

Narrativas judiciais sobre transexualidade¹

Maria Luiza Moura (USP)

Abstract: This paper presents the main categories by which legal professionals describes transgender people, seeking to analyze by which signifiers such operators translate into the positive language of law what they believe to be the corporeal, psychological and social experiences of these people. The methodology used was the jurisprudential research and the qualitative analysis of selected judgments, which sample includes, proportionally, all federal states. The findings suggest that law operators use medical categories to support their decisions giving them the appearance of neutrality, impartiality and scientific authority that the medical and psychological knowledge holds since the Enlightenment.

Keywords: Transexuality; jurisprudence; narrative.

Resumo: A pesquisa investiga quais as principais categorias usadas por parcela dos operadores do Direito no processo de tradução, para a linguagem do Direito positivo, daquilo que julgam ser as experiências corpóreas, psíquicas e sociais de travestis e transexuais, buscando analisar quais os saberes mobilizados quando da fundamentação jurídica de seus julgados. A metodologia utilizada foi a análise documental em perspectiva quanti-quali por meio do recurso à pesquisa jurisprudencial de acórdãos selecionados, cuja amostra abrange, de modo proporcional, todos os Estados federados. Os resultados sugerem que os operadores do Direito utilizam-se preferencialmente de categorias médicas de análise para embasar suas decisões como forma de dar-lhes a aparência de neutralidade, imparcialidade e autoridade científica que o saber médico-psiquiátrico passou a deter a partir do Iluminismo.

Palavras-chave: Transexualidade; jurisprudência; narrativa.

Apresentação

Objetivo e justificativa

O presente artigo se insere nos estudos sobre gênero e suas relações com o Direito, tendo como foco as transidentidades. O objetivo principal do trabalho é investigar as principais categorias pelas quais parte representativa dos operadores do Direito brasileiro – nesse trabalho representados por desembargadores de tribunais estaduais – utilizam para fundamentar decisões que julgam pleitos daqueles sujeitos que são enquadrados, seja pelo Catálogo Internacional de Doenças seja pelo Manual Diagnóstico Estatístico dos Transtornos Mentais, como portadores de *transexualismo* (CID-10) e *disforia de gênero* (DSM-V), respectivamente.

O artigo se justifica diante da escassez de produção acadêmica brasileira analisando, a partir de uma perspectiva despatologizante, a relação que o Direito positivo estabelece com experiências transidentitárias e, especialmente, pela quase inexistência de

¹ IV ENADIR, Grupo de Trabalho nº 15 – Processo, construção da verdade jurídica e decisão judicial

artigos científicos brasileiros publicados versando sobre as categorias jurídicas operacionalizadas pelos aplicadores do Direito em suas decisões acerca da transexualidade.² Muito embora o número de demandas judiciais tendo a condição transexual por fundamento tenha aumentado significativamente nos últimos anos³, quando se pesquisa na base de dados *Iusdata*⁴ a chave *{transexual OR transexuais OR transexualismo OR transexualidade OR transgênero OR travesti}* selecionando a caixa *Assunto*, obtém-se como 44 artigos escritos em Português, já excluídos os repetidos, dos quais apenas 23 publicados de 2003⁵ em diante.

Desses, dezoito abordam direitos da personalidade, tutela jurídica, retificação do nome e/ou implicações jurídicas da transexualidade; três tratam de aspectos da cirurgia de transgenitalização, como consentimento, ética e/ou biodireito; e dois abordam outros temas. De todos, apenas dois abordam especificamente a jurisprudência e/ou a produção discursiva jurídica acerca da transexualidade, sendo um de 2006⁶ e outro de 2008⁷. Assim, vê-se que muito embora haja uma proliferação discursiva acerca da transexualidade no âmbito jurisprudencial, não há qualquer investigação científica posterior a 2008 acerca das categorias acionadas por juízes e/ou desembargadores no tratamento jurídico das demandas jurídicas apresentadas por travestis e transexuais, o que pode indicar que tal fenômeno esteja ocorrendo à revelia de sua correspondente problematização.

² Ainda que não se desconheça as demandas específicas de cada uma das categoriais identitárias aqui mobilizadas, para os propósitos deste artigo optou-se por tomar as categorias travesti, transexual e transgênero como meras variantes intercambiáveis dentro do espectro das transidentidades, na medida em que a presente análise volta-se mais à desnaturalização do *sexo* que à reivindicação identitária.

³ Ao lançar a chave de pesquisa *{(transexual OR transexuais OR transgênero OR travesti) AND civil}* no campo *Jurisprudência* do portal *JusBrasil*, restringindo-se apenas aos tribunais de justiça dos Estados, obtém-se 468 resultados de 1985 até 28/07/2015, sendo que destes 376 são posteriores a 2009. Assim, 80% dos casos são dos últimos seis anos.

