

TRANSEXUALISMO: o Direito à Vida Feliz¹

Patrícia Borges Moura

O presente trabalho pretende propor uma reflexão acerca de um tema relevante, não só pela polêmica que há em torno do assunto, mas porque coloca em questão um dos direitos inerentes à pessoa humana: exercer livre e dignamente o seu estado sexual.

Nesse contexto, em um primeiro momento, abordaremos a questão do transexual, inserido em uma sociedade complexa, em que predomina o comportamento heterossexual, o que o erige, não só a uma situação de “ser diferente”, já que possui um comportamento sexual diverso dos padrões

¹ O presente ensaio jurídico foi elaborado como instrumento de avaliação para a disciplina de Bioética e Constituição, ministrada pela Prof^ª. Dr^ª. Maria Cláudia Crespo Brauner, no Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – Unisinos. São Leopoldo/RS, agosto de 2001.

normais para essa sociedade, mas, também, o tornando alvo de preconceito e discriminação, tornando-o, igualmente, uma pessoa completamente infeliz, impossibilitando a sua integração com o meio social.

Sob este aspecto, procuraremos demonstrar o quanto faz-se necessário que o ordenamento jurídico pátrio busque se adequar aos avanços na área da Biologia e da Medicina, que já tornaram viável a redesignação do estado sexual daqueles que apresentam certa anomalia psíquico-sexual. O ponto de partida que escolhemos para a apresentação do tema está centrado na Bioética e em um dos seus princípios fundamentais: a Beneficência.

A seguir, ainda no primeiro capítulo, procuramos abordar, de forma sintética, uma conceituação de transexualismo, a fim de demonstrar quais as conseqüências advindas do desajuste que o transexual apresenta na relação com seu meio, e quem sabe buscar com que a sociedade se sensibilize para o tema.

Num segundo momento, procuraremos abordar a temática sob o enfoque constitucional do Estado democrático de direito em que vivemos, e que reconhece, entre os seus fundamentos, a proteção e o respeito aos direitos à personalidade, entre os quais estão insertos o direito à vida feliz, digna e ao tratamento igualitário aos cidadãos, respeitadas as suas diferenças, em especial, no que tange ao seu estado sexual.

Por fim, buscaremos demonstrar o quanto a legislação brasileira precisa se adequar às demandas sociais que não mais se revestem de um caráter estritamente privado, ou de relações entre Estado e indivíduo, mas sim partindo de relações extrapatrimoniais entre indivíduos particulares, mas que, por se referirem a temas ligados estritamente ao Direito de Família e aos Registros Públicos, assumem relevância que importa a toda a sociedade. Tal concepção interfere na sua estrutura familiar, constituída a partir de um modelo tradicional, que prevê o matrimônio entre homem e

mulher, e toda uma relação de filiação daí advinda, mas que não é extensiva a outros grupos familiares que se fazem cada vez mais presentes em nossa sociedade, ainda que minoritários.

E é justamente essa condição de minoria que coloca o transexual à margem da sociedade e fere frontalmente os seus direitos mais fundamentais, agravando-lhe ainda mais os traumas gerados pela sua condição de inconformidade com seu estado sexual.

BIOÉTICA E TRANSEXUALISMO. O DIREITO À VIDA FELIZ

O mundo ocidental moderno, em especial, encontra-se em constante transformação. É chegado o momento de nos voltarmos mais para o ser humano, visando à satisfação do indivíduo, como ente que busca a felicidade, que tem preocupações outras, voltadas para uma sensibilidade moral, e não só para as relações no campo da economia ou da política, eis que, para que se possa produzir, é preciso antes se estar de bem com a vida.

Sem dúvida vivemos em uma sociedade por demais complexa, em que não raras vezes nos deparamos com situações limítrofes nas quais é preciso conciliar os avanços tecnológicos, em especial, na área da Biologia e da Medicina, com o Direito, que centra-se nas relações sociais, que procura disciplinar e reger o agir humano. No entanto, é inegável que esses diferentes ramos do conhecimento humano têm ainda um ponto em comum: a busca por um mundo melhor, não só mais humano e mais solidário, como também, que vise a uma melhoria na qualidade de vida, no sentido de proporcionar o bem-estar da humanidade.

Felizmente, os pensadores do Direito têm se demonstrado sensíveis a essas transformações, e têm procurado uma maneira de, juntamente com os avanços tecnológicos na área da Medicina, encontrar um denominador

comum, que possa nos levar, numa visão bastante otimista e já não mais utópica, a uma sociedade mais equânime, em que as desigualdades sociais possam ser amenizadas.

