

# GÊNERO, VULNERABILIDADE E AUTONOMIA

O reconhecimento dos direitos de personalidade e a soma dos direitos fundamentais lastreados no princípio-garantia dignidade da pessoa humana não tem sido suficientes para debelar as práticas sociais discriminatórias em virtude de fatores como gênero, idade e deficiência. Persiste no imaginário social a figura do sujeito de direitos abstrato, inserido na sua normalidade e autonomia insular que findam por diminuir e invisibilizar aquela pessoa que traz consigo um ou vários traços de vulnerabilidade.

Quando fatores como gênero e deficiência se associam à certa condição social, nacionalidade e cor, potencializam as práticas de discriminação e de opressão das identidades, desafiando as doutrinas antidiscriminatórias. A sinergia entre essas diversas fontes de discriminação demanda que o enfrentamento também se faça de forma sistêmica, segundo o paradigma da interseccionalidade.

Nessa perspectiva, a análise de gênero e deficiência como fatores de discriminação e vulnerabilidade no âmbito do direito privado, esbarrá, inequivocamente, na interseccionalidade — ou seja, na interação sinérgica entre diversas modalidades de discriminação que vulnera ainda mais a pessoa. Mais vulnerável e espoliado em sua autonomia será aquele que sofre os efeitos sinérgicos de múltiplos fatores de opressão e discriminação".

*Trecho de apresentação das coordenadoras*

TEXEIRA  
BEZERRA DE MENEZES

GÊNERO, VULNERABILIDADE E AUTONOMIA

Siga a EDITORA FOCO para  
Dicas, Notícias, Lançamentos e Sorteios



INDICADO PARA  
GRADUAÇÃO,  
POS-GRADUAÇÃO  
E PROFISSIONAL



EDITOR  
FOCO

Ana Carolina Brochado Teixeira  
Joyceane Bezerra de Menezes

COORDENADORAS



Segunda  
Edição

# GÊNERO, VULNERABILIDADE E AUTONOMIA

## Repercussões Jurídicas

EDITOR  
FOCO

Ana Carolina Brochado Teixeira  
Joyceane Bezerra de Menezes

COORDENADORAS

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBN**

D598 Gênero, vulnerabilidade e autonomia: repercussões jurídicas / Adriana Vidal de Oliveira ... [et al.]; coordenado por Ana Carolina Brochado Teixeira, Joyceane Bezerra de Menezes. - 2. ed. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2021. 568 p. ; 17cm x 24cm.  
Inclui bibliografia e índice.  
ISBN: 978-65-5515-236-4

1. Direito. 2. Gênero. 3. Vulnerabilidade. 4. Autonomia. I. Oliveira, Adriana Vidal de. II. Palácios, Agustina. III. Terra, Aline de Miranda Valverde. IV. Brilhante, Aline Vessas Morais. V. Lopes, Ana Beatriz Lima Pires. VI. Matos, Ana Carla Harratuk. VII. Teixeira, Ana Carolina Brochado. VIII. Frazão, Ana. IX. Neves, Ana Lúcia Marques. X. Vidal de Oliveira, Adriana de Castro e. XI. Barbosa-Ferreman, Ana Paula. XII. Rentes, André Luiz Antônio. XIII. Conivici, Andréa. XIV. Costa da Silva, M. V. Pires, Caco Ribeiro. XV. Mulfolland, Caitlin. XVI. Konder, Carlos Nelson. XVII. Brasil, Christina César Prado. XVIII. Kondratenko, Fernanda Souza. XIX. Marques, Claudia Lima. XX. Bucar, Daniel. XXI. Teixeira, Danièle Chaves. XXII. Arruda, Desidério. XXIII. de Brito, Isabela. XXIV. Lobo, Fabínia Albuquerque. XXV. Nette, Felipe Príncipe Braga. XXV. Barbosa, Fernanda Nunes. XXVI. Souza, Fernanda. XXVII. Corte, XXVIII. Barbosa, Heloisa Helena. XXIX. Tesor, Inmaulada Vivas. XXIX. Menezes, Joyceane Bezerra de. XXX. Oliveira, Tânia. XXXI. Ziggott, Leila. XXXII. Teixeira, XXXII. Antunes, Ivana Adriano. XXXIII. Brasilero, Luciana. XXXIV. Dadalto, Luciana. XXXV. Facchini, Izídio. XXXVI. Lorentz, Lutana Nacur. XXXVII. Conquistas, Marcos Alberto Rocha. XXXVIII. Bicalho, Maria Ayres da Cunha. XXXIX. Morais, Maria Célina Budin de. XL. Lindoso, Maria Cristina Branci. XI. Holanda, Maria Rita. XII. Reali, Mariana Sávio (ya Corté). XII. Fachin, Melina Giaratti. XIV. Rosenwald, Nelson. XIV. Penteado, Paula Moura (tare executa de Lemos). XIV. Hermosa, Pedro Botelho. XIV. Borestein, Rafaela. XVIII. Madaleno, Ruli. LXIX. Mermel, Rose Melfornenciel. I. Mazzagatti, Silvia Felipe. II. Rabelo, Sofia Moraes. III. Pereira, Tânia da Silva. III. Castro, Thamis Dalsenter Vives (ya de). III. Aguiar, Tânia José Nunes de. IV. Mendes, Vanessa Corrêa. IV. Almeida, Vilmar. IV. Tátilo.

2021-762

CDU 341.272 CDU 34:316.7

Elaborado por Wagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direito de gênero 341.272

2. Direito de gênero 34:316.7

Segunda  
Edição

# GÊNERO, VULNERABILIDADE E AUTONOMIA

## Repercussões Jurídicas

**Coordenadoras:** Ana Carolina Brochado Teixeira e Joyceane Bezerra de Menezes

**Autores:** Adriana Vidal de Oliveira, Agustina Palacios, Aline de Miranda Valverde Terra, Aline Veras Moraes Brilhante, Ana Beatriz Lima Pimentel Lopes, Ana Carla Harmatius Matos, Ana Carolina Brochado Teixeira, Ana Frazão, Ana Luiza Maia Neves, Ana Paola de Castro e Lins, Ana Paula Barthos-Fohmann, André Luiz Arnt Ramos, Andreza Cássia da Silva Conceição, Cauã Ribeiro Pires, Caitlin Mulholland, Carlos Nelson Konder, Christina César Praça Brasil, Cíntia Muniz de Souza Konder, Claudia Lima Marques, Daniel Bucar, Dânielle Chaves Teixeira, Desdemona Teixeira de Brito Toledo Araújo, Fabíola Albuquerque Lobo, Felipe Peixoto Braga Netto, Fernanda Nunes Barbosa, Gustavo Câmara Corte Real, Heloisa Helena Barbosa, Irmacídia Vivas Teori, Joyceane Bezerra de Menezes, Lígia Ziggioni de Oliveira, Lívia Teixeira Leal, Luana Adriano Araújo, Luciana Brásileiro, Luciana Dadalto, Luiz Edison Fachin, Lutana Nacur Lorenz, Marcos Alberto Rocha Gonçalves, Maria Aparecida Camargos Bicalho, Maria Célia Bodin de Moraes, Maria Cristine Branco Lindoso, Maria Rita Holland, Mariana Santos Lyra Corte Real, Melina Gómez, Nelson Rosenthal, Paula Moura Francisco de Lemos Pereira, Pedro Botelho Hermosa, Rafaela Boersztein, Rolf Madaleno, Rose Melo Vencelau Meireles, Silvia Felipe Marzagão, Sofia Miranda Rabelo, Tânia da Silva Pereira, Thamis Dalsenter Viveiros de Castro, Tiago José Nunes de Aguiar, Vanessa Correia Mendes e Vitor Almeida

**Dirutor Acadêmico:** Leonardo Pereira

**Editor:** Roberta Densa

**Assistente Editorial:** Paula Morishita

**Revisora Sênior:** Georgia Renata Dias

**Capa Criação:** Leonardo Hermosa

**Diagramação:** Ladislau Lima e Aparecida Lima

**Impressora MIOLO e CAPA:** GRAFNORT

## APRESENTAÇÃO

O reconhecimento dos direitos de personalidade e a soma dos direitos fundamentais lastreados no princípio-garantia *dignidade da pessoa humana* não tem sido suficientes para debelar as práticas sociais discriminatórias em virtude de fatores como gênero, idade e deficiência. Persiste no imaginário social, a figura do sujeito de direitos abstrato ilustrado por sua normalidade e autonomia insulares que findam por diminuir e invisibilizar aquela pessoa que traz consigo um ou vários traços de vulnerabilidade.

Quando elementos como gênero e deficiência se associam à certa condição social, nacionalidade e cor, potencializam as práticas de discriminação e de opressão das identidades, desafando as doutrinas antidiscriminatórias. A sinergia entre essas diversas fontes de discriminação demanda que o enfrentamento também se faça de forma sistêmica, segundo o paradigma da interseccionalidade.

Nessa perspectiva, a análise de gênero e deficiência como critérios de discriminação e vulnerabilidade no âmbito do direito privado, esbarraria, inequivocamente, na interseccionalidade – ou seja, na interação sinérgica entre diversas modalidades de discriminação que vulnera ainda mais a pessoa. Mais vulnerável e expoliado em sua autonomia será aquele que sofre os efeitos dos múltiplos fatores de opressão e discriminação.

A condição da mulher negra, de baixa renda, com deficiência pode se tornar ainda mais gravosa se ela for idosa; pessoas com deficiência que também é transgênero sofrerá maior sorte de preconceito. Isto força a conclusão de que a classificação das pessoas em grupos específicos, segundo o gênero, a idade ou a deficiência não formará coletivos homogêneos. Em cada um deles, haverá pessoas que sofreram mais severamente a discriminação e uma maior deficit na sua cidadania pelo entrelaçamento de outros fatores discriminantes, o que também intensifica a sua vulnerabilidade social.

