

BIOÉTICA, TRANSEXUALIDADE E O FILME *A PELE QUE HABITO*: UMA REFLEXÃO SOBRE SEUS ASPECTOS SOCIAIS E ÉTICOS

BIOETHICS, TRANSEXUALITY AND THE MOVIE THE SKIN I LIVE IN: A REFLECTION ABOUT THEIR SOCIAL AND ETHICS ASPECTS.

Gustavo Rosa Fontes¹
Valmir César Pozzetti²

RESUMO

A bioética e o biodireito surgem a partir da preocupação humana com a ética nas ciências, em especial, às novas técnicas relacionadas à prática médica e inovações no domínio das ciências biológicas. Nesse contexto, há necessidade de regulamentação destas questões, sugerindo o imperativo de um novo ramo da ciência jurídica: o biodireito. Assim, a transexualidade é um dos temas que se inserem neste âmbito de reflexão, pois a problemática envolve o tratamento médico cirúrgico, hormonal e psicológico do transexual, além de seus aspectos jurídicos e sociais: de um lado, as normas regulamentares destes procedimentos e seus fundamentos de direito – e seu fundamento último, a dignidade humana, no sentido da plena realização da personalidade, do direito à identidade sexual e à saúde, física e psíquica; de outro, a exclusão, preconceito e discriminação que sofrem os indivíduos na condição transexual. Por fim, o filme *A Pele Que Habito* demonstra de forma surpreendente – estética e filosoficamente – vários aspectos deste problema, de modo que é um louvável instrumento para evidenciar a preocupação bioética em torno da questão. Desta forma, busca-se estabelecer um parâmetro entre o Direito e a Ética, com que se deve conduzir as experiências ligadas aos seres humanos e os cuidados que se deve tomar, tarefa perseguida neste trabalho, utilizando-se da legislação existente, da jurisprudência e da doutrina, considerando importantes autores e publicações.

Palavras-chave: Bioética; Biodireito; Transexualidade; *A Pele que Habito*; Cinema.

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas/AM; bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Amazonas – FAPEAM.

² Doutor em Direito Ambiental e Professor da disciplina Biodireito : Biossegurança e Bioética, da Universidade do Estado do Amazonas/AM.

ABSTRACT

Bioethics and biolaw appear from the human concern about ethics in sciences, especially for the new techniques for medical practice and innovations regarding biological sciences. In this context, there is a demand for regulation and normalization about these questions, suggesting an imperative of a new branch to law science: the biolaw. Therefore, transexuality is one of the themes which inserts itself in the scope of this reflection, because it involves the medical treatment, chirurgic, hormonal and psychological of the transsexual, besides its judicial and social aspects: in one hand, the regulation norms of these procedures and its law fundamentals – and its last fundament, human dignity, in the way to full personality realization, also the right to sexual identity and physical and psychological healthy; on another hand, excluding, prejudice and discrimination which suffer the transsexual individuals. At least, the movie “The Skin I Live In” shows in a surprising way – aesthetic and philosophically – many features about this problem, and so a commendable instrument to evidence the bioethical concern around the subject. So, it claims the establishment of a parameter between Law and Ethics, which is required to conduct experiments connected to human beings, using the existing law, as well jurisprudence and doctrine, considering important authors and publications.

Keywords: *bioethics; biolaw; transexuality; The Skin I Live; Cinema*

1 INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo, especificamente no âmbito do Direito, vem sofrendo muitas transformações, em particular no tocante aos direitos individuais e direitos humanos. Após a Declaração dos Direitos do Homem e o apelo da ONU – Organização das Nações Unidas aos países signatários, em convencionar normas de proteção aos Direitos Humanos, o processo de conscientização ganha força. Ao mesmo tempo, influencia a produção de normas jurídicas para assegurar os direitos oriundos do avanço da medicina, integrando-as à necessidade de se avançar, com ética, e estabelecendo regras para proteger estes novos direitos.

Neste sentido é que Maria Helena Diniz (2011, p. 23), explica a “bioética” com a imagem do “Admirável Mundo Novo”, criado por Aldous Huxley. Na famosa ficção, o autor descreve um mundo em que as tecnologias médicas e biológicas chegam a tal ponto que impõem um sistema de controle sobre como todo ser humano deve nascer e viver. Cada um

deve desempenhar um determinado papel, o qual lhe foi designado antes mesmo de seu nascimento. Atualmente, já é possível que a “profecia” imaginada pelo autor inglês seja concretizada, em vista das grandes possibilidades atingidas pela ciência.

Da literatura ao cinema, dos fatos ao Direito, também é indispensável a esta reflexão o filme *A Pele Que Habito* (2011), dirigido pelo cineasta espanhol Pedro Almodóvar. Na intrigante película, é retratada uma história em que um cirurgião realiza uma transformação completa na aparência física, na voz, e mesmo na personalidade do estuprador de sua filha, transfigurando-o em uma mulher. Para tanto, o médico o submete a uma cirurgia de transgenitalização (vaginoplastia), além de tratamento hormonal e outros procedimentos médico-biológicos – como o implante de uma “pele” mais resistente, que havia criado.

Dessa forma, a aflição que nos traz a arte – seja a literatura, seja o cinema – é tal porque pressentimos que a ficção se aproxima da realidade, e que nem todos os avanços científicos devem ser aplicados sem maiores cuidados. Haverá, pois, necessidade de ponderação especialmente quando tais progressos interessem à vida humana, em todas as suas fases, do nascimento à morte, bem como em seus aspectos imanentes, como a personalidade. Por isso, a bioética surge da necessidade de delinear limites éticos aos avanços científicos, assegurando, primordialmente, a vida digna, fundamento e cerne do ordenamento jurídico, estabelecido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, que estabelece como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, “a dignidade da pessoa humana”.

Neste mesmo sentido é o artigo 5º da Carta Maior, que estabelece que “**todos são iguais**, perante a lei, **sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, **à liberdade, à igualdade**, à segurança, e à propriedade”. E o inciso I deste mesmo artigo anuncia: “**homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações**, nos termos desta Constituição”. Desta forma, a todos é assegurada a liberdade, inclusive a de escolha. (gn)

Assim, é o próprio texto constitucional que assegura a liberdade, inclusive a de escolha de sexo, caso o indivíduo não se adapte ao que possui; a igualdade entre todos os seres humanos, independentemente do sexo ou orientação sexual; não poderá haver qualquer discriminação em relação à orientação sexual, sendo válida esta regra não só para o civil, mas também para o médico e demais profissionais.

Desta forma, a problemática do tema apresentado se instala na medida em que a transexualidade é uma condição social em que os indivíduos que se identificam como tal e sofrem do que se chama de “disforia de gênero”, para a plena satisfação de sua identidade sexual. Em razão da inadequação entre corpo e mente (sexo biológico e sexo psíquico), o transexual, normalmente, sofre exclusão social, e os mais diversos tipos de preconceitos e barreiras lhe são impostos, que só serão superados com a submissão ao adequado tratamento, ou seja, a sua completa redesignação sexual. O procedimento envolve a cirurgia de transgenitalização, além de tratamento hormonal e acompanhamento psiquiátrico e psicológico da pessoa transexual. Entretanto, como a sociedade e o Direito encaram essa problemática? Como vencer o preconceito e mudar os padrões sociais diante dessa realidade?

Dessa forma, é imprescindível o enfrentamento do problema sob o viés da bioética, pois, além de tratar de questões relativas aos procedimentos médicos e seus pacientes, bem como as questões biológicas que envolvem a questão, este ramo de estudo deve se preocupar com os aspectos sociais e jurídicos pertinentes a ela: a exclusão social enviesada pelo preconceito – tratada ao longo do artigo – os requisitos e direitos relativos ao tratamento de redesignação de sexo, o problema da readequação do nome e sexo do transexual, o casamento e a situação do transexual com filhos.

Por tudo isso, o objetivo deste trabalho é analisar o papel da bioética nos casos de transexualidade humana, bem como os aspectos jurídicos e sociais que envolvem esta questão. Além disso, buscará demonstrar que o cinema, na sua forma criativa e plástica, é importante instrumento de reflexão filosófica, tendo como parâmetro a questão ética trazida pelo filme *A Pele Que Habito*, na medida em que nitidamente remete o espectador a uma situação tanto delirante, quanto possível.

