

TRANSEXUALIDADE E OS DIREITOS HUMANOS: TUTELA JURÍDICA AO DIREITO À IDENTIDADE

Janaína Machado Sturza*

Janaína Soares Schorr**

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Transexualidade: seu Conceito e suas Origens; 3 Identidade Sexual: o que é?; 4 Direito à identidade Sexual Diversa: uma Decorrência do Direito da Personalidade; 5 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: O estudo em questão possui como objetivo a análise em relação à tutela apresentada ao direito à identidade referente aos transexuais. Partindo da apreciação a respeito do conceito e história da transexualidade, estuda posteriormente a identidade sexual desembocando na discussão a respeito do direito de possuir uma identidade sexual, mesmo que esta seja diversa da constante inicialmente no registro civil, como uma confirmação do direito da personalidade pertencente a cada ser humano. Utiliza-se, para tanto, o método bibliográfico, com análise em doutrinas referentes ao tema, bem como no ordenamento jurídico pátrio e em decisões oriundas dos Tribunais brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Identidade; Identidade Sexual; Transexualidade.

TRANS-SEXUALITY AND HUMAN RIGHTS: JURIDICAL TUTELAGE TO THE RIGHT TO IDENTITY

ABSTRACT: Current paper analyzes tutelage to the right to identity with regard to trans-sexual people. The concept and history of trans-sexuality is followed by an analysis of sexual identity and the right to have a sexual identity even though different from that initially transcribed on the birth certificate, as a confirmation of the right of the personality in each human being. A bibliographical survey is undertaken analyzing the doctrines on the theme in the Brazilian constitution and in decisions of Brazilian Courts.

KEY WORDS: Right to an Identity; Sexual Identity; Trans-Sexuality.

* Doutora em Direito pela Escola Internacional de Doutorado em Direito e Economia Tullio Ascarelli, da Universidade de Roma Tre/Itália; Docente na graduação em Direito e no Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado, da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI); Docente na graduação em Direito da Faculdade Dom Alberto; E-mail: janasturza@hotmail.com

** Mestranda em Direitos Humanos na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI); Bolsista do Programa de Bolsas do Mestrado da (UNIJUI); Advogada.

TRANSEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS: TUTELA JURÍDICA AL DIREITO DE IDENTIDADE

RESUMEN: El estudio en cuestión posee como objetivo el análisis de la tutela presentada al derecho a la identidad referente los transexuales. Partiendo de la apreciación a respecto del concepto e historia de la transexualidad, estudia posteriormente la identidad sexual alcanzando la discusión sobre el derecho de poseer una identidad sexual, mismo que esta sea diversa de la que consta, inicialmente, en registro civil como una confirmación del derecho de la personalidad perteneciente a cada ser humano. Se utiliza, para ello, el método bibliográfico, con análisis en doctrinas referentes al tema, bien como el ordenamiento jurídico patrio en decisiones advenidas de los Tribunales Brasileños.

PALABRAS-CLAVE: Derecho a la Identidad; Identidad Sexual; Transexualidad.

“Mas, como fica o postulante, que maior prova não poderia dar de seu anseio de igualar-se aqueles seres de que tem a alma?

Que é o homem? Mais corpo ou mais alma?

O Direito não é um sistema de normas sem finalidades. Ele visa ao justo que é também a harmonia do ser consigo mesmo quando não se opõe a dele em relação ao grupo a que pertence. E, por que não consagrar essa harmonia se não há prejuízo para os demais?

Por que não deixar [...] ser o que ele sempre sentiu e quer ser?”¹

INTRODUÇÃO

Atualmente, indivíduos transexuais ocupam páginas de revistas e capítulos de novelas, contudo, este é um tabu vencido há muito pouco tempo e que ainda busca a sua inserção plena na sociedade, especialmente em termos jurídicos, vez que são quase inexistentes legislações que os amparem, existindo apenas decisões jurisprudenciais espalhadas pelo país.

Esta deficiência acaba por afetar a vida dos envolvidos e é cada vez mais premente a necessidade de que o tema seja discutido, em razão da sua importância

¹ Trecho de decisão proferida pelo Ex^o. Sr. Dr. Ari Darcy Wachholz, então Juiz de Direito da Vara dos Registros Públicos da Comarca de Porto Alegre (RS). SILVEIRA, José Francisco Oliosio da. O transexualismo na justiça. Porto Alegre: Síntese, 1995, p. 73.

e das consequências que gera, sendo este o principal intuito da presente pesquisa que busca ser mais um instrumento de discussão e análise do assunto.

O indivíduo transexual, na busca pelo reconhecimento do direito a uma vida digna, acaba tendo que buscar o amparo do Poder Judiciário para ver-lhe alcançado um direito que é inerente a todo e qualquer ser humano, mas que, neste caso, é tolhido ou possui forte resistência por parte expressiva da sociedade.

