

DO CORPO NATURAL AO CORPO TRANSFORMADO: UM PANORAMA JURÍDICO DO TRANSEXUALISMO

Thamis Ávila Dalsenter*

RESUMO

Diversas são as implicações jurídicas sem soluções positivadas que surgem a partir do progresso da atividade científica. Como o próprio problema anuncia, trata-se de progresso, que pressupõe, naturalmente, movimento, mudança, alteração. Deduz-se, portanto, o cerne da discussão: como tratar juridicamente, a partir de institutos e classificações estáticas, as repercussões científicas no plano prático - jurídico? A classificação dicotômica homem/mulher, tal como concebida no ordenamento jurídico - eivada pela aspiração universalizadora e generalizadora da produção jurídica liberal - revela a falibilidade dos institutos aculturais e atemporais e constitui, assim, obstáculo à tutela dos transexuais à luz da proteção integral da dignidade da pessoa humana. O presente artigo buscou apresentar reflexões acerca do transexualismo e de suas consequências jurídicas, a partir da análise da dificuldade da proteção da dignidade da pessoa humana no campo do biodireito, e, também, analisar caminhos possíveis para adequar os institutos jurídicos clássicos à realidade social.

PALAVRAS CHAVES

BIODIREITO; DIGNIDADE HUMANA; PERSONALIDADE; TRANSEXUALISMO.

ABSTRACT

There are many unsolved juridical implications that are brought up over scientific progress. As the problem itself announces, it is a matter of progress, which estimates, naturally, changes. Therefore the main aspect of the discussion is deductible: how to, based on the institutes and on statical classifications, treat juridically the scientific repercussions in a practical-legal dimension? The dichotomic classification men/women

* Mestranda em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio. Bolsista CAPES.

as conceived in the juridical order – contaminated with the generalizing aspirations of the liberal juridical production- reveals the fallibility of the acultural and timeless institutes, and thus constitutes an obstacle to the guardianship of the transsexuals regarding a full protection of a person's human dignity. The current article searched to present reflections towards transexualism and its juridical consequences, considering the difficultness involving an effective protection of a person's human dignity on the biolaw field, and also intended to analyse new possible ways to adequate classic juridical institutes in to nowadays social reality.

KEYWORDS

BIOLAW; HUMAN DIGNITY; PERSONALITY; TRANSEXUALISM.

INTRODUÇÃO

O século XX inscreveu-se na história como marco no avanço da atividade científica. Certamente, foi especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial, que se tornou imperioso o debate acerca dos limites do progresso científico da biomedicina e da biotecnologia, e de suas implicações não somente éticas, mas principalmente, jurídicas.

Inúmeras são as implicações jurídicas sem soluções positivadas que surgem a partir do progresso da atividade científica, da biotecnologia e da biomedicina. Como o próprio problema anuncia, trata-se de progresso, que pressupõe, naturalmente, movimento constante de mudança e alteração. Diante da dinamicidade própria da atividade científica tem-se a necessidade de regulamentação jurídica capaz de impor limites à ciência com vistas à garantia da dignidade da pessoa humana. Deduz-se, portanto, o cerne da discussão: como tratar juridicamente, a partir de institutos e classificações estáticas, as repercussões científicas no plano prático - jurídico?

Entretanto, o equilíbrio que deve ser buscado entre a ciência e a proteção da pessoa encontra também uma outra questão a ser enfrentada: a crise paradigmática do direito, com a necessidade de sistemas referenciais de proteção da pessoa e de sua

dignidade, com especial relevância para os aspectos existenciais, e não somente patrimoniais que envolvem os sujeitos.

Neste contexto, a conceituação dicotômica homem/mulher, cuja construção fora pautada pelas aspirações de universalização, generalização e idealização características do direito clássico. Este padrão binário imposto para a classificação dos sujeitos em relação ao sexo jurídico revela a falibilidade dos institutos aculturais e atemporais diante da nova realidade trazida pela possibilidade de redesignação sexual de indivíduos transexuais.

O distanciamento entre a possibilidade jurídica de adequação do transexual e a realidade propiciada pelos avanços da atividade médica e constitui obstáculo à tutela dos transexuais à luz da proteção integral da dignidade da pessoa humana.

