

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

XÊNIA KAROLINE MELLO

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO NOME DA PESSOA TRANSEXUAL

CURITIBA

2010

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

XÊNIA KAROLINE MELLO

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO NOME DA PESSOA TRANSEXUAL

**Monografia apresentada como
avaliação parcial para obtenção do
grau de bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Paraná sob a orientação do
Professor Dr. Carlos Eduardo Pianovski
Ruzyk.**

CURITIBA

2010

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO NOME DA PESSOA TRANSEXUAL

VISTO DO PROFº. DRº. ORIENTADOR

VISTO DA ACADÊMICA

**aqui é o termo de aprovação, BAIXAR O
ARQUIVO DO SITE DA FACULDADE**

CURITIBA

2010

Agradecimentos

Agradeço à energia espiritual que tem me invadido, a qual neguei por muito tempo. Hoje é fonte de força, paz e tranquilidade.

À vida, simplesmente.

À minha família, pela paciência, por acreditar e saber me ouvir.

À Márcia, por participar desse processo transformador que me ocorre, e me inunda de felicidade e equilíbrio. Namastê.

Aos queridos Hugo, Val, Tuca, Ale, Lúgia e Katu, sem os quais esses oito anos não teriam tanta história pra contar. Com muito amor, agradeço a insustentável leveza de vocês.

À Alice, ao Jimi, à Xica e ao Trotsky que não me deixam esquecer que a gente também é bicho.

À Carla Amaral e a Rafaelly Wiest fontes de admiração e respeito.

À todas as pessoas que tive a deliciosa oportunidade de conviver na Ártemis, no Grupo Dignidade e Transgrupo Marcela Prado.

À Anita, por despertar em mim o que não acreditava, o gosto pelo Direito, e a certeza de que é indispensável estudar. Merecedora do meu respeito e admiração.

Ao querido Professor Carlos, minha escolha como orientador não se pontuou por seu admirável currículo, e sim, pela sensibilidade, atenção e carinho com que trata os alunos. Nobres são os sentimentos mais simples.

À Mel, linda companheira de militância, com muito amor.

Ao Alan e a Mari, apesar de suas recentes presenças, foram um presente do céu para que este trabalho se realizasse num tempo de bênçãos e alegria, agradecida por vocês gentilmente ocuparem a minha vida.

A todos esses pela oportunidade de compartilhar a existência nesse mundo, tenham a certeza de que estarão nas minhas preces.

“Época triste a nossa, em que é mais difícil quebrar um preconceito do que um átomo” (Albert Einstein:1879/1955)

“O sujeito” é uma questão crucial para a política, e particularmente para a política feminista, pois os sujeitos jurídicos são invariavelmente produzidos por via de práticas de exclusão que não “aparecem”, uma vez estabelecida a estrutura jurídica da política.”(Judith Butler:2003, p.19)

RESUMO:

O tema da Transexualidade desperta atualmente grande interesse científico. O Poder Judiciário, cada vez mais, vem sendo provocado com a finalidade de garantir acesso ao exercício da cidadania das pessoas transexuais. A identidade de gênero e o sexo constituem-se numa prática discursiva, e, portanto, construída historicamente. Assim, a transexualidade representa um fenômeno discursivo. O direito ao nome o ao próprio corpo são direitos fundamentais, e desta forma, devem ser reconhecidos independentemente de pré-requisitos.

Palavras-chave: Direito; Direitos Humanos; Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; Direitos Fundamentais; Direito Fundamental ao Nome; Direito Fundamental ao Próprio Corpo; Direito de Personalidade; Prenome; Sexo; Transexual; Transgênero; Transexualismo; Transexualidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO I – A Transexualidade	13
1.1 A categoria de Identidade de Gênero.....	13
1.2 O Conceito de Transexualidade	16
1.3 Transexualidade X Transexualismo: a superação do conceito	19
1.4 A reinvenção do Corpo e o Preconceito	21
CAPÍTULO II – O Direito de Personalidade e os Direitos Fundamentais ao Nome e ao Próprio Corpo	23
2.1 Os direitos fundamentais, sua eficácia e o princípio da aplicabilidade imediata..	23
2.2 A Constituição da Identidade	30
2.3 O Direito Fundamental ao Nome e o Nome Social	32
2.4 O Direito Fundamental ao Próprio Corpo	35
CAPÍTULO III – O Direito e a Transexualidade	38
3.1 A alteração do Prenome e Sexo em razão da Transexualidade	38
3.2 Da superação do preconceito à efetivação dos Direitos da Pessoa Transexual	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

INTRODUÇÃO

A realidade das pessoas transexuais é marcada de extremos. A busca da construção do corpo que melhor manifesta sua personalidade e identidade são reflexos dessas marcas. Despertam nas outras pessoas olhares e sentimentos provocantes, é a curiosidade, repulsa, medo, fobia, admiração e tantos outros. A experiência de transformação da pessoa transexual pode ser resumida no trecho da música de Caetano Veloso “cada um sabe a dor e da delícia de ser o que é”¹. Impossível a qualquer outro humano relatar que por trás desses corpos construídos estão gravadas marcas que reivindicavam uma identidade e ainda uma história carregada de conflitos com as normas de gênero.

O presente trabalho além de um objetivo acadêmico é fruto da experiência vivida e dividida, em virtude da militância política, com pessoas travestidas e transexualizadas. Gente que além de reivindicar uma identidade, busca a construção de seu corpo conforme o gênero no qual se sentem confortáveis. O gênero por sua binaridade, exclui inúmeras manifestações do ser homem e do ser mulher. Impõe de antemão condutas baseadas simplesmente na genitália que portam entre as pernas. Essas pessoas subvertem tais normas de condutas pré-estabelecidas e com muito esforço, luta, dor, tristeza, esculpem seus corpos, seu comportamento, sua vida com objetivo digno da sua realidade. Não se trata de uma escolha, apoderar-se do próprio corpo e da identidade é trabalho árduo, que envolve rompimento de condutas e comportamento estabelecidos. O processo de construção da identidade e do corpo é, sobretudo, uma afirmação.

Há inúmeros relatos de pessoas transexuais que acreditavam quando crianças que o corpo se desenvolveria conforme a própria mente, sem a determinação genética cromossômica. Contudo a história se mostrou outra pois o corpo toma caminho diverso ao da mente, e, a realidade se mostra perversa e excludente. É necessária a ação, ingere-se hormônios, injeta-se silicone, enfaixam-se peitos, o grau de insatisfação é tamanho que muitas dessas pessoas, mutilam-se, deceparam-se, suicidam-se. Ainda hoje quase toda a população de pessoas transexuais tem sua cidadania dilapidada². Sem acesso a educação plena, pois na

¹ VELOSO, Caetano, **Dom de Iludir**, Álbum Totalmente Demais Ao Vivo, Rio de Janeiro: Polygram do Brasil, 1986, Faixa 11.

² Ver obra da professora BENTO, Berenice, **A reinvenção do Corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**, Rio de Janeiro: Garamond, 2006, ainda ver reportagem: BECKER, Clara,

escola são tratados como algo anormal e monstruoso. Excluídas do mundo do trabalho, eis que o formalismo é taxativo em não aceitar um humano que possui a imagem oposta ao que indica o nome civil, são empurradas na sua maioria à prostituição. No mundo noturno e privado da prostituição são apenas consideradas um objeto de desejo, de fantasia, sendo-lhes negada a vida pública e digna. No ambiente familiar as pessoas transexuais são tratadas como fruto do demônio, como doentes. Sua saúde é extremamente precarizada, pela ausência de recursos na construção do corpo perfeito, buscam as mãos de bombadeiras³, amarradas e sem anestésicos, submetem-se a aplicação de silicone industrial para a moldagem do peito, quadris, nádegas a fim de garantir a melhor forma feminina.

Simone de Beauvoir há muito já observou que se não nasce mulher, torna-se mulher⁴. As mulheres transexuais são exemplo da mulher independente. Donas de seu destino e aspirações subvertem a ordem e as regras estabelecidas:

A questão da transexualidade vêm despertando grande interesse e polemizando o mundo científico, seja no âmbito das ciências naturais como a Medicina, a Biologia e a Genética, seja também no âmbito das ciências humanas como o Direito, a Antropologia e a História.

O tema é objeto de curiosidade desde os tempos primórdios, eis que “o diferente”, como comumente são consideradas as pessoas transexuais eram tratados como divindades. Na Grécia Antiga tanto Sófocles (496?-406 a.c.) em Édipo Rei quanto Ovídio na obra *Metamorfoses* retrataram do mito de Tirésias, oráculo cego, que por ter vivido em ambos os sexos tinha a qualidade de vidente.⁵

No ambiente médico, a transexualidade ainda é colocada como doença, haja vista ser considerada como disforia de gênero, transtorno de identidade sexual o

Como Mudar de Sexo: A vida, as angústias e as cirurgias que transexuais fazem com o doutor Eloísio Alexandro num hospital público do Rio de Janeiro, Revista Piauí, número 43, disponível na internet: http://revistapiaui.estadao.com.br/edicao_43/artigo_1291/Como_mudar_de_sexo.aspx, página consultada em 06/09/2010

³ BOMBADEIRA: nome vulgar atribuído à pessoa, em geral uma transexual mais velha, que aplica silicone industrial no corpo da pessoa transexual com a finalidade de esculpir um corpo conforme o gênero assumido. A prática da aplicação do silicone consiste em amarrar a pessoa numa cama ou maca, e injetar com seringas o silicone comumente adquirido em lojas especializada de produtos automotivos. A forma do corpo desejada é atribuída a massagens realizadas com muita força. Há inúmeros relatos de mortes de pessoas transexuais, em razão de que o silicone aplicado se aloja nos pulmões e corrente sanguínea. O movimento LGBT repudia veemente tal prática e possui ações preventivas e de redução de danos, em razão de que as pessoas transexuais face ao valor muito inferior dessa prática em relação às cirurgias plásticas não deixam de realizá-la.

⁴ BEAUVOIR, Simone, **O Segundo Sexo**, volume II, tradução Sérgio Millet, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2001, p.09.

⁵ SÓFOCLES, **A trilogia tebana**, Tradução de Mário da Gama Kury, 8. ed, Rio de Janeiro: Zahar, 1989, p.33, OVÍDIO, **As Metamorfoses**, São Paulo: Ediouro, 1983, p.57.

qual é previsto como tratamento pelo Conselho Federal de Medicina a hormonioterapia, o acompanhamento de técnicos da área psiquiátrica, psicológica, endocrinológica durante o período de dois anos para então, comprovado o transexualismo primário, recomendar a cirurgia de redesignação sexual.⁶

No início da década de 70, alguns médicos tiveram a audácia de realizar as cirurgias de transgenitalização. Nessa época era apenas realizada a neocolpovulvoplastia, consistente na transformação do pênis em vagina. Muitos destes especialistas acabaram sendo criminalmente perseguidos em razão da ilicitude de tal cirurgia – argumentadas como lesão corporal de natureza gravíssima – sob a alegação de que estas eram mutilações de suas pacientes.⁷

Atualmente muito se progrediu no campo das ciências naturais, a redesignação de sexo, já não é mais em caráter experimental podendo ser realizada em qualquer hospital especializado. Ainda recentemente o Governo Federal proporcionou a realização da cirurgia de transgenitalização através do Sistema Único de Saúde.⁸ Contudo, as operações de redesignação sexual, ainda com um alto custo, são realizadas apenas em caráter predominantemente particular impossibilitando a muitas pessoas transexuais realizar a cirurgia em face da ausência de recursos financeiros.

Destacado brevemente os aspectos “naturais”, é necessário analisar o ambiente jurídico. Atualmente o Poder Judiciário vem acolhendo timidamente as demandas das pessoas transexuais. Existem já decisões que determinam ao poder público o ônus dos gastos da cirurgia de transgenitalização como forma última do tratamento do transexualismo. Outras que retificam o nome e o sexo face a já realizada operação cirúrgica, e ainda decisões mais audaciosas que retificam o nome e o sexo independente da cirurgia.

É neste ultimo modelo que se baseia a presente pesquisa. Considerando que não há a necessidade da cirurgia para o reconhecimento jurídico do nome social

⁶ Ver Resoluções do Conselho Federal de Medicina nº 1652/2002 e nº 1955/2010, disponível na internet via: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_resolucoes&Itemid=36, página consultada em 02/09/2010.

