

SEXO BIOLÓGICO COMPORTAMENTAL E IDENTIDADE

**DESAFIOS PARA O
BIODIREITO**



Adriana Maluf

1.1. Introdução – considerações iniciais

A sexualidade é um poderoso agente identificador do ser humano. Inúmeras são as suas variações bem como do gênero humano. Estes dois elementos, a seu turno, produzem intrínsecos questionamentos no campo da bioética, do biodireito e dos demais ramos do direito.

Para tanto, primaz se faz estabelecer um panorama dos três casos que serão abordados no presente estudo: o homossexual, o transexual e o intersexual.

O século XX trouxe, amparado em suas inúmeras descobertas e transformações, o debate sobre a identidade sexual, a orientação sexual e a identidade de gênero. Sem dúvida nenhuma, o momento histórico é favorável para uma maior aceitação das íntimas particularidades de cada ser humano, pois esses bens recebem proteção constitucional e ideológica em diversos países do mundo, frente à valorização da dignidade da pessoa humana, do respeito aos direitos da personalidade e dos direitos humanos, tão em voga nesse limiar de século.

Ampla é a abordagem temática que envolve o indivíduo e as questões de gênero. De essência multifacetada, sua definição passa pelos campos da medicina, da sociologia, da psicologia, da filosofia e do direito.

Ao tema em questão, de essência complexa é fascinante, não pode deixar de lembrar das palavras de John Stuart Mill “Em toda parte o despotismo do costume é o obstáculo permanente para o avanço humano, conservando-se em incessante antagonismo com essa disposição de visar a algo melhor que o costumeiro, a que se chama de acordo com as circunstâncias, de espírito de liberdade, de progresso ou de aperfeiçoamento”; ou as palavras de Wilhelm Von Humboldt “ O princípio grandioso e determinante, para o qual converge diretamente cada argumento exposto nestas páginas, consiste na importância absoluta e essencial do desenvolvimento humano em sua mais rica diversidade.”¹

¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pos modernidade, São Paulo:Atlas, 2010, p. 3 e ss

1.2. Definição e histórico

Inicialmente, a fim de bem situarmos a questão da sexualidade do ser humano, podemos apontar alguns conceitos basilares: **a identidade sexual, a orientação sexual, a identidade de gênero e a orientação sexual.**

Estes conceitos, de forma entrelaçada formam a chamada diversidade sexual.

Assim, o **sexo** pode ser definido como o conjunto de características biológicas contidas nos aparelhos reprodutores masculino e feminino. Define o ser humano em sua estrutura binária: homem e mulher! Por sua vez, não determina a identidade de gênero nem a orientação sexual do indivíduo.

A **identidade sexual** pode ser definida como a plena inserção psíquica de um indivíduo em consonância com suas características anatômicas.

O **gênero**, por sua vez, recebe uma construção sociológica, é um conceito mais subjetivo, mais ligado ao papel social desempenhado pelo indivíduo do que por suas características biológicas. Representa outrossim a identidade de gênero a expressão da vivência social do indivíduo.

A **orientação sexual** corresponde à forma pela qual o indivíduo vai viver a sua sexualidade, podendo ser:

- a.) heterossexual - quando os seres se relacionam afetiva e/ou sexualmente com pessoas do sexo diferente do seu;
- b.) homossexual - quando os indivíduos se relacionam afetiva ou sexualmente com seres do mesmo sexo que o seu;
- c.) bissexual - quando os seres se relacionam com pessoas de ambos os sexos, podendo essa orientação bissexual ser alternada ou concomitante – definindo assim o momento de sua manifestação;
- d.) assexual - marcada pela ausência completa de atração sexual, ou mesmo de pequeno ou inexistente interesse nas atividades sexuais humanas. Difere-se esta da abstinência

sexual e do celibato, que são comportamentos, via de regra, decorrentes de fatores pessoais ou crenças religiosas. A assexualidade, entretanto, não impede a feição romântica, podendo esta se manifestar também de várias formas: atração romântica por pessoas do sexo oposto, do mesmo sexo ou de ambos. Podem existir casos entretanto, de completa ausência de assexualidade e afetividade.

e.) pansexual – marcada pela atração sexual, romântica ou emocional entre pessoas independente do sexo ou da identidade de gênero do outro. Inclui pessoas que não se encaixam na divisão binária masculino/feminino. Denota assim, um potencial de atração por todos os sexos ou gêneros.

Assim sendo, temos que o sexo do indivíduo, representa um agente identificador potente que se baseia em múltiplos fatores que estruturam a essência do ser humano.

Ademais, inegável é a importância que teve o sexo na configuração dos direitos da pessoa, desde os primórdios até a equiparação jurídica do homem e da mulher tal como se apresenta na atualidade. Representa este em seu âmago uma qualidade identificadora do ser advindo do equilíbrio de diversos elementos – somáticos, psíquicos, sociais – que normalmente aparecem equilibrados.