Nesse contexto, há aproximadamente 30 anos, surgiu a Bioética, que pode ser definida como sendo

*o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão, conduta e normas morais – das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar.*²

O debate que originou a Bioética surge em um momento em que, paralelamente, a Biologia e a Medicina passam a ser fontes de novas pesquisas, e, em especial, porque os estudiosos se deram conta de que essas duas áreas do conhecimento detinham o monopólio de questões a respeito do “agir ético”.

A sociedade moderna constantemente se depara com situações complexas como transplantes de órgãos, gravidez *in vitro*, descriminalização ou não da eutanásia e do aborto, genoma humano, eugenia, cirurgias para readaptação de sexo, e outras tantas questões que nos fazem refletir moralmente acerca do que é bom ou correto no agir humano, eis que são, sem sombra de dúvida, “temas eticamente relevantes” e polêmicos, posto que, “considerados pela maioria dos seres racionais”,³ e que, portanto, não podem ser ignorados.

E é nesse contexto que pretendemos discutir nesse trabalho a questão do transexualismo, cuja síndrome e possibilidade de mudança cirúrgica de sexo, igualmente, fazem parte de estudos não só da área médica, bem como da área jurídica, pelas importantes conseqüências que trazem ao Direito.

² *Encyclopedia of Bioethics*. Vol. I. “Introdução. W. T. Reich. Editor Responsável, 1995, p. XXI.

³ CLOTET, Joaquim. *Bioética com ética aplicada e genética*. Disponível em: <http://200239453/cfm/revista/bio2v5/bioeticaaplicada.htm>, 1999.

Considerando-se o transexual como inserido em um segmento de nossa sociedade, bastante minoritário, mas que tem direitos a serem respeitados, resguardados e protegidos, tal como estão dispostos no texto constitucional, mas que sofre sérias discriminações, que afetam sobremaneira o direito a uma vida digna, em que tais indivíduos defrontam-se, não raras vezes, com situações degradantes, aviltantes, que lhes nega o direito de serem felizes, o tema assume pertinente relevância.

Antes de abordarmos o tema sob o enfoque do direito positivado, em atenção ao disposto no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso que façamos uma breve conceituação, para que possamos definir o transexual, bem como uma análise, frente aos princípios da Bioética, em especial, o da Beneficência, para que possamos compreender o porquê da situação de desajuste do transexual, na tentativa de afirmar a sua identidade sexual, e tutela do direito de redesignação do estado sexual, em uma sociedade que reflete, majoritariamente, um comportamento heterossexual, “com identificação entre o sexo psicológico e o biológico”.⁴

O conceito de transexual

Aracy Klabin, define o transexual como sendo um indivíduo,

anatomicamente de um sexo, que acredita firmemente pertencer ao outro sexo. Essa crença é tão forte que o transexual é obcecado pelo desejo de ter o corpo alterado a fim de ajustar-se ao “verdadeiro sexo, isto é, ao seu sexo psicológico.”⁵

De plano se percebe que, com relação ao transexual, existe uma incompatibilidade entre o sexo biológico e a identificação psicológica, ou seja, o transexual, desde a infância, demonstra características evidenciadas

⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 7.

⁵ KLABIN, Aracy Augusta Leme *apud* ARAÚJO. Obra citada, p. 29.

em sua forma de agir, que se afina com o sexo oposto. A criança, desde tenra idade, aparenta todo um psicológico diferente do sexo aparente. Não há alterações hormonais, genéticas ou psíquicas como se evidencia, por exemplo, com relação ao hermafrodita ou ao homossexual.

Faz-se essa distinção apenas a título de elucidação, eis que não é raro, no senso comum, a confusão entre o homossexualismo e o transexualismo, assim como com esse em relação ao hermafroditismo. O homossexualismo, por exemplo, é hoje estudado, embora ainda não haja estudos científicos conclusivos a respeito, como um distúrbio cerebral, “uma anomalia sexual que consiste na prática ativa, passiva ou ambivalente, de atos libidinosos, entre indivíduos do mesmo sexo”.⁶ Está, portanto, intimamente ligado à questão da libido, cujo distúrbio de ordem psíquica pode surgir em qualquer fase da vida do indivíduo.

