

A DESCONSTRUÇÃO DA RELEVÂNCIA JURÍDICA DO SEXO BIOLÓGICO EM FACE DA IDENTIDADE DE GÊNERO NA TRANSEXUALIDADE: A TUTELA JURÍDICA DA MULHER TRANSGÊNERO

CAROLINA VALENÇA FERRAZ

Doutora e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professora do Mestrado e da Graduação em Direito do Centro Universitário de João Pessoa/UNIPÊ. Professora da Universidade Católica de Pernambuco/UNICAP e da Faculdade de Direito de Caruaru/ASCES. Advogada (carolina-vf@uol.com.br).

GLAUBER SALOMÃO LEITE

Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor do Mestrado e da Graduação em Direito do Centro Universitário de João Pessoa/UNIPÊ. Professor Adjunto da Universidade Estadual da Paraíba/UEPB. Professor da Faculdade de Direito de Caruaru/ASCES. Advogado (glaubersalomaoleite@gmail.com).

Resumo

O que define alguém como mulher? Para ser mais exato, quais os atributos necessários para uma pessoa ser reconhecida como do gênero feminino? É possível que alguém não tenha corpo de mulher e mesmo assim expresse uma subjetividade feminina, sendo esse fato reconhecido pelo direito? É possível que o pertencimento ao gênero feminino seja fruto de um ato de escolha e que essa decisão repercuta juridicamente? Essas são as principais questões abordadas no presente estudo, com foco específico em um ator social marcado por extrema vulnerabilidade e, por isso mesmo, alvo de desprezo e preconceito: a pessoa transgênero. O estudo é de natureza jurídica, porém faz-se uso de elementos de outras ciências, na medida em que a temática transborda o universo da ciência do direito.

Palavras-chave

Mulher; Transexualidade; Gênero; Identidade.

Resumen

¿Lo qué puede definir alguien como una mujer? Es decir, ¿Cuáles son los necesarios atributos para que se pueda reconocer una persona como del género femenino? ¿Es posible

que alguien no tenga el cuerpo de mujer y aún así manifieste una subjetividad femenina reconocida en el orden jurídico ? ¿Y además es posible que el hecho de pertenecer al género femenino sea un acto de libre elección de uno mismo y que esta decisión traiga consecuencias jurídicas? Esas son las principales cuestiones analizadas en la presente investigación, con énfasis en un colectivo vulnerable y en riesgo de exclusión social, siendo por ello víctima de desprecio y prejuicios: La persona transgénero. Aunque se trate de un estudio de naturaleza jurídica es imprescindible la utilización de elementos y conceptos estructurales de otras ciencias, puesto presentarse como una temática poliédrica.

Palabras clave

Mujer; Transexualidad; Género; Identidad.

1. Introdução

O presente trabalho analisa a proteção jurídica conferida às pessoas transexuais, a partir do reconhecimento da identidade de gênero enquanto direito fundamental implícito.

Assinala a necessária distinção a ser feita entre os conceitos de sexo e gênero, e quanto se revela anacrônico atrelar a identificação pessoal ao primeiro elemento.

O estudo está centrado na necessidade de promoção do direito à identidade de gênero como corolário para a tutela da dignidade da pessoa humana. De sorte que este é o enquadramento proposto para uma adequada proteção dos interesses de transexuais e travestis.

Também identifica como os tribunais brasileiros vem decidindo sobre a matéria, mediante uma análise da evolução histórica da jurisprudência pátria.

Ao final, discorre sobre os efeitos jurídicos do reconhecimento do direito à identidade de gênero, especialmente no tocante ao nome e sexo civil as pessoas transexuais.

2. A Dicotomia Sexo X Gênero no Contexto dos Direitos Fundamentais

São vários os critérios definidores do sexo da pessoa: cromossômicos, gonadais, morfológicos. A pessoa é considerada “homem” ou “mulher” a partir de elementos fixos, invariáveis, uma vez que os parâmetros elencados são todos de ordem biológica, naturais.

No instante do nascimento, as características físicas/morfológicas são utilizadas como critério para identificar a pessoa como do sexo masculino ou feminino. Nessa ordem de idéias, é importante consignar que o direito emprega o sexo (ao lado de outros elementos como o nome, domicílio, etc.) como fator de identificação da pessoa, buscando individualizá-la.

Observe que a definição do sexo não provém de um ato de vontade ou diz respeito ao sentir da pessoa, na medida em que tal atribuição se dá a partir de uma situação involuntária, que é o nascimento.

O sexo, portanto, é uma realidade biológica, imutável, de ordem física, estranho, portanto, ao universo da cultura.¹

Ocorre que, com o nascimento, a sociedade exige que seja adotado um determinado padrão de comportamento a partir desse sistema binário do sexo biológico. Com isso, a mulher deverá se sujeitar a um modo de agir “feminino”, enquanto o homem necessariamente terá que adotar um modo “masculino” de agir, no que se refere às vestimentas, ao comportamento, aos hábitos e usos sociais, jeito de falar, etc.²

Está-se aí diante do gênero sexual, que consiste na atribuição social do sexo³, nos “significados culturais assumidos pelo corpo sexuado”⁴. Fruto da cultura, o gênero está assentado no papel social que cada sexo deverá cumprir. Assim, define-se o padrão de comportamento que, de acordo com as convenções sociais, é considerado “normal” para cada sexo.

Conforme referido, o gênero é construído com fulcro no sexo biológico, por isso é esperado que a pessoa que nasceu “homem” adote no plano social um modo de agir masculino, enquanto em relação à pessoa nascida “mulher” opera exatamente o inverso, uma vez que se espera que ela adote uma estereotipia feminina.

Em última análise, trata-se de impor não apenas uma maneira de se comportar, mas também que a pessoa obrigatoriamente se identifique com o sexo biológico aferido no nascimento.

Portanto, haverá respeito aos códigos sociais se houver absoluta simetria entre o corpo físico e o respectivo gênero sexual culturalmente atribuído, em um regime padronizado, pautado na identificação homem/masculino e mulher/feminino.