Na realidade, a dificuldade da utilização de conceitos cunhados sob a lógica individualista/patrimonialista para solucionar novas questões – sejam elas trazidas pelos avanços tecnológicos ou pela evolução dos valores sociais – não é exclusividade do biodireito. Ao contrário, tal dificuldade traduz a falência do dogma positivista em si e a necessidade de uma reorientação paradigmática no sentido de humanização máxima do ordenamento jurídico e de quebra das tantas generalizações que asseveram o individualismo da teoria positivista.

Diante da perspectiva apresentada, anuncia-se o importante desafio aos atuais operadores e pesquisadores do direito: instrumentalizar as formas jurídicas tradicionais de que dispomos orientando-se pela lógica incluyente da proteção da dignidade da pessoa humana. Tal tarefa revela-se emergencial diante da inadequação das normas abstratas às novas situações problemáticas concretas. Um dos caminhos que se mostram viáveis para a concretização da nova postura pretendida é a ampliação da chave interpretativa do sistema jurídico através de uma releitura das fórmulas clássicas sob a orientação dos princípios constitucionais, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana.

1. DO BIODIREITO A UMA INSUFICIÊNCIA PRÓPRIA DO DIREITO POSITIVO.

Os avanços da atividade científica no séc. XX, especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial, tornaram imperioso o debate acerca dos limites do progresso científico da biomedicina e da biotecnologia, e de suas implicações não somente éticas, mas principalmente, jurídicas.

As atrocidades, torturas e experimentos com seres humanos produzidos pelo regime nazista impuseram à comunidade internacional novas pautas de discussão acerca dos limites do progresso científico da biomedicina e da biotecnologia, e de como criar sistemas cujo eixo central tivesse suas raízes fincadas na noção de proteção integral da pessoa.

Dentro de uma perspectiva geral de tentativa de regulação ética e jurídica, diversos são os institutos criados a partir da urgência imposta pelas inovações biotecnológicas: Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos, do Conselho para Organizações Internacionais de Ciências Médicas, de 1982; a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano com respeito às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, de 1997.

Buscando-se maior especificidade diante das novas situações problemáticas, procura-se regular a atuação médica, na tentativa de conciliar a importância das pesquisas para a melhoria da qualidade de vida e a observância de parâmetros protetores da dignidade humana. Tal tentativa ganha destaque com a Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Ética e Genética (Declaração de Manzanillo de 1996, revisada em 1998); a Declaração Universal da UNESCO sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 1997; as Resoluções nº 196/96 e 303/00¹ do Conselho Nacional de Saúde, além da Lei de Biossegurança, nº 11.105 de 2005 e suas diretrizes que englobam desde a questão dos transgênicos, até a regulamentação das técnicas de reprodução assistida.

Entretanto, nenhum desses instrumentos de que dispomos atualmente é suficientemente capaz de solucionar o ponto que ora nos propomos a analisar: as conseqüências jurídicas da cirurgia de transgenitalização para os casos dos transexuais. O desafio de solucionar tal questão respeitando-se, acima de tudo, a dignidade humana

¹ A primeira traz determinações para a pesquisa em seres humanos e definições terminológicas, como, por exemplo, o *consentimento livre e esclarecido*. A segunda incorpora as determinações da primeira, estabelecendo diretrizes para a manipulação das técnicas de reprodução humana.

continua e continuará sempre que se fizerem únicas as antigas fórmulas jurídicas para sanar o problema.

O caráter restritivo da dogmática jurídica concebe como ideal a possibilidade de um conjunto de categorias ou institutos jurídicos que sirvam para serem aplicadas a qualquer indivíduo a qualquer tempo, independente de circunstâncias diversas surgidas a partir das mudanças inerentes à sociedade e ao decurso do tempo. Seriam normas que, de tão universais e abstratas, de tão distantes da realidade social, seriam atemporais e aculturais.

