, o travestismo transexual envolve uma inversão do gênero sexual, também não há procura por satisfação sexual, contudo, há a ilusão de alteridade da identidade sexual.

⁶ Identificado como a anomalia na qual a excitação sexual depende da existência de um objeto estranho à esfera genital normal.

“Afirma, também que, sem serem homossexuais, os travestis são missexuais psíquicos⁷: a inversão psíquica se revela na forma de vestir, de escolher perfumes etc.” (SUTTER, 1993, p.66). A bem da verdade, eles desempenham gêneros alternados, ora aderem a figura masculina, ora aderem a figura feminina, o que não implica em apatia ao seu sexo biológico.

3.7 Transexualismo

Como bem assevera COSTA (1991, p.96) “em virtude da discriminação e do preconceito existentes na sociedade como um todo, as pessoas até hoje foram pouco estudadas do ponto de vista sexual”, complementa PERES (2001, p.99) que “há muito o que se descobrir sobre os fenômenos clínicos, como é o caso do transexualismo”.

A história do transexualismo não foge à regra imposta para os outros estados comportamentais. Conforme constatado ao tratar da evolução da sexualidade, sempre houve uma grande dificuldade em tratar de assuntos sexuais, como se aquelas práticas não existissem, isso fez com que houvesse um alertar tardio da medicina para os problemas dali decorrentes.

A palavra *Trans-sexualism* foi utilizada pela primeira vez pelo Dr D. O. Cauldwell em 1949 em um artigo intitulado *Psychopathia Transsexualis* - termo inspirado provavelmente da célere *Psychopathia Sexualis* de Krafft-Ebing - onde é apresentado um relato clínico de uma menina que queria ser menino. Em 1953 a palavra Transexualismo foi pronunciada pelo psiquiatra americano Harry Benjamin, em uma conferência na Academia de Medicina de Nova Iorque⁸.

Infelizmente, somente no final do século XIX estudiosos resolveram criar uma especialidade na área médica que viesse a responsabilizar-se pela sexualidade, a

⁷ O missexualismo pode ser definido com uma inversão dos caracteres do gênero sexual. Pode ser subdividido em duas espécies, a saber: missexualismo psíquico, configurado como um estado intersexual em relação aos caracteres sexuais secundários, sobretudo aqueles que se relacionam com a atuação social, afetividade e comportamento doméstico; e missexualismo crítico, configurado por estados intersexuais transitórios muito comuns em idades críticas, são suas espécies: a menopausa feminina, a puberdade e o climatério masculinos.

⁸ CECCARELLI, Paulo Roberto. Transexualismo e identidade sexuada. *In*: Temas da Clínica Psicanalítica. São Paulo : Experimento, 1998, p. 137-138.

partir desse momento que os estudos sobre sexualidade e seus respectivos aprofundamentos tiveram início.

Referida conquista social atrelada ao empenho dos pesquisadores não podia ser diferente senão encontrar novas figuras no campo da sexualidade, dentre elas, em especial, o transexualismo, descoberto há menos de 50 anos ainda carrega consigo segredos que a medicina tem dificuldade para explicar. Isso não significa que o transexualismo teve origem a partir do século passado, ao contrário, assim como outras espécies sexuais, ele sempre existiu desde as épocas mais remotas, o que mudou foi sua publicidade e o empenho ao seu tratamento.

MARTERS (1988, p.211) cita como grande marco para o sexualismo o caso de um ex-fuzileiro naval americano. São suas palavras:

Em 1953 o mundo se espantou ao ficar sabendo sobre Christine Jorgensen, ex-fuzileiro naval americano que se submeteu a cirurgia na Dinamarca para mudar sua aparência anatômica masculina para feminina. Desde então o transexualismo obteve grande notoriedade.

De acordo com o estudo empregado na formação do sexo neural, tem que ou o indivíduo é homem ou é mulher, não existindo qualquer outra espécie sexual. Com isso, pelos ensinamentos de FREITAS (1998, p. 73):

Uma mulher será uma mulher normal se seu corpo estiver em harmonia com seu EU, seu sexo neural.

Uma mulher será uma mulher intersexual se seu EU, seu sexo neural for feminino, mas seu corpo apresentar originalmente características não totalmente femininas.

Uma mulher será uma mulher transexual se seu sexo neural for feminino, mas seu corpo original for radicalmente masculino.

Idem para os casos masculinos.

“Embora sejam opostas as posições dos autores sobre uma suposta incidência de má formação biológica nos transexuais, parece tranqüilo o fato de repousar o transexualismo em uma desordem de identidade de gênero” (PERES, 2001, p.88).

Destarte, o transexualismo é identificado pela manifestação extrema psicosssexual, diante da qual o indivíduo nega por completo seu sexo biológico, ainda

que perfeito, e demonstra estar o mesmo em total discrepância com o sexo neural. “Em outras palavras, são indivíduos que apresentam, ao simples exame ocular, genitais externos do tipo masculino e são portadores de uma psique totalmente ou predominantemente feminina, e vice-versa” (SZANIAWSKI, 1998, p. 49).

Por sua vez, SUTTER (1993, p.106) traz uma definição interessante elaborada por MENEZES:

Para Holdemar Oliveira de Menezes, “transexualismo é a inadequação psicológica ao sexo somático, que é aquele denunciado pela genitália interna, pela genitália externa e pelos caracteres secundários; ou ainda, a não harmonização entre o sexo somático e o sexo psicossocial, com alterações no comportamento sexual do indivíduo”.

Preconiza AMARAL (2003, p.96):

Uma das definições utilizadas pela Medicina Forense é a da Associação Paulista de Medicina para quem transexual “é o indivíduo com identificação psicosssexual, oposta aos seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudá-los”. Já na esfera do Direito Civil podemos citar uma definição onde a pessoa transexual é aquela “que não apresenta harmonia entre seu sexo biológico e seu sexo psicológico, o que lhe traz um sentimento de rejeição à sua genitália, uma vez que se mostra à vida sexual com um sexo e se sente pertencente a outro”.

“Não resta dúvida que o sentido da palavra “transexual” deve ser o da não-identidade entre o sexo psicológico e o sexo biológico de determinado indivíduo” (ARAUJO, 2000, p.29).

É possível identificar o transexualismo com a má informação prestada pelos hormônios nas segunda e terceira etapas da constituição biológica do sexo ou então por uma imprecisão cromossômica, o que não significa qualquer anomalia na formação externa dos caracteres sexuais (primários e secundários), ao contrário, assim como no homossexualismo, referida formação é perfeita, havendo tão somente uma disfunção.

Trata-se de uma manifestação extrema de inversão psicosssexual onde o indivíduo nega o seu sexo biológico e exige a operação de reajustamento sexual a fim de poder assumir a identidade do seu verdadeiro gênero que não condiz com seu sexo anatômico. (FARINA, 1982, p.117).

Interessante notar que a dificuldade para a formação biológica está na masculinização dos tecidos e gônadas, sendo a feminilização algo pré-disposto, no entanto, os casos de transexualismo representam exatamente o inverso, há a

feminilização do cérebro (sexo neural) com a respectiva masculinização das gônadas e dos tecidos, gerando como conseqüência a criação de um sistema reprodutivo masculino perfeito. Não obstante os casos de transexualismo masculinos, para os quais a situação é inversa.

No transexualismo, a prevalência do sexo neural se torna clara a partir do momento em que a criança passa a ter consciência de sua identidade sexual, é muito comum observar as diferenças comportamentais, a começar por suas opções em relação a brinquedos, roupas, cores, o que contraria todos os padrões de normalidade impostos pela sociedade (homem e mulher) para a diferenciação entre os gêneros sexuais. Nessa linha, o transexualismo vem definido como uma desordem de identidade de gênero, na qual o indivíduo tem que lidar com sérios problemas.

Parafraseando FARINA (1982, p.126-128), alguns fenômenos e/ou sintomas podem ser destacados na identificação do transexualismo, a saber, os transexuais, convencidos de pertencer ao sexo oposto, assumem historicamente aquele papel; toda vez que sua identidade sexual é posta em jogo ele reage com hostilidade e irritação; a revolta contra os órgãos sexuais é veemente; isolam-se do grupo que, anatomicamente, pertencem; lutam para proporcionar ao companheiro relações cada vez mais contranaturais; apresentam aversão, bem como rejeitam todo relacionamento homossexual, na maioria das vezes e principalmente no início da identificação, tentam agir de acordo com seu sexo biológico para evitar maiores aborrecimentos e causar decepções; qualquer tratamento psiquiátrico é ineficaz; a cirurgia para reajustamento é incansavelmente perseguida; por fim, aceitam mudar tudo, menos o sexo psicológico.

Por sua vez, SILVA FILHO (1987, p.47), ao comentar sobre os transexuais masculinos, os expõe do seguinte modo:

Fazem, então, tudo para adaptar seu corpo ao sexo, ao qual psicologicamente têm a convicção de pertencer: tomam hormônios femininos; fazem aplicações de silicone; imploram a cirurgiões para lhes amputarem os órgãos sexuais masculinos e construir vaginas artificiais. Se possível, gostariam de ter útero, ovários e capacidade de conceber.

SZANIAWSKI (1998, p.50) citando Canger Rodrigues apresenta o desenvolvimento da transexualidade em três fases, a saber:

Num primeiro momento, teríamos o *transexualismo psicógeno*. Esta fase caracteriza-se pela tendência que o indivíduo apresenta em pertencer ao sexo oposto, associado ao narcisismo. A seguir, surge outra fase, diretamente ligada à ação hormonal, aplicada pelo próprio *transexual*, que procura, sozinho, transformar suas características para as do sexo oposto. Apresentam-se sinais de feminilização, com o crescimento de seios, alteração da pilosidade do corpo para o tipo feminino e a localização de gorduras. Finalmente, na terceira e última fase, o indivíduo adquire pela convicção de que pertence ao sexo oposto, configurando-se, plenamente, a *síndrome transexual* no indivíduo.

Comumente tem-se classificado o transexualismo em primário e secundário, o primeiro é o transexualismo nos exatos termos expostos, amparando aqueles indivíduos que apresentam discrepância entre sua identidade sexual e seu sexo neural, acompanhado do inequívoco e veemente desejo de modificação do sexo biológico. Por sua vez, o transexualismo secundário oscila entre o homossexualismo e o travestismo, representando uma trans-homossexualidade e apresentando um impulso sexual flutuante e temporário. “Há quem classifique a mulher transexual como “transexual secundário”, por força de uma inclinação homossexual” (PERES, 2001, p.126), o que não parece estar correto, haja vista o transexualismo ser possível, em sua primariedade, tanto para homens quanto para mulheres.

Infelizmente, pela imposição dos critérios de diferenciação e pela não aceitação do transexual mediada pela ingerência do preconceito, o indivíduo acaba isolando-se, chegando em alguns pensar nas mutilações como meios para aquisição da “normalidade”, “quando não conseguem a colaboração medica chegam à automutilação e ao suicídio” (FARINA, 1982, p.117).

Por outro lado, a sociedade em muito evoluiu para o tratamento dos casos de transexualidade, a cirurgia para redesignação de sexo (permitida apenas para os transexuais primários), por exemplo, tem ocorrido cada vez com mais freqüência.

Referida cirurgia consiste em responder aos anseios dos transexuais, expressados pelo desejo incansável de adaptar sua aparência ao seu sexo psicológico, buscando o reajustamento sexual e a possibilidade de assumir seu verdadeiro EU. Ao contrário do que muitos pensam, se trata de uma cirurgia complexa que necessita, para sua realização, de todo um aparato jurídico, clínico e psiquiátrico. Antes que o indivíduo se submeta à alteração sexual, é necessário definir, com exatidão, qual a figura sexual em questão, para tanto são empenhados

anos de tratamento psiquiátrico, bem como um vasto levantamento do comportamento pregresso do paciente, o que demonstra que vontade e o poder econômico não são suficientes para a intervenção cirúrgica, uma vez que a realização da cirurgia em outras ocasiões, diversas do transexualismo, revelar-se-á ilegal, constituindo mutilação⁹. Esse ponto e seus reflexos, será objeto de outro capítulo.

Mesmo assim, ainda existem aqueles que não aceitam a transexualidade, alguns atribuindo suas características a outras espécies de estados comportamentais como o intersexualismo ou homossexualismo. Não bastasse, ainda advogam pela improcedência da cirurgia de redesignação de sexo, uma vez que a julgam desnecessária, imoral e mutiladora.

De certo modo, a intervenção cirúrgica pode parecer excessiva, mas é o único meio para chegar ao equilíbrio entres os sexos e a identidade sexual do transexual, uma vez que qualquer outro tratamento se revela inócuo. Assevera FARINA (1982, p.118) que “o verdadeiro transexual resiste a todo tratamento psicanalítico e, o próprio terapeuta inseguro – por saber que se trata de uma situação biologicamente estruturada – não tem condições de ajudar”.

3.7.1 Transexualismo e os demais estados comportamentais da sexualidade

A principal diferença entre o intersexual e o transexual está na indefinição do sexo, no caso da intersexualidade o indivíduo apresenta características dúbias dos dois sexos, enquanto no transexualismo as características sexuais são claramente definidas.

Em relação ao hermafrodita a distinção do transexual também é precisa. Enquanto no hermafroditismo existe certa consonância entre os sexos neural e o

⁹ Atenção para os casos de hermafroditismo, nos quais também há possibilidade de intervenção cirúrgica, que mesmo assim será diversa da cirurgia para redesignação de sexo, uma vez que no hermafroditismo haverá a correção sexual, conforme mencionado.

biológico, mas com duplicidade deste último, no transexualismo há total discrepância e a unicidade de ambos os sexos (neural e biológico). Outrossim, com relação às cirurgias, é possível em ambos os casos, porém, em tratando-se de hermafroditismo haverá uma correção sexual, a fim de subsistir o sexo de prevalência; enquanto para o transexualismo haverá uma redesignação sexual, representada pela criação de um novo sexo biológico.

Talvez a diferença mais clara entre o hermafrodita e o transexual está no fato de o hermafrodita feminino ter total condição para a reprodução, uma vez que possui o sistema reprodutivo feminino (ovários, trompas, útero e fertilidade) completo.

Quanto ao homossexualismo, o transexualismo diferencia-se pelo fato de o transexual não aceitar a definição de seu sexo biológico, identificando-se única e exclusivamente com seu sexo neural, e a partir daí sua opção sexual se torna heterossexual, enquanto o homossexual, aceitando seu sexo biológico que condiz com o sexo neural, tem opção sexual diversa do padrão de normalidade imposta pela sociedade. Outrossim, o transexual perante a relação sexual assume posição estritamente passiva ou ativa dependendo da espécie de transexualismo, se feminino ou masculino, enquanto o homossexual assume uma posição dupla, não importando se a exerce de forma passiva ou ativa.

No fundo, a transexualidade é um problema somático, como já estamos sabendo, assim como a intersexualidade. A homossexualidade pode ser mais um problema social, cultural. O Dr. Dorner, no meio científico, ainda conseguiu distinguir bem, considerando como determinantes a atitude exclusivamente passiva (transexual) e a mista ativa/passiva, mais característica da homossexualidade. (FREITAS, 1998, p. 102)

Uma consideração interessante é que o transexual nasce com gênero invertido, não sendo exatamente uma opção como no caso do homossexualismo. Não obstante a tendência de equiparação entre o homossexualismo e o transexualismo, convém destacar que o transexual pode assumir qualquer outra identidade sexual, ou seja, além do seu caráter de transexualidade ele pode ser heterossexual, homossexual e até mesmo bissexual. Nesse sentido, CHAVES expõe:

O transexual apresenta um perfil psicológico totalmente diferente do homossexual. Enquanto ele nasce transexual (o seu comportamento começa a se manifestar a partir do terceiro ano de vida) o homossexual se

torna homossexual manifestando o conflito entre os padrões psicológicos e os seus caracteres sexuais orgânicos durante a puberdade.¹⁰

SILVA FILHO (1987, p.58) diferencia a transexualidade e a homossexualidade masculinas da seguinte forma:

A transexualidade seria a máxima feminização psicológica, a ponto de a pessoa sentir-se uma mulher “aprisionada” em corpo de homem, enquanto a homossexualidade se instalaria em homens feminizados, mas que possuem consciência suficiente de sua identidade masculina, inclusive apreciando e obtendo prazer através de seu pênis.

Com relação ao travestismo, é possível aplicar a mesma diferenciação atribuída entre o transexual e o homossexualismo, ou seja, naquele caso, como no homossexualismo, há consciência do sexo neural e consonância deste com o biológico, e essa consciência é que leva à prática travesti, aceitação não encontrada no transexualismo.

Muitos transexuais relatam ter tido grande interesse em travestir-se (ou seja, vestir roupas do “outro” sexo) durante a infância ou a adolescência. Os transexuais, no entanto, não devem ser confundidos com os *travestis*, que se transvestem para obter a estimulação sexual, mas que não desejam uma mudança permanente de anatomia ou de aparência. Em pelo menos alguns casos, a descoberta de impulsos transexuais só aparece na idade adulta. (MASTERS, 1988, p.212).

Apoiando nas lições de FARINA (1982, p. 119) concluí-se que “transexualismo, não resta dúvida, é uma entidade com feições e características distintas do homossexualismo e transvestismo tanto do ponto de vista psicológico (anamnésico) como genético (cromossômico)”.

Conforme exposto, a sexualidade passou a ocupar lugar de destaque nos interesses sociais graças à importância adquirida por seu discurso no decorrer dos séculos.

Ademais, referida importância contribuiu para que novos problemas relacionados ao sexo e à sexualidade viessem à tona, em especial o surgimento de novas figuras sexuais diversas.

Como não poderia ser diferente, a população não restou omissa aos adventos provocados pela evolução da sexualidade e, assim, passou a tomar partido por meio

¹⁰ CHAVES, Antonio. Direitos da personalidade. *In*: Revista de direito civil: imobiliário, agrário e empresarial, ano 1, outubro/dezembro de 1977. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977, p. 29.

de idéias e votos depositados nos mais variados debates. Destarte, a mídia notando o interesse social pelo tema, buscou, assim como busca a cada dia, levantar questões controvertidas a fim de obter a participação do povo.

Infelizmente, referidos discursos, não raras vezes, organizados sem o menor preparo e visando apenas audiência, restam incoseqüentes e sem quaisquer fundamentos científicos, e cada vez mais, instigam o preconceito e proliferação da má informação.

Assim, a existência numa dada sociedade de uma dicotomia de personalidade determinada pelo sexo, limitada pelo sexo, pune em maior ou menor grau todo indivíduo que nasce em seu âmbito. Aqueles indivíduos cujos temperamentos são indubitavelmente anômalos não conseguem ajustar-se aos padrões aceitos, e pela sua própria presença, pela anormalidade de suas respostas, confundem aqueles cujos temperamentos são os esperados para o seu sexo. (MEAD, 1969, p. 290).

É nessa linha de despreparo social e falta de interesse em busca de aprendizado que temos que conviver e lidar. Felizmente, há aqueles que se interessam e demonstram a necessidade em buscar mudanças no atual cenário social.

Não bastasse, ainda nos dias atuais, o sexo do indivíduo é identificado por seu sexo biológico e a partir dele todos os demais sexos, em especial o jurídico e o de criação, são enquadrados naqueles padrões pré-definidos pela sociedade.

Contudo, apesar de satisfazer as exigências sociais, a identificação do sujeito por meio de sua genitália externa não é suficiente para auto satisfazê-lo, a partir daí são desenvolvidos problemas sérios na formação da identidade sexual.

Destarte, a identidade sexual depende da conjugação de certos atributos, dentre eles a formação sexual biológica, neural, o sexo de criação e a influência dos fatores sociais externos que tendem a servir como vetores no direcionamento daquela identidade.

Assim, a criança nem sempre recebe o tratamento tido por correto e eficaz, que apenas o é quando ela nasce dentro dos padrões de normalidade conjugados por seus sexos e requeridos pela sociedade. Muito embora seja essa a regra,

infelizmente há casos de exceção, é exatamente aqui que estão as figuras sexuais diversas, em especial o transexual.

Como identificado, o transexual nasce com uma disfunção causada pela não identificação do seu sexo neural com o sexo biológico. As várias definições apresentadas são unânimes em designá-lo como a pessoa que rejeitam seu sexo biológico e se julgam veemente pertencentes ao sexo oposto.

Depoimentos obtidos em reunião com vários transexuais, da qual tive oportunidade de participar no Hospital de Base de São José do Rio Preto, demonstraram que no transexualismo a tendência é a prevalência do sexo neural, no entanto, inicialmente, por falta de conhecimento dos pais a educação passada à criança em nada condiz com sua identidade sexual.

Assim, razão assiste àqueles que postulam pela resistência do sexo neural em relação aos demais.

Por outro lado, não há de desconsiderar o posicionamento que roga pela formação neural, mas submissa aos fatores sociais, pois muitos são os casos em que a identidade sexual é alterada no decurso do tempo. Contudo, no caso do transexualismo três são as hipóteses possíveis, a primeira delas em o transexual enquadrar-se nos padrões de normalidade, assumindo uma postura tipicamente heterossexual, o que é tido por impossível para a maioria dos autores; a segunda delas está em o transexual tornar-se homossexual ou; por fim, tornar-se bissexual.

Não olvidando que muitos casos nos quais os fatores sociais vieram de encontro à verdadeira identidade do transexual incorreram em sua auto-mutilação e, em não raras vezes, levaram ao suicídio.

Nos dizeres de FARINA (1982, p.125) “tem-se como certo que quanto mais evoluída uma civilização, quanto mais culto o povo (artista e intelectualmente falando), mais comuns são os desvios do comportamento sexual”.

Em linhas gerais, tem-se que os estados comportamentais da sexualidade existem e devem ser tratados como tais, buscando a devida solução dentro das possibilidades apresentadas, cabendo aos operadores do direito trabalhar em

virtude da eliminação das injustiças sociais, especialmente por serem elas elementos constitutivos da própria personalidade humana.

TÍTULO II

CAPÍTULO IV

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE

4.1 Considerações iniciais

Não há dúvida de que o direito em si é concebido tendo por destinatário o homem, mais especificamente diante da necessidade de regulamentação das relações sociais, visando a convivência comum e pacífica. Contudo, em que pese ser a figura humana o centro do cenário jurídico, nem sempre foi assim.

Não é estranho afirmar a necessidade do homem em adquirir direitos para a manutenção de suas relações sociais. Sendo assim, comumente, são encontradas duas espécies de direitos, o primeiro deles de cunho patrimonial e o segundo de nível pessoal, denominados direitos da personalidade, os quais refletem verdadeiros direitos fundamentais, “os direitos qualificados em nossa Constituição como *fundamentais* constituem uma fração do gênero dos direitos subjetivos, isto é, um *subgênero*, ou uma de suas *classes*...”¹¹

Desde os primórdios das relações sociais, os princípios jurídicos civilistas fundavam-se nos valores patrimoniais, donde a propriedade erigia-se como valor último, porém, com a expansão da sociedade nem todos figuravam como proprietários, assim, para o bem da proteção jurídica da pessoa houve uma mudança de foco do direito privado, surgindo com ela uma nova espécie de proteção, qual seja a da personalidade humana.

¹¹ MARTINS NETOS, João dos Passos. Direitos fundamentais: conceito, função e tipos. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, p. 78.

A construção da teoria dos direitos fundamentais da personalidade pode ser citada como recente. Há séculos atrás, ainda datados entre Século XVII e XVIII, era possível verificar a grande dicotomia formada entre o Direito Público e o Direito Privado, aquele primeiro apenas competente para traçar os parâmetros de estruturação e funcionamento do Estado, enquanto ao Direito Privado assistia todas as relações particulares. Notório era o empenho em separar as duas esferas, de modo a torná-las incomunicáveis.

Com o advento da era da codificação do Direito Privado, período imediatamente posterior à Revolução Francesa, ocupa destaque o Código de Napoleão, o qual trouxe clara distinção de campo das leis civis e públicas. Nesta época, os códigos buscavam a completude, não se permitia a existência de lacunas e aos juízes competia ter naqueles documentos a única possibilidade de interpretação legislativa, assim, passaram a ocupar o centro do sistema jurídico, afastando cada vez mais a incidência das Constituições do Estado Liberal, as quais se submeteram à simples leis regulamentadoras do sistema político-estatal.

Destarte, a era da codificação se prestou, na verdade, para transparecer a grande diversidade do Direito Público e do Direito Privado, claro com a prevalência deste último, concebendo uma nova ordem com categorias estanques, na qual o direito passou a ser um sistema fechado e pleno.

A colocação do homem como ponto central da ordem social e jurídica pode ser atribuída ao advento do Jusnaturalismo Racionalista, o qual seguido pela Escola Histórica e pelo Positivismo Jurídico, recolocou o homem como ponto central concebendo os denominados direitos da personalidade. Inicialmente a Escola Histórica insistiu no direito de cada cidadão dispor sobre si próprio livremente, porém, sofreu diversas críticas, especialmente, porque referida liberdade poderia induzir eventual legitimação do suicídio ou da automutilação. Referidas críticas deram origem ao desenvolvimento do Positivismo Jurídico cuja doutrina reformulou os caracteres da personalidade, separando valores de fato de valores de direito, extinguindo a noção de “direito geral da personalidade”, atribuindo direitos personalíssimos especiais, definidos em lei.

Com o Positivismo Jurídico foram suscitadas várias teorias sobre os direitos da personalidade, dentre elas a teoria de direitos inatos (direito natural) e a teoria de direitos constituídos (direito positivo).

Um documento muito importante para a introdução desses direitos no âmbito constitucional foi a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, lembrados pelas Declarações das Nações Unidas de 1948.

Os direitos da personalidade, como categoria autônoma de direito, somente tornaram-se possíveis após a inversão da ótica jurídica. Com a revalorização do humano, através da redescoberta de sua dignidade, foi possível o reingresso de valores na ordem jurídica, que havia sido refutado pela ótica do século XIX.¹²

Segundo os ditames internacionais, a Constituição de Weimar, de 1919, pode ser citada como o principal documento constitucional para a integração dos direitos da personalidade na esfera pública.

Ainda contribuindo para o desenvolvimento e plena introdução dos direitos da personalidade no ordenamento constitucional, o segundo pós-guerra foi crucial, a partir desta época surgiram novos anseios à proteção da figura humana, as atrocidades causadas naquele período induziram à necessidade de proteção da do homem como nunca, eis que surge então um novo olhar ao ser humano, a busca pela defesa de sua dignidade.

Neste íterim, a preocupação com a proteção da pessoa, especialmente com a promoção da dignidade humana, bem como sua introdução no ordenamento jurídico constitucional e internacional, quebrou de uma vez por todas as barreiras entre direito público e o direito privado. Neste momento, o Estado passa a ocupar um papel totalmente diferente daquele que vinha desempenhado pelo Estado Liberal, ou seja, assume a figura do Estado Social o que passa a exigir sua intervenção em todas as relações sociais, inclusive nas particulares.

¹² LIXINSKI, Lucas. Considerações acerca da inserção dos direitos da personalidade no ordenamento privado brasileiro. *In*: Revista de direito privado, ano 7, n.27, janeiro-setembro de 2006. Coordenada por NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006p. 219.

O advento do Estado Social destaca a necessidade de proteção da pessoa, diante da qual o Estado se vê como verdadeiro mediador das relações, intervindo a fim de resguardar a dignidade. Trata-se da publicização do direito privado.

As Constituições, a modelo da Constituição de Weimar, passaram a trabalhar direitos característicos do ramo privado, eis que surge o fenômeno da constitucionalização do direito privado. Está aí o verdadeiro marco da unidade do ordenamento jurídico, onde a dignidade da pessoa humana é referendada como vetor interpretativo para aplicação de toda norma jurídica.

No cenário nacional, a Constituição Federal de 1988 referendou ainda mais a tutela dos direitos fundamentais, especialmente quanto aos direitos humanos ao estabelecer em seu artigo 5º, §3º, a vigência e sobreposição dos tratados e convenções sobre direitos humanos aprovados por quorum especial de 3/5, por dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional, quando então tomarão *status* emendas constitucionais. Referida inserção mostra a necessidade de defesa desses direitos, tidos por fundamentais, e da preocupação constitucional diante da violação e lesão aos seus cidadãos.

Não se pode negar, o reforço trazido aos direitos da personalidade. Personalidade, antes de mais nada, está estritamente vinculada ao conceito de pessoa, o qual possui dois desdobramentos, a saber: pessoa física (pessoa natural, ser humano) e pessoa jurídica (constituída legalmente a partir de agrupamentos humanos) , ambas formam um complexo de direitos e deveres, no qual a personalidade merece destaque como instrumento individualizador e ramificador de outros tantos direitos atinentes à pessoa.

Todavia, FLORÊNCIO ainda destaca três aspectos possíveis para considerar o termo “pessoa”; são seus dizeres:

A palavra pode ser tomada em 03 (três) acepções:

1. *Vulgar*: pessoa é sinônimo de ente humano;
2. *Filosófica*: pessoa é o ente que realiza seu fim moral e emprega sua atividade de modo consciente;

3. *Jurídica*: pessoa é o ente, físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações.¹³

Nesse sentido, personalidade vem a significar “o conjunto de elementos, que se mostram próprios ou inerentes à pessoa, formando ou *constituindo* um *indivíduo* que, em tudo, morfologia, fisiologia e psicologicamente se diferencia de qualquer outro”¹⁴. Em outras palavras, a personalidade contribuiu de forma imediata para a individualização do sujeito, e assim, os direitos da personalidade tendem a ter aplicação específica, ou seja, sua análise, observância, aplicação e exigência, depende de cada caso, variável para cada indivíduo, mas assegurados a todos.