Neste grande grupo formado pelo gênero feminino, há aquelas mulheres que se assentam em lugares altos e gozam de franca autonomia no ambiente doméstico e profissional, enquanto muitas outras vivem imersas em um sistema de opressão doméstica, social e/ou econômica do qual não conseguem se libertar. No Brasil, o vasto rol dos trabalhadores informais, considerados altamente vulneráveis pela ausência de vínculos e condições dignas de trabalho, representa 38% (trinta e oito por cento) da população e desse contingente, 64% (sessenta e quatro por cento) são mulheres negras.<sup>1</sup>

**DIREITOS AUTORIAIS:** É proibida a reprodução parcial ou total dessa publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora FOCO, com exceção do uso das questões de concursos públicos que constam no volume. As questões, no entanto, não são protegidas como Direitos Autorais, no termo do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida versão se estende às características gênero da obra e sua referência. A pena, no caso a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

**NOTAS DA EDITORA:**

**Atualizações e erratas:** A presente obra é vendida como está, atualizada até a data de seu lançamento, informando que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se compromete a disponibilizar atualização futura.

**Erratas:** A Editora se compromete a disponibilizar no site [www.editorafoco.com.br](http://www.editorafoco.com.br) as versões Atualizadas e corrigidas das obras erradas por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (03.2021) – Data de Fechamento (03.2021)

2021

Todos os direitos reservados à  
Editora Foco Jurídico Ltda.

Avenida Itororó, 348 – Sala 05 – Cidade Nova  
CEP 13334-050 – Indaiatuba – SP

E-mail: contato@editorafoco.com.br  
[www.editorafoco.com.br](http://www.editorafoco.com.br)

1. Dados consolidados pela Folha de São Paulo dão conta de que 38% da população é considerada altamente vulnerável, em razão da informalidade de seus vínculos. Tratam-se de trabalhadores sem carteira assinada que atuam em empresas, realizam serviços domésticos ou que se trinham com iniciativa própria sem registro formal. Nesse universo, as mulheres negras ocupam a faixa de 64%. Crise do coronavírus accentua desigualdade de gênero e cor. Disponível em: <[https://www1.folha.uol.com.br/mercad0/2020/04/crise-do-coronavirus-accentua-desigualdade-de-genero-e-cor-diz-estudo.shtml?utm\\_source=whatsapp&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=compwa](https://www1.folha.uol.com.br/mercad0/2020/04/crise-do-coronavirus-accentua-desigualdade-de-genero-e-cor-diz-estudo.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa)

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	V
SOBRE OS AUTORES .....	IX
<b>PARTE I</b>	
<b>GÊNERO, VULNERABILIDADE E DEFICIÊNCIA</b>	
LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE	
LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	
Agustina Palacios .....	3
É POSSÍVEL MITIGAR A CAPACIDADE E A AUTONOMIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PARA A PRÁTICA DE ATOS PATRIMONIAIS E EXISTENCIAIS?	
Aline de Miranda Valverde Terra e Ana Carolina Brochado Teixeira .....	25
A PLENA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA MAIOR COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL OU PSÍQUICA E A FUNCIONALIZAÇÃO DO SISTEMA DE APOIO POR MEIO DA CURATELA	
Ana Beatriz Lima Pimentel Lopes e Vanessa Correia Mendes .....	45
PRESSUPOSTOS PARA O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA EXISTENCIAL	
Rose Melo Vencelau Meireles .....	65
AS AUTONOMIAS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS INTELECTUAIS E COGNITIVAS GRAVES	
Ana Paula Barbosa-Fohmann e Luana Adriano Araújo .....	79
O CONCEITO JURÍDICO DE HIPERVULNERABILIDADE É NECESSÁRIO PARA O DIREITO?	
Carlos Nelson Konder e Cíntia Muniz de Souza Konder .....	105
AFIRMAÇÃO DE GÊNERO NA TUTELA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UM TABU A SER QUEBRADO	
Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida .....	117
EL DERECHO DE HABITACIÓN COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS ESPAÑOLAS CON DISCAPACIDAD	
Pedro Botello Hermosa .....	135

**REQUISITOS DO LAUDO PERICIAL DO PORTADOR DE DEMÉNCIA NO PROCESSO DE INTERDIÇÃO PARA ELABORAÇÃO DE UM PLANO DE CURATELA**

Maria Aparecida Camaros Bicalho, Mariana Santos Lyra Corte Real e Gustavo Câmara Corte Real ..... 147

**PARTE II  
GÊNERO E VULNERABILIDADE**

**MULHERES EM TEMPOS DE COVID-19**

Maria Celina Bodin de Moraes ..... 165

**PARADIGMAS E PARADOXOS DOS MOVIMENTOS DE MULHERES (FEMINISTAS) NO BRASIL**

Lutiana Nacur Lorentz ..... 171

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO É TOLHIDA EM FUNÇÃO DO GÊNERO?**

Adriana Vidal de Oliveira e Caitlin Mulholland ..... 189

**GÊNERO E TECNOLOGIA: PERSPECTIVAS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE O FEMININO E AS DECISÕES TOMADAS POR ALGORITMOS NO MERCADO DE TRABALHO**

Ana Frazão e Maria Cristine Branco Lindoso ..... 207

**SUPERENDIVIDAMENTO E GÊNERO: ENTRE NÚMEROS, PROBLEMAS E SOLUÇÕES**

Daniel Bucar e Caio Ribeiro Pires ..... 223

**AS DISCUSSÕES SOBRE GÊNERO E VULNERABILIDADE PODEM SER MEDIADAS PELOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA E DA SOLIDARIEDADE?**

Fabiola Albuquerque Lobo ..... 237

**¿A VIOLENCIA DOMÉSTICA REFLETE A DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO?**

Inmaculada Vivas Tesón ..... 249

**DESIGUALDADE DE GÊNERO NOS CUIDADOS DE FIM DE VIDA**

Luciana Dadalto e Rafaela Borensztein ..... 265

**DIREITOS E PROTEÇÃO: DIGNIDADE DA MULHER NA ORDEM CONSTITUCIONAL E PENAL**

Luiz Edson Fachin e Desdémona Tenório de Brito Toledo Arruda ..... 275

**POR QUE AS FORÇAS ARMADAS ENVIAM MILITARES TRANSGÊNEROS PARA A RESERVA OU NÃO OS APROVAM NA ETAPA INICIAL DE INGRESSO?**

Marcos Alberto Rocha Gonçalves e Melina Girardi Fachin ..... 289

**O DIREITO DE EXISTIR DA PESSOA TRANSEXUAL: CORPO, IDENTIDADE E RECOMEÇOS**

Thamis Dalsenter Viveiros de Castro e Vitor Almeida ..... 305

**COMO OS TRIBUNAIS BRASILEIROS TÊM TRATADO AS ATITUDES DISCRIMINATÓRIAS, SOB AS LENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL?**

Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto ..... 323

**PARTE III  
IDOSO E VULNERABILIDADE**

**REFLEXÕES SOBRE O CONTEÚDO DIFERENCIADO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE QUANDO APLICÁVEL AO IDOSO**

Ana Carolina Brochado Teixeira e Joyceane Bezerra de Menezes ..... 351

**A PROTEÇÃO DISPENSADA À PESSOA IDOSA PELO DIREITO CONSUMISTA É SUFICIENTE COMO UMA INTERVENÇÃO REEQUILIBRADORA?**

Claudia Lima Marques e Fernanda Nunes Barbosa ..... 371

**A ALIENAÇÃO PARENTAL DO IDOSO**

Rolf Madaleno ..... 395

**COMO O DIREITO DE FAMÍLIA TRATA A VULNERABILIDADE DO IDOSO?**

Sofia Miranda Rabelo e Andreza Cássia da Silva Conceição ..... 403

**É POSSÍVEL APLICAR AO IDOSO A MESMA SOLUÇÃO DO "ABANDONO AFETIVO"?**

Tânia da Silva Pereira e Lívia Teixeira Leal ..... 419

**PARTE IV  
GÊNERO E VULNERABILIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES**

**A VULNERABILIDADE É UM CONCEITO QUE DEVE SER LEVADO EM CONTA PARA A RECONFIGURAÇÃO DA LEGÍTIMA?**

Ana Luiza Maia Neves ..... 435

**COMO O GÊNERO PODE INTERFERIR NO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO?**

Danielle Chaves Teixeira e André Luiz Arnt Ramos ..... 449

**É POSSÍVEL AFIRMAR A EXISTÊNCIA DE UMA FAMÍLIA FORMADA PELO CONCUBINATO? QUAIS SERIAM SEUS EFEITOS JURÍDICOS?**

Luciana Brasileiro e Maria Rita Holanda ..... 461

A AUTONOMIA REPRODUTIVA DA MULHER E O ACESSO ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA	473
Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira .....	
A FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS NO MOMENTO DO DIVÓRCIO RESSALTA A QUESTÃO DE GÊNERO E OFERECE RESPOSTA JURÍDICA SATISFATÓRIA A UMA EVENTUAL VULNERABILIDADE?	491
Silvia Felipe Marzagão .....	
<b>PARTE V</b>	
<b>GÊNERO, SAÚDE E EDUCAÇÃO</b>	
EDUCAÇÃO E TRABALHO INTERDISCIPLINAR NA ASSISTÊNCIA À SAÚDE DE PESSOAS TRANSCÊNERO – RELATO DE EXPERIÊNCIA	
Aline Veras Morais Brilhante, Ana Paola de Castro e Lins, Christina César Praça Brasil e Tiago José Nunes de Aguiar .....	505
O ALCANCE DO PODER PARENTAL E AS DISCUSSÕES SOBRE “IDEOLOGIA DE GÊNERO” EM ESCOLAS	
Ana Carla Harmatiuk Matos e Ligia Zigliotti de Oliveira .....	519
APONTAMENTOS JURÍDICOS DA VIABILIDADE DO ENSINO SOBRE DIVERSIDADE DE GÊNERO NAS ESCOLAS BRASILEIRAS	
Gustavo Câmara Corte Real.....	533

# O DIREITO DE EXISTIR DA PESSOA TRANSEXUAL: CORPO, IDENTIDADE E RECOMEÇOS

*Thamis Dalsenter Viveiros de Castro*

Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professora de Direito Civil do Departamento de Direito da PUC-Rio. Coordenadora do Instituto de Direito da PUC-Rio. Coordenadora adjunta do Programa de Mestrado em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da PUC-Rio.