⁴ Base de dados constituída por informações referenciais de artigos de periódicos de aproximadamente 700 títulos nacionais e estrangeiros indexados desde 1986 e incorporados ao acervo do Serviço de Biblioteca e Documentação (SBiD) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em <http://200.144.182.130/biblifd/index.php/2012-04-20-20-08-48/iusdata>.

⁵ Quando passou a vigor o atual Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10/01/2002).

⁶ VIEIRA, T. R.; PIRES, R. M. Transexualidade: do pedido e da jurisprudência. *Cadernos Jurídicos Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v.7. n. 26, jan./abr. 2006. Disponível em: <www.epm.tjsp.jus.br/FileFetch.ashx?id_arquivo=16740>. Acesso em: 30 jul. 2015

⁷ MARTINS, S. A produção discursiva de um novo paradigma sexual: a transexualidade. *Revista CEJ*, Brasília, v.12. n.42, jul./set. 2008. Disponível em: <http://www.academia.edu/4135637/A_produ%C3%A7%C3%A3o_discursiva_de_um_novo_paradigma_sexual_a_transexualidade>. Acesso em: 30 jul. 2015

Diante desse cenário definiu-se o recorte temporal da pesquisa, cuja amostra é composta por vinte e cinco acórdãos prolatados entre 2009 e 2015 no âmbito da justiça estadual de segundo grau - abrangendo, de modo proporcional, todos os Estados federados – e que buscar analisar, por meio da metodologia de análise documental em perspectiva quanti-quali, quais categorias parte significativa dos operadores do Direito traduzem, para a linguagem do Direito positivo, aquilo que julgam ser as experiências corpóreas, psíquicas e sociais de pessoas *trans*.

Tal problematização é fundamental para verificar se a jurisprudência majoritária, ainda quando favorável à demanda d@ jurisdicionad@, não está se cristalizando por meio do uso de categorias médicas como fonte de legitimação de direitos. Isso porque muito embora uma decisão favorável @ transexual - ainda que embasada em pressupostos patologizantes sobre sua vivência identitária - possa lhe assegurar a tutela do bem da vida imediato almejado, é certo que condicionar a tutela de um direito civil a tais pressupostos representa uma inconsistência com os avanços conquistados no campo dos direitos humanos em termos de dignidade humana e autonomia do sujeito, mesmo que travestidos de uma aparente “evolução jurisprudencial”.

Resumo do estado atual da questão na medicina e no judiciário

Em termos médicos, a transidentidade encontra-se descrita nos dois principais compêndios médicos da atualidade: a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, conhecida como CID-10 e o Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais (DSM-V). A primeira utiliza-se de um sistema de siglas alfanumérico para as diversas patologias ali descritas. Assim, sob a letra “F”, estão elencados os “Transtornos Mentais e Comportamentais”, sendo a sigla F64 reservada para os chamados “Transtornos da identidade sexual”, dentre os quais se encontra o *transexualismo* (F64.0), descrito como

Desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto [em geral acompanhado] de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado (CID-10)

Já a atual versão do DSM-V, lançada em 2013 pela *American Psychological Association* (APA), substituiu o então *transtorno de identidade de gênero* pelo termo

[Digite texto]

disforia de gênero (302.85) numa tentativa de reduzir o estigma que envolve a transexualidade. Entretanto, os critérios diagnósticos permaneceram essencialmente os mesmos, quais sejam, uma forte e persistente identificação com o gênero oposto e um sentimento de inadequação em relação ao papel social de seu gênero que resultem em sofrimento significativo⁸.

Em termos médico-legais temos como principais documentos específicos sobre transexualidade atualmente vigentes no Brasil a Resolução 1.955/10 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização, e a Portaria 2.803/13 do Ministério da Saúde, que redefiniu e ampliou o processo transexualizador no âmbito do Sistema Único de Saúde⁹. Esta última dispõe expressamente que o Processo Transexualizador destina-se tanto a transexuais quanto a travestis e que as diretrizes de assistência devem orientar-se para a *integralidade da atenção à saúde*, “não restringindo ou centralizando a meta terapêutica às cirurgias de transgenitalização e demais intervenções somáticas”. Por outro lado, a Resolução do CFM – com a qual a Portaria do Ministério da Saúde dialoga – logo em seus considerandos define o transexual como paciente “portador de desvio psicológico permanente”¹⁰ e a cirurgia de transgenitalização como “etapa mais importante no tratamento de pacientes com transexualismo [sic]”. Diante de normativas tão intimamente relacionadas e, ao mesmo tempo, tão antagônicas, é possível questionar se de fato o foco na cura de uma patologia cujo portador por excelência é o transexual que deseja realizar a transgenitalização – excluindo-se de seu âmbito de proteção todos os demais que não o desejem – foi efetivamente rompido.