⁷ SZANIAWSKI, Elimar, **Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do estado Sexual. Estudos Sobre o Transexualismo – Aspectos Médicos e Jurídicos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 17.

⁸ Ver Portaria do Ministério da Saúde nº 1707 de 18 de agosto de 2008.

e sexo em virtude de que o nome social⁹ assume fundamental importância social e individual na vida da pessoa transexual, da qual a concretização da alteração do prenome e sexo vão de encontro ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana. É imprescindível que o Judiciário garanta a alteração do prenome e sexo oportunizando, assim, o exercício da cidadania da pessoa transexual.

Alexy afirma que “a *Ciência do Direito somente pode cumprir sua tarefa prática sendo uma disciplina multidimensional*”¹⁰. Para tanto, será realizada uma análise com base na teoria pós-estruturalista denominada Teoria Queer. Tal escolha é teórica, mas, ao mesmo tempo, caracteriza-se principalmente por uma decisão política e feminista, sem a qual impossível seria dialogar com o Direito e a questão da Transexualidade de forma subversiva e emancipatória.

A categoria de Identidade de Gênero, e por consequência, a Transexualidade serão examinadas como manifestação de uma prática discursiva. Ainda será contraposto o tema do transexualismo, conceito categoricamente patológico, o qual precisa ser superado. As pessoas transexuais no discurso jurídico devem ser qualificadas emancipadamente como sujeitos de direito, não como indivíduos doentes que reivindicam juridicamente o corpo e o nome em razão da eventual cura obtida através da intervenção cirúrgica.

Os direitos fundamentais ao nome e ao próprio corpo assumem essencial importância eis que são o suporte jurídico garantidor no que se refere à reivindicação das pessoas transexuais. A alteração do prenome e sexo em razão da transexualidade são requisitos indispensáveis à integração da pessoa transexual no contexto social.

O que se pretende não é uma análise delimitada pelas ficções jurídicas do Direito Civil, em especial o Direito de Personalidade, e a possibilidade legal de retificação do prenome. Mas a concretude dos direitos fundamentais ao nome e ao próprio corpo da pessoa transexual, de forma contribuir para a mudança social inserindo as pessoas transexuais no ambiente cidadão.

⁹ Nome Social: nome adotado publicamente pelas pessoas transexuais, em detrimento do nome averbado no registro de nascimento.

¹⁰ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 48.

CAPÍTULO I – A Transexualidade

1.1 A categoria de Identidade de Gênero

O tratamento acerca da transexualidade necessita de prévia atenção aos conceitos de gênero, sexo, sexualidade e orientação sexual. A nova dinâmica dos movimentos sociais provocou fortes mudanças nas teorias das ciências sociais. A teoria mais destacada atualmente, no que se refere à gênero e sexualidade, é chamada de Teoria Queer. Guacira Lopes Louro assim destaca:

“A moral não é queer. Nem a lei. Nem o direito. Isto é certo. Mas a certeza tampouco é queer. O Governo nunca é queer. Queer é estranho, raro, esquisito. Queer é, também, o sujeito da sexualidade desviante – homossexuais, bissexuais, transexuais, travestis, drags. É o excêntrico que não deseja ser “integrado” e muito menos “tolerado”. Queer é um jeito de pensar e de ser que não aspira o centro nem o quer como referência; um jeito de pensar e de ser que desafia as normas reguladoras da sociedade, que assume o desconforto da ambiguidade, do “entre lugares”, do indecível. Queer é um corpo estranho, que incomoda, perturba, provoca e fascina.”¹¹

A presente análise parte desta teoria sociológica e tenta realizar um diálogo com o Direito, observado o caráter emancipatório e subversivo que este pode adquirir, com a finalidade de concretizar os direitos fundamentais ao nome e ao próprio corpo da pessoa transexual.

A categoria intitulada identidade de gênero pode ser compreendida como uma definição ou decisão sobre um corpo. Judith Butler afirma que é um processo de se fazer o corpo feminino ou masculino. Processo que se baseia em características físicas que são vistas como diferenças e as quais se atribui significados culturais. O ato pelo qual se dá nome ao corpo, homem ou mulher, feminino ou masculino, ocorre no interior da lógica que supõe o sexo como um dado prévio à cultura e lhe garante um lugar imutável, a-histórico e binário. Essa lógica implica que esse dado sexo vai determinar o gênero e induzir um único

¹¹ LOURO, Guacira Lopes, **Um Corpo Estranho, ensaios sobre sexualidade e teoria queer**, Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2004, orelha do livro e p. 7.

comportamento e forma de desejo¹². Podemos exemplificar com a seguinte equação: O indivíduo nascido com pênis, é portanto, do gênero masculino, com vagina, do gênero feminino. Assim, já do nascimento da criança se inaugura um processo de masculinização ou feminilização que irá comprometer o comportamento do sujeito. Desta forma para que este corpo constitua-se em um sujeito legítimo deverá obedecer as normas que regulam sua cultura, ou seja, deverá comprometer-se com o processo determinado pelo sexo biológico.

Entretanto há personagens que transgridem tais processos de feminilização e masculinização, como os homossexuais, transexuais, bissexuais, travestis e transgêneros. Porém não promovem a emancipação de um novo sujeito ideal. Pelo contrário, subverte-se o processo, mas impulsiona-se através do comportamento legitimado para o outro gênero. É nestes sujeitos que se evidencia e se materializa o caráter inventado, cultural e instável de todas as identidades.¹³

Dessa forma, podemos afirmar que em razão do dado “sexo”, os corpos são marcados e carregam tais marcas em razão dos processos de feminilização e masculinização. Há que se indagar, então, como se inscrevem tais marcas, como se solidifica o processo.

Ao longo da história, os sujeitos vem sendo “*indiciados, classificados, ordenados, hierarquizados e definidos*” pela aparência de seus corpos. Tais inscrições partem de padrões e referências, de normas, valores e ideais da cultura. Desde a cor da pele, o formato dos olhos ou nariz, a presença do pênis ou da vagina, são aparências que gravam marcas de raça, etnia, gênero, classe, nacionalidade. Tais distinções e características distinguem os sujeitos e se constituem em marcas de poder, do branco sobre o negro, do homem sobre a mulher, do heterossexual sobre o homossexual.¹⁴

Destas tantas marcas, a maioria das sociedades estabeleceu o binário masculino/feminino como uma divisão elementar. É um equívoco, porém, acreditar que a partir do corpo, de sua materialidade, é possível inferir identidades de gênero universais a qualquer cultura. É necessário que os corpos sejam lidos de formas distintas em diferentes culturas.

¹² _____, p. 15.

¹³ _____, p. 23.

¹⁴ _____, orelha do livro e p. 76.

Os Princípios de Yogyakarta, realizado pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, o qual o Brasil é signatário, em seu Preâmbulo, assim define identidade de gênero:

“A experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos, ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos.”¹⁵

Emily Martin destaca como as ideias científicas correntes estão permeadas por pressupostos culturais. No livro que trata acerca da visão médica do corpo da mulher relata inúmeros equívocos médicos sobre o estudo do aparelho genital feminino, o sexo da mulher. Destaca a visão hegemônica que permeou até recentemente, e ainda é presente na Medicina, de que a vagina seria como um pênis para dentro. Ainda que com o advento da Revolução Industrial a Medicina passou a enxergar o corpo como máquina.¹⁶

É necessário enxergar o sexo como um fenômeno cultural, e não um dado determinado. Judith Butler afirma que os discursos “habitam corpos”, que na verdade, “*os corpos carregam o discurso como parte de seu próprio sangue*”. Não se pretende negar a materialidade dos corpos, mas enfatizar que são os processos de feminilização e masculinização e as práticas discursivas que fazem com que as características dos corpos se convertam em definidores de gênero e sexualidade e, por consequência, tornam-se definidores dos sujeitos.¹⁷ Resume esses processos as palavras do fotógrafo *drag king*¹⁸ Del LaGrace Volcano que assim define sua identidade de gênero:

¹⁵ **PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA**, tradução para o português Jones de Freitas, nov. 2007, disponível na internet: http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf , página consultada em 05/09/2010, p.09-10.

¹⁶ MARTIN, Emily, **A Mulher no Corpo, uma análise cultural da reprodução**, tradução de Júlio Bandeira, Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

¹⁷ LOURO, Guacira Lopes, **Um Corpo Estranho, ensaios sobre sexualidade e teoria Queer**, Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2004, orelha do livro e p. 79.

¹⁸ Drag King: mulheres biológicas que fazem paródias do masculino; oposto de Drag Queen.

“Hoje sou um terrorista do gênero, uma mutação intencionada, um/uma intersexo através do desenho...Um terrorista do gênero é qualquer pessoa que conscientemente e intencionalmente subverte, desestabiliza e desafia o sistema binário de gênero. (...)O fato é que, embora esse sistema devesse funcionar (e isso é discutível) para a maioria das pessoas não funciona. Muita gente é atingida mental e fisicamente porque tenta calçar sapatos que não são seus. Sou consciente de que a maioria de vocês prefere a estabilidade, especialmente quando se trata de gênero. O imperativo de binário exige que façamos uma escolha definitiva. Um sexo. Um corpo. Masculino ou Feminino. Yin e yang.”(VOLCANO: 2002)

Pensar o sexo numa ótica binária limita a compreensão do gênero. Há outras manifestações de identidades possíveis, que não àquelas pautadas na mulher e no homem. As drags queens, travestis, crossdressers¹⁹ são manifestações identitárias que fogem ao dualismo do gênero. Entretanto essas pessoas por não se portarem conforme à regra binária, ou não são compreendidas, ou são tratadas como doentes, desorganizados psicologicamente. A forma dita como “normal” de viver o gênero aponta para a forma “normal” de família, que por sua vez se sustenta sobre a reprodução sexual, e, por consequência, induz à heterossexualidade.

Nessa mesma linha, em uma análise sobre o hermafroditismo, no estudo de caso de Herculine Barbin, Michel Foucault no texto “O verdadeiro sexo” indaga: *“Precisamos verdadeiramente de um sexo? Com uma constância que beira a teimosia, as sociedades do Ocidente moderno responderam afirmativamente a essa pergunta.”*²⁰

Assim, pode-se afirmar que uma das consequências mais significativas da desconstrução desse binarismo feminino/masculino é a possibilidade de compreensão de outras manifestações identitárias que não se estabeleçam apenas no caráter físico da pessoa, mas, sobretudo, respeitem o caráter psicológico, constituído socialmente. É necessário romper com a lógica dicotômica oposta entre feminilidade e masculinidade, para que se incluam outros sujeitos sociais que não se encaixam nessa posição.

¹⁹ Crossdresser: pessoa que se veste com roupas do gênero oposto ao sexo biológico, não possui relação direta com a orientação sexual, tampouco com a transexualidade, para maiores informações ver <http://pt.wikipedia.org/wiki/Crossdressing>, página visitada em 14/10/2010.

²⁰ FOUCAULT, Michel, **Ética, Sexualidade e Política: organização e seleção de textos Manoel Barros da Motta**, tradução de Elisa Monteiro, Inês Aufran Dourado Barbosa, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p.82.

1.2 O Conceito de Transexualidade

A transexualidade caracteriza-se pelo conflito entre subjetividade e corpo. É um sentimento que atravessa a pessoa em desconforto com o próprio corpo. Na medida em que se possui um determinado sexo biológico, contudo, inscrevem-se marcas opostas ao processo de feminilização ou masculinização assentados pelo sexo.

Tradicionalmente os estudos sobre a transexualidade são, em geral, realizados pelas ciências que tratam da psiquê humana. No Direito há muito pouco debate acerca do tema, destacam-se os estudos dos Professores Elimar Szaniawski, Luiz Alberto David Araújo e Tereza Rodrigues Vieira. Entretanto, todos partem de uma análise médica e partir daí passam a estudar a pessoa transexual no Direito. É necessário destacar, porém, que há outras possibilidades de análise do fenômeno da transexualidade. Partindo da Teoria Queer, pode-se estabelecer uma outra forma de compreensão da transexualidade. Esta será tratada como um fenômeno, e não como uma doença.