Infelizmente, todo e qualquer tema que esteja ligado à questão sexualidade é ainda cercada por inúmeros mitos e preconceitos que acabam por evitar que estes sejam discutidos no grande grupo, inclusive por questões advindas da religião e da moral, que, historicamente, buscam deixá-los à margem das discussões e afetando diretamente os indivíduos e suas famílias.

Exatamente neste fato reside a escolha do tema do estudo, objetivando-se que cada vez mais venha à tona, para que, a partir do seu conhecimento, o preconceito possa diminuir e os indivíduos transexuais tenham realmente lugar na sociedade, como é o desejo de todo e qualquer ser humano.

Dividido em três partes, busca-se de início trazer o conceito e o histórico da transexualidade, para que, após, se possa estudar o que é a identidade sexual, e como ela nem sempre concorda com o sexo biológico, e por consequência jurídico, constante no registro civil.

Por fim, discute a respeito do direito garantido a todo indivíduo, pelo direito fundamental à personalidade, à sua sexualidade, mesmo que ela seja diversa do seu registro civil originário, como é o caso dos indivíduos transexuais que possuem o seu sexo biológico diverso do seu sexo psicossocial.

Para tanto, utiliza-se a pesquisa bibliográfica como fonte do conhecimento e das informações que no trabalho estão inseridas, além de referências à legislação brasileira e a decisões jurisprudenciais que a cada dia mais surgem espalhadas pelos Tribunais, mostrando que é necessária e urgente uma mudança de comportamento social.

Por sua finalidade e razão de ser o Direito não pode se calar às mudanças comportamentais verificadas no seio social, além de ter a necessidade de adequar-se ao afloramento dos novos impulsos e anseios por que passa nossa sociedade e ao qual o ser humano está ligado.

2 TRANSEXUALIDADE: SEU CONCEITO E SUAS ORIGENS

A transexualidade tem sua história embasada em mitos e lendas que acabam por revelar a sua existência desde os primórdios da humanidade, mesmo que as análises científicas e médicas só tenham ocorrido, de fato, nos últimos 50 a 70 anos².

O indivíduo transexual possui claramente a sensação de que a biologia enganou-se quanto ao seu corpo, “colocando-o” em um sexo que não é o seu em verdade. Vive em um grande conflito interior, vez que mesmo com todos os atributos físicos de um sexo, ele sente, pensa e age como integrante do oposto, e, na quase totalidade dos casos, comete atos contra si mesmo, na intensa vontade de adequar seu corpo à sua alma.

Há relatos de notícias datadas de 1772, na Dinamarca, quando Stürup relata casos de transexualidade. Também nos idos de 1830, quando Frederich fez menção à síndrome, referindo-se a alguém que tivesse a “ilusão fixa de ser mulher”³. A consolidação efetiva do termo ocorreu em 1953, através de Harry Benjamin, primeiro a empregá-la, e considerado o criador da expressão e precursor da sua defesa⁴.

A Segunda Guerra Mundial também possui um fato veiculado ao tema. Trata-se do famoso caso de Christine, anteriormente chamado George Jorgensen, um combatente do exército norte-americano que se submeteu a uma cirurgia de mudança de sexo. Quando veio a público, o fato tornou-se notícia e manchete dos jornais tornando-se matéria de discussão de juristas, médicos, psicólogos e, inclusive, da Igreja⁵.

Para a Organização Mundial da Saúde (OMS), o transexualismo está entre os Transtornos de Identidade Sexual (código F64.0) e pode ser descrito como

Um desejo de viver e ser aceito como um membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e um desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia para tornar seu corpo tão congruente quanto possível com o sexo preferido⁶.

² 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.

³ Idem.

⁴ SPENGLER, Fabiana Marion. União homoafetiva: o fim do preconceito, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

⁵ SILVEIRA, José Francisco Oliosi da. O Transexualismo na justiça. Porto Alegre: Síntese, 1995.

⁶ GARCIA, José Carlos. Problemáticas da identidade sexual. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2001 (Coleção Clínica Psicanalítica), p. 57.

Porém, esta classificação como um transtorno de identidade sexual, dada pela OMS, é totalmente desaprovada pelos transexuais e pelos doutrinadores estudiosos do tema, vez que não pode ser considerado como uma doença, mas sim como uma identidade sexual diversa da considerada como normal, porém não única, como será visto a seguir.

Conforme a Classificação Internacional de Doenças (CID) número 10, só pode ser diagnosticado o transexualismo se o indivíduo permanecer durante o período mínimo de dois anos comportando-se como tal, além de ser necessário um diagnóstico especial sobre o aparecimento desse comportamento em patologias graves, como é o caso da esquizofrenia⁷.

