

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

Volume 1

JUL / SET 2014

Doutrina Nacional / Gustavo Tepedino / Luiz Edson Fachin / Paulo Lôbo
/ Anderson Schreiber / Paulo Nalin / Rodrigo Toscano de Brito

Doutrina Estrangeira / Gerardo Villanacci

Jurisprudência Comentada / Marília Pedroso Xavier / William Soares
Pugliese

Pareceres / Judith Martins-Costa

Atualidades / Bruno Lewicki

Resenha / Carlos Nelson Konder

Vídeos e Áudios / Caio Mário da Silva Pereira

SEÇÃO DE DOCTRINA: Doutrina Nacional

O CORPO DO REGISTRO NO REGISTRO DO CORPO; MUDANÇA DE NOME E SEXO SEM CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO

The registration's body in the body's registration; change of the name and sex without reassignment surgery

Luiz Edson Fachin

Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutor. Pesquisador convidado do Instituto Max Planck, de Hamburg (DE). Professor Visitante do King's College, London. Advogado.*

Resumo: Os direitos de personalidade se apresentam como essenciais para o paradigma do Estado Democrático de Direito. Dentre eles, o direito ao nome e o direito ao próprio corpo assumem importante papel na criação da identidade do ser humano e em sua autodeterminação. Na temática das pessoas transexuais, a garantia do livre exercício do direito ao nome e ao corpo se torna ainda mais fulcral. Cada vez mais a jurisprudência vem admitindo a possibilidade de alteração de prenome e sexo no registro civil de transexuais após a cirurgia de transgenitalização. Quando não há a cirurgia, contudo, a jurisprudência torna a não permitir a alteração. Considerando-se que a categoria de gênero ultrapassa a ideia de sexo biológico, e levando-se em conta o princípio da dignidade da pessoa humana, torna-se essencial a defesa da possibilidade de alteração do registro civil mesmo sem a cirurgia de redesignação sexual, como forma de garantia da dignidade.

Palavras-chave: Direito ao nome; direito ao corpo; dignidade da pessoa humana; identidade de gênero; transexuais; cirurgia de transgenitalização.

Abstract: Personality rights are presented as essential to the paradigm of the Democratic State of Right. Among them, the right to a name and the right to own body play an important function in creating the identity of human beings and their self-determination. In the theme of the transgender people, the guarantee to free exercise of the right to the name and the body becomes even more crucial. Increasingly, the jurisprudence has acknowledged the possibility of change of the first name and sex in the civil registry of the transgender person after reassignment surgery. When there isn't the surgery, however, the jurisprudence returns to not allow de changing. Considering that the gender category beyond the idea of biological sex, and taking into account the principle of human dignity, it is essential defense the possibility of changing in the civil registry, even without reassignment surgery, as a way to guarantee the dignity.

Key-words: Right to a name; right to the body, human being dignity; gender identity; transgender; reassignment surgery

Sumário: Introdução – 1. Direitos da Personalidade *em passant* – 1.1 Direito fundamental ao nome – 1.2 Direito fundamental ao corpo – 2. Transexualidade – 2.1 O Direito à mudança de nome e sexo no Registro Civil – 2.2 O direito à mudança de nome e sexo sem a cirurgia de redesignação sexual – 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275 – 4. Conclusões.

* O autor agradece a precuciente pesquisa acadêmica sobre o tema de Mauricio Wosniaki Serenato.

Introdução

Há íngremes desafios nas relações sociais contemporâneas; ao Direito Civil brasileiro prospectivo, à luz da dimensão substancial da constitucionalização dos direitos, impende arrostar as questões que demandam novas respostas, em homenagem ao Direito, à segurança jurídica material e à liberdade. Uma hermenêutica de respeito à sociedade plural¹ se impõe.

A autodeterminação das pessoas configura-se como elemento fundamental para a garantia de qualidade de vida. Autodeterminar-se não significa agir irresponsavelmente, mas sim, exercer as liberdades pessoais do modo mais amplo possível, seja produzindo escolhas, seja criando uma identidade própria ou mesmo tomando decisões quanto ao próprio corpo. Essas temáticas todas serão tratadas no decorrer desse artigo, cujas reflexões principiam elementos para embrenhar-se, mais adiante, nesse debate, e intentam contribuir nessa vereda.

Principiemos pela instalação do tema, pretendendo guiar-se pela sensibilidade que tal horizonte suscita, sem negligenciar do mandatório baldrame da dogmática jurídica. Justiça é conceito que em sua concretude não se aparta da segurança jurídica.

A questão posta à controvérsia beneplacita tema central na vida do Direito, qual seja, o da identidade. A identidade pessoal, isto é, o direito ao *ser*, bem como o *direito ao corpo*, se encapsulam como direitos de personalidade. A identidade, em termos gerais e na cronologia da biografia jurídica do sujeito, tem como função a individualização e a identificação da pessoa na sociedade², de modo que o nome ganha especial relevo na construção identitária. Mesmo diante da importância que o nome assume, a identidade vai além da mera nomeação, encontrando eco nas experiências sociais, culturais, políticas e ideológicas das quais a pessoa toma parte. Identidade, portanto, parte do pressuposto de como o indivíduo se reconhece e como é reconhecido pela sociedade, e esse reconhecimento é muito mais complexo que os rótulos simplistas que costumam se apresentar no campo das relações sociais. Tal reconhecimento logo se deu no Direito Civil com os *apelidos*, no sentido menos técnicos da palavra, ou *alcunhas*.

¹ Exemplo lúcido dessa perspectiva encontra assento na importante obra *Código Civil Interpretação conforme a Constituição da República*: “(...) No sistema constitucional, portanto, a família tem especial proteção do Estado, mas não apenas a constituída pelo casamento” (In: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. Vol. IV. Rio de Janeiro : Renovar, 2014. p. 4).

² CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 226.

Ao mesmo tempo, o direito ao corpo é também prerrogativa da personalidade, na medida em que não é apenas a exteriorização da essência humana, pelo contrário, é também parte integrante dela. Nele se apresentam, no palco da existência, o ser e o estar.

A transexualidade tem o condão de relacionar de modo imbricado o direito à identidade com o direito ao corpo, de modo que a efetividade do direito à identidade só é possível com o livre exercício do direito ao corpo. A relação de transgêneros³ com seu corpo é essencial para a constituição de sua identidade, isto é, na forma em que se reconhecem e são distinguidos. Nesse sentido, portanto, o direito ao corpo como formador de identidade deve ser exercido em liberdade, por parte do transexual, de modo que a há que se questionar a essencialidade da cirurgia de redesignação sexual para a mudança de nome civil e de sexo.

O presente trabalho, portanto, procurará explorar essa temática, ciente de que não sustentará verdades absolutas ou dogmas. De início serão explorados os pressupostos dos direitos da personalidade, em especial atenção ao direito fundamental ao nome e ao corpo como conformadores de um direito à identidade; aqui será apenas uma retomada sucinta de conceitos já espalhados na teoria jurídica, a fim de sistematizá-los. Em seguida, procurar-se-á perscrutar as novas concepções acerca da transexualidade e os debates jurídicos que se aderem à temática, como o direito à mudança de nome civil e sexo. Neste ponto entrará o questionamento fundamental da necessidade da cirurgia de redesignação sexual como pressuposto para a alteração de nome e sexo no registro civil. Além da análise doutrinária da área jurídica e das modernas teorias de gênero e sexualidade, será esquadrihada a jurisprudência pátria concernente ao assunto, bem como a proposta de ADI impetrada pelo Ministério Público Federal que procura justamente afastar o requisito da cirurgia.