1 Em um discurso pós-feminista, Judith Butler, entretanto, recusa a idéia de que a definição do sexo esteja fundada em parâmetros anatômicos, no corpo humano. Para ela, mesmo a noção de sexo não seria proveniente de determinismo biológico, inexistindo, portanto, um “sexo natural”. A autora conclui que o reconhecimento do corpo humano como um elemento “pré-discursivo”, anterior à cultura, apto a fundamentar um discurso neutro, não teria nada de natural, na medida em que essa noção seria ela própria fruto de uma construção da cultura. (BUTLER, Judith. *Problemas de gênero – feminismo e subversão da identidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 24-25).

2 Cf. MEZA, Juan N. Silva; HERNÁNDEZ, Sergio A. Valls. *Transsexualidad Y matrimonio Y adopción por parejas del mismo sexo – criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Ciudad de México: Editorial Porruá, 2011, p. 12.

3 Cf. SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 434.

4 BUTLER, Judith. *Problemas de gênero – feminismo e subversão da identidade*, cit., p. 24.

Longe de cumprir um papel libertador, capaz de modificar esse determinismo sexo/gênero, historicamente o direito na verdade contribuiu para reforçar esse quadro, ao prescrever como regra a imutabilidade do nome e do sexo atribuídos no nascimento (e que figurarão no registro de nascimento da pessoa), ainda que o indivíduo eventualmente não se identifique com o sexo morfológico, por sentir não pertencer ao mesmo. O direito, portanto, exerceu (e exerce) influência decisiva para institucionalizar essa convenção social, sob a alegação principalmente da necessidade de individualização da pessoa.

É notório, entretanto, que se o sentimento da pessoa é o de não pertencer ao sexo imposto no nascimento, sem que esse fato seja acompanhado e respeitado pelo direito (de modo a garantir a possibilidade de modificação dos dados referentes ao nome e ao sexo civil no Cartório de Registro Civil), o resultado é o preconceito, a humilhação pública e a exclusão social.

Nesse contexto, importa consignar que, na atualidade, continuar atribuindo ao nome e ao gênero sexual grande relevância na identificação revela certo anacronismo, pela falta de importância desses fatores na individualização da pessoa, por terem hoje mero papel secundário, em vista do desenvolvimento tecnológico e dos novos contornos das relações jurídico-sociais. Outros mecanismos conferem infinitamente maior segurança na identificação da pessoa, como a impressão digital, o exame da íris ou a biometria das mãos, acentuando a idéia de que nome e gênero podem ter na atualidade acentuada relevância no âmbito pessoal, sem o mesmo peso, contudo, na esfera das relações jurídicas e sociais.⁵

Portanto, a fixação de obstáculos severos à modificação do nome e do sexo civil, para adequar tais elementos a real identidade do indivíduo, não encontra amparo em qualquer argumento lógico-jurídico, evidenciando com isso enorme distanciamento da realidade fática.

Da construção do gênero sexual como um dado externo à pessoa, na forma das convenções sociais que estabelecem o modo de agir e se comportar com base no sexo biológico, deve-se ainda falar na existência de uma verdadeira identidade de gênero, oriunda da identidade pessoal, cuja origem é preponderantemente psíquica, apresentando-se como uma projeção interna do indivíduo.

A identidade de gênero consiste no sentimento de pertencer a um determinado sexo, de acordo com as convicções internas de cada um, conforme a própria pessoa se vê ou até mesmo como decorrência de sua vontade.⁶

5 Cf. SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero, cit., p. 427-428.

6 Os Princípios de Yogyakarta, em seu preâmbulo, referem-se à identidade de gênero como “...estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento

Trata-se da verdade pessoal de cada um, do pensar, do agir e do sentir, que por isso mesmo não está de nenhum modo relacionada com o sexo genital, uma vez que se está a falar da realidade psicológica do sujeito.

Nessa perspectiva, a construção “homens” não é aplicada apenas a pessoas com corpos masculinos, na mesma medida em que a construção “mulheres” não é referente tão somente a pessoas com corpos femininos.⁷

Ou seja, é possível que alguém se veja como mulher, sinta ser mulher, aja como mulher, se apresente socialmente como mulher, ostente os signos de mulher, muito embora tenha nascido com um corpo masculino.

É que a identidade de gênero, conforme referido, não guarda necessária relação com o sexo físico, sendo alheia ao sistema fechado do sexo binário.

E eis que chegamos ao ponto central de nossa análise, que são aquelas pessoas que descumprem os códigos sociais, ao expressar um gênero sexual que não corresponde ao que seria “próprio” do seu sexo biológico, como é o caso de alguém nascido com corpo de homem, mas que apresenta, por outro lado, uma subjetividade feminina. Estamos falando das pessoas transgênero, que são aquelas cuja identidade ou expressão de gênero difere do sexo físico⁸, e por tal motivo figuram à margem da sociedade e do direito, sendo costumeiramente incompreendidas, já que “desorganizam” as normas estabelecidas sobre as quais está assenta a relação sexo-gênero.

As transexuais e as travestis, que são as categorias transgênero mais conhecidas⁹, reconhecem a si próprias e se expressam socialmente por um gênero sexual que não seria “compatível” com os respectivos corpos, pois embora o físico seja de homem, os signos, sentimentos, comportamentos, são femininos. Em que pesem algumas diferenças, transexuais e travestis constroem o gênero feminino a partir de um corpo fisicamente masculino.

Apenas pra uma melhor compreensão da matéria, façamos algumas distinções conceituais.

A transexual apresenta desconexão psíquico-emocional com o sexo biológico do nascimento, por não se identificar com o gênero esperado para o seu corpo¹⁰. É pessoa marcada

pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos”.

7 Cf. BUTLER, Judith. *Problemas de gênero – feminismo e subversão da identidade*, cit., p. 24.

8 Cf. DOMINGUEZ, Andres Gil; FAMA, Maria Victoria; HERRERA, Marisa. *Derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Ediar, 2006, t. II, p. 1.112.

9 Também integram esse grupo, por ultrapassar os limites culturais de gênero, os “drag queens”, as “drag kings”, “cross-dressers”, transformistas, dentre outros.