Neste sentido, esclarecedoras são as palavras de Pietro Perlingieri, ao alertar para a importância de um jurista comprometido com olhar a realidade concreta, uma realidade contextualizada, temporal e cultural:

Não existem instrumentos válidos em todos os tempos e em todos os lugares: os instrumentos devem ser construídos pelo jurista levando-se em conta a realidade que ele deve estudar. (...) o conhecimento jurídico é uma ciência jurídica relativa: precisa-se levar em conta que os conceitos e os instrumentos caracterizam-se pela sua relatividade e por sua historicidade. É grave erro pensar que, para todas as épocas e para todos os tempos haverá sempre os mesmos instrumentos jurídicos. É justamente o oposto: cada lugar, em cada época terá seus próprios mecanismos²

É, portanto, de suma importância as diretrizes adotadas pela Teoria Constitucional após a Segunda Guerra Mundial, que tem na construção principiológica um dos braços fortes de um sistema democrático alicerçado nos direitos fundamentais. O estabelecimento de valores comuns e princípios fundamentais, que se dá no campo político, materializa-se no âmbito jurídico através do Direito Constitucional. Dentro do contexto principiológico, a dignidade da pessoa humana ocupará papel central no debate contemporâneo. Ressaltando a importância de tal opção, Maria Celina Bodin de Moraes assim se manifesta sobre a questão:

² Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da faculdade de direito da UERJ*, n. 6 e 7, 1998/1999, p. 63-64.

Nos Estados democráticos, é na esfera política que são reconhecidos os valores comuns e estabelecidos os princípios fundamentais. O direito constitucional representa o conjunto de valores sobre os quais se constrói, na atualidade, o pacto da convivência coletiva, função que, como se viu, já foi exercida pelos códigos civis. À diferença, porém, da codificação, redigida pelos juristas à luz dos valores de uma classe dirigente, os textos constitucionais, ao menos tendencialmente, são elaborados por um legislador democrático. De modo que ignorar os princípios constitucionais, ou interpretá-los à luz do código civil, como ainda hoje, sob considerações variadas, alguns têm feito, significa desconsiderar o princípio da democracia e tentar substituí-lo pelo da ‘razão lógica’, o do cientificismo ou permanecer subordinado à força da tradição.³

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO EIXO CENTRAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A noção de dignidade da pessoa humana deita raízes no Cristianismo. Do Cristianismo vem a noção de que o homem possui um valor inerente, próprio, posto que fora criado à imagem e semelhança de Deus. Desta construção resultam dois aspectos relevantes: vem daí a primeira concepção de uma dignidade atribuída individualmente, além da impossibilidade do homem ser concebido como um objeto.

São Tomás de Aquino, referindo-se à “dignitas humana”, reafirmou as origens da dignidade no homem à imagem e semelhança de Deus, portanto inerente ao homem - porém como espécie, pois sua existência concreta reside no homem como indivíduo – e consignou também que a dignidade é fundada na capacidade de autodeterminação, ou seja, na racionalidade inerente à natureza humana.

Nos séculos XVII e XVIII, a concepção de dignidade passou pelo processo de racionalização e dessacralização, e, em 1788, Kant constrói as bases de seu pensamento sobre a dignidade, revelando-a como fundamentada na autonomia ética do

³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências, in *Revista dos Tribunais*, vol. 779, 2000, pp. 47-78.

ser humano, e, ainda, acrescenta à proibição do Cristianismo do tratamento como objeto mais uma: nem o próprio homem pode tratar-se a si mesmo como objeto⁴.

Este processo de transformação da concepção de dignidade humana foi fundamental para aproximá-la da realidade. Segundo Frankenberg, o ponto crucial da idéia moderna de dignidade torna-se, conseqüentemente, a autonomia moral que se revela na autolegislação⁵.

Não obstante todos os longos caminhos percorridos no sentido de conceituá-la ao longo do tempo, a dignidade humana somente assumirá relevo em meados do século XX, diante de um cenário internacional debruçado sobre a tarefa de neutralização do legado da *Era Hitler* e de impedimentos à novas investidas que pudessem resultar na mesma catástrofe histórica.

Surgem, então, diversos diplomas internacionais com a preocupação de realocar os direitos da pessoa humana no eixo central de proteção internacional. Formando um sistema geral de direitos, destacam-se instrumentos de proteção gerais e regionais, tais como a Declaração Internacional de Direitos Humanos de 1948, que consigna em seu artigo 1º “*que as pessoas são nascidas livres e com a mesma dignidade*”.

Desde então, a idéia de dignidade inerente ao homem estará presente em todos os diplomas, tratados, convenções, e na maioria das cartas constitucionais. Neste sentido, temos a Constituição italiana de 1947, que consignou que “*todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei*”; a *Lei Fundamental de Bonn, 1949, que seria o primeiro diploma a colocar a dignidade da pessoa humana “em termos mais incisivos”*: art. 1, 1 – A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais; a constituição portuguesa de 1976, que coloca

⁴ Comum neste ponto uma crítica ao antropocentrismo da concepção kantiana da dignidade fundada essencialmente da razão. Como exemplo da pertinência desta crítica, tem-se a questão do meio ambiente, pressuposto para uma vida digna, que passa a ter papel de protagonista no debate atual e que não se enquadraria no conceito de dignidade e, portanto, não mereceria a mesma proteção. Por todos ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.35.