No patamar jurídico não é diferente, “juridicamente, a *personalidade* é tida neste mesmo conceito, *caracterizando* ou *individualizando* a pessoa ou a *entidade física* ou *jurídica*, com aptidão a ser *sujeito ativo* ou *passivo de direitos*.”¹⁵ Aqui destaca os destinatários desses direitos, podendo ser tanto pessoas físicas, como jurídicas, mas sempre preservando suas características natas de forma a diferenciá-las em seus campos (físico ou jurídico).

Ao definir pessoa e personalidade SZANIAWSKI traz a seguinte colocação:

Pessoa é o ser humano, singularmente considerado como sujeito de direitos. A doutrina civilista tem conceituado pessoa como uma entidade imaterial, abstrata e individual ou coletiva, suscetível de direitos e obrigações (...).

*(...) conceito jurídico de personalidade, que é a aptidão para exercer direitos e contrair obrigações, reconhecidas pela ordem jurídica. Para o direito, personalidade é a capacidade de um homem ter direitos e obrigações (...)*¹⁶.

Com o fim de esclarecimento, LIXINSKI alerta que a “(...) A personalidade é qualidade de um sujeito e está dividida em três planos: o plano físico, o plano mental e o plano moral. O direito da personalidade, portanto, é o direito subjetivo que tutela aspectos inerentes à natureza do ser humano.”¹⁷

¹³ FLORÊNCIO, Gilbert Ronald Lopes. Direitos da personalidade no novo código civil. São Paulo : Editora de Direito, 2005, p. 154.

¹⁴ SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro : Forense, 1997, p. 360

¹⁵ Idem, p. 360.

¹⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade na antiga Roma. *In*: Revista de direito civil. Coordenada por: R. Limongi França, ano 12, n. 43, jan-mar 1998, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988, p.28.

¹⁷ LIXINSKI (op. cit.), p.203.

Com maior amplitude, o vocabulário jurídico apresentado por DE PLÁCIDO E SILVA (1997, fls. 360-361), apresenta cinco espécies de personalidade, sendo a primeira delas a personalidade civil¹⁸ representando a qualidade da pessoa já legalmente protegida, conferindo-lhe direitos e deveres assinalados em lei, nesse ínterim, personalidade leva à idéia de direitos protegidos em lei, verdadeiros direitos da personalidade. Convém destacar, que a personalidade civil é inata à própria condição de pessoa, determinada a partir do nascimento com vida, ressalvados os direitos assegurados ao nascituro. Assim, como conseqüência natural, seu término é marcado pela morte (no caso, morte civil).

A segunda espécie de personalidade é conhecida como personalidade física, apresenta-se com sentido mais restrito que a personalidade civil, já que apenas assinala a qualidade de pessoa natural, mas àquela se assemelha quanto ao momento de seu início e seu término, respectivamente representados pelo nascimento com vida e pela morte (no caso, morte natural).

Seguindo a personalidade física, vem a personalidade jurídica, destinada especialmente às pessoas jurídicas, e assim como no caso das pessoas físicas, à elas são atribuídos direitos e obrigações próprios.

A quarta espécie vem representada pela personalidade moral, sendo uma expressão que possui duplo sentido, o primeiro atrelado ao significado de personalidade jurídica para assinalar a existência das pessoas jurídicas e a soma de direitos que lhes são inerentes; e o segundo para exprimir a soma de *atributos morais* próprios ou pertinentes às pessoas, que devem ser *juridicamente protegidos*. Assim, a personalidade moral representa, em outras palavras, as qualidades morais de determinada pessoa somadas à sua personalidade civil, sendo aquelas bens imateriais representados pelo bom nome, honra, probidade profissional, sentimentos religiosos e afetivos e todos os demais elementos morais que mereçam defesa perante a sociedade.

A personalidade moral é apresentada como derivante das personalidades física ou jurídica, integrando a personalidade civil.

¹⁸ Note-se que personalidade civil não se confunde com capacidade civil que, por sua vez, decorre daquela e pode ser traduzida como o poder de intervir.

Por fim, encontra-se a personalidade psicopática que pode realizar o paradoxo de conjugar dotes artísticos e intelectuais com falhas, manifestas na vida instintiva e afetiva.

4.1.2 Do direito

A Constituição Federal demonstra a linear evolução do constitucionalismo social e democrático, em matéria de direitos da personalidade, trata os direitos fundamentais com importância ímpar, prevendo capítulo próprio à sua exposição e preservação. Consignados no seu artigo 5º, traz regras de exercício de cada um deles, bem como trata das questões de lesão e interferência, delimitando-as, inclusive em relação ao próprio Estado.

Com isso, os direitos da personalidade são direitos fundamentais, senão o valor máximo do próprio ordenamento, uma vez que a partir deles que os demais direitos tornam-se possíveis e operantes. Nesse sentido, CARLOS BITTAR os posiciona como direitos que “nascem com a pessoa e para a sua vida individualização no mundo terrestre; prevalecem sobre os demais direitos, que, em eventual conflito, fazem ceder”¹⁹.

Como visto, a proteção desses direitos tornou-se efetiva a partir do reconhecimento da pessoa como centro do ordenamento jurídico e como ser dotado de dignidade. Esse reconhecimento foi suficiente para garantir ao indivíduo uma série de direitos e garantias, inicialmente a nível internacional com a Declaração Universal de Direitos Humanos²⁰, e a partir dela com outras várias espécies de positavações nacionais de cada Estado Federal.

A Carta Internacional trouxe dois grandes paradigmas à proteção da dignidade humana, o primeiro de cunho negativo, o qual consiste na proibição de

¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Teoria geral do direito civil. São Paulo : Forense Universitária, 2001, p. 108.

²⁰ Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data.

violação e proteção dos direitos humanos e o segundo com aspecto positivo, visando a promoção e o desenvolvimento da personalidade humana.

Com base neste espírito protetor, os demais ordenamentos jurídicos internos e internacionais passaram a consagrar os direitos da personalidade. Como resultado tem o aprimoramento do ordenamento jurídico pátrio, atualmente a própria Constituição Federal traz em seu artigo 1º, inciso III, como um dos fundamentos do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana. Convém destacar também a importância do artigo 5º, o qual merece menção peculiar já que está no Título destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais, é o responsável pelos direitos e deveres individuais e coletivos e, acima de tudo, traz alguns direitos da personalidade, os quais ainda serão objeto de estudo.

A proteção constitucional veio para evitar eventuais violações ou proporcionar a devida reparação tanto por parte do Estado, quanto do particular. DINIZ ao reconhecer a peculiar importância dos direitos da personalidade frente a tão grande proteção, dispõe:

(...) reconhece-se nos direitos da personalidade uma dupla dimensão: a axiológica, pela qual se materializam os valores fundamentais da pessoa, individual ou socialmente considerada, e a objetiva, pela qual consistem em direitos assegurados legal e constitucionalmente, vindo a restringir a atividade dos três poderes, que deverão protegê-los contra quaisquer abusos (...) ²¹

Esclarece LIXINSKI: “A Constituição vincula o particular, devendo ser entendida como instrumento de reorientação do valor fundante da norma. E, vinculado o particular aos direitos fundamentais na esfera constitucional, há que se trazer essa mesma vinculação ao âmbito exclusivamente privado (...)” ²². Referido autor ainda acrescenta:

Na trilha dessas distinções, verifica-se a existência de um “duplo plano” dos direitos da personalidade: eles podem ser tipicamente públicos; ou tipicamente privados. Quando tipicamente públicos, corresponderiam aos direitos fundamentais *stricto sensu*, às liberdades públicas; e, quando tipicamente privados, corresponderiam aos direitos de personalidade propriamente ditos (...) ²³.

²¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. vol. 1, 19 ed. rev. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 118-119.

²² LIXINSKI, op. cit., p. 207.

²³ Idem, p. 208.

Importante salientar, que a personalidade por si é por si só objeto do direito e não um direito propriamente dito, conforme alerta DINIZ:

A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é (...).²⁴

Com o intuito de reforçar a tese em questão, assim dispõe TELLES JUNIOR:

A personalidade é o conjunto dos caracteres próprios de um determinado ser humano. É o conjunto dos elementos distintivos, que permitem, primeiro, o reconhecimento de um indivíduo como *pessoa* e, depois, como *uma certa e determinada pessoa* (...) A personalidade é uma *qualidade* (um *acidente intrínseco*, como dizem os filósofos). É uma qualidade *em sentido estrito*, porque é uma *disposição* ou *maneira de ser* do indivíduo humano. As qualidades *em sentido estrito* são as qualidades *necessárias* de um ser, isto é, as qualidades que lhe são *próprias* e que, por lhe serem *próprias*, são *propriedades* dele. (...) *A personalidade*, considerada em si mesma, não é um direito. Não é um direito, porque a personalidade é qualidade natural – é sua qualidade necessária, inconsútil, indefectível, intransferível, irrenunciável. O fato de ter personalidade não depende de leis. Todo homem *tem* a sua *personalidade*, independentemente do que manda o direito.²⁵

Corroborando com a posição acima, vem JABUR no seguinte sentido: “Os direitos da personalidade são aqueles indispensáveis ao pleno desenvolvimento das virtudes biopsíquicas da pessoa sem os quais o ser humano ou a pessoa jurídica, que direitos personalíssimos têm, não atinge sua saudável e íntegra realização.”²⁶

Por sua vez, MACIEL dispõe que: “Os direitos da personalidade são aqueles reconhecidos à pessoa humana quer seja ela tomada em si mesma quer seja tomada em suas projeções na sociedade. São previstos no ordenamento jurídico para defender aqueles valores inatos ao homem”²⁷.

Como bem assevera PERES (2001, p. 139), “por direitos da personalidade compreendem-se aqueles direitos relativos à tutela da pessoa humana, indispensáveis à proteção da dignidade e da integridade das pessoas.”

²⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas. vol. 7, 16. ed. atual. São Paulo : Saraiva, p. 66.

²⁵ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Iniciação na ciência do direito. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 297-298.

²⁶ JABUR, Gilberto Haddad. Consentimento para devassa da privacidade nos *realitu shows*. In: Revista jurídica Consulex, ano VIII, n. 169, 31 de janeiro de 2004, p. 28.

²⁷ MACIEL, Fernando Antonio Barbosa. A constitucionalização dos direitos da personalidade. In: Direitos e deveres: revista do Centro de Ciência Jurídicas da Universidade Federal de Alagoas, n.4, janeiro-junho de 1999. Maceió : Imprensa Universitária, 2000, p. 41.

No mesmo sentido, como bem lembrado por REALE, “são direitos da personalidade os a ela inerentes, como um atributo essencial à sua constituição, como por exemplo, o direito de *ser livre*, de ter *livre iniciativa*”²⁸.

DELGADO traz uma contribuição interessante ao tema quando expõe:

(...) A personalidade, tal como referida no artigo 2º, é a aptidão genérica, reconhecida a todo ser humano, para contrair direitos e deveres na vida civil. É também o conjunto de atributos naturais da pessoa humana especialmente protegidos pelo ordenamento jurídico. A tutela desses atributos é o objeto dos direitos da personalidade, classificados em três grupos: direitos à integridade física (do corpo e do cadáver), direitos à integridade intelectual (direitos de autor, de inventor, etc.) e direitos à integridade moral (honra, liberdade, recato, privacidade, etc.)²⁹.

Os direitos da personalidade, assim como as demais espécies de direito, se prestam à manutenção do equilíbrio e da paz entre os membros da sociedade, inicialmente nenhuma valoração pode lhe ser atribuída, contudo, sua lesão é suficiente para a mensuração de um valor e, assim, servem para eventual indenização por danos morais, o que não representa uma reparação propriamente dita, mas sim determinada compensação monetária, variável para cada indivíduo. A intenção da norma que estipula o direito à indenização não é outra senão a busca pela reparabilidade da ordem jurídica lesada, seja ela econômica ou não (direito de resposta).

De acordo com MILARÉ e LOURES:

Os direitos da personalidade intentam tutelar aquelas prerrogativas primárias, estabelecidas nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados e no plano do direito internacional público e reconhecidas como essenciais aos indivíduos para tornar real e efetivo o pleno desenvolvimento humano e ressaltar a dignidade da pessoa.³⁰

Interessante notar a grande evolução desses direitos, uma vez que seu tratamento foi intensificado a partir de 2002, com o advento da atual legislação civilista, a qual lhes dedicou todo um capítulo (Livro I – Título I - Capítulo II) ao tratamento dos direitos da personalidade.

²⁸ REALE, Miguel. Os direitos da personalidade. *In*: Revista Justilex, ano III, n. 27, março de 2004, p.19.

²⁹ DELGADO, Mario Luiz. *Reality shows* e os direitos da personalidade. *In*: Revista jurídica Consulex, ano VIII, n. 169, 31 de janeiro de 2004, p. 25.

³⁰ MILARÉ, Édís e LOURES, Flavia Tavares Rocha. Meio ambiente e os direitos da personalidade. *In*: Revista de Direito Ambiental, ano 10, n. 37 – janeiro-março de 2005. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 12.

Nesse sentido, destaca PUECHE que “La construcción de los derechos de la personalidad significa, sencillamente, acudir al instrumento del derecho subjetivo para proteger los bienes de la persona que nos ocupan”³¹.

Essas considerações demonstram a principal característica dos direitos da personalidade, qual seja sua subjetividade que permitem ser essa espécie de direitos oponível tanto aos demais particulares quanto ao próprio Estado.

Insta ressaltar que o rol trazido pelas legislações civil e constitucional, não pode ser taxado como exaustivo, uma vez que quaisquer outras prerrogativas consideradas essenciais ao ser humano podem ser enquadradas como direitos da personalidade. Como bem asseverava LIMONGI FRANÇA já na década de 60, “Recoloca-se aqui a velha questão de se saber se direito é só aquilo que está na lei, ou se existem faculdades jurídicas, que, no previstas embora no ordenamento, se tornam sancionáveis em virtude de sua definição em outra forma de expressão do Direito.”³²

Na mesma linha, DINIZ acrescenta que: “(...) Não se resumem eles ao que foi arrolado normativamente, nem mesmo se poderá prever, no porvir, quais direitos da personalidade serão, diante das conquistas biotecnológicas e do progresso econômico-social, tipificados em norma (...)”³³.

Compartilhando dos dizeres de LÔBO “(...) os tipos previstos na Constituição e na legislação civil são apenas enunciativos, não esgotando as situações suscetíveis de tutela jurídica à personalidade (...)”³⁴ Exemplo claro disso é o direito à felicidade trazido pelo nobre doutrinador ARAUJO, o qual assim dispõe:

Estamos, pois, diante de um direito garantido de forma genérica, com característico de regra importante e imutável. Bastariam esses fatores para entender a extensão do direito à vida. Mas ele não se limita à garantia do direito à existência física; desdobra-se em direito à integridade física, à

³¹ PUECHE, José Enrique Bustos. Manual sobre bienes y derechos de la personalidad. Madrid : Dykinson, 1997, p. 37.

³² FRANÇA, R. Limongi. Direitos privados da personalidade : subsídios para a sua especificação e sistematização. *In*: Revista dos Tribunais, ano 55, agosto de 1966, vol. 370. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1966, p. 8.

³³ DINIZ, op. cit.(teoria geral do direito civil), p. 121.

³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *In*: Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica jurídica. Ano 49, n. 284, jun. 2001. Porto Alegre : Revista Jurídica, 2001, p. 9.

integridade moral, à privacidade, à intimidade, à imagem, à honra, entre outros.³⁵

Na mesma linha, não há que desconsiderar ou classificar o direito à felicidade senão como um direito da personalidade, pois, conforme acima destacado, esses direitos procuram, acima de tudo, tutelar as prerrogativas primárias do indivíduo, reconhecidas como essenciais ao pleno desenvolvimento humano e digno.

O conceituado jurista CUPIS é categórico ao afirmar que:

Todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se “direitos da personalidade”. No entanto, na linguagem jurídica, esta designação é reservada aos direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo.³⁶

REALE acrescenta, “Ora, a cada civilização corresponde um quadro de direitos da personalidade, enriquecida esta com novas conquistas no plano da sensibilidade e do pensamento, graças ao progresso das ciências naturais e humanas.”³⁷

A grande justificativa para o reconhecimento de outras espécies de direitos da personalidade que não aqueles arrolados pelo ordenamento está atrelada ao reconhecimento de direitos que se apresentam como essenciais à própria condição humana, variáveis de acordo com o momento histórico apresentado e, assim, impossíveis de serem delimitados.

Assim, os direitos da personalidade devem ser reconhecidos como uma pluralidade de direitos, descartando qualquer teoria que os pretende ter como uma série de direitos fechados. A personalidade passa então a exigir uma tutela geral, calcada na promoção da dignidade da pessoa humana como vetor máximo do ordenamento jurídico, somente assim tornar-se-á possível uma tutela ampla desses direitos que são fundamentais.

Em outras palavras, a tutela geral da personalidade afasta qualquer possibilidade de imposição de direitos subjetivos típicos, ou seja, *numerus clausus*;

³⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional do transexual. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 71.

³⁶ CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Traduzido por: Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas : Romana, 2004, p. 23.

³⁷ REALE, op. cit., p.19.

permite com essa teoria a elasticidade dos direitos fundamentais da personalidade no sentido de preservação e promoção da dignidade da pessoa humana. Todavia, insta mencionar que o sistema jurídico pátrio adotou um sistema misto de proteção da personalidade, um de nível geral extraído da promoção do princípio da dignidade humana e, outro de índole positivo, enumerando várias espécies de direitos, comumente denominados direitos especiais da personalidade.

4.1.3 Características

Ao trabalhar a proteção da pessoa, a Constituição Federal disciplina, logo no seu primeiro artigo, a dignidade como um dos princípios fundantes de sua ordem e, assim, reserva-lhes direitos próprios, entendidos como necessários à sua própria condição, e à esses direitos são atribuídas características especiais.

O atual Código Civil brasileiro, influenciado pelo constitucionalismo do direito privado, em seu artigo 11 enuncia alguns dos importantes caracteres dos direitos da personalidade, quais sejam irrenunciabilidade, intransmissibilidade e impossibilidade de limitação voluntária, ademais traz a possibilidade de tutela preventiva e de danos, a extensão desses direitos aos mortos, a disposição do próprio corpo, a submissão ao tratamento médico, o direito ao nome, o direito à imagem e o direito à intimidade.

Hodiernamente, a legislação civilista traz previsões antes nunca tidas no ordenamento jurídico brasileiro, o que representa um grande passo social à proteção de direitos alheios aqueles de cunho patrimonial, especialmente a figura dos direitos da personalidade. Esse grande passo não atingiu apenas a esfera cível, como também alcançou outras áreas do direito, exemplo disso é a proteção destinada à honra na esfera criminal trazida pelos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal, respectivamente sobre calúnia, difamação e injúria.

Neste patamar, algumas características dos direitos da personalidade são ressaltadas:

- **originários e/ou inatos** - os direitos da personalidade são direitos próprios da pessoa, adquiridos com o nascimento, sem a necessidade de preencher qualquer requisito ou manifestação de vontade. Conforme descrição do artigo 2º do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”³⁸.

Quanto a característica de inatos, uma ressalva, apesar da denominação indicar como inatos aqueles anteriores à ordem jurídica, há de destacar que alguns direitos fundamentais da personalidade, como por exemplo, o direito moral do autor, o sigilo da correspondência, o direito ao nome, entre outros, requerem para sua existência a conjugação de requisitos ulteriores.

Nas palavras de PUECHE: “tales derechos pertencen al hombre por el hecho simple de ser hombre, por razón de nacimiento, sin que para adquirirlos sea menester un modo o título legal de adquisición”³⁹.

- **perenes e/ou vitalícios, inexpropriáveis e necessários** - uma vez adquiridos, incorporam o patrimônio pessoal e os são por toda a vida, até a morte, ressaltando ainda aqueles que perduram após esse marco, p. ex. a imagem, a honra e a moral, identificados como direitos perpétuos ou vitalícios, sendo impossível sua expropriação, consistindo em verdadeiros atributos da qualidade humana, necessários para o exercício de uma vida pautada nos predicados da dignidade humana e indispensáveis ao pleno desenvolvimento.

- **intransmissíveis** - característica atribuída ao fato dos direitos da personalidade serem próprios da pessoa, sem qualquer possibilidade de destaque ou empréstimo (à título gratuito ou oneroso), nascendo e extinguindo com seu próprio titular, sendo sua titularidade única e exclusiva e, assim, intransmissíveis.

Há de destacar, todavia, que alguns direitos da personalidade podem ser objetos de negócio jurídico, como é o caso do direito à imagem, que permite a possibilidade de transmissão de seus efeitos patrimoniais, isso, contudo, não significa a transmissão do direito propriamente dita, apenas de um de seus efeitos.

³⁸ BRASIL, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: Vade Mecum RT, 4. ed. ver. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais , 2009, p.167.

³⁹ PUECHE, op. cit., p. 47.

- **indisponíveis e/ou irrenunciáveis** - acompanhando as características de intransmissibilidade e irrenunciabilidade, os direitos da personalidade se mostram também indisponíveis uma vez que não pertence ao seu titular o direito de disposição ilimitada. Nessa linha, importante ressaltar que “ter” direitos da personalidade não significa necessariamente “dispor” deles, exemplo claro é a vida, um direito nato, mas que não permite ao indivíduo dispor sobre ele de forma livre, decidindo até quando irá exercê-lo ou qual a hora de eliminá-lo.

Como bem lembra ALVES ⁴⁰“A cláusula de indisponibilidade contida no art. 11 do Código Civil persevera na dicção de não poder o exercício de direito da personalidade sofrer limitação voluntária (...)”.

Entretanto, conforme sabiamente ressalvado por DINIZ:

(...) Poder-se-á, p. ex., admitir sua disponibilidade em prol do interesse social; em relação ao direito da imagem, ninguém poderá recusar que sua foto fique estampada em documento de identidade. Pessoa famosa poderá explorar sua imagem na promoção de venda de produtos, mediante pagamento de uma remuneração convencionada. Nada obsta a que, em relação ao corpo, alguém, para atender a uma situação altruística e terapêutica, venha a ceder, gratuitamente, órgão ou tecido. Logo, os direitos da personalidade poderão ser objeto de contrato como, por exemplo, o de concessão ou de licença para uso de imagem ou de marca (se pessoa jurídica); o de edição para divulgar uma obra ao público; o de *merchandising* para inserir em produtos uma criação intelectual, com o escopo de comercializá-la, colocando, p. ex., desenhos de Disney em alimentos infantis para despertar o desejo das crianças de adquiri-lo, expandindo, assim, a publicidade do produto. Como se vê, a disponibilidade dos direitos da personalidade é relativa. (...) ⁴¹.

- **absolutos e/ou de exclusão** - sendo eles oponíveis *erga omnes*, gerando a todos um poder/direito de abstenção. Conforme se verá adiante, existem determinadas características e/ou pessoais que contribuem para a limitação de certos direitos personalíssimos.

- **imprescritíveis** - não há qualquer possibilidade de extinção diante de sua inércia, não estando sujeitos às regras materiais disciplinadoras do instituto da prescrição.

⁴⁰ ALVES, Jones Figueiredo. Limitação voluntária do exercício de direito da personalidade e o caso *big brother*. In: Revista jurídica Consulex, ano VIII, n. 169, 31 de janeiro de 2004, p. 27.

⁴¹ DINIZ, op. cit. (teoria geral do direito civil), p. 120.

- **impenhoráveis** - acompanhando a característica da imprescritibilidade, está a impenhorabilidade, de acordo com a qual os direitos da personalidade são insuscetíveis de penhora.

- **generalidade** - todos os sujeitos são seus destinatários, sem a necessidade de preencher qualquer outro requisitos além da existência.

- **extrapatrimoniais, extra commercium e/ou inalienáveis** - em princípio são insuscetíveis de qualquer valoração econômica, pois, por traduzirem um modo de ser (físico ou moral), estão completamente fora do comércio. Contudo, convém destacar que todas as espécies de direitos da personalidade, resguardadas ou não pela lei, apesar de não possuírem cunho estritamente patrimonial, ao contrário, são eles extrapatrimoniais, diante de qualquer lesão, ensejam direito à reparação, seja perante a esfera criminal ou cível, quando da indenização.

A tutela civil enfim foi possibilitada, através de árdua construção jurisprudencial e da legislação especial, mas manteve o enfoque apenas reparador, pouco interessando a tutela inibitória. Assim, a tutela atual, embora a única possível, é insuficiente. As lesões ainda ocorrem freqüentemente, e a tutela conferida atualmente é antes voltada à remediação do que à prevenção⁴².

A indenização neste caso apresenta como fundamento legal e primeiro os artigos 186, 929, 950 ambos do Código Civil.⁴³

- **ilimitados (quanto ao conteúdo)** - Apesar da tentativa legal em enumerar os direitos da personalidade, conforme feito pelo artigo 11 do Código Civil, cabe destacar que qualquer tipificação legal se apresenta tão somente como exemplificativa, uma vez que essa gama de direitos não pode jamais ser limitada, visto que uma nova serie pode surgir com a evolução social, como assim o foi ao longo dos tempos.

⁴² LIXINSKI, op. cit., p. 220.

⁴³ Art. 186. aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligencia ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ilícito.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofrerem.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

4.1.4 Direitos fundamentais da personalidade e suas espécies

São várias os direitos fundamentais, a Constituição Federal em seu artigo 5º, *caput* enumera: a vida, a liberdade, a igualdade e a segurança. LÔBO foi categórico ao afirmar:

Os tipos expressos de direitos da personalidade na Constituição são variados, podendo ser encontrados nos seguintes artigos: art. 5º, *caput* (direito à vida; direito à liberdade); 5º, V (direito à honra e direito à imagem), lesados por informação que possibilita o direito de resposta ou o direito de retificação, como dia a doutrina italiana, acumulável à indenização pecuniária por dano moral); art. 5º, IX (direito moral de autor, decorrente da liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e científica); art. 5º, X (direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem); art. 5º, XII (direito ao sigilo de correspondências e comunicações); art. 5º, XLVII (impedimento de pena de morte e de prisão perpétua); art. 5º, LIV (a privação da liberdade depende do devido processo legal); art. 5º, LX (restrição da publicidade processual, em razão da defesa da intimidade); art. 5º, LXXV (direito à honra, em decorrência de erro judiciário ou de excesso de prisão); art. 199, § 4º (direito à integridade física, em virtude da proibição de transplante ilegal de órgãos, tecidos e substâncias humanas ou de sua comercialização); art. 225, § 1º (direito à vida, em virtude de produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias); art. 227, *caput* (direito à vida, direito à integridade física e direito à liberdade das crianças e adolescentes); art. 227, § 6º (direito à identidade pessoal dos filhos, sem discriminação, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção); e art. 230 (direito à vida e à honra dos idosos).⁴⁴

Não obstante, as doutrinas jurídicas enumeram outras tantas espécies, dentre elas, a mais completa é trazida por DINIZ que utilizando da doutrina de Limongi França, assim dispõe:

1) *direito à integridade física*: 1.1) *Direito à vida*: a) à concepção e à descendência (gene artificial, inseminação de proveta, etc.); b) ao nascimento (aborto); c) ao leite materno; d) ao planejamento familiar (limitação de filhos, esterilização masculina e feminina, pílulas e suas conseqüências); e) à proteção do menor (pela família e sociedade); f) à alimentação; g) à habitação; h) à educação; i) ao trabalho; j) ao transporte adequado; l) à segurança física; m) ao aspecto físico da estética humana; n) à proteção médica e hospitalar; o) ao ambiente ecológico; p) ao sossego; q) ao lazer; r) ao desenvolvimento vocacional profissional; s) ao desenvolvimento vocacional artístico; t) à liberdade; u) ao prolongamento artificial da vida; v) à reanimação; x) à velhice digna; z) relativos ao problema da eutanásia. 1.2) *Direito ao corpo vivo*: a) ao espermatozóide e ao óvulo; b) ao uso do útero para procriação alheia; c) ao exame médico; d) à transfusão de sangue; e) à alimentação de sangue; f) ao transplante; g) relativos à experiência científica; h) ao transexualismo; i) relativos à mudança artificial do sexo; j) ao débito conjugal; l) à liberdade física; m) ao “passe” esportivo. 1.3) *Direito ao corpo morto*: a) ao sepulcro; b) à cremação;

⁴⁴ LÔBO, op. cit., p. 14-15.

c) à utilização científica; d) relativos ao transplante; e) ao culto religioso. 2. *Direito à integridade intelectual*: a) à liberdade de pensamento; b) de autor; c) de inventor; d) de esportista; e) de esportista participante de espetáculo público. 3. *Direito à integridade moral*: a) à liberdade civil, política e religiosa; b) à segurança moral; c) à honra; d) à honorificência; e) ao recato; f) à intimidade; g) à imagem; h) ao aspecto moral da estética humana; i) ao segredo pessoal, doméstico, profissional, político e religioso; j) à identidade pessoal, familiar e social (profissional, política e religiosa); l) à identidade sexual; m) ao nome; n) ao título; o) ao pseudônimo.⁴⁵

Em outras palavras, utilizando dos dizeres de MILARÉ e LOURES: “Os direitos da personalidade poderiam ser assim exemplificados: o direito à vida, à liberdade, à manifestação do pensamento, à imagem, ao nome, à privacidade, à integridade do corpo etc.”⁴⁶.