Quanto à sua etiologia, a determinação do sexo do indivíduo é definido através da interação de genes que estão situados em pares homólogos, ou seja, cromossomos sexuais. O homem apresenta 44 autossomos + XY (heterogamético) e as mulheres 44 autossomos + XX (homogamético).

Amparando-se nos preceitos da embriologia temos que entre 6 e 8 semanas após a concepção, o feto masculino de estrutura cromossômica (XY) recebe uma dose maciça de hormônios androgênicos que, além de configurações embriológicas específicas, alteram a estrutura cerebral de um formato feminino para uma configuração masculina. Um erro na secreção desse hormônio alterando-lhe a dosagem circulante, ou uma hipersensibilidade dos tecidos cerebrais, pode gerar um feto masculino com estrutura cerebral funcionando nitidamente feminina, levando ao aparecimento do comportamento homossexual na puberdade ou num grau mais elevado gerar a síndrome transexual.

Temos que, na esteira desse pensamento, o principal responsável é o impacto ou a falta do hormônio masculino sobre o cérebro, os homossexuais são em sua maioria masculinos.

Ou seja, o comportamento sexual será definido pela estrutura do cérebro ainda em estágio embrionário.²

Estudos realizados na Alemanha demonstram que uma queda dos níveis de testosterona no início da gravidez aumenta a probabilidade do aparecimento do homossexual masculino, já que os hormônios femininos vão configurar o cérebro.

Assim, podemos concluir que a orientação sexual, quer para heterossexuais, quer para homossexuais não parece ser algo que a pessoa escolha. Alguns estudos recentes indicam que a orientação sexual tem uma grande influência genética ou biológica, sendo, provavelmente, determinada antes ou pouco após o nascimento. Sendo esses estudos não conclusivos, é irresponsável assumir que a homossexualidade é uma escolha. Tal como os heterossexuais, os homossexuais descobrem a sua sexualidade num processo de crescimento.

Quanto ao histórico do tema abordado, temos que as reflexões sobre as noções de gênero, sexo e sexualidade tiveram início no século passado, tendo em vista o avanço da ciência, da cultura e mesmo dos debates internacionais.

Desta forma, enquanto o sexo é visto a partir das configurações somático-anatomicas, o gênero se solidifica a partir das construções sócio culturais, variando com a variação do tempo histórico, e do contexto regional.

De qualquer forma, inicialmente vista como doença ou perversão, passando para um universo de escolha preponderantemente hedonista, na atualidade as fronteiras entre sexo e gênero se encontram esfaceladas, transformando a natureza (de cunho sexual) em um produto da cultura, e assim passível de mudança tanto no âmbito de sua compreensão, quanto como uma base moldável pelos indivíduos.

² Obedece a proporção de 8 homossexuais masculino para uma lésbica. Obedece a uma estrutura bipartida a configuração cerebral: o centro de atração, regido pelo hipotálamo determina qual sexo vai despertar interesse; o centro de comportamento, onde o nível hormonal adequado vai estimular o comportamento masculino ou feminino. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, São Paulo:Atlas, 2010, p.123 a128.

“Assim, o corpo inicialmente natural adquire também a possibilidade de ser compreendido como objeto sob a ação de processos culturais, políticos e técnicos; enquanto a sexualidade, referir-se-ia às práticas eróticas e sexuais entre os indivíduos”.

Nesse conjunto, vemos que a utilização do corpo não se alimentaria apenas de fatores biológicos, mas também de elementos psicológicos e sociais. Assim, os indivíduos recebem estímulos e incentivos educacionais para se comportar de acordo com a informação de seu sexo biológico, demarcando valores socialmente aceitáveis.

A partir de 1975, com Gayle Rubin, criou-se o conceito de gênero em antropologia, através do qual o sistema sexo/gênero histórica e socialmente determinados criam convenções em torno do masculino e do feminino, do sexo biológico e da identidade de gênero.³

Vemos assim, que dentre os conhecimentos produzidos pela humanidade, muitos ancoram seus pressupostos na acepção da natureza, pura e simplesmente, como no caso das noções de gênero e de sexualidade, vistos como elementos predeterminados e fixados pela biologia. No entanto, essa linha de pensamento vem sendo superada, posto que outras formas de pensar vem problematizando a naturalidade de gênero e da sexualidade, argumentando

No Brasil, os estudos de gênero, tiveram seu início em meados do século XX, notadamente a partir da década de 1960, após a segunda onda do feminismo, quando começaram a se posicionar acerca dos papéis de gênero, dos papéis sociais atribuídos, da possibilidade de liberdade sexual, de autonomia quanto à identidade pessoal, e elaboração das primeiras leis protetivas dos direitos individuais do cidadão.