O Dicionário Jurídico de Maria Helena Diniz assim define a pessoa transexual:

“Transexual: Medicina legal e psicologia forense. 1. Aquele que não aceita o seu sexo, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto (Hojda), sendo, portanto, um hermafrodita psíquico (H. Benjamin). 2. Aquele que, apesar de aparentar ter um sexo, apresenta constituição cromossômica do sexo oposto e mediante cirurgia passa para outro sexo (Othon Sidou). Tal intervenção cirúrgica para a mulher consiste na retirada dos seios, fechamento da vagina e confecção de pênis artificial, e para o homem, na emasculação e posterior implantação de uma vagina (Paulo Matos Peixoto). 3. Para a Associação Paulista de Medicina, é o indivíduo com identificação psicosssexual oposta aos seus órgão genitais externos, com o desejo compulsivo de mudá-los. 4. Aquele que, tendo morfologia genital masculina, sente-se psicologicamente mulher, rejeitando seu papel de 'gênero' masculino até buscar a alteração de sua anatomia para assumir aparência física feminina. Correspondentemente, há mulheres em situação análoga (Aldo Pereira).”²¹

²¹ Diniz, Maria Helena, **Transexual**, in: **Dicionário Jurídico**, São Paulo: Saraiva, 1998, v.4, p.604.

Neste conceito fica evidenciado o distanciamento do pesquisador com a pessoa transexual, objeto do estudo. Reforça-se o caráter binário do gênero e exclui-se a pessoa transexual como sujeito, ela é a ausência, negação, ou transitoriedade do sujeito binário. A teoria Queer subverte esse tratamento, coloca a pessoa transexual em posição de destaque. Analisa a transexualidade em razão do fenômeno, distancia-se do aspecto biológico e privilegia o social. Não se interessa pela genitália, não é ela quem confere feminilidade ou masculinidade ao corpo. Observa as pessoas transexuais como sujeitos reais, não como aberrações²². O discurso precisa fluir de forma emancipatória. Essa teoria inaugurada por Butler afasta a regulação binária da sexualidade que suprime a multiplicidade. Subversiva rompe com as hegemonias heterossexual, reprodutiva e médico-jurídica.²³

Butler destaca que há um conteúdo *performativo* do gênero, eis que busca compreender a produção discursiva da plausibilidade dessa relação binária. E, como uma prática discursiva contínua, o termo está aberto a intervenções e re-significações.²⁴

Desta forma, adota-se o conceito político, formulado pelo Movimento Social de Pessoas Transexuais, e também LGBT²⁵:

“Transexual: pessoa com identidade de gênero que se caracteriza por uma afirmativa de identificação, solidamente constituída e confortável nos parâmetros de gênero estabelecidos (masculino ou feminino), independente e soberano aos atributos biológicos sexualmente diferenciados. Esta afirmativa consolidada pode, eventualmente, se transformar em desconforto ou estranheza diante desses atributos, a partir de condições sócio-culturais adversas ao pleno exercício da vivência dessa identidade de gênero constituída. Isto pode se refletir na experiência cotidiana de auto-identificação ao gênero feminino – no caso das mulheres que vivenciam a transexualidade, que apresentam órgão genitais classificados como masculinos no momento em que nascem –, e ao gênero masculino – no caso de homens que vivenciam a transexualidade, que apresentam órgão genitais

²² Aberração é uma expressão comumente utilizada entre as pessoas transexuais quando relatam experiências de preconceito, para melhor compreensão ver: BENTO, Berenice, **A reinvenção do Corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**, Rio de Janeiro: Garamond, 2006, p.19-26.

²³ BUTLER, Judith, **Problemas de Gênero – feminismo e subversão da Identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 44.

²⁴ _____, p.59.

²⁵ LGBT corresponde à sigla Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

classificados como femininos no momento em que nascem. A transexualidade também pode, eventualmente, contribuir para o indivíduo que a vivencia objetivar alterar cirurgicamente seus atributos físicos (inclusive genitais) de nascença para que os mesmos possam ter correspondência estética e funcional à vivência psico-emocional da sua identidade de gênero constituída.”²⁶

A cirurgia de transgenitalização não pode ser a condutora do processo da transexualidade. Ela não é objeto de desejo de toda e qualquer pessoa transexual. Além disso trata-se de intervenção cirúrgica extremamente complexa, suscetível de insucessos. Demanda alto custo, e apesar de estar disponível no Sistema Único de Saúde, ela realiza-se apenas nos grande centros urbanos²⁷. Em razão da complexidade da cirurgia muitas pessoas transexuais estão proibidas de realizá-la, seja por portarem alguma doença, como hipertensão e diabetes, seja por temerem o insucesso e preferem manter-se da forma em que se encontram.

Criou-se um mito nas ciências naturais de que toda pessoa transexual almeja mudar sua genitália. É devido questionar-se acerca da performatividade do gênero. Fundamentada na psicanálise foi estabelecida a verdade de que haveria hierarquias entre os sexo, com uma inclinação de que a mulher teria inveja do homem, em razão deste possuir o falo²⁸. Valerie Solanas subverte tal entendimento e assinala: *“As mulheres não têm inveja do pênis, os homens é que cobiçam a vagina. O macho, ao admitir sua passividade, define-se como mulher, travestindo-se (os machos, assim como as fêmeas, acham que os homens são mulheres e as mulheres são homens). (...) Adquire então um sentimento contínuo e difuso de “ser mulher”.*”²⁹ É possível desestabilizar o naturalizado, o construído culturalmente, e inverter valores.

Nessa construção discursiva há um exemplo que ficou mundialmente conhecido como o “Homem Grávido”. O homem transexual Thomas Bestie, casado na época há cinco anos com Nancy, deu à luz em parto natural a uma menina, a decisão foi tomada em virtude de sua esposa não poder engravidar. Ao conceder

²⁶ TEXTO-BASE da Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, editado pela Secretaria Especial de Direito Humanos da Presidência da República, 2007, p. 52.

²⁷ Ver Portaria do Ministério da Saúde nº 1707 de 18 de agosto de 2008.

²⁸ BUTLER, Judith, **Problemas de Gênero – feminismo e subversão da Identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 44.

²⁹ SOLANAS, Valerie. **Scum Manifesto: Uma Proposta Para a Destruição do Sexo Masculino**. São Paulo: Editora Conrad, 2000, p.96.

uma entrevista Thomas assevera: "*Acho que a necessidade de ter um filho não é um sentimento masculino ou feminino. Sou um ser humano e tenho direito a ter um filho biológico*".³⁰

A transexualidade é uma realidade e assim, passível de mudança, nesse sentido os estudos sobre a Teoria Queer e o fortalecimento do Movimento LGBT impulsionam uma mudança conceitual acerca do tema.

1.3 Transexualidade X Transexualismo: a superação do conceito

A transexualidade manifesta-se como uma realidade social. O transexualismo remete-se à um conceito médico, ou melhor, a uma patologia construída pelo saber médico. A professora da Universidade de Brasília, Berenice Bento sustenta que a "*desconstrução do caráter patologizante atribuído pelo saber oficial à experiência transexual deve começar pela problematização da linguagem que cria e localiza os sujeitos que vivem essa experiência*".³¹

Na Medicina o sufixo "ismo" é denotativo de patologia. Como exemplo atualmente comemora-se o dia 17 de maio como Dia Mundial de Combate à Homofobia. Foi nessa data que a Organização Mundial da Saúde, em 1990, retirou a homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças - CID.³² Entretanto a Transexualidade ainda é tratada como patologia pela mesma organização.

No próprio Movimento Social de Pessoas Transexuais não há consenso acerca da questão, alguns militantes reivindicam a retirada da Transexualidade como doença da CID, outros, em razão da garantia de tratamento, hormonioterapia, terapias psicológicas e psiquiátricas, bem como a cirurgia de transgenitalização, disponibilizada pelo SUS, defendem a manutenção da Transexualidade como doença³³.

³⁰ **Homem grávido" dá à luz em parto natural nos EUA**, Agência EFE, Folha de São Paulo, São Paulo, 03/07/2008, Caderno Mundo, disponível na internet: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u418988.shtml>, página consultada em 06/09/2010.

³¹ BENTO, Berenice, **A reinvenção do Corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**, Rio de Janeiro: Garamond, 2006, p.43.

³² OBSERVATÓRIO BRASIL DA IGUALDADE DE GÊNERO, informação disponível na internet em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/dia-nacional-de-combate-a-homofobia>, página consultada em 06/09/2010.

³³ CARVALHO, Marcelo Felipe de Lima, **Além da Cidadania Cirúrgica**, Coluna em destaque, Rio de Janeiro, Centro Latino-americano em sexualidade e direitos humanos, informação disponível na internet em http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=_BR&inford=6576&ok=ok&query=simple&search_by_authname=all&search_b

O conceito Transexualismo, como nomenclatura oficial, do discurso médico, denota que a própria experiência transexual é negada e recordada a todo momento. A pessoa transexual nunca será um homem/mulher de “verdade”. Na medida em que o médico ao avaliar uma pessoa transexual, que afirma: “Sou uma mulher. Preciso construir meu corpo”, a nomeia como “transexual masculino”, estabelece que a verdade do sujeito está no sexo biológico.

Foucault no estudo de caso de Herculine Barbin, analisa a historicidade de como o corpo e a sexualidade foram tratados, discorre como a verdade médica e jurídica passou a atravessar os corpos e sujeitá-los. A existência de pessoas hermafroditas sempre foi um fenômeno da sociedade, chegando a tornarem-se mitos como o filho de Hermes e Afrodite da mitologia grega.³⁴

Na Idade Média, as regras de direito canônico e civil, dispunham que as pessoas denominadas como hermafroditas eram aquelas em que se justapunham ambos os sexos. A forma de se estabelecer o sexo do indivíduo quando criança era determinada pelo padrinho no momento do batismo. Entretanto, essa pessoa em idade adulta, na oportunidade do casamento, tinha liberdade de escolher continuar no sexo adotado no batismo, ou se preferia o outro, vedando-se a mudança posterior a esse momento sob pena de ser considerado sodomita.³⁵

Foi somente a partir do século XVIII, que a Medicina e o Direito, retiraram do indivíduo a liberdade de escolha, e passaram a determinar o sexo da pessoa. Sob o olhar clínico da Medicina, não se tratava mais em reconhecer a justaposição dos sexos, tampouco qual dos dois prevaleceria. O objetivo era decifrar qual era o “verdadeiro” sexo que se escondia sob aparências confusas. Já sob a ótica do Direito, isso necessariamente implicava na supressão de liberdade de escolha do indivíduo pelo sexo que melhor lhe representava. Não há mais espaço ao sujeito em determinar o sexo que ele deseja pertencer jurídico e socialmente, é a voz do perito

[y_field=tax&search_by_headline=false&search_by_keywords=any&search_by_priority=all&search_by_section=all&search_by_state=all&search_text_options=all&sid=4&text=transexualidade](http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?y_field=tax&search_by_headline=false&search_by_keywords=any&search_by_priority=all&search_by_section=all&search_by_state=all&search_text_options=all&sid=4&text=transexualidade), página consultada em 13/10/2010. Ainda: BRASIL, Coluna em destaque, Rio de Janeiro, Centro Latino-americano em sexualidade e direitos humanos, informação disponível na internet em http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=_BR&inford=7445&sid=7, página consultada em 04/11/2010

³⁴ WIKIPÉDIA. Desenvolvido pela Wikimedia Foundation. Apresenta conteúdo enciclopédico. HERMAFRODITO. Disponível na internet: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Hermafrodito>, página consultada em 07/09/2010.

