

**DIREITOS DA PERSONALIDADE E IDENTIDADE SEXUAL: A
IMPOSSIBILIDADE DE CONDICIONAR A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS À
INTERVENÇÃO CIRÚRGICA**

**PERSONALITY RIGHTS AND SEXUAL IDENTITY: THE IMPOSSIBILITY TO
TEMPER THE EFFECTUATION OF RIGHTS TO SURGICAL INTERVENTION**

Iana Soares de Oliveira Penna *

RESUMO: Sendo a transexualidade um transtorno de identidade caracterizado por uma divergência entre o sexo biológico e o sexo para o qual o transexual pleiteia reconhecimento, a vontade de realização de cirurgia transgenitalizadora sempre foi vista como um desejo presente em todos os transexuais. Com a observação dos discursos desses indivíduos tornou-se possível a constatação de que existe uma diversidade de “sintomas” e também de desejos, havendo uma pluralidade de projetos de vida, não sendo a vontade de se submeter a cirurgia uma constatação. Apesar dessa constatação, o Direito continua condicionando o reconhecimento dos direitos dos transexuais à realização da cirurgia, principalmente no que diz respeito à alteração do nome e do sexo no Registro Civil. Partindo-se do entendimento de que a identidade sexual é um dos reflexos da identidade humana e, portanto, um direito da personalidade, entende-se que a mesma deve ser defendida com base na cláusula geral de tutela da personalidade, de forma a garantir o pleno desenvolvimento da personalidade do transexual e a defesa da sua dignidade. A determinação de se submeter ou não a cirurgia cabe apenas ao transexual, não sendo admissível que o Direito a coloque como condição para a efetivação de outros direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Transexualidade; Direitos da Personalidade; Identidade Sexual.

ABSTRACT: Being one transsexuality identity disorder characterized by a divergence between biological sex and gender for which the transsexual pleads recognition, the willingness to hold transgenitalizadora surgery was always seen as a gift for all transsexuals desire. By observing the discourse of these individuals made possible the realization that there is a diversity of "symptoms" and also desires, having a plurality of life projects, it is not the will to undergo surgery one finds. Despite this finding, the law remains conditional recognition of the rights of transsexuals to surgery, especially with regard to the change of name and sex in the civil registry. Starting from the understanding that sexual identity is one reflection of human identity and therefore a right of personality, it is understood that it must be defended based on the general principle of protection of personality, to ensure the full development of the personality of transsexual and defending their dignity. The determination

* Doutoranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Bolsista CAPES. Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: iana.penna@gmail.com.

of whether to undergo surgery only fits the transsexual is not acceptable to put that law as a condition for the realization of other rights.

KEYWORDS: Transsexuality; Personality Rights; Sexual Identity.

1 INTRODUÇÃO

Transexualidade é, de acordo com as ciências médicas, um transtorno de identidade de gênero caracterizado por uma incompatibilidade entre o sexo biológico e a percepção que a pessoa tem de si, o que gera grande desconforto, podendo chegar até mesmo a casos de automutilação e suicídio.

Juridicamente, vários direitos foram reconhecidos aos transexuais sendo inegáveis as conquistas. Ocorre que, a efetivação desses direitos, em vários casos, vem sendo condicionada à realização de cirurgia de transgenitalização, que consiste na reconstrução da genitália, visando adequá-la ao sexo reivindicado pelo transsexual. Mesmo sendo notórias as vantagens que a intervenção cirúrgica pode trazer em alguns casos, não é possível afirmar ser ela desejada por todos os transexuais.

É comum a negativa ao pedido de alteração do nome e do sexo no Registro Civil quando o transsexual não se submeteu a cirurgia de transgenitalização. Ocorre que, nem sempre a intervenção cirúrgica é desejada por todos, seja por ser considerada procedimento extremamente doloroso e mutilatório, seja pelos resultados alcançados ou por simplesmente não coincidir com a vontade do transsexual.

Assim, como a não alteração no nome e do sexo no Registro civil pode significar submeter o transsexual a situações vexatórias e constrangedoras, capazes de ferir sua dignidade, condicionar a alteração à realização da cirurgia significa uma imposição que fere a dignidade, representando uma excessiva intervenção na esfera privada.

Considerando a identidade sexual um dos aspectos da identidade e a necessidade de protegê-la e promovê-la enquanto um direito da personalidade e com base na cláusula geral de tutela da personalidade, representada pelo princípio da dignidade humana, será analisada a possibilidade de alteração do Registro Civil, independente da realização da cirurgia.

Importante esclarecer que no presente estudo será adotada a nomenclatura utilizada por Berenice Bento (2006, p.44), quanto ao uso dos termos “transsexual masculino” e “transsexual feminino”. Os termos “transsexual masculino” ou “homem transsexual” serão utilizados para designar o indivíduo que apresenta sexo biológico feminino, mas pleiteia o reconhecimento do gênero masculino. Já os termos “transsexual feminino” ou “mulher

transexual” serão usados para designar aquele que biologicamente apresenta o sexo masculino, mas que se reconhece como do gênero feminino.

O uso dessa nomenclatura, que destoa da utilizada na maioria das obras sobre o tema, se justifica pela concepção da transexualidade como uma experiência idenitária, que também será analisada no presente estudo. Com a utilização da nomenclatura oficial, adotada pela maior parte da doutrina sobre transexualidade, o que se está afirmando é que a verdade do sujeito está no sexo, fato que não é uníssono e que diverge da concepção da transexualidade como uma experiência idenitária.

2 TRANSEXUALIDADE: TRANSTORNO OU EXPERIÊNCIA IDENITÁRIA?

De início, necessário definir o que se entende por transexualidade. Transexualidade é um transtorno de identidade caracterizado por um conflito relacionado às normas de gênero. O transexual se apresenta socialmente e reivindica o reconhecimento social e também legal, do gênero oposto ao seu sexo biológico. Há um profundo sentimento de rejeição ao sexo biológico que pode levar, em alguns casos, a situações extremas de automutilação ou suicídio, existindo assim, convicção de pertencimento ao gênero oposto.

Segundo Raul Cleber da Silva Choeri,

O gênero é uma identidade socialmente construída, à qual os indivíduos se conformam em maior ou menor grau. O gênero, embora ligado ao sexo, não lhe é idêntico, mas construído socialmente, a partir das diferenças percebidas entre os sexos e de comportamentos coletivamente determinados, engendrados e reproduzidos no interior das instituições sociais, como a Família, a Escola e a Igreja. É também o primeiro modo de dar significado às relações de poder. (CHOERI, 2004, p. 53).

Apesar de o termo transexualidade fazer crer tratar-se de uma questão relacionada à sexualidade, o que faz com que não seja isento de críticas, o conflito é de identidade. Não há qualquer problema de ordem sexual, mas sim de identidade, por haver uma profunda convicção de pertencimento ao gênero oposto ao do sexo biológico.