Um indivíduo transexual reprova veementemente os seus órgãos externos, aqueles que o identificam como pertencente ao seu sexo biológico, e buscam se livrar deles através de uma cirurgia, ou mesmo, anteriormente, através de automutilações, tamanho o seu desespero de se tornar um novo alguém (fisicamente falando), não se podendo culpá-lo por esta conduta, vez que a culpa já é algo presente em seu cotidiano desde que se identifica em um corpo físico que diverge da sua identidade psicossocial.

Há vários relatos de pessoas que não se iniciam na vida sexual, ou mesmo isolam-se da sociedade, desistindo de estudar e de levar uma vida normal, em virtude de não serem aceitos exatamente como são e de terem reprovadas as suas condutas. Isto, muitas vezes, acaba causando distúrbios de ordem psíquica ainda mais sérios, com casos conhecidos de suicídio.

O conflito existente está localizado “somente” na incompatibilidade do seu sexo anatômico, como a sua identidade de gênero, com o sexo que ele sente psicologicamente pertencer, o que poderia ser solucionado, no seu entender, com uma intervenção médica, quando se faria a sua redesignação sexual, e não por meios psicoterápicos, e, principalmente, com a alteração dos seus documentos civis, por ser a forma como nos identificamos na sociedade⁸.

A transexualidade ainda é visto como algo anormal aos olhos da sociedade, pois qualquer que seja o comportamento sexual que difira do hetero será configurado como algo fora do padrão, e, conseqüentemente, será rejeitado pela simplória questão de ser diferente. Hoje, como forma comparativa, o gordo é rechaçado

⁷ GARCIA, op. cit., 2001, p. 57.

⁸ Idem.

porque a moda é ser magro, logo, quem está fora do considerado “peso ideal” é “deixado de lado”, rejeitado, esquecido.

Discorrendo sobre o assunto Dias⁹ nos diz que,

O conceito de normal *versus* anormal decorre da sacralização da família, formação social historicamente associada a casamento e filhos, supondo sempre uma relação heterossexual. Essa, como toda visão maniqueísta, é extremamente limitante. [...] Não só, mas principalmente nessa sede, o comportamento sexual divergente da ordem da heterossexualidade é situado fora dos estereótipos, restando rotulado de “anormal”, ou seja, fora da normalidade. O que não se encaixa nos padrões é rejeitado pelo simples fato de ser diferente.

A autorização para a realização da cirurgia de transgenitalização é uma conquista recente, datando de 10 de setembro de 1997 a primeira resolução a respeito do tema. A Resolução nº 1.482, do Conselho Federal de Medicina, autorizou o procedimento levando em conta que a transformação consiste em algo terapêutico, e, como não há lei que a defina como crime, não existe, portanto, a afronta à ética médica. Além do que, quando a realiza, o médico está em exercício regular do direito configurando-se uma causa de exclusão de ilicitude¹⁰.

Depois, em 2002, a referida normativa foi revogada, através da Resolução nº 1.652, que autorizou a realização da cirurgia de neocolpovulvoplastia, consistente na mudança do sexo masculino para o feminino, em hospitais públicos ou privados. Esta norma também acabou sendo revogada, agora pela Resolução nº 1.955/2010, que passou a permitir que toda e qualquer cirurgia de redesignação sexual seja procedida em hospitais públicos ou privados¹¹.

Para tanto, foram estabelecidos alguns requisitos: a avaliação por equipe multidisciplinar constituída por um grupo de profissionais dentre os quais devem estar presentes um médico psiquiatra, um cirurgião, um endocrinologista, um psicólogo e um assistente social; além do que deverá haver um diagnóstico médico de transgenitalismo, ser o indivíduo maior de 21 anos e haver a ausência de características físicas inapropriadas para a referida cirurgia. Também é requisito obrigatório que haja o consentimento livre e esclarecido do paciente¹².

⁹ DIAS, Maria Berenice. União homossexual: o preconceito & a justiça. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 22.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. Transsexualidade e o direito de casar. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_transsexualidade_e_o_direito_de_casar.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2014.

¹¹ FUSSEK, Lygia dos Santos. Os Direitos civis do transexual em relação à mudança de gênero e prenome. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET, Curitiba, v. 3, n. 8, p. 127-152, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima8/7-Os-Direitos-Civis-do-Transexual-em-Relacao-a-Mudanca-de-Genero-e-Prenome.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2014.

¹² BRASIL. Resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portal-medico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 15 dez. 2014.

Esta resolução definiu o indivíduo transexual como sendo “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio”, devendo ele obedecer a alguns critérios:

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.