³⁵ FOUCAULT, Michel, **Ética, Sexualidade e Política: organização e seleção de textos Manoel Barros da Motta**, tradução de Elisa Monteiro, Inês Aufran Dourado Barbosa, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p.83.

que determina qual o sexo que a natureza destinou para ele, e por consequência, a sociedade tem o dever de lhe exigir um comportamento adequado ao veredito médico-jurídico.³⁶

Essa perspectiva também se aplica às pessoas transexuais, na medida em que a auto-determinação é que deve prevalecer, não o discurso médico. A tese da professora Berenice Bento é um exaustivo trabalho nesse sentido, eis que investiga as sujeições, preconceitos, medo, construção de todo o diagnóstico diferenciado que cotidianamente às pessoas transexuais devem se submeter para a concessão de uma vida digna. Esta vida caracteriza-se pelo processo violento no qual às pessoas transexuais se colocam: desde a conquista do laudo que reconhece o transexualismo, acompanhamento terapêutico por dois anos, conforme o determinado pelo Conselho Federal de Medicina, o veredito a permitir a realização cirúrgica. Superada a etapa médica, socorre-se ao Judiciário, com a finalidade de mudar o prenome civil. Podendo a qualquer momento ter a identidade e a dignidade subtraídas em virtude de uma perícia inconclusiva.³⁷

1.4 A reinvenção do Corpo e o Preconceito

Infelizmente o Brasil é o campeão mundial de assassinatos de gays, lésbicas, travestis e transexuais. Além disso, tais ocorrências são caracterizadas como crimes de ódio, realizados com requintes de crueldade. Dessa população vulnerabilizada ocorre um assassinato a cada dois dias. Os dados são do relatório anual de 2008, realizado desde 1980, pelo Grupo Gay da Bahia, sua pesquisa é creditada e citada pela Secretaria Nacional de Direitos Humanos e pelo Departamento de Estado dos EUA. Conclui-se dos dados que as pessoas transexuais e travestis representam a categoria mais violentada, e são 259 vezes mais vulneráveis a ser vítima de uma arma de fogo do que os gays. Mais agravante ainda, é a conclusão de que 80% dos crimes possuem autor desconhecido, não são devidamente investigados, e também, tratados como legítimos seja pela população, seja pela polícia, no imperativo de “que gay tem que morrer mesmo”.³⁸

³⁶ _____, p.84.

³⁷ BENTO, Berenice, **A reinvenção do Corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**, Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

³⁸ **DOSSIÊ DA VIOLÊNCIA: ASSASSINATO HOMOSSEXUAIS NO BRASIL: 2008 Relatório anual do Grupo Gay da Bahia**, 13/04/2009, disponível na internet:

No que se refere ao recorte específico das pessoas transexuais temos o que se denomina de transfobia:

“Se expressa por meio do não reconhecimento das vivências de identidade de gênero distintas dos ditames postos pelas normas de gênero e pela ideologia do binarismo sexual. Ao superarem as barreiras postas pelas normas de gênero e uma visão essencialista acerca dos corpos, dos sexos e dos gêneros, as pessoas travestis e transexuais são expostas a um duro quadro de vulnerabilidades, que fazem delas alvo das mais acirradas manifestações de desaprovação e repulsa social. A transfobia as exclui de praticamente todos os espaços de convivência cidadã e, ao mesmo tempo, as coloca entre os principais alvos da violência letal contra GLBT.”³⁹

O professor Gustavo Tepedino já debruçou-se sobre o tema. Destaca que a falta de expressa previsão legal, doutrina e jurisprudência mostram-se contrárias à retificação do registro civil para a mudança do sexo e do nome da pessoa transexual, propiciando verdadeira agressão à dignidade da pessoa humana. É preciso destacar que a análise foi realizada em meados de 2001, até o presente, apesar da timidez, algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais foram favoráveis à proteção da pessoa transexual⁴⁰.

Desta forma, garantir o direito fundamental ao nome e ao próprio corpo além de imprimir cidadania, é também um meio de diminuir a vulnerabilidade em relação à violência das pessoas transexuais.

CAPÍTULO II – O Direito de Personalidade e os Direitos Fundamentais ao Nome e ao Próprio Corpo

2.1 Os direitos fundamentais, sua eficácia e o princípio da aplicabilidade imediata

http://www.ggb.org.br/assassinatosHomossexuaisBrasil_2008_pressRelease.html, página consultada em 06/09/2010; Ainda: MOTT, Luiz, **Matei porque odeio Gay**, Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2003, p. 160-179.

³⁹ TEXTO-BASE da Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, editado pela Secretaria Especial de Direito Humanos da Presidência da República, 2007, p. 52.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo, **Temas de Direito Civil**, 2ª ed. rev. e .atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.60.

O Direito de Personalidade deve ser centrado na pessoa humana, bem como na sua dignidade substantiva. O princípio da dignidade da pessoa humana é a água a depurar o formalismo que ameaça hoje os direitos de personalidade. É através dele que a pessoa humana será *“tomada como sujeito, fundamento e fim do Direito”*⁴¹. É, ainda, em virtude dessa dinâmica que os direitos de personalidade desempenham papel fundamental. Sua tutela deve ser integral, garantindo sua proteção em qualquer adversidade⁴².

O verdadeiro papel do Direito Civil é regular as relações relevantes da pessoa humana, fundada em seus valores, em uma perspectiva de pluralidade, em que haja espaço e respeito para a manifestação da diversidade⁴³. A partir do valor da dignidade da pessoa humana é que se supera a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, pontuando-se a tutela jurídica de direitos em um espaço já não mais demarcado⁴⁴.

No presente trabalho serão destacados os direitos fundamentais ao nome e ao próprio corpo das pessoas transexuais. Entretanto, longe de encerrar uma proteção fragmentada da pessoa humana, opta-se pelo estudo em separado, considerando as especificidades do tema. Há uma longa distância em pleitear uma tutela fragmentada da pessoa transexual. Almeja-se, sobretudo, chegar a uma tutela específica e eficaz a esta população vulnerabilizada⁴⁵. É em razão das peculiaridades que emanam da questão transexual, quais sejam o nome social e a identidade de gênero, que se reivindicará a concretização dos direitos fundamentais ao nome e ao próprio corpo. Nesse sentido, é devido destacar também a questão da sexualidade, a qual encontra-se no campo da subjetividade, e prenuncia *“uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade”*⁴⁶.

⁴¹ ASCENSÃO, José de Oliveira, **Questões Controvertidas, Parte Geral do Código Civil**, Série Grandes Temas de Direito Privado, Coordenação Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves, vol.06, São Paulo: Editora Método, 2007, p.127.

⁴² DONEDA, Danilo, **Os direitos da personalidade no Código Civil**, In: A Parte geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional, Coordenação Gustavo Tepedino, 2ª ed. revis. e. Atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.35.

⁴³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p.16-17.

⁴⁴ _____, p. 154.

⁴⁵ DONEDA, Danilo, **Os direitos da personalidade no Código Civil**, In: A Parte geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional, Coordenação Gustavo Tepedino, 2ª ed. revis. e. Atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.35.

⁴⁶ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p.148.

Luís Roberto Barroso ao tratar do direito constitucional positivo, distinguiu três tipos de normas constitucionais: normas de organização, que dispõe acerca da dinâmica estatal, as normas programáticas e as normas definidoras de direito, em especial os direitos fundamentais⁴⁷. São estas últimas as que serão tratadas. Ingo Sarlet, ao analisar os estudos do jurista citado, assevera que no tocante às normas definidoras de direitos, sua base não se realizou no critério da técnica de positivação, mas, sobretudo, no critério da posição jurídica nos quais são investidos os particulares⁴⁸.

O autor afirma que direitos humanos e direitos fundamentais são comumente tratados da mesma forma, ou seja, ambos possuem a conotação de sinônimos. Entretanto, o teórico, realiza uma distinção entre eles, e afirma: *“que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”*⁴⁹.

Já a Professora Ana Carla Harmatiuk Matos afirma que a dignidade da pessoa humana compõe-se num referencial, e, a partir dele, se estabelece um diálogo entre Direitos de Personalidade, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, que promove uma interligação dos temas a sintonizar uma concepção humanística da sociedade. Arremata que a dignidade da pessoa humana deve erigir um conteúdo normativo, a despeito de um apelo ético⁵⁰. Sob a mesma égide o Professor Luiz Edson Fachin declara a necessidade de aproximação teórica das categorias dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, eis que *“a busca pela proteção efetiva da pessoa humana torna necessária à derrubada dos pressupostos formais frente à praxis libertadora”*. Apregoa ainda que a Dignidade da Pessoa Humana

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto, **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996, p. 91 e ss.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 270.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36.

⁵⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p.15-152.

deve ser “*pedra angular*”, bem como o “*o centro de irradiação axiológica*” a orientar uma tutela unitária da proteção efetiva dos Direitos Humanos, Fundamentais e também dos de Personalidade⁵¹.

Acerca da questão da transexualidade há dois direitos fundamentais que também se caracterizam como direitos humanos: direito fundamental ao nome e o direito fundamental ao próprio corpo. Tais direitos não se encontram literalmente afirmados em nossa Constituição, mas irradiam do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à vida. Sarlet avalia, ao tratar das dimensões dos direitos fundamentais, que apesar do debate acerca do princípio da dignidade da pessoa humana ser classificado como direito ou princípio fundamental, este e o direito à vida “*são a base da mais variada gama de direitos*”⁵². No que diz respeito à vida o jurista destaca que o Estado deve proteger de forma incisiva a vida, pois esta torna-se a própria “*razão de ser do Estado*”. Ainda sua preservação é necessária para o “*exercício de qualquer direito*”, seja ele fundamental ou não⁵³.

O fato dos direitos fundamentais ao nome e ao próprio corpo não estarem literalmente positivados na Constituição não é reflexo de que não sejam protegidos por ela. Além disso, não se pode ficar na espreita da elaboração de leis, o Direito é mais do que isso, mormente o jurista deve estar “*atento à necessária valorização dos princípios constitucionais*”, e priorizar a conexão entre dignidade e igualdade⁵⁴.

Ingo Sarlet ao elaborar um conceito material de direitos fundamentais afirma que a nossa Constituição atribui caráter mais abrangente e dinâmico no que se refere à proteção de direitos fundamentais. Assevera a existência de direitos não dispostos literalmente, mas que possuem base no “*catálogo*” de direitos fundamentais do rol constitucional, sendo que sua proteção e dedução irradiam através do exercício da interpretação. Afirma também serem constitucionais – e também direitos fundamentais – os direitos deduzidos do sistema disposto literalmente na Constituição. Desta análise sustenta o autor que os direitos fundamentais elencados na Constituição tratam-se de conceitos materialmente abertos, de larga amplitude, eis que arrematam concomitantemente a identificação

⁵¹ FACHIN, Luiz Edson, **A tutela efetiva dos Direitos Humanos Fundamentais e a Reforma do Judiciário**, in: Direitos Fundamentais e Novos Direitos, Coordenação: Renata Braga Klevenhusen, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 86.

⁵² _____, p. 66.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 373.

⁵⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p.148.

de direitos não positivados e também aqueles encartados constitucionalmente, além do rol do art.5º, e os previstos nos tratados internacionais⁵⁵.

Carlos Alberto Bittar anota também que apesar da Constituição adotar um regime especificado de direitos e garantias, ela não exclui outros que venham a ser adotados do seu próprio regime e princípios norteadores⁵⁶.

Alerta Sarlet que é impossível esquecer que o princípio da dignidade é independente de qualquer situação, e se aplica a qualquer indivíduo, destaca o enunciado de Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU – 1948) que *“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.”* Pérez Luño coloca que a dignidade da pessoa humana constitui-se em sentidos positivo e negativo, aquele em razão da proteção à pessoa ao pleno desenvolvimento da personalidade, esta em razão de não poder sofrer violações de caráter moral⁵⁷.

Destaca também a Professora Ana Carla Harmatiuk Matos que *“a expressão dignidade da pessoa humana, tem maleabilidade suficiente para ser alimentada conforme as novas exigências sociais, não sendo uma expressão de preciso significado”*⁵⁸. Assim permitir às pessoas transexuais à construção do corpo e identidade de gênero é assegurar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana ao desenvolvimento de sua personalidade.

Os direitos fundamentais ao nome e ao próprio corpo irradiam dos direitos à vida e princípio da dignidade da pessoa humana previsto no texto constitucional. É necessário realizar uma promoção, uma ação positiva do princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁹. Ainda é possível afirmar que tais direitos relacionam-se com a liberdade, eis que compreendida como *“a faculdade de fazer o deixar de fazer”* e *“a prerrogativa que tem a pessoa de desenvolver, sem obstáculos, suas atividades no mundo das relações”*⁶⁰. Dessa forma, a pessoa transexual quando realiza a

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.100- 101.

⁵⁶ BITTAR, Carlos Alberto, **Os direitos da personalidade**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 56.

⁵⁷ _____, 124.

⁵⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p.149.

⁵⁹ _____, p. 153.

⁶⁰ BITTAR, Carlos Alberto, **Os direitos da personalidade**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 97.

construção do próprio corpo, bem como escolhe o nome que melhor a identifique com sua realidade, está exercendo o direito de liberdade.