*Vitor Almeida*

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor de Direito Civil do Departamento de Direito da PUC-Rio. Advogado.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Corpo e transexualidade. 3. Identidade e transexualidade: trajetória e desafios. 4. Considerações finais: esquecimento e recomeço.

## 1. INTRODUÇÃO

Em dezembro de 1971, no Hospital Oswaldo Cruz, em São Paulo, Waldirene Nogueira submeteu-se a uma cirurgia de redesignação sexual para realizar a mudança de seu sexo, o que, na visão da paciente, era na verdade uma alteração “para a fixação do seu verdadeiro sexo, que sempre foi feminino”. Realizada pelo cirurgião plástico Roberto Farina, a cirurgia de Waldirene é considerada a primeira cirurgia de redesignação de sexo documentada no Brasil.

A cirurgia, devidamente autorizada e desejada pela paciente, foi realizada com sucesso e o resultado foi considerado efetivamente transformador para a integridade psicofísica de Waldirene, que descrevia a sua vida antes da intervenção cirúrgica como um martírio insuportável<sup>1</sup> por ter que carregar uma genitália que nunca me pertenceu<sup>1</sup>. Cinco anos depois, em 1976, o Ministério Público de São Paulo tomou conhecimento da atuação de Roberto Farina e denunciou a conduta do cirurgião plástico como lesão corporal gravíssima, com Waldirene na condição de vítima.

<sup>1</sup> “Minha vida antes da operação era um martírio insuportável por ter que carregar uma genitália que nunca me pertenceu. Depois da operação fiquei livre para sempre – graças a Deus e ao Dr. Roberto Farina – dos órgãos excrétiveis que me infernizavam a vida, e senti-me tão aliviada que me pareceu ter criado asas novas para a vida”, escreveu Waldirene na época. Relato disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/geral-43561187?fbclid=IwAR2FP9nOicskYIAH90k98F1juOshNVHvD9jatnCyqCIA\\_Pz4clsOwgW8I](https://www.bbc.com/portuguese/geral-43561187?fbclid=IwAR2FP9nOicskYIAH90k98F1juOshNVHvD9jatnCyqCIA_Pz4clsOwgW8I). Acesso em: 20 out. 2020.

Considerando absolutamente irrelevante o consentimento da paciente, o procurador Luiz de Mello Kujawski sustentou, em pedido de instauração de inquérito, que: "Não há nem pode haver, com essas operações, qualquer mudança de sexo. O que consegue é a criação de eunucos estilizados, para melhor aprazimento de suas lastimáveis perversões sexuais e, também, dos devassos que neles se satisfazem. Tais indivíduos, portanto, não são transformados em mulheres, e sim em verdadeiros monstros". Começava, então, mais um dramático capítulo na história de Waldirene, agora diante da judicialização do seu direito de existir e da negação de sua condição de pessoa humana.

Dados sobre a violência contra as pessoas transexuais revelam um alarmante aumento no primeiro semestre de 2020. De acordo com Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra), 89 pessoas transgênero foram assassinadas no Brasil, número que representa um aumento 39% em relação ao mesmo período de 2019. A vulnerabilidade das pessoas transexuais se torna ainda mais evidente diante dos números que consideram a sua expectativa de vida. Enquanto o tempo médio de vida de uma pessoa trans no Brasil é de 35 anos, a população em geral apresenta a média é de 75,5 anos, de acordo com informações divulgadas em dezembro de 2016 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). A redução da expectativa de vida das pessoas trans é o resultado do acúmulo de experiências de exclusão e violências relacionadas e motivadas por discriminação em razão da identidade de gênero.<sup>2</sup>

Segundo levantamento do Grupo Gay da Bahia (GGB), em 2018, foram registradas 420 mortes de pessoas LGBTI1 (sigla para Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Pessoas Trans e Intersexos), sendo 320 homicídios e 100 suicídios.<sup>3</sup> O relatório de 2019 revela que 329 LGBT+ (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais) tiveram morte violenta no Brasil, vítimas homofobia: 297 homicídios (90,3%) e 32 suicídios (9,7%).<sup>4</sup>

A passagem do corpo natural ao corpo transformado é percurso que implica, no campo jurídico, distintas formas de percepção desta alteração. A naturalização do binarismo de gênero, como esquema de pensamento universal, tem uma causa objetiva que pode ser encontrada na constituição biológica dos corpos, cuja previsibilidade comportamental reside, precisamente, na análise da matéria corporal, o que demonstra a superficialidade do esquema-modelo binário. A identidade sexual é composta por um conjunto de elementos que descrevem a pessoa. O sexo é tido como natural e imutável, por conseguinte integrando o conjunto de elementos fixos ou rígidos da identidade do indivíduo.<sup>5</sup> O reconhecimento do sexo é feito na hora do nascimento, com base na genitalia externa, e este dado constará do registro civil do recém-nato, acompanhando-o

2. Dados preliminares do projeto da ANTRA, TransAção2, revelam que 94,8% da população trans afirmam terem sofrido algum tipo de violência motivada por discriminação devido a sua identidade de gênero. Informações disponíveis em: <https://antabrasil.files.wordpress.com/2020/06/boletim-3-2020-assassinatos-antra.pdf>. Acesso em: 05 nov 2020.

3. Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2020/03/relatorio-2018.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2021.

4. OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTTA, Luiz (Org.). *Mortes violentas de LGBT+ no Brasil - 2019*: Relatório do Grupo Gay da Bahia. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020. Disponível em: <https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbt/>. Acesso em 27 jan. 2021.

5. Sobre o assunto ver CHOEIR, Raul. *Direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

por toda vida. O sexo genital não é, porém, o único fator determinante da identidade sexual de uma pessoa. Na verdade, tão ou mais importante que o sexo é o gênero, ou seja, o papel social que ela representa, o qual deve ser condizente com o seu sexo genital.

O transsexualidade envolve, portanto, não somente a eventual readequação da genitalia ao sexo psíquico, mas igualmente toda requalificação civil da pessoa transexual, que deseja ser reconhecida em seu meio com um prenome e sexo no registro civil de acordo com seu gênero de pertencimento. Mais do que isso, indispensável o reconhecimento social e a garantia de reconstruir sua própria vida sem as lembranças do passado que impedem o livre desenvolvimento da personalidade a partir das vivências e experiências da identidade de gênero desejada. Nessa linha, ao tratar do debate público no Supremo Tribunal Federal sobre o direito ao esquecimento, Anderson Schreiber já alertara que o transexual que "constantemente apresentado à sociedade como pessoa que nasceu homem e se tornou mulher, ou vice-versa, jamais alcançará a plena realização da sua legítima opção de mudar de sexo. Haverá, aí e em tantas situações semelhantes, um direito ao esquecimento".<sup>6</sup>

A precariedade da questão transexual, ainda mais contundente antes das manifestações resolutivas do Conselho Federal de Medicina, ficou demonstrada com o caso Juracy, transexual feminina que foi presa por falsidade ideológica após a realização de uma adição "à brasileira", e foi recolhida ao pavilhão masculino do presídio de Agua Santa, sofrendo toda sorte de violações à dignidade que essa situação oferece. Sobre o caso, a decisão da 1<sup>ª</sup> Turma do TRF da 2<sup>ª</sup> região assentou que: "I – Utilização de certidão de nascimento falsa para obtenção de passaporte para menor. II – constatação de que a mãe do menor, constante de registro, era transexual operado e que se casara no exterior com um francês, utilizando falsa certidão de nascimento. III – A omissão da legislação brasileira quanto aos transexuais que se submeteram a cirurgia para troca de sexo, impossibilitando-os de legalmente alteram a certidão de nascimento. IV – Se a jurisprudência tem entendido que inexistente o delito se a falsa identidade visa esconder passado criminoso, também se aplica à hipótese de esconder o sexo original. VI – Recurso improvido".<sup>7</sup>

Como se vê, nem sempre as alterações corporais são acompanhadas do reconhecimento social do gênero ao qual a pessoa transexual pertence, o determinismo biológico parece ser marca indelével que acompanha o indivíduo mesmo nos casos em que realiza a cirurgia e se comporta como do gênero oposto ao do nascimento. Ainda assim, é possível observar que desde a realização da primeira cirurgia de redesignação no Brasil a trajetória das pessoas transexuais é de avanços e retrocesso, no qual se somente em tempos mais recentes a partir das decisões históricas do Supremo Tribunal Federal e que se tem certa estabilidade na garantia de seus direitos e no combate a toda forma de transfobia.<sup>8</sup>

6. SCHREIBER, Anderson. Nossa ordem jurídica não admite proprietários de passado. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jun-12/anderson-schreiber-nossa-lei-nao-admite-proprietarios-de-passado>. Acesso em: 07 jul 2020.

7. TRF-2, 1<sup>ª</sup> T., ACR 92.02.18299-0, Rel. Juiza Tânia Henne, julg. 08.03.1993.

8. A esse respeito é importante mencionar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, reliado pelo ministro Edson Fachin.

A existência das pessoas transexuais ainda é um tabu e seu reconhecimento como seres de igual competência e voz para atuar na vida de relações enfrenta uma série de resistências, no campo do mercado de trabalho, da comunidade familiar, de representação política, entre outros. O alicerce calcado na matriz heterossexual ainda impede a plena fruição dos direitos garantidos por força da atividade judicante no Brasil e coloca novos desafios ao reconhecimento social, a partir da visibilidade, representatividade e empoderamento, como peça-chave para a promoção da dignidade integral das pessoas transexuais. Nesse contexto, o presente trabalho objetiva examinar a questão da transexualidade no direito brasileiro à luz da disposição do próprio corpo e da afirmação da identidade de gênero como etapas essenciais ao direito de existir e de reconstruir a própria vida segundo o gênero de pertencimento.