Não obstante, eis que qualquer tentativa de enumeração desses direitos torna-se vulnerável, tendo em vista sua própria condição, ou seja, podem ser relacionados como direito da personalidade todo aquele que se mostra essencial à existência e desenvolvimento humanos. Desde a década de 80 já previa a impossibilidade de apresentar um rol exaustivo, exemplo disso é a descrição de MUNIZ e OLIVEIRA no seguinte sentido:

A verdade é, porém é que essa enumeração limitativa viria a se revelar amplamente insuficiente. Com efeito, embora, em comparação com situações legislativas anteriores, tenha havido um alargamento, como já foi dito, a própria técnica tipificante leva a uma limitação na tutela da personalidade (...)⁴⁷

Outrossim, destaca REALE:

(...) são todos aqueles que constituem elementos componentes intangíveis da pessoa, de conformidade com as conquistas do processo histórico-cultural que assinala o processo da sociedade civil, em constante correlação complementar com a instituição estatal (...)⁴⁸.

Neste ínterim, serão destacados alguns direitos da personalidade, onde desde já ressalva a impossibilidade de apresentar rol exaustivo. Assim, a título de exemplo, tem-se o direito à vida e à integridade física e psíquica; direito à identidade; direito à liberdade; direito à honra; direito à imagem; direito ao segredo,

⁴⁵ DINIZ, op. cit. (teoria geral do direito civil), p. 122-123.

⁴⁶ MILARÉ E LOURES, op. cit., p. 13.

⁴⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de, e MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. In: Revista dos Tribunais, ano 69, vol. 532, fev. de 1980, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980, p. 12.

⁴⁸ REALE, Miguel. A constituição e o código civil. In: Jornal o Estado de São Paulo, ed. 08 de nov. de 2003, p. A2.

direito à intimidade e à privacidade e ao segredo; e direito sobre partes do corpo e do cadáver.

4.1.4.1 Direito à vida e à integridade física e psíquica

A vida é o mais sublime de todos os direitos, sendo a fonte primária de todos os demais, assim não há como negar ser ele o primeiro e mais importante de todos os direitos fundamentais previstos e resguardados pelo artigo 5º, *caput* da Constituição Federal.

Nas palavras de MORAES (2007, p. 87) “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui um pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.”

O direito à vida requer mais que o simples respeito de seu exercício, ou seja, “viver”, assim a Constituição Federal ao assegurá-lo em seu artigo 5º o faz em outras duas acepções básicas, a primeira voltada ao direito de continuar vivo e a segunda com a garantia de vida digna durante a subsistência, cabendo ao Estado garanti-lo e preservá-lo.

Nesse sentido, assevera DELGADO que:

Entre esses direitos fundamentais e personalíssimos, alguns gozam, indubitavelmente, de primazia constitucional sobre outros. O primeiro e mais importante direito da personalidade é o “direito a vida”, decorrente do princípio constitucional de respeito ao ser humano, tido como linha mestra e posto pelo constituinte em ordem de precedência em relação aos demais.⁴⁹

ARAUJO ao mencionar a reflexão trazida pela Constituição Federal sobre a necessidade do restabelecimento democrático analisa a amplitude do artigo 5º, bem como a extensão do direito à vida, e complementa:

Bastariam esses fatores para entender a extensão do direito à vida, mas ele não se limita à garantia do direito à existência física; desdobra-se em direito

⁴⁹ DELGADO, op. cit., p. 25.

à integridade física, à integridade moral, à privacidade, à intimidade, à imagem, à honra, entre outros.⁵⁰

Nos dizeres de LEITE:

*Vida não é apenas a incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte.*⁵¹

“Quem nasce com vida tem direito a ela. Esse direito é inato, mas também é um dever imposto à própria pessoa, que não pode dele dispor. Os sistemas jurídicos, de modo geral, negam o direito ao suicídio, porque a vida é indisponível”⁵².

O suicídio, na verdade, longe de ser um direito, apenas constitui um fato antijurídico, uma vez que uma dos princípios constitucionais basilares do direito penal é a determinação de que a pena não ultrapasse a pessoa do transgressor, assim, não há como punir quem tira sua própria vida.

Apesar das afirmações supra, há de ter que o direito à vida surge, por óbvio, com ela própria, sendo seu início marcado pela fecundação, momento em que ocorre a definição genética do ser humano. A própria legislação assim reconhece quando prevê o resguardo dos direitos do nascituro, para alguns há que destacar a condição do nascimento com vida. Esse, aliás, o comentário de Pontes de Miranda: “*No útero, a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquirirá direitos, nunca foi sujeito de direito nem pode ter sido sujeito de direitos (nunca foi pessoa)*”.⁵³

Dada sua importância e, como citado, seu patamar jurídico constitucional, não seria demais mencionar a inconstitucionalidade de quaisquer projetos de lei ou outros atos normativos tendentes a minimizar ou até mesmo abolir o direito à vida. Nesse sentido, atinge *status* de *cláusula pétrea* protegida pelo artigo 60, § 4º da

⁵⁰ ARAUJO, op. cit. (a proteção constitucional do transexual), p. 71.

⁵¹ LEITE, Rita de Cássia Curvo. Transplantes de órgãos e tecidos e direitos da personalidade. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2000, p. 50.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. In: Revista de Direito Administrativo, v. 235. jan/mar 2004. Rio de Janeiro : Renovar, 2004, p. 10.

⁵³ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito civil, parte geral. Tomo I, 3ª ed., 1970, p. 162. In: LEITE, op. cit., p. 57.

Constituição Federal, de acordo com o qual não poderá ser objetivo de deliberação qualquer emenda tendente a abolir os direitos individuais previstos pelo artigo 5º.

Alguém poderia ser tentado a discordar, ponderando que não se deve confundir o efeito com a causa. dir-se-ia então que o erro está em supor que os direitos fundamentais são fundamentais porque são intangíveis, quando na verdade é bem o contrário o que ocorre: simplesmente, eles são intangíveis porque são fundamentais, vale dizer, são primeiro fundamentais e só depois intangíveis...⁵⁴

Referida proteção sem limites faz sentido uma vez que de nada adiantaria tutelar outros bens, como: liberdade, igualdade, intimidade, senão dada condições para exercê-los, sendo condição primordial o exercício da vida.

Destarte, a Constituição Federal busca além da proteção dos direitos que embalam o *caput* do artigo 5º, já citados, outros que visam impedir toda e qualquer forma de tortura, tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III); visto que a lei punirá qualquer ato atentatório aos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, XLI), nenhuma pena passará da pessoa do condenado, sendo assegurada sua individualização e proibida qualquer espécie de pena de morte (salvo caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (artigo 5º, incisos XLV, XLVI e XLVII), não esquecendo o já citado artigo 60, § 4º.

Na esfera criminal o ato atentatório contra a vida, incluindo homicídio - induzimento, auxílio e instigação-, o infanticídio e o aborto, é condenado nas suas mais diversas gradações, previstos entre os artigos 121 e 127 do Código Penal. No que pertine ao contexto criminal, há de asseverar as excludentes de ilicitude previstas pelo artigo 23, de acordo com o qual as condutas acima apontadas não serão verificadas quando diante de estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

Por sua vez, o Código Civil atrela o direito à vida à personalidade, dedicando um capítulo exclusivo a ele, diante do qual é possível exigir que cesse ameaça ou lesão a direito da personalidade, e reclamar as correspondentes perdas e danos (artigo 12), ninguém poderá ser constrangido a submeter-se à cirurgia que lhe acarrete risco de vida (artigo 15), não olvidando a prestação alimentícia, quando resguardado pelo artigo 1.694 o direito aos alimentos necessários para

⁵⁴ MARTINS NETOS, op. cit., p. 87.

sobrevivência, observadas as condições estabelecidas por seus seguintes e por lei específica.

O direito em questão visa preservar a vida, resguardar a integridade do físico-corporal durante ela, o direito à existência (de estar vivo, lutar pela vida, defendê-la e permanecer vivo); é um direito atinente à esfera física do sujeito cujo limite vem marcado pela morte.

A integridade física compreende o modo físico de ser da pessoa, visa conservar e manter o que é íntegro e perfeito nas suas exatas medidas, sem que haja qualquer diminuição. Nos dizeres de LEITE:

Integridade, que significa inteireza, completude ou perfeição, vem a ser a qualidade daquilo que é íntegro, não tocado, completo, o que não sofreu diminuição e é suscetível de conservar-se perfeito, acabado, ou de desenvolver-se normalmente, porque está ileso.

O direito à integridade física vem inicialmente protegido pelo artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, o qual assegura indenização por dano moral ou material para os casos de violação aos bens da intimidade, da vida privada, da imagem e da honra. Mais importante que responsabilizar o ofensor, o instituto da responsabilização material ou moral visa reparar a vítima do dano injusto.

Assim sendo, o direito à integridade física tem por certo conservar as exatas qualidades da pessoa, rogando por sua incolumidade, donde qualquer lesão que possa comprometer sua manifestação interna ou externa é suscetível de punição e indenização, na forma do artigo 129 ao 137, parágrafo único do Código Penal e artigos 12, 927 e seguintes do Código Civil.

Quanto à questão da indenização, DINIZ alerta que:

A vida humana tem um valor econômico para alguém, que não será o morto, que já não é mais sujeito de direito, portanto, não é, no sentido jurídico, um lesado, por não sofrer dano patrimonial nem moral por sua morte. Os lesados são os que sobrevivem, que se verão privados do valor econômico que para eles representava a vida da vítima.⁵⁵

Em outras palavras, a lesão aqui mencionada passa da esfera física para a esfera psíquica, não visa a lesão do bem material, mas sim de sua representação e

⁵⁵ DINIZ, op. cit. (direito das coisas), p. 70.

do sofrimento causado na esfera sentimental do demais envolvidos. Isso demonstra a amplitude da indenização, que abrange todos os campos e todos os envolvidos atingidos pela lesão.

A espécie em análise é exemplo clássico da indisponibilidade dos direitos da personalidade e sua oponibilidade *erga omnes*. Para melhor representação, eis o entendimento de CUPIS:

Conseqüentemente, o direito não compreende a faculdade de abuso que encontra a sua expressão no suicídio. Os atos com que o sujeito visa dispor juridicamente do seu direito ou não tem eficácia, ou têm uma eficácia reduzida; mas, além disso, é desprovido de proteção o ato com que pretende por fim ao seu direito, destruindo pela sua própria atividade material o objeto desse direito.⁵⁶

Mais à frente o citado Professor destaca:

É digno de tutela o interesse público relativo à integridade física dos indivíduos, na medida em que tal integridade constitui condição de convivência normal, de segurança, de eficaz desenvolvimento da atividade individual profícua – e não se pode dizer que todas as manifestações da integridade física tenham essa importância.⁵⁷

Importante asseverar que o direito à integridade física não atinge tão somente o corpo, mas também alcança a mente, protegendo, com isso, qualquer forma de agressão ou ameaça.

O direito à integridade física recebe acentuada importância quando diante da análise dos transplantes. Ao estudo em questão será reservado item próprio.

4.1.4.2 Direito à identidade

O direito à identidade, como o próprio nome revela, tem o condão de individualizar o sujeito perante os demais membros da sociedade, possui cunho estritamente moral. É representado, em especial, pelo nome, adquirido com o registro de seu nascimento, pelo casamento, pela adoção, por escolha pessoal

⁵⁶ CUPIS, op. cit., p. 74.

⁵⁷ Idem, p. 77.

(exemplo clássico das celebridades que incluem nome artístico ao nome natural), não esquecendo da alcunha, do nome artístico e, no caso das pessoas jurídicas, das marcas, logotipos, etc.⁵⁸

Ao discorrer sobre o direito à identidade, assevera LIMONGI FRANÇA:

Sua importância prescinde de justificação, pois está na base do exercício de todos os demais direitos. Na verdade, para que o sujeito de um direito, qualquer que seja, possa exercer esse direito de maneira pacífica e segura, é necessário que não haja dúvida sobre a sua identidade, de onde a relevância do direito a essa identidade⁵⁹.

As tradicionais doutrinas civilistas subdividem o direito à identidade em outras várias espécies, a saber: direito ao nome (derivado do direito ao registro civil, trata-se do direito de cada indivíduo em receber um nome próprio pelo qual seja identificado perante a sociedade); direito ao pseudônimo (direito que assiste o sujeito de poder ser identificado por determinada designação personativa, comumente denominada “nome artístico”); direito ao título (consiste na possibilidade de identificação por meio de títulos recebidos, por exemplo, coronel, mestre, doutor, entre outros); e direito ao signo figurativo (está ligado à identificação por meio da utilização de brasões e insígnias correspondentes aos títulos que detém, além dos grupos sociais dos quais é integrante).

De acordo com DINIZ:

Nos arts. 16 a 19⁶⁰ tutela o Código Civil o direito ao nome contra atentados de terceiros, tendo-se em vista que ele integra a personalidade, por ser o sinal exterior pelo qual se individualiza a pessoa, identificando-as na família e na sociedade. Reprime-se o abuso cometido por alguém que o exponha ao desprezo público ou ao ridículo, violando a respeitabilidade de seu titular, acarretando dano moral ou patrimonial, suscetível de reparação, mediante supressão de uso impróprio do nome ou indenização pecuniária.⁶¹

⁵⁸ O artigo 5º, inciso XXIX da Constituição Federal já prevê que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

⁵⁹ FRANÇA, op. cit., p. 12.

⁶⁰ Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

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

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

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

⁶¹ DINIZ, op. cit. (teoria geral do direito civil), p. 126.

4.1.4.3 Direito à liberdade

A liberdade está insculpida do Texto Constitucional sob várias formas. A liberdade, a bem da verdade, assegura a manifestação do pensamento, desde que vedado o anonimato (artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal); a liberdade de consciência e de crença (artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal); liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação independente de censura (artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal), liberdade quanto ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações (artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal), liberdade de locomoção no território nacional em tempos de paz (artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal), liberdade de reunião e associação (artigo 5º, incisos XVI e XVII da Constituição Federal), entre outros.

“Em conclusão: existe o direito à liberdade, que é o direito de cada um se manifestar consoante sua vontade, excluída, porém, aquela esfera de atividade realmente indiferente ao ordenamento jurídico.”⁶²

Quando se fala em liberdade surge logo um caráter dúplice que nos encaminha aos conceitos de liberdade física e liberdade psíquica, aquela primeira ligada ao direito de locomoção, enquanto esta última atrela-se à consciência e à expressão. Na esfera da personalidade interessa bem mais a última espécie, ou seja, a liberdade de consciência e de expressão, já que a proteção aqui tida visa a esfera psíquica.

Por sua vez, CUPIS traz à baila um melhor esclarecimento sobre as possíveis liberdades, assim, as diferencia em duas modalidades, uma voltada para as atividade puramente materiais e outra para atividades produtora de efeitos jurídicos.

Às primeiras já nos referimos quando falamos do direito de movimentos, de comer, de olhar, e outras. Dentre as segundas, ressalta a figura da

⁶² CUPIS, op. cit., p. 108.

chamada liberdade negocial⁶³, a qual se manifesta especificamente como liberdade contratual, matrimonial, testamentária, e outras.⁶⁴

Os exemplos citados são apenas exemplificativos, ou seja, o direito à liberdade é amplo, ademais indisponível podendo apenas o Estado e em alguns casos (p. ex. estado de sítio e estado de defesa) cerceá-lo.

4.1.4.4 Direito à imagem

Também denominado “direito ao resguardo”, o direito à imagem busca resguardar e proteger a forma plástica da pessoa bem como os elementos que a distingue na sociedade. Assim, tem-se a imagem-retrato (representação física da pessoa) e a imagem-atributo (conjunto das qualidades cultivadas pela pessoa perante a sociedade).

Parafraseando a exposição de ARAUJO (1996, p. 27-32), o direito à imagem compreende dois focos, a saber: o direito à imagem-retrato e o direito à imagem-atributo. O primeiro deles fornece a idéia da própria imagem, sendo a representação do objeto na sua exata forma, como também a extensão de seus característicos de personalidade. Por sua vez, a imagem-atributo é consequência da vida em sociedade, representando os caracteres sociais de cada indivíduo.

Importante salientar que o Autor deixa clara a possibilidade de violação de uma espécie de imagem sem, contudo, atingir a outra. “...Pode estar havendo violação da imagem profissional de um médico, sem que, em absoluto, haja qualquer violação à sua imagem retrato⁶⁵. Isso, segundo ele, demonstra a evolução do conceito de imagem sofrida ao longo do tempo, conceito esse resguardado pela atual Constituição Federal, visando uma proteção certa e individualizada.

⁶³ Anote-se que quanto à liberdade negocial, há restrições trazidas pelos ditames da ordem econômica e financeira, consoante artigo 170 e seguintes da Constituição Federal, não sendo assim de toda livre.

⁶⁴ CUPIS, op. cit., p. 111.

⁶⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem. Belo Horizonte : Del Rey, 1996, p. 31.

Como bem assevera O'CALLAGHAN “el nacimiento del derecho a la imagen se produjo como un tipo del derecho a la intimidad”⁶⁶, por esse motivo seus aspectos, limites e exceções são aplicados quase que de forma uníssona.

De acordo com DINIZ:

O direito à imagem é o de ninguém ver seu retrato exposto em público ou mercantilizado sem seu consentimento e o de não ter sua personalidade alterada material ou intelectualmente, causando dano à sua reputação. Abrange o direito: à própria imagem; ao uso ou difusão da imagem; à imagem das coisas próprias e à imagem em coisa ou publicações; de obter imagem ou de consentir em sua captação por qualquer meio tecnológico.

O direito à imagem é autônomo, não precisando estar em conjunto com a intimidade, identidade, a honra etc., embora possam estar, em certos casos, tais bens a ele conexos, mas isso não faz com que sejam partes integrantes um do outro.⁶⁷

O direito à imagem, contudo, não é absoluto, sofre limitações de acordo com a situação ou o local no qual é exercido ou ainda por seus titulares. Haverá dispensa da anuência da divulgação de imagem quando seu titular for pessoa notória; ocupante de cargo público; houver necessidade de exposição para atender à administração ou à serviço da justiça ou da polícia; diante da garantia da segurança pública; no caso de a busca atender ao interesse público, cultural, científico ou didático; quando estiver em jogo o resguardo da saúde pública; quando a imagem é tão somente parte do cenário; e quando tratar de identificação compulsória ou imprescindível a algum ato de direito público ou privado, o que não significa autorização para esquadriñar sua intimidade.

Em outras palavras, o artigo 20 do Código Civil estabelece que:

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

⁶⁶ O'CALLAGHAN, Xavier. Libertad de expresion y sus limites: honor, intimidad y imagen. Madrid : Editoriales de derecho reunidas, 1991, p. 134.

⁶⁷ DINIZ, op. cit. (teoria geral do direito civil), p. 126.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.⁶⁸

Em síntese, tem que o direito à imagem por ser próprio da pessoa merece resguardo, contudo, poderá ser limitado por determinadas situações, lugares ou condições pessoais.

4.1.4.5 Direito à honra

Toda espécie de honra, objetiva (conceito perante a sociedade) ou subjetiva (conceito perante si mesmo), bem como a imagem (expressão externa da aparência) são elementos de cunho moral e integram o rol dos direitos da personalidade.

“A *honra* é igualmente um direito da personalidade previsto constitucionalmente. Por ele se procura proteger a dignidade pessoal do indivíduo, sua reputação diante de si próprio e do meio social no qual está inserido”.⁶⁹

Em outras palavras, “a “honra” significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento ou consciência da própria dignidade pessoal”⁷⁰.

Apesar da similitude, o direito à honra não é o mesmo que o direito à imagem-atributo, pode facilmente haver a violação de um sem, no entanto, incorrer em violação do outro. Nesse sentido, destaca ARAUJO:

Um produto pode ter uma imagem construída com características jovens, destinado a um público jovem. Poderá haver veiculação de determinada idéia divulgada pela imprensa, sobre o produto, de forma inverídica, “envelhecendo-o” e quebrando a imagem sedimentada por anos de publicidade para lhe traçar o perfil. Honra não está presente e estamos diante de violação da imagem-atributo.⁷¹

⁶⁸ BRASIL Lei n. 10.406 (op. cit.) p. 169.

⁶⁹ BARROSO, op. cit., p. 14.

⁷⁰ CUPIS, op. cit., p. 121.

⁷¹ ARAUJO, op. cit. (a proteção constitucional da própria imagem), p. 36.

A honra acompanha o sujeito não só enquanto possuidor de vida, mas também após sua morte, momento em que o exercício de sua titularidade é transferido aos seus herdeiros e sucessores. Em caso de violação é possível buscar reparação diante da esfera cível (ação de indenização por danos morais) como perante a esfera penal (crimes contra honra: injúria, calúnia e difamação).

4.1.4.6 Direito à intimidade, à privacidade e ao segredo

Comumente os direitos à intimidade e vida privada (ou privacidade) são usados como sinônimos, contudo, a distinção está na amplitude de um em relação ao outro. Nas palavras de FERREIRA FILHO:

Os conceitos constitucionais de *intimidade e vida privada* apresentam grande interligação, podendo porém ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro que se encontra no âmbito de incidência do segundo. Assim, o conceito de *intimidade* relaciona-se às relações subjetivas de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de *vida privada* envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc.⁷²

Segundo a doutrina de DINIZ, “A intimidade é a zona espiritual íntima e reservada de uma pessoa, constituindo um direito da personalidade”.⁷³

De acordo com os ensinamentos de BARROSO:

(...) A intimidade e a vida privada são esferas diversas compreendidas em um conceito mais amplo: o de *direito de privacidade*. Dele decorre o reconhecimento da existência, na vida das pessoas, de espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada um, as suas particularidades. Aí estão incluídos os fatos ordinários, ocorridos geralmente no âmbito do domicílio ou em locais reservados, como hábitos, atitudes, comentários, escolhas pessoais, vida familiar, relações afetivas. Como regra geral, não haverá interesse público em ter acesso a esse tipo de informação.⁷⁴

⁷² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à constituição brasileira de 1988. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1997, p. 35.

⁷³ DINIZ, op.cit. (teoria geral do direito civil), p. 130.

⁷⁴ BARROSO, op.cit., p. 13.

Aplica-se aqui o mesmo entendimento empenhado ao direito de imagem, ou seja, a esfera da privacidade é ampliada ou reduzida de acordo com o grau de publicidade de seu titular. No entanto, há considerar que a situação coloca três esferas distintas, a primeira delas voltada à vida pública não implica qualquer grau de sigilo para a privacidade; por sua vez, diante da esfera da vida privada é possível encontrar certas restrições orientadas pela confidencialidade, contudo, há de considerar, o sujeito de direito; por fim, está a vida íntima, ou seja, aquela esfera destinada, exclusivamente, ao “eu” de cada sujeito, por sua vez, inviolável.

Nesse sentido, O'CALLAGHAN alerta:

El derecho subjetivo es igual para todas las personas; no se pueden hacer distinciones *a priori*. Así ocurre en el derecho a la intimidad; pero lo que puede variar no es el alcance del derecho, sino el concepto de intimidad; si está se centra en la idea de *círculo íntimo*, que es preservado por el derecho a la intimidad, este concepto varía según la persona y, no tanto en sí misma, sino en razón de su profesión o cargo y, esencialmente, por la proyección pública que tenga o que pueda tener su actividad.”⁷⁵

O direito ao segredo, assim como o direito à intimidade e à privacidade são espécies de direitos contidos na esfera psíquica e de natureza personalíssima. São direitos oponíveis *erga omnes*, cuja publicidade liberal depende de ato da própria parte, desde que não cause danos ao interesse público, sendo que eventual exposição por de terceiros pode ensejar direito à reparação na esfera civil e restrição da liberdade na esfera criminal, conforme artigos 153 e 154 do Código Penal⁷⁶.

Outra espécie de segredo que se destaca é o segredo profissional, ou seja, aquelas informações levada ao conhecimento de determinada pessoa em razão de sua profissão (p. ex. segredos confiados a psicólogos, padres, advogados, entre outros)⁷⁷.

⁷⁵ O'CALLAGHAN, op. cit., p. 90.

⁷⁶ Art. 153. Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tenha ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

⁷⁷ BRASIL. Lei 5869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

Art. 406. A testemunha não é obrigada a depor de fatos:

I – (...)

II – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

Atrelado ao direito ao segredo, comumente, é colocado o direito ao sigilo o qual, por sua vez, protege o conteúdo de correspondências e comunicações, ressalvadas as possibilidades de quebra por medida judicial. Amparado pela Lei Suprema, em seu artigo 5º, inciso XII, o sigilo das correspondências e das comunicações gráficas, de dados e das comunicações telefônicas, via de regra, é inviolável.

Importante destacar que a previsão constitucional, além de estabelecer expressamente a inviolabilidade das correspondências e das comunicações em geral, implicitamente proíbe o conhecimento ilícito de seus conteúdos por parte de terceiros. O *segredo das correspondências e das comunicações* é verdadeiro princípio corolário das *inviolabilidades* previstas na Carta Maior.⁷⁸

Aqui cabe destacar que referido sigilo, será restrito diante do estado de defesa e de sítio, conforme determinação trazida pelos artigos 136, §1º, I, *b* e *c* e 139, III da Constituição Federal, cuja redação passa a expor:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º. O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I – restrições aos direitos:

a) ...

b) sigilo de correspondência;

c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

...

III – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei.

⁷⁸ MORAES, Alexandre. Direitos humanos fundamentais; teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo : Atlas, 2007, p. 140.

4.1.4.7 Direito sobre partes do corpo e do cadáver

Mais um direito de esfera física. Apesar de ter caráter extrapatrimonial, sua violação, bem como todas as outras que atentem contra os direitos da personalidade, pode gerar também lesão patrimonial ao infrator, ou seja, a lesão a este bem pode gerar um valor econômico a ser indenizado.

O artigo 13, parágrafo único⁷⁹, do Código Civil previu, expressamente, o direito à disposição de partes do corpo em vida, com única finalidade de transplante. Referido artigo veio a corroborar com a previsão trazida pela Lei nº 9.434/97⁸⁰, regulamentada pelo Decreto nº 2.268/97, os quais prevêm a adoção voluntária de tecidos, órgãos ou parte do corpo para transplante ou tratamento, desde que mediante cumprimento de alguns requisitos legais.

Seguindo o artigo em questão, vem o 14 do mesmo diploma legal⁸¹ e prevê a disposição gratuita do próprio corpo ou de parte dele para fins científico ou altruístico, para depois da morte, o qual também se vê amparado pela Lei nº 9.434/97, com respectiva regulamentação pelo Decreto nº 2.268/97. Destaca aqui a insurgência do princípio do consenso afirmativo trazido por DINIZ⁸², de acordo com a qual:

Pelo art. 14 e parágrafo único do Código Civil nítida é a consagração do *princípio do consenso afirmativo*, pelo qual cada um deve manifestar sua vontade de doar seus órgãos e tecidos para depois de sua morte, com objetivo científico (p. ex., estudo da anatomia humana em universidades) ou terapêuticos (transplante de órgãos e tecidos), tendo o direito de, a qualquer tempo, revogar livremente essa doação *post mortem*.

Como é possível observar, o direito em tela ataca a característica da indisponibilidade dos direitos da personalidade, vez que permite a disposição nos casos de doação de órgãos ou tecidos, contudo, há de ter aqueles outros limites

⁷⁹ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

⁸⁰ BRASIL. Lei n. 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

⁸¹ Art 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

⁸² DINIZ, op. cit. (teoria geral do direito civil), p. 125.

personalíssimos, como p. ex., do direito à vida e à integridade física, o que significa dizer que a disposição do corpo somente será válida enquanto não lhe causar nenhum prejuízo, incluindo neste rol limitativo a utilização do corpo para fins ilícito.

“É direito do paciente a recusa de algum tratamento ou não-aceitação de continuidade terapêutica nos casos incuráveis ou de sofrimento atroz ou, ainda, que possa trazer risco de vida.”⁸³

Convém destacar que mesmo quando a questão se volta para apenas parte do corpo (aqui incluindo as partes propriamente ditas, o sangue, o sêmen, o leite e a pele) sua proteção ainda é garantida, bem como o é para o corpo após o encerramento da vida (o cadáver).

Acompanhando o raciocínio, prevê o artigo 15 do diploma civilista que “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”⁸⁴.

4.2 Regulamentação

Não se pode negar que os direitos da personalidade sempre existiram, contudo, sua regulamentação se mostra recente. Os primeiros passos para a positivação advieram com a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, e pelas Declarações das Nações Unidas de 1948.

Comumente vem verificando-se a tendência constitucionalizadora dos direitos privados, o Texto Constitucional acompanhou toda uma evolução protecionista trazida por textos anteriores e que, atualmente, se resguarda de um possível regressão ao totalitarismo estatal, assim, cumpre os direitos fundamentais, dentre eles aqueles da personalidade, o papel informador de todo o Texto Maior servindo como instrumento para a busca de equilíbrio entre cidadãos e desses com o Estado,

⁸³ Idem, p. 126.

⁸⁴ BRASIL, Lei n. 10.406 (op. cit.), p.168.

evidenciando a promoção do bem-estar tão bem resguardada por seu artigo 3º, inciso IV.