Em suma, para arrematar esta nota introdutória: parece-nos, que a busca da felicidade não pode ser barrada por preconceitos. Aqui não se subscreve, nem de longe, o desvario individualista do consumo de tudo e a própria *reificação* do ser. Dignidade e responsabilidade se conjugam com a liberdade. O coevo trabalho, portanto, arrega a felicidade dos transexuais à sua realização pessoal no que tange a suas identidades e

³ Existe discussão científica acerca de diferenciação entre *transexuais*, *travestis* e *transgêneros*. Neste trabalho, adotar-se-á, apenas para este fim, a corrente que trata as expressões como unívocas.

corpos, de modo que nas páginas no decorrer deste artigo se elucidará essa relação fundamental. É no respeito que se funda este caminhar.

1. Direitos da Personalidade *en passant*

A fim de prosseguir, cumpre, por ora, apenas de forma sumário, reincorporar aqui conceitos e elementos já debatidos, úteis ao desenvolvimento da temática em exame.

Os direitos da personalidade, como se sabe, surgem em sua dimensão substancial como corolários daquilo que se denominou Estado Democrático de Direito. Com base teórica jusnaturalista, os direitos da personalidade se estruturam a partir da ideia de essencialidade e inerência à própria condição humana. Logo após a Segunda Guerra Mundial, procurou-se proteger o indivíduo contra os arbítrios provenientes do Estado, entrelaçando os direitos da personalidade à ideia de dignidade da pessoa humana, e os alçando à proteção constitucional e internacional. Anderson Schreiber bem versa sobre os direitos de personalidade como “atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional.”⁴

Os direitos da personalidade, portanto, dizem respeito aos mais essenciais do sujeito e seus prolongamentos ou projeções, de maneira que merecem especial atenção do ordenamento jurídico, e, não por acaso, encontram eco na Constituição Federal. Na definição de Euclides de Oliveira, “entende-se por personalidade o conjunto de caracteres físicos, psíquicos e morais que compõem o ser humano. Daí decorrem os direitos concernentes à pessoa humana, que são prolongamentos e projeções da personalidade.”⁵ Desta definição já se percebe a amplitude dessa categoria de direitos, ao mesmo tempo em que se dá conta de sua essencialidade.

Nesta senda, para a análise que se pretende fazer no presente trabalho, uma reflexão mais detida acerca do direito ao nome e do direito ao corpo será feita, de modo a conformar uma ideia de direito à identidade. É o que segue.

1.1. Direito fundamental ao nome

⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13

⁵ OLIVEIRA, Euclides de. Direito ao nome. In: DELGADO, M. L; ALVES, J. F. *Questões controversas no novo Código Civil, Vol. 2*. São Paulo: Método, 2004.

O direito ao nome é um dos direitos de personalidade positivados no Código Civil de 2002. Exerce função essencial na individualização do sujeito e em seu reconhecimento, de modo que recebe ampla proteção jurídica. Versando sobre a temática do nome, José Roberto Neves Amorim apresenta uma definição para o instituto:

A melhor doutrina atribui ao nome a natureza jurídica de direito de personalidade, na medida em que, como sinal verbal ou mesmo marca do indivíduo, o identifica dentro da sociedade e da própria família e é capaz de ser tutelado *erga omnes*. A lei assegura o direito ao nome, assim como seu registro em local adequado, obedecidas as formalidades, criando a particularização da pessoa, no mundo jurídico. Ele faz, pois, parte integrante da personalidade.⁶

Sendo um direito da personalidade, a doutrina apresenta características inerentes ao direito ao nome, pelo que se segue a classificação feita por José Roberto Neves Amorim⁷, entre as quais se podem citar a obrigatoriedade, a indisponibilidade, a exclusividade, a imprescritibilidade, a inalienabilidade, a não-cessibilidade, a extracomercialidade, a inexpropriabilidade, a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade e a imutabilidade, neste caso, relativa. Sem adentrar a esse âmbito, impende singelo rememorar de tais atributos.

A obrigatoriedade diz respeito, como sugere a qualificação, a obrigação de se ter um nome e de registrá-lo oficialmente perante Cartório de Registro Civil. Também se entende a obrigatoriedade como a obrigação de usar o nome, sem embargo de eventuais alcunhas. A indisponibilidade, por sua vez, diz respeito a incapacidade de dispor do nome, aqui se tendo disposição em uma acepção ampla, como o poder de determinar o destino do direito subjetivo. A exclusividade se baseia na ideia do nome pertencer a uma única pessoa. Por evidente que se admite a existência de homônimos, de modo que a exclusividade resta relativizada, sob tais limites e sentidos.

A imprescritibilidade se refere ao fato de o titular desse direito da personalidade jamais perder o direito ao nome por ação ou inação. A inalienabilidade, por seu turno, abrange a ideia que o nome, pelo menos da pessoa física, não pode ser alienado, trocado por dinheiro, ou por qualquer outro mecanismo. De forma semelhante, a característica de *incessibilidade* aduz que o nome não pode ser cedido, visto que impossibilitaria de exercer a individualização que é sua função primordial. Ainda nesse

⁶ AMORIM, José Roberto Neves. *Direito ao nome da pessoa física*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 8.

⁷ *Ibidem*.

sentido, a extracomercialidade indica que o nome não é comerciável, sendo essa característica corolário da inaccessibilidade e da inalienabilidade. O nome é também inexpropriável. Embora o termo ensaie a equivocada ideia de que seria o direito ao nome um direito patrimonial, a essência dessa característica é, em verdade, proteger o nome do indivíduo contra sua mudança arbitrária, ainda que por parte do Estado em alegado interesse público. Também é intransmissível; não pode ser transferido, justamente porque, sendo um direito da personalidade, deriva da ideia de inerência ao ser humano, como outrora apontado. Ainda, há que se ponderar a irrenunciabilidade: o titular do nome não pode dele renunciar, em função da própria ideia de indisponibilidade sobre os direitos da personalidade.

Por fim, entretanto não menos importante, há a imutabilidade, que, em verdade, é predicado de máximo interesse para a presente análise. A imutabilidade, a rigor, é mesmo relativa, como se reconhece em doutrina, pois “embora se preveja a imutabilidade do nome, esta é relativa, pois devem ser consideradas as exceções legais, retirando-se o caráter absoluto desse princípio.”⁸ Muito mais que uma limitação por meio de critérios hermenêuticos, a imutabilidade do nome já se encontra relativizada na própria legislação, haja vista o próprio Código Civil, na matéria de direito de família, ou ainda a Lei de Registros Públicos, que prevê possibilidade de mudança de nome nas hipóteses de prenome ridículo, ou de integração de apelido notório, por exemplo.

A grande ingente questão que se coloca, portanto, é o fato do nome ser elemento constitutivo de magna importância para a formação da identidade pessoal. Isso significa dizer que ao ser individualizado por um nome, a pessoa deve se sentir confortável em relação a isso, e, a nomenclatura deve refletir a forma como a pessoa se sente sobre si mesma e como é reconhecida pela comunidade. Direito fundamental ao nome, dessa forma, deve levar em conta não apenas a existência de um nome em si, mas a sua função social na criação da identidade do ser humano.

Cada vez mais se admite, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a possibilidade de alteração do registro civil no caso de transexuais. O tema será mais bem versado adiante, contudo, a título de se dar concretude ao argumento supra, a mudança de nome no caso de transexuais é vital para a configuração de uma identidade que, de fato, represente o imo do indivíduo. Negar essa possibilidade ao transexual é violar um direito fundamental, visto que o nome, conforme já defendido, não se resume a uma

⁸ Idem, p. 38.

nomenclatura, apresenta uma função social importantíssima na construção identitária do ser humano e mesmo em sua qualidade de vida. Nesse sentido, comunga-se com a teorização de Patrícia Corrêa Sanches:

Isso porque uma pessoa com aspecto representativo social do gênero feminino e que contenha documento de identificação com prenome masculino sofre enorme constrangimento em suas relações sociais, haja vista o nome não corresponder à identidade da pessoa, assim como a própria sociedade passa a não conseguir êxito na identificação do sujeito.⁹

Sendo um direito fundamental de tamanha importância, é impensável que o nome possa trazer sofrimento à pessoa. Se assim se sucede, por evidente, que tal direito não cumpre função e é incoerente com a sistemática constitucional vigente a impossibilidade a alteração do prenome. Adiante haverá maior aprofundamento nesta temática.