Para realizarmos este objetivo, os métodos que utilizamos na presente pesquisa, quanto aos fins, foi o exploratório-descritivo e, quanto aos meios, o bibliográfico, utilizando-se da legislação existente, da jurisprudência e da doutrina, considerando importantes autores e publicações. Desta forma, buscamos estabelecer um parâmetro entre o Direito e a Ética, com que se deve conduzir as experiências ligadas aos seres humanos e os cuidados que se deve tomar, principalmente utilizando de delicado ramo da área da saúde, a psicologia, que desempenha papel relevante nestas questões.

2 A BIOÉTICA E O BIODIREITO

A bioética surgiu como uma disciplina que, de um lado observa a ciência sob a ótica bioexperimental, e de outro, a ciência ética antropológica, onde este modelo deve estabelecer como usar os meios disponíveis para a preservação da espécie.

A partir de meados do século XX, a humanidade se vê diante de uma crise de paradigmas, uma grande ruptura epistemológica. Não há mais a crença de que a ciência é a chave para o conhecimento verdadeiro. Há, pois, um rompimento com o parâmetro do “dever-ser” da sociedade moderna: o desenvolvimentismo (SANTOS, 2002, *passim*). Esta nova postura decorre, dentre outros fatores, da descoberta de que o progresso científico nem sempre levará ao desenvolvimento humano, mas, ao contrário, pode levar a sua ruína – as guerras, o holocausto, o uso de pessoas como cobaias em nome da ciência são exemplos deste seu caráter.

É que enquanto vigorava a plenitude do paradigma positivista, os atos humanos de aplicação e produção de conhecimento científico eram “subtraídos a uma apreciação do ponto de vista ético”. E, somente a partir da denominada pós-modernidade, com a queda daquele paradigma, e, com ele, o mito do cientificismo, se vislumbra o aparecimento das relações entre ética e ciência (MACHADO, 2008, p. 89). A bioética surge, então, nesse contexto, como um novo saber, uma ciência de aplicação da velha ética (MARLASCA, 2001, p. 27).

O termo “bioética” foi cunhado a partir da junção dos vocábulo *bios* e *ethos*, do grego, que, por uma tradução literal, pode-se entender como a “ética da vida”. A bioética surge no contexto acadêmico com a publicação do livro “*Bioethics - a bridge to the future*”, de Van Rensselaer Potter (1971), sendo ele, portanto, o responsável pela “paternidade” do termo. Havia uma preocupação de encarar a bioética como uma “ciência da sobrevivência”, reunindo ética e ciência, tratando desde as questões humanas e animais a temas ambientais e ecológicos, mas especialmente os avanços descontrolados da ciência (BARBOSA, 2010, p. 25; MACHADO, 2008, p. 91).

Posteriormente, ainda na década de 1970, nos Estados Unidos, o termo passou a ser entendido de maneira reduzida, incorporando apenas aquelas questões que dizem respeito aos temas biomédicos e biotecnológicos, relacionados aos profissionais de saúde e aos seus pacientes. Dessa forma, durante um longo período, a bioética teve como marco de referência a

conferência de Belmont (1974 a 1978, nos Estados Unidos), que fixou princípios éticos relativos ao desenvolvimento de pesquisas, que deveriam ser considerados na aplicação de recursos públicos naquele país: os princípios da autonomia, da beneficência e da justiça (BARBOSA, op. cit., p. 33).

Dava-se grande primazia ao princípio da autonomia. Este princípio diz respeito à liberdade de decisão de cada ser humano sobre suas determinações terapêuticas, ou ainda, a afirmação moral de que a liberdade de cada um deve ser respeitada, protegida e resguardada (ibidem). Autonomia, pois, significa dar leis a si mesmo, autodeterminação: “todo ser humano é um agente moral livre, e, como tal, deve ser respeitado por todos, inclusive e especialmente por aqueles que não compartilham suas posições morais”³ (MARLASCA, 2001, p. 33, tradução nossa).

Segundo Maria Helena Diniz, o conteúdo do princípio da autonomia implica o respeito à “vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas (Código de Ética Médica, arts. 24 e 31)”. Está ligado, pois, ao domínio do paciente sobre a própria vida, e o respeito à sua intimidade. Este princípio leva, ainda, à exigência do consentimento livre e informado (Código de Ética Médica, artigos 12, 13, 22, 34, 44 e 101), e também a maneira como tomar decisões de substituição quando uma pessoa for incompetente ou incapaz, ou seja, nos casos de pessoas que não possuam autonomia suficiente para realizar a ação de que se trate, por estar preso ou ter alguma deficiência mental (DINIZ, 2011, p. 38)

O princípio da beneficência, por sua vez, se traduz na ideia de fazer o maior bem, com o menor dano possível. Está em evidente sintonia, portanto, com o juramento hipocrático, resumido na máxima “fazer o bem, evitar o mal”. Exige o acolhimento dos mais importantes interesses das pessoas envolvidas para atingir seu bem-estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos (DINIZ, op. cit., p. 39). O problema, certamente, reside no fato de que este conceito pressupõe o conceito de bem, sendo impossível postular um princípio renunciando simultaneamente à noção que lhe dá origem e a justifica (MARLASCA, op. cit, p. 44). E, por isso:

³ “*todo ser humano es um agente moral libre, y, como tal, debe ser respetado por todos, incluso y especialmente por aquellos que no comparten sus posiciones morales*”.

O princípio é válido unicamente para situações em que se compartilham o conceito de bem e os mesmos valores morais; mas o problema principal consiste em que uma ética secular e pós-moderna deve dirigir-se e ser válida também para os que não compartilham idênticas normas nem valores e neste caso não parece haver possibilidade de alcançar um acordo sobre o que é bom com base em uma argumentação puramente racional (ibidem, tradução nossa).⁴

Como um desdobramento deste princípio, surge também o princípio da não-maleficência - no sentido de não causar dano intencional, fundado na máxima ética médica “*primum non nocere*” (Diniz, op. cit., p. 39). Ou seja, o médico não deve propor tratamentos que ele considere prejudiciais ao paciente, a menos que amplamente compensados pelos benefícios (MARLASCA, op. cit., p. 49).

Já o Princípio da Justiça está ligado à distribuição de recursos médicos e terapêuticos disponíveis. E a justa distribuição destes elementos haverá de partir, logicamente, de um conceito de justiça. Maria Helena Diniz (op. cit., p. 40) sugere “a imparcialidade”, de modo que, como expressão da justiça distributiva, este princípio exige uma “relação equânime dos benefícios, riscos e encargos proporcionados pelos serviços de saúde ao paciente”. Marlasca (op. cit., p. 54) acrescenta, ainda, que é imprescindível que haja distintos sistemas e níveis de saúde, devendo o Estado proporcionar um sistema mínimo e adequado de saúde pública, ao qual os membros da sociedade possam ter acesso, não restringindo, diga-se, esses benefícios somente aos que podem pagá-los. Por isso a necessidade de o Estado assegurar este direito a todos que dele necessitarem, conforme estabelece o artigo 225, *caput*, da Carta Maior.

Entretanto, a partir da década de 1990, a preocupação sobre a “Bioética” se expandiu, passando a tratar de temas como “o acesso à saúde pública, as diferentes formas de vulnerabilidade humana e a exclusão social, assim como as questões ambientais, entre outras (...)” (BARBOSA, op. cit., p. 25 e 26).

⁴ “El principio es válido únicamente para situaciones en que se comparten el concepto de bien y unos mismos valores morales; pero el problema principal consiste en que una ética secular y pos-moderna debe dirigirse y ser válida también para los que non comparten idénticas normas ni valores y en este caso no parece haber posibilidad de alcanzar un acuerdo sobre lo que es bueno con base en una argumentación puramente racional”.