⁵ FRANKENBERG, Günther *A gramática da Constituição e do Direito*. Col. Del Rey Internacional. Trad: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 319.

a Portugal como uma República “*baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular [...]*”, no mesmo sentido a Constituição espanhola de 1978.⁶

A União Européia, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, consigna a inviolabilidade, o respeito e a proteção à dignidade do ser humano. Tal determinação consta no Título II da Constituição Européia, além de outras determinações mais específicas inerentes à noção de dignidade.

No cenário brasileiro, a dignidade da pessoa humana desponta como um dos fundamentos da República, consagrada como princípio fundamental no art.1º, III da Carta Constitucional de 1988, e concebida como cláusula geral de tutela positiva e negativa. A positivação deste princípio como fundamento da República, como um dos alicerces do modelo de Estado Democrático de Direito⁷, revela a opção axiológica de rompimento do paradigma individualista/patrimonialista que orientou toda a produção normativa liberal, em especial a codificação civilista.

Frankenberg, ao fundamentar as razões pelas quais somente em meados do século XX a dignidade humana assumiu papel de destaque, traz a idéia de *concretização de caso ex-negativo*⁸ como produto de uma necessária delimitação de conteúdo tomando por base os atos de violação. Na realidade, não haveria um conceito de dignidade humana como tal, como poderiam aduzir os filósofos, a dignidade humana assumiria contornos cada vez mais fortes na medida em que sofresse violações.

Mas apenas em parte este raciocínio é procedente. Para embasar o critério negativo de delimitação, os exemplos utilizados são evidentemente violadores da dignidade: torturas, experimentos científicos com seres humanos, a escravidão e os campos de concentração e todo um complexo de atrocidades que caracterizaram a

⁶ Sobre a evolução da noção de dignidade da pessoa humana, v. MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14.

⁷ Sobre o papel desempenhado pelo Direito dentro deste modelo de Estado, precisas são as palavras de Lenio Streck: “...o Estado Democrático de Direito, tem a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao Welfare State neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade”. STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 37.

⁸ FRANKENBERG, Günther *A gramática da Constituição e do Direito...cit.*, p. 312.

barbárie da Segunda Guerra. Naturalmente, não se pode negar que neste contexto houve, sim, um fortalecimento do conceito com base no critério negativo.

Além disso, a dignidade processa-se, além de em todos os âmbitos da vida, por todos os campos do direito⁹. Ela informa a ordem jurídica como um todo¹⁰. Deste modo, qualquer tentativa positiva de conceituação da dignidade jamais pode carregar a pretensão de exaurir as possibilidades de proteção e violação. Assim, verificar e avaliar a violação em situações sutis – ou porque são efetivamente veladas, ou porque demandam um juízo por demais subjetivo – só se torna possível a partir das revelações de seus contornos e nuances, somente observadas se consideradas no plano concreto, e não a partir da abstração conceitual da norma jurídica. Na realidade, a dignidade é matéria de difícil conceituação nas mais diversas áreas do saber: filosofia, teologia, sociologia e direito.

E não poderia deixar de ser. Variadas são as razões da dificuldade de definição: polissemia, vaguidade, porosidade do conceito. Mas, Ingo Wolfgang Sarlet, assinala o que seria a principal razão de toda essa dificuldade, filiando-se à posição de Michael Sachs, da maneira que segue:

No caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc) mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa¹¹

⁹ E aqui cabe, desde já, assinalar que a dignidade irradia-se por todos os campos do direito, mas não existe em razão e apenas na medida deste.

¹⁰ Sobre a situação complexa das diversas áreas jurídicas em que incide a dignidade, em consequência lógica de sua abrangência no campo da vida, falaremos mais a frente, com alguns casos de conflitos de princípios diversos, mas que recebem o mesmo manto protetor da dignidade.