10 Cf. SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Diversidade sexual e suas nomenclaturas. In DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 98-99.

por enorme desconforto com o físico, na medida em que sob o aspecto psicológico sente que o gênero sexual ao qual pertence é o inverso. Por isso mesmo, nega ter nascido homem e não aceita os órgãos genitais, recusando qualquer função sexual ao órgão sexual masculino.¹¹ Exatamente por esse motivo, não raro procura a intervenção cirúrgica como medida extrema para a adequação do físico ao seu sexo verdadeiro, que, no caso, é o feminino.¹²

Importante consignar que a caracterização da transexualidade ainda está fortemente atrelada aos paradigmas biomédicos, que, forte no determinismo biológico, define essa construção de gênero como patologia.¹³ Destarte, conforme a Classificação Internacional de Doenças, o “transexualismo” é um transtorno de identidade sexual e está codificado como F64.0.

Todavia, essa nos parece uma percepção que necessita ser redimensionada (por isso mesmo é forte o movimento para que a transexualidade deixe de ser conceituada como doença), na medida em que trata como patológica certa identidade sexual apenas por estar fora do padrão culturalmente edificado, em que o gênero estaria necessariamente atrelado ao sexo físico. E, na medida em que o gênero se afasta dos atributos físicos da pessoa, residiria aí um comportamento desviante e, portanto, doentio. Ora, essa assertiva está claramente consubstanciada em uma premissa no mínimo questionável, por conceber a identidade de gênero, que é fluida e variável, sob o mesmo prisma destinado ao sexo, que, em face de sua carga biológica, é fixo e permanente. Trata-se, sem dúvida alguma, de questão que merece uma reflexão sob novas luzes e cuidadosa, que ultrapassa os limites propostos nesse trabalho.

11 Cf. BENEDETTI, Marco. *Toda feita – o corpo e o gênero das travestis*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 113.

12 Importante registrar que a cirurgia de transgenitalização ou de redesignação sexual pode ser feita através do Sistema Único de Saúde/SUS, visto que o procedimento encontra-se atualmente regulamentado por meio da Portaria 1.707/2008, que determina que “o processo transexualizador” seja “implementado em serviços de referência devidamente habilitados à atenção integral à saúde aos indivíduos que dele necessitem”, porque “a orientação sexual e a identidade de gênero são fatores reconhecidos pelo Ministério da Saúde como determinantes e condicionantes da situação de saúde, não apenas por implicarem práticas sexuais e sociais específicas, mas também por expor a população GLBTT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais) a agravos decorrentes do estigma, dos processos discriminatórios e de exclusão que violam seus direitos humanos, dentre os quais o direito à saúde, à dignidade, à não discriminação, à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade”. A Resolução 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, que revogou a Resolução 1.652/2002, autoriza a “cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo”, desde que haja avaliação favorável de equipe multidisciplinar composta por “médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social” após acompanhamento conjunto por, no mínimo, dois anos.

13 Conforme a Resolução 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, a definição de “transexualismo” obedecerá aos seguintes critérios: “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 transtornos mentais”.

As travestis, por sua vez, têm natureza mais ambígua. Ao mesmo tempo em que modelam e reconstróem seus corpos em busca de uma representação feminina, não abandonam integralmente a natureza masculina. Nascidas com anatomia de homem, as travestis adotam práticas geralmente associadas ao gênero feminino, embora não reneguem os genitais masculinos, que utilizam ativamente na busca do prazer sexual. Ou seja, ao contrário das transexuais, as travestis não sentem desconforto com o próprio órgão sexual, por isso mesmo não desprezam o seu potencial erótico, e, com isso, embora se apresentem socialmente como mulheres, não vivenciam uma separação absoluta entre o gênero masculino e o feminino.¹⁴

Deste modo, as travestis não procuram a cirurgia de redesignação sexual como forma de adequação de gênero, uma vez que não sentem desconforto em relação ao próprio corpo.

Em que pesem tais distinções, transexuais e travestis vivenciam real subversão da construção cultural de gênero, por não cumprirem os códigos sociais relativos ao sexo anatômico, pois se reconhecem e se expressam como mulheres (a despeito da referida ambigüidade das transexuais), apesar do fato de terem nascido com corpos de homem.

É fato também que transexuais e travestis utilizam o corpo em uma verdadeira reconstrução de gênero, pois se entregam à modificação corporal para apresentar determinados signos tidos como femininos. Nessa esteira, são freqüentes determinadas alterações estéticas, como pintar as unhas e deixá-las compridas, deixar o cabelo crescer, uso de batom e maquiagem, etc. Outras modificações são mais profundas, decorrentes do uso de hormônios e da aplicação de silicone, que importarão, dentre outras coisas, na queda ou perda dos pelos e na modelagem do corpo.

Além disso, também é recorrente a assimilação de práticas, atributos e valores associados ao gênero feminino, como a mudança na maneira de falar (com o uso de voz em falsete, mais suave) e no modo de agir.

Tudo para se apresentar socialmente como mulher, uma vez que não é bastante apenas se sentir mulher, é fundamental que as relações sociais sejam travadas nessa perspectiva e que haja o reconhecimento por terceiros dessa condição feminina.

3. O Reconhecimento do Direito à Identidade de Gênero como Direito Fundamental

A Constituição Federal, no art. 1º, III, reconhece a dignidade humana como um dos fundamentos da República. Trata-se de verdadeira cláusula geral de proteção da

14 Cf. BENEDETTI, Marco. *Toda feita – o corpo e o gênero das travestis*, cit., p. 113-114.

personalidade, que define claramente a prioridade de tutela dos interesses existenciais em face dos interesses patrimoniais.

Com isso, o livre desenvolvimento da personalidade se revela o núcleo fundante de toda a sistemática dos direitos fundamentais. E, vale recordar, como a Lei Maior não ostenta atualmente a mera qualidade de Carta Política, é forçoso concluir que as regras e princípios constitucionais têm eficácia não apenas nas relações em que o Estado estiver presente, mas também nas relações jurídicas mantidas exclusivamente por particulares.

E, considerada a hierarquia superior da Constituição Federal, essa tutela preferencial dos direitos existenciais (direitos fundamentais ou direitos da personalidade, a depender da perspectiva empregada) define os contornos de todo o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que toda a legislação infraconstitucional deverá ser interpretada e construída de modo a resguardar enfaticamente a dignidade humana, sob pena de se distanciar da tábua axiológica constitucional.