1.2. Direito fundamental ao corpo

O ordenamento jurídico brasileiro consagra o princípio da autonomia privada em vários campos do direito privado, desde a autonomia para contratar, até a autonomia sobre a própria vida. É dentro desse contexto de autonomia e liberdade que se insere a discussão do direito ao corpo. Por certo que a tutela jurídica que se destina a autonomia privada no campo dos contratos em muito diverge da autonomia privada que se traduz no campo dos direitos da personalidade. No entanto, cabe resgatar a nova concepção de autonomia privada, que ultrapassou um modelo altamente liberal de autonomia da vontade, para encontrar dentro do âmbito do ordenamento limites e restrições. Isso significa dizer que se assegura aos indivíduos ampla margem de liberdade, contudo, restrita a uma ideia de funcionalização do direito e, igualmente, dos parâmetros constitucionais de proteção à dignidade humana. Na ambiência do direito ao corpo, portanto, o paradigma da autonomia privada deve ser analisada em sua essencialidade, isto é, respeitando-se a liberdade que se deve conferir ao indivíduos, ao mesmo tempo em que se emprega atenção, e no caso do direito ao corpo, especial atenção, aos limites provenientes do ordenamento jurídico.

Os limites de que tratamos são os limites do ordenamento, vale dizer, campo e o horizonte das limitações decorrem objetivamente da racionalidade sistemática

⁹ SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In: DIAS, M. B. (Coord.). *Diversidade sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 426-427.

do Direito, logo não se confundem com limites de cunho moral e religioso. Pleno há de ser, por certo, a liberdade de crença e de vivenciar a respectiva religiosidade numa sociedade democrática e plural; por igual, pleno há de ser, no espaço social regulado pelo Estado democrático, o respeito à diversidade. Nesse sentido, Anderson Schreiber apresenta uma elucidativa síntese:

O tratamento jurídico reservado ao corpo humano sofreu, ao longo da história, profunda influência do pensamento religioso. Visto, por muitos séculos, como uma dádiva divina, o corpo humano era considerado como merecedor de uma proteção superior aos desígnios individuais. O pensamento moderno rompeu com essa perspectiva, recolocando gradativamente a integridade corporal no campo da autonomia do sujeito. Nesse sentido, passou-se a falar em ‘direito ao próprio corpo’, expressão que procura enfatizar que o corpo deve atender à realização da própria pessoa, e não aos interesses de qualquer entidade abstrata, como a Igreja, a família ou o Estado.¹⁰

Tal como na discussão do direito ao nome, portanto, o corpo também cumpre uma função social importante na conformação de uma identidade do sujeito e mesmo de sua própria felicidade. Incontestável que no mundo contemporâneo há uma supervalorização da estética, e, por conseguinte, do corpo humano, de modo que constitui elemento relevante na qualidade de vida dos indivíduos.

Sem embargo da proteção jurídica que deve se destinar ao corpo, é fulcral que seja garantido ao sujeito a autodeterminação sobre si mesmo, não sendo lícito que a guarida que se procure dar a esse direito de personalidade configure restrição desmedida e arbitrária da liberdade de dispor sobre a corporalidade. “A inviolabilidade da pessoa lhe garante o poder de autodeterminação em relação ao seu corpo e a sua saúde.”¹¹

O direito ao corpo encontra-se positivado no artigo 13 do Código Civil de 2002; ali, se proíbe a disposição sobre o corpo quando importar em diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, salvo por exigência médica. A dicção da lei quando analisada sob exegese literal lógico-dedutiva importaria em se proibir cirurgias de natureza meramente estética, ou mesmo aplicações de tatuagens ou *piercings* no corpo humano. Entende-se que o objetivo do legislador era vedar atos de

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. Op. cit., p. 32.

¹¹ CORRÊA, Adriana Espíndola. *Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 77.

violência contra o próprio corpo, sendo outro o campo da liberdade e da autodeterminação oriundas da autonomia corporal. Atente-se ainda para o relevante vocábulo “bons costumes”, um conceito jurídico indeterminado que pode servir de ensejo para as mais infundadas restrições.

No caso que pretende se analisar, ou seja, a transexualidade, o artigo 13 poderia, ser, como já foi, utilizado para barrar a disposição dos transexuais ao seu próprio corpo e a formação de sua identidade e dignidade, na medida em que se veda(va) a possibilidade de realização de cirurgia para redesignação de sexo. Atualmente, tendo em vista que a transexualidade ainda vem sendo considerada no rol de *doenças psíquicas*, admite-se a cirurgia sob o argumento da recomendação médica. Se por um lado é interessante que a cirurgia se afaste do campo da estrita ilegalidade, por outro, tal discurso encontra eco em um tradicionalismo por tratar uma dissonância entre identidade de gênero e sexo biológico como uma doença. Não se está a defender que a/o transexual não tenha o devido acompanhamento psicológico e médico, contudo, soa como um anacronismo histórico assentar que discussões de gênero e sexualidade ainda sejam tratadas no rol de doenças. Schreiber, mais uma vez, apresenta ideia luminosa sobre a temática:

Examinando a Resolução CFM 1.955/2010 em conjunto com o artigo 13 do Código Civil, o leitor poderá facilmente perceber que a cirurgia de mudança de sexo é lícita no Brasil, desde que um médico ateste o estado patológico do seu paciente. Com isso, atende-se ao requisito da exigência médica, pois, nas palavras do Conselho Federal de Medicina, a cirurgia de mudança de sexo consiste em tratamento idôneo aos casos de transexualismo. O resultado pode parecer progressista, já que se permite, ao menos nessas circunstâncias, a realização da cirurgia. A abordagem, contudo, é a mais retrógrada possível. A opção sexual (*sic*) vem tratada como doença. E o promissor debate jurídico e ético em torno da autonomia corporal fica reduzido a uma discussão supostamente técnica, em que o elemento determinante passa a ser um atestado médico.¹²

A autonomia corporal em relação ao desejo do transexual realizar a cirurgia de redesignação sexual, ou de não realizá-la, será ferida em breve. Por ora, resta frisar que o direito fundamental ao próprio corpo, assim como todos os direitos, admite restrições atinentes à própria Constituição. No caso dos transexuais, agressão à dignidade está em não permitir que o indivíduo modifique seu corpo para se adaptar a sua identidade

¹² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. Op. cit., p. 44

de gênero. Constitui igual agressão determinar que o transexual realize a cirurgia de redesignação sexual para que só então possa ter sua identidade de gênero reconhecida. De todo o modo, impende em preservar o poder de autodeterminação sobre o próprio corpo em qualquer das situações.

2. Transexualidade; alguns apontamentos relevantes para o tema em desate jurídico

Para que se possa adentrar na discussão da mudança de nome e sexo no registro civil, com ou sem a cirurgia de redesignação sexual, faz-se mister analisar, ainda que brevemente e de modo não aprofundado, o fenômeno da transexualidade. Aqui serão descortinados apenas alguns elementos que à guisa de apontamentos preambulares auxiliam no exame jurídico da matéria.

Antes mesmo de perquirir a transexualidade, contudo, impende realizar uma sintética definição de alguns conceitos fundamentais na temática dos estudos de gênero e sexualidade, quais sejam, *sexo biológico*, *gênero*, *orientação sexual* e *identidade de gênero*.