Mais tarde, na década de 1990, baseado na concepção de Michel Foucault, passou-se a se problematizar a construção da diferença sexual ao longo dos séculos. Com Thomas Laqueur, entendeu-se que “a diferença sexual seria construída ao longo da história, mantendo estreitas relações com conjunturas políticas e epistemológicas”. Para ele o sexo

³ Fonte: [http:// Sociologia.uol.com.br](http://Sociologia.uol.com.br). VENTUROZA, Isabela – Gênero, sexo e sexualidade. In: Gênero em perspectiva. In Revista Sociologia Ciência e Vida, Ed. 58, p. 3 < acesso em 24.7.2017>

não estaria tão longe do gênero entendido como categoria meramente cultural. A anatomia, fruto de perspectivas historicamente situadas, seria passível de questionamento.⁴

No mesmo período, Judith Butler, defende que o sexo biológico e o gênero seriam interseccionados, diminuindo assim as barreiras que colocam sexo de um lado e gênero de outro.

Para Miguel Vale de Almeida “ masculinidades e feminilidades não são mais do que metáforas de poder e de capacidade de ação. Nesse sentido, podem ser acessadas tanto por homens quanto por mulheres, embora esse acesso seja limitado conforme se espere em cada sociedade”.⁵

Na atualidade, vemos que o conceito de sexualidade não se restringe mais à ideia de um impulso relacionado com partes específicas do corpo, mas ampliado por considerar atributos que “envolvem os desejos eróticos, as fantasias, as sensações, as práticas e os hábitos, além das relações sociais, as concepções, os valores, os discursos e toda a rede de significados socialmente construídos em torno dos desejos e das condutas sociais”.⁶

1.2.1. Conceitos

A sexualidade pode ser entendida como um grande agente identificador da pessoa, um direito resguardado no plano interno sob a égide de princípios constitucionais e no plano internacional sob a égide de Tratados e Convenções internacionais.

Congrega uma grande gama de questionamentos e classificações, posto que insere-se no âmago da complexidade identitária do homem.

A plena vivência da sexualidade e identidade de gênero representa um direito personalíssimo do ser humano.

⁴ Fonte: [http:// Sociologia.uol.com.br](http://Sociologia.uol.com.br). VENTUROZA, Isabela – Genero, sexo e sexualidade. In: Gênero em perspectiva. In Revista Sociologia Ciência e Vida, Ed. 58, p. 4 < acesso em 24.7.2017>

⁵ Fonte: <http:// Sociologia.uol.com.br>. VENTUROZA, Isabela – Genero, sexo e sexualidade. In: Gênero em perspectiva. In Revista Sociologia Ciência e Vida, Ed. 58, p. 4 < acesso em 24.7.2017>

⁶ SZASZ, Ivone – El discurso de las ciencias sociales sobre las sexualidades. In. CACERES, C F (eds) – Ciudadania sexual em America Latina:abriendo el debate. Lima, Universidade Peruana Cayetano Herida, 2004, p. 65 e ss

Na lição de Capelo de Souza, o homem passou a ser reconhecido como o centro do ordenamento jurídico, sendo seu valor íntimo e suas necessidades agentes favorecedores do desenvolvimento da sistematização de um direito geral da personalidade, que apresentou no decorrer da história da humanidade um fortalecimento e uma positivação que passaram a ser tutelados por norma expressa.⁷

Preleciona Limongi França que “ o direito existe para que a pessoa, em meio à vida social seja aquinhoadada segundo a justiça com os bens necessários à consecução de seus fins naturais”.⁸

Para Javier López-Galiacho Perona, comprovada é a importância da construção jurídica do direito à sexualidade e à identidade sexual, como expressão da identidade pessoal, devendo, para tanto, destacar-se como um direito da personalidade, em estreita conexão com outros direitos de mesma natureza, como o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade humana, o direito à saúde, à intimidade, à honra, ao sigilo e à proteção da integridade física e moral.

Ressalta, ainda, que a inclusão do direito à identidade sexual no âmbito dos direitos da personalidade teve origem na jurisprudência e na doutrina italiana.⁹

Encontra guarida nesse sentido a exteriorização da homossexualidade como um direito personalíssimo com desmembramentos de ordem social, econômica, política e com reflexos no direito de família, uma vez que a Carta Constitucional veda a discriminação por orientação sexual em seu artigo 3º, IV; aos casos diagnosticados de transexualidade, onde vem comprovada a importância do fator psicológico na determinação do sexo do indivíduo, devendo para tanto ser reconhecido ao transexual o direito à identidade sexual e, consequentemente, registral.

Assim, entendemos com Adriano De Cupis que em cada momento histórico, em cada ambiente social, existem particularidades sobre a essencialidade dos direitos da

⁷ SOUSA, Rabindranath Capelo de – O direito geral da personalidade, Coimbra:Coimbra, 1995,,p.30.

⁸ FRANÇA, Rubens Limongi – Direitos da personalidade coordenadas fundamentais.Revista do Advogado, AASP, n.38,p.6.

⁹ PERONA, Javier López-Galiacho – La problemática jurídica de la transexualidad, 1950Madrid:Mc Graw-Hill,1998 ,p.110 e 111.

personalidade: “ mudando a consciência moral, muda-se a forma de reconhecer a posição do indivíduo no seio da sociedade, assim como altera-se o direito concebido como essencial à personalidade, até chegar-se a tal ponto que o atributo dessa essencialidade assuma um integral valor jurídico positivo, garantindo segurança, respeito aos direitos em geral da pessoa humana”.¹⁰

De grande importância são também os casos de diagnosticada intersexualidade, onde a ambiguidade que a caracteriza gera inúmeros conflitos de ordem pessoal, social e jurídica, levando muitas vezes a conflitos para a determinação da identidade sexual do paciente.