## 2. CORPO E TRANSEXUALIDADE

A teoria civilista tradicional não reservava nenhum espaço para considerações acerca da integridade psicofísica e da liberdade que a pessoa possui para dispor sobre o seu próprio corpo ou partes dele. Durante o primado do sujeito abstrato patrimonial, o corpo foi absolutamente negligenciado como dimensão da personalidade, assim como, aliás, foram ignorados todos os demais aspectos relativos à pessoa e suas necessidades existenciais. Essa realidade foi profundamente alterada pelo movimento de repersonalização do direito civil, que tem na pessoa o núcleo central de todas as preocupações do Direito<sup>9</sup>, em decorrência da consagração da dignidade humana como paradigma jurídico, a orientar também as relações no âmbito privado.<sup>10</sup>

Até a entrada em vigor do Código Civil de 2002<sup>11</sup>, o corpo era protegido contra as investidas lesivas de terceiros, não havendo previsão legislativa sobre os limites e alcance da liberdade sobre o próprio corpo, ou seja, sem qualquer intervenção externa. A autonomia corporal, entendida como a capacidade de autodeterminação da pessoa com relação ao seu próprio corpo, é espécie de gênero autonomia existencial ou extra-patrimonial<sup>12</sup> e pode resultar na disposição do corpo e de partes dele em vida ou para depois da morte. Com efeito, esse tipo de autonomia, baseada na noção de que corpo é mente são elementos indissociáveis do ser, está no centro de importantes controvérsias acerca dos limites e do alcance da liberdade que, muitas vezes, não se encerra na esfera jurídica do seu titular.

9. FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, vol. 35, Rio de Janeiro: PADMA, 2008, p. 107-119 e 160.
10. Sobre a dignidade humana como cláusula geral de tutela da personalidade, a superar as insuficiências do modelo estrutural dos direitos da personalidade, ver TEPELDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-58.
11. Ainda que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 199, § 4º tenha expressamente previsto restrições à autonomia corporal, não há, no contexto constitucional, uma preocupação de ordem pessoal, de modo que a perspectiva de saúde ali representada se volta para diretrizes solidaristas sobre a saúde, não se tratando de limites de autonomia privada.
12. BODIN DE MORAES, Maria Celina. VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. Autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set/dez., 2014.

A respeito da liberdade para dispor do próprio corpo em vida há, com efeito, um campo de intensos debates judiciais e doutrinários, e não há qualquer exagero em afirmar que autonomia corporal constitui uma das mais importantes fontes de dilemas jurídicos atuais nas relações privadas. São muitas as hipóteses concretas que se colocam como centro de divergências sobre os limites que a pessoa tem para dispor do próprio corpo. Diante da redação pouco reveladora dos artigos do Código Civil de 2002 que tratam do tema da integridade psicofísica<sup>13</sup> – em especial do art. 13 e seus conceitos de conteúdo indeterminado, como é o caso dos bons costumes<sup>14</sup> – verifica-se um cenário de profundas indefinições sobre as fronteiras da liberdade corporal e as intervenções que podem ser legitimamente impostas a fim de proteger a pessoa e sua integridade psicofísica. Considerando que muitos atos de autodeterminação corporal não vão necessariamente representar qualquer implicação jurídica para a esfera de terceiros, não é raro que a limitação da liberdade sobre o corpo configure o problema paternalista de tutelar a pessoa contra a sua própria vontade.

Como exemplo desse tipo de circunstância que se encerra na esfera jurídica do próprio titular da situação subjetiva, nas quais a proteção da liberdade da pessoa pode colidir com a sua integridade psicofísica, tem-se os casos de transfusão de sangue a pacientes testemunhas de Jeová, a alimentação forçada diante de greve de fome, as modificações corporais estéticas, as transformações radicais que geraram as tão estudadas figuras do homem lagarto e do homem tigre, práticas corporais, extremas, e não, como a suspensão<sup>15</sup>, tatuagens, *piercings*, *branding*, *cutting*, implantes subcutâneos ou ICTs, além dos *wannabes* ou *amputees by choice*<sup>16</sup>, que amputam voluntariamente seus membros por não os reconhecerem como parte de seu corpo. Como afirma Francisco Ortega, também são formas de modificação corporal o *bodybuilding*, atividades de *fitness* e de *wellness* [...] bem como todo tipo de próteses internas e externas para potencializar ou substituir o funcionamento dos órgãos e o uso cada vez menos distante da nanotecnologia, que promete novos desenvolvimentos no interior do corpo<sup>17</sup>. Nesses casos, tem-se um exercício de liberdade que não gera efeitos diretos e imediatos para a esfera jurídica de terceiros, o que torna ainda mais dramática a discussão sobre limites.<sup>18</sup>

13. "Art. 13. Salvo exigência médica, é desuso o ato de disposição do próprio corpo quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrair os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de esterilização, na forma estabelecida em lei especial. Art. 14. É válida, com objetivo científico ou artístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica".

14. Cf. VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons Costumes no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

15. Prática que envolve a fixação da pessoa a diversos ganhos de metal, inseridos sob a pele e ligados a um conjunto de sondas utilizadas para egerar o corpo a 30 ou 60 cm do chão, de modo seja possível permanecer com seu corpo-sujeito em equilíbrio para cima suportar seu próprio peso, a depender de sua vontade de dirigir ou atuar.

16. Sobre o tema, ver KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no bioterrorismo: os casos dos transexuais e dos wannabes. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 15, jul.-dez. 2003, pp. 41-72.

17. ORTEGA, Francisco. *O corpo: corporalidade, tecnologias médicas e cultura contemporânea*. Rio de Janeiro: Garantia, 2008, p. 57.

18. Sobre os desdobramentos desse tipo de situação e a discussão sobre limites democráticos e paternalismo jurídico, seja consentido remeter à teoria tripla e da autonomia, cuja classificação dos atos de autonomia em atos de eficácia pessoal, de eficácia inter pessoal e de eficácia social, permite fornecer parâmetros concretos para enfrentar os dilemas dessa natureza, admitindo a intervenção para restringir a liberdade apenas nos atos que repercutem na esfera jurídica de terceiros, gerando efeitos diretos e imediatos para terceiros concretamente identificados (eficácia

Para além das hipóteses descritas acima, a questão da transexualidade recebe atenção especial por parte dos civilistas contemporâneos, principalmente após a cirurgia de transexualização se consolidar com status de ato de disposição consentido, o que tornou incontroversa a autorização para a realização do procedimento cirúrgico, respeitados os requisitos impostos pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina. O tema foi enfrentado pioneiramente pelo CFM com a Resolução 1472/1997, e posteriormente pela Resolução 1652/2002, que assentaram o caráter terapêutico do procedimento, fixando critérios rígidos para sua admissão e a inexigibilidade de autorização judicial. Atualmente, encontra-se em vigor a Resolução 2265, de 20 de setembro de 2019, que em seu art. 1º aduz que: "Compreende-se por transgênero ou incongruência de gênero a não paridade entre a identidade de gênero e o sexo ao nascimento, incluindo-se neste grupo transexuais, travestis e outras expressões identitárias relacionadas à diversidade de gênero". Em seguida, considera como identidade de gênero o reconhecimento de cada pessoa sobre seu próprio gênero (§ 1º) e como "afirmação de gênero o procedimento terapêutico multidisciplinar para a pessoa que necessita adequar seu corpo à sua identidade de gênero por meio de hormonoterapia e/ou cirurgias" (§ 5º).

Com o advento do art. 13 do Código Civil, garante-se no plano infraconstitucional a licitude do ato de disposição do próprio corpo nos casos de exigência médica ou finalidade terapêutica.

A atuação do conselho médico teve em vista não só a proteção da integridade psico-física da pessoa transexual, mas também com o objetivo de proteger a atividade médica dos cirurgiões que ficavam sujeitos às penalidades decorrentes da configuração da cirurgia como crime de lesão corporal, já que não havia, até então, qualquer regramento específico que garantisse que o procedimento cirúrgico de mudança fosse tutelado como ato de finalidade terapêutica. De fato, com todas as críticas que são devidas à medicalização e à intensidade de seus efeitos, esse primeiro caminho foi necessário para que a transexualidade pudesse ser tutelada e a redesignação realizada com mais segurança. Através do avanço da medicina para certificar o caráter terapêutico do processo de transexualização, os problemas jurídicos daí decorrentes só se aumentaram, em número e intensidade. Como ficam as questões relativas à identificação pessoal da pessoa após o processo de redesignação sexual diante da ausência de regulamentação jurídica detalhada sobre o tema, especialmente as alterações registrais relativas aos dados sexuais e nominais?

As consequências jurídicas do processo de transexualização tornam explícita a insuficiência das categorias jurídicas tradicionais<sup>16</sup> para tutelar a pessoa diante dos avanços da medicina e das transformações que são próprias do processo de construção da subjetividade. Através de um modelo dualista, o direito civil clássico, de matriz oitocentista, incorporou o sistema de categorias binárias que dividiu o mundo em dois<sup>20</sup>, deixando de fora tudo que não pudesse ser incluído em suas classificações predefinidas. Ou se é coisa ou se é pessoa, ou se é homem ou se é mulher, havendo pouco ou nenhum

interpessoal) ou para a coletividade ou um número indefinido de pessoas (eficácia social). Sobre a teoria, ver VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons Costumes no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

19. V. BARROZA, Heloisa Helena. *Bioética x Biodireito: Insuficiência dos conceitos jurídicos*. In: BARBOSA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Termos de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

20. AGACIANSKI, Sylviane. *Política dos sexos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p.15.

espaço de reserva para as indefinições que são próprias da pessoa que se desenvolve e se transforma livremente. Essa perspectiva, aliada à observação biológica sobre a estrutura morfológica dos órgãos genitais<sup>21</sup>, reservou uma divisão dualista também para a identidade. No momento do nascimento, o sexo morfológico externo será o elemento essencial para a designação da identidade pessoal que constará no registro civil, de modo que serão do sexo masculino aqueles bebês que tiverem pênis enquanto serão do sexo feminino aqueles que tiverem vagina.<sup>22</sup>