O hermafroditismo, por outro lado, é comprovadamente um distúrbio de ordem genética e hormonal, em que se deve identificar qual o sexo predominante, eis que, geralmente, apresenta, e de forma atrofiada, órgãos sexuais de ambos os sexos.⁷

Esses são alguns dos casos que fogem à normalidade em termos de identificação sexual, e que, sem dúvida, geram uma desconformidade para os indivíduos delas acometidos, em que se faz premente uma solução, não só do ponto de vista médico, como jurídico também, de acordo com um senso humanitário.

Assim, é certo que o sexo não se define apenas pelo aspecto morfológico externo e pela anatomia interna, ainda que, a princípio, esses sejam os elementos considerados para uma identificação sexual, mas que permite a diferenciação em caso normais.

⁶ SOARES, Orlando apud ARAÚJO. Obra citada, p. 26

⁷ SZANIAWSKI, Elmar. Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual. Estudos sobre o transexualismo – aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1999, p. 45.

Elmar Szaniawski ressalta que:

*a problemática da identidade sexual de alguém é, porém, muito mais ampla do que seu simples sexo morfológico. Deve-se, pois, considerar o comportamento psíquico que o indivíduo tem diante de seu próprio sexo. Daí resulta que o sexo compõe-se da conjugação dos aspectos físico, psíquico e comportamental da pessoa, caracterizando-se, conseqüentemente, seu estado sexual.*⁸

Alberto Araújo afirma que “a busca da unidade é, portanto, o ponto mais importante da identificação sexual de um indivíduo” e o que determinará ser uma situação revestida de normalidade é a “identificação entre os diversos fatores caracterizadores da sexualidade”.⁹ Entretanto, mesmo naqueles casos considerados anormais, a busca da unidade se faz necessária, até e, principalmente, pela própria satisfação do indivíduo, à procura de uma situação psíquica salutar.

Com relação ao transexual, já que é ele o cerne desse trabalho, o inconformismo é tão sério, que o impede, na maioria dos casos, de ter uma iniciação na vida sexual, isso sem falar na sua inadequação à sociedade e na dificuldade que enfrenta em se relacionar com outros indivíduos, muitas vezes isolando-se, desde cedo, desistindo de estudar e de levar uma vida normal, o que causa distúrbios de ordem psíquica ainda mais sérios do que a própria situação já lhe causa, levando-o, não raras vezes, ao suicídio, se o problema não for percebido em tempo.

Segundo o *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*, publicado em 1994 pela Associação Americana de Psiquiatria,¹⁰ entre os critérios utilizados para a identificação de um transexual, o que pode se dar tanto na fase da adolescência quanto na fase adulta, em síntese, são: uma forte e persistente identificação com o gênero oposto, causando descon-

⁸ SZANIAWSKI, Elmar. Obra citada, p. 35.

⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Obra citada, p. 25.

¹⁰ Diagnostic and statistical manual of mental disorders, 4. ed. D. C., *American Psychiatric Association*, 1994, p. 504, apud ARAÚJO. Obra citada, p. 51.

forto persistente com seu sexo e sentimento de inadequação no papel de gênero deste sexo, cuja perturbação causa sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social ou ocupacional, bem como em outras áreas importantes da vida do indivíduo.

Nesse contexto, o sofrimento psíquico de um transexual é intenso e, por certo, tal situação se agrava em razão do preconceito por parte da sociedade heterossexual, que não aceita indivíduos inseridos nesse grupo social, porque fogem aos padrões da normalidade dos papéis por ela desempenhados. Tais indivíduos passam a representar o “ser diferente”,¹¹ e tal sensação afeta traços significativos de sua personalidade, criando recalques e uma situação de desajuste e hostilidade para com o meio social, gerando infelicidade.

É de vital importância que o indivíduo conviva bem consigo e com os demais, caso contrário, não há como ser feliz. E a sociedade como um todo deve encarar o problema de frente, deixando de lado o preconceito e a conseqüente discriminação, arraigados em valores de uma ordem moral aviltante, quando nega a um indivíduo, com um comportamento que, embora “anormal” segundo os seus padrões, é fruto de uma involuntariedade, o direito de ser feliz, porque impedido de exercer plenamente um sentimento inerente ao ser humano: o de amar e ser amado.

O princípio da beneficência. Pluralismo e tolerância

Para Joaquim Clotet, “com o termo Bioética, tenta-se focalizar a reflexão ética no fenômeno vida”,¹² ou seja, tentar conciliar os diferentes modos de consideração dos aspectos éticos relacionados às diversas formas de vida.

¹¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Obra citada, p. 55.