Porém, após a cirurgia, outro entrave ao cidadão redesignado surge. É a questão do seu nome e sexo constantes em seu registro civil. De acordo com a Lei dos Registros Públicos, só poderá ser alterado o prenome quando ele expuser o cidadão ao ridículo ou quando for consequência de um erro evidente quando da sua lavratura, não existindo previsão legal quanto aos casos de intervenção cirúrgica de mudança de sexo.

Por esta razão, cada vez mais surgem ações judiciais para que, com autorização do Poder Judiciário, se possa regularizar o registro civil, de acordo com a nova realidade fática e física dos seres humanos envolvidos em casos desta natureza. Uma das pioneiras foi o conhecido caso envolvendo Roberta Close, nascida Luís Roberto Gambine Moreira, e que realizou a cirurgia na Suíça, pela impossibilidade de realizar no Brasil, à época¹³.

Inclusive o tema já chegou algumas vezes ao Superior Tribunal de Justiça, tendo, nestas ocasiões, decidido pela alteração do registro civil, com a mudança do prenome e do sexo constante no termo original, embasada a decisão no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Como bem asseverou a Ministra Nancy Andrighi, em um dos julgados:

A definição da identidade sexual – que deve ser examinada como um dos aspectos da identidade humana – e a autorização para a modificação do designativo de sexo dos transexuais, devem ser examinadas sob o crivo do direito à saúde – compreendida, segundo a OMS, como a busca do bem estar físico,

¹³ SZANIAWSKI, op. cit., 1998.

psíquico e social –, à luz do princípio da dignidade humana, autêntico arquétipo primordial, uma das bases principiológicas mais sólidas nas quais se assenta o Estado Democrático de Direito. Sob essa perspectiva, a afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade¹⁴.

A Ministra ressalta, ademais, a necessidade de que o Direito acompanhe as mudanças ocorridas na sociedade, para que ocorra a real efetivação do princípio constitucional, reconhecendo-se a real importância da identidade sexual e da pessoa humana como um ser pleno de direitos e obrigações.

E continua:

Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar¹⁵.

Com isto se verifica a lenta, mas gradual, evolução em termos de discussão quanto ao tema deste estudo, que, conforme se comprova com rápida pesquisa nas páginas dos Tribunais aumenta a cada dia, confirmando a necessidade de análise e de efetiva legislação a seu respeito, garantindo o direito a estes cidadãos de alteração do seu registro civil originário, para que sexo psicossocial e sexo jurídico estejam em consonância.

3 IDENTIDADE SEXUAL: O QUE É?

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.008.398 - SP (2007/0273360-5). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Diário da Justiça, Brasília, DF, 18 de novembro de 2009.

¹⁵ Idem.

O sexo genético de uma pessoa é determinado a partir da união dos cromossomos dos gametas dos genitores do bebê e obedece a uma regra geral de que cada um dos indivíduos doa um cromossomo, sendo que o da mulher será sempre X e o do homem será X ou Y. Da união dos dois, não existindo nenhuma anormalidade capaz de interferir no resultado, formar-se-á um ovo ou zigoto que será XX ou XY¹⁶.

Passada essa fase surge a que fará a diferenciação das gônadas, por volta da oitava semana de gestação, em que se estiver presente um cromossomo Y, gerará um indivíduo do sexo masculino, porém, se estiverem presentes dois cromossomos do tipo XX, o bebê que futuramente nascerá será do sexo feminino. Esse processo de formação do sexo gonadal só terá fim na época da puberdade, quando ocorrerá o início do funcionamento dos testículos e dos ovários e surgirão os caracteres secundários de cada sexo¹⁷.

Ao contrário do que parte da sociedade acredita, em se tratando de indivíduo transexual, não há nenhum tipo de alteração genética, sendo que os seus genes correspondem de forma perfeita aos definidos para cada sexo, e seguindo o mesmo processo de formação descrito acima.

O sexo jurídico, também denominado sexo legal ou sexo civil, que consta no registro civil de cada ser humano, é definido a partir da simples observação externa do órgão genital presente no nascituro, verificação esta realizada no momento do nascimento e que servirá de base para a expedição da certidão de nascimento¹⁸.

Por outro lado, o sexo psicossocial sofrerá influência pré-natal, mas, principalmente e especialmente, será após o nascimento, a partir do ambiente vivido, que será consolidado. Ao defini-lo defende-se a questão de ser ele o resultado da combinação de “fatores e interações genéticas, fisiológicas e psicológicas que acontecem e se formam dentro do meio onde o indivíduo se desenvolve”¹⁹. Assim,

A identificação do indivíduo como pertencente a um ou outro sexo é feita no momento do nascimento, de acordo com o aspecto de sua genitália externa. A determinação da identidade

¹⁶ CHAVES, Antônio. Direito à vida e ao próprio corpo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

¹⁷ Idem.