Isso porque, de acordo com Juliana Araújo Lemos da Silva Machado (op. cit., p. 91 e 92), no período anterior havia uma concepção da bioética como a reflexão filosófica a respeito da moralidade implicada na produção e aplicação dos resultados das ciências biológicas ou ciências da vida, como a biologia, a ecologia, a medicina, a enfermagem etc. Ao contrário, passou-se a compreender que a ética integra o mundo da vida, sendo parte do conjunto das obras humanas. Portanto, ao lado de uma reflexão filosófica acerca dos contornos éticos e morais da atividade científica, a própria sociedade, concretamente, estabelece seus valores, normas e princípios éticos que irão orientar e servir de parâmetro para o julgamento da atividade de produção e aplicação do conhecimento científico.

Portanto, existiram dois momentos epistemológicos acerca da bioética, de forma que a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco, de 2005, funciona como um divisor de águas desta mudança. De um lado, até os anos de 1990 vigoravam os ditames da “teoria principiológica”, como ficou conhecida a concepção formulada com base nos princípios exarados a partir da conferência de Belmont. De outro, com a promulgação da Declaração da Unesco, há uma remodelação do conceito de bioética, de maneira mais ampla, tendo como parâmetro os direitos humanos universais (BARBOSA, op. cit., p. 37.).

Dessa forma, é possível afirmar que a bioética abrange como objeto todas as questões ligadas à vida, e, em especial, a vida humana. Abrange, pois, não somente as questões ligadas às práticas médicas, e as relações dos profissionais das áreas da saúde e seus pacientes, mas também toda a temática das implicações da ciência com a vida – as questões ambientais, como a preservação da biodiversidade e o uso sustentável dos recursos naturais; as questões sociais, ligados à vida humana, como a miséria, a fome e a violência; questões decorrentes do desenvolvimento biotecnológico, tais como a remoção e doação de órgão, a reprodução assistida, clonagem humana, manipulação genética, aborto e eutanásia, experimentos com seres humanos, entre outras.

Diante disso, de acordo com Maria Helena Diniz (op. cit., p. 35), a bioética pode ser classificada em: a) **bioética das situações persistentes**, relacionada a temas cotidianos, como aborto, eutanásia, racismo, exclusão social e discriminação; e b) **bioética das situações emergentes**, que envolve a contradição entre o progresso biomédico e os limites da cidadania e dos direitos humanos, como a fecundação assistida, doação e transplante de órgãos e tecidos humanos, engenharia genética, etc. Abrange a macrobioética, que diz respeito às questões

ecológicas e preservação da vida humana e a microbioética, ligada às relações entre médico e paciente, instituições de saúde, etc.

Evidentemente, todos estes temas não podem ser pensados de maneira unidimensional, pois são questões que necessariamente passam pelo crivo da interdisciplinaridade, não se podendo estabelecer, *a priori*, a preponderância de nenhum dos aspectos aludidos. É desta maneira e por este motivo que não foi mencionada a transexualidade em nenhuma classificação acima citada, de modo a assegurar a equivalência de todas as suas feições – sociais, biológicas, médicas, jurídicas, etc.

A bioética deve ter como parâmetro a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado democrático de Direito (CF, art. 1º, III), e cerne de todo o ordenamento jurídico. A pessoa humana é fundamento e fim da sociedade e do Estado, e não deve ser admitida a conduta que reduzi-la à condição de coisa, retirando-lhe a dignidade e o direito a uma vida digna (DINIZ, op. cit., p. 40). Cabe acrescentar que a dignidade é-lhe um atributo inerente, de modo que os dispositivos constitucionais apenas a protegem e garantem por meio dos direitos fundamentais. “O homem é sempre um fim e nunca um meio; sempre sujeito e nunca objeto, sempre pessoa e nunca coisa, sendo um atributo que todo ser humano possui, independentemente de qualquer requisito ou condição” (BARBOSA, op. cit., p. 38 e 39).

Percebe-se, então, que no conceito de bioética inclui-se o princípio da dignidade da pessoa humana, o respeito à vida e à saúde e que o exercício da bioética, no Brasil, é questão obrigatória; eis que estes valores estão consagrados no texto Constitucional da República Federativa do Brasil, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Art. 6º São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, **o trabalho**, a moradia, o lazer, **a segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à **sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo** para as presentes e futuras gerações.(gns)

Verifica-se, então, que o conceito de vida digna trazido pela Carta Mãe, envolve a saúde, física e psicológica, o direito ao trabalho, o direito a um meio ambiente sadio e sustentável. Também se insere nesta premissa fundamental que o indivíduo estará seguro, e que o Estado deve realizar todos os esforços para assegurar estes direitos a todos os cidadãos, independentemente de sexo ou opção sexual, idade, etc., ou seja, pautado na isonomia.

Assim, no caso do transexual, o Estado deve realizar todos os esforços para que ele tenha vida digna. Ter vida digna significa adequar o sexo físico ao sexo psicológico, que em sendo adequado, o Estado promova os meios necessários para que ele se sinta seguro na sociedade em que vive, inclusive dando-lhe o aparato jurídico em relação ao trabalho, à família, herança e convivência social; permitindo ao transexual uma vida digna, sem preconceitos e com acessibilidade aos direitos constitucionalmente legados a todos os cidadãos brasileiros.

3 TRANSEXUALIDADE

Em primeiro lugar, aqui se justificará a utilização do termo transexualidade, ao invés do termo transexualismo, comum em diversos textos, científicos ou não, e também na linguagem cotidiana. Assim, é possível identificar na estrutura da palavra “transexualismo” o sufixo “-ismo” (do grego *ismós*), que dá a ideia de “afecção, quadro mórbido, condição patológica (causada por)” (FERREIRA, 2004), palavras que indicam, pois, um estado patológico, doença. Vale lembrar também que ainda hoje se utiliza o termo “homossexualismo”, da mesma forma acompanhada do sufixo “-ismo”.

Deve-se notar, porém, que, enquanto no primeiro caso o seu uso é possível – a depender do contexto em que é utilizado – como se verá mais adiante, no segundo, diversamente, já não é viável o mesmo emprego do termo, pois não se trata de doença, mas sim mera questão de orientação sexual. Caso contrário, se estaria incorrendo em discriminação e preconceito, utilizando o termo de forma pejorativa ou por ignorância, o que contraria o artigo 5º da Constituição Federal, que não permite a discriminação em razão do sexo, ou de qualquer forma de discriminação.

Vale lembrar que em 1973 a Associação Americana de Psiquiatria (APA), retirou o termo “homossexualismo” da lista dos distúrbios mentais e emocionais e em 1975, a Associação de Psicologia Americana elaborou resolução aprovando a decisão. Em 1984, a Associação Brasileira de Psiquiatria aprovou uma resolução afirmando que “a homossexualidade não implica prejuízo nas aptidões sociais ou vocacionais, nem no raciocínio, estabilidade e confiabilidade” (SILVA JUNIOR, 2011, p. 109). Mais adequado, portanto, é o uso dos termos **transexualidade** e **homossexualidade**, cujo sufixo “-dade” significa “modo de ser ou de agir” (ibidem).

No Brasil, os órgãos governamentais fizeram a definição da transexualidade como transexualismo, exatamente para identificá-la como doença. É desta forma que se tem conseguido realizar cirurgias de mudanças de sexo através do SUS, Sistema Único de Saúde, uma vez que os tratamentos oferecidos e bancados por este sistema, que é de assistência gratuita, só pode ocorrer em casos de doenças. Foi neste sentido que, para atender aos transexuais que não possuem recursos financeiros, é que o CRM (Conselho Federal de Medicina) e o SUS caracterizaram o quadro como transexualismo, inserindo o transexual no direito a adequar seu corpo físico ao psíquico.

Então, apesar de o transexualismo ser considerado uma doença (Res. n. 1.955 do CRM) – desvio permanente de identidade sexual – deve-se entender que o significado do termo “transexualidade” não se exaure na sua identificação com uma patologia. É também um estado de vivência, um modo de ser e de agir e uma condição social. A ênfase no caráter patológico da transexualidade só poderá levar a uma maior dificuldade de integração e exclusão social. E, vale frisar, o uso desta terminologia não deve alterar, de forma alguma, a realidade. Sempre tendo em vista a dignidade humana, o transexual necessita e tem direito ao tratamento adequado, inclusive por cirurgia de transgenitalização, promovendo a plena realização de sua personalidade e a efetivação do direito à identidade sexual e à saúde, física e psíquica, promovendo-lhe vida digna (art. 1º III, CF/88).