Trata-se de um transtorno conhecido há muitos anos, tendo sido utilizado o termo “transexual” pela primeira vez em 1910. (CASTEL, 2001, p. 81). Apesar disso não existe ainda uma explicação para sua ocorrência, existindo teorias que buscam justificar sua origem em fatores de origem biológica e também outras que se fundamentam em questões sociais.

Mesmo diante da ausência de consenso para as causas da transexualidade, ciências como a medicina, a psiquiatria e a psicologia consideram-na uma patologia, existindo inúmeros documentos que descrevem os sintomas e orientam o tratamento. Em todos eles há uma tendência uniformizadora dos transexuais. Considera-se que todos possuem os mesmos sintomas e devem ser submetidos ao mesmo tratamento. É possível perceber nessas orientações para a identificação e o tratamento da patologia, a utilização da “matriz heterossexual” como um parâmetro para o tratamento.

Existe então para tais documentos, um “transexual oficial”, que tem um forte desejo de se submeter à cirurgia redesignadora e que justifica esse desejo na vontade de ter “relações sexuais normais”, o que significa relacionar sexualmente com homens (no caso dos transexuais femininas) ou com mulheres (no caso dos transexuais masculinos). Aqui, mais uma vez é possível notar o uso da heterossexualidade como padrão de normalidade.

Apesar de serem todos documentos amplamente utilizados e respeitados no diagnóstico e no tratamento da transexualidade, atualmente alguns aspectos vem sendo questionados, principalmente no que se refere ao fato de considerarem ser a cirurgia para a mudança de sexo desejo manifestado por todos os transexuais. Atualmente, é possível afirmar que nem todos os transexuais possuem o perfil do “transexual oficial”, havendo uma pluralidade de subjetividades e conseqüentemente de desejos. Para Berenice Bento,

Histórias de vida de pessoas transexuais que têm uma vida sexual ativa, que vivem com seus/suas companheiros/as antes da cirurgia, pessoas que fazem a cirurgia não para manterem relações heterossexuais, pois se consideram lésbicas e gays, desconstroem as respostas padronizadas dadas pelo poder/saber médico. Outras pessoas transexuais questionam a eficácia da cirurgia para suas vidas, defendem que o acesso e o exercício da masculinidade ou da feminilidade não serão garantidos pela existência de um pênis ou de uma vagina. Nesses casos, a principal reivindicação é o direito legal à identidade de gênero. (BENTO, 2008, p. 49).

E ainda, segundo a mesma autora, a definição de transexualidade pode ser assim entendida:

Transexualidade: Dimensão idenitária localizada no gênero, e se caracteriza pelos conflitos potenciais com as normas de gênero, à medida que as pessoas que a vivem reivindicam o reconhecimento social e legal do gênero diferente ao informado pelo sexo, independentemente da realização da cirurgia de transgenitalização.
[...]

Prefiro referir-me a “experiência transexual”, pois a transexualidade não é a pessoa. Quem vive essa experiência tem outras identidades que povoam suas subjetividades: trabalha, namora, pode ter religião, é membro de comunidades sociais múltiplas (família, grupos de interesse), como todos ser social. (BENTO, 2008, p. 144-145).

A partir da constatação da diversidade de subjetividades e de experiências vividas pelos transexuais, surge uma visão que diverge da apresentada nos documentos oficiais (SOC, DSM e CID), passando a entender a transexualidade como uma experiência idenitária e não como uma patologia. É o que se identifica no depoimento do Dr. Fábio Tófoli do departamento de neuropsiquiatria do Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo – USP, “A sexualidade é, em si, polimorfa e, em particular no transexualismo, recai naquilo que insistimos anteriormente, é uma identidade sexual consciente e responsável.” (JORGE, 2009, p. 100).

Esse entendimento, com fundamento nas diferenças percebidas pelos discursos dos transexuais, choca-se com o “transexual oficial” apresentado pelos já mencionados documentos e passa a considerar as individualidades, colocando-os fora dos marcos patologizantes definidos pela medicina, pela psiquiatria e pela psicologia. A partir daí, questiona também o fato de ser a realização da cirurgia redesignadora desejo de todos os transexuais bem como o exercício da sexualidade, que estaria até então, condicionado à intervenção cirúrgica, o que pode ser questionado a partir do depoimento de transexuais que relatam ter vida sexual ativa e estarem, sob esse aspecto, realizados. (BENTO, 2006, p. 152-154).

Também quanto à questão da sexualidade, ou do exercício de uma sexualidade dita normal, foi possível questionar a posição apresentada nos documentos oficiais, a partir de relatos de transexuais que se apresentavam com gays ou lésbicas, afastando a necessidade da intervenção cirúrgica para que possam se realizar sexualmente.

Além do desejo de não modificar o corpo, outro fato que pode ser apontado como fundamento para que alguns transexuais não desejem se submeter à cirurgia redesignadora pode ser o medo. Medo do insucesso ou do sofrimento ao qual podem ser expostos.

A cirurgia no caso dos transexuais masculinos é denominada neofaloplastia e consiste na construção do pênis, sendo realizada ainda a mastectomia e a histerectomia. Essa cirurgia, tendo em vista que as técnicas utilizadas e os resultados alcançados ainda são precários, tanto do ponto de vista estético quanto funcional, é autorizada no Brasil em caráter

experimental, e realizada apenas por hospitais universitários. Trata-se de procedimento extremamente demorado e doloroso.

Ressalte-se que as dificuldades técnicas para a realização do procedimento, são reconhecidas até mesmo pelo CFM – Conselho Federal de Medicina, constando do texto da Resolução n.º1955/2010, o seguinte: “considerando as dificuldades técnicas ainda presentes para a obtenção de bom resultado tanto no aspecto estético como funcional das neofaloplastias, mesmo nos casos com boa indicação de transformação do fenótipo feminino para masculino.” (BRASIL, 2010).

Já no caso dos transexuais femininos, a cirurgia é a neocolpovulvoplastia (reconstrução do canal vaginal e da vulva). O procedimento é feito utilizando o tecido do pênis de forma invertida para a construção interna da vagina. Nesse caso, os resultados alcançados, tanto pelo aspecto estético quanto funcional já estão em estágio mais avançado, ainda assim trata-se de procedimento arriscado e doloroso.

Para ilustrar os riscos do procedimento, importante o relato de Jalma Jurado,

Quarenta por cento dos operados evoluíram favoravelmente com um único ato cirúrgico, 60% necessitaram de revisões simples ou complexas, incluindo-se:

- Necroses cutâneas localizadas ou totais na neovulvovaginoplastia.
- Hemorragias do neomeato urinário, disúrias ou pequenas estenoses.
- Herniações ou prociências do forro da neovagina.
- Estenose do intróito vaginal.
- Assimetrias na anatomia vulvar.
- Ausência de detalhes vulvares.
- Nova neovaginoplastia com segmentos intestinais (três casos).
- Alguma pilosidade endovaginal.
- Dimensões insuficientes do canal vaginal. (JURADO, 2009, p. 132).