¹⁸ SCHEIBE, Elisa. Direitos de personalidade e transexualidade: a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2008. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ElisaScheibeDireito.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. União homoafetiva: o fim do preconceito. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 23.

sexual dá-se por meio do critério morfológico, e o papel do gênero apresenta-se como uma expressão pública dessa identidade. [...] Contudo, a determinação do sexo não decorre exclusivamente de características físicas exteriores. A aparência externa não é a única circunstância para a atribuição do gênero²⁰.

Em outras palavras, no indivíduo transexual existe o conflito entre o sexo somático e o sexo social, pois fisicamente ele possui as características genéticas de um determinado gênero, mas ele se vê como pertencente ao gênero oposto. As características morfológicas são pertencentes a um sexo, mas as psicológicas pertencem ao sexo oposto, não identificando-se em nada com aquele a não ser pelos órgãos genitais e internos²¹.

Além da vontade individual, um dos principais fatores, a identidade sexual também está atrelada à personalidade do indivíduo, sua saúde e sua liberdade. Quando há uma cirurgia de mudança de sexo e uma inalteração do registro civil, há em verdade um engodo, uma falsidade em relação à sexualidade do seu proprietário, devendo ser o novo sexo exibido, sentido e socialmente vivido²².

Ou seja, a pessoa tem seu sexo definido em seu registro de nascimento, que por sua vez é originário da análise da genitália externa do indivíduo, porém, à medida que cresce, pode descobrir diferenças entre o seu sexo biológico e o seu sexo psicológico, percebendo que um não condiz com o outro, e muito menos condiz o seu registro com a sua realidade psíquica. E é assim que surge um indivíduo transexual, em linhas gerais²³.

De acordo com Stuart Hall isso se deve ao gênero, uma vez que

A identidade é realmente algo formado, ao longo de tempo, através de processos inconscientes, e não algo inato, existente na consciência no momento do nascimento. [...] Ela permanece sempre incompleta, está sempre “em processo”, sempre “sendo formada”. [...] em vez de falar da identidade como uma coisa acabada, deveríamos falar de *identificação*, e vê-la como um processo em andamento. A identidade surge não tanto da plenitude da identidade que já está dentro de nós como in-

²⁰ DIAS, Maria Berenice. União homossexual: o preconceito & a justiça. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 121-122.

²¹ MOREIRA, Thácio Fortunato. Direito do transexual à alteração do prenome sem a realização da cirurgia de adequação sexual. *Direito Unifacs - Debate Virtual*, n. 170, ago. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3241/2322>>. Acesso em: 05 dez. 2014.

²² SILVEIRA, op. cit., 1995.

²³ SPENGLER, op. cit., 2004.

divíduos, mas de uma falta de inteireza que é “preenchida” a partir de nosso *exterior*, pelas formas através das quais nós imaginamos ser vistos por *outros*²⁴.

Szaniawski²⁵ ressalta que:

A problemática da identidade sexual de alguém é, porém, muito mais ampla do que seu simples sexo morfológico. Deve-se, pois, considerar o comportamento psíquico que o indivíduo tem diante de seu próprio sexo. Daí resulta que o sexo compõe-se da conjugação dos aspectos físico, psíquico e comportamental da pessoa, caracterizando-se, conseqüentemente, seu estado sexual.

A identidade de gênero é influenciada por fatores físicos, sociais e emocionais. Não é algo preconcebido, algo que é inato ao ser humano, e sim um processo contínuo, que tem início no nascimento e que vai sendo construído durante a infância e a adolescência, atingindo seu ápice na fase adulta.

4 DIREITO À IDENTIDADE SEXUAL DIVERSA: UMA DECORRÊNCIA DO DIREITO DA PERSONALIDADE

Quando o indivíduo não segue o modelo considerado normal pela sociedade, qual seja, o heterossexual, não pode ele, por conseqüência, sofrer restrições aos direitos que lhe são garantidos pelo ordenamento. Em relação a isto muito se evoluiu nos últimos anos, inclusive com a permissão para o casamento e direitos garantidos em sede patrimonial, porém, ainda há muito o que caminhar.

O transexual, como um ser igualmente portador de direitos e deveres, possui o direito de constar, em seu registro civil, o prenome e o sexo vinculados ao seu sexo psicossocial e não ao sexo biológico e jurídico constantes originariamente. Assim, se estará agindo em conformidade com os direitos e princípios previstos na Constituição Federal de 1988 e estarão ausentes a discriminação e o preconceito²⁶.

Muitas são as normativas neste sentido. Uma delas é o artigo 196 da Carta Magna, que garante ser obrigação do Estado a prestação do tratamento à saúde e,

²⁴ HALL, Stuart. A identidade cultural na pós-modernidade. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 8. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 38-39.