Outro direito fundamental que participa da realidade das pessoas transexuais é a intimidade. A transexualidade como um fenômeno, e mesmo como patologia é caracterizada pela transitoriedade, eis que a partir do reconhecimento jurídico do nome e gênero, ou da realização da cirurgia deixa de transitar de um sexo para outro, ou obtém a cura cirúrgica. Nesse sentido, o resguardo de sua intimidade se torna fundamental para evitar sua exposição ou estigmatização. Esse direito consiste em impedir o acesso de terceiros à informações de caráter confidencial do titular, o qual tem poder e exerce sua vontade acerca da divulgação das informações⁶¹.

Além disso, o Brasil compõe a carta de Princípios de Yogyakarta, que consistem em princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Em sua introdução destaca as seguintes preocupações:

“que violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa da orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, constituem um padrão global e consolidado”, “que muitos Estados e sociedades impõe normas de gênero e orientação sexual às pessoas por meio de costumes, legislação e violência e exercem controle sobre o modo como elas vivenciam seus relacionamentos pessoais e como se identificam”, “o policiamento da sexualidade continua a ser poderosa força subjacente à persistente violência de gênero, bem como as desigualdades entre os gêneros”⁶².

A Constituição no art.5º, §1º assevera a seguinte garantia: *“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”*. Assim, os direitos fundamentais ao nome e ao próprio corpo, que irradiam do princípio da dignidade da pessoa humana, devem ser assegurados sem qualquer impedimento.

⁶¹ BITTAR, Carlos Alberto, **Os direitos da personalidade**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 104.

⁶² **PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA**, tradução para o português Jones de Freitas, nov. 2007, disponível na internet: http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf , página consultada em 05/09/2010, p.06.

Esta garantia constitucional importa numa opção, que possui como consequência à extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares⁶³.

Impende destacar a possibilidade “*para a concretude da vida*”⁶⁴. Impor limitações, seja em virtude de uma preocupação desproporcional com possível prejuízo de terceiro, que beira o preconceito, seja em razão da não realização de cirurgia de transgenitalização, é afronta a garantia constitucional. Qualquer pessoa tem os direitos fundamentais ao nome e ao próprio corpo assegurados. Entretanto, qual é a razão de somente quando tais direitos são violados, no caso das pessoas transexuais, impõe-se inúmeros requisitos para o exercício destes direitos fundamentais?⁶⁵

José Afonso da Silva ao analisar a eficácia das normas constitucionais assevera que “*a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica*”⁶⁶. Destaca o autor que eficácia consiste em possibilidade e não efetividade. Luís Roberto Barroso discorre que efetividade está ligada com a concretude, a materialização da lei, é a visceral aproximação entre o dever-ser da norma e o ser da realidade fática⁶⁷. Ingo Sarlet compreende que eficácia jurídica abarca a ideia indissociável de aplicabilidade⁶⁸.

Deve-se atentar que o jurista citado distingue a eficácia no âmbito jurídico e também social, na medida em que aquela é “*a possibilidade da norma ser aplicada aos casos concretos*”, e desta forma “*gera efeitos jurídicos*”, já esta, por sua vez, consiste no apanhado da “*decisão pela efetiva aplicação da norma*”, bem como pelo “*resultado concreto decorrente desta aplicação*”⁶⁹.

José Afonso da Silva afirma que as normas de garantia e direitos fundamentais são dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, e desta forma

⁶³ SARMENTO, Daniel, **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 205.

⁶⁴ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, **Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica**, in: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, Organização: Ingo Wolfgang Sarlet, 2ª ed. rev. e amp., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006, p. 99.

⁶⁵ Ver anexo: BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70013909874, da Sétima Câmara Cível, Porto Alegre, 05 de abril de 2006.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da, **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 55.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto, **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996, p. 83.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 248.

⁶⁹ _____, p. 249.

independem de exercício do legislador, “*para que alcancem sua plena operatividade*”⁷⁰. Nesse sentido os direitos fundamentais ao corpo e ao nome das pessoas transexuais, como reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana, devem alcançar “*sua plena operatividade*” já que se configuram em direitos fundamentais albergados pelo art. 5, §1º da Constituição.

A aplicabilidade imediata se opera também na medida em que impõe aos poderes públicos agir da forma que garanta maior eficácia possível⁷¹. Atualmente vários órgãos públicos vêm adotando o nome social da pessoa transexual para dar efetividade aos direitos fundamentais citados. A Universidade Federal do Paraná já permite que alunos transexuais alterem o prenome nos documentos internos à faculdade, como carteirinha de estudante, lista de chamada, composição de chapas aos órgãos de representação discente⁷². O Sistema Único de Saúde autoriza também que as pessoas transexuais se utilizem do nome social para tratamento de saúde⁷³. Há ainda inúmeros órgão da administração pública que reconhecem os direitos fundamentais ao corpo e ao nome das pessoas transexuais, incluído o uso do nome social, dentre eles o Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, as Secretarias de Educação, dada também a enorme evasão escolar ocorrida com pessoas transexuais, dos Estados do Pará, Paraná, Santa Catarina, Mato Grosso, Goiás, Maranhão Tocantins e Distrito Federal⁷⁴.

De outra banda, é devido destacar que mesmo Canotilho ao defender que a tese da eficácia imediata também se aplica às relações interprivadas, é necessária a criação de soluções diferenciadas, afim de equilibrar a tutela dos direitos fundamentais com a autonomia privada e os princípios norteadores do Direito Civil⁷⁵.

2.2 A Constituição da Identidade

⁷⁰ SILVA, José Afonso da, **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p.79.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 389.

⁷² Ver parecer anexo: Processo Administrativo – Procuradoria Federal na UFPR – autos nº Processo nº: 23075.048870/2008-57

⁷³ Brasil, Ministério da Saúde, **Carta dos direitos dos usuários da saúde** / Ministério da Saúde. – 2. ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2007, p.06, disponível na internet: http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/carta_direito_usuarios_2ed2007.pdf página acessada 15/10/2010.

⁷⁴ Informação disponível na internet: <http://www.abglt.org.br/port/nomesocial.php> , página visitada em 12/10/2010.

⁷⁵ SARMENTO, Daniel, **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 209.

*“É a pessoa humana que deve estar no centro do direito de personalidade. Há que reencontrar a pessoa. Esta não se faz na associalidade, contra os outros, mas em solidariedade, com os outros”*⁷⁶. Carlos Alberto Bittar destaca que é da importância do Direito determinados interesses da individualidade da pessoa, estes, por sua vez, são protegidos no âmbito da teoria dos direitos de personalidade⁷⁷. O jurista afirma que é a identidade *“que inaugura o elenco dos direitos de cunho moral, exatamente porque se constitui no elo entre o indivíduo e a sociedade em geral”*.

Pietro Perlingieri ao realizar a crítica dos direitos da personalidade, afirma haver uma *“pluralidade das situações existenciais”*, na qual critica que os direitos de personalidade sejam de caráter tipificados. Declara que há uma natureza necessariamente aberta destes direitos, eis que *“é da máxima importância constatar que a pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder jurídico, ora como interesse legítimo, ora como direito subjetivo, faculdade, poderes”*⁷⁸. Afirma também que deve haver uma superação dos direitos de personalidade muito em virtude da carga ideológica que os permeia acerca da tradição patrimonialística. No mesmo sentido, Eroulths Cortiano Junior fundamenta que o ponto de partida no qual se baseia a *“repersonalização do direito”* é que o desrespeito à personalidade acabará por *“significar um desvio no fundamento de toda a ordem legal”*⁷⁹.

Assevera ainda Perlingieri a necessidade de mudança panorâmica, eis que a pessoa ao mesmo tempo constitui-se em objeto de tutela e sujeito de direito tutelado. É necessário que a tutela da pessoa deixe de ser fracionada, *“em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si”*, e passe a ser protegida unitariamente, *“dado seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa”*⁸⁰. É ainda o autor categórico em afirmar que a personalidade não é um

⁷⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira, **Questões Controvertidas, Parte Geral do Código Civil**, Série Grandes Temas de Direito Privado, Coordenação Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves, vol.06, São Paulo: Editora Método, 2007, p. 105 e 109.

⁷⁷ BITTAR, Carlos Alberto, **Os direitos da personalidade**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 59.

⁷⁸ PERLINGIERI, Pietro, **Perfis de Direito Civil**, tradução de Maria Cristina de Cicco, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p.154-155.

⁷⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths, in: **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**, Coordenação Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998, p. 45.

⁸⁰ PERLINGIERI, Pietro, **Perfis de Direito Civil**, tradução de Maria Cristina de Cicco, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p.154-155.

direito, “*mas um valor e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela*”⁸¹.

Carlos Alberto Bittar acrescenta que as mudanças políticas ocorridas proporcionaram a “*expansão dos movimentos de defesa dos direitos fundamentais*”. Tais movimentos em razão de suas reivindicações, alargaram ainda mais o leque de diferentes posicionamentos de defesa, bem como a instituição de instrumentos aptos à realizá-los frente ao Estado⁸².

No mesmo sentido, destaca o Professor Eroulths Cortiano Junior que o direito já se revoltou contra as concepções meramente patrimonialísticas, passando a reivindicar proteção direta da pessoa humana⁸³. Ainda que configuram os direitos de personalidade “*a tábua sistemática de proteção à dignidade*”. Destaca as palavras de Antonio Chaves “*que espécie de civilização é a nossa, que sente necessidade de preceitos reconhecendo à pessoa humana o direito à vida, à salvaguarda de seu brio, à proteção de sua dignidade?*”⁸⁴.

É exatamente o caso das pessoas transexuais, atualmente cresce a discussão da tutela de direitos dessas pessoas tanto no âmbito acadêmico, quanto da provocação do Judiciário⁸⁵. Afirmo ainda o autor que a “*elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações*”⁸⁶.

A repersonalização do direito, como um fenômeno, destaca que o direito não mais se centra, de forma funcional no conceito de pessoa, mas, sobretudo, “*seu sentido e sua finalidade são a proteção da pessoa*”⁸⁷.

O Professor Elimar Szaniawski destaca o direito de “*autodeterminação*” da pessoa, que consiste na liberdade que esta tem de escolher por ela própria o que lhe é melhor. Sustenta que esta capacidade – a de autodeterminar-se – consiste em

⁸¹ _____, p.156.

⁸² BITTAR, Carlos Alberto, **Os direitos da personalidade**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 55.

⁸³ CORTIANO JUNIOR, Eroulths, in: **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**, Coordenação Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998, p. 33.

⁸⁴ _____, p.43-44.

⁸⁵ Ver recente livro da Professora Teresa Rodrigues Vieira, do Professor Elimar Szaniawski, ainda a composição dos Centro de Referência LGBT's espalhados por todo o país, que realizam atendimento psico jurídico e social de pessoas transexuais disponível na internet em: http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/brasilsem/ página consultada em 15/10/2010.

⁸⁶ PERLINGIERI, Pietro, **Perfis de Direito Civil**, tradução de Maria Cristina de Cicco, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p.154-155.

⁸⁷ CORTIANO JUNIOR, Eroulths, in: **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**, Coordenação Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998, p. 53.

um direito geral de personalidade que contempla a “*existência da autonomia da vontade e de uma soberana capacidade de exercício*”⁸⁸. Ainda, o Professor Carlos Eduardo Pianovski afirma “*a possibilidade de autoconstituição na intersubjetividade que pode emergir uma dada função centrada na liberdade. Falar em autoconstituição pressupõe falar em liberdade*”⁸⁹.

Assim, a constituição da Identidade para a pessoa transexual no discurso jurídico, deve estar pautada na liberdade de autodeterminação, aliada proteção da sua dignidade.

2.3 O Direito Fundamental ao Nome e o Nome Social

Perlingieri destaca que o nome é “*a oportunidade de uma reconstrução global da relação que liga o sujeito aos grupos sociais nos quais se insere e da função que efetivamente o nome exerce nesta perspectiva*”⁹⁰. Bittar acrescenta que o nome cumpre duas funções essenciais: permitir a individualização da pessoa e evitar confundi-la com outra. Ainda reconhece como uma das formas de aquisição do nome a escolha pelo indivíduo⁹¹.

Danilo Doneda assevera que o direito ao nome é o primeiro direito de personalidade a ser objeto de estudos dos juristas, antes mesmo de se imaginar a categoria dos direitos de personalidade. O nome “*é o direito subjetivo por excelência, para a estruturação dos direitos de personalidade*”⁹².

O direito ao nome qualifica-se também como preceito de ordem pública, sua composição está presente nos artigos 16 do Código Civil, e sua disciplina, em especial, nos artigos 54 a 63 da Lei de Registros Públicos⁹³.