¹² CLOTET, Joaquim. Bioética com ética aplicada e genética. Disponível em: <http://200.239.45.3/cfm/revista/bio2v5/bioeticaaplicada.htm>, 1999.

Trazendo tal definição para o assunto em questão, a pergunta que nos devemos fazer é: como conciliar os valores de uma sociedade em que a normalidade quanto ao comportamento sexual destaca-se pela heterossexualidade e pela compatibilidade entre o sexo psicológico e o sexo morfológico ou biológico, com outras tendências sexuais que, com suas variantes e traumas, são consideradas minoria, e cuja integração social esbarra em uma valor ainda firme na moral vigente: a idéia de sexo-procriação?¹³

A Bioética se propõe a debater sobre o assunto, eis que chegamos em um impasse: enquanto a Medicina dispõe ao transexual um procedimento cirúrgico que lhe proporciona a adaptação ou modificação de sexo, no campo do Direito, ainda encontramos resistência ferrenha quanto ao direito à redesignação do estado sexual, com a alteração do nome no registro civil. Sabe-se que a Medicina parece solucionar, em um primeiro momento, a inconformidade entre o sexo aparente e o sexo psicológico, o que já possibilita ao transexual certo conforto psíquico. No entanto, há necessidade de que outros fatores possam contribuir para sua psique saudável e evitar frustrações, que agravem ainda mais o trauma, como por exemplo o reconhecimento pela sociedade na afirmação de sua identidade sexual, e a superação do preconceito.

Nesse contexto, podemos nos valer de um importante princípio, na tentativa de superar as vicissitudes de se pensar a Bioética a partir de um pluralismo moral: o Princípio da Beneficência.

O princípio da beneficência, aliado ao da autonomia e ao da justiça, está entre os conceitos fundamentais da Bioética, sendo “o critério mais antigo da ética médica que implica fazer o bem ao paciente, tendo sido inspirado do princípio hipocrático da medicina”, fazendo com que a pes-

¹³ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Obra citada, p. 7

soa humana seja o “fundamento de toda a reflexão e que o caráter sagrado da vida e também da qualidade de vida deve justificar que o ser humano seja o centro das preocupações e não um simples objeto para a ciência”.¹⁴

Clotet afirma que, embora não haja “unidade sobre o significado exato do termo beneficência na filosofia moral contemporânea e no uso que do mesmo conceito está se fazendo”, é importante compreender que, do ponto de vista filosófico, ampla e genericamente, a beneficência, na atualidade, se apresenta como uma “obrigação de ajudar os outros ou de procurar o seu bem”.¹⁵

O critério da beneficência resume-se como a promoção do indivíduo a um estado de bem-estar consigo e de felicidade, considerando-se a sua esfera pessoal, porém conciliada ao caráter público e social, já que o ser humano não vive isoladamente, mas interage com o seu meio.

No que diz respeito ao transexual, parece inegável a importância que tem a sua integração social para o caráter terapêutico da questão, e, nesse contexto, a beneficência, já reconhecida sob a ótica médica, deve ser também reconhecida no campo das relações sociais e jurídicas. A sociedade é que deve evoluir no seu senso de solidariedade e considerar que o que não é “politicamente correto”, é negar que tais situações podem existir, e que precisam ser encaradas de frente, superando-se o preconceito, evitando-se causar danos aos outros. O pensamento transformador da sociedade fará com que as leis, assim como os seus aplicadores, se adaptem a essa situação.

Volnei Garrafa refere-se à ética como sendo “um dos melhores antídotos contra qualquer forma de autoritarismo”.¹⁶ Por que tal colocação? Ora, se vivemos em um estado que tem uma base fundante democrática,

¹⁴ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. A bioética e os progressos tecnocientíficos da medicina moderna: quais os limites da segurança? In: *Cadernos de Pesquisa*, 2001. (Mimeo)

¹⁵ CLOTET, Joaquim. Obra citada.

¹⁶ GARRAFA, Volnei. Bioética e ciência: até onde avançar, sem agredir. R. CEJ, Brasília, n. 7., p. 98, jan./abr. 1999.

para afirmá-la, reconhecida a sua evolução, deve-se preocupar não só com a satisfação dos interesses da maioria, mas também e principalmente com a proteção aos interesses das minorias:

*Não se pode conceber um Estado Democrático sem a vontade da maioria. Seus valores devem prevalecer, suas idéias predominar. Isso não significa o aniquilamento da vontade dos grupos minoritários, seus valores e suas idéias. Seus temores também devem ser objeto de proteção do Estado.*¹⁷

Segundo essa linha de raciocínio, que vai ao encontro de uma visão moderna sobre o pensamento democrático, a única forma que visualizamos de não ser acolhido o interesse das minorias, em uma sociedade democrática, seria quando fazê-lo significasse uma real ameaça aos valores da maioria, caso contrário, estaríamos negando uma estrutura social pluralista, e a intolerância quanto a comportamentos sexuais que não se enquadrem naquilo que a maioria considera como “normais”, seria a antítese do pensamento democrático.