²⁵ SZANIAWSKI, op. cit., 1998, p. 35.

²⁶ FUSSEK, op. cit., 2012.

por via reflexa, a proibição em relação à negativa de tratamento. É em decorrência deste direito/dever que foi editada a resolução do Conselho Federal de Medicina, já citada, que autoriza a cirurgia de adequação sexual.

Outra norma legal é o artigo 16 do Código Civil Brasileiro, repetida na legislação concernente aos registros públicos, que determina que toda pessoa tem direito ao nome, neste compreendido o prenome e o sobrenome. Este é o primeiro e um dos mais importantes direitos da personalidade e o identificador essencial da pessoa, não podendo ele colocar o indivíduo em uma situação que o ridicularize, como é o caso dos transexuais que não são autorizados à modificação do seu registro civil²⁷.

O nome é o símbolo da personalidade do ser, o modo de individualização e a forma como particularmente será conhecido na sua vida social, sendo um reflexo de cada um e devendo estar integrado ao seu psiquismo, honra, imagem pessoal e social²⁸. E a sua alteração, em casos que envolvam transexuais, tem por escopo garantir a saúde plena do indivíduo, seguindo-se o conceito de saúde trazido pela Organização Mundial da Saúde, que refere ser ela o estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não apenas, como normalmente se acredita, a ausência de quadro de enfermidade²⁹.

Conforme o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, os direitos da personalidade são essenciais, inatos e inerentes a cada pessoa, sendo eles personalíssimos. Eles envolvem uma série de direitos, dentre eles o direito à vida e à integridade física e moral, direito à intimidade, direito sobre o próprio corpo, direito à liberdade, direito à honra, à intimidade e à privacidade, direito à imagem e direito à identidade pessoal e ao nome.

É obrigação do Estado garanti-los para a construção de uma sociedade que efetivamente seja livre, justa e solidária, com a promoção da felicidade de todos, sendo vedado e combatido preconceito de qualquer tipo, inclusive, e especialmente neste caso, em relação ao sexo de cada indivíduo.

Ao vedar a adequação do sexo biológico ao sexo psicológico, o Estado acaba por violar direitos constitucionais e descumprindo aquela que é uma das suas principais funções, qual seja, a proteção e garantia de uma vida digna, plena, feliz e justa.

²⁷ DIAS, op. cit., 2001.

²⁸ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Mudança de sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos. São Paulo: Santos, 1996.

²⁹ FUSSEK, op. cit., 2012. .

Como ser digno, pleno, feliz, quando as pessoas não o reconhecem como se tem absoluta certeza ser? Como viver plenamente quando o seu documento traz um prenome e um sexo que não condiz com o seu? Como viver feliz quando se tem certeza de que a natureza errou ao ter nascido com a genitália que possui? São questões geralmente trazidas nos relatos destes indivíduos.

Será a partir da efetiva permissão, em sede legislativa, através de leis específicas, que garantam ao indivíduo transexual a mudança do seu registro civil, que estará assegurado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com a possibilidade de que estes seres vivam de forma efetivamente digna.

Os defensores da não permissão da modificação do registro civil embasam sua defesa no princípio da inalterabilidade do nome, constante na Lei dos Registros Públicos. Contudo, esta normativa não pode ser considerada absoluta, devendo haver uma exceção a este princípio quando há o manifesto interesse individual ou o benefício social, que é o caso de um indivíduo transexual, devidamente motivado pelo fato de que a sua identidade sexual é diversa da constante em seu registro originário³⁰.

Comparato³¹, de forma brilhante e lúcida, expõe a respeito da personalidade individual:

Reagindo contra a crescente despersonalização do homem no mundo contemporâneo, como reflexo da mecanização e burocratização da vida em sociedade, a reflexão filosófica da primeira metade do século XX acentuou o caráter único e, por isso mesmo, inigualável e irreprodutível da personalidade individual. Confirmando a visão da filosofia estoica, reconheceu-se que a essência da personalidade humana não se confunde com a função ou papel que cada qual exerce na vida. A pessoa não é personagem. A chamada qualificação pessoal (estado civil, nacionalidade, profissão, domicílio) é mera exterioridade, que nada diz da essência própria do indivíduo. Cada qual possui uma identidade singular, inconfundível com a de outro qualquer. Por isso, ninguém pode experimentar, existencialmente, a vida ou morte de outrem: são realidades únicas e insubstituíveis.