Nesse sentido vemos que a autodeterminação sexual do indivíduo, embora direito personalíssimo, singra mares de desconhecimento, preconceito, intolerância“ quanto mais o indivíduo luta para afirmar a sua personalidade, mais se vê lutando contra modelos de comportamento e valores impostos, e o resultado, quando não é a sublimação absoluta da individualidade, é a relativização dos seus valores”. Aduz que a identidade está intimamente relacionada com a sexualidade, no sentido da autoconsciência individual, ou seja, tal como entendemos, na forma como o homem se relaciona com o mundo.¹¹

Nas palavras de Giselle Groeninga “a identidade pessoal é composta de três níveis inseparáveis – o individual, o grupal e o social”, e da intersecção destas advém o equilíbrio psicofísico da pessoa humana.¹²

Entendemos que a identidade indica uma característica pessoal que aproxima o indivíduo de um grupo específico e o distancia de outro, representando um sentimento de pertencimento a um *locus* determinado, e que a seu turno se liga diretamente com os relacionamentos sociais e escolhas amorosas do cidadão.

1.2.2.Características

¹⁰ DE CUPIS, Adriano – I diritti della personalità., Milano: Jovene, 1950, p.19.

¹¹ OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de – Direito de autodeterminação sexual, São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003, p.1 , 7 e 64.

¹² GROENINGA, Giselle Câmara – Os direitos da personalidade e o direito a ter uma personalidade. In. TARTUCE, Flávio e CASTILHO, Ricardo (Coord.). Direito Civil – Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, São Paulo: Método, 2006, p.657.

Os principais elementos atinentes à questão da sexualidade são: a definição de sexo – em seu espectro biológico e social; a questão da orientação sexual do indivíduo – em suas múltiplas complexidades na pós modernidade e a questão da identidade de gênero – e sua delicada inserção na pós modernidade.

Assim, vemos que o tema engloba na atualidade uma célere mutação conceitual em face da sedimentação de novos valores em decorrência da evolução dos costumes, do desenvolvimento científico, do dialogo internacional e da mudança do pensamento e da técnica.

1.2.3.Classificações

As questões que envolvem a sexualidade, tendo em vista o sexo biológico, comportamental e identitário envolvem diversos grupos de indivíduos.

No que tange à orientação sexual, já discorrida no presente trabalho, destaca-se a figura do **homossexual**.

Este por sua vez, pode ser definido com aquele que sofre de uma variação do impulso sexual e da afetividade, uma vez que em maior ou menor grau, sente-se atraído sexual e afetivamente por pessoas do mesmo sexo.

“ Pessoa que se relaciona sexualmente, quer de fato, quer de forma fantasiosa, imaginária, com parceiros pertencentes ao mesmo sexo que o seu, mantendo-se, todavia, satisfeita com seu sexo biológico”.¹³

Aduz Robert H. Hopcke que a homossexualidade tece contornos à delimitação da personalidade do indivíduo, dando-lhe uma forma concreta que em muitas vezes exige que este trilhe um caminho muito particular.

Conclui que “ a descoberta da própria homossexualidade é em geral um momento significativo no desenvolvimento da personalidade o ‘assumir-se’ é muitas vezes o primeiro passo da longa trajetória chamada por Jung e seus adeptos de individuação, o

¹³BRANDÃO, Débora Vanessa Caús – Parcerias homossexuais Aspectos Jurídicos, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2002,p.17.

estabelecimento de uma personalidade própria e individual com profundidade e substâncias verdadeiras”.¹⁴

A construção social do desejo implica na coexistência de um complexo de emoções que se originam num predeterminismo biológico, na natureza mais íntima da existência. Leciona Martha C Nussbaum que “ é um dado precultural, no qual as interpretações cognitivas aprendidas na convivência desempenham um diminuto papel, pois o desejo consiste em fazer determinado objeto desejável, sinteticamente, ele está em nossa cabeça”.¹⁵

Para Stéphane Clerget, a homossexualidade é uma construção social que se estabelece em virtude de um processo interativo de classificação social e autoidentificação.¹⁶

Outrora considerada doença ou perversão, as principais organizações mundiais de saúde não mais consideram a homossexualidade uma doença. Desde 1973 deixou de ser considerada como tal pela Associação Americana de Psiquiatria, sendo, na mesma época, retirada como tal do Código Internacional de Doenças (CID – 10).