⁸⁸ SZANIAWSKI, Elimar, **Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do estado Sexual. Estudos Sobre o Transexualismo – Aspectos Médicos e Jurídicos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.254.

⁸⁹ RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski, **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**, Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011, p. 05.

⁹⁰ PERLINGIERI, Pietro, **Perfis de Direito Civil**, tradução de Maria Cristina de Cicco, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p.179.

⁹¹ BITTAR, Carlos Alberto, **Os direitos da personalidade**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 120-121.

⁹² DONEDA, Danilo, **Os direitos da personalidade no Código Civil**, In: A Parte geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional, Coordenação Gustavo Tepedino, 2ª ed. revis. e. Atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.51.

⁹³ TIBA, Bundy Celso, **O Nome da Pessoa Natural e seus efeitos jurídicos**, in: Arte Jurídica, Coordenação de Claudete Carvalho Canezin, volume III, Curitiba: Editora Juruá, 2006, p. 469.

O nome da pessoa a individualiza, e coloca-se como uma necessidade de ordem pública, eis que impede que a pessoa seja confundida com outra, ainda otimiza a aplicação da lei, bem como o exercício de direitos e adimplemento de obrigações. É cabível destacar que *“o ser humano sem nome é apenas realidade fática, com o nome penetra no mundo jurídico, a expressão mais característica da personalidade”*⁹⁴.

O Direito está a serviço da pessoa, é ela que o funda. É para a realização da pessoa que existe a ordem jurídica. *“A globalidade da sua organização, mesmo nos aspectos mais técnicos, tem o sentido de servir o homem que a integra.”*⁹⁵

O nome é previsto em nosso Código Civil em seu artigo 16, que prevê: *“Toda a pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”*. Tereza Rodrigues Vieira afirma que o nome *“adquire especial importância no que concerne à identificação de cada indivíduo, constituindo uma marca exterior”*. Na medida em que se constitui uma “marca exterior”, é possível afirmar que é através do nome que o sujeito torna-se conhecido na comunidade, e, dessa forma, é pela publicidade desta marca que o indivíduo é identificado e diferenciado dos demais sujeitos do grupo.

O nome social caracteriza-se pela liberdade de escolha que exerce a pessoa transexual em adotar um nome prenome⁹⁶. É manifestação da identidade de gênero adotada pela pessoa transexual. Corresponde à sua identificação que melhor manifesta a sua realidade, diferentemente do nome registrado quando do nascimento.

Na situação da pessoa transexual torna-se evidente que a retificação do nome é necessária para que haja efetivo reconhecimento do sujeito pela comunidade, bem como a identificação do indivíduo com a própria personalidade. Também, para evitar que a pessoa transexual seja ridicularizada e discriminada a interpretação da lei deve atender à sua finalidade social⁹⁷.

Perlingieri destaca que o indivíduo é titular *“de um interesse pessoal e substancial”*, e, *“se traduz em estrito relacionamento com a complexa subjetividade,*

⁹⁴ VIEIRA, Teresa Rodrigues, **Nome e Sexo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.248 e 27.

⁹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira, **Questões Controvertidas, Parte Geral do Código Civil**, Série Grandes Temas de Direito Privado, Coordenação Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves, vol.06, São Paulo: Editora Método, 2007, p.121.

⁹⁶ VIEIRA, Teresa Rodrigues, **Nome e Sexo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.255.

⁹⁷ _____, p. 477.

na expressão da sua personalidade”⁹⁸ Jhering e Beviláqua compreendem o nome não como bem jurídico tutelável, eis que não se consiste em “*coisa suscetível de apropriação*”⁹⁹.

Nos Princípios de Yogyakarta é possível destacar o seguinte enunciado como terceiro princípio o “*direito ao reconhecimento perante a lei*”, que prevê:

“toda a pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.”¹⁰⁰

Acerca do nome civil, assinala Teresa Rodrigues Vieira que na sociedade os nomes são reconhecido ou como masculinos ou como femininos, salvo algumas exceções. Desta forma se a pessoa reivindica no contexto social nome oposto ao que foi registrada formalmente, encontra-se exposta e vulnerável a problemas, em razão da sua aparência física não corresponder ao registro civil. Destaca também que “*a escolha do novo nome deve ser livre*” não podendo se admitir do Estado a possível tradução do nome à identidade de gênero da pessoa transexual, por exemplo de Antonio para Antonia. Assinala ainda a jurista que o princípio da inalterabilidade do nome é relativizado diante do manifesto interesse individual do sujeito¹⁰¹.

⁹⁸ PERLINGIERI, Pietro, **Perfis de Direito Civil**, tradução de Maria Cristina de Cicco, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p.180.

⁹⁹ BEVILAQUIA, Clovis, **Código Civil**, Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1940, p. 201.

¹⁰⁰ **PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA**, tradução para o português Jones de Freitas, nov. 2007, disponível na internet: http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf , página consultada em 05/09/2010, p.12.

¹⁰¹ VIEIRA, Teresa Rodrigues, **Nome e Sexo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.248 e 257.

Assim é necessário o respeito ao livre desenvolvimento da personalidade das pessoas para uma vivência com dignidade, considerando a peculiar forma de ser de cada sujeito. A pessoa não pode ser excluída da tutela jurídica em razão de elementos essenciais de seu ser, quais sejam, exemplificativamente, a orientação sexual, a identidade de gênero¹⁰². Dessa forma, o reconhecimento jurídico do nome adotado pela pessoa transexual além de garantia de direito fundamental ao nome é reflexo de respeito a liberdade do crescimento de sua personalidade, com vistas à sua dignidade.

2.4 O Direito Fundamental ao Próprio Corpo

É indubitável que a dignidade da pessoa humana abarca “*o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo*”¹⁰³. Dessa forma, restringir a liberdade da pessoa no que se refere à disposição do próprio corpo, em razão de sua construção conforme a identidade de gênero a qual a pessoa se percebe e sente-se confortável caracteriza-se desrespeito ao princípio da dignidade.

O tema da disposição do corpo relacionada às pessoas transexuais provoca discussões acirradas, eis que no mundo jurídico já se proibiu a realização da cirurgia de transgenitalização na compreensão de que se tratava de violação à integridade física do paciente¹⁰⁴.

Gustavo Tepedino destaca que apesar do princípio que garante a integridade física, sua inviolabilidade é relativizada na medida em que se mostra necessária a intervenção médica para garantir a saúde do paciente. Esse critério é o que possibilitou à realização da cirurgia de transgenitalização, eis que a pessoa transexual ao ser tratada patologicamente tinha como recomendação para a cura a cirurgia¹⁰⁵.

¹⁰² MATOS, Ana Carla Harmatiuk, **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p.153.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 121.

¹⁰⁴ BITTAR, Carlos Alberto, **Os direitos da personalidade**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 78.

¹⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo, **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, 2ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, 37-39.

Atualmente, ainda de forma muito tímida, o Estado brasileiro vem garantindo a concretização desse princípio eis que o Sistema Único de Saúde já realiza tanto o tratamento, quanto à realização da cirurgia de transgenitalização¹⁰⁶.

A pessoa tem o direito de dispor do próprio corpo para as diferentes finalidades da vida social. O Direito deve reconhecer a vontade do titular, na medida em que não redunde em inviabilizar à vida e à saúde¹⁰⁷.

No mesmo sentido como concretude do princípio da dignidade da pessoa humana temos que “*se torna indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma e responsável individualidade*”¹⁰⁸. A construção do corpo em razão da adequação à identidade de gênero caracteriza-se como manifestação da individualidade autônoma da pessoa transexual, e dessa forma, irradia-se do princípio da dignidade da pessoa humana como um direito fundamental.

Além disso, há que se considerar que a autonomia do indivíduo é que deve prevalecer no que consiste o exercício do direito fundamental ao próprio corpo, ou seja, é ele que possui a liberdade de dispor do corpo, não podendo o Estado impor limitações à concretude do direito ao nome em razão da não realização de cirurgia.

No que se refere propriamente à cirurgia, a sua realização deve-se observar “*a imperatividade da anuência do interessado*”. Importa salientar a absoluta vedação de submissão do indivíduo, que não considere a sua vontade bem como exponha sua integridade¹⁰⁹.

Os Princípios de Yogyakarta colocam no princípio 18, o seguinte enunciado “proteção contra abusos médicos”, que prevê:

“Nenhuma pessoa deve ser forçada a submeter-se a qualquer forma de tratamento, procedimento ou teste, físico e psicológico, ou ser confinada em instalações médicas com base na sua orientação sexual ou identidade de gênero. A despeito de qualquer classificações contrárias, a orientação sexual e identidade de gênero

¹⁰⁶ Ver Portaria do Ministério da Saúde nº 1707 de 18 de agosto de 2008.

¹⁰⁷ BITTAR, Carlos Alberto, **Os direitos da personalidade**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 55.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 121.

¹⁰⁹ BITTAR, Carlos Alberto, **Os direitos da personalidade**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 72-73.

de uma pessoa não são, em si próprias, doenças médicas a serem tratadas, curadas ou eliminadas.¹¹⁰

Dessa forma, o direito fundamental ao próprio corpo caracteriza-se tanto pela liberdade de disposição, que pode reclamar a escolha desde a construção ou remoção dos seios, a terapia de hormonização, a cirurgia de transgenitalização, etc, bem como a disposição de manter o corpo incólume preservando-se como exemplo o caráter reprodutor do corpo, como no caso citado de Thomas Bestie.

CAPÍTULO III – O Direito e a Transexualidade

3.1 A alteração do Prenome e Sexo em razão da Transexualidade

Tratando-se de direitos fundamentais ao corpo e ao nome, tem o Judiciário, com base no princípio da inafastabilidade¹¹¹, em razão “*do dever de respeito e aplicação imediata*”¹¹² diante da provocação – qual seja do pleito da pessoa transexual em retificar nome e sexo – o poder-dever de aplicar imediatamente tal pedido, eis que a retificação é requisito indispensável ao exercício dos direitos fundamentais em questão. Já o Ministério Público tem papel destacado, a despeito de ser o agente que mais se insurge através de instrumentos de recorribilidade em decisões favoráveis, acerca da transexualidade tratada no Judiciário¹¹³. Sua participação envolve a direta e imediata aplicação dos princípios constitucionais.

É importante destacar que há uma lacuna na literatura jurídica, eis que apesar de já reconhecer os direitos fundamentais ao próprio corpo e ao nome das pessoas transexuais, inviabilizam o exercício desses direitos. A doutrina jurídica ainda é dominante em ressaltar o caráter patologizante da transexualidade, bem como determinar requisito ou consequência para alteração do nome e gênero a

¹¹⁰ **PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA**, tradução para o português Jones de Freitas, nov. 2007, disponível na internet: http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf , página consultada em 05/09/2010, p.25.

¹¹¹ Art. 5º, inciso XXXV, da CF/88: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito;*”

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 282.

¹¹³ Ver anexo as decisões: BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70013909874, da Sétima Câmara Cível, Porto Alegre, 05 de abril de 2006; e BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1008398, Terceira Turma, Brasília, 15 de outubro de 2009.

realização de cirurgia¹¹⁴. O enunciado 276, das IV Jornada de Direito Civil, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal prenuncia: “o art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.”¹¹⁵- grifou-se.

É necessário apontar a insuficiência da literatura jurídica acerca da transexualidade, e, ainda, superar o modelo patologizante até o momento adotado. É devido, nas palavras do Professor Luiz Edson Fachin, desprovir-se de verdades coroadas de dogmas, deixar que a música da pluralidade atravesse irrestritamente o respeito à diversidade¹¹⁶. O tradicionalismo, a redução da pessoa a mero elemento da relação jurídica, o conceitualismo não podem “constituir empecilho à concretização dos direitos fundamentais na dimensão das relações interprivadas”¹¹⁷.

Danilo Doneda já aponta para a proteção da situação existencial da pessoa transexual. Contudo ainda não abre o debate acerca do afastamento da cirurgia como requisito de alteração do prenome e gênero¹¹⁸. O apego à realização da cirurgia não pode servir de requisito à concretização dos direitos pautados na dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Anderson Shreiber aponta a concreitude pela qual os direitos da pessoa transexual devem ser tutelados:

¹¹⁴ Luiz Alberto Araújo, Teresa Rodrigues Vieira, Elimar Szaniawski, Antônio Chaves, todos defendem a posição de que o nome e o sexo devem ser alterados a partir da realização cirúrgica de transgenitalização. Contudo, importante ressaltar que, com a exceção do livro Nome e Sexo da Professora Teresa Rodrigues Vieira, todos os demais teóricos escreveram antes do século XXI, quando ainda a Teoria Queer não havia sido difundida no ambiente acadêmico brasileiro. Ver também nota introdutória do livro da Professora Berenice Bento que destaca a introdução dessa teoria sociológica na academia brasileira.