Se “a única razão válida para não se tolerar um comportamento é que esse cause danos a outras pessoas, além de quem o adota”,¹⁸ precisamos encontrar uma forma de convívio democrático entre idéias e valores diferentes nessa sociedade que tem um comportamento majoritariamente heterossexual, mas que não pode negar, e muito menos discriminar, os interesses daquelas minorias que não se enquadram nos seu padrões. Viver com democracia, na sua ótica mais singela, significa procurar conviver com as diferenças, visando ao bem-estar e ao convívio harmônico em sociedade. A intolerância, o “negar” as diferenças, esses sim são fatores que causam danos não só às minorias, como à sociedade em geral, na qual estão inseridas e não podem ser marginalizadas.

¹⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Obra citada, p. 7.

¹⁸ WARNOCK, Mary *apud* GARRAFA, Volnei. Obra citada, p. 98.

DIREITO À VIDA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. CONSTITUIÇÃO E DIREITO CIVIL

Dessarte toda a discussão pela qual perpassa o Estado contemporâneo, com relação à crise de paradigmas que se vivencia, em especial frente à nova realidade socioeconômica que se transforma dia-a-dia, em nível mundial, não há como negar que os problemas de nosso tempo têm uma conotação bastante diferenciada dos de outras épocas. Assim,

*o aumento das desigualdades econômicas e sociais, o descontrole da produção de artefatos nucleares, a superpopulação do planeta, o surgimento dos movimentos neonazistas, as dificuldades da democracia e da paz e o desrespeito aos direitos do homem são apenas alguns exemplos.*¹⁹

Paralelamente a todo esse contingente, também não há como negar a luta constante pelo reconhecimento e pelo respeito aos direitos do homem, por certo, reflexo de uma reação natural, instintiva, porém, racional, de preservação da espécie e de sobrevivência, em que a preocupação com a política e a economia mundial cede lugar ao senso humanitário, em busca de adequar-se o momento presente a uma situação coerente com critérios éticos, a fim de nortear o agir humano.

Nos permitimos traçar, por oportuno, um paralelo com um dos princípios norteadores da Bioética, qual seja, o da Beneficência, num resgate ao que foi abordado no capítulo anterior, apenas a título de introdução ao enfoque jurídico em torno do tema que está sob discussão. Para tanto, nos valem da definição de D. Hume, que, segundo Joaquim Clotet, “(...) na

¹⁹ BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. Ijuí: Ed. Unijuí, 1997, p. 17.

sua investigação sobre os princípios da moral, utiliza o termo benevolência como a ‘tendência que promove os interesses da nossa espécie e dá felicidade à sociedade humana’²⁰.

Nesse contexto, atualmente, é como se a sociedade estivesse voltada para um resgate dos valores iluministas, centrando suas preocupações no indivíduo e na garantia de seus direitos mais fundamentais, a ele inerentes. Parafraseando Joaquim Clotet, é como se houvesse o “surgimento de uma nova sensibilidade moral”,²¹ em que a preocupação da civilização contemporânea está voltada, cada vez mais, para a busca do bem-estar e da felicidade.

A proteção constitucional ao transexual

O Estado Brasileiro tem um viés fortemente democrático, mas que, contextualizado em um mundo globalizado, e, portanto, não indiferente às transformações geradas, não está à margem das discussões que se travam em nível mundial a respeito da crise – conceitual e institucional – do Estado. Apesar disso, é inegável a necessidade de preservação daquilo que ele próprio erigiu como sendo um dos fundamentos de seu regime político, qual seja, o da dignidade da pessoa humana, inserto no texto constitucional, art. 1º, inciso III.

Otto Bachof, citado por Maria Berenice Dias, refere que:

*São postulados da justiça, de evidência imediata, a proteção da vida e da dignidade humana, a proibição de redução e degradação do homem à qualidade de mero objeto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a proibição do arbítrio.*²²

²⁰ HUME, D. apud CLOTET, Joaquim. *Bioética com ética aplicada e genética*. Disponível em: <http://200.239.45.3/cfm/revista/bio2v5/bioeticaaplicada.htm>, 1999.