Além da cirurgia, os transexuais também se submetem a tratamentos hormonais com o objetivo de mudarem seus caracteres sexuais secundários, visando adequá-los ao do sexo com o qual de identificam e reivindicam o reconhecimento. No caso dos transexuais femininos, o tratamento visa “aumento das mamas e da aréola dos mamilos, pele mais macia, redistribuição da gordura corporal, diminuição da agressividade, diminuição de ereções espontâneas, diminuição do volume testicular e diminuição da pilificação corporal.” (COSTA; MENDONÇA, 2009, p. 118), já no caso dos transexuais masculinos o objetivo é “a interrupção dos ciclos menstruais, atrofia da mama, engrossamento da voz e aumento da pilificação corporal, do clitóris, da proeminência laríngea e da libido, redistribuição da gordura corporal e aumento da massa muscular.” (COSTA; MENDONÇA, 2009, p. 113).

A partir da apresentação de duas visões distintas sobre a transexualidade, a das ciências médicas que a considera um transtorno e uniformiza o transexual e a que a percebe como uma experiência idenitária, respeitando as individualidades, torna-se possível desconstruir a afirmativa de ser a realização da cirurgia uma necessidade e um anseio de todos os transexuais.

Se a realização da cirurgia não é uma constante nos discursos dos transexuais, não pode ser considerada condição para que manifeste sua identidade e desenvolva sua personalidade.

3 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Direitos da personalidade são aqueles essenciais ao pleno desenvolvimento da pessoa humana. Segundo De Cupis são, “direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo valor concreto.” (DE CUPIS, 2004, p.17) ou ainda, “direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal.” (DE CUPIS, 2004, p.17).

Segundo Maria Helena Diniz, “O direito da personalidade é o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra etc.” (DINIZ, 2009, p. 121-122) ou ainda, “É o direito subjetivo, de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial.” (DINIZ, 2009, p. 121-122). Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, são “aqueles que tem por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.” (GAGLIANO; FILHO, 2006, p. 135).

Assim, são direitos da personalidade, o nome, a honra, a imagem, a integridade física e psíquica, dentre outros capazes de projetar a personalidade. Ou seja, são os direitos que tutelam a pessoa humana em seus diversos aspectos, protegendo a sua individualidade e a sua dignidade.

Os direitos da personalidade passaram a desafiar uma maior compreensão e proteção a partir da prioridade constitucional dada a pessoa humana e dos grandes avanços científicos e tecnológicos dos últimos tempos. São inegáveis os avanços e seus aspectos positivos, principalmente no campo da medicina, mas também deve ser reconhecido o fato de que significaram um maior risco de danos a tais direitos.

Para Maria Celina Bodin de Moraes,

Tais bens, de fato, passaram a construir os pontos cardeais de nosso sistema jurídico, o qual, porém, tem sido sistematicamente bombardeado e desafiado – assim como vem ocorrendo em todos os cantos do mundo – por inovações científicas e tecnológicas de grande magnitude e de consequências aparentemente imprevisíveis, incontroláveis e inevitáveis. (MORAES, 2008, p. 2).

O impacto dos avanços científicos e tecnológicos também trouxe consequências no campo da transexualidade, já que as possibilidades de modificação corporal apresentadas pela medicina, com os tratamentos hormonais e a realização da cirurgia redesignadora, tiveram enorme evolução.

3.1 A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Definido o que sejam os direitos da personalidade, importante determinar de que forma deve ser realizada sua tutela.

Tais direitos encontram-se regulamentados no Brasil no Código Civil de 2002, nos artigos 11 a 21 (Capítulo II, do Livro I, Título I, da Parte Geral). O Código anterior, de 1916, não fazia qualquer menção a tais direitos, apesar disso, eram admitidos doutrinariamente, tendo sido positivados em algumas normas constitucionais, como o art. 5º, V e X da Constituição Federal.

Apesar de ter representando um grande avanço quando comparado ao Código de 1916, a positivação dos direitos da personalidade pelo Código de 2002, sofreu inúmeras críticas. O texto é anterior à Constituição de 1988 e para alguns representou “acanhamento do legislador de 2002, principalmente quando se compara o texto codificado ao que já se havia positivado e ao estado da doutrina e da jurisprudência.” (TEPEDINO; BARBOSA, 2004, p. 29).

Quando se fala em tutela dos direitos da personalidade, ou seja, em tutela da pessoa, deve-se pensar em uma ampliação para além de medidas que sejam apenas repressivas ou ressarcitórias, para que se possa pensar em uma tutela capaz de proteger e promover. (TEPEDINO, 2001, p. 48-49). Pela própria característica dos bens protegidos por tais direitos, não é suficiente uma tutela que vise apenas reparar um dano, é preciso que exista uma tutela promocional, fundamentada na dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 traz a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, no art. 1º, III, “modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte” (TEPEDINO, 2001, p. 48-47).

Pode-se assim falar em uma cláusula geral de tutela da personalidade, norteadora das situações que envolvam a proteção aos direitos da personalidade. Deverá ser dada prioridade a pessoa humana, cabendo protegê-la em todas as situações nas quais haja lesão ou ameaça de lesão a qualquer aspecto da personalidade. Não é necessário que haja uma previsão expressa para todas as situações, sempre que esteja em jogo aspectos da personalidade, caberá a tutela promovendo a dignidade, e quando não for possível reprimindo a conduta ou ressarcindo o lesado.

É esse o entendimento do Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil, “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana)”

Sendo a tutela da personalidade, fundamentada na dignidade da pessoa humana, valor máximo do ordenamento, deverá haver proteção sempre, haja ou não previsão. É o que se denomina atributo da elasticidade. Segundo Tepedino,

No caso da pessoa humana, elasticidade significa a abrangência da tutela, capaz de incidir a proteção do legislador e, em particular, o ditame constitucional de salvaguarda da dignidade humana a todas as situações, previstas ou não, em que a personalidade, entendida como valor máximo do ordenamento, seja o ponto de referência objetivo. (TEPEDINO, 2001, p. 49).

Atribuir elasticidade à tutela da personalidade não significa protegê-la apenas nas situações em que há lesão. Deverá incidir a tutela também sob o ponto de vista promocional, capaz de permitir, além da proteção, a promoção ao livre desenvolvimento da personalidade.