Apesar de se observar a proteção dos interesses privados em constituições do início do século XX, foi a partir da segunda guerra mundial que se iniciou um movimento universal pela proteção dos direitos pessoais, dentre eles o da privacidade.⁸⁵

Em âmbito interno não poderia ser diferente, mas com um detalhe, primeiro assistiu-se à constitucionalização dos direitos da personalidade, para então depois serem guiados pela doutrina civilista. Todavia, Não pode olvidar da tutela penal inserida antes mesmo da constitucional.

A experiência constitucional mostrou-se mais ligeira em relação ao direito privado, porém, não foi suficiente para que referidos direitos já firmassem história no ordenamento pátrio, ou seja, apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 é que eles adquiriram *status* constitucional.

Outro grande marco para a evolução dos direitos da personalidade ocorreu há pouco, mais precisamente no ano de 2002, com o advento no novo regime civilista, quando, por primeira vez, ganharam capítulo único na legislação privada.

Atualmente, o Código Civil abriga os direitos da personalidade em seus artigos 11 a 21, dentre eles prevê as características da intransmissibilidade; irrenunciabilidade (art. 11); a possibilidade de exigir perdas e danos em caso de ameaça ou lesão (art. 12); proibição de dispor do próprio corpo quando importar diminuição da integridade física ou for contra os bons costumes (art. 13); possibilidade de disposição *post mortem* para fins científicos ou altruístico (art. 14); proibição do constrangimento para submissão à cirurgia que envolva risco para a vida (art. 15); direito à identidade (arts. 16, 17, 18 e 19); direito à imagem (art. 20); e direito à inviolabilidade da vida privada (art. 21).

No entanto, não se pode olvidar da legislação criminal que, muito bem, traz as devidas punições para os casos de violação ou abuso diante desses direitos. Durante muito tempo, a legislação penal foi a única responsável pela salvaguarda

⁸⁵ MACIEL, op. cit., p. 55.

dos direitos da personalidade, os resguardando antes mesmo das legislações constitucional e civil.

Neste ínterim, se faz importante resgatar os dizeres de LIXINSKI:

Os direitos da personalidade positivados no atual Código Civil brasileiro não eram antes desprotegidos pelo ordenamento. Mesmo antes da Constituição de 1988, direitos reconhecidos atualmente como direitos da personalidade vinham sendo protegidos, de uma forma ou de outra. Nesse sentido, destaca-se a tutela penal dos direitos da personalidade, em que diversas figuras povoam o Código Penal e a legislação especial.⁸⁶

O Código Penal destina todo seu Título I, Capítulo I, da Parte Especial para a proteção da pessoa e, conseqüentemente, dos direitos da personalidade. Referida tutela protege, em primeiro lugar, o direito à vida (art. 121 ao 128); seguido da proteção do direito à integridade física (art. 129 ao 136); da proteção do direito à imagem (art. 138 ao 145), proteção das demais liberdades (liberdade de locomoção – art. 146 ao 149; liberdade de associação e trabalho – art. 196 ao 199; liberdade religiosa – art. 208); intimidade, segredos e sigilos (art. 150 ao 154); e direito autoral e identidade (art. 184 ao 186).

O rol apresentado apenas serve para figurar a importância e expansão da regulamentação dos direitos da personalidade, não é nem jamais pretendeu ser exaustivo, até mesmo diante da grandeza do bem tutelado. Sendo assim, não pode desconsiderar a existência de outras tantas legislações esparsas, a título de exemplo, é possível citar a Lei n. 9.434 de 4 de fevereiro de 1997 (dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante), Lei n. 11.340 de 7 de agosto de 2006 (dispõe sobre a violência doméstica); e Lei n. 9.610 de 19 de fevereiro de 1996 (dispõe sobre direitos autorais).

Os direitos da personalidade sempre tiveram espaço no meio social, após longas empreitadas, obstinados a cumprir com os anseios sociais, foram aos poucos ganhando espaço diante do ordenamento jurídico, em especial do ordenamento jurídico pátrio.

⁸⁶ LIXINSKI, op. cit., p. 216.

Atualmente, a tutela dos direitos da personalidade não é mais, como antes, um direito descartável, ao contrário, por serem eles essenciais à figura humana, bem como constituírem elementos bases para seu desenvolvimento, integração e estímulo sociais, se mostram extremamente necessários.

Por sua vez, são espécies que sequer podem ser enumerada em um único trabalho, o principal motivo é atribuído à sua constante renovação, e como bem lembrado, são direitos essenciais e inerentes à própria condição humana, sem os quais essa se vê prejudicada. Outro motivo é a própria evolução social e econômica, quanto mais se evolui, maiores são os anseios provocados e buscados pela sociedade, conseqüentemente, vem à baila uma gama sempre maior de direitos.

No decorrer do trabalho foi possível destacar as principais características desses direitos, dentre elas: originários e/ou inatos; perenes e/ou vitalícios, inextinguíveis, necessários; intransmissíveis; irrenunciáveis; indisponíveis; absolutos e/ou de exclusão; imprescritíveis; impenhoráveis; generalidade; e extrapatrimoniais, *extra commercium* e/ou inalienáveis. Todas elas revelam a preocupação do legislador em proteger e garantir, ao máximo, direitos que possam conceder, quando menos, elementos suficientes para uma sobrevivência digna.

Apesar de o constituinte não ter inserido uma cláusula geral de tutela da personalidade, a regulamentação de forma esparsa, a extensão do princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta como suficiente para esse amparo, pois é ele o grande vetor para os demais direitos, em especial os provenientes da personalidade, os quais nada mais representam senão elementos provenientes da própria pessoa.

Sua relevância é tamanha que chegam a ocupar a categoria de direitos *sui generis*, ou seja, quebram a distinção realizada entre direito público e/ou direito privado, sendo constituído de caracteres peculiares à duas dimensões. Talvez esta seja a justificativa para sua regulamentação ter se desenvolvido nas duas esferas, não olvidando seu essencialismo.

4.3 Transexualismo e os direitos fundamentais da personalidade

Os direitos da personalidade entendidos em sua esfera global e, antes de qualquer outra coisa, tidos por fundamentais, levam a idéia de garantia ampla à esferas física e psíquica de seu titular. Assim, para que referida proteção se efetive torna necessário que seu exercício seja livre, ressalvados os limites naturais trazidos pela situação, local e titularidade, conforme citado.

Ao falar em liberdade de exercício busca, ante de mais nada, a realização pessoal de cada cidadão, bem como a garantia de seu plano desenvolvimento. Nesse sentido, esclarece o Nobre Desembargador AKEL:

A tutela da personalidade, sob todos os seus aspectos, e a garantia de que todo o ser humano leve a sua vida com pleno desenvolvimento e com igualdade de oportunidades, exigem a existência, no direito positivo, de uma cláusula geral de proteção da personalidade.⁸⁷

Oportuno lembrar que todas as tentativas de enumeração dos direitos fundamentais da personalidade são apenas exemplificativas, ou seja, impossível apresentar uma relação que seja exaustiva, já que estamos falando de direitos capazes de renovar e ampliar seus conceitos diante das necessidades do homem, variando assim para cada época.

Nesse sentido, não há de questionar que ao transexual, como a qualquer outro cidadão, estão assegurados todos os elementos de proteção e garantia para o desenvolvimento da personalidade. Contudo, há de destacar que o transexualismo está imerso no campo da sexualidade que por sua vez tem estrita ligação com o direito à vida (subespécie do direito à integridade física), ou seja, o direito de existir e desenvolver-se como tal. Nas palavras de ARAUJO:

Já se pode retirar da idéia de personalidade a sexualidade e a opção sexual. A sexualidade é componente inerente à vida e, como tal, pertencerá aos direitos da personalidade, sob pena de extrairmos dela, personalidade, elemento essencial e vital.⁸⁸

⁸⁷ AKEL, Elliot. *In*: TJSP, Apelação cível nº 209.101-4/0-00. 1ª Câm. Dir. Priv. Decisão nº 00453497. Data: 09/04/2002, p. 11. Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=1713664>, Acesso: 01.09.2009.

⁸⁸ ARAUJO, op. cit. (a proteção constitucional do transexual), p. 15.

Atrelado ao direito à vida, é possível encontrar o direito ao corpo vivo, aparecendo expressamente o direito ao transexualismo, bem como à cirurgia para redesignação de sexo.

Como direito fundamental que é, ao se falar em direito à vida, não é demais lembrar que apenas será completo quando puder ser exercido com dignidade. Em outras palavras, MORAES leciona:

...A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*;⁸⁹

No dizeres de DUTRA:

A dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento, serve para auxiliar o interprete a alcançar o fim desejado pelo constituinte em promover um Estado onde à população seja assegurada existência digna. Apesar de alguns autores defenderem conter este fundamento apenas conteúdo moral, percebe-se que a sua inserção expressa na Carta Magna constitui importante instrumento para a defesa das minorias, em especial para o caso, os transexuais.⁹⁰

Por sua vez, NOVELINO destaca:

Por outro prisma, enquanto fonte material dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana possui múltiplos valores afins, alguns deles imprescindíveis ao pleno desenvolvimento da personalidade. A *liberdade*, com especial relevância para a *autodeterminação* (autonomia da vontade), e a *igualdade*, são valores cuja violação representa um atentado à própria dignidade.⁹¹

Enquanto isso, no campo moral, assiste-lhe diretamente os direitos à honra, à intimidade, à imagem, ao aspecto moral da estética humana, à identidade pessoal, à identidade sexual e ao nome. Note-se identidade sexual não possui qualquer relação com opção sexual, eis o comentário de PARAENSE (2005, p. 140):

... Até recentemente, o termo mais utilizado ao se falar em identidade sexual era opção, e as diversas formas distintas da heterossexualidade eram

⁸⁹ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 12. ed. São Paulo : Atlas, 2002, p. 50.

⁹⁰ DUTRA, Mariana Silva Campos. A tutela do transexual no ordenamento pátrio. *In*: Revista Justilex, ano II, n. 14, fevereiro de 2003, p. 39.

⁹¹ NOVELINO, Marcelo. Da dignidade da pessoa humana: conteúdo jurídico. *In*: Revista Prática Jurídica, ano VII, n. 77, 31 de agosto de 2008, p. 27.

defendidas enquanto um direito individual decorrente da liberdade; por sermos livre, poderíamos *optar* pela identidade que quiséssemos. Este entendimento perdeu a força, na medida em que foi possível constatar que não se trata de uma mera opção. A dimensão psicológica da identidade, seja sexual ou não, não deriva exclusivamente de uma mera escolha consciente. Contudo, a visão de que uma identidade nunca é uma simples manifestação da autonomia da vontade não significa que a sua origem e natureza estejam claras.

Conveniente seria destacar que referida classificação não é uníssona, sendo comum na doutrina a tentativa de atribuir ao transexual apenas o direito à identidade sexual, especialmente para tolher-lhe o direito à identificação ou ao nome, conforme será analisado ao discorrer sobre a possibilidade de alteração do registro civil. Mas, conforme asseverado por ARAUJO (2000, p. 70):

O importante é verificar que o direito do transexual ocupa vários tópicos dos direitos da personalidade. E, como, será visto adiante, depois da cirurgia, o transexual tem direito à identidade e ao esquecimento de sua situação anterior, sob pena de trazer sempre consigo o estigma da transmutação.

Destarte, não há como duvidar que o transexual está totalmente acobertado pelos direitos da personalidade, assim, sua proteção é condição essencial ao seu pleno desenvolvimento e inclusão.

TÍTULO III

CAPÍTULO V

DA CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO DE SEXO

5.1 Considerações iniciais

A identidade de gênero pode ser traduzida como a percepção que a pessoa tem de pertencer a determinado sexo, é o resultado trazido pelo sexo de criação, ou melhor, para o caso dos transexuais representa o que deveria ser resultado do sexo de criação, envolto pelos fatores sociais externos, o que na verdade não ocorre, uma vez que demonstram desconforto e inadequação com os ditames que lhes são apresentados.

De acordo com os estudos apontados, o transexual pode ser classificado como uma pessoa portadora de patologia denominada disforia de gênero⁹², sendo prevista pela Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – versão 10 (CID10), no capítulo V que versa sobre transtornos mentais e comportamentais (F00-F99), cuja seção guarda os transtornos da personalidade e do comportamento adulto (F60-F69), e nela os transtornos da identidade sexual (F64), por fim, dentre eles o transexualismo (F64.0), assim descrito:

F64.0 Transexualismo

Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo

⁹² Dysphoria. (dis-for-e-a) [dys+G *phora*, sensação, comportamento]. Disforia; uma sensação de aborrecimento ou desconforto. *In*; Stedman Dicionário médico. Traduzido por: ARAÚJO, Cláudia Lúcia Caetano de, et. al. Supervisão de LEMOS, J. Israel, 25. ed., Rio de Janeiro : Guanabara Koogan, 1996, p. 397.

de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado.⁹³

Geralmente, os pacientes com disforia de gênero apresentam uma série de outros distúrbios psíquicos a ele associados, tais como: neuroses graves, depressão ou psicoses. Esses distúrbios são agravados pela necessidade do transexual de enfrentar um alto nível de frustração com o próprio corpo e pelo preconceito social, pois não consegue esconder a desarmonia entre seu corpo e suas atitudes. O preconceito ainda pode gerar complicações mais graves, transformando os distúrbios associados em uma questão central, afetando diretamente suas relações familiar, afetiva, social, profissional e sexual.

A hostilidade, o preconceito, a crueldade que impõe certamente a solidão são agressões cruciantes ao espírito que se não for forte levará a automutilação e ao suicídio, situações lamentavelmente freqüentes, segundo esclarecem os melhores tratadistas. A ignorância parece ser a raiz de todo o problema. A confusão com outras situações parece das a medida de desinformação quando se observa a incapacidade geral de distinguir o transexualismo com o simples homossexualismo.⁹⁴

CHAVES, desde a década de 70 brilhantemente diferenciou o transexual das demais espécies diversas, assim expondo:

Verificam-se, com efeito, casos de indivíduos que, reúnem, no corpo, todos os caracteres orgânicos de um determinado sexo, enquanto todo o seu psiquismo propende, irreversivelmente, para o oposto.

Teremos então hipóteses de travestis, ou fetichistas, que sentem necessidade de usar vestuário, atitudes e complementos do sexo oposto, ostentando sua aparência; homossexuais, que só se realizam com as pessoas de seu próprio sexo, e transexuais, que têm toda disposição psíquica e afetiva do sexo oposto, mas não se conformam nem se conciliam com a sua condição.

Por isso o comportamento destes é diferente: repudiam o sexo para o qual se apresentam instrumentalmente dotados não apenas pelo seu comportamento, mas também biologicamente, procurando, quando o tratamento clínico não seja suficiente, o recurso extremo da cirurgia, a fim de viver regularmente como integrantes do sexo psíquico, ao qual sentem pertencer, procurando assim, conciliar físico e espírito.⁹⁵

Consoante estudo desenvolvido, o transexual pode ser classificado como uma pessoa que vive com um complexo conflito sexual, diante do qual há uma disfunção

⁹³ Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – versão 10 (CID10). Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm>. Acesso: 29.10.2009.

⁹⁴ MOREIRA, Gilberto de Souza. TJSP. Apelação com revisão n. 352.509-4/0. 7ª Câmara. Dir. Priv. Voto n. 8148. Data: 09/06/2006. Disponível em <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2040730>. Acesso: 01.09.2009. p. 8.

⁹⁵ CHAVES, op. cit., p. 26.

entre seus sexos físico e psíquico, ou seja, apesar de “carregar” determinados órgãos sexuais (sexo físico), seu sentimento e sua postura (sexo psíquico) não os aceita nem os tem como toleráveis (como no caso do homossexualismo).

O transexual masculino não aceita relações sexuais com mulheres porque, tendo uma mente feminina, acha que estaria praticando um ato homossexual: e quando compelido a proceder como homem sofre torturas que facilitam o *stress* e, submetido a condições estressantes, abrem-se as portas para as neuroses e psicoses que levam alguns deles ao suicídio. Além disso, o transexual masculino usa roupas femininas porque se sente mais a vontade. Ao contrário do homossexual não experimenta excitação. Sai pouco de casa, onde se dedica aos afazeres femininos. A psicoterapia tradicional, no caso de transexuais, é considerada inoperante.⁹⁶

Assim, o transexual guarda como principal desejo a busca pela adequação entre seus sexos biológico e psíquico, conseguida apenas com a cirurgia de reversão ou redesignação de sexo. “A mudança de sexo, por meio da cirurgia, aparece, dessa forma, como possível solução para a tentativa de integração social desse grupo de pessoas”.⁹⁷

Os defensores da intervenção cirúrgica para os casos de transexualismo são contrários à terminológica “mudança”, haja vista indicar algo novo e completamente alheio à realidade do transexual. Desta forma, os termos redesignação ou adequação apresentam como mais acertados uma vez que busca igualar o sexo físico com o sexo psíquico do transexual operado, ou seja, não ser-lhe-á apresentado algo novo, mas sim haverá uma busca por equiparação ou similitude o sexo indicado por seu verdadeiro EU e o sexo biológico que lhe será renovado, a fim de que finde o conflito existente entre seu corpo e sua mente.

O principal problema para a aceitação da cirurgia de redesignação ou adequação de sexo para os casos de transexualismo está na inexistência aparente da disfunção de gênero, ou seja, enquanto nos casos de intersexualidade e hermafroditismo o problema apresentado pode ser identificado por um simples constatação visual, no transexualismo vai além, não basta um olhar, a identificação da anomalia requer empenho, estudo e atenção, principalmente capacidade compreensiva para não enquadrá-lo em outros estados comportamentais inicialmente equivalentes, como por exemplo: os casos de homossexualismo.

⁹⁶ Idem, p. 29-30.

⁹⁷ ARAUJO, op. cit. (a proteção constitucional do transexual), p. 111.

No tocante ao *intersexualismo* e ao *hermafroditismo*, não existem dúvidas quanto à natureza corretiva da intervenção cirúrgica, que tem por objetivo adequar o sexo predominante à sua perfeita funcionalidade. Dúvidas e indagações são estabelecidas em relação à cirurgia de modificação de sexo em *transexuais verdadeiros* ou *primários*.⁹⁸

Nesse sentido, acrescenta PERES (2001, p. 158):

A problemática ético-jurídica que envolve a cirurgia reparadora dos órgãos genitais não é a mesma quando a questão diz respeito aos intersexuais e quando se trata de pacientes transexuais. Constituído o transexualismo uma “entidade clínica autônoma”, diferente do intersexualismo, tem características próprias, que se manifestam pela vontade compulsiva de modificação de sexo em indivíduos “biologicamente perfeitos”. Nesse ponto repousa a grande diferença entre o transexualismo e o intersexualismo, pois, neste último caso, apresentam os indivíduos má-formação congênita e desvios de diferenciação genital que dão origem a uma sexualidade ambígua.

A cirurgia em questão não espelha pura e simplesmente um ato de escolha livre e arbitrária do interessado, na verdade é um desejo, um sentimento profundo que o acompanha por toda sua vida causando-lhe um intenso desconforto, seguido pelo consentimento médico, que apenas é prolatado quando diante da constatação inequívoca do transexualismo, mesmo assim, após é realizado acompanhamento com uma equipe de psiquiatras e psicólogos a fim de realçar a constatação anterior, bem como preparar o paciente para os resultados pós-operatórios (efetiva mudança e postura da sociedade), não esquecendo da parte dermatológica, onde são realizados exames e ministradas substâncias hormonais para favorecer o desenvolvimento dos aspectos secundários do sexo biológico a ser adquirido.

Ao contrário da cirurgia estética⁹⁹, a cirurgia de redesignação de sexo apresenta-se como necessária à promoção da vida, da integridade física e psíquica, da saúde, do bem-estar e da integração social do transexual.

Acima de tudo, o transexual dever ser visto como uma pessoa portadora de uma enfermidade, não apenas um cidadão que requer liberdade na busca de sua opção sexual, pois, como bem visto, se assim fosse seria um homossexual não um transexual, haja vista não estar diante de mera opção sexual. VIEIRA é categórica ao afirmar que se trata de caso de neurodiscordância de gênero:

⁹⁸ SZANIAWSKI, op. cit., p. 70-71.

⁹⁹ Note-se que a cirurgia de redesignação é um procedimento médico-cirúrgico necessário que pode ser acompanhado de outras intervenções estritamente estéticas, o que não altera sua natureza. Lembrando ainda que as intervenções para desenvolvimento das características sexuais secundárias compõe o procedimento cirúrgico de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, ou seja, não são tipicamente plásticas.

Transexual é o indivíduo que possui a convocação inalterável de pertencer ao sexo oposto ao constante em seu registro de nascimento, reprovando veemente seus órgãos sexuais externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia. Segundo uma concepção moderna, o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem; um transexual feminino é, evidentemente o contrário. São, portanto, portadores de neurodiscordância de gênero. Suas reações são, em geral, aquelas próprias do sexo com o qual se identifica psíquica e socialmente. Culpar esse indivíduo é o mesmo que culpar a bússola por apontar para o norte.¹⁰⁰

5.2 Da cirurgia

A cirurgia de redesignação de sexo no Brasil até pouco tempo (antes de 1997) constituía lesão corporal de natureza grave, conforme artigo 129, § 2º, inciso III do Código Penal, de acordo com o qual:

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

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

...

§ 2º Se resulta:

...

III – perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

...

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

Contudo, após referida data, o Conselho Federal de Medicina reconheceu a importância e relevância do tema, expedindo a resolução de nº 1.482 de 10 de setembro de 1997 que regulamentou o procedimento cirúrgico de tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e outros de caráter complementares à formação dos caracteres secundários do sexo a ser adquirido. Desde o início, mencionada resolução tratou de esclarecer que as intervenções para redesignação de sexo não seriam incluídas no crime de lesão corporal.

¹⁰⁰ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Direito à adequação de sexo do transexual. *In: Justiça do Direito*, v. 2, n. 16. Passo Fundo : Universidade de Passo Fundo – Faculdade de Direito, 2002, p. 358.

A interferência do Conselho Federal pode ser atribuída ao reconhecimento do transexualismo como uma patologia, pois até então era erroneamente assimilado à opção sexual. São seus dizeres:

CONSIDERANDO ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenotipo e tendência à auto mutilação e ou auto-extermínio;

CONSIDERANDO que a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal, visto que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico;¹⁰¹

Com fundamento nessas justificativas, atreladas à constatação de viabilidade das cirurgias (neocolpovulvoplastia, neofaloplastia), a cirurgia passou a ser realizada naquelas pessoas reconhecidas como transexuais. O reconhecimento dependiam do preenchimento de certos requisitos, também enumerado pela resolução, segunda a qual:

2. A definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

- desconforto com o sexo anatômico natural;
- desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- permanência desse distúrbio de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos
- ausência de outros transtornos mentais.¹⁰²

Entretanto, mesmo diante da detecção de um caso de transexualismo, a seleção dos pacientes depende de avaliação multidisciplinar, após dois anos de acompanhamento médico (psiquiatra, endocrinologista, psicólogo e assistente social), sendo o paciente maior de 21 anos e não possuir qualquer característica física imprópria para a cirurgia, conforme item 3 da resolução. Não esquecendo a necessidade de consentimento livre e esclarecido do paciente (item 5).

Por fim, ainda previa a realização da cirurgia apenas em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados à pesquisa.

¹⁰¹ BRASIL. Resolução CFM n. 1.652/2002. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1482_1997.htm Acesso: 29.10.2009.

¹⁰² Idem.

Contudo, cinco anos após sua publicação, a Resolução nº 1.482/97 foi revogada dando lugar a Resolução nº 1.652 de 06 de novembro de 2002. Essa última tratou de ressaltar o estágio atual do processo seletivo, o avanço e aperfeiçoamento das novas técnicas cirúrgicas, bem como seu bom resultado estético e funcional.

Destarte, excluiu do pólo de intervenção cirúrgica experimental àquela do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo (artigo 1º); apenas assim reconhecendo as do tipo neofaloplastia e seus procedimentos complementares. A diferença aqui é atribuída à quantidade de cirurgias realizadas, sendo as de neocolpovulvoplastia (redesignação do transexual masculino) de número muito superior às neofaloplastia.

Por sua vez, manteve os requisitos para reconhecimento do transexualismo, mas inovou quanto ao local para realização das cirurgias, prescrevendo que as de tipo experimental deveriam ser realizadas em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados para a pesquisa, mas permitindo que as demais passassem a ser praticadas em hospitais públicos ou privados, independente da pesquisa.

Art. 5º Que as cirurgias para adequação do fenótipo feminino para masculino só poderão ser praticadas em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados para a pesquisa.

Art. 6º Que as cirurgias para adequação do fenótipo masculino para feminino poderão ser praticadas em hospitais públicos ou privados, independente da atividade de pesquisa

Parágrafo 1º - O Corpo Clínico destes hospitais, registrado no Conselho Regional de Medicina, deve ter em sua constituição os profissionais previstos na equipe citada no artigo 4º, aos quais caberá o diagnóstico e a indicação terapêutica.

Parágrafo 2º - As equipes devem ser previstas no regimento interno dos hospitais, inclusive contando com chefe, obedecendo os critérios regimentais para a ocupação do cargo.

Parágrafo 3º - A qualquer ocasião, a falta de um dos membros da equipe ensejará a paralisação de permissão para a execução dos tratamentos.

Parágrafo 4º - Os hospitais deverão ter Comissão Ética constituída e funcionando dentro do previsto na legislação pertinente.¹⁰³

Por fim, manteve a necessidade de consentimento livre e esclarecido do paciente.

Nessa linha, a Portaria nº 1.707 de 18 de agosto de 2008, com fundamento no direito à saúde; no direito ao atendimento humanizado e livre de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero; na Resolução nº 1.652 e na necessidade de regulamentação dos procedimentos de transgenitalização no Sistema Único de Saúde – SUS, instituiu o processo transexualizador. Assim prevendo:

Art. 1º - Instituir, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador a ser empreendido em serviços de referência devidamente habilitados à atenção integral à saúde aos indivíduos que dele necessitem, observadas as condições estabelecidas na Resolução nº 1.652, de 6 de novembro de 2002, expedida pelo Conselho Federal de Medicina.

Art. 2º - Estabelecer que sejam organizadas e implantadas, de forma articulada entre o Ministério da Saúde, as Secretarias de Saúde dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, as ações para o Processo Transexualizador no âmbito do SUS, permitindo:

I - a integralidade da atenção, não restringindo nem centralizando a meta terapêutica no procedimento cirúrgico de transgenitalização e de demais intervenções somáticas aparentes ou inaparentes;

II - a humanização da atenção, promovendo um atendimento livre de discriminação, inclusive pela sensibilização dos trabalhadores e dos demais usuários do estabelecimento de saúde para o respeito às diferenças e à dignidade humana;

III - a fomentação, a coordenação a e execução de projetos estratégicos que visem ao estudo de eficácia, efetividade, custo/benefício e qualidade do processo transexualizador; e

IV - a capacitação, a manutenção e a educação permanente das equipes de saúde em todo o âmbito da atenção, enfocando a promoção da saúde, da primária à quaternária, e interessando os pólos de educação permanente em saúde.¹⁰⁴

¹⁰³ BRASIL. Resolução CFM n. 1.652/2002. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM n. 1.482/97. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm Acesso: 29.10.2009.

¹⁰⁴ BRASIL. Portaria n. 1.707 de 18 de agosto de 2008. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html. Acesso: 29.10.2009.

A fim de efetivar os proclamas da Portaria nº 1.707/2008, adveio a Portaria nº 457 de 19 de agosto de 2008 que regulamentou o processo transexualizador no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, trazendo como principais pontos;

Art. 1º - Aprovar, na forma dos Anexos desta Portaria a seguir descritos, a Regulamentação do Processo Transexualizador no âmbito do Sistema Único de saúde - SUS:

- Anexo I: Normas de Credenciamento/ Habilitação de Unidade de Atenção Especializada no Processo Transexualizador, referência para a realização dos procedimentos para a atenção aos indivíduos com indicação para a realização do Processo Transexualizador;

- Anexo II: Formulário de Vistoria do Gestor para Classificação e Credenciamento/Habilitação de Unidade de Atenção Especializada no Processo Transexualizador;

- Anexo III: "Diretrizes de Atenção Especializada no Processo Transexualizador"; e

- Anexo IV: Relação dos Serviços com expertise, Habilitados para a realização dos procedimentos previstos no Processo Transexualizador.

Art. 2º - Definir como Unidade de Atenção Especializada no Processo Transexualizador - a unidade hospitalar que ofereça assistência diagnóstica e terapêutica especializada aos indivíduos com indicação para a realização do processo transexualizador e possua condições técnicas, instalações físicas, equipamentos e recursos humanos adequados a este tipo de atendimento.