A Assembleia Geral da Organização Mundial da Saúde, OMS, em 17 de maio de 1990, retirou a homossexualidade de sua lista de doenças mentais, declarando que a homossexualidade “ não constitui doença, distúrbio ou perversão” , mas sim um estilo de comportamento, geneticamente prevalente.¹⁷

Diversos fatores são predisponentes para a homossexualidade: genéticos, hormonais, ambientais, psicológicos, relacionais. Expressam tanto a ideia de semelhança, igualdade ou analogia com o sexo que o indivíduo almeja ter, quanto significa a expressão da sexualidade com outra pessoa do mesmo gênero que o seu.

Como informa Roberto Graña, “ os desvios sexuais geralmente têm sua gênese na infância, fruto de um pré-determinismo primitivo que se origina basicamente nas relações

¹⁴ HOPCKE, Robert H. – Jung, junguianos e a homossexualidade. Trad. Cássia Rocha, São Paulo: Ed. Siciliano, 1993, p.14 e 15; Harvard Law Review – Sexual orientation and tra law, USA,1990,p.2.

¹⁵ NUSSBAUM, Martha C – Constructing love,desire and care.In. Sex, preference and familly – essays on law and nature, New York/Oxford: Oxford University Press, 1997,p.26.

¹⁶ CLERGET,Stéphane – Comment devient-on homo ou hétéro.Paris:JCLattes,2006,p.74.

¹⁷ MALUF,Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus– Direitos da personalidade e elementos genéticos para a identidade da pessoa humana, In. ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mario (Org) – Novo Codigo Civil questões controvertidas, São Paulo:Meodo, 2002,p.68.

parentais das crianças, desde a sua concepção até os 3 ou 4 anos de idade, influenciado pelo ambiente no qual ela se desenvolve, manifestando-se todavia preponderantemente a partir da puberdade”.¹⁸

Os fatores genéticos e hormonais são bastante atuantes no desenvolvimento da sexualidade e do comportamento reprodutivo. Como se sabe, o comportamento sexual está intimamente relacionado ao comportamento reprodutivo, assim, as bases fisiológicas de ambos estão, obviamente sobrepostas. São eles regulados primariamente através da ação de hormônios lançados na circulação sangüínea pelas glândulas sexuais e pela hipófise (sendo que a reprodução humana, assim como outros processos fisiológicos importantes é realizada pelos hormônios adeno-hipófise).¹⁹

Como bem retrata Marcus Lira Brandão, existem vários fatores que atuam em diferentes estágios do desenvolvimento humano para determinar o comportamento sexual que o indivíduo irá manifestar na idade adulta. Entre estes, destaca o meio hormonal perinatal, a socialização pré-puberal, os hormônios puberais e os parceiros sexuais disponíveis.

Durante a vida perinatal os hormônios sexuais contribuem decisivamente na determinação da diferenciação sexual que se manifestará mais tarde de forma mais proeminente através do caráter cíclico do comportamento reprodutivo no sexo feminino, que por sua vez se encontra submetido aos estímulos da glândula pituitária, que a seu turno se encontra sob o comando do cérebro. Tem-se demonstrado, através de experimentos clínicos, que é possível alterar a forma com que o cérebro controla o sistema endócrino nas fases iniciais da vida, ou seja, é possível alterar o sexo do cérebro experimentalmente.

Assim, a secreção hormonal anômala, aliada à influência matriz do *stress* nessa fase inicial de diferenciação sexual, pode levar a uma alteração do comportamento sexual em face do sexo cromossômico, uma vez que a liberação de beta-endorfina no *stress* suprime

¹⁸ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús – Parcerias Homossexuais Aspectos Jurídicos, São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2002, p. 17 e 18; DIAS, Maria Berenice – União Homossexual: o preconceito e a justiça, p. 31.

¹⁹ Todavia, como demonstrou Stéphane Clerget, o fator genético não é preponderante na gênese do comportamento homossexual, visto que, em se analisando gêmeos idênticos, a incidência de homossexualidade em ambos é de 52%, no caso de gêmeos bivitelinos a probabilidade é de 22%, no caso de irmãos biológicos os números apontam para 9,2% e de irmãos adotivos para 10,5%. In. Comment devient-on homo ou hetero, op.cit., p. 80.

a produção de testosterona no feto. O envolvimento desses mecanismos no aparecimento da homossexualidade no homem não pode ser descartado.²⁰

Após o nascimento, as gônadas de ambos os sexos tornam-se relativamente latentes até a puberdade. Durante a infância, a experiência social e a aprendizagem ou reforçam e fortalecem as predisposições comportamentais ou as contrariam. Se existir uma boa correlação entre o sexo anatômico, predisposições comportamentais determinadas no período perinatal e socialização adequada, emergirá uma personalidade heterossexual estável, caso contrário, algum grau de conflito ou anormalidade poderá ocorrer, como bem relatou Lira Brandão.

Assim, podemos observar a importância do impacto (ou a falta) do hormônio masculino sobre o cérebro para a determinação da identidade sexual do indivíduo, que será resultado da interação entre o cérebro em desenvolvimento e os hormônios sexuais.