No que se refere à legislação civil, ainda que existam leis municipais, estaduais, distritais e federais esparsas garantindo o respeito ao uso do nome social por transexuais

⁸ Esses dois aspectos são entendidos como expressões da patologia e não decorrência do processo de estigmatização.

⁹ Tal portaria buscou atender ao quanto determinado em sede de execução nos autos da Ação Civil Pública de nº 2001.71.00.026279-9/RS, que determinou ao Ministério da Saúde o cumprimento integral das medidas necessárias para possibilitar a realização no Sistema Único de Saúde de todos os procedimentos médicos para garantir a cirurgia de transgenitalização e a readequação sexual no Processo Transexualizador, conforme os critérios estabelecidos na respectiva Resolução do Conselho Federal de Medicina.

¹⁰ No que se refere ao diagnóstico, estabelece como critérios mínimos o desconforto com o sexo anatômico natural, o desejo expresso de eliminar os genitais e de perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto, a permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos e a ausência de outros transtornos mentais.

e travestis em repartições públicas, instituições educacionais e de saúde¹¹, o Brasil, ao contrário de outros países da América Latina como Argentina¹² e Uruguai¹³ não possui uma Lei de Identidade de Gênero¹⁴ ou legislação semelhante que regule a retificação registral de nome ou de nome e sexo no registro civil de pessoas *trans* solicitantes. Assim, quando se pretende a retificação, que vai muito além do uso do nome social - comumente não reconhecido justamente nos espaços e circunstâncias de maior vulnerabilidade social -, tais demandas normalmente buscam seus fundamentos nos princípios constitucionais e dispositivos genéricos sobre direitos de personalidade e sob tais dispositivos são julgadas.

No caso dos acórdãos objeto de análise da pesquisa, os principais marcos legais citados, tanto para os casos de deferimento quanto indeferimento da demanda, foram as Resoluções do CFM e Portarias do Ministério da Saúde relativas à transexualidade e ao processo transexualizador – embora nem sempre as mais atualizadas em relação à data da prolação do acórdão. Em termos constitucionais são citados os princípios da cidadania, da dignidade humana, da não discriminação, da igualdade, da intimidade e da aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, expressos respectivamente nos artigos 1º incisos II e III, art. 3º inciso IV, art. 5º *caput*, inciso X e §1º da Constituição Federal.

Em termos legais são citados os artigos 11 e 16 do Código Civil e os artigos 29 § 1º alínea ‘f’, 55, § único, 57, 58, 109 e 110 da Lei de Registros Públicos, todos concernentes ao direito ao nome e às possibilidades e modos de sua modificação. Os artigos 11 e 16 encontram-se no capítulo dos direitos da personalidade e tem os seguintes dizeres, *in verbis*:

¹¹ Como exemplo temos a Portaria nº 233 de 2010, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que assegura o uso do nome social de servidores travestis e transexuais nos órgãos componentes da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, a Resolução nº 14 de 2011, do Conselho Federal de Psicologia, que autoriza a inclusão do nome social na carteira de identidade profissional, o Decreto Municipal nº 51.180 de 2010, que assegura a utilização do nome social de travestis e transexuais nos órgãos municipais da administração direta e indireta da cidade de São Paulo e a Deliberação CEE nº 125/2014, que dispõe sobre a inclusão de nome social nos registros escolares das instituições públicas e privadas no sistema de ensino do estado de São Paulo.

¹² Lei nº 26.743, de 09/05/2012.

¹³ Lei nº 18.620, de 12/10/2009.

¹⁴ Há projeto de lei de identidade de gênero de nº 5002, apresentado à Câmara dos Deputados em 20/02/2013 pelos deputados federais Jean Willys e Erika Kokay, atualmente aguardando parecer do relator da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados. Disponível em: www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315, último acesso em 30/07/2015.

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.
Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.
(BRASIL, 2002)

Já a Lei de Registros Públicos traz, entre outras, as seguintes disposições sobre o registro do nome:

Art. 29 § 1º alínea f: Serão [averbados] no registro civil de pessoas naturais as alterações ou abreviaturas de nomes.

Art. 55, § único: Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores[...]

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

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

Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório.