²¹ CLOTET, Joaquim. Obra citada, 1999.

²² BACHOF, Otto apud DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 59.

A referida autora, ao traçar o perfil de uma constituição promulgada por um estado democrático de direito, faz a aludida citação para demonstrar o quanto tais princípios não podem ser desrespeitados, “servindo sua lei maior para assegurar a realização dos direitos e liberdades fundamentais, garantias essas que vêm cada vez mais ensejando desdobramentos, em face da ampliativa visão dos direitos humanos”, cuja a qualificação “levou a uma tentativa de classificá-los por meio das chamadas gerações de direitos”.²³

É importante trazer à tona, ainda que de modo superficial, já que o presente trabalho objetiva apenas uma reflexão, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, a classificação dos direitos que se faz no mundo moderno e contemporâneo, considerada a sua qualificação, em atenção às três primeiras gerações de direitos²⁴ – direitos civis ou de primeira geração; direitos políticos ou de segunda geração; e direitos econômicos e sociais ou de terceira geração –, para que possamos centrar a discussão no principal objeto desse trabalho: o direito à sexualidade, em especial, o direito do transexual, de integrar-se socialmente, sem qualquer discriminação, eis que detentor de um direito inerente à pessoa humana, e, como tal, devendo ser protegido e respeitado com dignidade.

Maria Berenice Dias, refere que o direito à dignidade humana está classificado entre os chamados direitos de terceira geração, supervenientes à Segunda Guerra Mundial, cuja necessidade de proteção surgiu como uma reação aos genocídios da época, aos regimes totalitários, que culminaram para uma preocupação com as relações sociais em geral, onde o impasse não se dava mais de indivíduo para indivíduo, mas se tornou mais complexo, eis que travado pela humanidade contra a própria humanidade. É como

²³ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 59.

²⁴ BEDIN, Gilmar Antonio. Obra citada, p. 46.

se a humanidade tivesse se dado conta de que poderia se autodestruir, não só técnica, como moralmente, suscitando “a solidariedade de todos os indivíduos e categorias da sociedade humana”, a fim de evitar o caos.²⁵

E segue a autora:

São componentes da dignidade humana que constituem no todo a condição humana, cuja valoração resulta nos valores fundantes da humanidade, constituindo direitos difusos quanto à titularidade subjetiva e direitos de solidariedade quanto ao objeto. A evolução dos direitos humanos atinge o seu ápice, a sua plenitude subjetiva e objetiva. São direitos humanos plenos, de todos os sujeitos contra todos os sujeitos, para proteger tudo o que condiciona a vida humana, fixados em valores ou bens humanos, patrimônio da humanidade, segundo padrões de avaliação que garantem a existência com a dignidade que lhe é própria.

(...) São os direitos humanos por excelência, por promover a integração de todos os sujeitos e objetos da humanidade. Traduzem o humanismo íntegro: a humanidade, em toda a sua plenitude, subjetiva e objetiva, individual e social.²⁶

No entanto, apesar de se dar maior ênfase ao direito à dignidade humana como inerente aos direitos de terceira geração, e, via de consequência, o direito à sexualidade, a própria autora não nega que não se pode deixar de reconhecer que “a garantia do livre exercício da sexualidade merece integrar as três primeiras gerações”, já que não há como dissociá-lo de outros dois postulados fundamentais: a liberdade individual e a igualdade social.²⁷

²⁵ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 62.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 62.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. Idem, p. 63.

Por tal razão, nesse particular, preferimos nos valer da definição de Luiz Alberto David Araújo, que trata da temática da proteção constitucional do transexual, abordando o direito à sexualidade entre os direitos da personalidade,²⁸ englobando assim o direito dos transexuais a um viver com liberdade, igualdade e dignidade, e não só, senão vejamos:

Todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se “direitos da personalidade”.

(...) Existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais os outros direitos subjectivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados “direitos essenciais”, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade.²⁹

E, por mais complexa que seja a sociedade, por mais diferentes que sejam os valores culturais, socioeconômicos e morais entre as diversas civilizações, é inegável existir um certo consenso a respeito dos direitos essenciais à pessoa humana, ao menos entre os países ocidentais, em especial, aqueles que primam por um estado democrático.

Todo o meio social tem uma sensibilidade particular relativamente à essencialidade dos direitos. É assim que, mudando a consciência moral, modificando-se o modo de encarar a posição do indivíduo no seio da sociedade, muda correlativamente o âmbito dos direitos tidos como essenciais à personalidade.³⁰

²⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 9.