Sintetiza ainda, que “o estudo dos controles fisiológicos do comportamento sexual pode facilitar enormemente a compreensão das motivações sexuais na espécie humana, mas é óbvio que a psicofisiologia não pode responder a todas as questões”.²¹

No amparo da psicologia, a psicanálise Freudiana enfoca a sexualidade segundo as diferentes fases do desenvolvimento humano: a identificação com o mundo e com a família, a fase do complexo de Édipo, a fase de descoberta do próprio corpo e do prazer oral, até chegar à adolescência com a vivência das pulsões sexuais.²²

À luz da concepção junguiana, a sexualidade representa uma pluralidade de impulsos separados constituídos de vários componentes mais ou menos fixos. A homossexualidade se traduziria por uma adaptação imperfeita à realidade externa ou mesmo por uma baixa capacidade relacional. Representa também um grau de imaturidade psicológica baseada em transferências inadequadas em relação aos pais; uma projeção inadequada de conteúdos psíquicos (identificação versus projeção; arquétipo *anima/animus*); perturbação no relacionamento com as mulheres (mãe). O que Jung considera imperfeito nesses casos não é nem a homossexualidade nem a heterossexualidade em si, mas a natureza inconsciente

²⁰ BRANDÃO, Marcus Lira – As bases psico-fisiológicas do comportamento, São Paulo: EPU, 1991, p.51 e 52.

²¹ BRANDÃO, Marcus Lira – As bases psico-fisiológicas do comportamento, São Paulo: EPU, 1991, p.52 e 55.

²² CLERGET, Stéphane – Comment devient-on homo ou hétéro, Paris: Lattes, 2006, p.187.

dos conteúdos psíquicos projetados, daí a natureza muitas vezes mal-orientada da paixão sexual.²³

Independentemente da gênese multifatorial de seu caráter, é reconhecido que o homossexual merece respeito e segurança jurídica em suas relações afetivas e patrimoniais.²⁴

Estudos sobre a sexualidade enfatizam que a história da criação da homossexualidade e seus termos permite compreender o fato de que a dita *normalidade* depende da estigmatização, da subalternização de identidades para se consolidar socialmente, num universo compreendido por uma heteronormatividade, assim como a forma pela qual se manifesta a orientação sexual do indivíduo e sua identidade de gênero vão refletir diretamente na maneira como ele será considerado no meio social.

Quanto à **evolução histórica dos direitos dos homossexuais**, os registros arqueológicos mais antigos apontam para 12.000 aC na Era Paleolítica, a presença de pinturas que apontavam para relações sexuais entre mulheres. Também na Era Mesolítica – 5000 aC – encontram-se presentes vestígios de homoerotismo em cavernas na região de Addara, na Sicília.

Registros apontam entre os Sumérios o encontro da mais antiga epopeia preservada pela história, a Epopéia de Gilgamesh – 2500/2800 aC. Esta inclui o relato da primeira história de amor homoerótico retratada que se tem notícia.²⁵

Na civilização egípcia, embora não se disponha de documentos legais sobre o tema, encontram-se resquícios de práticas homossexuais em pinturas datadas do século XXVI aC. Ou mesmo desenhos em tumbas.²⁶

Na antiguidade, o homossexualismo era uma presença destacada. Os registros mais conhecidos do tema foram resgatados da história grega. Durante os séculos VII a VI aC, a

²³ HOPCKE, Robert H. – Jung, junguianos e a homossexualidade, São Paulo: Siciliano, 1993, p.35 a 53; MILMANIENE, José E – Extranhas parejas, Buenos Aires :Ediciones Paidós, 2000, p.42 e 43.

²⁴ RODRIGUES ,Irene e BEO,Cíntia Regina – União homoafetiva;aspectos civis e constitucionais. In. Revista da Faculdade de Direito da USP, 2004, v.99, p.664.

²⁵ TOURNIER,Paul – Os gays na história,Barcelona: Editorial Estampa, 2006, p.14.

²⁶ SPENCER, Colin – Homossexualidade – uma história, Rio de Janeiro: Record, 1999, p.32.

Grécia antiga vivenciou grandes fatos históricos, representados através de sua arte, onde a homossexualidade era abordada através dos deuses, dos heróis, dos mitos e das lendas.

Referiu Platão, em *O Banquete*, que inicialmente três eram os gêneros humanos: o masculino, o feminino e o andrógino, sendo ainda o ser humano apresentado em tamanho duplicado daquele que se apresenta na atualidade. Dotados de força e vigor, aliados a uma grande presunção, esses seres, despertando a ira do deuses, foram divididos ao meio, enfraquecidos. A busca pela completude em sua tipologia inicial deu vazão para que se instaurassem os comportamentos homossexuais masculino ou feminino, ou heterossexual.²⁷

Bastante frequente na Grécia, era ligada à intelectualidade, à estética corporal – muito em voga no período-e mesmo à ética comportamental, onde, segundo o historiador grego Plutarco, apontava diversos estadistas como Sólon (homem de estado, legislador e poeta lírico de Atenas) em manter relações homossexuais, como este, no caso em tela, com Peisistratos.