¹¹⁵ TEPEDINO, Gustavo, **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, 2ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p.39.

¹¹⁶ FACHIN, Luiz Edson, **Contemporaneidade, Novos Direitos e o Direito Civil-Constitucional no Brasil**, in: A Construção dos Novos Direitos, Organização: Ana Carla Harmatiuk Matos, Porto Alegre: Editora Nuria Fabris, 2008, p. 231.

¹¹⁷ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, **Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica**, in: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, Organização: Ingo Wolfgang Sarlet, 2ª ed. rev. e amp., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006, p. 89-90.

¹¹⁸ “O legislador não avança, porém, em um tema que vem sendo posto ao debate há alguns anos, que é da possibilidade de mudança de sexo através da cirurgia transexual. (...) Visto, porém, que seu escopo final é a adequação da pessoa a uma situação existencial mais adequada para o desenvolvimento de sua personalidade.” DONEDA, Danilo, **Os direitos da personalidade no Código Civil**, In: A Parte geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional, Coordenação Gustavo Tepedino, 2ª ed. revis. e. Atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.50.

“Sob um manto aparente benéfico, esta abordagem presta um desserviço evidente ao converter o debate – jurídico e ético – em torno da liberdade sexual em uma discussão puramente técnica, que reduz toda a imensa questão da autodeterminação sexual a um “tratamento” de enfermidade ou doença”¹¹⁹

A despeito de haver um Projeto de Lei que visa garantir a alteração do prenome das pessoas transexuais¹²⁰ a ausência de lei não pode constituir óbice ao exercício dos direitos fundamentais ao nome e ao próprio corpo. Os professores Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzik já assinalaram que a ausência de modelos não pode excluir a possibilidade de tutelar direitos, sob pena de “*gerar vítimas, afastando-se de uma direção emancipatória*”¹²¹. Acerca da transexualidade, quem se manifesta como sujeito de direito é a “*pessoa concreta, o sujeitos de necessidades*”, aquela que reivindica nome e sexo, qual seja a pessoa transexual.

Nesse ponto, há mais um binário a ser superado, para além do feminino/masculino, é o do lícito/ilícito, eis que necessários a extrapolar os modelos positivados. Sobretudo, para que a dignidade da pessoa humana vá mais longe do que um mero discurso de legitimação, sendo fundamento de um discurso emancipatório¹²². Qualquer pessoa não tem acesso à cidadania se o direito ao nome e ao próprio corpo são violados. O direito ao nome, que reflita as condições materiais da realidade do sujeito, é requisito primordial para qualquer ato da vida pública e digna.

Os Princípios de Yogyakarta colocam no princípio 28, o seguinte enunciado “direito a recursos jurídicos e medidas corretivas eficazes”, que prevê:

“Toda a pessoa vítima de uma violação de direitos humanos, inclusive violação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, tem direito a recursos

¹¹⁹ SCHREIBER, Anderson, **Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002**, in: Diálogos sobre o Direito Civil, Volume II, Organização: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 244.

¹²⁰ Projeto de Lei 70/1995, disponível na internet: http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=15009 página consultada em 04/11/2010.

¹²¹ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, **Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica**, in: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, Organização: Ingo Wolfgang Sarlet, 2ª ed. rev. e amp., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006, 102.

¹²² FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, **Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica**, in: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, Organização: Ingo Wolfgang Sarlet, 2ª ed. rev. e amp., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006, 103.

jurídicos eficazes, adequados e apropriados. As medidas adotadas com o objetivo de fornecer reparação a pessoas de orientações sexuais e identidade de gênero diversas, ou de garantir o desenvolvimento apropriado dessas pessoas, constituem elementos essenciais do direito a recursos jurídicos e medidas corretivas eficazes.¹²³

Nesse sentido, em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça a Relatora Ministra Nancy Andrighi assevera: *“Quando se iniciou a obrigatoriedade do registro civil, a distinção entre os dois sexos era feita baseada na conformação da genitália. Hoje, com o desenvolvimento científico e tecnológico, existem vários outros elementos identificadores do sexo, razão pela qual a definição do gênero não pode mais ser limitada somente ao sexo aparente. Todo um conjunto de fatores, tanto psicológicos quanto biológicos, culturais e familiares, devem ser considerados.”*¹²⁴

Ao Estado cabe, obrigatoriamente, escolher medidas necessárias com *“vistas a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais”*¹²⁵. Nesse sentido, impor limitações que proporcionam a violação do direito ao nome e ao próprio corpo, como a necessidade obrigatória de realização de cirurgia de transgenitalização caracteriza-se verdadeira afronta à direitos fundamentais.

Teresa Rodrigues Vieira aborda a ridicularização que pode ser feita em razão da não alteração do nome, acentua a *“desconformidade”* da identidade de gênero com o documento civil, e é categórica ao colocar que *“o nome deve existir para identificar a pessoa e não para expô-la à chacota”*¹²⁶.

Importante salientar que as controvérsias relacionadas com a questão da realização ou não de cirurgia, não são biológicas, e portanto não exatas. Possuem essas controvérsias conteúdo valorativo, para o qual o operador do direito não encontra-se menos habilitado que um médico. Há que se ressaltar que *“assim como em outros campos, a verdade jurídica, não é verdade por inteiro, tampouco o será a*

¹²³ **PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA**, tradução para o português Jones de Freitas, nov. 2007, disponível na internet: http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf , página consultada em 05/09/2010, p.33.

¹²⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1008398, Terceira Turma, Brasília, 15 de outubro de 2009.

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 223.

¹²⁶ VIEIRA, Teresa Rodrigues, **Nome e Sexo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.248.

*verdade médica.*¹²⁷ Assim, a alteração do nome e gênero da pessoa transexual deve estar guiada pela atenção aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

3.2 Da superação do preconceito à efetivação dos Direitos ao Nome e Sexo da Pessoa Transexual

“Uma nova moldura no Direito vem sendo construída.” As mudanças sociais e novos valores reivindicam um papel inovador dos operadores do direito, tanto através da pesquisa, quanto à sua aplicação. Nesse sentido, o Direito Civil volta-se para os valores essenciais da pessoa humana¹²⁸.

Atualmente o Judiciário vem protagonizando algumas decisões que garantem substancialmente o exercício do direito fundamental ao nome e ao próprio corpo. Nesse sentido, como assevera Luiz Alberto David Araújo *“essa nova dimensão passa pelo direito à felicidade, entendido este como a forma livre de condução da vida do indivíduo dentro de seu contexto social”*¹²⁹. Assim é necessário, por parte do Judiciário garantir o direito ao nome e a identidade de gênero adequada à pessoa transexual como forma que integralizá-la socialmente.

Ainda assegurar o reconhecimento jurídico da sua realidade fática e esquecimento de sua situação anterior, sob pena de ser estigmatizá-la em virtude do processo transexualizador¹³⁰. Não se pode criar outro tipo de “sexo”, ao tratar as pessoas transexuais como um terceiro sexo, eis que discrimina o indivíduo, colocando-o à margem da sociedade e não integralizando-o no contexto social¹³¹.

Como exemplo de decisões que garantem efetividade dos direitos fundamentais ao nome e ao próprio corpo das pessoas transexuais, está a sentença já transitada em julgado lavrada pelo Juiz de Direito da Vara de Registros Públicos do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba Fernando Swain Ganem (fls. 172/177):

¹²⁷ SCHREIBER, Anderson, **Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002**, in: Diálogos sobre o Direito Civil, Volume II, Organização: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 246.

¹²⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 14-15.

¹²⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David, **A Proteção Constitucional do Transexual**, São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. XI.

¹³⁰ _____, p.70.

¹³¹ _____, 117.

“Foi-se o tempo em que casos como o da autora demandavam extensa fundamentação, com digressões – hoje desnecessárias – nas searas moral, filosófica e até de ordem religiosa, para a concessão ou não do direito à adequação do nome e sexo da parte ao estado psíquico por ela vivido desde a infância e diverso do sexo biológico portado quando do nascimento.

O assunto deixou de ser tabu, e, justo por isso, o direito não mais comporta, nem admite, tantas discussões paralelas a respeito, devendo acompanhar os fatos da vida havidos em sociedade, de modo a permitir que a pessoa promova, em nome de sua própria identidade e felicidade, independentemente de ter realizado a cirurgia de transgenitalização, a adequação de seus registros, afim de que possa viver, na vida comum das gentes, sadia e regularmente, desde que comprovada a desconformidade do seu sexo psíquico com o biológico (o que ficou aqui bem demonstrado).

...

Exigir da parte a realização de cirurgia para que se permita a alteração registral é um enorme desrespeito à sua dignidade humana, mormente quando, no caso, restou plenamente provada sua transexualidade, ou seja, de que, nada obstante a genitália masculina, é do sexo feminino e assim se veste e se comporta e se apresenta, sendo como tal reconhecida no meio social em que vive.

...

E assim deve ser como fator de inserção social, em respeito ao princípio da igualdade e da liberdade de todo o ser humano vivente, bem como ao da dignidade da pessoa humana, e ainda, como fator de felicidade a que todos têm direito de provar, viver e sentir, livre de quaisquer constrangimentos ou discriminações, sem ainda desprezar, objetivamente, o direito à saúde, já que este caso está diretamente vinculado.

...

A autora, embora nascida com genitália masculina, tem corpo de mulher e como tal se comporta, desde criança, sendo assim conhecida e identificada pelo meio social, que a invoca e reclama por nome feminino, daí se conclui que ela faz jus à retificação aqui pretendida, em respeito à sua liberdade, à sua dignidade, e ao seu direito de ser e viver feliz, livre do preconceito e da discriminação da sociedade.¹³²”

¹³² BRASIL, Vara de Registros Públicos, Precatórios Cíveis e Corregedoria do Foro Extrajudicial do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, Autos nº 399/2007, Curitiba – PR, 11 de novembro de 2008.

Conforme a decisão, o Direito não deve mais tentar homogeneizar sua aplicação. A pessoa humana, deve ser tutelada contemplando-se suas especificidades e reconhecendo-se suas igualdades e diferenciações¹³³.

No presente caso, a pessoa transexual obteve o tratamento de modo emancipado, *“como ente que se constrói a si mesmo na prossecução de fins próprios, integrado solidariamente em comunidade com outras pessoas”*¹³⁴. Nesse sentido, a postura destemida do juiz fez *“ultrapassar as muralhas da discriminação expressa e atingirmos os solos da igualdade formal, estando, esse princípio, afirmado e reafirmado em nossa atual Constituição”*¹³⁵.

Não obstante, a decisão favorável, o preconceito ainda é motivo de restrições de direitos, a estigmatização da pessoa até agora é incorporada ao ambiente jurídico. Trata-se de um *“tratamento indigno”*, marginalizando pessoas que não alcançam status de sujeitos de direito, em virtude de uma *“condição relacionada com sua identidade pessoal”*¹³⁶.

O tema já alcançou o Superior Tribunal de Justiça, no acórdão da relatoria da Ministra Nancy, a pessoa transexual teve assegurado seus direitos fundamentais:

“A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. 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.

Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de

¹³³ GROENINGA, Giselle Câmara, **O direito à integridade psíquica e o Livre Desenvolvimento da Personalidade**, in: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Dignidade Humana, Coordenação: Rodrigo da Cunha Pereira, São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 441.

¹³⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira, **Questões Controvertidas, Parte Geral do Código Civil**, Série Grandes Temas de Direito Privado, Coordenação Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves, vol.06, São Paulo: Editora Método, 2007, 128.

¹³⁵ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, 20.

¹³⁶ _____, p.150.

realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana.

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 e 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.

...

Vetar a alteração corresponderia, portanto, a colocá-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos. Trata-se de situação anômala que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada.

...

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

Sobretudo, 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, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade 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.¹³⁷

¹³⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1008398, Terceira Turma, Brasília, 15 de outubro de 2009.