Portanto, qualquer norma ou decisão judicial que não respeitem a dignidade humana, serão eivadas de inconstitucionalidade.

A positivação da dignidade humana, em nível constitucional, significa o reconhecimento de que toda pessoa humana será merecedora de igual respeito e consideração, pelo simples fato de ser pessoa, uma vez que ela apresenta valor intrínseco.

Ou seja, são irrelevantes os atributos ou características como a cor da pele, raça, religião, condição física, sexo, gênero sexual, orientação sexual, etc., também os atos, condutas e escolhas de vida são indiferentes, nesse contexto todas as pessoas apresentam exatamente a mesma dignidade, tão somente por serem pessoas, por pertencerem à raça humana.¹⁵

Os elementos centrais da dignidade humana parecem ser aqueles descritos no artigo I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que preceitua que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, sendo “dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Destarte, a autonomia individual, conseqüência do direito de autodeterminação, ainda que em termos potenciais, é o elemento nuclear da dignidade da pessoa humana.¹⁶ Apenas a pessoa humana, por ser dotada de racionalidade, é apta a fazer as escolhas de vida a partir de um projeto livremente delineado. Essa capacidade de definir o próprio

15 Cf. FERRAZ, Carolina Valença. Transsexualismo: os reflexos da igualdade e da dignidade da pessoa humana na proteção da diversidade sexual. In FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão Leite; NEWTON, Paulla Christianne da Costa (coord.). *Cidadania plural e diversidade – a construção do princípio fundamental da igualdade nas diferenças*. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 197.

16 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*, 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 53.

destino a partir de decisões livres e conscientes é uma qualidade inerente a todo ser humano, sendo também exclusiva dele, de modo que esse é um traço que o diferencia dos outros animais e das coisas.

A noção de dignidade, portanto, está assentada na liberdade da pessoa em estabelecer os contornos da própria existência, portanto, a tutela dos direitos de liberdade é pressuposto indispensável para a promoção da dignidade humana, de modo que sem liberdade a dignidade humana não será reconhecida e protegida.¹⁷

Há atentado à dignidade humana na ausência de garantias legais, bem como na edificação de obstáculos, ao livre desenvolvimento da personalidade, que impeçam ou dificultem a realização pessoal do indivíduo e a busca da felicidade.

Fixadas essas rápidas premissas, indagamos: como reflexo da proteção da dignidade humana, é possível falar na existência de um direito fundamental à identidade pessoal?

Parece-nos que a resposta é afirmativa, até mesmo como consequência da expressa previsão constitucional dos direitos à igualdade, à liberdade, à não discriminação, à privacidade e à saúde.

Por identidade pessoal compreende-se o conjunto de caracteres, atributos e ações que individualizam a pessoa na sociedade, fazendo com que ela seja uma determinada pessoa e não outra.¹⁸ Apresenta-se sob duas dimensões distintas, uma interna e outra externa, sendo a primeira a maneira como o indivíduo vê a si próprio, como ele se reconhece, e a segunda o modo como ele se expressa no meio social.

Cada pessoa é única, em razão de suas características físicas, psicológicas, herança genética, valores, opiniões, visão de mundo, etc., sendo legítimo que cada um seja dono de sua própria verdade, devendo esses traços marcantes ser respeitados como forma de garantir o pleno desenvolvimento da personalidade.

O direito à identidade pessoal é direito fundamental implícito, que não conta com expressa previsão no texto constitucional, mas que deflui de certos direitos fundamentais positivados (mencionados anteriormente), e especialmente do macroprincípio da dignidade humana.

Pode-se afirmar que é o direito de ser reconhecido como a pessoa é realmente, de acordo com o seu modo de ser, respeitadas todas as suas singularidades. Importante observar que além do espaço necessário para que o indivíduo exerça a sua subjetividade, esse direito consiste, não apenas, mas principalmente, na garantia de exigir que terceiros o reconheçam e o tratem como ele enxerga a si própria e como ele se expressa socialmente.

17 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*, cit., p. 98.

18 Cf. MEZA, Juan N. Silva; HERNÁNDEZ, Sergio A. Valls. *Transexualidad Y matrimonio Y adopción por parejas del mismo sexo – criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, cit., p. 32.

O direito à identidade pessoal é direito de liberdade, pois está alicerçado na autonomia individual e na capacidade de autogoverno, em que a pessoa modela as ações de acordo com as próprias decisões, trilhando o caminho definido em seu projeto de vida.

Nessa seara, integra o núcleo do direito à identidade pessoal o direito à identidade de gênero.

É indiscutível que, na esfera da identificação pessoal, no modo como o indivíduo concebe a si mesmo, de acordo com as próprias singularidades, o sentimento de pertencer a um determinado gênero sexual é expressão das mais relevantes. Portanto, não apenas o nome ou certos atributos físicos são determinantes para a individualização da pessoa, a designação do gênero masculino ou feminino a alguém é fator que tem direta ligação com o desenvolvimento de sua personalidade.

O direito à identidade de gênero, portanto, consiste na garantia de livremente definir a qual gênero sexual pertence, de acordo com os sentimentos mais íntimos, valores e convicções. Com isso, cada indivíduo tem assegurada a prerrogativa de expressar o gênero feminino ou masculino, havendo ou não correlação com as características físicas, na medida em que prevalecem nesse contexto as certezas que a pessoa tem em relação a si mesma, conforme a sua verdadeira subjetividade.

Vivenciar a real condição de gênero é pressuposto indispensável para a construção de um projeto de vida, a partir do qual o indivíduo guiará os seus atos no sentido de alcançar a realização pessoal e a plena felicidade.

Importante ressaltar que o direito à identidade de gênero significa não apenas o espaço necessário para que a pessoa defina o gênero sexual em consonância com a própria vontade, mas também a garantia de expressar isso no meio social, e, principalmente, a prerrogativa de ser reconhecido pelo gênero livremente escolhido, por terceiros e pelo Estado, ainda que não haja coincidência com o sexo morfológico.