Ou seja, naquela época, tanto as relações homossexuais quanto as bissexuais eram encaradas com naturalidade, ou mesmo com um sobrevalor, sendo comuns os registros históricos de afeição e convivência duradoura.²⁸

Nos textos referentes ao Antigo Testamento são encontrados relatos históricos de homossexualidade em suas escrituras, sendo esta, entretanto, concebida como uma abominação punida com a pena capital para ambos os envolvidos.

Em Roma a homossexualidade era tolerada, vista no mesmo nível que as relações entre casais, entre amantes ou entre senhor e escravo. Entre os romanos a homossexualidade não era reprovada, mas tinha algumas regras. A felação era um crime aos olhos dos cidadãos romanos. Tirando as regras que sempre existem em qualquer cultura, a homossexualidade era muito presente em Roma e praticada por todos, inclusive pelos Césares. A prática era de livre escolha do cidadão. Vê-se portanto, que as relações homoeróticas, principalmente

²⁷ PLATÃO – *O Banquete*, Rio de Janeiro:Difel, 3.ed.,2005,p.122 a 125.

²⁸ SPENCER, Colin – *Homossexualidade – uma história*, Rio de Janeiro:Record, 1995,p.40 a 48.

entre homens adultos e jovens, só eram repudiadas quando ameaçavam subverter a hierarquia social da época.

No período justinianeu, Roma adota um posicionamento contrário às práticas homossexuais.²⁹

A prática homofóbica foi perpetuada na Idade Média, quando a homossexualidade era associada à heresia e à usura, ou mesmo à feitiçaria, e na Idade Moderna, quando então eram banidos da sociedade aqueles que se deixassem levar por arroubos de amor romântico entre pares do mesmo sexo.

O relacionamento entre a homossexualidade e a religião varia de acordo com o momento histórico e o lugar. Alguns grupos não influenciados pelas religiões abramícas vem a homossexualidade como sagrada, enquanto as três grandes religiões a tem como negativa, pecaminosa, desencorajando ou mesmo proibindo e condenando sua prática.

As autocracias combinadas da Igreja e do Estado, acabaram por gerar, em meados do século XIV, uma visão da sexualidade bastante diferente daquela que havia na antiguidade. Tocada pela divindade de Deus, tornara-se sagrada. Nascia, assim, os contornos do “Estado homofóbico” que, intervindo no exercício da sexualidade, descartando o conceito de bissexualidade da consciência da sociedade, começou a estabelecer uma polaridade entre o que é permitido e o que é publicamente reconhecido.

A natureza sexual humana, da forma como era vista socialmente, passou a apresentar uma dicotomia: hetero ou homossexual. Posteriormente, foi formada uma sociedade separada, clandestina, de orientação sexual homossexual ou bissexual.

No período medieval, a prática homossexual ocorria com mais frequência nos mosteiros e academias militares sendo, entretanto, a Igreja sua principal perseguidora. Pelo pensamento dominante da época, qualquer atitude em descompasso com a maioria estava em descompasso com Deus. Essa fórmula garantia o domínio da Igreja, assegurando o cumprimento de seus dogmas e mandamentos.

²⁹ TOURNIER, Paul – Os gays na história, Lisboa: Editorial Stampa, 2006, p.53 a 55.

Na Idade Moderna, as Ordenações do Reino condenavam veementemente essa prática, sendo, inclusive imputado aos seus praticantes, penas terríveis de morte ou degredo.

A visão sobre a homossexualidade no mundo ocidental, tal como leciona Spencer Colin, foi influenciada por duas visões contraditórias (pecado X fraqueza). Sendo a ascensão do capitalismo, do consumismo, da ética calvinista e o rompimento da rígida sociedade de classes responsáveis pelo crescimento da homofobia nas sociedades ocidentais.

Em 1533 o rei Henrique VIII, da Inglaterra, proclamou todas as atividades sexuais não reprodutivas como crime. A pena de morte por sodomia foi tacitamente abandonada depois de 1836 e finalmente abolida na Inglaterra e no País de Gales em 1861 substituídas por penas que variavam de 10 anos à prisão perpétua (o Decreto sobre Crimes contra a Pessoa, substitui a legislação de Henrique VIII).

A homossexualidade, ao mesmo tempo praticada e rejeitada vigorosamente, passou a ser descriminalizada a partir do século XVIII quando em 1792 a França descriminaliza a prática homossexual entre os homens.

Foi só a partir do século XIX que a medicina definiu a homossexualidade como uma doença fisiológica causada por distúrbios genéticos ou biológicos. Nos séculos anteriores, foi tida como um pecado contra Deus, e, portanto, uma falha moral e teológica. Tornou-se, posteriormente, um crime social, contra o qual o Estado legislava. Nesse momento descortinava-se como uma inadequação médica e psicológica. Na concepção de Spencer Colin, esta passagem de pecado para crime, e daí para insanidade, foi provocada pelas intensas mudanças sociais que ocorreram no período.³⁰

O termo homossexual, tal como é conhecido na atualidade, foi cunhado inicialmente pelo médico húngaro Karoly Maria Benkert (que alterou seu prenome para Kertbeny em 1848), aduzindo que, além do impulso sexual normal para homens e mulheres, a natureza dotara alguns indivíduos de um impulso homossexual,que cria antecipadamente uma rejeição pelo sexo oposto.