Sendo intransmissíveis, os direitos de personalidade nascem e se extinguem com seus titulares. Além disso são eles indisponíveis, conforme a legislação, e

³⁰ VIEIRA, op. cit., 1996.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 26-27.

insuscetíveis de disposição, salvo em caso onde haja interesse, como é o caso da cirurgia de adequação de sexo, ou mesmo por vontade própria, como são os casos de exploração de imagem para divulgação de um produto, ou ainda para doação de órgãos.

Igualmente são imprescritíveis e por isso não se extinguem, sejam eles utilizados ou deixados na inércia; também não são expropriáveis, não podendo ser retirados da pessoa enquanto ela viva for, em razão de serem extrapatrimoniais, não possuindo nenhum conteúdo patrimonial direto, exceto os direitos autorais.

Cada dia mais a sociedade urge pelo reconhecimento da diversidade e da pluralidade que compõe o nosso povo e o direito do transexual a ter o seu registro civil condizente com sua realidade psíquica é uma necessidade para que realmente o nosso País possa caminhar em termos evolutivos e de inclusão social.

Por outro lado, temos os indivíduos que, sendo transexuais, e assim se reconhecendo, optam por não realizar a cirurgia de redesignação, trazendo como justificativa uma série de fatores que podem ser relacionados à saúde, situação familiar, ou mesmo a razões pessoais, e que, igualmente, possuem o direito de ser feliz e não podem ser discriminados pela sociedade em razão de sua condição pessoal.

Não aceitando-se a realidade que envolve a vida destas pessoas continuarão a existir os casos de preconceito e, mais gravemente, de crimes que tenham em suas vítimas ou em seus agressores cidadãos que são transexuais, além dos atentados contra à própria vida que, infelizmente, fazem parte do histórico de muitos transexuais que não alcançaram a modificação legal dos seus documentos.

A proteção da vida e da dignidade humana, não tendo o homem como um mero objeto, e sim como um ser com direito ao livre desenvolvimento do seu ser e da sua personalidade, com a possibilidade de realmente desfrutar do seu livre-arbítrio, vivendo plenamente e do seu modo é o que deve ser buscado diuturnamente³².

Há, a cada dia mais, uma inclinação felizmente positiva dos Tribunais a conceder a tutela buscada pelo indivíduo transexual de ver modificado o seu registro civil, mesmo nos casos em que não tenham realizado a cirurgia de redesignação, todos embasados no princípio da dignidade da pessoa humana, o que comprova que mesmo não existindo legislação expressa neste sentido, o Poder Judiciário já vem atendendo às súplicas e ao direito destes cidadãos, colocando fim à angústia vivida por estes³³.

Isto se confirma em julgamento proferido pelo magistrado Gerivaldo Alves

³² DIAS, op. cit., 2001.

³³ MOREIRA, op. cit., 2014.

Neiva, que assim se manifestou:

Quem é um Juiz de Direito, então, para negar o desejo tão seguro do autor em deixar florescer sua feminilidade, embora tenha nascido com órgãos do sexo masculino? Assim, se é para ser respeitado em sua cidadania e dignidade, há que se curvar qualquer Juiz à vontade do dono do corpo e lhe permitir ter o nome que lhe torna feliz e realizado. E faço isto, por fim, com fundamento no artigo 16, do Código Civil Brasileiro (“Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.”) e, principalmente, no artigo 1º, II e III, da Constituição Federal (os fundamentos da cidadania e dignidade da pessoa humana)³⁴.

Negar a dignidade a alguém, independente de qualquer situação a que esteja ela “encaixada”, é inadmissível em um Estado Democrático de Direito, pois que é a dignidade que fundamenta o Estado e que é a sua premissa inicial e fundamental, não se podendo permitir que ainda ocorram casos de pessoas vivendo à margem da sociedade apenas e exclusivamente por não viverem em condições ditas “normais”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que seja constante a busca pela defesa e consolidação dos direitos humanos em termos mundiais, os transexuais ainda encontram-se à margem da sociedade e não recebem o amparo devido como seres humanos que são.

Uma sociedade que se diz democrática e solidária, que muitas vezes refere aceitar todos os seres como iguais, ainda exclui e impede um indivíduo de exercer a sua cidadania de forma digna por não permitir que o seu sexo psicossocial concorde com aquele constante em seu registro de nascimento.

Um indivíduo transexual busca a felicidade assim como todos os demais. Normalmente, é um ser que escondeu sua verdadeira personalidade desde a infância, ou mesmo, escondeu-se do mundo em razão dela, buscando apenas o reconhecimento jurídico para uma realidade fática. Porém, para ele não é um “apenas”, é sim, a sua vida, o seu bem-estar, a sua integridade física e moral, o seu reconhecimento como ser humano.