Parágrafo Único: São características da Unidade de Atenção Especializada:

I- Ser Hospital de Ensino, certificado pelo Ministério da Saúde e Ministério da Educação, de acordo com a Portaria Interministerial MEC/MS nº 2.400, de 02 de outubro de 2007;

II- Ser Hospital contratualizado com o SUS de acordo com as Portaria Interministerial nº 1.006, de 27 de maio de 2004, Portarias GM/MS nº 2.352, de 26 de outubro de 2004, nº 1.702, de 17 de agosto de 2004, e nº 1.703, de 17 de agosto de 2004;

III- Estar articulado e integrado com o sistema de saúde local e regional;

IV- Dispor de estrutura de pesquisa e ensino organizados, com programas e protocolos estabelecidos para o processo transexualizador; e

V- Ter adequada estrutura gerencial capaz de zelar pela eficiência, eficácia e efetividade das ações prestadas;

Art. 3º - Definir como atribuições da Unidade de Atenção Especializada:

I- Apoiar a implantação das Diretrizes do Processo Transexualizador no SUS, que deve se pautar:

a) Na integralidade da atenção, não restringindo ou centralizando a meta terapêutica às cirurgias de transgenitalização e demais intervenções somáticas;

b) Na humanização da atenção, promovendo um atendimento livre de discriminação, inclusive através da sensibilização dos trabalhadores e demais usuários da unidade de saúde para o respeito às diferenças e à dignidade humana; e

c) Na constituição de equipe interdisciplinar e multiprofissional.

Art. 4º - Determinar que as Secretarias de Estado da Saúde e Secretarias Municipais de Saúde, em Gestão Plena do Sistema, estabeleçam os fluxos assistenciais, os mecanismos de referência e contra-referência dos pacientes e, ainda, adotem as providências necessárias para que haja a articulação assistencial entre os serviços e, considerem na distribuição geográfica das Unidades de Assistência os parâmetros a seguir:

I- ter base territorial de atuação definida por Macroregião;

II- população a ser atendida, conforme os parâmetros utilizados na Programação Pactuada Integrada - PPI;

III- necessidade de cobertura assistencial;

IV- mecanismos de acesso com os fluxos de referência e contra-referência;

V- capacidade técnica e operacional dos serviços; e

VI- Expertise confirmada dos serviços e equipe.

Art. 5º - Definir que o credenciamento da Unidade de Atenção Especializada no Processo Transexualizador é descentralizado e, portanto, de responsabilidade do gestor estadual ou municipal de acordo com sua competência de gestão

...

Art. 8º - Criar o procedimento específico para tratamento hormonal pré-operatório à cirurgia seqüencial de transgenitalização.

...

Art. 9º - Criar o procedimento específico para acompanhamento terapêutico no Processo Transexualizador:

...

Art. 10 - Criar o procedimento específico para cirurgia de transgenitalização: Redesignação Sexual.¹⁰⁵

¹⁰⁵ BRASIL. Portaria n. 457 de 19 de agosto de 2008. Aprova a regulamentação do processo transexualizador no âmbito do Sistema Único de saúde – SUS. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457_19_08_2008.html. Acesso: 29.10.2009

Como pode verificar, as inovações foram poucas, mas suficientes para demonstrar a evolução e o aperfeiçoamento das cirurgias de redesignação de sexo (neocolpovulvoplastia e neofaloplastia), bem como a necessidade de interferência do Poder Público, por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, como intermediário e realizador do direito à saúde, à integridade e à vida, assim resguardado por meio da cirurgia de redesignação de sexo.

5.2.1 O direito à cirurgia de redesignação de sexo como um direito fundamental

Os direitos fundamentais da personalidade, em síntese, nada mais buscam senão a plena realização do indivíduo no meio em que vive. É o mesmo que dizer serem eles os pilares do livre e pleno desenvolvimento.

A doutrina nacional e alienígena, de um modo geral, tem inserido o direito de o indivíduo se submeter a alteração do *status* sexual em um direito inerente à própria pessoa, um *direito de personalidade*, tipificando-o como um direito ao *próprio corpo*, como tipificação de um direito de personalidade, estaria intimamente ligado ao direito à *integridade física* do homem, cujo objeto busca proteger o ser humano em seus interesses materiais e morais em relação ao próprio corpo.¹⁰⁶

Conforme visto, o direito à integridade física compreende, além da integridade corporal, a vida, à saúde e a integridade psíquica.

Há que destacar que o direito à vida se coloca num patamar hierárquico superior aos demais, visto que sem ele torna inviável o exercício de qualquer outro, sendo ele requisito mínimo dos demais. Diante de sua importância, destaca PERES (2001, p. 152) que “o direito à vida é indisponível, ainda que o seu titular consinta. O mesmo não ocorre com o direito à integridade física, sendo, em certo limite, possível a disposição, desde que, para tanto, haja o consentimento de seu titular”.

Conforme bem posiciona SUTTER (1993, p. 101)

¹⁰⁶ SZANIAWSKI, op. cit., p. 78.

O direito à vida, o primeiro a ser garantido pela Carta Magna, não significa apenas que as diferentes funções orgânicas e psíquicas do homem estejam em perfeito funcionamento: “viver é também empregar as suas faculdades e satisfazer as aspirações de seu ser”...

Por sua vez, o direito à saúde engloba duas esferas: a saúde em si e o direito ao bem-estar. Não esquecendo que o direito à saúde e direito à vida são espécies totalmente dependentes, sendo que uma não pode subsistir senão pelo exercício e resguardo da outra.

Juntamente às espécies em questão, e ocupando lugar de complementaridade da integridade física, está a integridade psíquica, que segundo as palavras de SZANIAWSKI (1998, p. 80):

A psique compõe a estrutura do ser humano, constituindo um componente indivisível da própria personalidade. Deste modo, pode-se afirmar que o direito à *integridade psíquica* se resume na imposição de um dever geral à coletividade de respeitar a psique das pessoas, não podendo causar-lhes qualquer dano.

Assim como o direito à saúde, referido direito está diretamente atrelado ao pleno desenvolvimento do cidadão, ou seja, a imposição para respeito à integridade psíquica requer, antes de qualquer coisa, o direito à postura social escolhida pelo indivíduo (em especial o transexual), bem como sua aceitação e respeito perante a coletividade.

O que precisa ser compreendido é que a cirurgia de redesignação de sexo, ao contrário de muitas especulações que são apresentadas, é tida como o principal elemento conservador da vida, da integridade física, psíquica e da saúde do cidadão transexual. Conforme verá, não raras vezes, o transexual por sua doença (disfunção de gênero) chega a cometer atos atentatórios à própria vida, na tentativa desesperada de se livrar dos órgãos que lhe foram propiciados pela formação biológica.

CHAVES (1977, p.27), ao comentar sobre a busca e realização da cirurgia de redesignação de sexo, expõe que “procuram, assim, as “mulheres aprisionada em corpo de homem”, ou vice-versa, pôr fim aos conflitos psicológicos e sociais de que são vítimas, evitando, muitas vezes, o suicídio ou a degradação.”

...o Estado não pode assistir passivamente à situação de sofrimento dos transexuais sem procurar minorar-lhes tal angústia, porque todos neste país têm o direito a uma existência digna. Da própria dignidade advém o direito à felicidade que, no caso, dos transexuais só é – ou ao menos parcialmente obtida – com a cirurgia de redesignação sexual.¹⁰⁷

A prestação e o atendimento cirúrgico ao transexual é requisito necessário para tornar efetiva a previsão trazida pelo artigo 196 da Constituição Federal, de acordo com o qual:

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

Conforme citado alhures, tendo em vista a importância do tratamento do transexual, bem como sua proteção em função do resguardo ao direito à saúde, várias legislações (Resolução n. 1.482 de 10 de setembro de 1997, Resolução n. 1.652 de 06 de novembro de 2002, ambas do Conselho Federal de Medicina; Portaria n. 1.707 de 18 de agosto de 2008 e Portaria n. 457 de 19 de agosto de 2008, ambas do Ministério da Saúde) foram editadas a fim de efetivar os proclamas constitucionais.

5.2.3 A cirurgia de redesignação de sexo como um direito sobre o próprio corpo

Ao instituir direitos fundamentais da personalidade, ter a pessoa como centro do ordenamento jurídico, o sistema o fez de modo a assegurar a dignidade humana e permitir o pleno e livre desenvolvimento. Assim, quando da permissão de liberdade e autonomia para a realização dos projetos existenciais, garante ao indivíduo o poder de disposição livre.

Por conseguinte, o poder de disposição deve ser entendido como o direito do indivíduo de dispor livremente de atos que induzam seu pleno desenvolvimento, é na verdade um direito de autodeterminação pessoal. Em se tratando de direito

¹⁰⁷ DUTRA, op. cit., p. 39.

fundamental, qualquer ato de disposição requer o consentimento livre e voluntário do seu titular, desde que respeitados os limites impostos pela dignidade humana.

O corpo é tido como o bem físico da personalidade, determinante da esfera externa da pessoa, em outras palavras, o corpo é a estrutura física necessária ao desenvolvimento da pessoa. É um bem composto por órgãos, tecidos, músculos, nervos e células, por isso a importância jurídica de sua tutela.

Conforme sustentado em item próprio, a legislação interna previu a possibilidade de disposição sobre o próprio corpo (tecidos, órgãos e partes do corpo) em casos de realização de transplantes e tratamento médico (artigo 1º da Lei nº 9.434/97), relativizando o princípio da indisponibilidade.

Há de asseverar que a disposição não pode ser exercida de forma livre, como mencionado, haverá uma relativização, não extinção. Assim, será ilícito qualquer consentimento ou atividade que acarrete perda ou diminuição permanente da integridade física de seu titular, bem como afete sentidos ou órgãos tornando-os inúteis para sua função natural ou que implique na extinção da vida. A fim de corroborar com a assertiva supra, cite o artigo 13 do Código Civil, de acordo com o qual é defeso dispor sobre o próprio corpo quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrária os bons costumes, salvo por exigência médica.

Em outras palavras, o corpo será disponível para a salvaguarda de interesse superior, sendo inadmissível a automutilação, a busca de enfermidade, o suicídio, a prática do aborto, a violação da liberdade sexual e a venda de partes do corpo.

Não esquecendo que os diplomas acima (artigo 14 do Código Civil e artigos 3º a 8º da Lei nº 9.434/97) ainda prevêm a possibilidade de disposição do próprio corpo para depois da morte (*post mortem*).

Quanto à doação *post mortem*, o legislador atribuiu um tratamento especial no que toca ao consentimento, uma vez que haverá uma presunção relativa de autorização, salvo no caso do incapaz, que necessitará de autorização expressa de ambos os pais ou representantes legais. Aquele que não quiser ser doador deverá manifestar-se em sentido contrário, a fim de afastar a presunção.¹⁰⁸

¹⁰⁸ PERES, op. cit.), p. 156.

A partir disso, é possível alcançar duas interpretações, a primeira delas quanto à possibilidade de realização da cirurgia de redesignação de sexo com fulcro na exigência médica, o que na verdade expressa o verdadeiro “estado de necessidade” do paciente. A exigência médica no caso estaria vinculada à única possibilidade e eficácia de tratamento para os casos de transexualismo, e, antes de qualquer outra coisa, tendo na cirurgia o meio hábil para evitar a automutilação e até mesmo o suicídio, protegendo-se assim a integridade física e psíquica, a saúde e a vida.

Por outro lado, pensando em uma interpretação mais restrita e apegada ao tradicionalismo, ter-se-ia a proibição da cirurgia em tela com fundamento na contrariedade dos bons costumes.

É patente que os costumes variam para cada região, bem como para cada período histórico, são elementos em constante renovação. Destarte, os bons costumes de dez anos atrás não podem ser equiparados ao conceito de bons costumes dos dias atuais, no mesmo sentido, antes quando se falava em transexual logo pensava em travesti ou homossexual, havendo uma equívoca equiparação entre eles, ainda ligeiramente sustentada nos dias atuais por pessoas com menor grau de esclarecimento, mas já claramente diferenciados pela doutrina médica e jurídica.

Conforme bem asseverado por CUNHA:

A evolução dos costumes e da medicina proporcionou àqueles que não se ajustam ao sexo com que nasceram a possibilidade de modificação dos caracteres sexuais secundários e também dos genitais, no que se convencionou chamar de cirurgia de redesignação de sexo. Possibilitou-se, assim, aos transexuais, uma solução para a inadequação psíquica que sentem e para as mazelas sociais decorrentes de sua peculiar situação.¹⁰⁹

SZANIAWSKI (1998, p. 80) destaca:

Em conclusão, constatamos que a doutrina, de um modo geral, admite a existência de um direito, que toda pessoa possui, de dispor, limitadamente, de seu próprio corpo, encontrando os limites deste direito na vedação à diminuição permanente de sua *integridade psicofísica*, possuindo o poder

¹⁰⁹ CUNHA, Maia de. TJSP. Apelação cível n. 619.672-4/9. 4ª Câmara. Dir. Priv. Voto n. 17.062. Data: 19/02/2009, p. 1-6. Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3497700>. Acesso: 01.09.2009. p.2.

de praticar atos materiais sobre seu corpo, excetuando-se os atos de mutilação e de destruição.

No dizeres de SUTTER (1993, p. 114) “o transexual anseia, como já vimos, adaptar sua aparência, em todas as suas expressões, ao seu sexo psicológico”.

Com sábias palavras, VIEIRA esclarece:

O direito à busca do equilíbrio corpo-mente do transexual, ou seja, à adequação de sexo e prenome, está ancorado no direito ao próprio corpo, no direito à saúde (art. 6º da Constituição Federal), principalmente no direito à identidade sexual, a qual integra um poderoso aspecto da identidade pessoal. Trata-se, destarte, de um direito da personalidade.¹¹⁰

Não há dúvidas de que toda e qualquer pessoa capaz pode consentir e dispor sobre seu próprio corpo, desde que para fins ou atos lícitos. Nesse sentido, o paciente, quando desejar, pode consentir para que o médico submeta-o à determinada intervenção cirúrgica com o fim de cura (estado de necessidade) ou melhora (estética), sem que isso incida em qualquer espécie de lesão corporal ou mutilação.

Poder-se-iam negar ao transexual o direito à busca do equilíbrio corpo-mente, à identidade sexual e a uma vida feliz? Deveria ele permanecer nessa vida dupla e angustiante ou teria o direito de optar por sua sexualidade psíquica para minorar seu sofrimento e recuperar a saúde mental?¹¹¹

Atente-se que para os casos de transexualidade a disposição sobre o próprio corpo está a par da exigência médica, uma vez que necessária à preservação da incolumidade físico-psíquica da pessoa, bem como o resguardo da própria vida. Destarte, referido ato constitui manifestação da autonomia e da liberdade, representando a manifestação do livre desenvolvimento da personalidade.

Em nenhum momento o ato de dispor do próprio corpo para fins de cirurgia de transgenitalização importa diminuição da integridade física, ao contrário, assim requer para sua promoção, evitando os não raros casos de automutilação.

Ademais, é com base no critério da exigência médica que se fundamenta a intervenção em questão, cuja finalidade não é outra senão o tratamento terapêutico,

¹¹⁰ VIEIRA, op.cit. (direito à adequação de sexo do transexual), p. 359.

¹¹¹ DINIZ, op. cit. (o estado atual do biodireito), p. 286.

consoante a caracterização do transexualismo como enfermidade e não mera opção sexual.

5.2.4 Requisitos para a cirurgia

A cirurgia de redesignação de sexo requer como principal e primeiro requisito a constatação da qualidade de transexual do interessado. Para tanto, a Resolução nº 1.652 de 06 de novembro de 2002 estabelece, em seu artigo 3º, os requisitos mínimos para referida constatação, sendo eles:

Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
- 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- 4) Ausência de outros transtornos mentais.

Superada o preenchimento dos requisitos primários, outros tantos devem ser observados, a começar pela avaliação da equipe multidisciplinar composta por psiquiatra, endocrinologista, psicólogo e assistente social, por período mínimo de dois anos; seguidos da idade de 21 (vinte um anos) do paciente; ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia (devem ser realizados exames físicos que comprovem o bom estado de saúde do paciente, a fim de que eventual intervenção cirúrgica não ponha em risco sua vida e/ou integridade física); e, por fim, o consentimento livre e esclarecido do paciente.

Ressalvando que a carência de qualquer dos requisitos acima arrolados compromete a realização da cirurgia, incorrendo na sua suspensão ou até mesmo na sua inviabilidade total.

5.2.5 Intervenção cirúrgica

O transexual masculino, ao submeter-se à cirurgia redesignatória tem seus falo e testículos amputados, construindo em seu lugar uma neovagina, a qual é constituída a partir da utilização da pele escrotal (não mucosa). Para os caracteres secundários (por exemplo: pêlos, seios, quadril, entre outros) são utilizadas intervenções cirúrgicas de estética como aplicação de silicone nas áreas dos seios e glúteos, alteração óssea na base do quadril e tratamento à base de hormônios para tratamento de pêlos.

A realização da operação de *transexual* masculino para feminino é muito mais fácil. Pode ser realizada, comumente, em apenas um tempo cirúrgico. Realiza-se a amputação do pênis, preservando a glândula, que será colocada no local onde se localiza o clitóris, na mulher, a fim de manter a sensibilidade necessária para o orgasmo, na realização do coito. A técnica permite que a sensibilidade não sofra alteração alguma. A uretra também é amputada, e, no períneo, entre o ânus e a raiz do escroto, é realizada uma incisão em forma de cruz ou V. O escroto é invertido, construindo-se a neovagina. O molde será utilizado por um certo período, a fim de evitar eventual colamento da cavidade.¹¹²

No caso do transexual feminino ocorre um fechamento da abertura vaginal com conseqüente constituição de neopênis (a partir de enxerto) e testículos de silicone (faloplastia), são retiradas as mamas (*mastectomia*), o útero (*histerectomia*) e os ovários (*oforectomia*); por sua vez, os caracteres secundários desenvolvidos a base de hormônios e cirurgias estéticas.

A cirurgia realizada em transexual feminino para masculino dá-se em três tempos cirúrgicos. O primeiro, que consiste na *laparotomia* para retirada do útero, ovários e anexos. O segundo tempo, destinado à retirada da vagina e à construção de um neopênis e do escroto. E, no último tempo, é realizada a prótese peniana, destinada a permitir a ereção do neopênis, para a realização do coito. O paciente, operado de mulher para homem, poderá manter atividade sexual no prazo de noventa dias após a realização da prótese peniana e testicular...¹¹³

Acrescenta PERES (2001, p. 161) que:

Nas mulheres, a cirurgia consiste em remover os seios e em realizar uma histerectomia. Remove-se parte da pele da região abdominal ou inguinal, preparando-se, assim, o novo pênis (faloneoplastia), conseguindo-se,

¹¹² SZANIAWSKI, op. cit., p. 90.

¹¹³ Idem, p. 89.

muitas vezes, segundo relatos médicos, um pênis de dimensões normais e funções também quase normais.

Importante asseverar que nos casos transexuais os caracteres secundários surgem antes mesmo da intervenção cirúrgica para redesignação do sexo. Em muitos casos, freqüentes até hoje, a cirurgia ocorre para correção de atos mutilatórios. Esses fatos demonstram a rejeição do sexo biológico para o transexual.

As operações sofrem variações de acordo com cada caso. São as mesmas, complementadas com a ministração de hormônios sexuais que, objetivam estimular as características do sexo adotado. Para os que passam a ser homens, ministra-se testosterona e para os que passam a ser mulheres, estrógeno. Assim procedendo, procuram esses indivíduos pôr fim aos conflitos psicológicos e sociais que são vítimas.¹¹⁴

Não obstante alguns casos homossexuais e travestismo onde há a ingestão de hormônios para aquisição de caracteres secundários do biótipo sexual oposto ao existente, a grande diferença em relação ao transexualismo é a aceitação dos órgãos sexuais naturais. Naqueles primeiros casos, não visa uma mudança brusca do biótipo sexual, apenas deseja obter alguns caracteres que os deixam mais femininos ou masculinos, sem que haja manifestação de repúdio ao sexo biológico, essa experiência, muitas vezes, apenas é realizada com intuito fetichista, o que não ocorre nos transexuais.

O transexual conforme esclarecido rejeita seus órgãos biológicos de tal forma ao ponto de mutilá-los em alguns casos e, independente de qualquer mudança secundária, jamais se vêem satisfeitos, a não ser após a intervenção cirúrgica.¹¹⁵

5.2.6 Pontos em discussão

Não raras vezes, comentários surgem de modo negativo à permissão da cirurgia de redesignação de sexo devido ao seu caráter definitivo, o principal argumento é dirigido quanto a possibilidade de decepção e arrependimento do transexual após a intervenção cirúrgica.

¹¹⁴ PERES, op. cit., p. 162.

¹¹⁵ Lembrando que a satisfação total somente é alcançada após a alteração dos dados do registro civil.

Quanto ao ponto em tela, convém destacar que o acompanhamento médico realizado pela equipe multidisciplinar envolvendo psicólogos, endocrinologista, psiquiatras e assistente social, num período antecedente à cirurgia nunca inferior a dois anos, tem por objetivo verificar se de fato trata de caso de transexualidade (disforia de gênero) e se o paciente está apto a passar pela intervenção cirúrgica. Esse processo também serve para constatar se há possibilidade de arrependimento, caso em que a cirurgia será dada por suspensa.

Outrossim, deve pensar que nos casos verídicos de transexualidade, a possibilidade de arrependimento é zero.

Outro argumento estaria quanto à naturalidade do órgão criado, ou seja, a neovagina criada a partir da pele escrotal não possui a elasticidade encontrada no órgão tipicamente feminino, nesse sentido, resistentes alertam a dificuldade para manter a lubrificação, acentuando que o transexual sempre dependerá de meios industriais para o ato sexual; ademais, alerta quanto a necessidade de ter um parceiro com o pênis do tamanho ideal ao da abertura da neovagina, sendo que caso contrário jamais se obterá prazer durante a relação sexual, ou por tornar-se dolorosa ou por insensibilidade.

Neste ponto, esclarece SUTTER (1993, p. 116-117):

(...) Vejamos: o transexual recusando seu sexo biológico e admitindo como verdadeiro seu sexo psicológico, se imagina como realmente tivesse nascido nesse sexo. Isto é muito importante porque ele não nasceu assim e, por mais que se faça, por melhor que seja a cirurgia, sua anatomia impede perfeita funcionalidade, que ele teria, se são e nascido com aquele sexo. Uma amputação de falo e testículos pode permitir a produção de uma neovagina. Mas esta não será exatamente como uma vagina comum, será revestida de pele e não de mucosa, o que impedirá a elasticidade normal. Em razão da falta de elasticidade o diâmetro do falo do parceiro deverá ser proporcional, pois se demasiadamente grande a relação será dolorosa e, se pequeno, insensível. A satisfação também será diferente e se limitará à pressão exercida nos corpos cavernosos, no restante de falo e de uretra. Cumpre ressaltar todavia a importância que exerce o psiquismo do indivíduo para o maior ou menor grau de satisfação...

Ainda há fundamento de inviabilidade da cirurgia pelo uso do molde para evitar o fechamento da neovagina, aqui é destacado o desconforto causado ante a necessidade de uso diário do mesmo, não descartando a causa de dor.

Não bastasse, ainda é suscitado a possibilidade de exclusão social do transexual, já que recusa seu sexo biológico e, assim, não consegue agir com naturalidade perante as relações trazidas pelo meio social no qual vive.

Neste ponto, deve destacar que a cirurgia ocupa um importante papel na reconstrução da auto-estima do transexual, facilitando sua inclusão na sociedade, o que torna completo após o processo de aquisição de sua nova identidade sexual.

Tem ainda aqueles que defendem a tese de que a cirurgia de redesignação de sexo é, na verdade, um claro ato de lesão corporal de natureza grave, conforme artigo 129, § 2º, inciso III do Código Penal (acima transcrito).

Quanto à questão da lesão corporal durante muito tempo era aceita, mas acabou por superada a partir da publicada da Resolução nº 1.482/97, posição renovada com a Resolução n. 1.652 de 06 de novembro de 2002, ambas do Conselho Federal de Medicina. Atualmente tem-se que a intervenção cirúrgica visa suprir uma necessidade do paciente, sendo estritamente necessária à preservação de sua saúde, vida e integridade física, estando o médico agindo acobertado pela excludente de ilicitude prevista pelo artigo 23, inciso III do Código Penal, pela qual:

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

...

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Por fim, talvez o argumento mais contundente, está na alegação de ineficácia cirúrgica uma vez que não seria possível atribuir ao transexual, seja homem ou mulher, todas as qualidades daquele que carrega seu sexo natural, especialmente àquelas atinentes ao processo reprodutivo, tendo a cirurgia em questão característica mutilatória ou demolitória, constituindo-se verdadeira lesão corporal de natureza grave.

Já o transexual feminino sentiria problemas semelhantes, a começar por uma tentativa falha de ereção, já que somente lhe assistiria uma semi-ereção peniana.

Em que pese os argumentos negativos, devidamente rebatidos, os argumentos positivos se mostram suficientes, a começar pela adequação entre os sexos físico e psicológico, sendo que eventual correção apenas ocorreria em relação ao sexo externo, preservando as características inatas da psique.

Outro ponto seria que a partir do momento em que o transexual se sente “normal” ou “adequado” estaria um passo à frente para sua inclusão social.

Por sua vez, a cirurgia de redesignação de sexo poder ser apresentada como um requisito essencial para a promoção do bem-estar humano, bem como base para a preservação da integridade física de seu beneficiário.

Rebatendo o argumento da reprodução humana, o transexual operado equivaleria a um homem ou uma mulher estéril, que nem por isso deixam de amar e ser amados, nem tão pouco deixam de ser felizes. Como bem assevera SZANIAWSKI (1998, p. 87):

A realidade é que o *transexual* possui um forte desejo de praticar relações heterossexuais, e não homossexuais. Dificilmente tem o *transexual* não operado uma vida sexual regular. Se, esporadicamente, mantiver algum contato sexual, na maior parte das vezes, se não sempre, não sentirá prazer nos órgãos genitais, em virtude de o *transexual*, mormente o masculino, nutrir contra estes sentimentos de repulsa e de desgosto por sua existência, vindo, aos poucos, à tona a vontade de livrar-se dos mesmos. Em decorrência desses desejos inafastáveis, as diversas terapias, consoante destacado, e a própria *psicoterapia* mostram-se inúteis. Só resta ao transexual, a fim de encontrar seu verdadeiro ego, a realização das adaptações de seu corpo à sua psique, mediante a realização de operação cirúrgica.

Ademais, conforme destacado por CHAVES, “a esterilidade, que resulta na impotência *generandi* é comumente encontrada no sexo masculino e, diante do direito, não desfigura esse genótipo – não constituindo mesmo óbice para o casamento.”¹¹⁶

Atualmente, a cirurgia de redesignação de sexo tem se mostrado como o único meio hábil e recurso terapêutico eficaz para o tratamento do transexualismo. Outrossim, é uma cirurgia que requer um intenso e minucioso preparo pré e pós-operatório, acompanhado de rigorosa avaliação psiquiátrica, onde a vida pregressa do operado é totalmente rastreada a fim de identificá-lo ou não como transexual,

¹¹⁶ CHAVES, op. cit., p. 24.

pois, qualquer outra anomalia sexual apresenta-se como impedimento para realização da cirurgia em questão.

O leitor deve visualizar que a cirurgia em tela tem finalidade reparadora (corretiva) e não mutiladora, assim, ao contrário de resultar em uma lesão corporal busca, na verdade, evitar a ocorrência de eventual lesão (auto-lesão) ou até mesmo suicídio. Pensá-la como mutiladora traria a necessidade de rever outras intervenções cirúrgicas que acabam por sendo tão incisivas quanto, como por exemplo, as cirurgias de ovário-histerectomia (retirada dos ovários e útero para tratamento).

Interessante a observação de SZANIAWSKI (1998, p. 94-95) ao citar Nevinny-Stickel e Hammerstein:

(...) as estatísticas revelam que os *transexuais*, diante das dificuldades de obter a autorização de submeter-se à intervenção cirúrgica de mudança de sexo, ou de encontrar um médico que os operasse, procuravam, dentro do seu desespero, todos os meios de destruir seus órgãos sexuais, verificando-se, dentro de 48 casos conhecidos, que 18 procuraram as vias de fato, sendo que, dentro deste número de indivíduos, 6 realizaram a autocastração completa, mediante extirpação de toda a genitália externa; 3 realizaram a amputação do pênis; 9 procuraram, por várias vezes e por diversos meios, extirpar suas genitálias externas; e os demais encontraram, como única solução, o suicídio.

Certas vezes ocorre que, em razão da recusa de alguns cirurgiões em fazer a operação plásticas, alguns transexuais chegam à exaltação máxima de autocastração ou suicídio¹¹⁷.

Para o tratamento cirúrgico há necessidade de um parecer unânime de profissionais que concluíram pela irreversibilidade da identidade de gênero do transexual, reconhecendo a supremacia do fator psicossocial na composição do sexo.¹¹⁸

VIEIRA é categórica ao afirmar:

Para nós, o escopo curativo da operação exclui que se possa falar de contrariedade à lei e à ordem pública, visto que objetiva melhorar a saúde do paciente. Assim, poderá o médico não apenas ministrar medicamentos inibidores de características de um sexo e estimuladores do sexo oposto, mas também executar a cirurgia de adequação, constituindo exercício

¹¹⁷ PERES, op. cit., p. 162.

¹¹⁸ VIEIRA, Tereza Rodrigues. O direito à mudança de sexo do transexual. *In*: Revista Jurídica Consulex, ano VIII, n. 181, 31 de julho de 2004, p. 12.

regular da profissão. O transexual, por sua vez, exerce direito próprio, sem ofensa a direito alheio.¹¹⁹

Diante de tamanha complexidade e seriedade, o Ministério da Saúde decidiu investir no tratamento dessas pessoas, disponibilizando as cirurgias de redesignação de sexo nos hospitais públicos, pela via do Sistema Único de Saúde - SUS. Deste modo, democratizou o atendimento aos transexuais e reduziu os riscos das cirurgias realizadas por meios pouco confiáveis, bem como, ao dar uma esperança àquelas pessoas que não possuem recursos suficientes para arcar com os custos da operação (atualmente entre doze e 30 mil reais), evitou expedientes de automedicação e automutilação.