¹¹ FRANKENBERG, Günther *A gramática da Constituição e do Direito...cit.*, p. 316

Assim, não há, como percebemos aqui nestas breves linhas, possibilidade de definir limites fixos da dignidade. Entretanto, todos os esforços empreendidos nesta tarefa nos permitem elencar alguns postulados fundamentais que resultam do desdobramento da dignidade humana.

Frankenberg irá arrolá-los da seguinte maneira: igualdade, que pode ser caracterizada como a proteção contra o tratamento desigual arbitrário; a liberdade, que pode ser entendida como a proteção da individualidade, a identidade e a integridade; e a social, que é entendida a partir da idéia de que *“a garantia da dignidade humana assegura, recentemente, a existência no seu mínimo e a dignidade transforma-se, cada vez mais, de uma característica humana essencial em um encargo estatal de configuração.”*¹². Ou seja, derivam desta construção as conexões da dignidade com o princípio da igualdade, da integridade e da solidariedade.

O autor alemão informa que são muitos os doutrinadores que tentarão buscar a definição partir da conexão do princípio da dignidade humana e seus desdobramentos. Maria Celina Bodin de Moraes aprofunda a questão, demonstrando que o auxílio deste desmembramento refere-se à possibilidade de conflito entre um desses princípios, de idêntica posição hierárquica, cuja solução já é determinada pela dignidade, e prossegue explicando que: *“somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados. A dignidade, do mesmo modo como ocorre com a justiça, vem à tona no caso concreto, quando e se bem feita aquela ponderação.”*¹³

Diante do quadro teórico exposto, analisaremos como se opera a dignidade da pessoa humana tomando como base a análise das necessidades fáticas do caso concreto do transexualismo e de suas repercussões no campo jurídico, a fim de clarificar a compreensão de que somente por intermédio da interpretação das categorias clássicas através da hermenêutica principiológica constitucional torna-se possível reexaminar os institutos existentes e promover uma releitura includente que propicie a proteção integral do indivíduo transexual.

¹² FRANKENBERG, Günther *A gramática da Constituição e do Direito....cit.*, p. 316

¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 17.

Ainda que não seja nossa proposta mergulhar a fundo no presente trabalho em todas as faces do complexo fenômeno da transexualidade, faremos um sintetizado relato que servirá para a compreensão dos aspectos jurídicos a serem abordados¹⁴.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRANSEXUALISMO

O processo de construção do paradigma sexual dominante foi e é pautado pela naturalização da concepção dicotômica homem X mulher, capaz de produzir um indivíduo não enquadrado nos padrões impostos. E é este mesmo indivíduo que, por ser vítima da idealização e universalização de um padrão comportamental, torna-se inadequado em diversas vertentes: em relação a ele mesmo, numa relação de inadequação psíquica, em relação à sociedade, que deriva da interiorização do padrão binário imposto, e uma inadequação jurídica, diretamente relacionada às duas anteriores.

O transexualismo - fenômeno que carrega a gama de possibilidades de inadequação referidas - caracteriza-se por uma inadequação entre o sexo morfológico e o sexo psicossocial do sujeito, sendo classificado medicamente como disforia de gênero¹⁵. Qualificada como uma *situação permanente de desvio psicológico de identidade sexual*, a síndrome transexual possui procedimento terapêutico de compatibilização das concepções de sexo do indivíduo e a sua morfológica chamado de cirurgia de transgenitalização¹⁶.

As conseqüências jurídicas da redesignação sexual revelam-se polêmicas em diversos campos do direito, em conseqüência da modificação da identidade nominal

¹⁴ Para uma compreensão aprofundada do tema, v.: BARBOZA, Heloisa Helena. *Bioética x Biodireito: Insuficiência dos conceitos jurídicos*. In: BARBOSA, Heloisa Helena e BARRETO, Vicente de Paulo (org.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; CHOERI, Raul. *Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenerização*. In: BARBOSA, Heloisa Helena e BARRETO, Vicente de Paulo (org.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 235-236.; PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo: O Direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 e KONDER, Carlos Nelson. *O Consentimento no Biodireito: Os Casos dos Transexuais e dos Wannabes*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 15, jul.-set. 2003.

¹⁵ Na definição do CFM: “*desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à auto mutilação e/ou auto-extermínio*”.