Essa visão, que simplifica a natureza complexa do processo de desenvolvimento da pessoa, foi viu recentemente questionada com o nascimento de Searyl Atli, que segundo a imprensa canadense é o primeiro bebê do mundo a não receber um dado sexual identificador em seu cartão de nascimento<sup>23</sup>. Com a intenção de dar ao filhão a oportunidade de descobrir e construir seu gênero ao longo da vida, longe dos rótulos sexuais que são determinados no nascimento, Kori Doty – uma pessoa transgênero não binária que não se identifica com nomes nem no masculino nem no feminino –, agora luta para que o seu bebê, hoje com oito meses, possa ter a identificação de gênero também omitida de sua certidão de nascimento, pelo que haveria um "U" no lugar reservado ao campo "sexo", simbolizando a ideia de "indeterminado" ou "não atribuído".<sup>24</sup>

De fato, o debate sobre a liberdade de gênero na infância e na adolescência suscita importantes controvérsias e vem recebendo grande atenção especialmente na última década, diante do elevado número de casos que referem a dura experiência<sup>25</sup> que as crianças transexuais enfrentam para se adequarem ao gênero oposto à descrição sexual que foi registrada no nascimento. Informações do serviço de saúde britânico indicam que, entre 2014 e 2015, o número de crianças com 10 anos ou menos indicadas para atendimento relacionado a questões de gênero quadruplicou em relação a 2009 e 2010. Do total, 47 crianças tinham cinco anos ou menos. Duas crianças tinham apenas três anos. Segundo a ideia de que é possível diagnosticar precocemente pessoas com TIG – Transtorno de Identidade de Gênero, o Conselho Federal de Medicina, em parecer (manifestação sem

21. BOUROUICE, Pierre. *A dominância masculina*. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 20.

22. O critério de identificação sexual, o sexo civil ou sexo legal, é o sexo morfológico externo, que corresponde à anatomia de seus órgãos genitais. CHOURI, Raul. *Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transexualização*. In: BARROZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo et al. (Org.). *Termos de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 240.

23. A Alemanha foi o primeiro país europeu a oferecer a possibilidade dos pais registrar seu filho como sendo do gênero "masculino", "feminino" e "indefinido". Contudo, a iniciativa legislativa foi duramente criticada por grupos locais militantes dos direitos das pessoas trans, tendo em vista que a lei só prevê tal possibilidade para bebês nascidos com diagnóstico de hermafroditismo, não se dirigindo necessariamente às pessoas transexuais. Iniciativas similares ao gênero indefinido como dado registral podem ser também encontradas na Austrália, onde desde 2011 os pais podem ter o direito de identificá-los com o sexo "X" no passaporte. Na Nova Zelândia, essa mesma medida refere-se ao gênero indefinido e possível desde 2012. Informações disponíveis em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/13/302810\\_alemanha\\_terceiro\\_gênero\\_dg](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/13/302810_alemanha_terceiro_gênero_dg). Acesso em: 14 jul. 2017.

24. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/alemanha/bebe-tera-documento-somente-identificacao-de-sexo-para-decidir-genero-quando-crecer-gh.htm>. Acesso em: 08 jul. 2017.

25. Dado do Sistema Nacional de Saúde do Reino Unido (NHS) também descreve que a violência que essas crianças sofrem na vida social, especialmente no ambiente escolar, alia ao estigma em torno da questão faz com que essas crianças e adolescentes estejam mais suscetíveis a problemas psicológicos. Em pesquisa publicada em 2014, registrado-se o assombroso número que indica que 59% dos jovens transexuais sofreram com autolagelação, um total muito superior à média geral de 9% para a faixa etária de 16 a 24 anos. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/16/0119\\_menina\\_transfobia\\_rm](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/16/0119_menina_transfobia_rm). Acesso em: 10 jul. 2017.

caráter resolutivo<sup>26</sup>, orienta a conduta a ser adotada no tratamento com terapia hormonal para travestis e transexuais desde a infância até a fase adulta, a fim de facilitar o processo de puberdade nesses casos.

Mas a notícia sobre o bebê canadense sem gênero representa um processo mais profundo do que apenas a aceitação médica de que as crianças também podem sofrer com questões de gênero. Na realidade, essa iniciativa traduz a experiência de gênero como produto de vivências subjetivas e não como resultado de uma observação de ordem biológica<sup>27</sup>. A identidade de gênero não pode ser definida a partir do critério do sexo civil, ou sexo morfológico externo. Aliás, qualquer tentativa de definir a identidade de gênero de uma pessoa a partir de dados relativos ao sexo estará fadada ao fracasso, já que o gênero é fluido, construído ao longo da existência, e não será necessariamente condicionado por fatores de ordem biológica, como é o caso do sexo.

Trata-se, também, de importante tendência de superar o modelo patologizante que se colocou inicialmente sobre o fenômeno da transexualidade, ainda que a sua configuração inicial como patologia tenha permitido uma série de garantias que dizem respeito à prática cirúrgica, caminha-se felizmente para a superação dessa perspectiva paternalista, que esvazia a autonomia a pessoa transexual que deseja realizar a transição de gênero ao admitir que tal condição e seus efeitos estão ligados à ideia de cura e de eficiência do procedimento terapêutico empregado. Como afirma Márcia Aran: "Não podemos estabelecer a priori que transexuais padecem de uma patologia ou são necessariamente, por uma questão de estrutura, psicológicos. A clínica psicanalítica nos ensina que, antes de tudo, devemos escutar e basicamente tentar acolher as diversas manifestações das subjetividades".<sup>28</sup>

Daí decorre que o processo de transgenitalização não precisa ser apenas cirúrgico, como muito equivocadamente se acreditava<sup>29</sup>. Na realidade, a transgenitalização pode ser cirúrgica, medicamentosa com a terapia hormonal, ou apenas comportamental. Pode ainda englobar essas três modalidades. Isso significa que a passagem do gênero masculino para o feminino, ou o contrário, não precisa seguir um rígido protocolo terapêutico de um único caminho, dado que vem sendo refletido na experiência estrangeira legislativa e judicial e começa a ser adotado também pelos tribunais brasileiros. Como se verá adiante, quer se trate de procedimento cirúrgico, quer se trate de procedimento

26. Parecer 8/13 dado em processo-consulta 32/12, do Conselho Federal de Medicina.

27. As informações narradas podem ser encontradas na reportagem que descreve a experiência de Danni, que afirmava não gostar de ser um menino e viveu um momento traumático quando, aos 3 anos, foi encontrado pela mãe com uma tesoura na mão dizendo que queria cortar o pênis. A partir desse episódio, sua mãe, Kerry McEachern, passou a acreditar que seu filho(a), de fato, era transexual, engajando-se e buscando apoio para apoiar Danni nas suas questões de gênero. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/16/0119\\_materna\\_transubstancia\\_mn](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/16/0119_materna_transubstancia_mn). Acesso em: 10 Jul. 2017.

28. Sobre a ética, prossegue a autora "mas não, não podemos – em nome de uma antiga forma de organização social, que algures preferem chamar de Iei – impor de forma violenta um diagnóstico psiquiátrico ou realizar uma interpretação psicanalítica, apenas para manter o nosso horizonte simbólico intocável". ARAN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. *Agora: Estudos em Teoria Psicanalítica*, vol. 9, n. 1, 2006, p. 59.

29. Assim como não há uma única definição para a pessoa transexual. Em perspectiva crítica a medicalização na questão transexual, ver, especialmente, BENTO, Berenice. A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006, *passim*.

terapêutico ou comportamental, as consequências jurídicas decorrentes do processo de redesignação de sexo/gênero constituem o cerne do debate sobre a proteção do direito ao esquecimento da pessoa transexual. Dentre os critérios apontados para o livre desenvolvimento da personalidade em seu viés corporal, a finalidade terapêutica ou exigência médica assume posição hierarquicamente superior aos demais, uma vez que diante de sua constatação tornam-se irrelevantes as considerações acerca da diminuição permanente da integridade ou dos bons costumes.

Por tal razão, a necessidade médica será o meio através do qual o ato de disposição do próprio corpo se torna, per si, um ato juridicamente válido, assegurado pelos imparitivos de proteção à dignidade. Assim é que

[...] este critério permite que a inviolabilidade seja quebrada em nome da proteção da vida ou da integridade psicológica, na perspectiva de um sacrifício a ser admitido em nome de um bem maior. O ato de disposição, nesse caso, mostra-se necessário, uma vez que, segundo a avaliação médica, visa à recomposição da saúde do paciente, elemento inovável de sua dignidade. O legislador autoriza e realiza, ele próprio, a ponderação de princípios.<sup>30</sup>

A finalidade terapêutica da cirurgia lhe confere o status de ato autorizado de disposição sobre o próprio corpo. Tal concepção é recente e posterior à Resolução 1.482/97 (seguida pela Resolução 1.652/02 e posteriormente pela Resolução 2265/2019) do Conselho Federal de Medicina, que assentou o caráter terapêutico do procedimento, fixando critérios rígidos para sua admissão e, ainda, ressaltou a inexistibilidade de autorização judicial.

### 3. IDENTIDADE E TRANSEXUALIDADE: TRAJETÓRIA E DESAFIOS

A compreensão de que a cirurgia de transgenitalização é um imperativo terapêutico não é suficiente para amparar juridicamente o indivíduo transexual. A ponderação autorizada pelo legislador não traz a exigência médica como uma razão preponderante em todos os aspectos que envolvem a questão. Assim, o tema das consequências jurídicas da transexualidade – alteração de prenome e sexo no Registro Público – não gozava de comodidade nos tribunais brasileiros ate a recente decisão do Supremo Tribunal Federal.<sup>31</sup>

Na trajetória de reconhecimento de direitos da pessoa transexual, a alteração do prenome esteve respaldada na possibilidade de alteração do nome em razão da não exposição do sujeito ao ridículo pelo prenome,<sup>32</sup> cujo fundamento configura-se como *ratio iuris* imperativa nas decisões dos tribunais brasileiros. Entretanto, a mudança do status sexual no registro público não gozava da mesma conformação, encontrando forte

30. BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina.; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. 1, p. 37.