3.2 A IDENTIDADE SEXUAL COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE

Em qualquer tipo de relação, seja social ou jurídica, é necessário que as pessoas sejam capazes de se individualizar, tomando suas decisões e desenvolvendo sua personalidade e seu projeto de vida. Para tanto cada um desenvolve a sua identidade a partir de inúmeros fatores. Para Adriano De Cupis,

O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por consequência, ser conhecido por quem é na realidade. O bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais. (DE CUPIS, 2004, p. 165).

Segundo Raul Choeri, a identidade humana é, “expressão objetiva e exterior da dignidade humana, meio instrumental pelo qual cada indivíduo pode afirmar-se como pessoa humana” (CHOERI, 2004, p. 27-28). E ainda, “[...] exerce direta ou indiretamente uma efetiva tutela aos bens e valores essenciais da pessoa, em seus aspectos físicos e psíquicos, porquanto reflete a totalidade do que é realmente o ser humano, em sua unidade psicossomática.” (CHOERI, 2004, p. 36).

É possível falar em dois aspectos da identidade humana, um dinâmico e outro estático. (CHOERI, 2004, p. 27-28). O aspecto dinâmico corresponde à “verdade biográfica”, diz respeito às características influenciadas por questões sociais, como o patrimônio ideológico, a herança cultural e o sexo psicossocial que corresponde ao “conjunto de características responsáveis pela reação psicológica feminina ou masculina do indivíduo a determinados estímulos” (CHOERI, 2004, p. 86). Já o estático diz respeito a fatores não suscetíveis, a princípio, de modificação, como a identidade genética, as digitais, o nome e o sexo biológico.

A proteção da identidade não deve ser feita apenas em seu aspecto estático, apesar de existirem autores que restringem sua proteção ao nome. Outros elementos, componentes do aspecto dinâmico da identidade devem ser considerados e protegidos. Alguns desses fatores são citados por Capelo de Souza,

A tutela, juscivilística da identidade humana incide desde logo sobre a configuração somático-psíquica de cada indivíduo, particularmente sobre a imagem física, os seus gestos, a sua voz, a sua escrita e o seu retrato moral. Mas recai também sobre os termos da inserção sócio-ambiental de cada homem, *máxime*, sobre a sua imagem de vida, a sua história pessoal, o seu decoro, a sua reputação ou bom nome, o seu crédito, a sua identidade sexual, familiar, racial, linguística, política, religiosa e cultural. Finalmente, no bem da identidade podem englobar-se ainda os próprios sinais sociais de identificação humana, quer principais, como o nome e o pseudônimo, quer acessórios, como a filiação reconhecida, o estado civil, a naturalidade e o domicílio, que, embora sujeitos a regimes jurídicos específicos, integram, para certos fins, o conteúdo do bem personalístico da identidade. (CAPELO DE SOUZA *apud* CHOERI, 2004, p. 32).

Deve haver proteção à identidade, sempre que ela reflita, “as verdades dos valores e ações peculiares do sujeito” (CHOERI, 2004, p. 36), ou seja, seu patrimônio ideológico e cultural. Os comportamentos, as crenças, as atitudes, os valores, as opiniões, ou seja, questões que tomam importância na relação com o outro, na intersubjetividade, são fundamentais na formação da identidade, merecendo tutela jurídica.

Tal tutela será feita com base na existência de uma cláusula geral de tutela da personalidade, conforme mencionado acima, pois não há no ordenamento jurídico brasileiro, menção expressa à proteção da identidade.

Sendo a identidade composta dos aspectos estático e dinâmico e a partir da análise de ambos, é possível incluir a identidade sexual como um de seus elementos (sob o aspecto dinâmico), podendo ela mesma ser, nos mesmos termos, analisada nos dois aspectos. Sob o aspecto estático irão influir fatores de ordem biológica e sob o dinâmico fatores de ordem psicossociais, sendo a identidade sexual resultado da interação entre eles.

Para Alexandre Miceli Oliveira, a identidade sexual é “o direito de ser internamente e aparecer externamente igual a si mesmo com a realidade do próprio sexo.” (OLIVEIRA, 2003, p. 68). Hoje, o conceito de sexo, requer uma análise pluridimensional, levando-se em consideração, para sua definição, fatores de ordem biológica e psicossocial. Apesar de ainda existirem autores que defendem a definição do sexo levando-se em conta apenas fatores de ordem biológica, é entendimento majoritário aquele que considera a necessidade da conjugação de vários fatores para sua definição. (PERES, 2001, p. 65-68).

Segundo Alexandre Miceli, “um início de possível conceito de sexo é dado pelos psicanalistas que, de um modo geral, entendem que sexo resulta do equilíbrio dinâmico de fatores físicos, psicológicos e sociais.” (OLIVEIRA, 2003, p. 9). Para, Raul Choeri:

A determinação do sexo do ser humano abrange diversos fatores de ordem física, psíquica e social. Num indivíduo tido como normal, há uma perfeita integração de todos os aspectos, tanto de cada um desses fatores isoladamente, como no equilíbrio entre todos eles. Assim, a definição do sexo individual, comumente aceita pelas Ciências Biomédicas e Sociais, resulta, basicamente, da integração de três sexos parciais: o sexo biológico, o sexo psíquico e o sexo civil. (CHOERI, 2004, p. 85).

A identidade sexual, como reflexo da identidade, merece tutela por fazer parte da construção da individualidade e por ser essencial a garantia da dignidade. Essa questão não costuma suscitar divergências e conflitos, mas, no caso dos transexuais, por haver uma

incongruência entre o sexo biológico e o sexo reivindicado, a questão se apresenta de forma mais complexa. Deverá ser protegida como um direito da personalidade, sendo condição para a integral tutela da pessoa humana.

4 A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE SEXUAL DOS TRANSEXUAIS

Sendo a identidade sexual um dos componentes da identidade, passa-se a análise da possibilidade de sua autodeterminação pelos transexuais, como forma de efetiva tutela dos direitos da personalidade.

Como dito acima, a efetiva tutela dos direitos da personalidade, dever ser feita com fundamento em uma cláusula geral de proteção, representada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Tal tutela não é feita apenas em seu caráter ressarcitório e preventivo, mas também e principalmente sob o aspecto promocional, possibilitando assim, o livre desenvolvimento da personalidade. É o que se pode entender por tutela positiva da personalidade.

Referida tutela é feita a partir da valorização da autodeterminação. “A tutela positiva das situações jurídicas existenciais permite que a autonomia privada possa ser também instrumento de regulação de interesses existenciais, a fim de garantir o livre desenvolvimento do seu titular.” (MEIRELES, 2009, p. 57).

Por reivindicar o reconhecimento de pertencer ao sexo oposto ao que consta no seu Registro Civil, a pretensão do transexual tem inúmeros reflexos no campo jurídico. Um dos principais é a alteração do nome e do sexo no seu registro, o que representa reflexos de sua identidade e, portanto direito da personalidade. É inegável que a não alteração pode implicar em efetivos danos a tais direitos, pois, nas palavras de Tereza Rodrigues, “O nome existe para identificar a pessoa e não para expô-la ao cômico, ao grotesco.” (VIEIRA, 2008, p. 187).