¹⁶ Sua finalidade terapêutica lhe confere o status de ato de disposição do corpo autorizado. Contudo, tal concepção é recente e posterior à Resolução 1.482/97 (seguida Resolução 1.652/02) do Conselho Federal de Medicina, que assentou o caráter terapêutico do procedimento, fixou critérios rígidos para sua admissão e, ainda, ressaltou a inexigibilidade de autorização judicial.

e sexual do sujeito transexual. A possibilidade de alteração do prenome, em razão do art. 58 da Lei nº 6.051 de 1973, e a mudança do sexo civil no registro público são as duas questões sobre as quais nos debruçamos para a análise da adequação entre a nova realidade social e pessoal do indivíduo transgenitalizado e sua situação registral face ao padrão binário sexual imposto juridicamente: homem X mulher.

A concepção jurídica de sexo civil consiste na representação do sexo morfológico externo. A cirurgia de redesignação possui a finalidade de alteração deste sexo morfológico externo para que o mesmo reste adequado ao sexo psicossocial.

Como então adequar os dados registrais do transexual para que sua identidade jurídica esteja em conformidade com a sua nova situação pessoal? Inúmeros são os questionamentos que se apresentam diante desta realidade produzida pelo avanço da biomedicina e da biotecnologia e não prevista pelo ordenamento jurídico.

Argumentos que alegam não haver uma mudança substancial, mas somente externa, a partir da cirurgia, se colocam como fundamento para a não caracterização de uma alteração efetiva de homem para mulher ou o contrário. Não há alteração dos órgãos reprodutores, não havendo possibilidade de realização dos atos biológicos característicos de cada gênero. Ao lado da controvertida conceituação de homem e mulher aos olhos jurídicos, tem-se a proteção dos terceiros que venham a se envolver com o sujeito que sofreu a redesignação.

Este último argumento reflete o caloroso debate jurisprudencial que vem sendo travado nos tribunais brasileiros. Se é juridicamente possível que, a partir da disposição na Lei de Registros Públicos de proteção da não exposição do nome da pessoa ao ridículo, como deverá ser feita tal alteração? A retificação no registro deverá ou não ser acompanhada de averbação para proteção dos terceiros de boa fé e proteção o princípio da veracidade, cujo resguardo é a função registral?

Os argumentos que se colocam a favor da alteração dos dados registrais são assentados na imperiosidade da dignidade da pessoa humana e de proteção de seus desdobramentos, os direitos da personalidade. A não alteração do registro resultaria em violação à integridade psicofísica do sujeito e não observância aos direitos à identidade sexual.

Mas, ainda que alterados, a averbação representaria para o indivíduo que passou pela cirurgia de transgenitalização a constante possibilidade de ver sua escolha

pessoa, sua vida privada devassada e, conseqüentemente, geraria um paradoxo: a medicina orientada pela lógica de proteção da integridade psicofísica proporciona a redesignação para sanar os desconfortos psicológicos sofridos pelo sujeito e o direito, em flagrante violação ao modelo garantista das necessidades existenciais da pessoa humana, faz reviver no indivíduo a sensação de inadequação social.

Ao possibilitar juridicamente a existência de apenas duas categorias de sexo civil, a mulher e o homem, e analisar a adequação de tais conceitos a partir do sexo morfológico, o direito vai além da negação de adequação social do transexual, ele determina sua inexistência jurídica, na tentativa de promover sua inexistência social, declarando verdadeira guerra contra a sexualidade e o prazer estéril, revelando as insistentes raízes de proteção patrimonial do sujeito.

Certo é que a insuficiência das categorizações sexuais não se resolve através da criação de uma de uma terceira categoria (transexual)¹⁷. Por mais atraente que tal proposta possa parecer aos olhos dos anseios práticos de regulação positivista, tal idéia, ao contrário de solucionar a questão, revela-se discriminatória e contraditória, uma vez que ao contrário de reconhecer as diferenças, estaria produzindo-as juridicamente, em caminho oposto ao reconhecimento que tais sujeitos vêm conquistando socialmente.

Não há racionalidade jurídica na criação desta terceira categoria, significando um retrocesso nos avanços já alcançados para a inclusão do transexual, na medida em que o direito, ao incorporar a idéia de que a cirurgia possui finalidade terapêutica e considerá-la lícita, aceitando, inclusive, a idéia de que a mudança do nome é fundamental à adequação social e à não discriminação, orienta-se por uma lógica de inclusão e de respeito às diferenças.