²⁹ CUPIS, Adriano de apud ARAÚJO, Luiz Alberto David. Obra citada, p. 10.

³⁰ CUPIS apud ARAÚJO. Idem, ibidem.

Assim, com relação ao conteúdo dos direitos da personalidade, encontramos na classificação de Fernando Herrero-Tejedor, Beltrán de Heredia e Orlando Gomes (in Araújo, 2000) uma síntese dos direitos essenciais, para que possamos enquadrar, entre eles, o direito do transexual: direito à vida e à integridade física, incluído o direito ao próprio corpo; direito à identificação pessoal, o qual compreende “o uso do nome, do pseudônimo e dos títulos nobiliários”; e direito à integridade moral, incluídos o direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, entre outros.³¹

Nesse contexto, e em atenção ao que já fora abordado no capítulo anterior acerca de vivermos em um estado democrático de direito, parece incontestável que a Constituição Brasileira confere proteção ao transexual, no exercício do seu direito a uma vida digna e feliz, de acordo com um tratamento igualitário, na justa medida de suas diferenças.

Constituição e Direito Civil

A questão agora toma um outro viés: como conciliar o direito à vida digna e feliz do transexual, com os valores da sociedade, refletidos na legislação constitucional e infraconstitucional, em atenção às conseqüências jurídicas advindas de uma possível redesignação do estado sexual pós-cirurgia de adequação do sexo morfológico ao sexo psicológico?

Conforme afirma Elimar Szaniawski, o Código Civil Brasileiro foi esculpido por uma ordem jurídica traçada pela “diretriz imposta pela liberdade jurídica individualista”,³² inadequada à nova ordem econômica e social. O mundo ocidental está voltado para o coletivo, e, via de conseqüên-

³¹ HERRERO-TEJEDOR, Fernando *apud* ARAÚJO, Luiz Alberto David. Obra citada, p. 20.

³² SZANIAWSKI, Elmar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. Estudos sobre o transexualismo – aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 23.

cia, as demandas que surgem também. O Direito Civil precisa se constitucionalizar, sobrepondo aos valores patrimoniais individuais em si e às relações entre Estado e indivíduo, “as relações entre indivíduos particulares, no âmbito de seus interesses privados”.³³

Falar em constitucionalização do Direito Civil significa dizer que se deve fazer uma releitura do mesmo a partir do texto constitucional, em que deverá estender sua esfera de atuação para além das fronteiras dos valores patrimoniais em si, voltando-se para uma “efetivação de valores existenciais de justiça social”,³⁴ em atenção à proteção e à efetivação do exercício do direito de liberdade, de integridade, em respeito à igualdade constitucional.

São inegáveis as conseqüências jurídicas advidas da possibilidade de redesignação do estado sexual e das cirurgias de adequação do sexo biológico/aparente ao sexo psicológico, e o Código Civil Brasileiro, de 1942, voltado para uma estrutura familiar, constituída pelo matrimônio entre homem e mulher e pelos filhos que dos mesmos possam ser gerados, precisa se adequar aos avanços no campo da Biologia e da Medicina. Nesse contexto, pode-se falar em uma “biologização do Direito”,³⁵ em que se passe a admitir a inserção de novos grupos familiares que não se enquadrem no modelo tradicional de família, não fundada apenas na idéia de sexo-procriação, caso contrário, não há como viabilizar a integração social do transexual.

Estamos aqui propondo uma mudança de enfoque, em que a sexualidade não está unicamente voltada para a reprodução, mas sim para o prazer, no sentido de demonstrar “quão fundamental é a aceitação da pró-

³³ SZANIAWSKI, Elmar. Obra citada, p. 22.

³⁴ SZANIAWSKI, Elmar. Obra citada, p. 22.

³⁵ SZANIAWSKI, Elmar. Obra citada, p. 24.

pria sexualidade, seu significado e sua importância no desenvolvimento do ser humano”, e o quanto é indispensável tal aceitação da idéia de adequação individual, social e cultural. “A identificação do indivíduo, socialmente, com seu padrão sexual é ponto de partida para a busca de sua felicidade e adaptação”.³⁶ E o direito à felicidade deve ser, sem dúvida, um dos fins de um Estado que tem uma ordem constitucional democrática.