Desde já, entende-se que, atualmente, não há razões jurídicas que possam servir de óbice à cirurgia, e a todo o processo de mudança de gênero, em relação ao transexual. Por isso, esta questão não será levada a fundo: a proibição constante no art. 13 do Código Civil, segundo o qual “é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes” não se aplica ao caso do

transexual. Em primeiro lugar, porque o próprio artigo ressalva a hipótese em que tal ato pode ser levado a cabo em caso de exigência médica; em segundo, a cláusula geral de contrariedade aos bons costumes não pode ser interpretada de maneira a impedir a felicidade das pessoas, pois a dignidade humana deve ser posta em primeiro plano, e nunca o preconceito e posturas intransigentes poderá se sobrepor a ela. Neste sentido o artigo 6º da Carta da República garante a todos o direito à saúde e à previdência social, seja esta saúde física ou psíquica.

Superada a questão terminológica, deve-se conceituar a transexualidade, através da identificação dos aspectos médicos e psicossociais que envolvem esta condição.

3.1 A RESOLUÇÃO N. 1.955/2010 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CONCEITO E REQUISITOS PARA A REALIZAÇÃO DA CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO NO BRASIL

A Resolução n. 1.955, de 12.08.2010, do Conselho Federal de Medicina traz diversos aspectos médico-legais a respeito da questão, inclusive conceituando o “transexualismo” e definindo critérios e requisitos para a realização da cirurgia transgenitalizadora. Em seu artigo 1º, autoriza a cirurgia de transgenitalização, do tipo neocolpovulvoplastia, e, no artigo subsequente, a título experimental, a neofaloplastia⁵. Estão autorizados, também, naquele dispositivo, os procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários.

O artigo 3º da referida resolução define os critérios caracterizadores do “transexualismo”: 1) Desconforto com o sexo anatômico natural; 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4) Ausência de outros transtornos mentais (Onde se lê “Ausência de outros transtornos mentais”, leia-se “Ausência de transtornos mentais”).

No tocante ao último critério, Tereza Rodrigues Vieira (2011) destaca o entendimento de Alexandre Saadeh, psiquiatra do Hospital das Clínicas de São Paulo:

⁵ Neocolpovulvoplastia é a cirurgia transgenitalizadora do tipo masculino para feminino (MtF), ou seja, tem como resultado pretendido é a genitália feminina; a neofaloplastia, por sua vez, é a cirurgia do tipo feminino para masculino (FtM), de modo que o resultado pretendido é a genitália masculina.

[...] a exclusão de patologias que possam se confundir com transtorno de identidade de gênero é de essencial importância, sobretudo quando se tem conhecimento de que não há critérios precisos de diagnóstico para o quadro e, portanto, o risco de má indicação cirúrgica ou mesmo errônea é significativa (VIEIRA, 2011, p. 413).

A autora ressalva, porém, que este entendimento não é unânime, de modo que há quem reclame a dispensa do diagnóstico psiquiátrico, sustentando que a transexualidade não necessariamente fixa uma posição subjetiva, e é preciso desvincular a condição sexual da necessária tradução em patologia, permitindo a sua psiquiatrização. Ao contrário, deve-se vislumbrar a transexualidade como passível de várias formas de subjetivação. Também, que “não existe um processo específico de construção das identidades de gênero nos transexuais, e desta forma não se deve esperar de transexuais um comportamento fixo, rígido e adequado às normas de feminilidade ou de masculinidade” (ibidem).

Em continuidade, a Res. n. 1.955/2010 do CFM, estabelece a necessidade de cumprimento dos critérios estabelecidos no seu artigo 4º, quais sejam: 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo; 2) Maior de 21 (vinte e um) anos de idade; 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia. Estes critérios deverão ser definidos e preenchidos após, no mínimo, 2 (dois) anos de acompanhamento médico ao paciente transexual. Assim, no Brasil, somente com o cumprimento das exigências da referida resolução é possível a realização da cirurgia de transgenitalização e tratamento para adequação de sexo do transexual, devendo o estabelecimento médico estar devidamente equipado e com profissionais habilitados a este tratamento. Além disso, os hospitais deverão ter comissão de ética, nos termos da legislação em vigor (art. 5º, §4º).

3.2 O CONCEITO DE TRANSEXUALIDADE – A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE DOENÇA E CONDIÇÃO SOCIAL

A par do conceito dado pela Resolução analisada, deve-se buscar, também, a análise conceitual doutrinária do termo, no âmbito do **biodireito**, da **bioética** e do **direito homoafetivo**. Em primeiro lugar, destarte, observa-se o esforço conceitual de Maria Helena Diniz (2011), descrevendo diversos aspectos da transexualidade, tornando possível a apreensão de um conceito abrangente.

Segundo a autora, a transexualidade é “a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto” (DINIZ, op. cit., p. 316). Envolve, pois, um drama jurídico-existencial, na medida em que há uma cisão entre a identidade sexual física e psíquica. O transexual, ainda segundo Maria Helena Diniz, é portador de um desvio psicológico de identidade sexual, com rejeição ao fenótipo e tendência à automutilação e ao suicídio.

É importante acrescentar também que não se confundem homossexualidade e transexualidade; ou seja, o transexual e o homossexual. Este “efetivamente se identifica como pertencente de seu sexo biológico, apenas possuindo atração erótico-afetiva por pessoas do mesmo sexo” (VECHIATTI, 2011, p. 448). O transexual, diversamente, é aquele portador de “disforia” de gênero (STOLLER, apud DINIZ, p. 317), ou seja, há um descompasso entre o sexo psíquico e o sexo biológico. Ele sente que nasceu no corpo errado – para mencionar o chavão simples e esclarecedor já bem difundido.

Ainda mais importante – porque mais obscurecida, porque mais propensa a preconceitos e exclusão social – é a constatação de que não necessariamente o transexual deverá ter comportamento heterossexual. Quer dizer, é possível que o transexual, possuindo o sexo psíquico diverso do sexo biológico (ou, também, aquele que já se submeteu à cirurgia de transgenitalização) sinta atração erótico-afetiva por pessoas de seu mesmo gênero. Melhor explicando: é possível que um transexual, nascido biologicamente masculino, porém, psiquicamente feminino, se submeta a uma cirurgia de mudança de gênero, conseguindo, ainda, a devida readequação do prenome e sexo no Registro Civil, de masculino para feminino, e este indivíduo possua atração erótico-afetiva por mulheres – ou seja, homoafetiva.

E é exatamente por isso que se deve evitar a ênfase no aspecto patológico da transexualidade. Muitos discursos em defesa dos transexuais se baseiam nesta premissa, de modo que, se é uma doença, há também uma “cura”, e por isso os transexuais devem ser aceitos socialmente para que possam atingi-la, adequando-se à “normalidade”. Entretanto, na medida em que este mesmo transexual extrapole os ditames heteronormativos, ele corre o risco de sofrer ainda maiores preconceitos e discriminação que aquele homossexual não transexual.

As(os) transexuais (independentemente da orientação sexual) são pessoas que, via de regra, desde tenra infância, sentem-se em desconexão psíquico-

emocional com o sexo biológico do seu nascimento, pelo fato de, psicologicamente, identificarem-se de modo oposto ao esperado para o seu corpo, do ponto de vista de gênero inclusive. [...] Neste sentido, sob pena de uma vida eivada de sofrimentos, buscam os meios (no nível do desejo e de intervenção físico-cirúrgica) para uma redesignação do corpo ao seu "sexo psicológico" (diverso), de vez que o psiquismo funciona com as percepções, sentimentos e sensações do sexo/gênero oposto (SILVA JÚNIOR, p. 99).