Quanto à possibilidade de alteração do nome, dispõe a Lei de Registros, Lei n. ° 6.015, de 31 de dezembro de 1973, com a alteração dada pela Lei n. ° 9.708 de 18 de novembro de 1998, em seu art. 58 que: “O prenome será definitivo, admitindo-se todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.” (BRASIL, 1973).

Ao permitir a alteração do prenome por apelidos públicos notórios, a lei ampara a pretensão do transexual que em suas relações sociais, utiliza nome distinto do constante do seu Registro Civil, sendo por todos assim reconhecido e identificado. Outros dispositivos

legais também podem ser mencionados como fundamentos a aparar a pretensão de retificação do nome do transexual, como os artigos, 1º, inciso III; 3º, incisos I e IV; 5º, inciso X, e § 2º, e 196, todos da Constituição Federal.

Para Maria Celina Bodin de Moraes,

Sobre o tema, foi sustentado que a solução que menos prejuízos traz para a pessoa humana é a que concebe o sexo não como um atributo instantaneamente adquirido na concepção, segundo a visão biomédica, mas, a partir do reconhecimento da imprescindibilidade da esfera psíquica, como um aspecto que vai aos poucos se formando, em processo que ocorre até o início da vida adulta. (MORAES, 2008, p. 4).

Esse é o entendimento dos tribunais brasileiros, podendo ser mencionadas a título de exemplo, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, que representou um marco na conquista dos direitos dos transexuais e mudança de entendimento do tribunal.

Direito Civil. Recurso Especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual. 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 sociedade. - Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo. Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade

da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido. Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual, consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alcançando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna. (BRASIL, STJ, Recurso Especial n.º 1.008.398 – SP (2007/0273360-5), Rel. Ministra Nancy Andrighi, 2009).

Nos últimos anos, além da alteração do nome do registro civil, os transexuais tiveram reconhecidos vários outros direitos. Essa evolução não dispensou a exigência de realização de cirurgia redesignadora, para que apenas depois pudesse ser reconhecida sua verdadeira identidade com a consequente alteração do seu Registro Civil.

Como visto acima há na medicina, na psiquiatria e na psicologia uma tendência uniformizadora dos transexuais, como se todos tivessem os mesmos “sintomas” e os mesmos desejos. Mas tal visão vem sendo superada, havendo uma maior valorização de suas subjetividades, com a consequente constatação de que submeter-se a cirurgia para a mudança do sexo, não é o desejo de todos os transexuais. Passou a ser reconhecido o fato de que reivindicar o pertencimento a um sexo que não coincida com o sexo biológico, não necessariamente acompanha o desejo de ver modificada sua genitália.

Apesar disso, já existem no Brasil, decisões que reconhecem o direito a retificação do Registro Civil, mesmo quando não realizada a cirurgia. Desde o ano 2000, existem decisões que concedem aos transexuais masculinos, o direito de alterar o nome e o sexo apesar de não realizada a cirurgia. Tais decisões têm sido fundamentadas nas dificuldades enfrentadas na realização da cirurgia que é realizada em caráter experimental, com resultados ainda insatisfatórios.

Podem ser citadas, a título de exemplo, as seguintes decisões que podem ser consideradas pioneiras,

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO RELATIVAMENTE AO SEXO. TRANSEXUALISMO. POSSIBILIDADE, EMBORA NÃO TENHA HAVIDO A REALIZAÇÃO DE TODAS AS ETAPAS CIRÚRGICAS,

TENDO EM VISTA O CASO CONCRETO. RECURSO PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, TJ. Apelação Cível n. ° 70011691185, Rel. Alfredo Guilherme Englert, 2005). (Sem destaques no original).

PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO EM RELAÇÃO AO SEXO. TRANSEXUALISMO. IMPLEMENTAÇÃO DE QUASE TODAS ETAPAS (TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO E INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS PARA RETIRADA DE ÓRGÃOS). DESCOMPASSO DO ASSENTO DE NASCIMENTO COM A SUA APARÊNCIA FÍSICA E PSÍQUICA. RETIFICAÇÃO PARA EVITAR SITUAÇÕES DE CONSTRANGIMENTO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DIANTE DO CASO CONCRETO. AVERBAÇÃO DA MUDANÇA DE SEXO EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL. REFERÊNCIA NA EXPEDIÇÃO DE CERTIDÕES. É possível a alteração do registro de nascimento relativamente ao sexo em virtude do implemento de quase todas as etapas de redesignação sexual, aguardando o interessado apenas a possibilidade de realizar a neofaloplastia. (RIO GRANDE DO SUL, TJ. Apelação Cível n.º 70019900513, Rel. Claudir Fidelis Faccenda, 2007). (Sem destaques no original).

No primeiro caso, o transexual encontrava-se em tratamento há quatro anos tendo se submetido a várias etapas do tratamento, (retirada das mamas; extração da vagina; retirada do útero; extração dos ovários e esvaziamento do tecido mamário glandular), restando apenas a última etapa, que consiste na construção do neopênis e do escroto. Há depoimento nos autos no qual o transexual relata seu medo de se submeter a etapa final e também informação de que a demora na conclusão do procedimento se deve as dificuldades técnicas e a insuficiência dos resultados alcançados.

No segundo, o transexual frequentava programa visando a alteração das suas características sexuais também já tendo se submetido a alguns procedimentos (“mastectomia bilateral total em 04.02.2004 e colpectomia total e histerectomia total conjuntas em 30.11.2006” (RIO GRANDE DO SUL, TJ. Apelação Cível n.º 70019900513, Rel. Claudir Fidelis Faccenda, 2007), restando apenas a última etapa, qual seja, a implantação do pênis.

Em ambas, as dificuldades na realização da cirurgia e o sofrimento pelo qual passavam e passariam os transexuais, servem de fundamento para o deferimento do pedido de retificação do registro. É criticável o fato de que o avanço ou não das técnicas cirúrgicas sirva como fundamento para o deferimento ou indeferimento da retificação do Registro Civil do transexual.

Além desses casos, também tem sido deferida a alteração do registro civil quando o transexual já iniciou o tratamento para se submeter a cirurgia, não tendo a mesma ainda sido

realizada quando o pedido se restringe apenas a alteração do nome, como se percebe da ementa abaixo:

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. (RIO GRANDE DO SUL, TJ. Apelação Cível, n.º 70013909874, Rel. Maria Berenice Dias, 2006). (sem negrito no original).