5.3 Considerações finais

Destarte, tendo o transexualismo como uma patologia, a cirurgia de redesignação de sexo é a busca para a cura ou, quando menos, para o alívio da síndrome e do sofrimento do paciente.

Contudo, a cirurgia é somente um passo de um processo de alteração de gênero psicológica e socialmente construído e finalizado, sua finalidade é apenas corrigir a parte exterior a fim de adequá-la ao contexto no qual está inserido o transexual, uma vez que seu quadro psíquico mostra-se irreversível.

Ademais, é apenas uma fase do processo de readequação e da busca por uma nova identidade sexual.

Ao ter sucesso na busca por sua adequação, ao transexual surgem novas esperanças e outras necessidades, desta vez a do seu reconhecimento e adequação perante a sociedade, conseguida apenas com a alteração de seu registro público.

¹¹⁹ VIEIRA, op. cit. (direito à adequação de sexo do transexual), p. 359.

TÍTULO IV

CAPÍTULO VI

TRANSEXUALISMO E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS

6.1 Projetos de lei

Atualmente, a única norma que regulamenta a questão transexual no país é a Resolução do Conselho Federal de Medicina de nº. 1.652/2002. Trata-se, contudo, de norma, expedida por conselho de classe, destinada, somente, aos profissionais da saúde e não ao cidadão em geral.

Conforme visto, a Resolução em questão, assimilada com as portarias n. 1.707/2008 e n. 457/2008, ambas do Ministério da Saúde, apenas cuida da seleção dos pacientes para as cirurgias de transgenitalização, bem como especifica as espécies e locais para intervenção cirúrgica.

Por sua vez, na seara jurídica, várias foram as tentativas de inserção dos transexuais no ordenamento jurídico pátrio, contudo, até então inócuas. Projetos de leis visando a regulamentação das cirurgias de transgenitalização e/ou regulamentação do transexual operado datam anos longínquos; as tentativas são desde 1979 quando do então surgimento do projeto de Le n. 1909 de autoria do Deputado José Coimbra, o qual propôs a regulamentação da cirurgia como único meio para a busca do reequilíbrio social do transexual, bem como a única forma de obter sua socialização, contudo, foi vetado pelo então Presidente da República João Figueiredo.

Outro projeto que infelizmente também não prosperou foi o de n. 5.789 proposto em 1985 de autoria do Deputado Bocayuva Cunha, o qual propôs a alteração do artigo 129 do Código Penal, acrescentando-lhe um novo parágrafo, no qual excluía dos crimes de ofensa à integridade corporal ou a saúde a ablação de órgãos e partes do corpo humano, quando diante de parecer unânime de junta médica e precedido do consentimento expresso do paciente maior e capaz. O mesmo projeto ainda propôs outras duas importantes alterações, a saber: a inserção do inciso VII no artigo 29 da Lei de Registros Públicos, permitindo expressamente o registro das sentenças que decidirem sobre mudança de sexo e a alteração do prenome, e, por fim, a alteração do artigo 59 da mesma lei, flexibilizando a imutabilidade do prenome quando diante de erro gráfico ou cirurgia que implique mudança.

Não obstante as oportunas mudanças, o projeto de lei em tela foi definitivamente arquivado em fevereiro de 1987.

Contrário à evolução do tema, em 1992 o Deputado Antonio de Jesus apresentou projeto de lei, registrado sob o n. 3.349, propondo a alteração do artigo 58 da Lei de Registros Públicos a fim de impedir a alteração do prenome de indivíduos que eventualmente sofressem cirurgia para mudança de sexo. O grande motivo justificador seria o fato da alteração trazer a necessidade de criar um terceiro sexo no País, uma vez que estaria diante do reconhecimento da figura do transexual. Felizmente foi definitivamente arquivado em fevereiro de 1995.

No mesmo ano de 1995 eis que surge o projeto de lei 70-B novamente de autoria do Deputado José Coimbra, o qual procurou, repetindo a receita do projeto de lei n. 5.789 de 1985, acrescentar mais um parágrafo no artigo 129 do Código Penal a fim de eximir de crime a intervenção cirúrgica para fins de ablação de órgãos e partes do corpo quando destinada a alterar o sexo do paciente maior e capaz, desde que requerida pelo mesmo e precedida de todos os exames necessários e de parecer da junta médica.

Outrossim, ainda trouxe como objeto o artigo 58 da Lei n. 6.015 de 1973 prevendo a imutabilidade do prenome, porém, assinalando três hipóteses de exceção, a primeira por erro gráfico, a segunda nos casos de submissão à

intervenção cirúrgica para mudança de sexo, ambas necessitando de autorização judicial, e a última com a previsão de averbação no registro de nascimento e no respectivo documento de identidade ser a pessoa transexual.

Em que pese a tentativa de legalizar a situação do transexual no Brasil, referido projeto de lei, o único em andamento, não é suficiente para a solução dos problemas causados pela transexualidade, a começar pela falta de regulamentação daqueles indivíduos que ainda não foram operados e que assim pretendem.

Outrossim, não dispõe sobre a possibilidade de menores serem submetidos à intervenção cirúrgica, bem como não menciona os limites do estado civil ou da filiação para o transexual pretendo à operação.

Contudo, o projeto de lei 70-B merece peculiar atenção, uma vez que é o único instrumento legislativo que busca tratar a transexualidade. Atualmente aguarda votação da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, tendo passado pela Câmara com duas emendas e pela Comissão de Seguridade Social e Família, Ao passar pela Câmara dos Deputados, sua Comissão de Constituição e Justiça e de Redação posicionou-se de forma contrária a determinação de averbação da condição de transexual no registro público, sob o fundamento de violação ao artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, uma vez que referida menção insurge diretamente contra a proteção da privacidade, além de expor o indivíduo ao extremo ridículo já que o ordenamento jurídico apenas contempla duas espécies sexuais (feminina ou masculina), sendo qualquer outra tentativa configuradora de exposição desnecessária.

Quanto à alteração foi proposto outro parágrafo, a fim de que conste o novo prenome e o novo sexo do operado, lavrando novo registro.

A segunda emenda proposta trata-se de uma espécie aditiva, onde o artigo 58 da Lei de Registros Públicos passaria a contar com quatro parágrafos, cabendo ao último deles a previsão de vedação de expedição de certidão, salvo a pedido do interessado ou mediante determinação judicial. A finalidade não é outra senão a proteção da pessoa do transexual por meio do resguardo de sua intimidade.

6.2 Registro público

Não há como negar que todo indivíduo tem por correspondência um complexo peculiar de características, as quais são retratadas em seu registro público, comumente denominado registro civil. O registro civil permite a identificação de vários atos e pessoas, em relação às pessoas físicas temos, dentre as várias espécies de registro, o registro civil de nascimento utilizado como forma de identificar individualizar o sujeito de direitos.

O registro de nascimento consiste em um conjunto de atos autênticos, tendentes a ministrar prova segura e certa do estado das pessoas, fornecendo meios probatórios fidedignos, cuja base primordial descansa na publicidade que lhes é imanente.¹²⁰

Ocupando o rol das matérias de competência legislativa privativa da União (artigo 22, inciso XXV da Constituição Federal) e regido pela Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973, conhecida como Lei dos Registros Públicos, o registro público, se presta, dentre outras finalidades, a regulamentar toda trajetória civil das pessoas naturais. Assim prevê:

Art. 50. Todo nascimento que ocorrer no Território Nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar de residência dos pais, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, que será ampliado em até 3 (três) meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório.

...

Art. 54. O assento de nascimento deverá conter:

1º) o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada;

2º) o sexo do registrando;

3º) o fato de ser gêmeo, quando assim tiver acontecido;

4º) o nome e o prenome que forem postos à criança;

...¹²¹

¹²⁰ SZANIAWSKI, op. cit., p. 160.

¹²¹ BRASIL. Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. . In: Vade Mecum RT, 4. ed. rev. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais , 2009, p.1269.

Eis que desencadeia um dos principais direitos fundamentais da personalidade, qual seja o direito à identificação, iniciado com o direito ao nome. Como assevera PEREIRA, "... o nome é um dístico, um rótulo de identificação social, delineando a individualidade...".¹²² Não há dúvida de que o nome é um importante item individualizador da pessoa, um meio pelo qual será posta e identificada perante a sociedade, via de regra, durante todo seu curso e, até mesmo posterior a ele.

Inicialmente, aos registros públicos vigora a condição da imutabilidade dos caracterizada pela impossibilidade de sua alteração.

Antes entendia que a inalterabilidade do registro civil era imprescindível para designar a honra, a fortuna e o prestígio político e social de determinada família no círculo relacional, o que não mais se aplica nos dias atuais, nos quais o nome vem substituído por números, ou seja, para ser identificado não basta que uma pessoa apresente nome, mas acima de tudo que apresente o número de seu Registro Geral (RG) ou de seu Cadastro de Pessoa Física (CPF) feito perante o Ministério da Fazenda, entre outros, até mesmo porque apenas o nome pode indicar pessoa diversa daquela apresentada, como é o caso dos homônimos.

Por sua vez, atrelada à imutabilidade está a veracidade e continuidade do registro público, impondo o dever de verdade das informações prestadas no ato do registro, bem como concebe às certidões dali provenientes requisito incontestável da reprodução verídica; por sua vez, a continuidade revela a unicidade do registro, sendo o registro único e todos os atos de inovação nele averbados.

A estabilização dos registros, bem como a certeza e unicidade, instituem, respectivamente, a imutabilidade, a veracidade e continuidade como princípios básicos dos registros públicos, reconhecidos por seus defensores como promotores da autenticidade, segurança e eficácia daqueles documentos.

Contudo, não pode tê-los como absolutos. Não busca contestar neste passo os requisitos supra (autenticidade, segurança e eficácia), ao contrário, contudo, diante dos inúmeros casos sociais, especialmente da cirurgia de redesignação de

¹²² PEREIRA, Ézio Luiz. Alteração do prenome: exame à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Leme/SP : CL Edijur, 2006, p. 17.

sexo para os transexuais, não é possível ficar à mercê de normas que o tornam estático.

Assim, a par da exigência constitucional de preceitos dignos para a vida, o nome também requer dignidade, ou seja, quando se fala em dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado, induz a necessidade da promoção da dignidade em todas suas esferas. Equivale dizer, não pode permitir que a uma determinada pessoa seja atribuído nome que lhe exponha ao ridículo ou à chacota.

Não obstante, a própria Lei de Registros Públicos prevê, no parágrafo único de seu artigo 55, que não serão registrados prenomes que exponham seu titular ao ridículo, mesmo assim, diante do registro, poderá o interessado no momento em que atingir a maioria buscar a alteração de seu nome, desde que não prejudique os apelidos de família (artigo 56). Mais adiante à margem do artigo 58, não descartando o fato de ser o prenome definitivo, admite a possibilidade de sua substituição por apelido público notório.

Além das hipóteses mencionadas, ainda poderá haver alteração do prenome diante de necessidade fundada em ameaça ou coação decorrente de colaboração para apuração de crime, casamento, separação judicial e/ou divórcio, entre outros.

Destarte, demonstra que a imutabilidade guarda certa flexibilização diante dos fatos, do mesmo modo, segue a veracidade e continuidade do registro civil, ou seja, a fim de representar todo o histórico civil do cidadão que mereça registro, é alterado de acordo com as mudanças provenientes no mundo fático.

6.2.1 Transexual operado e registro público

Conforme verificado, o sexo jurídico é determinado pelo sexo morfológico, o que equivale dizer que para firmá-lo basta um olhar superficial para os genitais externos da criança, nada mais. Tem-se aí a afirmação do sexo jurídico pelo sexo morfológico.

(...) o sexo designa a condição orgânica distintiva do macho e da fêmea. Praticamente, a determinação do sexo, ou o seu diagnóstico, resulta dos próprios órgãos genitais e dos caracteres sexuais exteriores e secundários. Nos domínios do direito, o sexo é dominante elemento de identidade (estado), por isso mesmo irrenunciável e indisponível.¹²³

Referido fato é a regra cujo fundamento é apenas umas das possíveis formações sexuais, mas e a exceção, como fica? Ao longo do trabalho, resta claro que a constatação imediata do sexo jurídico será prejudicada quando diante dos casos de hermafroditismo e transexualismo, o que dependerá de parecer médico para sua determinação. Em outras palavras, o critério físico é regra porque traduz a forma mais fácil para a constatação do sexo, mais fácil, porém, não mais precisa. A imediatabilidade da constatação sexual pode ser atribuída à necessidade de atestar, desde logo, a existência do sujeito perante o Estado, especialmente para o reconhecimento de direitos sucessórios.

Destarte, a questão levantada é, diante da demonstrada relativização do critério físico, como o sexo morfológico poderia servir como único critério válido para a constatação sexual de uma pessoa? Poderia a lei considerar outros critérios para a determinação do sexo jurídico? ARAUJO, sabiamente, destaca:

(...) Mas qual o conceito de sexo devemos adotar? O sexo biológico? O sexo psicológico? O sexo gonadal? Enfim, se há vários conceitos, por que devemos utilizar o biológico? E, ademais, há o reconhecimento médico da necessidade da cirurgia, já que o paciente tem tendência para o sexo diferente do biológico...¹²⁴

A cirurgia de redesignação de sexo, como mencionado, é apenas uma fase na busca da readequação rumo à nova identidade física sexual. Após sua realização, o transexual ainda tende a lidar com a hostilidade do preconceito social, o desconforto trazido pela falta de identidade entre seu sexo aparente e seu registro civil acaba contribuindo, mesmo neste estágio pós-cirúrgico, para o isolamento.

A questão que fica pendente é a do assentamento no registro civil. Ora, como poderia alguém passar por um processo cirúrgico, em busca da sua melhor adaptação, tentando a junção do sexo psicológico com o biológico e, ao mesmo tempo, ser considerado pelo Estado como do sexo originário?

Há incoerência evidente...¹²⁵

¹²³ SUTTER, op. cit., p. 124.

¹²⁴ ARAUJO, op. cit. (a proteção constitucional do transexual), p. 135.

¹²⁵ Idem, p. 134.

Para os defensores da impossibilidade incompatibilidade da alteração do registro público diante dos casos de transexualismo, a justificativa não é outra senão as características de imutabilidade e veracidade daqueles. Assim, a regra trazida pela imutabilidade apenas apresenta flexibilidade diante dos casos previstos pela própria legislação, consoante apontamentos, sendo que ela não prevê, em nenhuma de suas exceções, a possibilidade de alteração diante dos casos de transexualidade, fato que sequer ultrapassou as barreiras do processo legislativo.

Outrossim, ainda alerta que a veracidade impediria referida alteração vez que não há como atribuir ao transexual todas as características do sexo adquirido com a cirurgia, pois, a intervenção cirúrgica transforma apenas os caracteres superficiais do sexo, não havendo de fato uma constituição completa do sexo adquirido, como por exemplo, não há aquisição do aparelho reprodutivo masculino, tampouco feminino.

Não descartando as alegações expostas, há que considerar a necessidade de integração dessas pessoas, bem como a preservação de sua dignidade e de seu livre e pleno desenvolvimento.

A importância do sexo psicossocial na formação da identidade sexual do indivíduo impõe uma reavaliação sobre os critérios jurídicos da imutabilidade das informações do registro civil¹²⁶.

A imutabilidade se mostra totalmente limitativa quando parte da possibilidade de adotar outros critérios identificadores do sexo jurídico, qualquer fixação sem maior aprofundamento passa a ser equívoco também. Apesar das inúmeras espécies de sexo (biológico, genético ou cromossômico, gonádico, somático, neural e social), como visto, apenas é utilizado para a fixação do sexo jurídico o critério morfológico (representado pelo sexo biológico). Não pretendo com isso, deixar de fixar um critério sexual ou modificar o modo como o qual vem sendo aperfeiçoado, mas sim demonstrar a possibilidade de erro e lutar pelo reconhecimento e flexibilização desses registros diante de casos comprovados de transexualismo.

No que pertine ao campo do nome, não há que se falar em lacuna legislativa, apesar de pender pela falta de determinação expressa de sua alteração diante de casos de transexualismo, a Lei n. 9708 de 18 de novembro de 1998, quando alterou a Lei dos Registros Públicos, trouxe a possibilidade de alteração do nome para inclusão de apelidos públicos notórios, bem como para modificar o prenome quando representa exposição de seu titular ao ridículo.

Como bem destaca GONÇALVES, “Se a pessoa é conhecida de todos por prenome diverso do que consta de seu registro, a alteração pode ser requerida em juízo, pois prenome imutável, segundo os tribunais, é aquele que foi posto em uso e não que consta do registro”.¹²⁷

O intuito da Lei n. 9708/1998 não foi outro senão manter a preservação da veracidade registraria, ou seja, cabe à cada um e assim deve ostentar as qualidades que lhes são atribuídas e o reconhecimento perante a sociedade. Do mesmo modo, a bem da veracidade social, o transexual, conforme sustentado, deveria ter registro correspondente ao seu *status* social reconhecido.

“De nada adianta ostentar um prenome pelo qual não é reconhecido, que não o identifica, que não exprime a verdade. O registro deve estar em consonância com a realidade”.¹²⁸

Não deveria ser permitida, no Brasil, a adequação do prenome ao sexo diante do direito à identidade pessoal do transexual? A alteração enfrenta a barreira da imutabilidade prevista no art. 58 da Lei n. 6.015/73. Tal imutabilidade poderá expor o transexual operado ao ridículo; logo, possível será alterar seu prenome, fazendo a devida retificação no assento (CF, art. 3º, IV; LICC, arts. 4º e 5º). Deve-se assegurar a quem passou pela cirurgia de transgenitalização o direito a um nome que não o exponha a situação vexatória, o que se daria se continuasse com um prenome que não mais condiz com sua aparência física...¹²⁹

A questão que se coloca é a seguinte: teria veracidade um registro que não reflete mais a realidade de determinada pessoa? Ou melhor, que nunca de fato assim refletiu, uma vez que o transexual sempre se sentiu deslocado em relação ao seu sexo biológico, tendo a consciência firme e inequívoca de pertencer ao sexo biologicamente oposto, refletindo assim a verdade trazida por seu sexo psicológico.

¹²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, vol. 1 – parte geral. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 128.

¹²⁸ VIEIRA, op. cit. (direito à adequação de sexo do transexual), p. 363.

¹²⁹ DINIZ, op. cit. (o estado atual do biodireito), p. 295.

Convém mais uma vez questionar qual seria o parâmetro sexual mais preciso? Sexo biológico, sexo genético ou cromossômico, Sexo gonádico, sexo somático, sexo neural ou o sexo social?

Como destacado, esses fatos seriam suficientes para romper com o pretexto da imutabilidade registral, ademais, a própria Lei dos Registros Públicos permite que haja alteração do prenome em determinados casos.

Em que pese a falta de autorização expressa, é possível fundamentar a alteração do prenome perante o registro público no próprio parágrafo único do artigo 55, a no artigo 56 da Lei 6015/73, já que traz a possibilidade de alteração quando da utilização de nomes que exponham seu titular ao ridículo.

Por outro lado, não há que falar em atentado à veracidade registraria quando diante de um pedido de alteração de registro civil (nome e sexo) após a realização da cirurgia de redesignação de sexo, pois ela apenas serve para “adequar” uma situação, não mudá-la. Assim, tendo que o registro serve para atestar determinado fato, estar-se-ia atestando a situação psíquica e agora biológica do transexual, sem nada inovar em relação à sua pessoa, a não ser a promoção de meios que favoreça sua integração social; atentado seria a não alteração do registro, uma vez que tolheria o direito à identidade do transexual, agora mulher ou homem (psíquica e biologicamente).

Considerando que a função do nome não é outra senão individualizar seu titular e o registro civil deve representar a real situação daquela pessoa, por si só são suficientes para determinar a mudança da situação registraria do transexual operado, pois caso contrário não estaria pautando referida declaração na veracidade situacional da pessoa em questão.

Quando o nome é alterado por provocação do matrimônio, a Lei dos Registros Públicos confere ao princípio da continuidade a função de representação histórica de cada um, assim, comum seria a alteração do sexo após a realização da cirurgia de redesignação porque outra coisa não estaria fazendo senão atualizando a história do cidadão transexual, caso contrário, a omissão sim seria uma afronta ao princípio em tela.

Contudo, para seus defensores, como é o caso de BRAZIL:

(...) o registro civil espelha a realidade da pessoa, que se projeta, por intermédio de seu nome, para as relações sociais, no campo civil e no campo penal. Bem por isso, a preservação da identidade realiza-se ao longo de toda a vida da pessoa, mantendo uma unidade nas relações que vão sendo estabelecidas ao longo do tempo.

Por essa razão, a regra da imutabilidade dos dados do assento de nascimento, que só pode ser modificada em razão de justificativa irrefutável, sem risco para a verdade, que todo o registro deve espelhar.¹³⁰

Em contrapartida, MOREIRA assinala:

(...) a visão do que seja registro verdadeiro é exatamente outra: deve fazer constar o que a autora é hoje à luz da ciência no que espelha a realidade. E constar-se sem qualquer restrição, como vêm exigindo algumas decisões isoladas fazendo inserir a observação sobre o transexualismo. A medida anula o objetivo da alteração que é a de reintegrar o indivíduo completamente afastando o constrangimento e a diferença.¹³¹

É inimaginável pensar que uma, aparentemente, mulher responda aos direitos e obrigações do dia-a-dia como se homem fosse, ou vice-versa. Não há como negar a estranheza gerada pela situação descrita, o que impede ou quando menos compromete a realização plena de seu desenvolvimento social. A adequação física, apesar de grande passo rumo à solução do problema do transexualismo, não é suficiente para garantir-lhe a real inclusão. Neste sentido, sabiamente destaca CUNHA:

Ocorre que a adequação física e social acarreta a necessidade da adequação jurídica, com a conseqüente modificação do nome e estado civil de quem por opção própria tem seu sexo redesignado. A providência e seu cabimento decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, viga mestra do nosso ordenamento jurídico (CF/88, artigo 1º, III), na medida em que causa estranheza e desconforto que alguém se apresente como mulher quando seus documentos evidenciam nome e sexo masculino, e vice-versa.¹³²

A questão é exatamente aquela levantada por DINIZ:

Feita a cirurgia de transgenitalização, de redesignação sexual ou de mudança de sexo num transexual, o direito, a sociedade e o Poder

¹³⁰ BRAZIL, Grava. TJSP. Apelação cível n. 452.036-4/0-00. 9ª Câm. Dir. Priv. Voto n. 1923. Data: 07/11/2006. Disponível em <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1044080>. Acesso: 01.09.2009. p. 3.

¹³¹ MOREIRA. op. cit., p. 17.

¹³² CUNHA, op. cit., p. 2-3.

Judiciário poderiam proibir que leve vida feliz e normal? Poder-lhe-iam negar efeitos jurídicos oriundos de sua nova condição sexual?¹³³

As situações do cotidiano, tais como: consultas médicas, entrevistas para emprego, chamadas em aulas, estabelecimentos comerciais, empresas, entre outros, acabam inibindo a manifestação e o desejo de participação do transexual nas relações sociais.

Muito difícil é a inserção social do transexual, e até mesmo seu acesso a uma profissão, porque sofre rejeição pela família, sendo ridicularizado e marginalizado socialmente em locais onde deve apresentar documento pessoal, porque na certeza de identidade não há adequação com sua aparência física. Deveras, quem daria emprego a um homem vestido de mulher ou a uma mulher com indumentária masculina?¹³⁴

O transexual operado passa por duas espécies de constrangimento. A primeira delas se refere ao nome, ou seja, apresenta-se como de determinado sexo, mas com nome inverso, de sexo oposto. Enquanto o segundo caso engloba, além do nome, o sexo jurídico.

Apelação. Registro Civil. Transexual que se submeteu a cirurgia de mudança de sexo, postulando retificação de seu assentamento de nascimento (prenome e sexo). Adequação do registro à aparência do registrando que se impõe. Correção que evitará repetição dos inúmeros constrangimentos suportados pelo recorrente, além de contribuir para superar a perplexidade no meio social causada pelo registro atual. Precedentes do TJ/RJ. Inexistência de insegurança jurídica, pois o apelante manterá o mesmo número do CPF. Recurso provido para determinar a alteração do prenome do autor, bem como a retificação para o sexo feminino. (2005.001.01910 - APELACAO CIVEL -TJ/RJ QUARTA CAMARA CIVEL DES. LUIS FELIPE SALOMAO - Julgamento: 13/09/2005).

Quanto a possibilidade de alteração do respectivo registro público, a justificativa está na exposição do transexual ao ridículo.

Ridículo é um adjetivo que significa digno de riso, merecedor de escárnio ou zombaria, que se empresta à exploração do lado cômico, irrisório, risível; que tem pouco valor. Expor a pessoa ao ridículo é apresentá-la de modo a provocar riso ou escárnio dos outros.¹³⁵

A justificativa é simples, caso ocorre erro no registro, ou seja, uma mulher registrada com nome masculino ou vice-versa, ou até mesmo nomes que por si só, são motivos de chacota, de pronto seria concedida a alteração, a qual tem sido

¹³³ DINIZ, op. cit. (o estado atual do biodireito), p. 292.

¹³⁴ Idem, p. 283.

¹³⁵ KOOGAN, Abrahão; HOUAISS, Antonio. Enciclopédia e dicionário ilustrado. Rio de Janeiro : Delta, 1997, p. 387.

permitida pelo simples fato de o nome ter duplo sentido (masculino e feminino), como por exemplo: Devanir, Valdecir, Darci, entre outros.

Quanto ao sexo, analogicamente poderia aplicar o mesmo entendimento, firmado e justificado com a necessidade de resguardo aos princípios da veracidade e continuidade registraria, já que servem ao reflexo de toda a jornada do cidadão, indicando as principais alterações em sua vida íntima.

Geralmente, para os casos de sexualidade, apenas há previsão legal para alteração do estado civil quando se trata de hermafroditismo, onde a criança foi registrada com um sexo e posteriormente desenvolveu tendências sexuais distintas, assim, realizada a cirurgia reparadora pendeu para espécie sexual distinta da inicialmente constatada.

Infelizmente o que se percebe é que mais uma vez a legislação muito embora tente, não conseguiu acompanhar a evolução da sociedade. Contudo, em que pese as dificuldades do processo legislativo, o cidadão não pode ser punido porque ainda não há lei específica que regulamente a alteração do registro civil no item “sexo”.

Portanto, em virtude da tentativa de compatibilizar as ordens natural e jurídica é indispensável flexibilizar certas exigências legais, pois somente a partir daí será possível chegar ao tão esperado denominador comum.

O descompasso entre a realidade e a realidade jurídica choca a todos. Não há necessidade de outros exemplos, tamanha a evidencia e incoerência da situação. Se o direito deve tratar a realidade, como impor uma realidade distorcida como a descrita?

Portanto, o direito de alteração de registro civil é evidente, com a redesignação do prenome, depois de todas as cautelas necessárias, com a verificação de certidões etc.¹³⁶

“Não podemos nós, os operadores do Direito, ficar presos entre as muralhas do tradicionalismo provinciano e nos grilhões do nefasto preconceito...”. (SZANIAWSKI, 1998, p. 95)

A partir da Constituição Federal de 1988, restou evidenciada uma relevante guinada nos interesses do Estado, ocorreu o que se pode denominar de

¹³⁶ ARAUJO, op. cit.(a proteção constitucional do transexual), p. 134.

reformulação no papel do cidadão, passando ele a ocupar o centro do sistema, devendo o Estado estar à sua função, não o contrário. Daí a denominação Constituição Cidadã.

Assim, o conceito de “pessoa” mudou no sentido de adquirir novo significado, eis que surge um grande processo de constitucionalização dos direitos privados, em especial do direito civil, a fim de repersonalizar a legislação de modo a propiciar uma maior proteção à pessoa.

Partindo deste ponto, passa a dignidade da pessoa humana servir como cláusula geral de tutela.

REGISTRO CIVIL - RETIFICAÇÃO - ASSENTO DE NASCIMENTO - TRANSEXUAL - ALTERAÇÃO NA INDICAÇÃO DO SEXO - DEFERIMENTO - Necessidade da cirurgia para a mudança de sexo reconhecida por acompanhamento médico multidisciplinar - Concordância do Estado com a cirurgia que não se compatibiliza com a manutenção do estado sexual originalmente inscrito na certidão de nascimento - Negativa ao portador de disforia do gênero do direito à adequação do sexo morfológico e psicológico e a conseqüente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de nascimento que acaba por afrontar a lei fundamental - Inexistência de interesse genérico de uma sociedade democrática em impedir a integração do transexual - Alteração que busca obter efetividade aos comandos previstos nos artigos 1º, III, e 3º, IV, da Constituição Federal - Recurso do Ministério Público negado, provido o do autor para o fim de acolher integralmente o pedido inicial, determinando a retificação de seu assento de nascimento não só no que diz respeito ao nome, mas também no que concerne ao sexo. (Apelação Cível n. 209.101-4 - Espírito Santo do Pinhal - 1ª Câmara de Direito Privado - Relator: Elliot Akel - 09.04.02 - V.U.).