O que se deve ter em mente, em qualquer circunstância é que à dignidade da pessoa humana e ao o direito à identidade sexual, e, ainda, à plena liberdade de orientação sexual não devem ser colocados obstáculos, construídos sob a base do preconceito e da ignorância, gerando discriminação e exclusão social.

3.3 O DIREITO À ADEQUAÇÃO DO PRENOME E SEXO NO REGISTRO CIVIL

O nome é a representação social de cada indivíduo, é por ele que cada um é identificado socialmente, moldando sua própria realidade. É também um dos elementos de identificação civil, que é atribuído após a aquisição de personalidade jurídica, por meio da qual se passa a ter representatividade individual. O direito ao nome, portanto, é um direito da personalidade, e o Código Civil o assegura no seu artigo 16: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. Como qualquer direito da personalidade, o nome é inerente à própria pessoa, confundindo-se com ela. (SANCHES, 2011, p. 424-425).

Uma das grandes barreiras, portanto, ao transexual exercer plenamente sua personalidade, no Brasil, é a mudança de seu prenome, bem como o gênero assentado no Registro Civil. A discrepância entre sua aparência física, correspondente ao sexo psíquico, e a realidade constante em seus documentos, contrária àquela, causa-lhe evidentes embaraços no dia-a-dia, em diversas situações. Maria Helena Diniz destaca que o transexual, nestas condições, passa por uma grande dificuldade de inserção social – além dos já existentes conflitos internos por que ele passa – ele é ridicularizado e marginalizado socialmente em locais onde deve apresentar sua carteira de identidade – situações comerciais, relações de emprego, entre outras, causando-lhe discriminação injusta (DINIZ, op. cit., p. 318).

Tereza Rodrigues Vieira comemora o fato de que, atualmente, os tribunais têm deixado para trás a antiga concepção da imutabilidade do prenome, mesmo nas hipóteses de

transexual operado, após a realização da cirurgia de transgenitalização. Na jurisprudência, pois, é possível identificar a sensibilidade em relação a esta questão, no sentido de que se reconhece a existência de um direito constitucional ao “pleno desenvolvimento da personalidade humana”. A não adequação entre o sexo morfológico e biológico, com a consequente redesignação do estado sexual e do prenome significava, portanto, uma afronta àquele direito. Da mesma maneira, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) tem sido utilizado como fundamento para a possibilidade da cirurgia de transgenitalização, assim como permitir a alteração do nome e do sexo no registro de nascimento (VIEIRA, op. cit., p. 415).

Vale anotar, também, que o STJ (REsp 737993/MG, 2005/0048606-4, rel. Ministro João Otávio de Noronha, 4ª Turma, p. 18.12.2009; REsp 1008398/SP, 2007/0273360-5, rel. Nancy Andrighi, 3ª Turma, p. 18.11.2009) já assenta seu entendimento a respeito da possibilidade de alteração do nome e sexo no registro de nascimento, de modo que, em relação ao transexual operado, a manutenção do estado anterior no registro civil, “equivaleria a manter o indivíduo em um estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente” (ibidem, p. 417).

O art. 58 da lei n. 6.015/73 (lei de registros públicos) já traz certa maleabilidade em relação à possibilidade de alteração do nome, adequando-a por apelidos públicos (SANCHES, op. cit., p. 426). Esta previsão, portanto, traz uma solução legal para o problema dos travestis e transexuais, que podem adotar o nome social, ou seja, aquele pelo qual são (re)conhecidos pela sociedade. Por meio do nome social é até mesmo possível a alteração administrativa do nome, sem que sejam afrontadas a segurança jurídica das relações. É uma solução adequada não somente aos transexuais submetidos à cirurgia, mas também aqueles que ainda não passaram por isso e aos travestis (ibidem).

Vejamos a íntegra do texto legal:

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.

É oportuno anotar também que as instituições de ensino devem adotar o nome social dos(as) travestis e transexuais nas chamadas (diários) escolares, conforme orientação do MEC, evitando constrangimentos àquelas pessoas. Da mesma forma, de acordo com a Portaria n. 233/10 do Ministério do Planejamento, é assegurado aos servidores públicos federais, incluindo autarquias e fundações, a utilização do nome social – devendo constar no crachá, comunicações internas, *e-mails*, lista de ramais e sistemas de informática (ibidem).

Outra discussão que é de oportuno esclarecimento diz respeito ao modo como deve ser feita a redesignação de sexo no registro civil. Há quem defenda, pois, que a referida retificação deve ser realizada de forma que conste no registro de nascimento, no lugar reservado para o sexo o termo “‘transexual’, por ser esta a condição física e psíquica da pessoa”. Para Maria Helena Diniz e à grande maioria da doutrina que trata do tema, entretanto, de maneira acertada, não deve haver nenhuma referência discriminatória nos documentos do transexual operado, pois isso impediria sua integração social e afetiva, causando embaraços também ao direito ao esquecimento do estado anterior (DINIZ, op. cit., p. 331).

Para Flávio Tartuce, outrossim, a qualificação “‘transexual” ou “‘transgênero” no registro do sexo, ao invés de “‘feminino” ou “‘masculino”, causaria ainda maior discriminação em relação a estas pessoas. E complementa, afirmando que o argumento de que terceiros de boa-fé possam ser induzidos a erro não prospera, pois é de praxe que o próprio transexual revele a seus pretensos parceiros esta situação. Ademais, se fato tal eventualmente ocorresse, haveria abuso de direito por parte do transexual, ensejando responsabilidade civil, nos termos do art. 187 do código civil (TARTUCE, 2007).

3.4 O CASAMENTO DO TRANSEXUAL

O casamento, no direito brasileiro, está previsto nos artigos 226 e 227 da Carta Magna. O transexual tem direito ao matrimônio, não devendo haver quaisquer óbices à contração de núpcias, sob pena de afronta ao princípio da isonomia, estabelecido no artigo 5º, caput da CF/88. Afinal, em primeiro lugar, se o transexual é operado e tem direito à redesignação de nome e sexo no registro civil, não há dúvidas de que é possível o casamento, atendido o requisito de diversidade de sexos. Esta posição conservadora é ainda defendida por muitos autores, que negam a possibilidade do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, mas está ficando ultrapassada.

Segundo Maria Berenice Dias, a partir do reconhecimento jurisprudencial do afeto como elemento identificador das entidades familiares, tem sido possível vislumbrar nas uniões entre casais de mesmo sexo a ideia de família, e, assim os direitos dela decorrentes, inclusive o casamento. A par de uma omissão legislativa, existe grande esforço político, jurisprudencial e doutrinário no sentido de garantir a igualdade entre os diversos tipos de família. Se de um lado há o crescimento de forças conservadoras no Congresso Nacional, com base em um fundamentalismo religioso, de outro, avanços significativos em âmbito administrativo e jurisprudencial se verificam (DIAS, 2006, *passim*).

A autora defende a construção de um microssistema, tal qual os existentes para outros segmentos do direito – Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, etc. – que fazem jus a uma tutela especial; assim, o Direito Homoafetivo, norteado pelos princípios da liberdade e da igualdade. “Afim, o respeito à dignidade humana impõe o respeito à diversidade. Não mais se concebe conviver com a exclusão e com o preconceito em um Estado que se quer Democrático de Direito” (*ibidem*, p. 263).

Vale lembrar também que não necessariamente o transexual deverá escolher como parceiro(a) alguém de sexo oposto ao seu novo sexo, pois a transexualidade não diz respeito à orientação sexual, mas tão somente a uma condição psicossocial, podendo ter atração erótico-afetiva homo ou heterossexual. Portanto, de uma ou outra forma, o transexual poderá casar.

Entretanto, em relação ao transexual surgem algumas dúvidas em relação a circunstâncias jurídicas e fáticas que podem ou não modificar este direito. Para Maria Helena Diniz, o transexual casado só poderia se submeter à cirurgia de transgenitalização após o divórcio, ou na condição de solteiro ou viúvo, evitando constrangimento ao cônjuge (DINIZ, *op. cit.*, p. 337). Tereza Rodrigues Vieira, por sua vez, considera que o divórcio não deve ser condição à realização da cirurgia de transgenitalizadora, por se tratar de um problema de saúde. Entretanto, considera que a redesignação do nome e sexo do transexual só poderia ser feita após a dissolução do casamento, de modo a atender a diversidade entre sexos (*op. cit.*, p. 423).