Destaca-se também, o seguinte julgado:

APELAÇÃO. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. TRAVESTISMO. **ALTERAÇÃO DE PRENOME INDEPENDENTEMENTE DA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO.** DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E À DIGNIDADE. CONFIRMAÇÃO DE SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. ACOLHIMENTO DE PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDO GRAU. A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com as características que o seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a sua alteração. A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social. Pronta indicação de dispositivos legais e constitucionais que visa evitar embargo de declaração com objetivo de prequestionamento. REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, TJ. Apelação Cível n.º 70022504849, Rel. Rui Portanova, 2009) (sem negrito no original)

Ana Carolina Brochado Teixeira, referindo-se ao julgado acima, afirma:

No caso do transexual que não se submete à cirurgia, o pedido de mudança de nome e sexo está atrelado não apenas à construção da própria identidade mas também à sua projeção no mundo, ou seja, à sua identidade social. O ordenamento jurídico deve cancelar o que ele projeta socialmente, a partir dos valores pessoais com base nos quais pauta sua vida e sua saúde, pois como afirmou o desembargador Rui Portanova, em seu voto no caso citado, “as ações, modo de vida, e a própria opção pessoal de cada um são os motivos suficientes para determinar a verdadeira identidade e não podem servir para discriminar.” (TEIXEIRA, 2010, p. 46).

Outros tribunais recentemente manifestaram o mesmo entendimento deferindo a alteração do nome e do sexo do transexual, com base apenas na sua condição de transexual, dispensando a realização da cirurgia de transgenitalização.

REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DE PRENOME E SEXO DA REQUERENTE EM VIRTUDE DE SUA CONDIÇÃO DE TRANSEXUAL. ADMISSIBILIDADE. HIPÓTESE EM QUE PROVADA, PELA PERÍCIA MULTIDISCIPLINAR, A DESCONFORMIDADE ENTRE O SEXO BIOLÓGICO E O SEXO PSICOLÓGICO DA REQUERENTE. REGISTRO CIVIL QUE DEVE, NOS CASOS EM QUE PRESENTE PROVA DEFINITIVA DO TRANSEXUALISMO, DAR PREVALÊNCIA AO SEXO PSICOLÓGICO, VEZ QUE DETERMINANTE DO COMPORTAMENTO SOCIAL DO INDIVÍDUO. ASPECTO SECUNDÁRIO, ADEMAIS, DA CONFORMAÇÃO BIOLÓGICA SEXUAL, QUE TORNA DESPICIENDA A PRÉVIA TRANSGENITALIZAÇÃO. OBSERVAÇÃO, CONTUDO, QUANTO À FORMA DAS ALTERAÇÕES QUE DEVEM SER FEITAS MEDIANTE ATO DE AVERBAÇÃO COM MENÇÃO À ORIGEM DA RETIFICAÇÃO EM SENTENÇA JUDICIAL. RESSALVA QUE NÃO SÓ GARANTE EVENTUAIS DIREITOS DE TERCEIROS QUE MANTIVERAM RELACIONAMENTO COM A REQUERENTE ANTES DA MUDANÇA, MAS TAMBÉM PRESERVA A DIGNIDADE DA AUTORA, NA MEDIDA EM QUE OS DOCUMENTOS USUAIS A ISSO NÃO FARÃO QUALQUER REFERÊNCIA. DECISÃO DE IMPROCEDÊNCIA AFASTADA. RECURSOS PROVIDOS, COM OBSERVAÇÃO. (SÃO PAULO, TJ. Apelação Cível n.º 85395620048260505, Rel. Vito Guglielmi, 2012) (sem destaque no original).

Apesar de existirem decisões deferindo a retificação mesmo não tendo sido realizada a cirurgia, esse posicionamento não é unânime, ainda existindo julgadores que condicionam a retificação do Registro Civil à realização da cirurgia.

Apelação Cível - Retificação de Registro - Transexual não submetido a cirurgia de alteração de sexo - Modificação do prenome - Possibilidade - Autor submetido a situações vexatórias e constrangedoras todas as vezes em

que necessita se apresentar com o nome constante em seu Registro de Nascimento - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana - **Alteração do gênero biológico constante em seu registro de masculino para transexual sem ablação de genitália - Impossibilidade** - Sentença reformada - Recurso conhecido e parcialmente provido. (SERGIPE, TJ/SE, Apelação Cível n.º 2012209865 SE, Rel. Des. Maria Aparecida Santos Gama da Silva, 2012) (sem destaque no original).

O que se discute, no presente artigo, é a possibilidade de alteração do nome e do sexo no Registro Civil do transexual, independente de qualquer condicionamento, mas apenas como adequação a sua verdadeira identidade e conseqüentemente em defesa de sua autonomia e promoção de sua dignidade. O fundamento dessa alteração está na já mencionada cláusula geral de tutela da personalidade, que tem como aspecto positivo seu caráter promocional.

Manter o Registro Civil com um nome e um sexo com o qual o transexual não se identifica inevitavelmente o submeterá a situações vexatórias, ferindo sua dignidade e impedindo seu desenvolvimento. Se, como dito acima, a identidade sexual é um dos aspectos da identidade humana, é direito do transexual ver seu Registro Civil alterado, a partir do momento em que se reconhece como pertencente o sexo oposto. Nas palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira,

Nas questões autorreferentes, que dizem respeito a sua intimidade e privacidade – nas quais estão englobadas inúmeras situações que não podem ser descritas exaustivamente, por constituírem uma listagem exemplificativa -, ninguém pode impor qualquer decisão, pois cabe apenas ao indivíduo a deliberação acerca do destino que dará a si mesmo, ao seu corpo, à sua saúde. (TEIXEIRA, 2010, p. 120).

Submeter-se ou não a cirurgia é questão que diz respeito apenas ao transexual, não cabendo ao Direito ou à medicina impor sua realização. É apenas o transexual quem define a melhor forma de realizar sua personalidade, determinando sua identidade.

A cirurgia de redesignação, implica em intervenção no corpo do transexual que só pode ser autorizada por ele e para que isso ocorra, deve corresponder a sua vontade, fazendo parte do seu projeto de vida. A realização ou não da cirurgia não pode ser condição para o deferimento da alteração do nome e do sexo no Registro Civil “Contudo, a cirurgia não é essencial para a adequação sexual, pois depende do que a pessoa almeja para si. Por isso, sua não realização não pode configurar um obstáculo para a mudança do nome e do sexo no registro de nascimento.” (TEIXEIRA, 2010, p. 45). E ainda, “O relevante é como a pessoa se

sente e como ela se apresenta ao mundo, não sendo a cirurgia essencial para tal adequação, caso tal pessoa não tenha tal demanda interior.” (TEIXEIRA, 2010, p. 46).