Ademais;

APELAÇÃO CÍVEL - REGISTRO CIVIL. RETIFICAÇÃO. MODIFICAÇÃO DE SEXO E PRENOME - TRANSEXUAL - CIRURGIA DE EMASCULAÇÃO ACRESCIDADA DE IMPLANTE DE NEOVAGINA - SEXO PSÍQUICO RECONHECIDAMENTE FEMININO - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA - ARTIGO 1º, III, CF - SENTENÇA MODIFICADA - RECURSO PROVIDO.

O princípio da dignidade da pessoa humana encartado no artigo 1º, III, da Constituição Federal é a norma base que possibilita a retificação do prenome em razão da transformação do sexo. Se comprovada a alteração do sexo via ato cirúrgico irreversível, impor a manutenção do nome do outro sexo à pessoa é cruel, sujeitando-a a uma degradação que não é consentânea com os princípios constitucionais. Como corolário dos princípios que protegem a personalidade, nessas situações o prenome deve ser alterado (APELAÇÃO CÍVEL Nº 87748/2007. SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TJMT, relator: CLARICE CLAUDINO DA SILVA, DJ 25/06/2008).

O princípio da dignidade da pessoa humana é tão prevalente quando o assunto é alteração do registro público, que algumas decisões tem inclusive

permitido a alteração do prenome com fundamento naquele princípio antes mesmo da realização da cirurgia redesignativa. Eis o caso:

Apelação cível. Alteração do nome e averbação no registro civil. Transexualidade. Cirurgia de transgenitalização. O fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, atua como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome. por maioria, proveram em parte. (segredo de justiça) (Apelação Cível nº 70013909874, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Maria Berenice Dias, julgado em 05/04/2006).

Como visto, o nome não serve senão para identificar seu titular, proibindo a lei qualquer nome que submeta seu titular a ridículos ou situações vexatórias, neste sentido, prevê a possibilidade de alteração do registro civil como forma de evitar ou reparar tais circunstâncias.

A leitura sucinta do parágrafo único do artigo 54 da Lei dos Registros Públicos seria por si só suficiente à permitir a alteração do respectivo registro para modificação dos campos nome e sexo do transexual operado, uma vez que a lei em estudo ao permitir a modificação para evitar constrangimentos e exposições ao ridículo, o fez com o peculiar interesse de proteção ao desenvolvimento psíquico-social do cidadão, desenvolvimento esse livre e pleno, consubstanciado nos ditames do exercício da dignidade, cidadania e promoção social.

A transformação da aparência é apenas um dos aspectos a ser considerado. Adaptado o sexo biológico ao psicológico, ainda há que se adequar o indivíduo à sociedade. O transexual então modificado, quer ser aceito socialmente e isto implica na compatibilização do novo físico com o seu sexo jurídico. Não podemos desvincular os dois aspectos intimamente interligados, pois a modificação de um deles e não do outro acarreta ao indivíduo transtornos ainda mais sérios do que aqueles que sofria¹³⁷.

Não bastasse, a utilização de apenas um dos critérios fixadores da sexualidade, leva à quebra do requisito veracidade. Em outras palavras, o transexual

¹³⁷ SUTTER, op. cit., p. 116.

sofre de disforia de gênero representada pelo sentimento de incompatibilidade entre seus sexos físico e psíquico, diante disso, a eleição de apenas um deles não traduz a tão esperada veracidade.

Na prática, o registro do sexo morfológico nos casos de transexualismo, representa afronta ao princípio da veracidade, trata-se de uma espécie que o indivíduo sempre buscará corrigir por meio de cirurgia de transgenitalização, a fim de que seja reparado e adequado ao seu sexo psicológico, sendo esse último totalmente predominante.

Nestes termos, a flexibilização da imutabilidade do registro público, além de contribuir para sua certeza e realidade, ainda possibilita o exercício da liberdade de disposição sobre o próprio corpo, da identidade ou identificação sexual, da promoção do bem-estar e, principalmente, do resguardo da dignidade da pessoa humana.

D'URSO ao abordar a questão cirurgia de transgenitalização, dispõe:

Na verdade, essa é uma saída paliativa, mas que tem atendido à expectativa existencial daqueles seres, pois embora na verdade jamais possa haver mudança de sexo, a cirurgia aproxima seu aspecto físico externo do seu sexo interior, o que certamente já alivia bastante suas angústias.

Todavia tal transformação não seria suficiente para atender o indivíduo, que se tem denominado transexual, sem as respectivas alterações de seus registros, para efeito de se ver abandonado o sexo antigo, fazendo aquele se assumir, integral e totalmente, seu suposto e aparente “novo: sexo.”¹³⁸

A bem da verdade, a luta empenhada pelo transexual não acaba com sua efetiva transgenitalização, ou seja, a cirurgia de redesignação de sexo é apenas uma das etapas do processo de inclusão e bem-estar, o qual apenas se vê totalmente acabado após a adequação do registro civil do operado.

TRANSEXUAL. ALTERAÇÃO DE SEXO. AUTORIZAÇÃO. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. Decididamente, não há que se falar em reprovabilidade nem em censurabilidade na prática da cirurgia de “mudança de sexo” em face das condições expostas na inicial, pois é inadmissível exigir que o interessado suporte o conflito psicológico que vivencia atualmente, o qual está acarretando graves prejuízos para a sua saúde física e mental. De acordo com o disposto no artigo 5º da Constituição Federal, ninguém será submetido a tratamento desumano. E, obviamente, exigir que o interessado continue suportando a sua atual situação, nas condições acima

¹³⁸ D'URSO, Luiz Flávio Borges. A mudança no registro transexual. *In* Revista Consulex: doutrina, pareceres e pontos de vistas. Janeiro/dezembro. Brasília : Editora Consulex, 1995, p. 429.

mencionadas, proibido de se submeter à necessária cirurgia terapêutica, constitui, certamente, uma forma odiosa de lhe infringir um aceitável “tratamento desumano”, em flagrante violação aos direitos humanos e ao referido dogma constitucional. (Vara da Comarca de Campinas – rel. Juiz José Henrique Rodrigues Torres).

SUMÁRIO – DIREITO CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. APELAÇÃO EM AÇÃO DE RETIFICAÇÃO. INDIVÍDUO SUBMETIDO A OPERAÇÃO DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. PLEITO DE MODIFICAÇÃO DE SEU ASSENTAMENTO CIVIL DE NASCIMENTO PARA QUE CONSTEM NOME E SEXO FEMININOS. ADEQUAÇÃO DO REGISTRO À REALIDADE SEXUAL VIVENCIADA PELO REQUERENTE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

1. Em atenção ao princípio da dignidade humana, sobretudo aos direitos da personalidade que dele decorrem, possível é a alteração de assentamento civil de transexual submetido a cirurgia de redesignação sexual. Necessidade de adequação do registro público à realidade sexual do requerente, fartamente comprovada por laudos médicos e psicológicos;
2. Alteração que também se impõe como forma de afastar os constrangimentos por que passa o requerente sempre que é obrigado a apresentar seus documentos;
3. Negativa de alteração que causa desajuste psicológico, afrontando o bem-estar do requerente. Violação ao direito à saúde, garantido pela Constituição Federal;
4. Precedentes jurisprudenciais;
5. Pelo conhecimento e improvemento do recurso. (Apelação cível n. 31.844-5/2006. TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. TJBA. Rel: Des, Sinésio Cabral Filho. DJ 11/10/2006).

Por todo o exposto, é possível afirmar que a necessidade e possibilidade da alteração do registro público do transexual foram claramente evidenciadas, mais que uma singela justificativa legal, é imposição de preceito constitucional, necessário à promoção do bem-estar e da dignidade da pessoa humana.

6.2.1.1 Reflexos jurídicos provocados pela alteração do registro público

É inadmissível imaginar que um transexual operado com registro ainda anterior ao seu readequado *status* sexual não enfrente problemas, o que torna clara a exigência de referida alteração em seu assento público.

Uma vez findada a alteração do respectivo registro, é como se o transexual operado nascesse novamente perante a sociedade, ou seja, a alteração de seu

registro causa uma série de reflexos, os quais tomam lugar perante as relações firmadas.

Talvez os reflexos provocados no direito de família, mais especificamente voltados ao casamento, sejam os mais tendenciosos à resistência social. Pois bem, não há como impedir que um transexual após conquistar o reconhecimento e ter sua alteração de registro civil realizada, passa a pertencer, desta vez, totalmente ao sexo oposto (biologicamente adquirido), sendo-lhe imputados e assistidos todos os direitos comuns ao sexo readequado, dentre eles, o casamento com aquele inicialmente do mesmo sexo.

A Constituição Federal ao reconhecer a entidade familiar deixa claro que é estabelecida pela união entre “homem” e “mulher” (artigo 226, §3º). Seguindo o preceito constitucional, na sua vez, o Código Civil estabelece em seu artigo 1.514 que “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.”¹³⁹

Por conseguinte, a legislação é clara ao mencionar que o casamento é uma instituição constituída por uma declaração de vontade entre homem e mulher, exigindo para tanto o heterossexualismo das partes. Assim a união entre pessoas do mesmo sexo não encontra respaldo jurídico no campo do matrimônio.

Neste sentido, eventual união entre pessoas aparentemente de sexo oposto, situação causada pela cirurgia de transgenitalização, mas sem a competente alteração registraria, traria uma situação juridicamente impossível, não reconhecida no direito pátrio, uma vez que não preencheria os requisitos necessários para a constituição da entidade matrimonial. Contudo, uma vez modificado o registro em questão, passando a ser reconhecido o sexo adquirido, o exemplo muda completamente de enfoque, ou seja, o que antes inimaginável passa a totalmente previsto e protegido pela legislação.

Não obstante, nem tudo é tão simples, há quem ainda defenda que mesmo diante de tal situação, deve considerar três pontos, o primeiro inerente à

¹³⁹ BRASIL, op. cit. (Código civil), p. 270.

originariedade do sexo, ou seja, uma pessoa inicialmente de determinado sexo biológico (homem ou mulher) jamais passa a pertencer ao sexo oposto, uma vez ser impossível a aquisição, mesmo diante da intervenção cirúrgica, de todos os atributos reservados ao sexo adquirido. Por outro lado, a situação estaria facilmente resolvida se o sexo psicológico fosse, a despeito do morfológico, o parâmetro para a identificação sexual do indivíduo.

Uma vez confrontadas as possibilidades sexuais, bem como o parâmetro definitivo do sexo, não há como lidar com a normalidade imposta pela sociedade. Em outras palavras, o que é considerado normal passa a ser de modo unilateral, variando de acordo com a tese adota (no caso em questão, considerando o sexo principal como psicológico ou biológico).

Destarte, prevalecendo entre as classificações, o sexo psicológico, não haveria que suscitar qualquer incompatibilidade sexual para a contração do matrimônio já que psicologicamente os nubentes pertenceriam ao sexo oposto.

Nos dizeres de ARAUJO (2000, p. 136): “O casamento do transexual continuaria a ser, assim, entre sexos opostos, pois o sexo psicológico, no caso, prevaleceria sobre o biológico (este, como já vimos, alterado sensivelmente pela cirurgia)”.

Outro ponto rebatido por aqueles que perseveram pela impossibilidade do enquadramento do transexual operado como pertencente ao sexo oposto perante o casamento, ainda assevera que a primordial função do matrimônio é a constituição da família, permitida, especialmente, com a procriação o que não seria possível se reconhecida a possibilidade em questão. Entretanto, importante destacar o posicionamento de AKEL:

Nos dias de hoje, impossível, a não ser por aqueles que levam a extremos a observância de dogmas religiosos, conceber a procriação como único objetivo da relação sexual. Sexo é primordialmente prazer (tomando esse termo em seu sentido mais elevado), e pode ser procriação.¹⁴⁰

O ponto suscitado além de viciado por considerável preconceito ainda não apresenta consistência. Sabiamente alerta ARAUJO (2000, p. 137) que “...o

¹⁴⁰ AKEL, op. cit., p.6.

casamento não tem como finalidade a procriação, mas o convívio entre duas pessoas. Tanto isso é verdade que a impossibilidade de gerar filhos não é motivo para anulação do casamento.”

Sendo a procriação a única finalidade do casamento, impossível seria permitir que uma mulher ou um homem estéril contraísse matrimônio, uma vez que não cumpririam sua função tida por principal. Alertando que o problema levantado tem como solução a adoção.

Por fim, o único ponto aparentemente relevante, defendido pelos contrários ao casamento do transexual, está na questão de erro essencial quanto à pessoa. É bem verdade de o Código Civil no título reservado ao casamento enumera, em seu artigo 1.556, como uma das causas de anulação do casamento o erro essencial quanto à pessoa do outro, porém, há por sua vez que considerar que o transexual não pretende obter a alteração de seu registro civil para “enganar” terceiros, mas sim para satisfazer-se pessoalmente. Sendo assim, o casamento não pode ser considerado uma prática contratual comum, vai além, calcado em valores éticos requer a cumplicidade e verdade entre seus contraentes, possibilitando a identificação entre seus cônjuges.

Mesmo assim, não pode ter referida questão como empecilho à possibilidade do casamento, mas tão somente como possibilidade de anulação, a qual depende exclusivamente da conveniência de uma das partes, que porventura sentir-se lesada.

Superadas às considerações da possibilidade do enlace matrimonial, outros dois problemas se formam: o primeiro quando o transexual já foi casado, com filhos e todos os encargos de uma eventual separação; e o segundo quando ainda não o foi apenas porque não era legalmente possível.

Quanto ao primeiro ponto, deve considerar que eventual sentença concessória da alteração do registro civil apenas terá efeito *ex tunc*, ou seja, do momento em que foi proferida adiante, não anulando situações já firmadas. Em outras palavras, mantém a relação bem como o dever de responsabilidade para com a prole e eventualmente com o ex-cônjuge. Ademais, há de asseverar a proteção

constitucional incondicional à criança, qualquer espécie de intervenção cirúrgica jamais obsta os valores preservados pelos artigos 227 ao 229 da Constituição Federal, os quais velam especialmente pelo respeito ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

No mesmo sentido ARAUJO destaca:

O fato de ter sido casado e de ter filhos não pode constituir obstáculo, por si, ao direito de felicidade do transexual. Trata-se de fatores que dificultarão sua nova realidade (especialmente diante da existência de filhos menores). No entanto, a regra não pode ser proibitiva, devendo ser analisada dentro do contexto da realidade, com apoio psicológico para os filhos. Caso não houvesse prejuízo para estes, se menores, a cirurgia poderia ser autorizada.¹⁴¹

No caso de ainda estar casado e manifestar o desejo intenso em passar pela intervenção cirúrgica de transgenitalização, é recomendável o expreso consentimento do cônjuge envolvido. Aplicando o entendimento de que os efeitos da sentença serão de título *ex tunc* não há que falar em nulidade do matrimônio, por outro lado, se analisado sob o enfoque geral de que após a intervenção cirúrgica os dois cônjuges equiparam-se morfologicamente, estaria diante de um casamento inexistente por identidade de sexo superveniente à celebração.

Quanto ao tema, conveniente as colocações de DINIZ:

A cirurgia de conversão de sexo, para evitar constrangimento ao cônjuge, só deverá, no nosso entender, ser feita em transexual solteiro, divorciado e viúvo. Urge ressaltar que os direitos e deveres entre o transexual operado e seus filhos permanecem inalterados, desde que não venha a causar com sua conduta qualquer dano moral ou material à educação da prole, caso em que o direito de visita sofrerá algumas restrições, impostas judicialmente. Nada há que impeça o transexual que teve filhos antes da cirurgia o exercício do poder familiar.¹⁴²

Por todo o exposto, especialmente pelas considerações atinentes ao conceito e posicionamento do transexual perante a sociedade, por diferenciar-se dos demais estados comportamentais da sexualidade exatamente por não se permitir a ter relacionamento com pessoas morfologicamente do sexo oposto, uma vez que assim se viam e, como é sabido, não admitem porque em nada concorrem com os homossexuais, estranho então imaginar um transexual casado, sem que tenha

¹⁴¹ ARAUJO, op. cit. (a proteção constitucional do transexual), p. 145.

¹⁴² DINIZ, op. cit. (o estado atual do biodireito), p. 300.

passado pela intervenção cirúrgica e pela alteração do registro civil. Nesse sentido, SZANIAWSKI é categórico:

Muitos indivíduos, apesar de serem *transexuais*, especialmente os *transexuais* masculinos, casam-se, aconselhados por psicólogos, para tentar vencer sua anomalia, pretendendo ter uma vida normal como homens, sendo que muitos casais, onde o marido é *transexual*, possuem filhos.

Com muita freqüência, tal espécie de união conjugal acaba degenerando, pois as mulheres não suportam a inclinação que seu marido tem por homens, em geral *heterossexuais*. Em outros casos, as relações sexuais são extremamente raras e os *transexuais* masculinos acabam se tornando impotentes.¹⁴³

Já quanto ao segundo ponto, deve deixar a cargo do transexual a informação sobre sua condição sexual, caso terceiro se sinta lesado, poderá lançar mão de medida judicial cabível para reparação, no caso pedido de anulação por erro essencial quanto à pessoa com possível cumulação indenizatória, se for o caso. Difícil, porém, imaginar que alguém chegue ao casamento desconhecendo a condição transexual de seu parceiro.

Nesse sentido, interessante o pronunciamento do Ministro DIREITO:

Quando se fala em prejuízos a terceiro, na verdade se fala na possibilidade de um homem envolver-se emocionalmente e, por que não dizer, sexualmente com o apelado e descobrir, em determinado momento, que ela não poderá ter filhos, ou até mesmo que não é mulher 'de nascimento'. Sendo essa a questão a ser enfrentada, até certo ponto, o mesmo aplicar-se-ia à mulher estéril. Será que deveriam essas mulheres ter em seus documentos e no registro civil contida esta condição? Ou seria uma humilhação para elas? Sofreriam algum tipo de discriminação? E se os seus possíveis companheiros aceitassem essa condição por entenderem ser o amor o bem maior? As respostas são conhecidas. Os casos são assemelhados, e por não ter a mulher estéril que expor sua condição perante a sociedade, não terá P.C. que expor a sua. Cabe ressaltar que essas suposições de eventuais prejuízos que possam sofrer terceiros, são hipóteses, não havendo certeza quanto ao caso concreto. Poderia acontecer ou não. Por isso, não seria plausível a exposição da condição de transexual feminino do recorrido em virtude de projeções, e, como tais, aleatórias. Se houver, no futuro, alguém que se sinta ameaçado, ou até mesmo prejudicado moralmente em razão da alteração de vida pela qual optou o apelado, que procure o remédio jurídico cabível.¹⁴⁴

¹⁴³ SZANIAWSKI, op. cit., p. 122.

¹⁴⁴ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. In: TJRS, Apelação cível nº 70006828321. 8ª Câmara. Dir. Priv. Data: 11/12/2003, p. 5. Disponível em: <http://www.usr.inf.ufsm.br/shun/direito/tgp/arquivos/aordaotranssexualismodoc> Acesso: 01.09.2009.

Não obstante, uma vez realizada a cirurgia e procedida a alteração do registro público, não há qualquer impedimento para o casamento do transexual.

Atrelado ao casamento, o direito à herança também sofre alterações a depender pelo regime de bens adotado. Note-se independentemente se casado ou não, o indivíduo poderá ser constituído como herdeiro, na qualidade de instituído ou facultativo, a diferença está a partir do momento em que se torna possível o casamento ente o transexual operado e com a devida alteração do registro público, isto porque quando considerado cônjuge, descartado o regime de separação total ou obrigatória de bens, passa a concorrer com os demais herdeiros em grau de preferência, ou seja, concorre como meeiro e herdeiro necessário.

Por sua vez, considerando os proclamas da igualdade e não discriminação trazidos pelo artigo 5º da Constituição Federal, inadmissível seria imaginar que o transexual enfrenta problemas para o exercício de qualquer atividade profissional por causa da sua situação sexual. A Carta Magna é precisa ao declarar que todos são iguais sem distinção de qualquer natureza, proibindo ainda, de acordo com seu artigo 7º, inciso XXX, a distinção salários, funções ou admissão por motivo de sexo.

Outros reflexos ainda seriam assistidos na esfera militar, diante da necessidade e obrigatoriedade da prestação de serviços às forças armadas, haja vista existir essa imposição apenas para o sexo masculino.

No campo previdenciário, a mudança seria em relação ao salário-maternidade e para as aposentadorias por idade e por tempo de contribuição, já que a mulher tem contagem de idade e tempo reduzidos, respectivamente, em relação ao homem.

Quanto ao esporte, alerta para a influência da alteração jurídica do sexo diante das competições, uma vez que adquirido o novo sexo poderia alterar a competição proporcionando considerável vantagem ou desvantagem, a depender do sexo assumido. Entretanto, a dúvida não deve ser classificada como fator impeditivo, pois todos os atletas são submetidos a rígidos testes hormonais, donde eventual alteração acarreta a desclassificação do mesmo.

Nos dizeres de DINIZ:

No esporte problemas não haverá, por basear-se no sexo hormonal. Assim, o transexual operado poderá disputar, por exemplo, campeonato feminino, mesmo sem retificação de ser registro civil, sendo-lhe vedado apenas competir se sua alteração hormonal apresentar índice laboratorial superior ao permitido...¹⁴⁵

Outrossim, não pode esquecer que o transexual, especialmente o feminino, busca desde sua auto-identificação toda uma revolução hormonal, a fim de aproximar-se o quanto mais do sexo psicológico. Tratamento que influencia na produção ou repressão do desenvolvimento de determinados hormônios, assim os testes hormonais apenas poderiam ser considerados como critérios classificatórios de competição, não impeditivo do reconhecimento de um direito.

Por sua vez, na esfera do direito penal os reflexos também seriam consideráveis, já que uma série de crimes exigem a especificação do sexo para configuração, como é o caso dos crimes de estupro (artigo 213), posse sexual mediante fraude (artigo 215), entre outros. Além ainda das legislações especiais, como é o caso da Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006, a qual institui os mecanismos para coibir a violência doméstica contra a mulher.

A alteração do registro civil não incorre, como pretende muitos, em prejuízo a terceiros, apenas retrata e confirma a verdadeira posição de uma pessoa perante a sociedade. Prejuízo teria se um transexual, mesmo após sua redesignação cirúrgica, fosse ainda identificado como tal, pois, de que adiantaria vencer a barreira da dicotomia entre as realidades morfológicas e psíquicas se ao final continuasse vivendo sob a sombra do constrangimento causado por “ser diferente”, sendo esse e não outro o sentimento de qualquer transexual que não pode assumir-se plenamente por causa dos preconceitos sociais.

Mudança de sexo. Averbação no registro civil.

1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação,

¹⁴⁵ DINIZ, op. cit. (o estado atual do biodireito), p. 307.

opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito.

2. Recurso especial conhecido e provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 678.933 - RS (2004/0098083-5). STJ TERCEIRA TURMA. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO. DJ: 21/05/2007).

Os reflexos advindos pela alteração do registro público do transexual jamais serão com intuito de causar dano a outrem, ao contrário, apenas revelam a possibilidade de uma nova vida, o que se busca com o alteração em questão é, como já afirmado, ter um livre e pleno desenvolvimento, constituído por padrões mínimos de dignidade.

Dessa maneira, a sociedade, a partir da noção de tolerância, deve deixar de se preocupar com reflexos que pouco importam nas relações privadas. Se alguém quer transformar-se em mulher ou em homem, diante de uma situação de transexualidade determinada por profissionais especializados, de forma irreversível, não há qualquer problema, se tal operação se funda na busca da felicidade do indivíduo.¹⁴⁶

Assim, a tolerância estaria no fato de aceitar as diferenças, as quais independentemente do processo de alteração do registro, existiram. Permitir ao transexual que seja renovada sua condição, bem como permitir o ajustamento de seu sexo jurídico é permitir-lhe a integração, retirando-lhe o medo da diferença.

6.3 Enfoque constitucional: análise a partir dos proclamas da dignidade da pessoa humana

A Constituição da República Federativa do Brasil, influenciada pelo Estado Social, vigora sob preceitos de intervenção do poder estatal nas esferas sociais – pública e privada, a fim de resguardar as necessidades existenciais mínimas de seus cidadãos.

Com este propósito, traz como princípios fundamentais norteadores daquelas relações: a valorização da cidadania e da dignidade da pessoa humana, determinando a promoção dos valores humanos como um dos principais objetivos

¹⁴⁶ ARAUJO. op. cit. (a proteção constitucional do transexual), p. 147.

do Estado, cuja finalidade não é outra senão a proteção da dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade, sem qualquer espécie de preconceito.

A junção desses objetivos visam como fim primordial a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, movida pela erradicação de preconceitos e traçada dentre os parâmetros da tolerância. Da mesma forma, pousa em um de seus princípios internacionais, a prevalência dos direitos humanos. Nesse sentido:

Nossa lei fundamental, em verdade, ao estabelecer, no § 2º do artigo 5º, a vigência, na ordem interna, do Direito Internacional referente aos direitos fundamentais (“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”), acabou por estatuir que os direitos fundamentais da personalidade devem ser interpretados em consonância com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. E esta supõe a existência de um direito geral ao livre e pleno desenvolvimento da personalidade humana.¹⁴⁷

Não há dúvida de que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o pilar jurídico de toda a estrutura do Estado, diante do qual há sempre que considerar a pessoa como o principal destinatário do direito, não o contrário.

Neste sentido, parafraseando CANOTILHO, o sentido de uma República lastreada na dignidade da pessoa humana acolhe a idéia de um indivíduo conformador de si próprio e de sua vida segundo o seu próprio fundamento espiritual. Trata-se do reconhecimento do indivíduo como organização política que serve ao homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios.¹⁴⁸

Em outras palavras, a partir da valorização da dignidade humana, o homem passou a ocupar o centro da ordem jurídica, sendo o principal destinatário de direitos. Com a instituição da dignidade humana dentre os fundamentos da República, o homem deixou de ser o simples sujeito de direitos, passando a ocupar o lugar de bem jurídico tutelável.

Assim, passa a dignidade da pessoa humana a ocupar o valor máximo do ordenamento, impondo aos demais ramos do direito a necessidade de adequação a

¹⁴⁷ AKEL, op. cit., p. 10.

¹⁴⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 239-225.

fim de contribuir com sua promoção, passando assim a ser o vetor máximo da interpretação jurídico-constitucional.

De nossa óptica, a dignidade da pessoa humana não é só mero enunciado vernacular principiológico, dada sua localização na topografia constitucional, mas, na verdade, um valor de pré-compreensão de todo o arcabouço jurídico do Estado brasileiro.¹⁴⁹

A dignidade da pessoa humana expressa a exigência do reconhecimento de todo ser humano como pessoa. Dizer, portanto, que uma conduta ou situação viola a dignidade da pessoa humana significa que nesta conduta ou situação o ser humano não foi reconhecido como pessoa.¹⁵⁰

Em que pese seu conceito vago, a dignidade é atribuída a qualquer pessoa ligada a condição humana, é requisito sempre permanente na construção e no pleno desenvolvimento do ser humano. Equivale dizer, a dignidade da pessoa humana está como valor fundante do ordenamento, outrossim, insurge como cláusula geral de concretização e proteção da pessoa e de seu livre e pleno desenvolvimento.

Nas palavras de BITTAR:

Como balanço teórico do que se está a discutir nesta proposta de raciocínio acerca de uma hermenêutica constitucional centrada no princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que a expressão traduz, em sua inteireza, toda a carga de demanda por justiça, em torno das aflições humanas (miséria, injustiça, sofrimento, exploração, desvio, deturpação, corrupção, degradação...), e que, somente por isso, pode ser dita uma expressão fundamental para a cultura dos direitos, esta que se dedica exatamente a identificar e a proteger valores que sejam construídos historicamente a partir das próprias mazelas do trato comum das coisas e da vida social.¹⁵¹

A bem da verdade, o princípio da dignidade humana impõe duas esferas de atuação, a primeira delas de cunho protetivo, diante da qual o Estado deve promover políticas que visem dar assistência ao indivíduo; enquanto a segunda ocupa-se pela tutela promocional, resguardando o direito da autodeterminação pessoal. Ambas no visam outra coisa senão o pleno desenvolvimento do cidadão.

¹⁴⁹ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1998. São Paulo : Método, 2004, p. 246.

¹⁵⁰ BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento – uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. *In: Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. Organizado por: Agassiz Almeida Filho e Plínio Melgaré. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51.

¹⁵¹ BITTAR, Eduardo C.B. Hermenêutica e constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. *In: Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. Organizado por: Agassiz Almeida Filho e Plínio Melgaré. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 261.

Insta mencionar que o direito ao pleno e livre desenvolvimento não está expressamente determinado no ordenamento jurídico pátrio, porém, é totalmente possível extraí-lo da comunhão dos princípios orientadores trazidos pela Constituição Federal, especificamente pela própria dignidade humana e pela liberdade.

Não pode negar que o princípio da dignidade, além de princípio fundamental, é o grande vetor da proteção e do desenvolvimento da personalidade.

...a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.¹⁵²

O pleno e livre desenvolvimento requer, como se verá, a conjugação de uma série de princípios e normas constitucionais. Nessa idéia atinge o pleno desenvolvimento quando consegue chegar à felicidade, por isso a teoria de ARAUJO (2000, p. 74) ao mencionar, em outras palavras, que o ideal do Estado Moderno pressupõe a felicidade de seus componentes, toda a organização e submissão destes não é senão para alcançar a tão buscada felicidade, permitida a partir dos princípios fundamentais, em especial o Estado Democrático, o da dignidade da pessoa humana e o da necessidade de promoção do bem de todos.