Nós sempre defendemos que o reconhecimento do direito a adequação de nome e sexo do transexual só deveria ocorrer após a dissolução do casamento, vez que casamento entre pessoas do mesmo sexo ainda não é

legalmente permitido no Brasil. Contudo, entendemos que o celibato não deva ser imposto como condição para a realização da cirurgia. O consentimento do cônjuge não se faz necessário para a realização da intervenção cirúrgica, uma vez que se trata de um problema de saúde (VIEIRA, op. cit., p. 423).

Cabe acrescentar aqui que, em razão do julgamento conjunto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277/DF, no Supremo Tribunal Federal, a questão ganha novos contornos. Neste julgamento, ficou consignada a plena aplicabilidade do art. 1.723 do código civil, para os fins de reconhecimento da união estável aos casais homoafetivos que atendem os requisitos do referido dispositivo. Dessa forma, alcança-se, tardiamente, e ainda não reconhecido pela lei, a equiparação entre casais heteroafetivos⁶ e homoafetivos, no tocante ao reconhecimento deste instituto. Além disso, é de se observar que também já existe um significativo número de decisões reconhecendo a conversão de união estável homoafetiva em casamento civil.

É oportuno mencionar um pequeno trecho do voto do relator Carlos Ayres Brito, no referido julgamento, tratando do preconceito – não só pela clareza e precisão das palavras, mas também porque, nas palavras do Ministro Luiz Fux, se funde razão e paixão:

Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coraçã (BRASIL, 2011, ADPF 132).

Portanto, parece existir uma tendência, a qual entendemos correta, no sentido de que a questão da realização da cirurgia no transexual casado, bem como a sua mudança de nome e sexo no registro civil, deve ser indiferente a este estado civil. Na verdade, o casal deve ter plena liberdade de escolha em relação aos rumos de seu convívio. O cônjuge poderá, pois, aceitar ou não a condição de seu companheiro, ou, havendo desentendimento, o divórcio se

⁶ O termo “heteroafetividade” foi cunhado pelo próprio Ministro Carlos Ayres Brito, em seu voto no julgamento da ADPF n. 132 e da ADI n. 4.277/DF.

põe como a solução mais viável – não por alguma incongruência jurídica ou social, mas em razão da liberdade de escolha do casal⁷.

Outra questão em relação ao casamento do transexual diz respeito à sua anulabilidade, com base no erro essencial quanto à pessoa do cônjuge, levando à insuportabilidade da vida em comum. A maioria da doutrina tem se posicionado no sentido de que, havendo sido enganado o cônjuge a respeito da condição de transexual por seu companheiro, o casamento poderia ser anulado. Entretanto, sem tomar partido a uma ou outra postura, vale transcrever a interessante concepção de Paulo Roberto Iotti Vechiatti:

Este não é o nosso posicionamento, pois entendemos que uma pessoa se apaixona e mantém uma relação conjugal com outra pela sua integralidade, sua personalidade, seu jeito de ser e não por conta de uma genitália biológica anteriormente renegada pelo outro. Entenda-se bem, a atração erótico-afetiva em geral se dá por pessoas de determinado sexo biológico, mas esta é apenas a regra, pois a exceção se dá justamente no caso de transexuais, os quais, apesar de não possuírem o sexo biológico que aparentam ter, eles aparentam ser daquele sexo, agem como pessoas daquele sexo e têm aparência daquele sexo pretendido pelo cônjuge enganado. Logo, se erro há, não consideramos que seja um erro essencial, resolvendo-se a questão com o divórcio por (arbitrária) insuportabilidade da vida em comum, causa aberta e sem necessidade de explicação para findar o vínculo matrimonial. De qualquer forma, a discussão está aberta e a tese majoritária na doutrina aparenta ser a do cabimento de anulação do casamento civil por erro essencial neste caso (do que, *data venia*, discordamos pelas razões que acabamos de expor), cumprindo ao cônjuge enganado provar que se casou com a finalidade específica e primordial de ter filhos biológicos para que possa eventualmente ter êxito na sua pretensão anulatória do matrimônio civil (VECHIATTI, 2011, p. 458).

⁷ Para entender melhor, vale conferir o documentário “Chaz Bono: mudança de sexo” (*Becoming Chaz*, no título original). O documentário foi exibido durante o mês de junho no canal Discovery Channel. Nele é mostrado o processo de mudança de gênero de Chaz Bono (nascido Chassity Sun Bono), inclusive as relações entre ele e sua mãe, namorada, etc. o importante é que fica claro que o apoio afetivo desta é fundamental no processo de adaptação ao seu novo corpo, em cada etapa do procedimento.

Portanto, para Vecchiatti, a hipótese de haver sido enganado o cônjuge a respeito da condição transexual de seu parceiro não poderia dar ensejo à anulação do casamento, nos termos dos artigos 1.550, III, e 1.557, I, ambos do código civil – erro essencial quanto à identidade do cônjuge. O que parece, entretanto, é que a linha de raciocínio do autor leva à ineficácia total do referido dispositivo, esvaziando o seu conteúdo, pois somente é possível imaginar hipóteses justas à anulação aquelas que não sejam feitas com base unicamente na identidade da pessoa do cônjuge.

3.5 O TRANSEXUAL COM FILHOS

Em relação ao transexual com filhos, há um conflito aparente entre o direito à saúde do transexual, que pode ser efetivado por meio do devido tratamento –, assim como a alteração do prenome e sexo no assento de registro civil – e o direito à integral de proteção à criança e ao adolescente, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Vecchiatti trata a questão a fundo, aplicando ao caso o princípio ou regra da proporcionalidade e aos ditames da razoabilidade. Isso significa que, quando há um conflito aparente entre princípios, em que ambos os valores protegidos devem ser resguardados, deve-se buscar a melhor solução através da aplicação de três fases da proporcionalidade. Assim, em primeiro lugar, deve-se verificar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito das medidas em debate – no caso, a realização do tratamento ou não no transexual, para resguardar a proteção integral da criança e do adolescente (VECHIATTI, op. cit., p. 445).

Segundo o autor, neste caso, a cirurgia de transgenitalização e a mudança do prenome e sexo jurídico do cidadão transexual são medidas adequadas ao fim a que se destinam: a adaptação plena do sexo físico ao sexo psíquico do transexual. Da mesma forma, são medidas necessárias, por ser o meio menos gravoso de garantia a esta adequação integral, sem a qual pode levar o indivíduo à automutilação e tendências suicidas. Por fim, são também proporcionais em sentido estrito, pois a vida digna e a segurança jurídica de um registro civil imutável devem prevalecer. (ibidem, p. 459)

Também se deve considerar tais medidas razoáveis, pois correspondem a uma solução lógico-racional à necessidade de adaptação do sexo físico ao sexo psíquico do transexual, além de coerente com a finalidade a que se destina e à dignidade humana e intimidade, e, ainda, equivalente, por respeitante do princípio da proporcionalidade. Por fim, da ponderação

destes direitos com a proteção integral à criança e ao adolescente, no caso do transexual com filhos, deve ser resolvida, em um primeiro momento, prevalecendo a dignidade humana de transexuais, para a realização da cirurgia de transgenitalização e retificação dos seus documentos; em um segundo momento, deve-se transferir a guarda ao outro ascendente ou familiar legitimado – se ficar comprovado que a criança e/ou o adolescente vai sofrer trauma com a convivência com o pai ou mãe transexual.

Deve-se ressaltar que a transferência não deve ser automática; pelo contrário, deve ser acompanhada por profissionais habilitados que diagnosticarão qual será o melhor para a criança, se ela tem condições de superar a mudança, etc.. Sabemos que a criança nasce sem pré-conceitos, esses só vão lhe ser passados através do convívio social. Se a própria sociedade já está alertada de que a Carta maior não permite quaisquer espécies de preconceitos, podendo o agente ser punido por isso, a retirada de filhos da convivência familiar do transexual que mudou de sexo, nos parece não ser uma boa solução. Assim, entendemos, que tais situações devem ser vistas com bastante cuidado, no sentido de gerar o menor conflito possível.