É preciso perceber, também, que a questão da disforia de gênero possui na medicina possibilidade de “tratamento”. Ora, a cirurgia tem como objetivo adequar o transexual dentro das duas perspectivas médicas concebidas para a definição de sexo: a morfológica e a psicológica. Ou seja, aos olhos da medicina, não há mais que se falar em transexual após cirurgia, mas sim em homem ou mulher.

No registro civil, a pessoa é sexualmente identificada segundo os critérios que levaram a medicina a classificá-la, ou seja, se na declaração médica consta

¹⁷ Há casos em que o juiz, entendendo que o princípio da veracidade do registro deveria prevalecer, violou o princípio da privacidade e determinou que contasse *transexual* no lugar do sexo.

sexo masculino o direito nada mais faz do que ratificá-la juridicamente como tal. Neste sentido, torna-se muito claro que o Direito além de não ser, de fato, capaz para tal categorização, reconhece sua limitação e utiliza como base a área que reconhece ter a legitimidade que não possui: a medicina.

Porém, no momento em que a ciência médica determina que, após procedimento cautelosamente recomendado, houve de fato alteração no sexo do sujeito, o direito, quebrando sua própria racionalidade, resolve ser a área competente para renegar a redesignação sexual ignorando, portanto, o princípio *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio* (onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito).

Não se pretende, contudo, desclassificar a atuação jurídica e conferir poderes absolutos às recomendações e atuações médicas. Ao contrário, o Direito exerce papel fundamental para garantir que a medicina não se contraponha aos valores fundamentais e aos princípios constitucionais, em especial ao da dignidade da pessoa humana. E, sobretudo, não se pode esquecer as raízes históricas da proteção da pessoa face aos avanços da medicina.

Mas no caso da alteração civil do sexo em especial, a medicina, entendendo ser transgenitalização fundamental à integridade psíquica do transexual, age de acordo com a proteção da dignidade humana, que como já se mostrou anteriormente, não pode prescindir da proteção à integridade em sentido amplo, englobando os aspectos físicos e psíquicos.

Não se pretende afirmar que as hipóteses problemáticas delineadas como óbices à ratificação do registro não são questões complexas, mas devemos ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana, anteriormente referido como fundamental e norteador de todo ordenamento jurídico, não pode ser suprimido em razão das incertezas jurídicas. Negar o direito de identificação sexual à pessoa e alijá-la do convívio social é, sem dúvida, uma das facetas mais cruéis da insuficiência das categorizações jurídicas.

3. UM CAMINHO POSSÍVEL PARA A RELEITURA DAS CATEGORIAS HOMEM X MULHER DENTRO DA PERSPECTIVA INCLUDENTE DE PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Apesar de não existir solução concreta e imediata para inúmeros conflitos do campo do biodireito, como o que se apresentou no presente trabalho, a constatação de que determinadas qualificações jurídicas tradicionais – como a dicotomia homem/mulher – impossibilita a proteção da dignidade humana nos casos e transexualismo sinaliza para possíveis caminhos a serem percorridos.

À luz da ciência jurídica, os estudos sobre a transexualidade insistem em desenraizar o fenômeno, tratando apenas de suas conseqüências na medida em que estas interessam diretamente ao direito. Entretanto, compreender os fatos juridicamente é tarefa que deve estar alicerçada sempre em bases transdisciplinares, para que seja possível ver além dos limites impostos pelos dogmas jurídicos. Isto é, torna-se imperiosa a tarefa de desvendá-los como desdobramento jurídico daquilo que se consolida historicamente no plano social e político: o paradigma.

Um paradigma é um “conjunto de perspectivas dominantes em torno da concepção do ser, do conhecer e do homem que, em períodos de estabilidade paradigmática, adquirem uma autoridade tal que se naturalizam”¹⁸. O processo de naturalização das concepções possui como principal efeito a atividade crítica e, conseqüentemente, torna prejudicada a atividade cognitiva. O processo de construção do paradigma sexual dominante, como dito anteriormente, consolidou-se a partir do processo de naturalização de um padrão binário imposto jurídica e socialmente às concepções de sexualidade.

A proposta de buscar a instrumentalização dos conceitos já existentes à luz da dignidade humana como valor máximo da sociedade não significa, precisamente, romper com a tradição dogmática, logo não implica diretamente uma reorientação paradigmática da moral-sexual¹⁹.