Como visto, são direitos informantes do livre desenvolvimento e protetor da dignidade: o direito à vida, à integridade física e psíquica e o direito à saúde, todos amparados em âmbito constitucional. Esses direitos constituem o trinômio necessário ao exercício da cidadania.

“Ser cidadão significa ser um homem livre, titular de direitos e obrigações a título individual, garantidos por lei.”¹⁵³ Mais que um exercício de direitos e obrigações, o cidadão é a figura responsável pela modificação dos ditames da história de um povo, ou seja, ser cidadão significa ter passaporte para o comando da

¹⁵² MORAES, op. cit. (direitos humanos fundamentais), p. 46.

¹⁵³ SZANIAWSKI, op. cit., p. 248.

política de um País, possibilitando a eleição de seus representantes ou sua inscrição como um deles.

A cidadania representa a condição da pessoa como participante do Estado, ou seja, a representação de um cidadão como sujeito de direitos e obrigações.

Por todas as considerações catalogadas ao longo do trabalho, não seria demais afirmar que o homem como sujeito de direitos e deveres tem em sua e para sua personalidade um conjunto de elementos fundamentais, dentre eles a dignidade, a individualidade e a pessoalidade, os quais exigem para o livre e pleno desenvolvimento, respeito e promoção.

O direito do transexual à realização da cirurgia de transgenitalização e à posterior alteração do seu registro público encontra total respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, estampando do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, tendo ele o papel de cláusula geral de tutela dos direitos fundamentais da personalidade.

São imensuráveis as humilhações que um transexual, mesmo se identificando e sendo identificado como mulher, passa ao ter que apresentar seu nome de batismo nas mais diversas relações sociais do cotidiano, inclusive, obrigando-o a abandonar os estudos e a exclusão do mercado de trabalho formal.

Assim, como exposto, identifica-se violação ao princípio da dignidade da pessoa humana impor a um indivíduo a obrigatoriedade de carregar nome e sexo não condizentes com seu estado físico e psíquico. Vale ressaltar, que um autêntico Estado Democrático de Direito reconhece, respeita e faz cumprir todos os direitos dos seus cidadãos, inclusive, o direito a uma nova identidade sexual.

Felizmente o que se tem presenciado é que as decisões dos Tribunais tendem aos poucos, conforme demonstrado, acompanhar de modo dinâmico as evoluções alcançadas pela medicina e pela biologia. Não obstante, não raras vezes, é possível depara-se com decisões que acarretam prejuízo ao tratamento dos casos de transexualismo, decisões essas eivadas na falta de delicadeza para entender o sexo além de sua formação biológica e, quando assim o fazem, não conseguem entender verdadeiramente as sensações acumuladas naqueles. Todavia, “pode

mudar o sentido da interpretação na doutrina e na jurisprudência, mas o parâmetro inicial a partir do qual principia o raciocínio exegético é a dignidade da pessoa humana”¹⁵⁴.

A defesa ao transexualismo requer, antes de qualquer coisa, a defesa da própria vida, da integridade física e da saúde do cidadão, pois em que pese o direito de disposição ao próprio corpo, a cirurgia de transgenitalização visa a preservação do bem maior, que é a vida, pois, conforme destacado ao longo do trabalho, os casos de transexualismo desencadeiam, não raras vezes, lesão à vida ou ao próprio corpo.

Assim, conforme já reconhecido pelo Ministério da Saúde, a realização da cirurgia em questão não visa outra coisa senão a obrigação constitucional do dever de prestação à saúde previsto pelo artigo 6º e efetivado pelo artigo 196, o qual dispõe, em outras palavras, que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, a Constituição quis na verdade promover e resguardar a vida, concebendo aos seus cidadãos condições mínimas ao exercício de seu direito com dignidade.

Apelação cível. Constitucional e processual. Ação de obrigação de fazer movida contra o Estado visando obter a realização de cirurgia de transgenitalização de neocolpovulvoplastia (mudança de sexo) porquanto não tendo o autor recursos para financiá-la, e estando a utilizar medicamentos preparatórios da cirurgia que podem acarretar efeitos colaterais pondo sua vida em risco, os quais foram indicados por médicos do próprio estado, não pode ser desamparado pelo poder público tendo em vista o direito social à saúde, previsto na constituição. Sentença de improcedência. - O direito social à saúde, previsto no art. 196 da Constituição é auto-aplicável, podendo se efetivar mediante a tutela jurisdicional. A negativa da efetivação de um direito assegurado pela Constituição, sem justificativa, constitui ofensa moral causadora de angústia, desalento, desesperança. - Apelo provido. (2005.001.07095 - APELACAO CIVEL -TJ/RJ NONA CAMARA CIVEL DES. JOAQUIM ALVES DE BRITO - Julgamento: 26/07/2005).

O preceito constitucional ainda vai além, determinando que a saúde seja prestada de forma a constituir um sistema único acessível a todos os que dela necessitarem, ou seja, assistência integral, constituindo competência comum a todos os entes federativos (artigo 23, inciso II da Constituição Federal).

A saúde não se resume apenas à observância e resguardo do corpo físico, ou seja, não se pode falar em saúde desprezando a esfera psíquica. Aplicado ao

¹⁵⁴ ALARCÓN, op. cit., p. 252.

transexual, o direito à saúde representa seu direito de adequação de seus sexos físico e psíquico.

O princípio da dignidade da pessoa humana permite, por um lado, o direito à autodeterminação e, por outro a necessidade de intervenção do Estado para assistência e proteção do ser humano.

Em que pese a liberdade sexual e o direito de autodeterminação fossem pontos suficientes para legitimação do direito de disposição sobre o próprio corpo para fins de cirurgia de transgenitalização, há de ponderar que os casos de transexualismo constituem como fator preponderante a exigência médica, a fim de evitar a automutilação ou até mesmo o suicídio e para o bem da promoção da dignidade da pessoa humana.

Contudo, apesar da relação que a autodeterminação apresenta com a dignidade humana, com o livre desenvolvimento e com a cidadania, não pode permitir que seja exercida de forma ilimitada. Há de destacar que a autodeterminação encontra limites nos próprios valores que pretende promover, além é claro dos limites impostos pelo princípio da igualdade. É necessário considerar que a dignidade humana impõe ao exercício de qualquer outro direito um núcleo mínimo inviolável (conforme alhures), sem o qual não há que falar em pleno desenvolvimento.

A cirurgia de transgenitalização, considerando sua necessidade diante da caracterização do *status* de enfermidade do transexualismo não cumpre outra coisa senão a promoção da dignidade da pessoa humana, uma vez que ao permitir a adequação física da identidade sexual, permite, o exercício do direito à vida e ao pleno desenvolvimento físico e mental, atingindo os proclamas do direito à saúde.

Com é sabido, a saúde é o completo estado de bem-estar físico, psíquico e social. Para os indivíduos transexuais, o bem-estar físico psíquico e social só será alcançado por meio da redesignação de seu estado sexual, em sua dupla esfera – física e jurídica.

A alteração do registro civil reflete melhor as necessidades da inclusão e do livre desenvolvimento, ou seja, encontra seu principal fundamento no artigo 5º, inciso

X da Constituição Federal com a necessidade de preservação da intimidade e vida privada.

Por sua vez, a averbação resguardaria os atributos do registro público condizentes com a veracidade e os direitos de terceiros. Para os que defendem, a alteração é feita por meio da retificação, a qual induz a ocorrência de erro, o que não é o caso diante do transexualismo. Assim, expõe CUNHA:

A retificação o registro civil decorre de uma anotação errônea e não condizente com a realidade. Ora, quando do registro da autora – efetuado logo após seu nascimento – o nome de CRISTIANE e o sexo feminino correspondia à realidade que, ao longo dos anos e mediante tratamento médico e intervenção cirúrgica, foi modificada. Não se trata, portanto, de retificação de registro e sim de adequação à nova realidade. Por isso o mais adequado é averbar à margem do registro que a autora, a partir daquela data, passa a se chamar CRISTIANO e seu sexo passa a ser o masculino.

Além disso, a averbação, em vez da simples retificação, protege direitos de terceiros pretéritos e futuros em relação ao estado civil da autora...¹⁵⁵

Assim, utilizando dos ensinamentos de AKEL, considerando que a Constituição Federal prevê e protege o direito ao livre desenvolvimento, qualquer tentativa de obstá-lo ou dificultá-lo resultaria no confronto de norma de obediência obrigatória. Observando que a alteração do registro civil, não cumpre apenas o papel de satisfação para transexual, mas sim a eliminação da incerteza, angústia e dos conflitos com os quais tende a conviver, além, é claro, da promoção do livre e pleno desenvolvimento e da cidadania. São seus dizeres:

Uma vez que a Constituição Federal de 1988 reconhece a existência de um direito geral ao livre e pleno desenvolvimento da personalidade humana, negar ao portador de disforia do gênero o direito à adequação do sexo morfológico e o sexo psicológico e a conseqüente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de nascimento acaba por afrontar a lei fundamental.¹⁵⁶

Partindo para a análise dos direitos fundamentais arrolados no artigo 5º da Constituição Federal, tem que a defesa do transexualismo encontra respaldo especialmente no direito à vida e à intimidade.

O direito à vida, requisito primário para o desenvolvimento dos demais direitos, engloba não só o direito de viver, como também de ter uma existência

¹⁵⁵ CUNHA, op. cit., p.4-5.

¹⁵⁶ AKEL, op. cit., p. 12.

digna, uma vida saudável, íntegra e com segurança ao pleno e livre desenvolvimento.

Por sua vez, a intimidade requer um mínimo inviolável, englobando ainda o direito de determinar-se de acordo com valores e princípios reservados a cada um, assistindo inclusive o direito à identidade, quer ela pessoal, social ou sexual.

Assim, não é possível nem permissível deixar de reconhecer ao transexual o direito de viver como ser humano, amoldando-se à sociedade em que quer fazer parte, ademais merece, quando menos, o respeito de sua individualidade, de ser cidadão e de ser feliz. Como bem assevera ALARCÓN:

Ora, dessa óptica, a Constituição Federal erige-se como um verdadeiro estatuto da dignidade da pessoa humana, uma vez que todo seu conglomerado normativo se dirige ao respeito pela procura perene da felicidade do ser, para o que se estabelecem regras e princípios, que precisamente se desprendem daquele princípio maior.¹⁵⁷

Em síntese, tem-se que a dignidade da pessoa humana, mais que um princípio é um valor, o pilar da estrutura jurídica de todo o sistema, a diretriz para todo tipo de interpretação, sempre afirmando pela necessidade de proteção do indivíduo e resguardo do seu mínimo existencial. Ou seja, impõe-se como um dever de respeito perante o Estado e demais terceiros, sendo imprescindível a proteção de um conteúdo indisponível (mínimo existencial), o qual gera dever de resguardo até mesmo para seu titular, já que representa o conteúdo irrenunciável dos direitos fundamentais, variável de acordo com a época e os anseios sociais.

Nas palavras de ARAUJO:

Ao arrolar e assegurar princípios como o Estado Democrático, o da dignidade da pessoa humana e o da necessidade de promoção de bem de todos, sem qualquer preconceito, o constituinte garantiu o direito à felicidade. Não o escreveu de forma expressa, mas deixou claro que o Estado, dentro do sistema nacional, tem a função de promover a felicidade, pois a dignidade, o bem de todos, pressupõe o direito de ser feliz.¹⁵⁸

Os preceitos constitucionais apontados são suficientes ao resguardo da tutela pretendida. Ao assegurar que a lei não excluía da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito, automaticamente é feito com a necessidade de que suas normas,

¹⁵⁷ ALARCÓN, op. cit., p. 243.

¹⁵⁸ ARAUJO, op. cit. (a proteção constitucional do transexual) p. 74.

ao serem apreciadas, o sejam de forma sistemática, tendo na dignidade da pessoa humana o vetor máximo de orientação.

CONCLUSÕES

1. A sexualidade sempre foi tema presente na sociedade, contudo, apenas ocupou destaque a partir do momento em que houve necessidade de interferência do Estado nas relações sexuais de seus cidadãos, especialmente por causa das doenças sexualmente transmissíveis e da falta de controle da natalidade.

2. O Século XVIII representou um grande avanço em matéria de sexualidade. Foi o marco dos avanços tecnológicos, os quais trouxeram à baila discussões voltadas para “novos estados comportamentais da sexualidade”, até então vistos como “anomalias”.

3. Os Séculos subseqüentes serviram de aprofundamento aos estudos apontados durante o Século XVIII. O transexualismo passou a ser assunto de várias áreas, especialmente psicológica, educacional, médica e jurídica.

4. A partir disso, estudos começaram apontar as características e diferenciações do transexual perante os demais estados comportamentais da sexualidade, constituindo uma figura própria. O decorrer dos anos demonstrou a necessidade de estudo e adequação doutrinária (médico-jurídica) diante dos anseios transexuais.

5. O transexual passa a ser visto como pessoa portadora de disforia de gênero, causada pela má-formação hormonal durante a definição do sexo gonádico, por falta de comunicação ou comunicação errônea entre as gônadas, e não simplesmente como mera opção sexual.

6. Reconhecidamente como uma doença pela Organização Mundial da Saúde, a transexualidade apenas encontra tratamento com a intervenção cirúrgica. Ressalta-se, não há qualquer eficácia diante de tratamentos psicológicos. A cirurgia passou a ser entendida como um único meio eficaz a partir de várias constatações

de automutilação e até mesmo suicídios de transexuais que não conseguiram livrar-se seu sexo biológico.

7. Superadas as várias interferências contrárias à realização da cirurgia, a começar com a alegação de que constituía na verdade uma intervenção mutiladora, causadora de lesão corporal; seguida pela ineficácia de atribuir ao transexual operado as características do sexo oposto, entre outros argumentos. Atualmente a cirurgia é permitida e regulamentada pelo conselho federal de Medicina, sob a portaria n. 1.652 de 06 de novembro de 2002.

8. Ademais, justificada pelo direito de disposição sobre o próprio corpo, necessária à preservação da saúde física e mental do paciente, bem como promotora da permanência do direito à vida, entre outros resguardos aos direitos fundamentais da personalidade, a cirurgia de transgenitalização encontra na promoção da dignidade e do bem-estar sua principal justificativa e objetivo.

9. Ocorre, porém, que apesar de ser o único meio hábil para a recuperação do transexual, não é totalmente suficiente em parâmetros sociais, ou seja, para a total promoção, recuperação e inclusão do transexual na sociedade, a cirurgia de redesignação de sexo apenas é uma etapa do processo. O transexual operado ainda ostenta a necessidade, para sua promoção pessoal e social, de ter seu devido reenquadramento jurídico, adquirido com a alteração de seu registro público de nascimento.

10. Na atual conjuntura jurídica, não existe nenhuma espécie normativa que permita ou impeça o transexual de alterar seu prenome e seu sexo jurídico, a legislação é simplesmente omissa.

11. Não obstante, vários foram os projetos de leis apresentados, contudo, nenhum aprovado, ao contrário todos rejeitados, sobrevivendo apenas um, conhecido como Projeto de Lei 70-B do ano de 1995, o qual aguarda aprovação da Comissão de Constituição e Justiça do Senado.

12. Até então, as lacunas legislativas estão sendo resolvidas, como de praxe, por decisões judiciais. A jurisprudência ainda não tem se mostrado uniforme quanto

ao tema, mas certo é que sua maioria aceita a cirurgia de transgenitalização, bem como a alteração do prenome e do sexo jurídico.

13. As justificativas voltam-se, especialmente, ao reconhecimento da necessidade de promoção da dignidade da pessoa humana, como também do bem-estar. Ademais, os direitos à felicidade, à tolerância e ao esquecimento complementam a necessidade da efetiva alteração.

14. Uma vez promovida a respectiva alteração do registro público, os reflexos nas relações firmadas são inegáveis, especialmente no que pertine ao direito de família, às relações sociais, trabalhistas, e ao próprio direito público. Contudo, conforme verificado, nenhum deles se mostra como suficiente ao impedimento do direito em tese.

15. Inegável a proteção constitucional ao transexual, representada desde seu preâmbulo ao assegurar a promoção do bem-estar, passando pela instituição da dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais, assegurando a personalidade como um direito fundamental e a saúde como necessária.

16. Por fim, de nada adiantaria a prescrição de um direito, especialmente um direito fundamental, senão para dar-lhe concretude. Nestes termos, a tutela jurídica do transexual em busca do seu bem-estar, conseguido com a alteração de seu registro público, não quer outra coisa senão a promoção da dignidade estampada na Carta Maior, bem como o pleno e livre desenvolvimento de seu cidadão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKEL, Elliot. *In*: TJSP, Apelação cível nº 209.101-4/0-00. 1ª Câm. Dir. Priv. Decisão nº 00453497. Data: 09/04/2002. Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1713664>. Acesso: 01.09.2009.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1998. São Paulo : Método, 2004.

ALVES, Jones Figueiredo. Limitação voluntária de exercício de direito da personalidade e o caso *big brother*. *In*: Revista jurídica Consulex, ano VIII, n. 169, 31 de janeiro de 2004.

AMARAL, Sylvia Mendonça do. Manual prático dos direitos homossexuais e transexuais São Paulo : Edições Inteligentes, 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional do transexual. São Paulo : Saraiva, 2000.

_____. A proteção constitucional da própria imagem. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *In*: Revista de Direito Administrativo, v. 235. jan/mar 2004. Rio de Janeiro : Renovar, 2004, p. 1-36.

BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento – uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. *In*: Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos. Organizado por: Agassiz Almeida Filho e Plínio Melgaré. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 39-67.

BITTAR, Eduardo C. B. Hermenêutica e constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. *In: Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. Organizado por: Agassiz Almeida Filho e Plínio Melgaré. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 239-266.

BITTAR, Carlos Alberto. Teoria geral do direito civil. São Paulo : Forense Univeristária, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05.10.1988. *In: Vade Mecum RT*, 4. ed. ver. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais , 2009, p. 11-153.

_____. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *In: Vade Mecum RT*, 4. ed. ver. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais , 2009, p. 347-480.

_____. Lei n. 7.209 de 11 de julho de 1984. Institui o Código Penal. *In: Vade Mecum RT*, 4. ed. ver. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais , 2009, p. 483-563.

_____. Lei n. 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. *In: Vade Mecum RT*, 4. ed. ver. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais , 2009, p. 1.695-1.697.

_____. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *In: Vade Mecum RT*, 4. ed. ver. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais , 2009, p. 157-343.

_____. Resolução CFM n. 1.482 de 10 de setembro de 1997. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1482_1997.htm Acesso: 29.10.2009.

_____. Resolução CFM n. 1.652 de 06 de novembro de 2002. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM n. 1.482/97. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm. Acesso: 29.10.2009.

_____. Portaria n. 1.707 de 18 de agosto de 2008. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html. Acesso: 29.10.2009.

_____. Portaria n. 457 de 19 de agosto de 2008. Aprova a regulamentação do processo transexualizador no âmbito do Sistema Único de saúde – SUS. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457_19_08_2008.html. Acesso: 29.10.2009.

_____. Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. . *In*: Vade Mecum RT, 4. ed. rev. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais , 2009, p.1.264-1.290.

_____. Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – versão 10 (CID10). Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm>. Acesso: 29.10.2009.

BRAZIL, Grava. TJSP. Apelação cível n. 452.036-4/0-00. 9ª Câm. Dir. Priv. Voto n. 1923. Data: 07/11/2006, p. 1-6. Disponível em <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1044080>. Acesso: 01.09.2009.

CATONNÉ, Jean-Philippe. A sexualidade, ontem e hoje. Tradução por Michele Íris Koralek. São Paulo : Cortez, 2001.

CECCARELLI, Paulo Roberto. Transexualismo e identidade sexuada. *In*: Temas da Clínica Psicanalítica. São Paulo : Experimento, 1998, p. 137-147.

CHAVES, Antonio. Direitos da personalidade. *In*: Revista de direito civil: imobiliário, agrário e empresarial, ano 1, outubro/dezembro de 1977. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977, p. 23-42.

CITELI, Maria Teresa. A pesquisa sobre sexualidade e direitos sexuais no Brasil (1990-1992): revisão crítica. Rio de Janeiro : CEPESC, 2005.

CORRÊA, Sonia. Gênero e sexualidade como sistemas autônomos: idéias fora do lugar?. *In*: PARKER, Richard e BARBOSA, Regina Maria. Sexualidades brasileiras. . Rio de Janeiro : Relume Dumará, 1996. p.149-188.

COSTA, Ronaldo Pamplona da. Relacionamento homossexual. *In*: COSTA, Moacir (org.). Vida a dois. São Paulo : Siciliano, 1991. p. 93-110.

CUNHA, Maia de. *In*: TJSP. Apelação cível n. 619.672-4/9. 4ª Câ. Dir. Priv. Voto n. 17.062. Data: 19/02/2009. Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3497700>. Acesso: 01.09.2009.

CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Traduzido por: Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas : Romana, 2004.

DELGADO, Mario Luiz. Reality shows e os direitos da personalidade. *In*: Revista jurídica Consulex, ano VIII, n. 169, 31 de janeiro de 2004, p. 24-26.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *In*: TJRS, Apelação cível nº 70006828321. 8ª Câ. Dir. Priv. Data: 11/12/2003. Disponível em:<http://www.usr.inf.ufsm.br/shun/direito/tgp/arquivos/aordao-transsexualismodoc> Acesso: 01.09.2009.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. vol. 1, 19. ed. rev. São Paulo : Saraiva, 2002.

_____. Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas. vol. 7, 16. ed. atual. São Paulo : Saraiva, 2002.

_____. O estado atual do biodireito. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. A mudança no registro transexual. *In* Revista Consulex: doutrina, pareceres e pontos de vistas. Janeiro/dezembro. Brasília : Editora Consulex, 1995, p. 429-430.

DUTRA, Mariana Silva Campos. A tutela do transsexual no ordenamento pátrio. *In*: Revista Justilex, ano II, n. 14, fevereiro de 2003, p. 38-40.

FARINA, Roberto. Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias. São Paulo : Nova Lunar, 1982.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à constituição brasileira de 1988. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1997.

FLORÊNCIO, Gilbert Ronald Lopes. Direitos da personalidade no novo código civil. São Paulo : Editora de Direito, 2005.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade I : a vontade do saber. Tradução por Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro : Edições Graal, 1988.

FREITAS, Martha C. Meu sexo real: a origem somática, neurobiológica e inata da transexualidade e suas conseqüências na reconciliação da sexualidade humana. Petrópolis, RJ : Vozes, 1998.

GIDDENS, Anthony. Distúrbios pessoais, problemas sexuais. *In*: GIDDENS, Anthony. A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. Tradução por Magda Lopes. São Paulo : Editora da Universidade Estadual Paulista. 1993. p.125-173.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, vol. 1 – parte geral. São Paulo : Saraiva, 2005.

HEILBORN, Maria Luiza. Construção de si, gênero e sexualidade. *In*: HEILBORN, Maria Luiza (org.). Sexualidade: o olhar das ciências sociais. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1999. p. 45-58.

JABUR, Gilberto Haddad. Consentimento para devassa da privacidade nos reality shows. *In*: Revista jurídica Consulex, ano VIII, n. 169, 31 de janeiro de 2004, p. 28-29.

JAYME, Juliana Gonzaga. Travestis, transformistas, drag-queens, transexuais: pensando a construção de gêneros e identidades na sociedade contemporânea. *In*: PAIVA, Raquel e BARBALHO, Alexandre (orgs.). Comunicação e cultura das minorias. São Paulo : Paulus, 2005. p. 149-168.

KOOGAN, Abrahão; HOUAISS, Antonio. Enciclopédia e dicionário ilustrado. Rio de Janeiro : Delta, 1997.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. Transplantes de órgãos e tecidos e direitos da personalidade. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2000.

LIMONGI FRANÇA, R. Direitos privados da personalidade: subsídios para a sua especificação e sistematização. *In: Revista dos Tribunais*, ano 55, agosto de 1966, vol. 370. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1966, p. 7-16.

LIXINSKI, Lucas. Considerações acerca da inserção dos direitos da personalidade no ordenamento privado brasileiro. *In: Revista de direito privado*, ano 7, n.27, janeiro-setembro de 2006. Coordenada por NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 201-222.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *In: Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica jurídica*. Ano 49, n. 284, jun. 2001. Porto Alegre : Revista Jurídica, 2001, p. 5-20.

LOYOLA, Maria Andréa. A sexualidade como objeto de estudo das ciências humanas. *In: HEILBORN, Maria Luiza (org.). Sexualidade: o olhar das ciências sociais*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1999. p. 31-39.

MACIEL, Fernando Antonio Barbosa. A constitucionalização dos direitos da personalidade. *In: Direitos e deveres: revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Alagoas*, n. 4, janeiro-junho de 1999. Maceió : Imprensa Universitária, 2000, p. 41-59.

MARTINS NETOS, João dos Passos. Direitos fundamentais: conceito, função e tipos. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

MASTERS, William H. et. al. O relacionamento amoroso; segredos do amor e da intimidade sexual. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1988.

MEAD, Margaret. Sexo e temperamento. São Paulo : Perspectiva, 1969.

MILARÉ, Édís e LOURES, Flávia Tavares Rocha. Meio ambiente e os direitos da personalidade. *In: Revista de Direito Ambiental*, ano 10, n. 37 – janeiro-março de 2005. Coordenada por: BENJAMIN, Antonio Herman V. e MILARÉ, Edis. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 11-27.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 12. ed. São Paulo : Atlas, 2002.

_____. Direitos humanos fundamentais; teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo : Atlas, 2007.

MOREIRA, Gilberto de Souza. TJSP. Apelação com revisão n. 352.509-4/0. 7ª Câmara. Dir. Priv. Voto n. 8148. Data: 09/06/2006. Disponível em <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2040730>. Acesso: 01.09.2009.

MOSSE, George L. Masculinidade e decadência. *In: PORTER, Roy e TEICH, Mikulás. Conhecimento sexual, ciência sexual: a história das atitudes em relação à sexualidade. Tradução por Luiz Paulo Rouanet. São Paulo : Fundação Editora da UNESP, 1998. p. 291-307.*

NASCIMENTO, Renan Custódio do. Noções conceituais da sexualidade humana num recorte foucaultiano. *Universitas Ciência e Saúde*. vol. 1. n. 1. Brasília : UniCEUB, 2004, p. 65-72.

NOVELINO, Marcelo. Da dignidade da pessoa humana: conteúdo jurídico. *In: Revista Prática Jurídica*, ano VII, n. 77, 31 de agosto de 2008, p. 24-34.

O'CALLAGHAN, Xavier. Libertad de expresion y sus limites: honor, intimidad y imagen. Madrid : Editoriales de derecho reunidas, 1991.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de, e MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. *In: Revista dos Tribunais*, ano 69, vol. 532, fev. de 1980, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980, p. 11-23.

PARAENSE, Leandro Lopes Pontes. Direito à identidade sexual: o desencaixe jurídico-social do transexual. *In: Revista do programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal da Bahia*. n. 12. ano 2005. Salvador, 2005. p. 133-155.

PEREIRA, Ézio Luiz. Alteração do prenome: exame à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Leme/SP : CL Edijur, 2006.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. Considerações sobre a sexualidade humana. *In*: GROSSI, Miriam Pillar et. al. Movimentos sociais, educação e sexualidades. Rio de Janeiro : Garamond, 2005. p.25-30.

POLAINO-LORENTE, Aquilino. Psicofisiologia y sentido de la sexualidad humana: estudio psicologico. *In*: CHOZA, J. et.al. Analítica de la sexualidad. Pamplona, España : 1978. p. 43-95.

PUECHE, José Enrique Bustos. Manual sobre bienes y derechos de la personalidad. Madrid : Dykinson, 1997.

REALE, Miguel. A constituição e o código civil. *In*: Jornal o Estado de São Paulo, ed. 08 de nov de 2003, p. A2.

_____. Os direitos da personalidade. *In*: Revista Justilex, ano III, n. 27, março de 2004, p. 18-19.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

SILVA FILHO, A. Carlos Pacheco e. Perversões sexuais: um estudo psicanalítico. São Paulo : EPU, 1987.

STEDMAN. Dicionário médico. Traduzido por: ARAÚJO, Cláudia Lúcia Caetano de, et. al. Supervisão de LEMOS, J. Israel, 25. ed., Rio de Janeiro : Guanabara Koogan, 1996.

SUTTER, Matilde Josefina. Determinação e mudança de sexo – aspectos médicos-legais. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

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.

_____. Direitos da personalidade na antiga Roma. *In*: Revista de direito civil. Coordenada por: R. Limongi França, ano 12, n. 43, jan-mar 1998, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

TELES JUNIOR, Goffredo da Silva. Iniciação na ciência do direito. São Paulo : Saraiva, 2001.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. O direito à mudança de sexo do transexual. *In*: Revista Jurídica Consulex, ano VIII, n. 181, 31 de julho de 2004, p.12-12.

_____. Direito à adequação de sexo do transexual. *In*: Justiça do Direito, v. 2, n. 16. Passo Fundo : Universidade de Passo Fundo – Faculdade de Direito, 2002, p. 354-366.