Sexo biológico pode ser definido como o conjunto de características fisiológicas, nas quais se encontram as informações cromossômicas, os órgãos genitais e os caracteres secundários capazes de diferenciar machos e fêmeas. Sexo, portanto, teria essa matriz biológica. Sem embargo disso, muitos autores questionam essa pré-determinação que o sexo biológico impõe. Judith Butler questiona o lugar pré-discursivo que se dá ao sexo biológico, colocando-o como uma verdade imutável e conformadora de um modo de ser e agir¹³. Juridicamente, há a determinação legal de designação de um sexo (masculino ou feminino) ao indivíduo quando de seu nascimento, de modo que tal classificação toma como base apenas o sexo biológico, por meio da observância da genitália.

O conceito de gênero, por sua vez, visa a suplantar as limitações do sexo biológico, levando em consideração que não apenas características biológicas e anatômicas determinam a identidade de cada sujeito. Trata-se de um conceito deveras complexo. O conceito de gênero é formulado, numa certa perspectiva, a partir de discussões dos movimentos feministas, justamente para contrapor a noção de sexo biológico. Não se trata de negar totalmente a biologia dos corpos, mas enfatizar que existe uma construção social e histórica sobre as características biológicas. Sendo assim, a

¹³ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

categoria de homem e a categoria de mulher se dariam em decorrência de uma construção da realidade social e não meramente de uma diferenciação anatômica. Interessante analisar a definição da historiadora norte-americana Joan Scott sobre essa terminologia:

Ademais, o gênero é igualmente utilizado para designar as relações sociais entre os sexos. O seu uso rejeita explicitamente as explicações biológicas, como aquelas que encontram um denominador comum para várias formas de subordinação no fato de que as mulheres têm filhos e que os homens têm uma força muscular superior. O gênero se torna, aliás, uma maneira de indicar as construções sociais: a criação inteiramente social das ideias sobre os papéis próprios aos homens e às mulheres. É uma maneira de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas dos homens e das mulheres. O gênero é, segundo essa definição, uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado.¹⁴

Percebe-se, portanto, que a categoria gênero é muito mais ampla que a ideia de sexo biológico. Mais uma vez ressalta-se que não se desconsidera os elementos biológicos do corpo, pelo contrário, tal qual os elementos sociais, culturais, históricos e psicológicos, os elementos anatômicos também são constitutivos do gênero, mas não há uma decorrência lógica entre sexo e gênero. Importante fazer menção que as modernas teorias de gênero, principalmente aquelas ligadas à *Teoria Queer*¹⁵ não restringem o gênero ao binarismo masculino/feminino, admitindo, dessa forma, um gênero neutro.

Orientação sexual, ao seu turno, pode se referir ao sexo das pessoas que o sujeito elege para se relacionar afetivamente e sexualmente. Importante frisar que não se trata de uma opção sexual, visto que o indivíduo não escolhe deliberadamente por qual sexo sentirá atração afetiva e sexual. Os estudos atuais sobre a temática, portanto, apontam para o inatismo da orientação sexual, de modo que ela não pode ser “corrigida” socialmente como apontam irresponsável e preconceituosamente alguns setores da

¹⁴ SCOTT, Joan Wallach. *Gênero: uma categoria útil de análise histórico*. Educação e Realidade, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99.

¹⁵ A *Teoria Queer* tem base sociológica no pós-estruturalismo, principalmente a partir das teorizações de Michel Foucault. A ideia dessa corrente sociológica é desconstruir a classificação dos sujeitos prela aparência de seus corpos, bem como problematiza comportamentos atribuídos a cada um dos gêneros. A *Teoria Queer* também questiona a classificação dos gêneros em apenas masculino ou feminino, defendendo padrões de gênero que não se enquadram nesse binarismo. “A teoria *queer* aposta na superação dos binarismos (masculino/feminino, heterossexual/homossexual) por meio de uma desconstrução crítica, desafiando os conhecimentos que se constroem os sujeitos como sexuados e marcados pelo gênero, e que assumem a heterossexualidade ou a homossexualidade como categorias que definiriam a verdade sobre elas.” c.f. GORSODORF, Leandro Franklin. Direitos LGBT e a identidade do sujeito constitucional: um caminho para além do arco-íris. In: CLÈVE, C. M. (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 691.

sociedade. Tradicionalmente se conformam três tipos de orientação sexual, a heterossexualidade, que se trata do desejo afetivo e sexual por pessoas do sexo oposto, a homossexualidade, que se refere à atração afetiva e sexual por pessoas do mesmo sexo, e a bissexualidade, que é a atração afetiva e sexual por pessoas de ambos os sexos. A orientação sexual independe do gênero e da identidade de gênero do sujeito, conforme se verá a seguir.

A identidade de gênero figura como conceito fundamental para compreender a transexualidade. Trata-se da forma como o sujeito se sente e se apresenta para si e para a comunidade na condição de homem ou de mulher, ou de ambos, sem que haja uma relação direta com o sexo biológico. A identidade de gênero, portanto, diz respeito ao gênero com o qual o sujeito se identifica, retomando a ideia de gênero como uma categoria ampla que vai além da mera determinação biológica. Dessa forma é então, nessa linha, possível que o sujeito que tenha nascido com órgãos genitais masculinos se identifique com o gênero masculino, ao mesmo tempo em que também é totalmente possível que se identifique com o gênero feminino. Para Judith Butler, identidade de gênero é um processo de se fazer o corpo feminino ou masculino, de acordo com características que são tidas como diferenças e sobre as quais se atribuem significados culturais¹⁶. Impende ainda notar que a identidade de gênero independe da orientação sexual, de modo que o sujeito pode ter nascido com órgãos genitais masculinos, se identificar com o gênero feminino, e apresentar orientação sexual heterossexual, homossexual ou bissexual. Não há, portanto, qualquer decorrência lógica necessária entre a identidade de gênero e a orientação sexual.

Compreendidos esses pressupostos teóricos, o entendimento da transexualidade torna-se mais simples. Transexual, dessa forma, é o sujeito que possui uma identidade de gênero diferente do sexo designado no nascimento, ou seja, há discrepância entre os atributos físicos do sexo biológico e a forma como o indivíduo se reconhece em questão de gênero. Trata-se do sujeito que nasce com genitálias correspondentes ao sexo masculino ou feminino, mas que se identifica com o gênero oposto. Nas palavras de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, “transexual é a pessoa na qual há dissociação entre o seu sexo biológico e sua identidade de gênero (ou seja, entre o seu

¹⁶ BUTLER, Judith. Op. cit.

sexo físico e seu sexo psíquico).¹⁷ A pessoa transexual pode externar o desejo de passar por cirurgias para adequar seu corpo ao gênero com a qual se identifica, inclusive buscando a cirurgia de redesignação sexual. Importante ressaltar, contudo, e conforme se verá adiante, que o transexual pode não desejar a cirurgia de readequação sexual e isso não significa que não haja dissociação entre seu sexo biológico e sua identidade de gênero.

O termo “transexualismo” foi evidenciado, ao que se depreende, em 1923 sob tal perspectiva; registros históricos já demonstravam a ocorrência do fenômeno. A partir da *medicalização* da vida e da própria existência social, no século XX especialmente o campo médico busca uma definição para a transexualidade, no rol de patologias. Essa visão da transexualidade permanece até hoje no campo médico, a que se comprova pela Resolução nº 1.955/10 do Conselho Federal de Medicina que a define como: “desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio.” Tereza Rodrigues Vieira, por sua vez, aponta para o fato de existirem correntes que pregam pela despatologização da transexualidade, conforme se observa:

Há uma corrente que prega a não exigência do Diagnóstico psiquiátrico como condição de acesso ao tratamento, visto que a certeza quanto ao pertencimento ao gênero oposto, a qual às vezes se expressa pela crença numa identidade fixa, se repete no cotidiano do atendimento a pacientes transexuais. Porém, afirmam que a transexualidade não necessariamente fixa uma posição subjetiva, e destacam a importância de deslocar a manifestação social da transexualidade da necessidade de traduzi-la imediatamente numa patologia, numa estrutura ou num modo de funcionamento específico, o que nos permitiria escapar da sua psiquiatrização. A experiência transexual, neste sentido, comportaria várias formas singulares de subjetivização. Além disso, discute-se também que não existe um processo específico de construção das identidades de gênero nos transexuais, e desta forma não se deve esperar de transexuais um comportamento fixo, rígido, adequado às normas da feminilidade ou de masculinidade.¹⁸

Parece-nos coerente que a transexualidade também deixe de constar entre o rol de doenças, por todo o estigma que isso acarreta aos transexuais. Isso não

¹⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 88.