Vechiatti, por fim, defende a ideia de que os documentos dos filhos também devem ser alterados, resguardando o direito do transexual se identificar como ascendente. Do contrário, seria impor a ele(a) que carregasse consigo o mandato de averbação no registro civil da alteração de seu prenome, medida que, além de não se mostrar prática, pode causar constrangimentos maiores ao cidadão transexual com tal situação (ibidem, p. 460). Tal procedimento, além de garantir ao transexual a convivência familiar e a manutenção jurídica de sua família, pode dar estabilidade emocional a todos e garantir aos filhos o direito de herança.

4 O CINEMA E O PROBLEMA BIOÉTICO: UMA REFLEXÃO A PARTIR DO FILME *A PELE QUE HABITO*

Mara Regina de Oliveira, em ensaio intitulado “Injustiça, Revolta e Reafirmação da Moralidade Jurídica: Um Diálogo Interdisciplinar Com O Filme ‘Uma Mulher Contra Hitler’”, sustenta que a compreensão de alguns problemas filosóficos, tal qual – no seu caso – o problema de percepção da injustiça e do abuso de poder, “não se reduz ao entendimento racional e lógico da simples coerência teórica de um texto escrito” (OLIVEIRA, 2011, p. 206).

A autora, assim, explica a tese defendida por Julio Cabrera, segundo a qual a filosofia poderia “ser entendida como um saber mutável que se modifica através do diálogo com a chamada sétima arte, como elemento cultural relevante”. E prossegue, aduzindo que o pensar através do cinema assume também uma cognição da realidade que inclui um elemento afetivo ou pático primordial (ibidem, p. 207).

É também importante mencionar que a relação entre Direito e Cinema tem sido objeto de reflexão específica, constituindo um movimento teórico inovador e perspicaz. Esta corrente teria o escopo de compreender as formas de produzir justiça, ou como se constitui o Direito – diante da falência da concepção racional e lógica proeminente na Modernidade (DE MATOS, 2012, *passim*).

Segundo De Matos, a pós-modernidade e suas implicações acarretam duas consequências paradoxais para as teorias do Direito: primeiro, que este se constitui um sistema fechado e autorreferente, marcado pela impossibilidade ética e dominado pela estética; segundo, também se afasta da racionalidade moderna, promovendo uma reabilitação de valores, da mística e do antigo, rejeitados pela razão iluminista. Nesse contexto, “as interseções entre Direito e Cinema, entre Direito e Arte, abrem possibilidades para promover o diálogo entre o novo e o antigo; entre a estética e a mística; entre a imagem e a palavra” (ibidem, p. 262).

Isso vai ao encontro do pensamento que defendemos aqui, abrindo possibilidade de compreensão de determinados temas por novas formas de reflexão, no caso, o Cinema. Isso porque não é possível mais conceber a ideia de justiça simplesmente por meio de formas racionais e lógicas, nos moldes positivistas, em que a norma era encarada simplesmente em termos de validade, alheia a qualquer vínculo à ideia de justiça ou valor. Ao contrário, deve-se buscar formas de entendimento do direito ligadas a valores, evitando-se, contudo, a noção de atemporalidade do Jusnaturalismo, em que aqueles eram concebidos de forma imutável e absoluta. Por isso, o cinema e outras formas práticas de reflexão filosófica se inserem nesse contexto.

Cabrera considera, pois, que o cinema tem muito a dizer ao filósofo, e lamenta que nada tenha se dito nesta esfera sobre esta relação até Deleuze (CABRERA, 2011). Sustenta também que o cinema, assim como a literatura, é capaz de “pensar o fluxo histórico-vivido sem a necessidade de reduzi-lo a representação, ou a conceitos puramente intelectuais”

(ibidem). Segundo, o autor, portanto, o cinema é capaz de formular conceitos, tal qual o pensar filosófico.

Nesse sentido, o ele defende que para a compreensão profunda de um tema filosófico “não basta entendê-lo racionalmente como um conceito teórico-semântico”, mas é preciso “vivê-lo, senti-lo, ser afetados por ele, como uma experiência emocional, não empírica, que aguce a nossa sensibilidade cognitiva [...] o qual deve produzir algum tipo de transformação” (cf. OLIVEIRA, op. cit., p. 207).

Desta maneira, deve-se ter em mente que o problema ético vislumbrado no filme *A Pele Que Habito* pode ser melhor compreendido a partir da vivência que a película proporciona ao espectador, através das imagens e dos significados por elas trazidos.

Na película, representa-se um caso em que um cirurgião (Robert Ledgard) cria um tipo de “pele” artificial, mais resistente que a pele humana natural, em relação a qual defende uma série de vantagens. E, no momento em que o personagem, durante uma espécie de conferência médica, defende a sua descoberta, o tema filosófico do filme é inserido, fornecendo elementos à reflexão do espectador, no seguinte diálogo, entre Robert e outro personagem, outro médico:

[Médico]: “Só existe um meio de endurecer a pele: por mutação.”

[Robert]: “Sim. Foi o que eu fiz”.

[Médico]: “Trangênese”. [Robert]: “Sim. Transferi informação genética de uma célula de porco para uma célula humana”.

[Médico]: “De um porco?”

[Robert]: “É muito mais forte que a nossa”.

[Médico] “Está louco? Você sabe que a aplicação de terapia transgênica em humanos está completamente proibida”.

[Robert]: “Sim, eu sei, e me parece o cúmulo do paradoxo. Intervimos em tudo que nos rodeia: na carne, na roupa, nos vegetais, nas frutas, em tudo! Por que não aproveitamos os avanços da ciência para melhorar nossa espécie? Já pensou em quantas doenças poderíamos curar com a trangênese? Ou as deformações genéticas que poderíamos evitar?”

[Médico]: “Não continue. Conheço a lista de memória. E não há um dia em que não penso nisso. Mas isso não me impede de proibi-lo que continue investigando sobre a pele, ou serei obrigado a denunciá-lo perante a comunidade científica. Independente do que pensemos, você ou eu, **a bioética é absolutamente clara a este respeito**”. (A PELE..., 2011) (grifos nossos).

Portanto, é evidente que Almodóvar pretende levar a plateia a um conflito, à reflexão acerca das questões bioéticas: se por um lado, os avanços científicos podem trazer grandes benefícios para o ser humano, por outro, ao mesmo tempo ela pode gerar sérias aberrações éticas – no diálogo acima transcrito, a personagem se indigna por ter sido utilizada uma célula de um porco – gerando um tom cômico à situação. Em contrapartida, Ledgart defende a sua invenção, por argumentos que poderiam ser efetivamente considerados: “Intervimos em tudo que nos rodeia: na carne, na roupa, nos vegetais, nas frutas, em tudo! Por que não aproveitamos os avanços da ciência para melhorar nossa espécie” (A PELE..., 2011).

É importante notar também que o diretor não economiza em elementos páticos, que de forma intencional e bem delineada, se tornam significativos ao impacto do filme no espectador. Ainda ao espectador menos atento, é improvável se quedar inerte diante da repletidão de obras de arte, sempre em cores quentes – como a “Paisagem com Ponte”, da brasileira Tarsila do Amaral, na parede da casa do doutor Robert Ledgart; ou, ainda, não se emocionar diante da voz da cantora espanhola Concha Buika, que invadem a história.

A narrativa não é cronológica, havendo *flashbacks*, em que são mostrados os elementos decisivos da história. Em primeiro lugar, descobre-se a morte da esposa da personagem central, que sofrera um acidente de carro, e em decorrência dele, queimaduras que a levaram ao suicídio. Em segundo, a sua filha, Norma, tem problemas de sociabilização após ver sua mãe morta, atirada da janela de seu quarto; o quadro patológico se agrava quando esta sofre um estupro, cometido por Vicente (em outro momento ele alega não se lembrar, que estava drogado), o que vai ser determinante à sua morte.