Sobre o tema, destacam-se as palavras de Stefano Rodotà,

As modificações podem ser consideradas necessárias ao interessado para ‘estar bem consigo mesmo’, o que se torna legítimo em face da livre construção da personalidade. A construção da identidade poderá significar até uma mudança dos aspectos físicos do corpo. Aqui podem assumir decisiva relevância modelos culturais preponderantes que exasperam a função comunicativa do corpo, incentivando, por exemplo, o recurso à cirurgia estética e conseqüentemente as intervenções habituais de manutenção do corpo. A má-aparência pode ser tecnicamente melhorada, sendo esta, até, uma das exigências mais antigas e essenciais para o acesso ao mercado de trabalho. Outras intervenções são bem mais drásticas e dramáticas, como no caso do transexualismo. Em diversos países é admitida a redesignação sexual que, todavia, exigirá a realização de genitoplastia capaz de alterar características físicas, sendo este requisito necessário para a alteração de estado no registro civil e, também, para se apresentar socialmente fazendo-se coincidir sexo legal, físico e psicológico. **Entendo, contudo, que para estabelecer esta harmonia entre vida, corpo e direito, não é obrigatório passar por dolorosa, irreversível e psicologicamente pesada experiência de modificação das características sexuais. Para a reconciliação entre a percepção de si e a identidade sexual pode ser suficiente um procedimento unicamente jurídico formal de alteração do nome e do sexo no registro civil, permitindo a alguém apresentar-se socialmente em conformidade com o sexo psicológico (esta a proposta de reforma anunciada pelo governo espanhol). Um direito generoso no lugar de um direito cruel, que subordina o reconhecimento da identidade sexual ao sacrifício de uma parte do corpo.** (RODOTÀ, 2006, p. 88) (sem destaques no original)

Assim, sentir-se como pertencente a determinado sexo é fator suficiente a autorizar a alteração do Registro Civil, não sendo possível condicionar essa mudança a uma intervenção cirúrgica que pode não corresponder a vontade do transexual.

Trata-se de reconhecimento da possibilidade de autodeterminação da identidade sexual, o que já vem sendo reconhecido em diversos países, existindo inclusive legislações regulamentando essa questão. Destaca-se a Lei espanhola, de 15 de março de 2007 que assim determina em seu artigo quarto:

Artículo 4. Requisitos para acordar la rectificación. 1. La rectificación registral de la mención del sexo se acordará una vez que la persona solicitante acredite: a) Que le ha sido diagnosticada disforia de género. La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos

hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia: 1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia. 2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior. b) Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado. **2. No será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual. Los tratamientos médicos a los que se refiere la letra b) del apartado anterior no serán un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia.** (ESPANHA, 2007). (Sem destaques no original).

O legislador espanhol determinou expressamente não ser a intervenção cirúrgica condição para a alteração do Registro Civil, sendo suficiente o diagnóstico da transexualidade. Na exposição de motivos da referida lei, consta ser a transexualidade uma realidade social para a qual o legislador precisa dar uma resposta, tendo a retificação do Registro Civil, a função de permitir o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade dos transexuais.

Além da Espanha, também o Uruguai legislou sobre a possibilidade de alteração do Registro Civil, com fundamento apenas no diagnóstico da transexualidade, dispensando a intervenção cirúrgica, aprovando a lei em 2009.

Apesar de inovadoras, as legislações espanhola e uruguaia continuaram exigindo para a alteração do Registro Civil, o diagnóstico da transexualidade. Esse fato demonstra que tais normas tratam a transexualidade como uma patologia e não como uma experiência idenitária.

Em 2013, foi aprovada na Argentina, a Lei de identidade de gênero (Lei 26.743/2013), que de forma inovadora, colocou a experiência transexual fora dos marcos patologizantes das ciências médicas, passando a considerá-la uma vivência. Essa lei, além de não exigir a realização de cirurgia para a alteração do registro, dispensa também o diagnóstico da transexualidade. Essa foi a primeira legislação a promover a despatologização da experiência transexual.

Consta do art. 4º da referida lei, apenas os seguintes requisitos para que seja promovida a alteração: ter a idade mínima de 18 anos, apresentar ao Registro Nacional documento formalizando o pedido e indicar o novo nome a ser adotado. No final do artigo consta vedação expressa à exigência de prévio diagnóstico, tratamento ou cirurgia.

ARTICULO 4º — Requisitos. Toda persona que solicite la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen, en virtud de la presente ley, deberá observar los siguientes requisitos:

1. Acreditar la edad mínima de dieciocho (18) años de edad, con excepción de lo establecido en el artículo 5º de la presente ley.
2. Presentar ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, una solicitud manifestando encontrarse amparada por la presente ley, requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservándose el número original.
3. Expresar el nuevo nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse. En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico. (ARGENTINA, 2013)

O que se percebe da lei argentina, é uma preocupação com a proteção da identidade sexual, estabelecendo o direito ao reconhecimento dessa identidade, como necessário ao livre desenvolvimento da personalidade e proteção da dignidade do transexual.

No Brasil, existe um projeto de lei (PL 5.002/2013), apresentado pelo deputado Jean Wyllys, que repete os termos da lei argentina, com pequenas diferenças. Na data da conclusão do presente estudo, o projeto encontrava-se aguardando designação de relator na Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM), não tendo sido ainda votado.

5 CONCLUSÃO

O direito à identidade sexual caracteriza-se como um reflexo da identidade e consequentemente, como um direito da personalidade, sendo essencial seu reconhecimento para o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

No caso dos transexuais, o direito à identidade sexual pode levar a situações controversas por haver a reivindicação do reconhecimento de pertencimento ao sexo oposto ao biológico. Apesar de inegável as inúmeras conquistas dos transexuais em vários campos, especialmente na medicina e no Direito, o reconhecimento dos direitos dos transexuais, em

vários casos, são condicionados a realização da cirurgia de transgenitalização. É o que ocorre nos pedidos de alteração do nome e do sexo no Registro Civil.

Partindo-se da constatação de que existem uma pluralidade de indivíduos que vivem a experiência transexual e de que, de forma diversa do que defendem a medicina a psicologia e a psiquiatria, nem todos os transexuais apresentam os mesmos “sintomas” e possuem os mesmos desejos, verifica-se não ser uma constante em seus discursos a manifestação do desejo de se submeterem a cirurgia de transgenitalização.

Os documentos oficiais (SOC - *State of Care*, produzido pela Associação *Harry Benjamin Gender Dysphoria Association* – HBGDA; DSM - Manual de Diagnóstico e Estatística de Distúrbios Mentais, da Associação Americana de Psicanálise – APA; e, CID - Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados com a Saúde), mundialmente utilizados para o diagnóstico e o tratamento da transexualidade passam, assim, a ser questionados a partir de relatos de transexuais que, apesar de terem a convicção de pertencerem ao sexo oposto não manifestam desejo de se submeter a uma intervenção cirúrgica visando adequar sua genitália ao sexo para qual reivindicam o reconhecimento.