Necessário consignar que a identidade de gênero repousa na liberdade individual e na capacidade de autodeterminação, garantindo-se a cada um o direito de livremente viver como homem ou como mulher, e desta forma se apresentar socialmente, a partir de um ato de vontade, de uma opção de vida.

Portanto, se a caracterização morfológica é um dado da natureza (na medida em que, independentemente do nosso querer, nascemos com genitais de um sexo ou de outro), viver e se expressar por meio de signos normalmente associados ao feminino ou ao masculino é pura decisão pessoal, e que deve ser respeitada por todos, sob pena de frustrar o desenvolvimento da personalidade.

Não menos importante é registrar que qualquer ingerência na decisão de viver como homem ou mulher revela-se atitude arbitrária e, portanto, antijurídica, especialmente

quando consubstanciada na imposição da “moral vigente”, em uma tentativa de moldar a pessoa aos “valores sociais dominantes”, pois o direito à identidade funciona exatamente como escudo contra esse tipo de agressão, na medida em que é reservado a cada um, desde que não ameace ou viole direitos de terceiros, o espaço necessário para definir a sua própria individualidade, podendo viver conforme seus valores pessoais, ainda que destoantes dos valores consagrados pela maioria.

Essa garantia está alicerçada no chamado direito à diferença, que é expressão da dignidade humana e que integra o núcleo do direito à igualdade, posto que a Constituição Federal assegura a todos um tratamento igualitário, imune a qualquer tipo de discriminação, mesmo que a pessoa não se identifique e não aja de acordo com os valores dominantes na sociedade, preservando-se, assim, a sua identidade pessoal.¹⁹

Afinal, o Estado Democrático de Direito não se caracteriza apenas pela garantia legal assegurada à população de escolher periodicamente os seus governantes, mas também (e principalmente) no respeito aos direitos fundamentais de todos, sem distinção, uma vez que se revela abusiva e inconstitucional a tentativa de uniformização do pensar, do sentir, do querer e do agir, em uma tentativa de impor a todas as pessoas o padrão social vigente.

4. Mudança de Nome e Sexo: Reconhecimento Jurídico da Condição de Mulher das Transexuais e das Travestis em uma Perspectiva Civil-Constitucional

As transexuais e as travestis, apesar de terem nascido fisicamente com corpos de homem, se identificam e se expressam a partir de valores, atitudes e signos femininos. Trata-se de um longo processo de reconstrução de gênero, mas que não deixa margem à dúvida: essas pessoas vivenciam uma realidade feminina, na medida em que se apresentam socialmente como mulheres, por terem a convicção de ostentar atributos de mulher.

Em suma, estamos diante de pessoas que, no curso de praticamente todas as suas vidas, pensam, sentem, agem, se comportam, e se relacionam como mulheres, por serem, a bem da verdade, tomando por base um critério psicossocial, de fato mulheres.

Transexuais e travestis são “diferentes” da maioria das pessoas, pois o padrão social existente é o de uma perfeita simetria entre o corpo físico trazido do nascimento e o gênero sexual, cujo sistema binário impõe a seguinte correlação: homem/masculino e mulher/feminino. As pessoas “trans”, por sua vez, fogem desse determinismo culturalmente forjado, ao expressar um gênero sexual em dissonância com suas características morfológicas.

19 Cf. PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49-50.

Deste modo, por estar fora dos padrões sociais dominantes as pessoas “trans” pagam um preço altíssimo, já que “ousam” viver de acordo com suas convicções pessoais, conforme a própria identidade, enfrentando por isso desprezo social, humilhação pública e discriminação.

Na esfera jurídica, em uma perspectiva imediata, a principal demanda das transexuais e travestis é pela modificação do nome e do sexo jurídico no Registro Civil, para que formalmente o direito as reconheça e trate como mulheres. Todavia, é necessário não perder de vista que a tutela jurídica dessas pessoas não está restrita a essa hipótese (que é indispensável, não desconhecemos isso), pois essa proteção deve ser concebida em uma perspectiva mais ampla, que é a da garantia dos direitos fundamentais (que lhes são normalmente cerceados) e do acesso pleno à cidadania (que lhes é comumente negada).

A possibilidade de adequação do nome e do sexo jurídico no Cartório de Registro Civil encontra amparo na Constituição Federal e na legislação ordinária. É importante consignar que não há norma jurídica que expressamente recepcione essa hipótese, mas, na mesma medida, não há também proibição textual a esse respeito, de modo que, assim, trata-se de pretensão lícita, albergada pelo ordenamento.

Tal iniciativa está fundamentada em uma interpretação construtiva da legislação ordinária, a partir das regras e princípios constitucionais, forte na promoção da dignidade humana.

Quanto ao princípio infraconstitucional da inalterabilidade do nome, esclareça-se que este não tem natureza absoluta, visto que a própria Lei de Registros Públicos (6.015/1973) elenca uma série de hipóteses que justificam a modificação do nome atribuído no nascimento.

Desta feita, o parágrafo único do artigo 55, e o *caput* do artigo 58, ambos da referida lei, permitem a modificação do nome das pessoas transgênero, para que o prenome masculino seja substituído por um prenome feminino, de modo a adequar o nome à aparência da pessoa.

Conforme o citado art. 55, parágrafo único, “os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores”.

É sabido que as informações constantes no registro civil serão utilizadas para a confecção dos documentos de identificação (RG, CPF, carteira de motorista, título de eleitor, passaporte, etc.), portanto não é necessário nenhum esforço imaginativo para visualizar todos os constrangimentos que transexuais e travestis passam no dia-a-dia, pelo fato de ostentar prenomes que não correspondem à aparência.

Ainda que o dispositivo legal em comento trate da sujeição ao ridículo em razão de hipótese anterior ao registro, enquanto a retificação do prenome de transexuais e travestis

ocorreria por motivo posterior, isso não nos parece motivo bastante para inviabilizar a recepção também dessa situação²⁰, pois, mediante uma interpretação construtiva da norma, é possível identificar que a sua *ratio* é exatamente a proteção da integridade psíquica do portador nome, da sua dignidade.

Por sua vez, o art. 58, *caput*, dispõe que o “prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”.