31. Em 2018, no Recurso Extraordinário (RE) 670422, com repercussão geral reconhecida, o STF reafirmou a possibilidade de alteração do registro civil de pessoas transexuais, diretamente via administrativa, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. O STF aplicou ao recurso o entendimento fixado anteriormente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, sobre o mesmo tema.

32. Tal entendimento vem da interpretação do artigo 55, parágrafo único, e artigo 58, *caput*, da Lei de Registros Públicos, Lei. 6.015/73.

divergência jurisprudencial<sup>33</sup>. Não raro as decisões problematizavam, principalmente em casos nos quais a transgenitalização fora feita do masculino para o feminino, se haveria de fato, após a cirurgia, uma figura feminina, ou apenas uma aparência sugestiva do gênero, mas faticamente irreal.

Nesse sentido, em agosto de 2007, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ decidiu, por unanimidade, que ninguém que tenha sido submetido à cirurgia de transgenitalização pode obter judicialmente a alteração do sexo civil no Registro Público sem que a mesma reste averbada. Isto é, a alteração do sexo para que o Registro guarde correspondência com a nova realidade do transexual deverá ser assentada de tal modo que seja registrada a razão jurídica da alteração, com consequente referência à situação sexual anterior.

A decisão, no Recurso Especial 678.933,<sup>34</sup> foi provocada pela determinação, por parte da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul de retificação no assento de nascimento do requerente que, após procedimento de transgenitalização, pleiteava a mudança de nome masculino “Paulo César” para o feminino “Cristiane” e de sexo masculino para o sexo feminino. O acórdão dispôs, ainda, sobre a vedação de referência da situação anterior do requerente em futuras certidões fornecidas, a não ser por requerimento judicial ou do próprio autor.

A referida decisão do Superior Tribunal de Justiça não inovou na agenda conservadora das decisões que versam sobre as consequências jurídicas da transsexualidade, mas surpreendeu e ensejou comentários diante da equivocada violação da autodeterminação corporal como expressão da privacidade. O impacto da decisão residiu, precisamente, numa ideia característica e bastante peculiar da autonomia privada, cuja intimidade deveria ser violada para que não se produzisse uma indignidade institucionalizada juridicamente.

Em seu voto, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito contra-argumentou a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que buscou preservar a intimidade, a imagem, e, por que não dizer, a estabilidade emocional e psíquica do transexual que realizou a intervenção cirúrgica, determinando a não averbação no livro de Registro, garantindo assim a segurança jurídica necessária a quem de fato transformou-se não apenas fisicamente, mas emocionalmente e juridicamente.

33. TJRS, Ap. Cível 70014179477, 8ª Câm. Cível, Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, julgado em 24/08/2006; TJRJ, Ap. Cível, proc. n. 2006.001.61.104, 6ª Câm. Cível, Rel. Des. Francisco de Assis Pessanha, j. em 13/08/2007; TJRJ, Ap. Cível, proc. n. 385049927, 2ª Câm. Cível, Rel. Des. Mario Rocha Lopes, j. em 19.12.1985. Contraintendimento, Ap. Cível, proc. n. 385049927, 2ª Câm. Cível, Rel. Des. Mario Rocha Lopes, j. em 19.12.1985. Contraintendimento, em decisão do TJRJ: Ap. Cível, proc. n. 2007.001.24198, 16ª Câm. Cível, Rel. Des. Mônica Costa Di Piero, j. em 07.08.2007.

34. Ementa da decisão: “Mudança de sexo. Averbação no registro civil. 1. O recorrido quis seguir o seu destino, e, agente de sua vontade livre, procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada de necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente e que seria preconceito, discriminação, oprobrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luta do espírito. 2. Recurso especial conhecido e provido.”

Embora sustente que “[...] julgamentos dessa natureza precisam ser postos sempre debaixo do amor pela humanidade” e são orientados pelo “[...] critério da igualdade de direitos e da fecunda compaixão que deve unir todos os homens na realização plena de sua natureza pessoal e social”, o relator em outros momentos não pareceu estar guiado apenas por estes pontos de vista:

[...] Não creio que os argumentos postos no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tenham substância capaz de justificar a conclusão que acolheu, particularmente com a inteligível comparação com a mulher que por qualquer patologia não pode gerar. Aquela que não pode gerar tem a mesma benção da sua natureza daquela que pode. Ao dom da criação, que homem e mulher repartem, com a fecundação, fruto de amor e entrega, de doação e unidade, não se nega a origem nascida nem se esconde fato resultante de ato judicial. Não se trata de ato submetido ao registro civil. Não se trata de modificação da sua natureza gerada. (grifou-se).

Os argumentos jurídicos que funcionam como invólucro de uma reprodução histórica das categorias socialmente estigmatizadas pela moral sexual sustentam que há, nas hipóteses de alteração dos dados registrais, conflito entre a segurança jurídica, cuja garantia viria da veracidade que carrega o Registro Público, e o direito à privacidade, isto é, do caso em tela não ter o transexual a exposição do processo de adequação ao qual se sujeitou publicizado à sua revelia.

O registro público, como se sabe, deve ser a máxima expressão da verdade dos fatos da vida. A modificação da natureza gerada, como apontado na decisão, é um fato da vida que não se altera diante da averbação ou não. Ocorre “no mundo da vida”, e para isso sequer necessitou de autorização judicial, o compromisso com a verdade está em possibilitar a alteração do prenome e do sexo, mas não passa, ainda que se tente sustentar, pela averbação de que esta alteração “fora oriunda de decisão judicial.”

Entretanto, a análise da argumentação do acórdão revela que a dicotomia está não entre preservar os direitos da sociedade no conflito que venham a ter com os direitos à intimidade de qualquer indivíduo, mas sim entre quem possui um corpo sexual natural, que se gesta no processo da fecundação, e aqueles que possuem o corpo sexual modificado.

Ao obrigar a publicização, nosso Judiciário remonta ao conceito de interdição, re-aliado pelo poder, que Foucault já expunha na análise da história da sexualidade, uma busca pela permanente domesticação do corpo cuja fórmula se realiza pela “ameaça de um castigo que nada mais é que sua supressão”:

O ciclo da interdição: não te aproximes, não toques, não consumas, não tenhas prazer, não fales, não apareças; em última instância não existirás, a não ser na sombra e no segredo. Sobre o sexo, o poder só faria funcionar uma lei de proibição. Seu objetivo: que o sexo renunciasse a si mesmo. Seu instrumento: a ameaça de um castigo que nada mais é que sua supressão. Renúncia a si mesmo só pena de seres surpreendidos; não apareçam se não quiser desaparecer. Tua existência só será mantida à custa de tua anulação. O poder opõe o sexo exclusivamente através de uma interdição que joga com a alternativa entre duas inexistências.<sup>35</sup>

Não basta para assegurar a autodeterminação corporal que seja lícita a intervenção cirúrgica, é preciso contemplar a tutela integral do indivíduo transexual, reconhecendo

35. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: A vontade de saber*, v. 1, Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988, p. 94.

que a publicidade sobre a alteração de seus dados pessoais realiza, no mais alto grau, a fragmentação dos atributos pessoais tutelados. Isso porque, como já visto, não existe espaço de desenvolvimento pessoal autônomo sem respeito à esfera privada. Certamente, se a finalidade terapêutica da cirurgia de transgenitalização confere licitude à alteração sexual, toda a tutela jurídica deve voltar-se para que a nova situação do indivíduo transexual seja também, e obrigatoriamente, plenamente revestida de proteção.

Felizmente, esta não foi a direção predominante nos nossos tribunais. As barreiras impostas à retificação do registro civil dos transexuais diminuiram cada vez mais, discutindo-se, inclusive, sobre a necessidade de realização da cirurgia de transgenitalização. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já se manifestou sobre a questão, decidindo que é perfeitamente possível a alteração antes da cirurgia, com base no direito à identidade pessoal e no princípio da dignidade humana. No julgado restou firmado que “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 pessoal”.<sup>36</sup>

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também já manifestou entendimento favorável à retificação de registro civil para modificação do nome e do sexo de pessoa transexual não submetida à cirurgia de transgenitalização por decisão pessoal baseada na dificuldade da sua realização e os riscos inerentes do procedimento. Após prolação da sentença que indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo sem exame de mérito, o Tribunal reformou a decisão para permitir que Paulo Henrique substituísse seu prenome por Ana Evangelista, bem como a menção ao sexo masculino pelo feminino. A partir de interpretação constitucional do art. 58 da Lei de Registro Público, entendeu-se que “não permitir a mudança registral de sexo com base em uma condicionante meramente cirúrgica equivale a prender a liberdade desejada pelo transexual às amarras de uma lógica formal que não permite a realização daquele como ser humano”.<sup>37</sup>

Conforme se viu, o direito à alteração do nome e do sexo merecem tutela na medida em que atende à identidade pessoal objetivamente externada pelo requerente. Nessa linha não há obice para o deferimento do pedido independentemente da realização da cirurgia ou mesmo do processo transexualizador<sup>38</sup>. Enquanto se discute a questão, as instâncias executivas têm admitido que transexuais e travestis adotem o chamado *nome social* em atos e procedimentos da Administração pública direta, indireta, autárquica e fundacional. O nome social é aquele pelo qual as pessoas se identificam e são identificadas socialmente. Apesar de configurar medida paliativa, o nome social tem se demonstrado como única maneira de assegurar que pessoas transexuais e travestis possam se identificar socialmente sem sofrer constrangimento e humilhação em diversas situações e acabou

36. BRASIL. Tribunal de Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70022504849, Oitava Câmara Cível, Relatoria: Desembargador Rui Portanova, julg. 16 abr. 2009.

37. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0013986-23 2013.8.19.0208, 17<sup>ª</sup> Câmara Cível, Relatoria: Des. Edson Aguiar de Vasconcelos, julg. 21 mar. 2014.