Movido talvez pela vingança pelo agravamento do quadro psicológico de Norma (a filha) – que pensava ser o seu pai o estuprador, ou com o fim de realizar experimentos, Robert sequestra Vicente, mantendo-o preso até a morte de sua filha, quando convence seus colegas a realizarem uma cirurgia de transgenitalização em Vicente, alegando que o rapaz assim o desejava. Ao despertar, ainda sob efeito de anestesia, ele pergunta o que ocorreu, e descobre

que sofreu uma “vaginoplastia”. A partir disso, é submetido também a tratamentos hormonais e lhe é implantada uma nova pele – aquela desenvolvida pelo cientista, mais resistente e à prova de queimaduras. Vicente, aos poucos, adquire a forma mais feminina, e também parece haver uma transformação de sua própria personalidade.

A pele, no filme, parece representar o aprisionamento, a enclausura, que envolve o corpo como um cárcere. Tal qual o sentimento de que “nasceu em um corpo errado”, no caso de transexual, Vincent se vê aprisionado em um novo corpo. Este será o corpo que terá de conviver o resto da vida, o qual lhe foi imposto de uma hora para outra, atingindo sua própria identidade – confundindo-se, em alguns momentos, a vida de Vincent e a de Vera, seu novo papel, e em outros, destacando-se entre si completamente.

5 CONCLUSÃO

É inegável que as descobertas da medicina trazem avanços enormes que podem auxiliar em muito na vida dos seres humanos. Entretanto, o filme nos faz refletir até que ponto pode ser viável para o ser humano experimentar tais conquistas. A fragilidade que ele nos faz experimentar remete à pergunta: que segurança há ao nos submetemos a uma cirurgia? O paciente quando se submete a uma cirurgia fica completamente vulnerável, subjugado ao profissional que o atende. Neste sentido, a película demonstra a necessidade da garantia à integridade física, pelo Direito. Percebe-se claramente, também, que o “suposto” estuprador da filha do médico nunca demonstrou vontade de modificar seu sexo. Foi capturado pelo médico cientista e foi-lhe imposta a transformação de forma unilateral.

Por tudo isso, entendemos que os avanços da medicina são benéficos tanto quanto os da energia atômica. Entretanto, a forma de utilizar esses recursos é que deve ser movida pela Ética e disciplinada pelo Direito. Assim, vale a pena lembrar que, em 1971, nos Estados Unidos, a família Kennedy resolveu financiar as pesquisas sobre a prevenção dos deficientes mentais congênitos. Nesta ocasião surgiu a necessidade de se levantar as implicações das pesquisas, inclusive no campo da ética e da bioética, com o objetivo de debater os seguintes assuntos: população, bioética, reprodução humana, com o intuito de promover a qualidade de vida e a qualidade do desenvolvimento humano.

Neste sentido é importante observar que a bioética não pode ser separada da experiência efetiva dos valores da vida, da dignidade da pessoa humana e da saúde, que são

inestimáveis. Assim, a ética da vida tem a responsabilidade de alavancar o desenvolvimento científico com segurança, sem expor o ser humano. Para operacionalizar as novidades trazidas pela medicina, há que se fazer uma análise teórica dos paradigmas utilizados pela ciência, para fornecer princípios basilares sob a ação dos indivíduos que irão lidar com a tecnologia, biologia, química, cibernética, genética e outras ciências.

Para nós está muito claro que, o direito do transsexual está firmado pela Carta Maior, uma vez que concede a este(a) cidadão(ã) o direito de ser feliz, de usufruir sua plena identidade sexual; entretanto, este direito não pode permitir que as pesquisas científicas deste gênero sejam conduzidas à revelia de parâmetros éticos, fazendo surgir um transtorno jurídico. No caso do personagem retratado no filme *A Pele que Habito*, ele sofreu a cirurgia sem o seu consentimento, sem a sua anuência. Por mais que falemos em responsabilidade civil do médico para indenizar, nunca se poderá recompensar o sofrimento percebido por ele, além de que sua aparência física e sexo foram transformados de maneira irreversível, alterando sua própria identidade.

O filme nos faz vivenciar uma angústia profunda, tanto do personagem como de quem assiste ao filme. Um medo profundo toma conta do espectador, uma vez que a vulnerabilidade é muito grande. Desta forma, a Bioética deve estar presente com bastante rigor em todos os avanços da medicina. A cirurgia de mudança de gênero, conforme enfatizamos, deve ser acompanhada por intensos estudos éticos, para se vislumbrar a necessidade de sua realização, devendo haver de fato incompatibilidade entre sexo biológico e psíquico, uma vez que sua efetivação traz consequências que não podem ser revertidas. O objetivo primordial é proporcionar uma vida saudável e de qualidade. A não ser assim, estaremos impondo às pessoas, aflição semelhante experimentada pelo personagem do filme que, de uma hora para outra se viu num corpo que em nenhum momento o desejou.

BIBLIOGRAFIA

A PELE QUE HABITO. Direção: Pedro Almodóvar. Produção: Agustín Almodóvar; Esther García Espanha: Paris Filmes, 2011. 1 DVD (120 min).

BARBOSA, Swedenberger. **Bioética no Estado Brasileiro - Situação Atual e Perspectivas Futuras**. Brasília: UNB, 2010.

BECOMING CHAZ (documentário). Direção: Fenton Bailey, Randy Barbato. Estados Unidos; Canadá: Virgil Films (AAMR), 2011. 1 DVD (80 min).

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa**. Congresso Nacional. Brasília, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132/RJ – Rio de Janeiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)**. Perda parcial de objeto. recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Requerente: Governador do Estado do Rio De Janeiro. Relator Ministro Carlos Ayres Brito. Tribunal Pleno. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 de agosto de 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1008398/SP, 2007/0273360-5**, Relatora Ministro Nancy Andrichi, 3ª Turma. Brasília, 18 de novembro 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 20 de agosto de 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 737993/MG, 2005/0048606-4**, Relator Ministro João Otávio de Noronha, 4ª Turma. Brasília, 18 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 20 de agosto de 2012.

CABRERA, Julio. **De como o cinema pensa e a filosofia se estremece**. Disponível em: <<http://filosofojuliocabrera.blogspot.com.br/2011/08/cinema-e-filosofia.html>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

DE MATOS, Marcos Vinicius A. B. **Direito e Cinema: os limites da técnica e da estética nas teorias jurídicas contemporâneas**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 60, p. 231-267, jan/jun 2012. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/184>>. Acesso em: 15 de agosto de 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Rumo a um novo ramo do Direito**. In: Maria Berenice Dias. (Org.). Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 249-263.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Eletrônico Aurélio**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Positivo, 2004.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **Diversidade Sexual e Suas Nomenclaturas**. In: Maria Berenice Dias. (Org.). Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 97-115.

MACHADO, Juliana A. L. S. **Direito, Ética e Biossegurança - A obrigação do Estado na proteção do genoma humano**. São Paulo: Unesp, 2008.

MARLASCA, Antônio. *Introducción a la Bioética*. UNA Universidad Nacional de Costa Rica, Facultad de Filosofía y Letras, San José de Costa Rica, 2001, 286 pgs.

OLIVEIRA, Mara Regina de. **Injustiça, revolta e reafirmação da moralidade jurídica: um diálogo interdisciplinar com o filme Uma Mulher Contra Hitler**. In: Lafayette Pozzoli e Márcia Cristina de Souza Alvim. (Org.). *Ensaio Sobre Filosofia do Direito / Dignidade da Pessoa Humana / Democracia / Justiça*. 1 ed. São Paulo: Educ/Fapesp, 2011, v. , p. 201-255.

Resolução n. 1.955/2010, Conselho Federal de Medicina, disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>, acesso em: 29/08/2012.

SANCHES, Patrícia Corrêa. **Mudança de nome e da identidade de gênero**. In: Maria Berenice Dias. (Org.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 425-442.

SANTOS. Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 13ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Mudança do nome do transexual**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/354>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O direito do transexual com filhos à cirurgia de transgenitalização**. In: Maria Berenice Dias. (Org.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 445-460.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Transexualidade**. In: Maria Berenice Dias. (Org.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 412-424.