Ora, transexuais e travestis se apresentam socialmente por nomes femininos, distintos, portanto, dos nomes que figuram no Registro Civil. Com isso, a retificação de seus prenomes é medida que, na maioria das vezes, está pautada na necessidade de adequação do nome de registro ao apelido que já é utilizado no dia-a-dia para a identificação.

Além da necessidade de adequação do nome, é essencial também a retificação do sexo civil, como forma de assegurar às pessoas “trans” um tratamento digno, corolário da tutela plena dos direitos fundamentais.

O direito à identidade de gênero tem natureza de direito fundamental implícito, e, por isso, é parâmetro que deve nortear a identificação do sexo no registro de nascimento.²¹ Portanto, a atribuição do sexo civil não pode ser pautada tão somente nas características físicas verificadas no nascimento, sem levar em conta um elemento de extrema relevância para a satisfação psíquica da pessoa e também fator de identificação social, que é a identidade de gênero.²²

E no caso das transexuais e travestis, em que há disparidade entre os elementos morfológicos e a identidade de gênero, pois tais pessoas se identificam e se apresentam como mulheres, é imperativo que figure no registro civil a informação que expressa a realidade dos fatos. E, nesse contexto, estamos diante de pessoas cuja realidade individual é a subjetividade feminina.

Importante ainda destacar que a adequação do sexo jurídico para “feminino” está respaldada na obediência a um dos princípios norteadores dos registros públicos, que é o da verdade real, em que os registros devem expressar os fatos como eles são na atualidade, como forma de promover a segurança jurídica.

20 Cf. VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo – mudanças no Registro Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 88.

21 Cf. FERRAZ, Carolina Valença. *Transexualismo: os reflexos da igualdade e da dignidade da pessoa humana na proteção da diversidade sexual*, cit., p. 202.

22 O Estatuto da Diversidade Sexual, anteprojeto de lei elaborado pela Comissão Nacional de Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e que deverá ser apresentado ao Congresso Nacional sob a forma de projeto de lei de iniciativa popular, determina, no art. 39, que: “É reconhecido aos transexuais, travestis e intersexuais o direito à retificação do nome e da identidade sexual, para adequá-los à sua identidade psíquica e social, independentemente de realização da cirurgia de transgenitalização”.

Nesse sentido, o registro de nascimento de uma transexual ou de uma travesti, em que conste o sexo masculino, está consubstanciado em erro, em uma informação falsa, por não expressar a realidade dos fatos, na medida em que tais pessoas vivem uma verdade feminina, e por isso se apresentam socialmente como mulheres.

Consigne-se, principalmente, que o não acolhimento da pretensão de adequar o sexo civil, expondo, dessa forma, as pessoas “trans” a situações vexatórias e frustrando seus projetos de vida legitimamente construídos, viola o direito à identidade de gênero, além de representar sério atentado ao desenvolvimento da personalidade, por submetê-las a situação de indignidade, em desconformidade com os valores e princípios constitucionais.

No tocante às transexuais submetidas à cirurgia de redesignação sexual, é possível verificar, em um rapidíssimo retrospecto histórico, que as decisões judiciais proferidas na década de 70 e início da década de 80, negavam a pretensão de alteração do nome e do sexo jurídico. A partir de meados dos anos 90, todavia, esse quadro começou a ser alterado, na medida em que o Judiciário passou a acolher tais demandas.²³

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem precedentes sólidos no sentido de admitir a retificação de nome e do sexo civil.

Com essa dicção, merece reprodução parte do voto da Ministra Nancy Andrighi, que atuou como relatora no julgamento de um Recurso Especial, no ano de 2009:

A definição da identidade sexual – que deve ser examinada como um dos aspectos da identidade humana – e a autorização para modificação do designativo de sexo dos transexuais, devem ser examinadas sob o crivo do direito à saúde – compreendida, segundo a OMS, como a busca do bem estar físico, psíquico e social, à luz do princípio da dignidade humana, autêntico arquétipo primordial, uma das bases principiológicas mais sólidas nas quais se assenta o Estado Democrático de Direito.

Sob essa perspectiva, a afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.

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

23 Cf. VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo – mudanças no Registro Civil*, cit., p. 173.

Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

(...)

Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.²⁴

Observe que a alteração das informações que constam no registro de nascimento tem sido admitida por meio de decisão judicial, não sendo possível tal modificação na esfera administrativa, diretamente em cartório.

Com o julgamento favorável, a sentença judicial deverá ser averbada em cartório, operando assim a desejada modificação no registro de nascimento original. Perceba que, como se trata de averbação, não será elaborado um novo registro de nascimento, sendo apenas alterado o que já existe, medida esta que nos parece acertada.

A averbação da sentença de modificação de nome e sexo civil figurará apenas no livro do Cartório de Registro Civil, de modo que essa informação não constará na certidão de nascimento, permitindo, assim, que os novos documentos de identificação (RG, CPF, carteira de trabalho, carteira de motorista, título de eleitor, passaporte, etc.) sejam emitidos sem que conste nenhuma referência a esse fato.²⁵ E, justificada pela necessidade de tutela da privacidade e da dignidade da pessoa “trans”, eventual certidão de nascimento de inteiro teor deverá ser expedida apenas a pedido do próprio interessado ou com ordem judicial.²⁶

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça acatou a pretensão de transexual submetida à cirurgia de transgenitalização, para modificar o prenome de “Romar” para “Bruna”, como também a adequação do sexo indicado na certidão, de “masculino” para “feminino”, e reconheceu a necessidade de resguardar a privacidade da recorrente, ao prescrever que a averbação deveria ser realizada “apenas no livro cartorário e à margem do registro civil”, assim:

24 REsp 1.008.398-SP (2007/0273360-5), Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/10/2009.

25 Prescreve o art. 41 do Estatuto da Diversidade Sexual: “Quando houver alteração de nome ou sexo decorrente de decisão judicial é assegurada a retificação em todos os outros registros e documentos, sem qualquer referência à causa da mudança”.