¹⁸ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Transexualidade. In: DIAS, M. B. (Coord.). *Diversidade sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 413.

significa dizer que não se deve destinar todo o apoio psicológico e mesmo médico aos transexuais, no entanto, busca-se apenas tratar esse fenômeno de gênero de forma mais humanizada, em um âmbito social, e não exclusivamente patológico.

Em qualquer situação, no entanto, o transexual deve ser tratado com dignidade e com respeito. Isso significa que deve-se coibir qualquer forma de violência aos transexuais, seja violência explícita, aqui considerando os altos índices de homicídios contra pessoas transexuais, em virtude de um preconceito irracional, chamado *transfobia*, seja violência simbólica. Neste sentido, é o que deflui quando se nega ao transexual o direito de mudança de nome e mudança de sexo no Registro Civil. Da mesma forma, estabelecer a cirurgia de redesignação sexual para que haja a mudança no registro Civil exige uma mutilação para o reconhecimento de um direito. Esses temas serão versados a seguir.

2.1 O direito à mudança de nome e sexo no Registro Civil

Conforme já repassado, o direito ao nome é essencial na instauração da identidade do sujeito, aqui se observando a identidade como a necessidade de afirmar a própria individualidade, tendo, pois, o nome um lugar privilegiado em tal função¹⁹. Ao lado do nome, o direito à devida designação sexual também cumpre papel salutar na criação da identidade própria. Muito embora se compreenda que seria mais adequado falar em identidade de gênero, considerando que no registro civil consta a palavra “sexo”, utilizar-se-á a nomenclatura oficial, ainda que em desacordo com a linguagem acadêmica. Conforme se verá, a mudança de nome sem a mudança de sexo é incompleta, ainda não dirime os constrangimentos pelos quais a pessoa transexual é exposta, configurando ainda incontestemente violência simbólica. Para fins didáticos, no entanto, tratar-se-á primeiramente da mudança de nome e depois da transição de sexo.

Retomando: a característica da imutabilidade do nome é relativa, na medida em que tanto na legislação, quanto na jurisprudência se admite a mudança de nome em casos específicos. Uma das hipóteses que dá ensejo à mudança do registro civil trata da situação de prenome que exponha a pessoa ao ridículo, haja vista o parágrafo único do artigo 55 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73). Infraconstitucionalmente é justamente nesse ponto que se ampara a possibilidade de mudança de nome de pessoas transexuais. O fato é que o nome, mesmo que adequado à

¹⁹ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caiero. Lisboa: Moraes, 1961.

identidade de gênero que ele representa, torna-se vexatório quando atribuído a uma identidade de gênero diversa daquela que busca indicar. Tal situação gera inquestionável constrangimento à pessoa transexual, que é obrigada a tornar evidente o descompasso entre sua identidade de gênero e seu sexo biológico. “Além do mais, apresentando-se a pessoa que se submeteu à cirurgia para redesignação sexual com características físicas femininas, obrigá-la a se identificar com documentos que contêm um prenome masculino é exposição certa ao ridículo e a execração pública, como há muito vem acontecendo.”²⁰

Para além das justificativas infraconstitucionais que ensejam a alteração de nome para transexuais, a fundamentação encontra eco na Constituição, sobretudo, por meio dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Em verdade, a dignidade da pessoa em muito está atrelada com a configuração de sua própria identidade. Uma vida digna, portanto, pressupõe o autorreconhecimento e o reconhecimento da comunidade em consonância com o reconhecimento de si mesmo. Impende notar, conforme aponta o Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, que a dignidade da pessoa humana não se vincula ao “fundamento de uma expressão abstrata, pautada no racionalismo, mas na realidade de sua intersubjetividade, como ente que não prescinde da alteridade, encontrando nesta o lugar privilegiado em que a dignidade da pessoa humana pode adquirir seu conteúdo.”²¹ Eis que daí surge a ligação com o princípio da solidariedade constitucional, que se funda na ideia de alteridade. A solidariedade se engendra na ideia de sociedade, vez que pressupõe a existência do outro, tendo em vista seu embasamento na alteridade. O princípio da solidariedade constitucional, portanto, se configura como essencial ao bem-estar social e se faz imprescindível na proteção de minorias e grupos vulneráveis. Pois bem, garantir o direito ao nome à pessoa transexual é dar efetividade a esse princípio, na medida em que garante ao transexual uma maior possibilidade de bem-estar e proteção, de que tanto necessitam.

Dar a possibilidade ao transexual de modificar o nome (*rectius*: prenome), portanto, configura elemento fundamental para assegurar sua dignidade e sua identidade. Antônio Fernandes da Luz desenvolve bem essa relação, prontamente inserindo a essencialidade de mudança de sexo que será explorado adiante:

²⁰ LUZ, Antônio Fernandes da. Transexualismo: o direito ao nome e ao sexo. In: Bastos, E. F.; Sousa, A. H. (Coord.). *Família e Jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

²¹ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Dignidade da pessoa humana. In: CLÈVE, C. M. (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 171.

O pedido de alteração do nome e do sexo no assentamento do registro civil, formulado por aquela pessoa que se submeteu a cirurgia para a redesignação sexual, tem por objeto o direito de expor o seu novo estado, sob pena de ver o seu direito de personalidade violado, fato este que constitui mais uma condenação à clandestinidade. (...) Portanto, a alteração do sexo e do nome encontra fundamento na própria Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, e a sua não permissão constitui flagrante violação aos direitos de personalidade da pessoa que se submeteu à cirurgia para redesignação sexual que, aliás, há muito vem sofrendo constrangimentos e agressões no meio social em que vive e por parte de agentes públicos.²²

Ao lado da transformação de nome, a mudança da identidade de gênero, ou, vulgarmente, sexo, também se faz essencial na construção da identidade do sujeito e na garantia de sua dignidade e qualidade de vida. Tal qual o direito de mudança de nome, a mutação de sexo também encontra respaldo nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. Da mesma forma que configuraria imenso constrangimento a constância de nome diverso da identidade de gênero que o sujeito proclama, a mudança de nome sem a substituição do sexo em si também traduz compressão contra o transexual, que continuará sendo estigmatizado e discriminado no âmbito social. Anderson Schreiber é judicioso em sua análise:

A função do registro civil é dar segurança à vida em sociedade. Um registro civil que atribua a uma pessoa um sexo que ela não ostenta na vida social é um registro falso, errado, que exige retificação. Tal qual o nome, o sexo deve ser visto não como um estado registral imutável ou como uma verdade superior ao seu titular, mas como um espaço essencial de realização da pessoa humana. Já se viu que o direito contemporâneo vem se abrindo a uma certa autonomia da pessoa na alteração do seu nome, sempre que não haja risco a um interesse coletivo (como no caso do devedor contumaz ou do suspeito de investigação criminal, que pretende dificultar sua identificação). A mesma abordagem deve ser reservada ao sexo, para reconhecê-lo como uma esfera de livre atuação e desenvolvimento da pessoa. A ciência caminha nesse sentido e aqui convém que o direito não fique para trás.²³

Reconhecer o direito a mudança do sexo no registro civil, portanto, coloca o direito em consonância com as modernas teorias sociais de gênero, que não se subsumem apenas a um normativismo proveniente da anatomia, todavia considera os

²² LUZ, Antônio Fernandes da. Op. cit.