Art. 110. Os erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção poderão ser corrigidos de ofício pelo oficial de registro no próprio cartório onde se encontrar o assentamento, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de pagamento de selos e taxas, após manifestação conclusiva do Ministério Público. (BRASIL, 1973)

Também foram citados, entre outros, os arts. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e 126 do Código de Processo Civil (CPC), *in verbis*:

Art. 4º, LINDB. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (BRASIL, 1942)

Art. 126, CPC. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (BRASIL, 1973)

Por fim nenhum dos vinte e cinco acórdãos analisados menciona os compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil em termos de orientação sexual e identidade de gênero, à exemplo dos Princípios de Yogyakarta para aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero lançados em 2007 no Brasil.

Análise da jurisprudência selecionada

[Digite texto]

Métodos e limites

A pesquisa jurisprudencial foi feita por meio do sítio eletrônico *JusBrasil*¹⁵ utilizando-se a chave de pesquisa *{(transsexual OR transexuais OR transgênero OR travesti) NOT (penal OR criminal) AND (apelação AND retificação)}*. Restringindo-se a pesquisa às decisões dos tribunais de justiça dos estados, foram obtidos 104 resultados, dos quais foram selecionados apenas decisões que atendiam aos seguintes requisitos: (i) fossem acórdãos prolatados em sede de apelação cível; (ii) cujo pleito fosse a retificação no registro civil de nome ou nome e sexo de transexuais; (iii) disponibilizados em inteiro teor; (iv) prolatados entre janeiro de 2009 e julho de 2015 e (v) cujo conteúdo fosse de mérito.¹⁶ Feito o recorte, restaram 47 acórdãos, dos quais 25¹⁷ selecionados para análise, procurando-se manter a proporcionalidade de casos por região brasileira.

Análise Quantitativa

Da amostra de 25 acórdãos, quatro eram provenientes de demandas de transexuais operad@s e 21 de transexuais não operad@s. Três eram de homens *trans* (FtM) e 22 de mulheres *trans* (MtF).¹⁸ De todos os acórdãos analisados, em apenas um o relator se referia à transexual de acordo com sua identidade de gênero, sendo que nos demais se utilizou o tratamento em contradição à identidade de gênero d@jurisdicionad@. Dos 21 casos de transexuais não operad@s, verificou-se que em onze deles o pleito era apenas pela alteração do nome no registro civil e em dez era pela alteração de nome e sexo. Dos onze casos cujo pedido era pela retificação registral apenas do patronímico, em seis deles o pedido foi rejeitado e em cinco acatado. Dos dez casos cujo pedido era pela retificação registral tanto do nome quanto do sexo, em cinco deles o pedido foi integralmente acatado, em quatro ambos os pedidos (nome e sexo) foram rejeitados e em um concedeu-se apenas o direito à retificação do nome (vide quadro 1).

Quadro 1. Total de casos analisados, pedidos e respectivas decisões

¹⁵ Trata-se de portal que se propõe a compilar toda a jurisprudência brasileira organizando-a a partir de alguns poucos filtros para uma busca textual simples. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/sobre>. Último acesso em 28 de julho de 2015.

¹⁶ Excluindo-se, por exemplo, decisões que apenas cassavam a sentença de primeiro grau ou a remetiam novamente ao juízo *a quo*.

¹⁷ De modo a viabilizar a pesquisa dentro do período disponível para tanto.

¹⁸ Do inglês *Female to Male* e *Male to Female*, respectivamente.

Operados (4)	Não operados (21)				
Todos tiveram seu pleito de mudança de nome e sexo acatado.	Pedido apenas retificação do nome (11)		Pedido retificação de nome e sexo (10)		
	Deferido	Indeferido	Deferido Totalmente	Deferido só nome	Indeferido totalmente
	5	6	5	1	4

Em um segundo recorte (vide quadro 2), selecionando apenas os 21 casos de transexuais não operad@s, buscou-se analisar quais as principais categorias nas quais os julgados se apoiavam para legitimar as decisões. Verificou-se que em nove dos dez casos em que se negou o pleito de retificação registral de nome ou nome e sexo o principal fundamento utilizado foi a ausência de prévia cirurgia transgenitalizadora. No único caso em que não se usou esse fundamento, entendeu-se que o pleito revelava *mero capricho* não tutelável.

Quadro 2. Total de casos operados analisados, respectivas decisões, independentemente do pedido e fundamento decisório constante na ementa

Não operados (21)		
Nenhuma retificação registral autorizada	Retificação registral apenas do nome autorizada	Retificação registral de nome e sexo autorizada
10	6	5
Ausência de cirurgia transgenitalizadora (9) Mero capricho (1)	Diagnóstico de transexualismo (3) Diagnóstico de transexualidade (1) Transtorno de gênero (1) Sem ementa (1)	Diagnóstico de transexualismo (2) Prova da condição de transgênero (1) Laudo psicológico (1) Identidade de gênero (1)

Embora em um primeiro momento as onze decisões que autorizam a mudança do registro civil de transexuais independentemente da realização de cirurgia transgenitalizadora pareçam representar um avanço significativo na compreensão da identidade de gênero pela jurisprudência – e certamente em certo sentido o são, sobretudo para @s jurisdicionad@s -, quando se analisa apenas a ementa dos julgados - onde se encontra sintetizada a *ratio decidendi* do mesmo - vê-se que nove delas utilizaram-se de categorias médicas como fundamento decisório¹⁹. Apenas uma não faz referência à patologização da identidade transgênera logo na ementa, embora a íntegra da decisão o faça.