Como ter saúde plena quando temos uma não coincidência entre a identidade

³⁴ MOREIRA, op. cit., 2014.

do transexual, a psicossocial e a constante nos documentos? Como alcançar o referido bem-estar constante na definição de saúde trazida pela Organização Mundial da Saúde? Como negar o direito à adequação do registro civil, se esta é uma garantia para que este cidadão possa possuir saúde, e a negativa por parte do Judiciário é clara afronta aos direitos humanos e fundamentais do ser humano?

Assim, bem colocado está em diversas decisões judiciais espalhadas pelos Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros que referem não haver nenhuma justificativa plausível para negar a alteração do registro, havendo ou não a cirurgia de redesignação, vez que totalmente amparada pelo direito da personalidade, que é um direito subjetivo, pertencente a cada pessoa, e que será definido por cada um, e não pela sociedade.

Nas palavras de Araújo³⁵:

A proteção do transexual inicia-se no direito à intimidade, quando se constata sua situação e, diante de sua dificuldade, se ele deve vivenciá-la ou não. Poderá, se assim quiser o transexual, permanecer na ambiguidade de sua vida dupla, conflituosa e angustiante. Trata-se, então, de seu direito à intimidade, onde define sua orientação sexual. A opção por sua sexualidade, conflitante ou não, é direito seu e encontra-se no campo do direito à intimidade.

Quando se nega o reconhecimento do direito de alterar o seu prenome e o seu sexo, mesmo que não tenha realizado a cirurgia de adequação sexual, por uma série de fatores envolvidos, está em verdade se expondo uma pessoa a uma humilhação diária, deixando-se de tutelar direitos, que lhe são garantidos pela Carta Magna.

Os transexuais, como indivíduos que são, não querem favores, e sim a plena regularização de seus direitos, como o princípio da dignidade humana, o direito à igualdade, ao livre-arbítrio, o direitos de serem livres, viverem com dignidade e respeito perante os demais. Querem, enfim, o reconhecimento de sua qualidade de cidadão, que possui deveres e direitos. O que não se pode é simplesmente fechar os olhos para a realidade existente, pois isto não vai fazer com que ela desapareça, apenas irá fomentar ainda mais o preconceito e a discriminação.

Vivemos em uma sociedade extremamente conservadora e ligada principalmente aos seus dogmas, princípios e costumes. Nela, o indivíduo é

³⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional do transexual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 69.

classificado como homem ou mulher. Desta forma, o transexual encontra-se em um setor da coletividade repudiado por não se enquadrar na classificação dos padrões normais instituídos, sendo considerado como um ser humano anormal, que deve ser discriminado.

Isso acontece, na maioria das vezes, ainda, pela desinformação. O ser humano rechaça aquilo que não conhece, aquilo que não entende, normalmente pelo medo de reconhecer que alguns padrões morais e éticos podem estar ultrapassados na atualidade. No momento em que se tem conhecimento sobre o assunto, o ser humano deixa, no mais das vezes, de ter uma visão preconceituosa e moralista, para passar a observar de maneira mais racional e, assim, capaz de tirar suas próprias conclusões aceitando o outro como ele realmente é e quer ser.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. **Resolução nº 1.482/1997 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1482_1997.htm> Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. **Resolução nº 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. **Resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.008.398 - SP (2007/0273360-5). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 18 de novembro de 2009.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. Saraiva, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Transexualidade e o direito de casar**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_transexualidade_e_o_direito_de_casar.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2014.

FUSSEK, Lygia dos Santos. Os Direitos Civis do Transexual em Relação à Mudança de Gênero e Prenome. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**, Curitiba, v. 3, nº 8, p. 127-152, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima8/7-Os-Direitos-Civis-do-Transexual-em-Relacao-a-Mudanca-de-Genero-e-Prenome.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2014.

GARCIA, José Carlos. **Problemáticas da identidade sexual**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2001. (Coleção Clínica Psicanalítica).

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 8. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

MOREIRA, Thácio Fortunato. Direito do transexual à alteração do prenome sem a realização da cirurgia de adequação sexual. **Direito Unifacs - Debate Virtual**, n. 170, ago. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3241/2322>>. Acesso em: 05 dez. 2014..

SCHEIBE, Elisa. **Direitos de personalidade e transexualidade: a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2008. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ElisaScheibeDireito.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

SILVEIRA, José Francisco Oliosi da. **O transexualismo na justiça**. Porto Alegre: Síntese, 1995.

SPENGLER, Fabiana Marion. Os transexuais e a possibilidade de casamento. In: WELTER, B. P.; MADALENO, R. H. (Org.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion. **União homoafetiva**: o fim do preconceito. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

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.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Mudança de sexo**: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos. São Paulo: Santos Editora, 1996.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. O direito à saúde e o transexual. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 4, n. 7, p. 77-82, 15 out. 1998.

Recebido em: 29 de abril de 2015

Aceito em: 22 de maio de 2015