²³ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 208.

elementos sociais, culturais e históricos da definição de gênero, e, acima de tudo, apontam uma função social para o gênero, qual seja, a garantia da felicidade e qualidade de vida do indivíduo. Há que se frisar, dessa forma, que não cabe ao Estado ou mesmo à sociedade fazer ponderação sobre a possibilidade de mudança de nome e sexo dos transexuais. Sendo um direito deve apenas ser reconhecido e declarado. Isso não significa dizer que não se deva prestar toda a assistência necessária aos transexuais, e mesmo que se deva obstar as discussões jurídicas e sociológicas sobre o fenômeno, no entanto, em se tratando de direitos fundamentais, nada disso deve significar barreira ao seu livre exercício.

Conveniente realçar que a alteração do registro civil depende de sentença que a consume, e a jurisprudência vem se pacificando no sentido de reconhecer o direito à mudança do nome e do sexo. Nada obstante isso, veja-se:

RETIFICAÇÃO NO REGISTRO CIVIL. MUDANÇA DE NOME E DE SEXO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. O homem que almeja transmudar-se em mulher, submetendo-se a cirurgia plástica reparadora, extirpando os órgãos genitais, adquire uma 'genitália' com similitude externa ao órgão feminino, não faz jus à retificação de nome e de sexo porque não é a medicina que decide o sexo e sim a natureza. Se o requerente ostenta aparência feminina, incompatível com a sua condição de homem, haverá de assumir as consequências, porque a opção foi dele. O Judiciário, ainda que em procedimento de jurisdição voluntária, não pode acolher tal pretensão, eis que a extração do pênis e a abertura de uma cavidade similar a uma neovagina não tem o condão de fazer do homem, mulher. Quem nasce homem ou mulher, morre como nasceu. Genitália similar não é autêntica. Autêntico é o homem ser do sexo masculino e a mulher do feminino, a toda evidência. (TJRJ, Ap. Cível 1993.001.06617, Rel. Des. Geraldo Batista, DJ 18/03/1997)

Observam-se aí argumentos de caráter eminentemente naturalístico e sem observância à realidade social; anote-se que se trata de julgado anoso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nada obstante ainda haja, em todo o Brasil, argumentos dessa monta; também há julgados que caminham no sentido de indeferir o pedido de alteração do sexo no registro civil:

RETIFICACAO NO REGISTRO CIVIL - CONVERSÃO DE SEXO MASCULINO PARA O FEMININO - INADMISSIBILIDADE TRANSEXUALISMO - CIRURGIA PARA MUDANCA DE SEXO - PROCRIACAO - IMPOSSIBILIDADE - ESTADO CIVIL - CAPACIDADE - CASAMENTO - REQUISITOS DIFERENCA DESEXO - AUSENCIA LEI DE REGISTROS PUBLICOS - VEDACAO. APELACAO PROVIDA. Ação que visa retificação no registro civil e conversão de sexo masculino para o feminino. Mesmo tendo o apelado se submetido à cirurgia de mudança de sexo o pedido de retificação no assento de nascimento não pode prosperar - Caracteriza-se o transexualismo quando os genitais afiguram-se como de um sexo, mas a personalidade atende a outro - Porém os transexuais,

mesmo após a intervenção cirúrgica não se enquadram perfeitamente neste ou naquele sexo, acarretando-se problemas graves com tal intervenção. Não se constitui, ademais o apelado como sendo do sexo feminino uma vez que ha impossibilidade de procriação porquanto não possui o mesmo os órgãos internos femininos. Ao se deferir o pedido do apelado estar-se-ia outorgando a este uma capacidade que efetivamente não possui. Por outro lado ao permitir-se a retificação do nome e sexo do apelado em possível casamento que venha a se realizar estaria contrariando frontalmente o ordenamento jurídico vigente, ademais estaria ausente um dos requisitos para o casamento, qual seja a diferença de sexos. A Lei de Registros Públicos veda a alteração pretendida, tutelando interesses de ordem pública. (TJPR, AC 300198 PR Apelação Cível - 0030019-8, DES. REL. Osiris Fontoura, DJ 08/11/1994).

Para além de uma matriz biologicista, o julgado leva em consideração para sua definição de sexo feminino a capacidade de procriação. Atualmente o prognóstico assim vem:

APELAÇÃO CÍVEL - REGISTRO CIVIL - ALTERAÇÃO NOME E SEXO - AVERBAÇÃO Á MARGEM DO REGISTRO: OBRIGATORIA - CERTIDÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO: RESUMO DAS INFORMAÇÕES CONSTANTES NO REGISTRO. 1. As alterações no nome e sexo do registrado devem ser averbadas à margem do registro civil, em decorrência da Lei no 6.015 /1973, não podendo haver omissões. 2. A certidão de nascimento é um resumo das informações contidas no registro. 3. Para evitar constrangimentos ao registrado, que alterou nome e sexo, nas certidões a serem expedidas deve constar apenas que há averbações realizadas em virtude de decisão judicial, sem menção à natureza ou conteúdo delas. (TJMG, AC 10024082645136001 MG, DES. REL Oliveira Firmo, DJ 21/05/2013)

APELAÇÃO CÍVEL - RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE REGISTRO CIVIL - MUDANÇA DE NOME E SEXO - TRANSEXUAL - POSSIBILIDADE - REALIZAÇÃO DE CIRURGIA ABLATIVA DANDO CONFORMIDADE DO ESTADO PSICOLÓGICO AO NOVO SEXO COMO MEIO CURATIVO DE DOENÇA DIAGNOSTICADA - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IDENTIDADE SEXUAL - RELEITURA DA LEI DE REGISTROS PUBLICOS AO MANDAMENTO CONSTITUCIONAL - MUTABILIDADE DO NOME - ALTERAÇÃO PARA CONSTAR ALCUNHA - POSSIBILIDADE - PROTEÇÃO ALBERGADA PELO NOVO CÓDIGO CIVIL - APELO PROVIDO. "A mudança de nome, em razão da realização de cirurgia de transgenitalização, adequando o estado psicológico ao seu novo sexo, no caso de transexuais, é possível pelo ordenamento jurídico pátrio, como corolário interpretativo a partir do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do respeito à identidade sexual do indivíduo, trazendo com isso, releitura hodierna aos dispositivos normativos insertos na Lei de Registros Públicos ,

evitando a exposição dos mesmos à situações de chacota social diante da desconformidade entre seus documentos pessoais e a nova condição morfológico-social. (TJPR, AC 3509695 PR 0350969-5, Des. Rel. Rafael Augusto Cassetari, DJ 04/07/2007)

Muitos outros julgados poderiam constar neste trabalho, no entanto, os ambos acima já dão conta de demonstrar a mudança de tônica da jurisprudência no sentido de reconhecer o direito das pessoas transexuais de alterarem nome e sexo em seus registros. Essa compreensão é tributária de uma aplicação constitucionalizada do direito, na medida em que garante efetividade a princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana. Também há de se levar em conta que cada vez mais, ainda que tardiamente, o direito tem se aberto às contribuições das demais ciências sociais, ampliando seu rol de intérpretes, como defende Peter Häberle. Faz-se mister abandonar noções de completude e infalibilidade do direito, ultrapassando de vez a visão kelseniana (aquela do normativismo positivista), para atentar ao fato de que o direito positivado, por si só, merece hermenêutica atualizadora capaz de dar justas soluções aos meandros da vida. Os desafios, contudo, ainda são muitos, como se analisará a seguir.