26 Cf. VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo – mudanças no Registro Civil*, cit., p. 184-185.

...tal averbação deve constar apenas do livro de registros, não devendo constar nas certidões do registro público competente nenhuma referência de que a aludida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de cirurgia de mudança de sexo, sob pena de manter a exposição do indivíduo a situações constrangedoras e discriminatórias.²⁷

Também merece destaque julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos seguintes termos:

REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. PRENOME E SEXO. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. AVERBAÇÃO À MARGEM.

1. O fato da pessoa ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano social, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido por apelido, que constitui prenome feminino, justifica a pretensão, já que o nome registral é compatível com o sexo masculino. 2. Diante das condições peculiares da pessoa, o seu nome de registro está em descompasso com a identidade social, sendo capaz de levar seu usuário a situação vexatória ou de ridículo, o que justifica plenamente a alteração. 3. Deve ser averbado que houve determinação judicial modificando o registro, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se, assim, a publicidade dos registros e a intimidade do requerente. **4. Assim, nenhuma informação ou certidão poderá ser dada a terceiros, relativamente a alterações nas certidões de registro civil, salvo ao próprio interessado ou no atendimento de requisição judicial.** (Grifamos).²⁸

Observe que a medida judicial apropriada para as adequações pretendidas não é a ação de retificação de registro civil, prevista no art. 109 da Lei de Registros Públicos. Como se trata de medida que busca alterar o estado civil da pessoa, o pedido deverá ser formulado por meio de procedimento de jurisdição voluntária, designado de ação de redesignação do estado sexual, que contará necessariamente com a intervenção do Ministério Público e deverá ser proposta perante uma vara especializada de família.²⁹

Imperativo esclarecer que essa medida tutela os direitos das pessoas transgênero, ao mesmo tempo em que preserva a segurança jurídica, uma vez que os documentos de identificação que serão emitidos a partir da decisão judicial, a despeito de incorporar as novas informações constantes no registro de nascimento, deverão ser emitidos com a numeração original, de modo que a redesignação de gênero e alteração no prenome não permitirão

27 REsp 737.993-MG (2005/0048606-4), Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10/11/2009.

28 Apelação Cível 70018911594, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 2007.

29 Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil – teoria geral*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 179.180.

que o indivíduo eventualmente venha a se esquivar do cumprimento de qualquer obrigação legal, resguardando-se, assim, os interesses de terceiros.

Com essa dicção, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu o direito de transexual em alterar o registro de nascimento, para que o prenome original fosse substituído por “Sabrina” e o sexo, para “feminino”, e asseverou que “a retificação não apresentará qualquer ameaça à segurança jurídica, vez que será devidamente averbada à margem do registro e o número do CPF do registrando permanecerá o mesmo”.³⁰

Quando se trata de transexual submetida à cirurgia de transgenitalização, é possível concluir, portanto, que a jurisprudência atualmente, após longos anos de hesitações, é favorável à alteração do nome e adequação do sexo jurídico.

Entretanto, no caso das transexuais que não passaram pela cirurgia ou das travestis, a realidade é bastante diferente, visto que elas ainda encontram sérias resistências ao acolhimento de suas pretensões perante o Judiciário.

Apesar da evolução jurisprudencial descrita anteriormente, é fato que a maioria esmagadora das decisões judiciais ainda atrela a adequação formal do sexo à modificação física, especificamente dos órgãos genitais, em clara confusão entre sexo biológico e identidade de gênero.

Contudo, há sinais de que esse quadro começa lentamente a ser modificado, a partir de corajosas decisões judiciais que, apesar da ausência de alteração genital, vem acolhendo a adequação do sexo jurídico de “masculino” para o “feminino”.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assegurou o direito a uma pessoa transexual, que não havia sido submetida à cirurgia de transgenitalização, de adequar o nome de “João Batista” para “Marisa Andrielly” (como ela já era identificada no cotidiano), com base principalmente no direito à identidade de gênero da apelante (que, é importante destacar, não havia requerido em primeiro grau a adequação do sexo registral), ultrapassando com isso os limites tradicionais da identificação do sexo por critérios biomédicos, *in verbis*:

APELAÇÃO. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. TRAVESTISMO. ALTERAÇÃO DE PRENOME INDEPENDENTEMENTE DA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E À DIGNIDADE.

A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com as características que o seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a sua alteração.

³⁰ Apelação Cível 2005.001.01910, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Luis Felipe Salomão, j. 2005.

A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social.

Reproduzimos trecho do voto do eminente relator, Des. Rui Portanova:

Ao fim e ao cabo, desimporta se JOÃO BATISTA é um transexual ou um travesti. Desimporta se ele fez ou fará cirurgia de transgenitalização, se sua orientação sexual é pelo mesmo sexo ou pelo sexo oposto, por homem ou por mulher.

Todos esses fatores não modificam a forma como JOÃO BATISTA se vê e é visto por todos. Como uma mulher.³¹

Defendemos que, na identificação do sexo registral, além dos tradicionais critérios biomédicos, seja levada em consideração também a sua dimensão social, para assegurar que os dados cartoriais sejam fieis à realidade vivida pela pessoa.³²

Portanto, o sexo jurídico pode ser objeto de uma escolha livre do indivíduo, baseada em sua identidade de gênero, como expressão da dignidade humana. Assim, se a pessoa se identifica com o gênero feminino, se ela se vê desta forma, apresentando-se socialmente como mulher, ainda que fisicamente a genitália seja masculina (por não ter havido a intervenção cirúrgica de transgenitalização), o direito deverá não apenas respeitar essa decisão pessoal como também reconhecer a sua validade, conferindo-lhe eficácia, para que as informações registrais sejam adequadas a essa realidade pessoal e social.

Conforme referido anteriormente, a proteção constitucional da dignidade pressupõe o reconhecimento da capacidade de autodeterminação, de autonomia, para que as decisões tomadas na esfera da liberdade individual sejam preservadas, de modo a assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Destarte, não vemos obstáculo ao reconhecimento jurídico da condição feminina a transexuais não cirurgiadas e a travestis, a partir de uma interpretação construtiva da legislação vigente, mediante a admissão da força normativa da Constituição Federal.³³

31 Apelação Cível 70030504070, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 2009.

32 Cf. RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivos de sexo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 707.