Ou seja, assim como nos casos de rejeição dos pleitos de retificação registral, também nos onze casos em que alguma retificação (seja apenas de nome ou de nome e sexo) foi autorizada, utilizou-se primordialmente categorias médico-diagnósticas para

¹⁹Dos onze casos em que alguma retificação foi autorizada sem a cirurgia, três deles se referiam a *tranhomens*, cuja exigibilidade da cirurgia de transgenitalização quase sempre é afastada dado o caráter experimental da técnica, que limita sobremaneira o acesso à mesma e, portanto, sua exigibilidade.

dar legitimidade à decisão, sendo que em todas foi invocada a existência de provas de que @ jurisdicionad@ seria portador@ de uma patologia, seja ela nomeada transtorno, disforia, transexualidade, transexualismo, transgêneiridade, etc.

Análise Qualitativa

Em um terceiro recorte selecionou-se, para uma análise qualitativa em profundidade de alguns de seus trechos, as três decisões colegiadas mais avançadas²⁰ dentre as constantes da amostra inicial de 25 acórdãos, quais sejam, a de nº 0013986-23.2013.8.19.0208 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgada em 03/02/2014 e as de nº 0466124-36.2013.8.21.7000 e 0297951-15.2014.8.21.7000, ambas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgadas em 05/06/2014 e 24/06/2015, respectivamente. A escolha das decisões mais progressistas no âmbito da justiça comum estadual de segundo grau para compor o conjunto de excertos objeto da presente análise se justifica na medida em que são essas as decisões que mais tendem a reverberar sob a forma de jurisprudência seja no próprio âmbito recursal seja no âmbito do juízo de primeiro grau. A seguir são apresentadas as respectivas ementas seguidas de trecho(s) relevante(s) das decisões.

APELAÇÃO CÍVEL - PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - TRANSEXUAL - REQUERIMENTO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL PARA MODIFICAÇÃO DO PRENOME E SEXO - REQUERENTE NÃO SUBMETIDO À CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO - ART. 58 DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS - INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO - PROVIMENTO AO RECURSO. [...] passa-se ao exame da questão meritória que reconduz à aporia jurídica suscitada pelo fenômeno da transexualidade, considerad[a] uma *doença* pela Organização Mundial de Saúde, com enquadramento no Código Internacional de Doenças. No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o Conselho Federal de Medicina, no artigo 3º da Portaria nº 1.652/02, fixa as seguintes características mínimas que permitem enquadrar alguém como transexual: (i) desconforto com o *sexo anatômico natural*; (ii) desejo expresso de eliminar as genitálias, de perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e de ganhar aquelas do *sexo oposto*; (iii) permanência desses *distúrbios* de forma contínua e consistente pelo prazo de dois anos no mínimo ; (iiii) ausência de *outros* transtornos mentais [...] De acordo com o *atestado médico* acostado a fls. 45, o requerente encontra-se em *acompanhamento psiquiátrico* desde o ano de 2007, sendo *portador de transtorno* de identidade, com *diagnóstico* de F64.0 (transexualismo) [...] Em que pese esta busca da felicidade pela via da técnica cirúrgica, forçoso reconhecer que a cirurgia é apenas um paliativo quanto a aparente correção de

²⁰ Entendendo-se como mais avançadas, para este caso específico, aquelas decisões que prestam a completa tutela jurisdicional almejada pel@ pleiteante, no caso o deferimento da retificação do nome e do sexo em seu assento de nascimento, excluindo-se os casos de *transhomens*, pelos motivos descritos na nota anterior.

“*defeito*” de pessoa que nasceu homem num corpo de mulher, ou que *nasceu mulher num corpo de homem* (TJ-RJ, 2014, grifos nossos).

APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSGENÊRO. MUDANÇA DE NOME E DE SEXO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME.

[...] aponta o *laudo psicológico* produzido pelo [perito] que ‘a periciada possui uma identidade de gênero feminin[a] desde tenra infância, tendo vivenciado muito sofrimento por conta disso e ainda sofrendo discriminação em função de sua identidade civil masculina [...] Neste sentido, este *parecer psicológico* é favorável à mudança de nome pela periciada, assim como de seu sexo jurídico’ [...] (TJ-RS, 2014, grifos nossos).

APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. ALTERAÇÃO DO GÊNERO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL OU TRANSGENITALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA.

[...] *Sexo é físico-biológico*, caracterizado pela presença de aparelho genital e outras características que diferenciam os seres humanos entre machos e fêmeas [...] Gênero refere-se ao aspecto psicossocial, ou seja, como o indivíduo se sente e se comporta frente aos *padrões estabelecidos como femininos e masculinos a partir do substrato físico-biológico* [...] Quando há correspondência entre sexo e gênero, o homem (male/sexo) possui uma preponderância de masculinidade (gênero) e a mulher (female/sexo) uma preponderância de feminilidade (gênero), comportando-se, social e sexualmente, *como previsto e esperado do ponto [de vista] biológico* e cultural. [...outros como os transexuais] não encontram essa correspondência entre sexo e gênero, vivendo em descompasso com o *sexo biológico* [...] (TJ-RS, 2015, grifos nossos).

Os excertos selecionados apresentam algumas questões importantes para a discussão acerca dos termos e categorias pelos quais as experiências identitárias de travestis e transexuais são compreendidas e operacionalizadas pelos aplicadores do Direito em casos de demanda de retificação registral, entre as quais podemos citar a referência, sem qualquer problematização, à transexualidade como doença, distúrbio ou transtorno mental, invocando-se aparatos institucionais médicos como a Organização Mundial da Saúde (OMS), a CID-10, e o CFM como legitimadores dessa categorização; a constante referência à tutela médica dos sujeitos através de *acompanhamento psiquiátrico, atestado médico, diagnóstico, laudo psicológico, perícia médica*; a cirurgia de transgenitalização como meio de promover a correção de um sexo equivocado; e, por fim, a marcada distinção entre sexo e gênero, o primeiro como pertencente ao campo do natural, biológico e anatômico, definido pelos órgãos genitais como opostos binariamente e de forma excludente, e gênero referindo-se a *como o indivíduo se sente e se comporta frente aos padrões estabelecidos como femininos e masculinos a partir do substrato físico-biológico [do sexo]* (TJ-RS, 2015).

[Digite texto]

As questões presentes nos excertos podem ser analisadas a partir de dois grandes eixos, quais sejam, o da naturalização do sexo e o da patologização das transidentidades. Tais eixos encontram-se intrinsecamente imbricados pois, como se pretende demonstrar, a patologização das identidades *trans* só tem lugar a partir da pressuposição de um sexo natural, apartado do domínio do discurso e que funcione como *substrato físico-biológico* do qual derive um gênero *previsto e esperado do ponto [de vista] biológico e cultural* (TJ-RS, 2015). No que se refere à despatologização das transidentidades, se é certo que historicamente foi por meio da “adoção” pelos saberes médicos que tais expressões identitárias puderam sair do limbo das perversões sexuais e “ascender” ao *status* de doença, alcançando grandes conquistas em termos de políticas públicas de saúde, a patologização é, ela mesma, um vetor de estigma e uma limitação à autonomia do indivíduo (AMARAL, 2011), indo de encontro à proposta de integralidade da atenção à saúde constante na Portaria 2.083/13 do Ministério da Saúde²¹.

Amaral (2011) alerta ainda que a definição psiquiátrica da transexualidade pressuporia um sofrimento do sujeito por estar inadequado às normas de gênero sem as colocar em questão. Tal abordagem inverte a relação causa e consequência como se a expressão de gênero fosse natural, e não social, e as consequências vulnerabilizantes da sua não identificação aos moldes hegemônicos fossem os sintomas de uma patologia do sujeito, e não a consequência perversa da adesão conservadora, inclusive pelos operadores da Saúde e do Direito, a um rígido binarismo de gênero. O argumento da diferença natural entre os sexos, chancelado pela autoridade do conhecimento científico decorre, como nos aponta Bento (2006),

[da apropriação, pelo pensamento científico hegemônico], das recorrências observáveis nas relações entre os gêneros, reforçando circularmente a diferença sexual natural, subsumindo nessas “verdades” os aspectos culturais e simbólicos que constituem nossas percepções sobre corpos, gêneros, órgãos e fluidos.