38. Sobre o processo transexualizador, cf. Heloisa Helena Barboza. *Procedimentos para redesignação sexual: um processo biologicamente inadequado*. Rio de Janeiro: s.n., 2010. Disponível em: <http://ara.icict.fiocruz.br>. Acesso em: jun. 2017.

se difundido em diversas Universidades<sup>39</sup> brasileiras<sup>40</sup> e Instituições de relevância social, como a Ordem dos Advogados do Brasil<sup>41</sup>, o que demonstra a urgente necessidade de lei regulamentadora sobre o tema, que permita que as pessoas transexuais possam alterar seu prenome e sexo sem depender de artifícios paliativos.

Abalizada doutrina já enfrentou o tema da alteração do nome da pessoa transexual. Anderson Schreiber leciona em relação à alteração do nome de transexuais que “a hipótese insere-se, a toda evidência, no âmbito de aplicação do art. 55, parágrafo único, da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), que autoriza a alteração do nome que expõe o sujeito ao ridículo”. Defende, neste sentido, que “não há sequer a necessidade de recorrer aos princípios constitucionais, extraíndo-se claramente da legislação infraconstitucional a possibilidade de alteração do nome que submetta a pessoa a constrangimento”<sup>42</sup>. O fundamento, portanto, autorizador da mudança do nome se assenta na vedação a discriminação e constrangimento do portador do nome não compatível com a identidade externada pela pessoa.

À luz do princípio da dignidade da pessoa humana, advoga Luiz Edson Fachin que não parece adequado “tornar a cirurgia condição *sine qua non* para a mudança de nome e sexo, pois, se assim fosse, de algum modo o sujeito sofreria uma violação a um direito. Se não aceitar realizar a cirurgia terá seu direito ao nome e identidade negados, se fizer a cirurgia para que então possa ter reconhecido seu direito ao nome e sexo, terá seu direito ao corpo agredido”. Assim, defender a possibilidade de alteração de registro civil mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização é garantir e promover a dignidade da pessoa transexual, eis que “configura-se como infração ao direito ao próprio corpo que se exija da pessoa transexual a cirurgia de redesignação sexual, para que só então tenha direito à mudança do nome e sexo em seu registro civil”.<sup>43</sup>

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que os transexuais têm direito à alteração do registro civil independentemente da realização de cirurgia de adequação sexual, “que pode inclusive ser inviável do ponto de vista financeiro ou por impedimento médico”, fundamentando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como nos direitos à identidade, à não discriminação e à felicidade.<sup>44</sup>

39. Desde 2015, a Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio, reconhece formalmente o nome social de pessoas transexuais. Informações disponíveis em: <http://assessoria.vtc.puc-rio.br/cg/cguia/exe/sy/start.htm?infoid=41690&rsid=255>. Acesso em: 15 jul. 2020.

40. Em matéria publicada no dia 17 de maio de 2016, das 63 universidades federais brasileiras, somente 13 não tinham nenhuma resolução interna a respeito do nome social. Disponível em: <http://g1.globo.com/educar/av/noticia/14-universidades-federal-nao-tem-resolucao-para-uso-do-nome-social.ghtml>. Acesso em: 04 jan. 2017.

41. A Resolução n. 7, de 07 de junho de 2016, permite que advogados travestis e transexuais usem o nome social no registro da ordem, bem como na publicidade profissional que promover ou nos cartões e material de escritório de que se utilizar.

42. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Ed. Atlas, 2011, p. 200-201.

43. FACHIN, Luiz Edson. O corpo do registro no direito do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, jul./set., 2014, p. 54-55.

44. O entendimento firmado pela Quinta Turma da Corte acolheu o pedido de modificação de prenome e de gênero de transexual que apresentou indicação psicológica para demonstrar sua identificação social como mulher, devendo “avaliação deve ser realizada no assentimento de nascimento original com a indicação da determinação judicial, proibida a inclusão, ainda que sigilosa, da expressão ‘transexual’, do sexo biológico ou dos motivos das modificações registrais”. Ressaltou-se, ainda, que apesar de não ter sido submetida à cirurgia, a autora “realizou intervenções hormonais e cirúrgicas para adequar sua aparência sua aparência física à realidade psíquica, o

Assim, a imposição de requisitos como a submissão à intervenção cirúrgica ou a sujeição ao processo transsexualizador são dispensáveis para fins de alteração do nome no registro civil, tendo em vista que o que realmente importa é a expressão da identidade pessoal objetivamente exteriorizada. Não é um discurso médico ou um ato de disposição do próprio corpo que legitima a mudança do nome, mas sim a autodeterminação existencial projetada no meio social.

Após todo esse percurso, finalmente, o STF entendeu pela possibilidade da alteração do nome e gênero no assento de registro civil sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, nos termos do julgamento da ADin 4275, no qual, segundo voto do Min. Relator Marco Aurélio, restou julgada procedente para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patológicos, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Posteriormente, foi publicado o Provimento n. 73 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN).

Veja-se que o tema também foi enfrentado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso Christine Goodwin versus United Kingdom.<sup>43</sup> Christine nasceu com o sexo morfológico masculino e passou por cirurgia de mudança de sexo para adequar suas dimensões físicas àquela psíquica. Apesar disso, Christiane, à semelhança do caso julgado pelo STJ, não teve seus direitos igualados aos das mulheres inglesas, em especial a idade menor para aposentadoria. Da mesma forma, toda vez que seu empregador perquiria sobre seu número de seguro social e tomava conhecimento de seu registro como sendo do sexo masculino, Christine era demitida, sendo alvo de profundas manifestações discriminatórias e comentários preconceituosos.

Não sem razão, Christine ingressou com reclamação junto à Corte Europeia dos Direitos Humanos alegando ofensa ao artigo 8º, já citado, por ausência de regulação pelo Estado que lhe permitisse ter um tratamento condizente com sua dignidade pessoal, quer por omissão legislativa, quer por inadequação das medidas tomadas pelo Executivo. Na base de sua argumentação estava o fato de que o Estado Britânico, apesar de múltiplas recomendações dos Tribunais, maninha-se inerte em relação a medidas eficazes para findar o sofrimento dos que, como ela, teriam feito operação de transgenitalização.

Christine relatou que a falta de reconhecimento legal para o seu novo estado psíquico-físico acarretou uma série de humilhações de discriminações que dirigidas

que gerou dissonância evidente entre sua imagem e os dados constantes do assentamento civil". Em razão de segredo de justiça, o número do processo não foi divulgado. As informações exaustas foram publicadas no site eletrônico da Corte em 09 de maio de 2017 e se encontram disponíveis em: [http://www.ejts.jus.br/sites/STJ/decis/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%A7a/Decis/Transsexuais-16C3%AA-direito-%C3%A0-alter%C3%A7%C3%A3o-do-registro-civil-sem-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-cirurgia](http://www.ejts.jus.br/sites/STJ/decis/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%A7a/Decis/Transsexuais-16C3%AA-direito-%C3%A0-alter%C3%A7%C3%A3o-do-registro-civil-sem-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-cirurgia). Acesso em: 24 maio 2017.

43. Application no. 28957/95; judgment Strasbourg, 11/07/2002. Disponível em: <http://cmisipr.cchr.coe.int/kip197/view.asp?item=&portal=hbkms&action=html&highlight=scx&sessionid=25662144&rskin=luodes-en>.

a ela. Isso porque em diversas circunstâncias presentes em seu cotidiano Christine se deparava com fatos que constituiam uma intolerável diferença em relação às demais mulheres como ela, como, por exemplo, o procedimento especial que lhe era imposto junto ao serviço social quando tinha que consultar algum dado pessoal, o tempo para a aposentadoria que lhe era exigido (dos homens e não das mulheres) e ainda o valor do seguro de carro que tinha que pagar (como homem era mais elevado do que como mulher).

Christine também referiu que haveria um grande perigo e não menor prejuízo para sua pessoa se seu empregador pudesse rastrear seus dados a partir do número do cartão do seguro social. Ela, inclusive, culpava o fato de não conseguir estabilizar sua situação como profissional, por repetidamente ter sido dispensada de trabalhos em consequência de sua dualidade de gênero. Em sua defesa, ela citou o voto de Justice Chisholm, da Corte Australiana, que afirmou:

[...] não há princípio legal capaz de sustentar que a lei australiana não deva regular o matrimônio entre pessoas que foram um dia do mesmo sexo. Pensar desta forma (não regular a questão) criaria uma inconsistência indefensável entre a lei australiana sobre casamento e as demais leis australianas. Levaria o país em direção inversa à que é seguida entre os países da Europa. Mas mais do que tudo, iria impor grande sofrimento a pessoas que já tiveram a sua parcela de infelicidade.

[...] as palavras "homem" e "mulher" têm um sentido contemporâneo, que não segue uma fórmula específica. Certamente a diferença de gênero não é uma questão de direito, como também não se limita à uma questão médica ou psiquiátrica. Na realidade, todos os elementos deste quebra-cabeça devem ser considerados para o fim de determinação do sexo, incluindo-se o sexo natal, e ainda a percepção do sujeito sobre si mesmo papel que a pessoa desempenha em sociedade, qualquer tratamento utilizado para uma nova determinação de gênero e as condições biológicas, físicas, psicológicas da pessoa<sup>44</sup>.