2.2. O direito a mudança de nome e sexo sem a cirurgia de redesignação sexual

O direito ao próprio corpo deve ser tomado em uma ampla acepção, de modo que envolve tanto ações quanto omissões, ou melhor dizendo, trata-se de poder fazer ou deixar de fazer algo com o próprio corpo, sem que haja qualquer punição pela escolha deliberada.

Conforme já referido, o gênero exerce um *lugar social* notabilíssimo que está acoplado a busca por uma vida de qualidade e a instituição de uma identidade própria. Ademais, consoante aqui se adotou na linha da presente exposição, sem descurar de pontos de vista distintos, gênero e sexo biológico são conceitos diversos, de modo que, muito embora a criação de uma identidade de gênero leve em conta o fator biológico este não é causa determinante para a compreensão do próprio gênero. Dessa forma, é totalmente compreensível que uma pessoa transexual queira manter seu órgão biológico, tendo em vista não ser decisivo para a configuração de sua identidade de gênero. Há também que se considerar que a manutenção da genitália pode ser fator essencial para a qualidade de vida do transexual.

Pelo exposto, configura-se como infração ao direito ao próprio corpo que se exija da pessoa transexual a cirurgia de redesignação sexual, para que só então tenha direito à mudança de nome e sexo em seu registro civil. De fato, ordenar a outrem

a mutilação do próprio corpo, o uso de medicamentos necessários para que se reconheça um direito apresenta-se como constrangimento. Nesta senda, salutareis são as ponderações de Patrícia Corrêa Sanches:

Mas será que se faz necessária a mudança no corpo de uma pessoa a ensejar a mudança do sexo? Atualmente delinea-se o gênero sexual por sua função social, mais como um fenótipo comportamental do que o aspecto da genitália. Assim o indivíduo teria deferido o pedido de mudança do gênero sexual desde que demonstrasse que possui o sexo que socialmente representa, invertido daquele fisicamente suportado. A temática aqui discutida tem por objetivo pautar as discussões sobre a mudança de sexo, principalmente no tocante à função social da determinação do gênero sexual na sociedade, demonstrando assim que, para sua alteração, não há necessidade de uma intervenção cirúrgica de modificação das características físicas, estas sim restritas a um ambiente de privacidade.²⁴

Compete atinar que a cirurgia de redesignação sexual, como toda e qualquer cirurgia, apresenta inegáveis riscos aos indivíduos, além de, por si só, ser uma cirurgia demasiadamente agressiva e invasiva. Nos dizeres de Patrícia Sanches, “a cirurgia de mudança de sexo, tecnicamente denominada de transgenitalização, demonstra-se absolutamente agressiva, além de irreversível.”²⁵ Não parece adequado, dentro do ponto de vista constitucional da dignidade da pessoa humana, tornar a cirurgia condição *sine qua non* para a mudança de nome e sexo, pois, se assim fosse, de algum modo o sujeito sofreria uma violação a um direito. Se não aceitar realizar a cirurgia terá seu direito ao nome e identidade negados, se fizer a cirurgia para que então possa ter reconhecido seu direito ao nome e sexo, terá seu direito ao corpo agredido. Uma análise sistemática da Constituição de 1988 dá conta de demonstrar que esse escambo entre direitos não parece ser a tônica que o constituinte pretendeu dar a lei fundamental. A Constituição de 1988 surgiu como uma luz ao final de um sombrio túnel; sua essência está na garantia de todos os direitos previstos em seu texto, de modo que se faz inadmissível impor a uma parcela da sociedade que tenham que fazer uma opção entre direitos fundamentais.

Note-se ainda que, em algumas situações, para além da autonomia privada do indivíduo, que por si só já seria suficiente para garantir a possibilidade de mudança de nome e sexo sem a cirurgia de transgenitalização, há outros empecilhos. Não

²⁴ SANCHES, Patrícia Corrêa. Op. cit.

²⁵ Idem.

é fato raro que as pessoas se reconheçam como transexuais após idade mais avançada. Nesses casos não é incomum que a cirurgia de redesignação sexual seja desaconselhada por médicos, haja vista a probabilidade de complicação. Em situação como essa estaria o sujeito fadado ao constrangimento público, sem nunca poder alterar nome e sexo sem seu registro civil? Por certo que se trataria de solução deveras cruel e desproporcional. Não pode o indivíduo ser penalizado por não querer se submeter aos riscos que a operação pode trazer. Argumentos poderiam destacar que se trata de um ônus da escolha do sujeito, no entanto, como bem se sabe, a transexualidade não é uma escolha pessoal, diversos são os fatores que produzem no indivíduo uma identidade de gênero diversa do sexo biológico. Em todo caso, não há que se arrazoar em ônus quando, vez que o direito fundamental à identidade do sujeito pode, sem qualquer problema, ser assegurado.

Outra situação que merece análise é o fato de que, por todo preconceito existente na sociedade, as pessoas transexuais são discriminadas, excluídas, jogadas ao degrado. De acordo com índices divulgados e conhecidos, a evasão escolar entre transexuais beira aos 73%. Inúmeras são as causas, desde o preconceito dos demais colegas, pais e professores, até mesmo da instituição que não assegura o nome social, por exemplo. De toda sorte, fato é que número expressivo da população de transexuais no Brasil encontra-se em vulnerabilidade social. Muito embora o SUS realize as cirurgias de transgenitalização, a realidade da saúde pública brasileira ainda é bastante conhecida. Nesse contexto, poucas são as pessoas transexuais capazes de arcar economicamente com a cirurgia em instituições de saúde privadas. Não faz qualquer sentido que em todo esse período de aguardo o transexual seja obrigado a permanecer com um registro que não o representa. Não se pode admitir um critério censitário para o reconhecimento de um direito.

Fica evidente, portanto, que a exigência da cirurgia de redesignação sexual vai de encontro à eleição da pessoa transexual, de modo que cabe exclusivamente a ela, compreendendo todas as suas implicações, realizá-la ou não. Impor um pré-requisito a um direito fundamental mutila, em nosso ver, a própria definição de direitos fundamentais e direitos de personalidade, que se baseiam na ideia de inerência ao ser humano. Uma vez se tratando de direitos inerentes ao sujeito, impor condições se transmuta em genuíno autoritarismo, contra sujeitos que tem a prerrogativa de viverem a vida exercendo suas potencialidades e suas liberdades: é o que o direito deve garantir.

Há julgados na direção do reconhecimento de mudança de nome e sexo após a cirurgia de transgenitalização. A jurisprudência nessa temática, sem embargo, se

encontra segmentada; colhe-se em Sérgio Carrara reflexão importante sobre a atuação jurisdicional:

A justiça também tem concedido, em muitos casos de cirurgia, o direito de mudança de nome e redesignação do sexo em documento de identidade, mas a decisão ainda depende do arbítrio dos juízes. O fato de a mudança documental depender na maioria dos casos da realização da cirurgia de transgenitalização tanto consagra a distância entre os diferentes saberes autorizados (médicos, psicológicos e operadores do direito) e as experiências concretas dos sujeitos sociais, quanto marca, sob a justificativa de sanar a inadequação entre sexo e gênero, a reinstauração de um perverso binarismo. Àqueles que não conseguem ou não desejam a operação, como é o caso de muitas travestis, é em geral negado um direito fundamental intrinsecamente relacionado à sua identidade.²⁶

Observe-se agora os julgados que caminham no entendimento da impossibilidade de mudança de sexo sem a realização da cirurgia de redesignação sexual:

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - Pedido de alteração de nome e sexo- Possibilidade apenas em relação ao nome - Pessoa que apesar de não submetida à cirurgia de transgenitalização, se apresenta na sociedade como do sexo feminino -Nome masculino que lhe acarreta constrangimentos e aborrecimentos - Admitida a alteração do nome, negada a alteração para constar ser do sexo oposto - Observância do princípio de veracidade do registro público - Recurso parcialmente provido. (TJSP, APL 320109120108260602 SP 0032010-91.2010.8.26.0602, Des. Rel. Mendes Pereira, DJ 28/11/2012)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. INTERESSADO QUE AINDA NÃO REALIZOU A CIRURGIA DE NEOVAGINOPLASTIA. IMPOSSIBILIDADE. CARÊNCIA DE AÇÃO. SENTENÇA QUE DEVE SER MANTIDA. O Apelante pleiteia alteração do nome e de sexo no registro civil, afirmando que desde tenra idade, apesar da conformação genital masculina, psicologicamente se sente mulher, fazendo-se tornar conhecido pelo prenome de Milena. Todavia, o recorrente ainda não se submeteu à cirurgia de mudança de sexo, o que não permite alteração do nome e do sexo em seu registro civil. Precedentes jurisprudenciais. SENTENÇA MANTIDA. Recurso NÃO provido. (TJBA, APL 03683226420128050001 BA 0368322-64.2012.8.05.0001, Des. Rel. José Olegário Monção Caldas, DJ 15/10/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO QUANTO AO NOME E SEXO DO AUTOR. TRANSEXUALISMO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE

²⁶ CARRARA, Sérgio. *Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo*. Revista Bagoas: revista de estudos gays. Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, n. 5, Natal: UFRN, 2010, p. 137.

REDESIGNAÇÃO SEXUAL. INVIABILIDADE DA ALTERAÇÃO DO REGISTRO, UMA VEZ NÃO PREVISTA CIRURGIA PARA MUDANÇA DE SEXO, NEM MESMO PROVA ROBUSTA ACERCA DA ABRANGÊNCIA DO TRANSTORNO SEXUAL. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJRS, Apelação Cível Nº 70056132376, Sétima Câmara Cível, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 13/11/2013)

Os julgados acima sucintamente referidos demonstram, no conteúdo que explicita a ementa, que o Poder Judiciário ainda reluta em reconhecer o direito dos transexuais de mudarem nome e sexo em seus registros, sem a realização da operação. Cumpre respeitar o posicionamento, mas parece-nos, salvo melhor juízo, que tal bússola limita o exercício de um direito fundamental; julgados há, contudo, que não se eclipsaram diante dessa necessidade:

APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSGENÊRO.MUDANÇA DE NOME E DE SEXO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. Constatada e provada a condição de transgênero da autora, é dispensável a cirurgia de transgenitalização para efeitos de alteração de seu nome e designativo de gênero no seu registro civil de nascimento. A condição de transgênero, por si só, já evidencia que a pessoa não se enquadra no gênero de nascimento, sendo de rigor, que a sua real condição seja descrita em seu registro civil, tal como ela se apresenta socialmente DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70057414971, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 05/06/2014)

RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. ALTERAÇÃO DO NOME E DO SEXO. TRANSEXUAL. INTERESSADO NÃO SUBMETIDO À CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRESENÇA. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA. SENTENÇA CASSADA. O reconhecimento judicial do direito dos transexuais à alteração de seu prenome conforme o sentimento que eles têm de si mesmos, ainda que não tenham se submetido à cirurgia de transgenitalização, é medida que se revela em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Presentes as condições da ação e afigurando-se indispensável o regular processamento do feito, com instrução probatória exauriente, para a correta solução da presente controvérsia, impõe-se a cassação da sentença. (TJMG, AC 10521130104792001 MG, Des. Rel. Edilson Fernandes, DJ 07/05/2014)

Os entendimentos acima expostos demonstram uma tendência no Judiciário brasileiro. Decisões que levam em conta as peculiaridades do caso concreto, as informações advindas das demais ciências e a uma interpretação constitucionalizada do

direito se mostram essenciais para a construção de uma boa cultura judiciária no país, com justiça e segurança.

Passemos nessa toada aos termos da ADI que iremos, então, expor e examinar *quantum satis*.

3. Ação Direita de Inconstitucionalidade 4275

Em julho de 2009, o Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria Geral da República, em peça firmada pela Doutora Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF buscando dar ao artigo 58 da Lei nº 6.015/73 interpretação conforme a Constituição, de modo a reconhecer aos transexuais, independentemente da cirurgia de transgenitalização, o direito a substituição do prenome e sexo no registro civil. A ADI, ao tempo da feitura deste tempo, em agosto de 2014, aguarda julgamento.

A petição inicial da referida ADI apresenta os pressupostos teóricos da discussão, conceitos essenciais tais quais os tratados neste trabalho, bem como analisa os pressupostos jurídicos que dão ensejo ao pedido, nomeadamente, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Trata da ADI da essencialidade da mudança de nome e sexo, de modo que não basta apenas mudar o nome e manter o sexo biológico, pois a situação de constrangimento se manteria, conforme se observa no seguinte trecho:

De resto, se a alteração de nome corresponde a uma mudança de gênero, a consequência lógica, em seu sentido filosófico mesmo, é a alteração do sexo no registro civil. Do contrário preserva-se a incongruência entre a identidade da pessoa e os dados do registro civil.

Segue a petição inicial defendendo o direito das pessoas transexuais à cirurgia de transgenitalização e de modo conexo, também defende a possibilidade de alteração de prenome e sexo sem a realização da referida cirurgia. Ponto que se apoia no seguinte trecho:

(...) Não é a cirurgia que concede ao indivíduo a condição transexual. Portanto, o direito fundamental à identidade de gênero justifica igualmente o direito à troca de prenome, independentemente da realização da cirurgia, sempre que o gênero reivindicado (masculino ou feminino) não esteja apoiado no sexo biológico respectivo.

Trata-se ali de uma chance de autodeterminação. Ao fim da petição inicial apresentam-se requisitos, tal qual propõe a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, a serem fixados no caso de não realização da cirurgia.

São eles: a maioria civil, a convicção do transexual, há pelo menos três anos, de pertencer ao gênero oposto ao biológico, a presunção, com alta probabilidade, de não mais modificação de gênero, requisitos a serem atestados por um grupo de especialistas que avaliarão aspectos médicos, psicológicos e sociais.

Muito embora se subscreva aqui a necessidade de despatologização da transexualidade e a possibilidade cada vez maior de autodeterminação dos transexuais, os critérios elencados pelo MPF desempenham papel de relevo na destinação de assistência médica e psicológica à pessoa transexual, na proteção e promoção dos direitos das pessoas transexuais, e não sirvam de arbítrio para maior sofrimento dos transexuais.

4. Conclusões

O exposto no presente trabalho requer, antes de tudo, pedir vênias à exposição sucinta diante de questões tão sensíveis e de impacto na dogmática jurídica do Direito Civil contemporâneo. Além disso, permite, ainda assim, concluir que a dignidade das pessoas transexuais passa por sua capacidade de autodeterminação e pela possibilidade de criação de uma identidade própria. Para tanto, é necessário que haja reconhecimento de direitos fundamentais de personalidade, quais sejam, o direito ao nome e o direito ao próprio corpo.

O reconhecimento do direito a mudança de nome e sexo por parte dos transexuais é demanda que deve alcançar proteção. Não cabe ao Estado optar pela realização da cirurgia de redesignação sexual ou não.

Segundo considerado ao longo deste estudo e trabalho modestos, conceitos de identidade de gênero e sexo biológico se diferem, nada obstante este possa ser elemento de construção daquele. A relação do sujeito com seu próprio corpo é elemento fundamental da intimidade, não cabendo maiores questionamentos, mas sim o devido respeito. O transexual pode se realizar mantendo o órgão genital biológico ou retirando. Em qualquer situação, contudo, deve lhe ser assegurado o direito à felicidade e a realização própria. Para tanto, é necessário tanto uma atividade institucional, no sentido de garantir os direitos a essa parcela da situação, quanto uma atividade social e comunitária no sentido de integrar essa parcela e lhes tratar com o devido respeito, sem preconceitos infundados. O caminho ainda é longo.