Nas três decisões selecionadas para análise em profundidade, as quais deferiram o pleito de retificação de nome e sexo para mulheres transexuais não operadas, fica evidente o uso do discurso médico como principal legitimador para as decisões, sendo o

²¹ Muito embora a Portaria expressamente afaste a centralidade da cirurgia transgenitalizadora do Processo Transexualizador, o que vemos nos 25 acórdãos analisados, mesmo naqueles prolatados após a entrada em vigor da citada portaria, é a realização prévia ou não da cirurgia como critério definidor do deferimento ou não dos pedidos que possuam como fundamento o reconhecimento jurídico, através da retificação registral do assento de nascimento, da identidade de gênero do indivíduo.

diagnóstico de disforia de gênero condição *sine qua non* para o acesso aos direitos, deixando de fora sujeitos que não se enquadram na categoria nosológica constante nos compêndios médicos de referência e limitando a experiência transexual a comportamentos fixos adequados às normas gênero. Assim, o que vemos são decisões que, ainda quando asseguram o bem da vida imediato buscado pelo jurisdicionado, o fazem acionando saberes que tomam a continuidade heteronormativa entre sexo e gênero como natural e sua descontinuidade como categoria diagnóstica, sem problematizar os próprios termos *sexo* e *gênero*.

É preciso atentar para a naturalização da sexualidade e o correspondente apego ao dimorfismo opositivo entre *corpos masculinos* e *corpos femininos* presentes nos discursos médicos na medida em que estes estão impregnados de concepções de gênero. Laqueur (1994) aponta que até meados do século XVII era o gênero - que atualmente consideramos uma categoria cultural -, e não o sexo, o dado da realidade sobre o qual ligavam-se significados culturais. Assim,

Ser homem ou mulher era manter uma posição social, um lugar na sociedade, assumir um papel cultural e não ser organicamente um ou o outro de dois sexos incomensuráveis. Em outras palavras, o sexo antes do século XVII, era ainda uma categoria sociológica e não ontológica[...]. Historicamente, as diferenciações de gênero precederam as diferenciações de sexo.

Destaca o autor que o esforço de historicização do sexo não visa negar a realidade anatômica dos corpos, mas revelar que diferença e a igualdade estão por toda a parte e que a delimitação de quais delas importam encontra-se para além dos limites da investigação empírica haja vista que quase tudo que se queira dizer sobre o sexo já contém em si uma reivindicação sobre o gênero. Nesse sentido vai sua afirmação de que *a ciência não investiga simplesmente, ela própria constitui a diferença* (Laqueur, 1994).

Como alerta Fausto-Sterling (2002), é preciso estarmos atentos ao invocar o corpo como algo que existe antes da socialização, pois *a matéria está inteiramente sedimentada com discursos sobre o sexo e a sexualidade que prefiguram e limitam os usos que podemos fazer desse termo*. Não se nega o corpo, mas sim que haja um corpo em si, pois o corpo, sua materialidade, é sempre trazido à existência simbólica por meio de normas culturais que lhe impregnam de significados desde sempre. A questão é que as práticas de gênero diferenciam caracteres que não são de forma alguma sexuais *a priori* - como evidencia o fato de que diferentes sociedades escolhem diferentes caracteres - e intervêm neles acentuando-os ao

[Digite texto]

máximo possível para dar-lhes a impressão de incomensurabilidade, no vocabulário de Laqueur (1994).

Tampouco se problematiza, em tais decisões, a constituição pelo saber médico e psiquiátrico, de determinadas existências humanas consideradas, unicamente com base em sua expressão de gênero, como menos legítimas que outras, existências que demandariam tutela tanto nos aspectos privados como públicos de sua vida: a tutela médica para dizer a verdade sobre seus corpos e mentes e a tutela jurídica para decidir sobre aspectos personalíssimos de sua existência cidadã, como sua identificação civil. Sem problematizar, por fim, nos termos de Arán (2006) *as questões históricas, políticas e subjetivas a propósito da psiquiatrização da condição transexual*.

Por fim, problematizadas a naturalização da sexualidade e a consequente patologização das transidentidades, cabe como último tópico de análise uma meta-reflexão sobre a própria função que o Direito e seus operadores têm exercido quando se comportam como meros reprodutores mecânicos de saberes legitimados como inerentemente superiores – tão somente porque carregam a chancela da cientificidade – como no caso do saber médico. É preciso atentar para o fato de que tal operação instrumentaliza o Direito e o subordina aos conhecimentos que se autoproclamam detentores da verdade sobre a vida do indivíduo.

A vida, que dessa forma é tornada meramente biológica e destituída da complexidade que a distingue como humana – *vida nua* nos termos de Agamben (2002) – fica vulnerável aos riscos historicamente conhecidos de sua instrumentalização pelos saberes e técnicas biomédicas. O autor nos faz pensar naquilo que haveria em comum a sujeitos em situações tão díspares como presos dos campos de concentração nazistas – objeto da atenção de Hannah Arendt –, os de Guantánamo – objeto da atenção de Butler (2002) –, e os *trans* dos quais aqui nos ocupamos: são todos indivíduos igualmente reduzidos à mera existência biológica, destituídos da sua existência política e cidadã enquanto sujeito de Direito. Embora – e justamente porque – seja por meio do Direito que se aceda à vida para além da mera existência biológica, é ele também quem tem o poder de decidir sobre seu início, seu modo adequado e seu fim.