Mas destaca-se que a tentativa de adequação social das categorias jurídicas através da hermenêutica principiológica constitucional vem se revelando

¹⁸ PLASTINO, Carlos Alberto. *O primado da afetividade: A crítica freudiana ao paradigma moderno*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p. 22.

¹⁹ Sobre a construção do paradigma-moral sexual, v.: FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.; FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1988 e BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

gradativamente como possibilidade viável para garantir a tutela da dignidade da pessoa humana, na medida em que se utiliza de institutos mais flexíveis e elásticos, torna-se capaz de agregar valores sociais que a norma, com as características que lhe são peculiares, não consegue incorporar.

Especialmente nas questões do biodireito, onde os avanços da biotecnologia e da biomedicina ocorrem em velocidade desafiadora de qualquer tentativa de previsão normativa extremamente abstrata, nos parece, na etapa atual, ser a hermenêutica a saída adequada senão quisermos fazer da norma letra morta.

E que esta hermenêutica constitucional tem na dignidade da pessoa humana o eixo fundamental resta consignado nas precisas palavras de Cristina Queiroz, quando alerta para o papel da interpretação à luz da dignidade no âmbito dos direitos fundamentais sociais. Assim:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana como “premissa antropológica do Estado constitucional” e “conceito chave de direito constitucional” poderá ser chamado a desempenhar, em sede de interpretação e aplicação de direitos fundamentais sociais, o papel de motor do “desenvolvimento” e “aperfeiçoamento” da ordem jurídico-constitucional. Isso tanto por “impulso” do legislador político democrático (...), como por parte dos órgãos específicos de controle da constitucionalidade, genericamente, os tribunais e o poder judicial.²⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do panorama apresentado, torna-se imperioso notar que a questão do biodireito é muito delicada, pois não existe uma solução concreta e imediata para os seus conflitos. Vários conceitos devem ser reformulados, ampliados ou restringidos buscando adequar os institutos tradicionais à realidade.

As dificuldades de regulamentação do biodireito não são poucas. A ordem jurídica depara-se com novas situações que vão de encontro à estrutura sobre a

²⁰ QUEIROZ, Cristina *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006, . p. 156.

qual foi construída e se sustenta a ordem jurídica, produzindo o sentimento do se pretende afastar a todo custo: a incerteza jurídica.

Os instrumentos, conceitos jurídicos, cunhados sob a lógica individualista/patrimonialista enquadram-se perfeitamente na pretensão universalizadora e generalizadora da tentativa de construção de um sistema atemporal, aspiração máxima da produção jurídica burguesa.

Eternizar injustiças para evitar a eternização das incertezas é a expressão maior da reprodução jurídica dos valores do liberalismo do séc. XIX. Tais institutos continuam a prevalecer contemporaneamente de maneira idêntica, absolutamente esvaziados de qualquer conteúdo axiológico voltado para a concretização de um sistema jurídico cujo referencial reside na proteção da pessoa e de sua dignidade sob todos os aspectos da personalidade.

Portanto, ao jurista contemporâneo está identificada a tarefa: é preciso aproximar os institutos jurídicos clássicos das transformações sociais, no caso aqui específico das transformações que ocorrem por intermédio dos avanços alcançados pela ciência, para que não se produzam através do direito violações da dignidade da pessoa humana juridicamente institucionalizadas.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena . *Bioética x Biodireito: Insuficiência dos conceitos jurídicos*. In: BARBOSA, Heloisa Helena e BARRETO, Vicente de Paulo (org.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-40.

BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CHOERI, Raul. *Transsexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenerização*. In: BARBOSA, Heloisa Helena e BARRETO, Vicente de Paulo (org.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 235-236.

FOUCAULT, Michel *História da Sexualidade I. A Vontade de Saber*. Rio de Janeiro : Graal, 1988.

FRANKENBERG, Günther *A gramática da Constituição e do Direito* . Col. Del Rey Internacional. Trad: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

KONDER, Carlos Nelson. *O Consentimento no Biodireito: Os Casos dos Transexuais e dos Wannabes*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 15, jul.-set. 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências, in *Revista dos Tribunais*, vol. 779, 2000, pp. 47-78.

_____. O Princípio da Dignidade Humana. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da faculdade de direito da UERJ*, n. 6 e 7, 1998/1999, p. 63-64.

PLASTINO, Carlos Alberto. *O primado da afetividade: A crítica freudiana ao paradigma moderno*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001

QUEIROZ, Cristina *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004