A Corte entendeu que no caso de Christine deveria avaliar se o Estado Britânico tinha ou não falhado com relação a obrigação de garantir o direito da reclamante, uma

44. Tradução livre do original: "I see no basis in legal principle or policy why Australian law should follow the decision in Corbett. To do so would, I think, create indefensible inconsistencies between Australian marriage law and other Australian laws. It would take the law in a direction that is generally contrary to development in other countries. It would perpetuate a view that flies in the face of current medical understanding and practice. Most of all, it would impose indefensible suffering on people who have already had more than their share of difficulty, with no benefit to society. Because the words man and woman have their ordinary contemporary meaning, there is no formulaic solution to determining the sex of an individual for the purpose of the law of marriage. That is, it cannot be said as a matter of law that the question in a particular case will be determined by applying a single criterion, or limited list of criteria. Thus it is wrong to say that a person's sex depends on any single factor, such as chromosomes or genital secretions (some limited range of factors, such as the state of the person's gonads, chromosomes or genitals (whether at birth or at some other time). Similarly, it would be wrong in law to say that the question can be resolved by reference solely to the person's psychological state, or by identifying the person's brain sex. To determine a person's sex for the law of marriage, all relevant matters need to be considered. I do not seek to state a complete list or suggest that any factors necessarily have more importance than others. However the relevant matters include, in my opinion, the person's biological and physical characteristics at birth (including gonads, genitals and chromosomes); the person's life experiences, including the sex in which he or she was brought up and the person's attitude to it; the person's self-perception as a man or a woman; the extent to which the person has functioned in society as a man or a woman; any hormonal, surgical or other medical sex-reassignment treatments the person has undergone, and the consequences of such treatment; and the person's biological, psychological and physical characteristics at the time of the marriage... For the purpose of ascertaining the validity of a marriage under Australian law the question whether a person is a man or a woman is to be determined as of the date of marriage..."

transexual, de receber o devido respeito em sua vida privada, especialmente pela falta de regulação da situação de sua nova opção sexual. A Corte observou já ter avaliado outras reclamações de transexuais em face do Reino Unido, citando *Cossey v. United Kingdom* em outubro de 1986 e *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom* em julho de 1998. Em tais precedentes foi considerado que a recusa do Reino Unido em alterar os registros de nascimento, ou em conceder novos registros de nascimento com alteração de sexo, não poderia ser considerada como uma ofensa ao direito de identidade e de privacidade dos reclamantes.

Nestes casos anteriores fora observado que a autoridade pública tomara providências para minimizar intromissões indesejadas na privacidade dos reclamantes, como, por exemplo, permitir que estes tirassem carteira de motorista, passaporte e outros documentos com seus novos nomes e gêneros. Enfim, não havia ficado provado que o Estado de alguma forma, em função de não existir uma lei específica para tratar do problema dos transexuais, houvesse falhado e causado algum dano concreto aos reclamantes.

Portanto, a Corte entendeu que o exame dos fatos deveria sempre levar a uma análise dinâmica da situação reclamada, para que a Convenção Internacional dos Direitos do Homem não vira-se letra morta, entendendo ainda que o problema dos transexuais era sério e grave e necessitava de medidas apropriadas. A Corte relatou que Christine havia nascido homem, mas fizera a cirurgia de transgenitalização. Entretanto, para fins legais, permanecera como homem e isto acarretou efeitos concretos, que se materializavam de forma incisiva toda vez que perante o sistema legal fosse relevante a determinação do sexo, como na área do pensionamento e aposentadoria (ela teve que continuar a pagar seu seguro social até a idade de 65 anos, quando como mulher aos 60 poderia se aposentar).

Além disso, observou a Corte que haveria uma séria interferência na vida privada da reclamante em função de conflitos surgidos entre a lei vigente no país reclamado e aspectos específicos da nova personalidade da transexual, causando-lhe estresse e angústia em função de aspectos puramente formais, fato que não poderia ser taxado como pequenas inconveniências como pretendia o Estado britânico. Com efeito, os aspectos formais relativos à identificação de Christine foram afastados diante da necessidade de sua tutela integral, ao contrário do que ocorreu no julgado anterior, onde se verificou que a garantia das formalidades era a sentença de interdição do indivíduo transexual.

No caso em tela, a cirurgia de mudança de sexo foi paga com recursos públicos, reconhecida a disparidade entre sexo-nascimento e sexo-amadurecimento, que deveria ser corrigida através da cirurgia, mas igualmente este processo médico deveria permitir a assimilação mais próxima do possível do gênero biológico ao gênero percebido pelo transexual como aquele ao qual pertenceira. A Corte reconheceu que, apesar de fornecer a cirurgia, o Estado não permitia, através da necessária mudança legal, que o transexual pudesse obter um completo reconhecimento social como pertencente ao novo gênero. Faltaria, portanto, coerência ao Estado para lidar com este problema. Se o Estado permitia e financiava a mudança cirúrgica do sexo seria ilógico que este mesmo Estado se recusasse a reconhecer as implicações legais do resultado do tratamento prestado.

Percebe-se, portanto, a insuficiência do critério exigência médica para promover a efetiva proteção do indivíduo transexual. É imprescindível que, a partir da disposição sobre o corpo por razões terapêuticas, a tutela jurídica da pessoa possa abranger, integralmente, as novas demandas do corpo transformado.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: ESQUECIMENTO E RECOMEÇO

Na sociedade contemporânea, acentua-se a possibilidade da pessoa se reinventar de acordo com seu projeto de vida boa. No passado, os desígnios da vida pareciam atar o sujeito a um imobilismo social e dentro de determinados padrões morais que o atrelavam a uma vida desenhada antes de seu nascimento e que arrebia seus desejos e interesses diante de uma sociedade que se esforçava para ser homogênea. A pluralidade, estampada na Constituição brasileira de 1988, reforça, em terreno jurídico, a mudança dessa concepção no meio social, no qual a busca pela felicidade e autorrealização existencial são pilares da liberdade e da dignidade albergada no texto constitucional.

Uma vida de reinícios pressupõe o controle temporal dos dados pretéritos, de forma a permitir que a pessoa não seja perseguida eternamente pelas pegadas do passado, salvo para fins juridicamente justificáveis. Em outros termos, a evolução pessoal, às vezes, depende do esquecimento social, de maneira a impulsivar o indivíduo a rastrear seus próprios desígnios e revelar que a dinâmica social contemporânea impõe a identidade pessoal seja moldada a partir do tempo presente no qual encontramo-nos amalgamados.

O 'direito ao esquecimento' representa uma alegoria, uma vez que não se trata de esquecer o passado, como se fosse possível apagar memórias da mente humana, mas de controlar o acesso e a divulgação, sobretudo de dados sensíveis, de maneira que a incessante busca pela realização existencial de cada pessoa se dé sem as correntes de um passado que pode se tornar estigmatizante e discriminatório. A pessoa transexual é um bom exemplo de como para a afirmação da identidade de gênero se torna indispensável, não raras vezes, a ocultação do sexo biológico. O forte preconceito social impede que os transexuais possam livremente viver sua identidade de gênero, na medida em que diversos são os obstáculos colocados para o pleno desenvolvimento de sua personalidade, aviltando, assim, sua própria dignidade.<sup>47</sup>

Fundamental refletir sobre a atuação do Direito na proteção efetiva da pessoa transexual, concretizando os princípios constitucionais da liberdade, da igualdade substancial e não discriminatória, todos imantados pelo valor-guia da dignidade humana. Indispensável, portanto, compreender que o 'esquecimento' é essencial para a promoção da dignidade das pessoas transexuais<sup>48</sup>, por meio de mecanismos que permitam o reconhecimento jurídico de sua identidade de gênero (tutela positiva) como a possibilidade de realização da

47. Seja consentido reterer a CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de, ALMEIDA, Vitor. O direito ao esquecimento da pessoa transexual. In: TEFEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brocado; ALMEIDA, Vitor. (Org.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2017, p. 65-95.

48. Esse é o sentido do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que assim dispôs: "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento". Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Cocid/jornadas-cej/vi-jornada.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2016.

cirurgia de transgenitalização e a mudança de nome e de gênero no registro civil, mesmo sem a prévia realização da cirurgia, ou através de interpretações que não se transformem em punição em razão de sua história (tutela negativa), a exemplo dos marcadores do sexo em biológico presentes em certidões de nascimento, conforme decisões mais antigas, ou de imagens em redes sociais ou em outras plataformas que não permitem a recomeçar da vida de uma pessoa transexual. O direito de existir (*rectius: resistir*) do transexual exige uma tutela integral da sua identidade, inclusive para reconstruir sua história a partir do gênero que o constitui e o identifica perante a sociedade.

## COMO OS TRIBUNAIS BRASILEIROS TÊM TRATADO AS ATITUDES DISCRIMINATÓRIAS, SOB AS LENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL?

*Nelson Rosewald*

Pós-Doutor em Direito Civil pela Universidade Roma-Tre-IT. Pós-Doutor em Direito Sociário pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito Civil da PUC/SP. Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Professor do Doutorado e Mestrado do IDP-DF.

*Felipe Peixoto Braga Netto*

Pós-Doutor em Direito Civil pela Universidade de Bolonha (*Alma Mater Studiorum*). Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ; Mestre em Direito Civil pela Universidade de Pernambuco; Procurador da República em Minas Gerais; professor da Escola Superior do Ministério Público da União - FESMPU.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. As múltiplas facetas discriminatórias. 2.1 Discriminações em virtude do sexo. 2.2 Discriminações em virtude da cor da pele. 2.3 Discriminações em virtude de orientações sexuais e identidade de gênero. 2.4 Discriminações em virtude da origem geográfica. 2.5 Discriminações em virtude de opções religiosas. 2.6 Discriminações em virtude de condições físicas, idade etc. 3. Liberdade para quê? Um progressivo amparo jurídico-constitucional dos aspectos existenciais da vida humana. 4. Conclusão: Em defesa do pluralismo: o espaço jurídico da valorização da diferença. 5. Referências.

<sup>1</sup>Numa sociedade discriminatória como a que vivemos, a mulher é diferente, o negro é diferente, o homossexual é diferente, o transexual é diferente. Diferente de quem trouxe a mola, porque tinha poder para se espelhar e não o retratava?

(Ministra Cármen Lúcia - STF-2019-ALI/26)

### 1. INTRODUÇÃO

Não parece necessário muito esforço argumentativo para evidenciar a clara repulsa de nossa Constituição às atitudes discriminatórias. Sejam expressas através de ações (como mais frequentemente ocorre) ou de omissões, não importa. A Constituição da República, cujo fundamento, entre outros, é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), repudia quaisquer condutas que trilhem a estrada do menosprezo a pessoa humana, sua redução a tipos com propósitos ultrajantes ou isolacionistas.

Nossa Constituição tem como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I), garantir o desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), erradicar a pobreza, a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3º, III), promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV). Desigualar pessoas, a luz