Ao que parece, a doutrina e a jurisprudência brasileiras estão sensíveis ao problema., embora ainda se perceba uma forte resistência ao ajuste do transexual à sociedade. Restam, ainda, frustradas muitas das tentativas de alteração de prenome e de estado sexual, no assento de nascimento, de transexuais já redesignados, mesmo quando os pedidos são procedentes em primeiro grau de jurisdição.³⁷

A respeito do tema, já está tramitando no Congresso Nacional um projeto de lei (n. 70-B), de 1995, que autoriza a alteração do registro, desde que comparecer unânime de uma junta médica no sentido de ser viável a cirurgia de redesignação do estado sexual, porém condicionando-a ao assentamento de “transexual” no mesmo. O referido texto legal, no entanto, nada dispõe a respeito da alteração pós-cirurgia. O projeto de lei pretende, dessa maneira, ratificar o comportamento médico já autorizado pelo Conselho Federal de Medicina. Por outro lado, o fato de condicionar a alteração no registro civil ao assentamento de “transexual” atenta contra a ordem constitucional, pois fere a vida privada e a intimidade do paciente.³⁸ A necessidade de uma maior reflexão ainda persiste.

³⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Obra citada, p. 37.

³⁷ RT 444/91e 493/61.

³⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Obra citada, p. 131.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta deste trabalho foi suscitar uma reflexão a respeito da situação do transexual, inserido em uma sociedade na qual as relações entre os indivíduos que a compõem são caracterizadas, em nível de sexualidade, pela predominância de um comportamento heterossexual, mas que, apesar disso, precisa se sensibilizar com relação à integração daqueles que possuem um comportamento que lhe foge aos padrões.

Se a sociedade brasileira acredita viver em um Estado Democrático, é imprescindível que aprenda a conviver com as diferenças que se lhe apresentam, primando por um tratamento igualitário, em busca de uma justiça social, em que não têm lugar a discriminação e o preconceito. Isso não significa abandonar valores, mas sim adaptá-los a uma realidade diferenciada.

É claro que são inúmeras as conseqüências, no campo das relações sociais, que podem advir da possibilidade de afirmação jurídica de um estado sexual redesignado, em que se permita a alteração do prenome no assentamento do nascimento. Por outro lado, a situação é premente e urge por uma resposta legal, para que se obtenha o fim almejado por um Estado Democrático: a promoção do bem-estar geral.

É preciso reconhecer que o direito do transexual não se limita ao próprio corpo, e que o debate acerca do tema vai muito além de uma mera discussão acerca da sexualidade ou dos valores axiológicos nela envolvidos. Significa, acima de tudo, uma preocupação com o direito à saúde, à intimidade, à privacidade e à integridade física e moral, direitos cuja a proteção interessa a todos os indivíduos.

Fala-se muito em crise do Direito, crise do Judiciário, crise do Estado, falta de concretização das normas constitucionais, e nos perguntamos o porquê dessa instabilidade toda. Parece que tudo se reflete não só na

sociedade, mas através dela própria. Devemos nos atentar para que não seja a própria sociedade que tenha perdido a sua identidade, por pretender avanços tecnológicos, progressos em todas as áreas, talvez sem estar preparada para tanto.

A experiência já nos demonstrou que ignorar as diferenças só as acentua ainda mais, e que o preconceito e a discriminação, criam uma situação de extrema instabilidade social, avolumando os problemas, ao invés de ir ao encontro de soluções. Nesse particular, um convite à reflexão: repensemos nossos valores, mas repensemos sob uma ótica mais solidária e humanitária, para que possamos chegar a um consenso a respeito da noção de cidadania, de democracia e de justiça social, para que possamos afirmar nossa “identidade social”, de forma coerente com os fundamentos de um Estado Democrático.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. Ijuí: Ed. Unijuí, 1997.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. A bioética e os progressos tecnocientíficos da medicina moderna: quais os limites da segurança? In: *Cadernos de Pesquisa*, 2001. (Mimeo)

CLOTET, Joaquim. Bioética com ética aplicada e genética. Disponível em: <http://200.239.45.3/cfm/revista/bio2v5/bioeticaaplicada.htm>, 1999.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

ENCYCLOPEDIA OF BIOETHICS. Vol. I. *Introdução*. W. T. Reich. Editor Responsável, 1995, p. XXI.

GARRAFA, Volnei. Bioética e ciência: até onde avançar, sem agredir. *R. CEJ*, Brasília, n. 7., p.98, jan./abr. 1999.

SZANIAWSKI, Elmar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. Estudos sobre o transexualismo – aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.