Que a vida humana é sacra, que os atributos da humanidade sejam todos eles sancionados pelo direito, não existe dúvida alguma. Não obstante, é este mesmo ordenamento jurídico que estabelece o início da vida e o seu término; é este mesmo direito que estabelece quem pode ou não gozar de sua sexualidade, e como o fazer [...] (OLIVEIRA, 2010).

[Digite texto]

Portanto, se aqueles que são os únicos aptos ao exercício do monopólio estatal da jurisdição não puderem, em lugar de documentos técnicos editados por conselhos de classe e outras instruções técnicas afins, utilizar de um repertório de conhecimentos qualificados que lhes permitam uma reflexão crítica e eticamente embasada para fundamentar decisões que importem em valores fundamentais da vida humana, será preciso questionar se o que teremos no lugar de juízes e desembargadores não serão meros autômatos, sem liame decisório e sem fundamentos éticos nos quais se basear.

Considerações finais

Como Canguilhem (2000) há muito já demonstrou, em se tratando de seres vivos a anormalidade não é patológica, mas sim o mais natural dos acontecimentos. Uma condição anômala pode tornar-se enfermidade caso produza efeitos limitadores para a vida do indivíduo e, no caso da identidade de gênero, não é a condição em si que produz efeitos limitadores, mas sim a reação social em relação a ela que limita a vida do indivíduo. Tal reação, baseada em ideias normativas e expectativas sociais, é o que limita e dificulta a vida social do indivíduo, se configurando assim como agente patogênico.

Não pode ser o normal definido objetivamente e sua variação, medida quantitativamente, é somente em relação a uma 'norma válida e desejável' que se pode medir o excesso ou a falta, deixando de ser o normal um fato em si e tornando-se a manifestação de um 'valor' referido ao perfeito e ao ideal. Nos termos do autor: Não existe fato que seja normal ou patológico em si. A anomalia e a mutação não são, em si mesmas, patológicas. Elas exprimem outras normas de vida possíveis. (SEIXAS e BIRMAN, 2012, apud Canguilhem, 2002, grifos nossos).

Como decorrência do já discorrido a despatologização implica que a cirurgia de transgenitalização não seja entendida como cura nem centro da demanda *trans*, o que não implica que ela deixe de ser disponibilizada pelo serviço público de saúde a sujeitos entendidos como suficientemente autônomos e capazes de decidir sobre seus corpos. É imperativo resgatar a capacidade decisória dos sujeitos sobre seus próprios corpos ainda quando em desobediência à expectativa social heteronormativa.

Igualmente, o direito à retificação registral de nome ou nome e sexo, a critério do indivíduo, deve ser viabilizado por outros meios que não apenas a realização de procedimento cirúrgico ou do diagnóstico de transexualidade, pois do

[Digite texto]

contrário continuar-se-á reafirmando uma suposta coerência entre genitália, gênero e prática sexual na medida em que a identidade de gênero que se mostra em oposição ao "sexo biológico" precisa estar configurada como transtorno para alcançar legitimidade em sua auto enunciação, reafirmando assim os laços entre poder judiciário e saber médico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua I*, trad. Henrique Burigo, 2ª ed., Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AMARAL, Daniela Murta. *Os Desafios da despatologização da Transexualidade: reflexões sobre a assistência a transexuais no Brasil*. 2011, 107f. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva. Área de Concentração: Ciências Humanas e Saúde) - Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

ARÁN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. *Ágora: Estudos em Teoria Psicanalítica*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 49-63, 2006.

BENTO, Berenice. A (re)invenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond/Clam, 2006.

BUTLER, Judith. O limbo de Guantánamo. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 77, p. 223-231, Mar. 2007.

CANGUILHEM, G. O normal e o patológico. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

FAUSTO- STERLING, Anne. Dualismos em duelo. *Cad. Pagu*, Campinas 2002, n.17-18, pp. 9-79

LAQUEUR, Thomas W. Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. *Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010.

SEIXAS, Cristiane Marques; BIRMAN, Joel. O peso do patológico: biopolítica e vida nua. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v.19, n.1, jan.-mar. 2012, p.13-26.

VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. *Decisões judiciais no campo da biotecnociência: a bioética como fonte de legitimação*. 2014, 216f. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva. Área de Concentração: Bioética e Ética Aplicada) - Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.