Entretanto, mais uma vez, pecou-se em limitar a tutela de direitos à redesignação sexual. A operação de adequação sexual não pode ser requisito para alteração do prenome, sob pena de consolidar a discriminação presente na sociedade¹³⁸. É necessário repensar o Direito, apontar os valores sociais no tempo e espaço, verificar a historicidade das práticas discursivas que o fundamentam¹³⁹. A pessoa transexual deve ser tratada com dignidade pelo discurso jurídico, o critério da patologização não pode ser fundamento para a tutela do direito fundamental ao nome. A despeito da motivação beneficente atribuído ao acórdão, é violento e atenta contra dignidade da pessoa transexual impor a ela um modelo determinado, qual seja, o critério da pessoa cirurgiada, bem como viola “*a liberdade de desenvolvimento à personalidade dessas pessoas*”¹⁴⁰. O processo de transgenitalização não é parte da realidade de considerável parcela das pessoas transexuais, seja por falta de acesso à saúde, seja ainda pelo exercício do direito de liberdade sobre o próprio corpo e a escolha da não submissão operatória.

A dignidade da pessoa humana também não pode ser invocada como mera resposta a equação matemática que reivindica a tutela de direito, deve, principalmente, ser utilizada com “*a parcimônia do amor, que em seu altruísmo respeita a autonomia, diversamente da possessividade, do controle dado pela hegemonia da ideologia, do egoísmo, do narcisismo da paixão que nega a diferença*”¹⁴¹.

O “*papel dos princípios constitucionais como instrumento de resposta*” devem fazer frente ao descompasso entre a legislação e as demandas sociais¹⁴². Ainda devem fazer prevalecer o direito à diferença.

Diante do apresentado deve o operador do Direito ser um dedicado observador da realidade e mudanças sociais. Ainda armado de informações atuais, e aproximado comprometidamente da realidade das pessoas as quais são objeto de seus estudos, suas causas e defesas, para despir-se de preconceitos e valores dissociados do ideal de justiça, da paz e tranquilidade social.

¹³⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p.155.

¹³⁹ _____, p. 159.

¹⁴⁰ _____, p. 177.

¹⁴¹ GROENINGA, Giselle Câmara, **O direito à integridade psíquica e o Livre Desenvolvimento da Personalidade**, in: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Dignidade Humana, Coordenação: Rodrigo da Cunha Pereira, São Paulo: IOB Thompson, 2006, p.447.

¹⁴² _____, p.168.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“A cada passo os equilibristas arriscam-se a cair no vazio, oscilam, sem ter certeza da terra sob os pés. Fernanda entre uma página e outra de seus escritos, despencou cem vezes. Perdeu o equilíbrio pelos tropeços de uma identidade sexual continuamente submetida a tensão, sempre rediscutida.(...) Faltou-lhe o chão sob os pés, e ela agarrou-se a nós. E nós a ela. Porque tanto eu como Giovanni ansiávamos por um sentido, um tempo, uma identidade diversos dos que continuamente nosso carcereiro marcava. E, por dois anos, o texto de Fernanda suportou, sem romper, o peso da nossas perguntas, os silêncios, as retomadas e os abandonos”¹⁴³.

O excerto, a respeito da transexualidade, pode ser tratado como uma analogia da relação entre o pesquisador do Direito e seu objeto de estudo, qual seja a pessoa transexual. O tema da transexualidade é instigante, provocativo, e desafiador, nos *“agarramos”* a ele, e, ele a nós. Na medida em que as fontes são uníssonas em reconhecer a dura realidade da pessoa transexual, *“e ela agarrou-se a nós”*, é necessário o imediato agir dos operadores do Direito na concretização dos direitos fundamentais destas pessoas, *“e nós a ela”*.

Possuindo como objeto de pesquisa, a pessoa transexual, impossível haver o distanciamento inflamado do positivismo. O tema só pode ser analisado eis que além da pesquisa doutrinária foi fruto da experiência de vida compartilhada com mulheres e homens, ditos transexuais. Não se trata mais do *“e ela agarrou-se a nós, e nós a ela”*, como tendo uma distância intransponível, entre pesquisador e objeto. O objeto passa a constituir não apenas o discurso mas a própria realidade do pesquisador, pois ambos são humanos em essência.

No presente trabalho, muito pelas características atinentes à monografia – que impede intervenções opinativas e relatos vivenciados, e também por ser essencialmente delimitado – deixou-se de tratar do processo transexualizador do discurso médico. A pesquisa foi fundamentada na Teoria dos Direitos Fundamentais,

¹⁴³ ALBUQUERQUE, Fernanda Farias de, **A História de um Travesti Brasileiro na Europa escrita por um dos líderes da Brigada Vermelha**, Fernanda Farias de Albuquerque, Maurizio Janneli; tradução Elisa Byington, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1995, p. 19-20.

sua aplicabilidade, e no discurso sociológico da Teoria Queer, pois suficientes ao argumento de que é necessário garantir o direito fundamental ao nome e ao próprio corpo da pessoa transexual.

Já no que se refere a conceituação e delimitação do tema transexualidade, a Medicina atribui o caráter patologizante. A Teoria Queer, por sua vez, confere status fenomenológico ao tema, e o compreende como a manifestação de uma determinada realidade, como tantas outras existentes.

A pessoa transexual é uma realidade que não pode ser ignorada, tampouco, violada. A identidade de gênero e o sexo, não constituem verdades imutáveis, que transcendem a história. São, sobretudo, fenômenos passíveis de alterações e construções discursivas.

O Direito de Personalidade, revelado pelo paradigma da dignidade da pessoa humana, com base nos direitos fundamentais, deve ser a estrutura para a tutela dos direitos das pessoas transexuais. Além disso, o Direito não pode ficar avulso desse fenômeno real, e possui papel significativo para a garantia do exercício da cidadania de pessoas transexuais.

Conforme assinala José Oliveira Ascensão, o presente trabalho: *“não contém sequer um apelo ao legislador: é muito mais um apelo à comunidade jurídica”*. É com base nos direitos fundamentais e no princípios da dignidade humana que o discurso jurídico deve ser pautado.

Por fim, almeja-se a superação da questão da transexualidade, conforme já assinalado pela Professora Ana Carla Harmatiuk Matos, consolidando-se um *“direito à indiferença”*. Tal direito à indiferença só será alcançado na medida em que superada regulação do sexo e da identidade de gênero, estes passem a não ser mais critérios para a tutela de direitos, de forma a não merecer mais nenhum destaque no espaço jurídico¹⁴⁴.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1.1 Textos Científicos

ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2006.

¹⁴⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p.172.

- ARAÚJO, Luiz Alberto David, **A Proteção Constitucional do Transexual**, São Paulo: Editora Saraiva, 2000.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, **Questões Controvertidas, Parte Geral do Código Civil**, Série Grandes Temas de Direito Privado, Coordenação Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves, vol.06, São Paulo: Editora Método, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto, **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996.
- BEAUVOIR, Simone, **O Segundo Sexo**, volume II, tradução Sérgio Millet, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2001.
- BENTO, Berenice, **A reinvenção do Corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**, Rio de Janeiro: Garamond, 2006.
- BEVILAQUIA, Clovis, **Código Civil**, Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1940.
- BITTAR, Carlos Alberto, **Os direitos da personalidade**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.
- BUTLER, Judith, **Problemas de Gênero – feminismo e subversão da Identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CARVALHO, Marcelo Felipe de Lima, **Além da Cidadania Cirúrgica**, Coluna em destaque, Rio de Janeiro, Centro Latino-americano em sexualidade e direitos humanos, informação disponível na internet em http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=_BR&infoid=6576&ok=ok&query=simple&search_by_authornome=all&search_by_field=tax&search_by_headline=false&search_by_keywords=any&search_by_priority=all&search_by_section=all&search_by_state=all&search_text_options=all&sid=4&text=transexualidade, página consultada em 13/10/2010.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths, in: **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**, Coordenação: Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998.
- DINIZ, Maria Helena, **Transexual**, in: **Dicionário Jurídico**, São Paulo: Saraiva, 1998, v.4.
- DONEDA, Danilo, **Os direitos da personalidade no Código Civil**, In: A Parte geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional, Coordenação Gustavo Tepedino, 2ª ed. revis. e. Atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson, **A tutela efetiva dos Direitos Humanos Fundamentais e a Reforma do Judiciário**, in: Direitos Fundamentais e Novos Direitos, Coordenação: Renata Braga Klevenhusen, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

_____; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, **Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica**, in: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, Organização: Ingo Wolfgang Sarlet, 2ª ed. rev. e amp., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

FOUCAULT, Michel, **Ética, Sexualidade e Política: organização e seleção de textos Manoel Barros da Motta**, tradução de Elisa Monteiro, Inês Autran Dourado Barbosa, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

GROENINGA, Giselle Câmara, **O direito à integridade psíquica e o Livre Desenvolvimento da Personalidade**, in: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Dignidade Humana, Coordenação: Rodrigo da Cunha Pereira, São Paulo: IOB Thompson, 2006.

LOURO, Guacira Lopes, **Um Corpo Estranho, ensaios sobre sexualidade e teoria queer**, Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2004.

MALISKA, Marcos Augusto, Parecer, Processo Administrativo – Procuradoria Federal na UFPR – autos nº Processo nº: 23075.048870/2008-57

MARTIN, Emily, **A Mulher no Corpo, uma análise cultural da reprodução**, tradução de Júlio Bandeira, Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk, **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

MOTT, Luiz, **Matei porque odeio Gay**, Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2003.

OBSERVATÓRIO BRASIL DA IGUALDADE DE GÊNERO, informação disponível na internet em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/dia-nacional-de-combate-a-homofobia>, página consultada em 06/09/2010.

PERLINGIERI, Pietro, **Perfis de Direito Civil**, tradução de Maria Cristina de Cicco, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski, **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**, Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011.

- SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARMENTO, Daniel, **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- SÓFOCLES, **A trilogia tebana**, Tradução de Mário da Gama Kury, 8. ed, Rio de Janeiro: Zahar, 1989.
- SOLANAS, Valerie. **Scum Manifesto: Uma Proposta Para a Destruição do Sexo Masculino**. São Paulo: Editora Conrad, 2000.
- SCHREIBER, Anderson, **Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002**, in: Diálogos sobre o Direito Civil, Volume II, Organização: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.
- SZANIAWSKI, Elimar, **Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do estado Sexual**. *Estudos Sobre o Transexualismo – Aspectos Médicos e Jurídicos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- TEPEDINO, Gustavo, **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, 2ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.
- TEPEDINO, Gustavo, **Temas de Direito Civil**, 2ª ed. rev. e .atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TEXTO-BASE da Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, editado pela Secretaria Especial de Direito Humanos da Presidência da República, 2007.
- TIBA, Bundy Celso, **O Nome da Pessoa Natural e seus efeitos jurídicos**, in: Arte Jurídica, Coordenação de Claudete Carvalho Canezin, volume III, Curitiba: Editora Juruá, 2006.
- VELOSO, Caetano, **Dom de Iludir**, Álbum Totalmente Demais Ao Vivo, Rio de Janeiro: Polygram do Brasil, Faixa 11.
- VIEIRA, Teresa Rodrigues, **Nome e Sexo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

1.2 Legislação

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.

_____ **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro.

Brasil, Ministério da Saúde, **Carta dos direitos dos usuários da saúde** / Ministério da Saúde. – 2. ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2007, p.06, disponível na internet: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_direito_usuarios_2ed2007.pdf página acessada 15/10/2010.

BRASIL. **Portaria do Ministério da Saúde nº 1707 de 18 de agosto de 2008**, disponível na internet via: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html, página consultada em 02/09/2010.

BRASIL. **Projeto de Lei 70/1995**, disponível na internet via: http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=15009 página consultada em 04/11/2010.

BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1652/2002**, disponível na internet via: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_resolucoes&Itemid=36, página consultada em 02/09/2010.

BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1955/2010**, disponível na internet via: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_resolucoes&Itemid=36, página consultada em 02/09/2010.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, tradução para o português Jones de Freitas, nov. 2007, disponível na internet: http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf , página consultada em 05/09/2010.

1.3 Jurisprudência

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1008398, Terceira Turma, Brasília, 15 de outubro de 2009.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70013909874, da Sétima Câmara Cível, Porto Alegre, 05 de abril de 2006.

BRASIL, Vara de Registros Públicos, Precatórios Cíveis e Corregedoria do Foro Extrajudicial do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, Autos nº 399/2007, Curitiba – PR, 11 de novembro de 2008.