33 Na América Latina o Uruguai tem legislação pioneira a esse respeito, ao permitir a adequação do registro civil à identidade de gênero, independentemente do sexo biológico, com fundamento na liberdade individual da pessoa. Dispõe a Lei 18.620/2009 que “toda pessoa poderá solicitar a adequação da menção registral de seu nome, sexo, ou ambos, quando os mesmos não coincidam com sua identidade de gênero”, sempre que a pessoa acreditar “que o nome, o sexo – ou ambos – consignados na ata de

Na verdade, trata-se de medida necessária para garantir o cumprimento do princípio da verdade real dos registros públicos, e, principalmente, para assegurar a tutela da dignidade humana das pessoas transgênero, o respeito aos seus direitos fundamentais e a garantia do acesso pleno à cidadania.

Importante consignar que, a partir de 2002, com o julgamento do caso “Goodwin v Reino Unido”, prevalece no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos o entendimento de que na formação da identidade sexual de uma pessoa deve prevalecer o elemento psicológico, atitude e comportamento psicossocial, em detrimento do elemento biológico.³⁴

De caráter paliativo, merece destaque o fato de que são cada vez mais comuns hoje em dia iniciativas para permitir o uso do nome social a transexuais e travestis, no sentido de lhes assegurar o direito de serem identificadas por nome de sua escolha, independente daquele que figura no registro de nascimento. Nesse caso, a adoção do nome social é feita sem a necessidade de pronunciamento judicial, através de procedimentos bastante simples e informais, normalmente de cunho administrativo.³⁵

É consequência inarredável da adequação do sexo jurídico, no registro civil, que a pessoa passe a ser tratada conforme a sua condição feminina em todas as esferas jurídicas (relações familiares, de trabalho, serviço militar, aposentadoria, contratos, etc.), para efeito de direitos e deveres, na medida em que o caso não é de mera alteração formal, restrita à realidade cartorial. É imperativo, sob pena de violação da sua personalidade jurídica, que no âmbito social e do direito, seja admitida plenamente a sua condição de mulher.

nascimento do Registro Civil são discordantes com sua própria identidade de gênero”, asseverando ainda que “em nenhum caso se exigirá cirurgia de redesignação sexual para a concessão da adequação registral da menção do nome ou do sexo que sejam discordantes da identidade de gênero da pessoa a que se faz referência no dito documento” (tradução livre do autor).

34 Cf. DOMINGUEZ, Andres Gil; FAMA, Maria Victoria; HERRERA, Marisa. *Derecho constitucional de familia*, cit., p. 1.160-1.167.

35 Apenas a título de exemplo, destacamos as seguintes hipóteses em que é permitido o uso do nome social: o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP), por meio da Resolução 208, de 27 de outubro de 2009, estabeleceu que transexuais e travestis têm assegurado o direito de usar, durante o atendimento médico, “o nome social, podendo o(a) paciente indicar o nome pelo qual prefere ser chamado(a), independente do nome que consta no seu registro civil ou nos prontuários dos serviços de saúde”; em São Paulo, através do Decreto 55.588/2010, é assegurado o direito “à escolha de tratamento nominal nos atos e procedimentos promovidos no âmbito da Administração direta e indireta” naquele estado, sendo determinado que “a pessoa interessada indicará, no momento do preenchimento do cadastro ou ao se apresentar para o atendimento, o prenome que corresponda à forma pela qual se reconheça, é identificada, reconhecida e denominada por sua comunidade e em sua inserção social”; o estado do Rio Grande do Sul foi ainda mais longe, ao criar a Carteira de Nome Social/CNS, através do Decreto 49.122, de 17 de maio de 2012, que é emitida por um órgão oficial, o Instituto Geral de Perícias/IGP e que permite a transexuais e travestis o direito à identificação por meio desse documento em todos os órgãos do Poder Executivo estadual.

5. Conclusões

O que se observa em relação a transexuais e travestis é tão somente uma expressão de gênero que destoa das convenções sociais vigentes, que atrela o sexo ao gênero a partir de um sistema binário: homem/masculino e mulher/feminino. No momento em que esse elemento da cultura é “descumprido” por pessoas cuja expressão de gênero não “coincide” com o sexo anatômico, o resultado é o choque e, lamentavelmente, a discriminação e o cerceamento de direitos. Esse é o panorama vivenciado pelas pessoas transgênero no Brasil atualmente.

Desta feita, o primeiro aspecto a considerar é a necessidade de deixar de lado toda e qualquer patologização de transexuais e travestis, na medida em que, conforme mencionado, a questão envolve, na verdade, tão somente a quebra de paradigmas de natureza cultural.

Nessa ordem de ideias, é possível identificar na Magna Carta, ainda que de forma implícita, o direito à identidade de gênero como verdadeiro direito fundamental implícito, que permite a toda e qualquer pessoa decidir livremente a respeito da sua expressão social de gênero, mesmo que não coincidente com o sexo anatômico. Com isso, é direito que deve balizar não apenas as relações em que o Estado for parte, mas também as relações entre particulares.

Em vista disso, a expressão social de gênero, a partir de um ato de vontade, é o elemento que deverá ser considerado de forma irrestrita pelo direito para efeito de identificação do indivíduo, para todos os fins: eleitorais, trabalhistas, militares, previdenciários, penais etc.

6. Referências

- BENEDETTI, Marco. *Toda feita – o corpo e o gênero das travestis*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.
- BUTLER, Judith. *Problemas de gênero – feminismo e subversão da identidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- DOMINGUEZ, Andres Gil; FAMA, Maria Victoria; HERRERA, Marisa. *Derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Ediar, 2006, t. II.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil – teoria geral*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FERRAZ, Carolina Valença. Transexualismo: os reflexos da igualdade e da dignidade da pessoa humana na proteção da diversidade sexual. In FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão Leite; NEWTON, Paulla Christianne da Costa (coord.).

Cidadania plural e diversidade – a construção do princípio fundamental da igualdade nas diferenças. São Paulo: Verbatim, 2012.

MEZA, Juan N. Silva; HERNÁNDEZ, Sergio A. Valls. *Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo – criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivos de sexo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*, 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Diversidade sexual e suas nomenclaturas. In DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo – mudanças no Registro Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.