A manifestação de vontade contrária a realização da cirurgia, se fundamenta por diversos motivos que vão desde o medo, já que se trata de um procedimento extremamente doloroso e até mesmo, na perspectiva de alguns, mutilatório, até a insatisfação com os resultados alcançados, seja sob o ponto de vista estético ou funcional, principalmente no caso dos transexuais masculinos.

Há ainda aqueles que vêm na transexualidade uma experiência idenitária, alocando-a fora dos marcos patologizantes e valorizando as experiências individuais, identificando situações nas quais não há a vontade de se submeter à cirurgia simplesmente por não desejarem modificar sua genitália, ainda que reivindiquem o reconhecimento de pertencerem ao sexo oposto ao constante do Registro Civil.

Sendo o direito à identidade sexual um direito da personalidade, necessário que sua tutela não se dê apenas sob a forma de medidas ressarcitórias e repressivas. É primordial que a tutela se efetive sob o aspecto positivo, por meio de medidas promocionais e protetivas, aptas a garantir a proteção da dignidade. É possível falar em proteção fundamentada em uma cláusula geral de tutela da personalidade, representada pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Só é possível falar em tutela positiva, capaz de promover o livre desenvolvimento da personalidade, com a valorização da autodeterminação. No caso dos transexuais, apenas a

pessoa poderá decidir sobre a conveniência ou não de se submeter à intervenção cirúrgica visando modificar seu corpo.

Submeter-se ou não à cirurgia é decisão que compete apenas ao transexual, mas partir do momento em que ele se reconhece como pertencente a determinado sexo, terá o direito a retificar seu registro.

A realização da cirurgia não pode ser condição prévia para a retificação do registro, por ferir a autonomia corporal do transexual, ferindo assim seu direito da personalidade. Não poderá caber ao médico ou ao Direito essa decisão, como condição para o exercício de sua personalidade. A realização ou não da cirurgia redesignadora deve sempre visar a promoção da personalidade e somente o transexual pode determinar a melhor forma de realizar sua personalidade, sendo seu direito a retificação do Registro Civil, independente da realização da cirurgia.

REFERÊNCIAS

BENTO, Berenice. *O que é transexualidade*. Rio de Janeiro: Brasiliense, 2008.

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

BRASIL. *Código 4 em 1 Saraiva: Civil; Comercial; Processo Civil e Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os Registros Públicos e dá outras providências. Diário da República Federativa do Brasil, DF, 30 de agosto de 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm>. Acesso em: 14 de maio de 2013.

BRASIL. *Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 1955/2010*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 2007/0273360-5*. Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. Recorrente: Clauderson de Paula Viana. Recorrido: Ministério Público Federal. Relatora: Min. Nancy Andrighi, Brasília, 15 out. 2009. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=920837&sReg=200702733605>. Acesso em 11 fev. 2014.

CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do “fenômeno transexual” (1910-1995). *Revista Brasileira de História*, n. 11, p. 77-111. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbh/v21n41/a05v2141.pdf>>. Acesso em 10 fev. 2010.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O Conceito de Identidade e a Redesignação Sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

COSTA, E. M. F.; MENDONÇA, B. B. Terapia Hormonal no Transexualismo. Separata de: VIEIRA, T. R.; PAIVA, L. A. S. (Org.). *Identidade Sexual e Transexualidade*. São Paulo: Roca, 2009. P. 111-123.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume 1: Teoria Geral do Direito Civil. 26. ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. *Novo Curso de Direito Civil*. Volume 1: parte geral. 8. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

JORGE, F. T. Avaliação Neuropsiquiátrica em Transexualidade. Separata de: VIEIRA, T. R.; PAIVA, L. A. S. (Org.). *Identidade Sexual e Transexualidade*. São Paulo: Roca, 2009. P. 126-138.

JURADO, J. Adequação do sexo genital: experiência em cirurgia plástica. Separata de: VIEIRA, T. R.; PAIVA, L. A. S. (Org.). *Identidade Sexual e Transexualidade*. São Paulo: Roca, 2009. P. 126-138.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos de personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição Cidadã de 1998: efetivação ou impasse constitucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 369-388.

OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. *Direito de autodeterminação sexual: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PINTO, M. J. C.; BRUNS, M. A. T. Avaliação psicológica em transexualidade no Hospital de Base de São Jose do Rio Preto. Separata de: VIEIRA, T. R.; PAIVA, L. A. S. (Org.). *Identidade Sexual e Transexualidade*. São Paulo: Roca, 2009. P. 71-94.

RIO GRANDE DO SUL. Tribuna de Justiça. *Apelação Cível n.º 70011691185*, da 8ª Câmara Cível. Apelante: Jucamar Aguiar Pante. Apelado: a Justiça. Relator: Des. Alfredo Guilherme Englert. Porto Alegre, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70011691185&num_processo=70011691185&codEmenta=1245864>. Acesso em: 11 fev. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n.º 70019900513*, da 8ª Câmara Cível. Apelante: Marcelo Finkler dos Reis. Apelado: a Justiça. Relator: Claudir Fidelis Faccenda. Porto Alegre, 13 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70019900513&num_processo=70019900513&codEmenta=2179296>. Acesso em 11 fev. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n.º 70013909874*, da 7ª Câmara Cível. Apelante: Adenilson de Abreu Martins. Apelado: a Justiça. Relator: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 05 de abril de 2006. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70013909874&num_processo=70013909874&codEmenta=1364606>. Acesso em: 11 fev. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n.º 70022504849*, da 8ª Câmara Cível. Apelante: Ministério Público. Apelado: Arthur Roberto Cunha Santos. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 16 de abril de 2009. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70022504849&num_processo=70022504849&codEmenta=2851482>. Acesso em 11 fev. 2014.

RODOTÁ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Millano: Feltrinelli, 2006.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n.º 3976/2012*, da 1ª Câmara Cível. Apelante: A. L. P. D. S. Apelado: N. C. Relator: Desa. Maria Aparecida Santos Gama da Silva. Aracajú, 09 de julho de 2012. Disponível em: <<http://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21909233/apelacao-civel-ac-2012209865-se-tjse/inteiro-teor-21909234>>. Acesso em 11 fev. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível Nº 0008539-56.2004.8.26.0505*. Apelante: Izildinha Aparecida Magalhães e Ministério Público o Estado de São Paulo. Apelado: o juízo. Relator: Des. Vito Guglielmi. São Paulo, 18 de outubro de 2012. Disponível em: <<file:///C:/Users/Iana/Downloads/abrirArquivoAcordao.pdf>>. Acesso em 11 fev. 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*. 2010. f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; MORAES, M. C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume 1: Parte Geral e Obrigações. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional. In: *Temas de Direito Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23-54.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. PIRES, Roberta Martins. Transexualidade e direito - parte II: jurisprudência brasileira. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v.10, n.218, p.14-15, fev. 2006.