O termo passou gradualmente a ser empregado nos meios acadêmicos, tendo sido o panfleto de Benkert praticamente esquecido até ser divulgado posteriormente pelo médico

³⁰ SPENCER,Colin – Homossexualidade-uma história, op.cit.,p. 235 e 259.

alemão Magnus Hirschfeld (homossexual), em 1905. Em inglês, o termo foi empregado pela primeira vez em 1892 por J.A.Symons. Os médicos Hirschfeld e Havelock Ellis foram os responsáveis pela divulgação do termo para o grande público.³¹

No século XIX, em 1813, a Baviera descriminaliza a prática homossexual entre homens. Esta prática, contudo, não foi completamente abolida em território do Império Germânico. Em 1871, a Alemanha criminaliza a homossexualidade através do § 175 do Código Penal. Em 1929, um comitê do Reichstag vota para cancelar o § 175. A chegada dos nazistas ao poder impede que a decisão entre em vigor.

O século XIX foi uma época em que se multiplicaram as formas alternativas de amar, em que houve oposição à sexualidade ortodoxa, em que era pregada a liberdade individual, aduzindo que o amor, mais do que o casamento, deveria ser pré-condição para as relações sexuais.

No início do século XX, a psicanálise introduziu a visão psicológica da homossexualidade, visão esta que é menos moralista com Freud, embora considere-a como um distúrbio no desenvolvimento da sexualidade e, portanto, anormal.

Importante contribuição ao tema veio com Lowenfeld e Jung, para quem “ embora a homossexualidade seja uma anomalia que possa se manifestar junto com doenças e processos degenerativos, na maioria dos casos trata-se de um desvio psíquico isolado em relação à norma e não pode ser considerado patológico ou degenerativo, sendo improvável que diminua o valor do indivíduo como membro da sociedade”.³²

Em meados do século XX, o primeiro relatório *Kinsey* (1948), elaborado pelo Instituto Kinsey para Pesquisa Sobre Sexo, Gênero e Reprodução, verificou que práticas homossexuais eram bem mais difundidas que o pensado nos Estados Unidos, abalando os alicerces da tradicional família americana ao divulgar a afirmação de que 10% da população humana teria uma orientação homossexual. Estudos realizados posteriormente apontam para a variação desse índice para 4 a 14%. A principal dificuldade para a obtenção de um

³¹ SPENCER, Colins – Homossexualidade- uma história, op.cit., p.273 e 274.

³² HOPCKE, Robert H. – Jung, junguianos e a homossexualidade, op.cit. p.27.

valor real está no fato de muitos homossexuais continuarem a esconder a sua orientação sexual.³³

Foi, entretanto, nos anos sessenta que apareceram os primeiros movimentos *gays* e que a Associação Americana de Psicologia (APA) afirmou que a homossexualidade não é doença psicológica (American Psychological Association, 1975), negando a existência de causas psicológicas específicas da homossexualidade e situando-a no quadro das orientações sexuais, e como uma variação natural da expressão sexual humana e considera os homossexuais indivíduos normais, tanto do ponto de vista clínico, quanto do psíquico.³⁴

De fato, esta visão psicossocial da homossexualidade, embora ainda pouco difundida, vinculou-se, nas últimas décadas, a um conjunto de movimentos sociais que lutam pela universalidade dos direitos humanos.

A descriminalização da prática homossexual observou uma grande evolução a partir de meados do século XX, cedendo a intolerância lugar a uma maior compreensão a respeito do tema. Passaram, assim, a ser contestadas as posturas predominantemente negativas.

Em 1933, a Dinamarca descriminaliza a homossexualidade; a Bulgária, em 1951; a Tchecoslováquia e a Hungria, em 1961; o Estado americano de Illinois é o primeiro a remover a proibição de práticas sexuais não reprodutivas em seu Código Criminal, em 1968, a Alemanha oriental diminui o poder do §175, e no mesmo ano o Canadá suprime a criminalização das atividade sexuais não reprodutivas do seu diploma legal.

Em 27.6.1969, os clientes do bar Stonewall, em Nova York, envolvem-se em confrontos com a polícia, em resposta a atos de intimidação. É considerado o ponto de partida do moderno movimento pelos direitos dos homossexuais (movimento gay). Esse movimento teve por objetivo a conscientização da necessidade de se outorgarem direitos aos homossexuais e erradicar da sociedade a figura da homofobia.

Através desse movimento pioneiro, os homossexuais, sob o slogan -“saindo do armário”- visando não mais se ocultar como antes, vindo a público com crescente êxito. Passaram

³³ Fonte:<http://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade>- Kinsey institute,p.3

³⁴ HARVARD LAW REVIEW – Sexual orientation and the law, op.cit.,p.34;
<http://www.psych.org/Departments/EDU/Library/APAOfficialdocumentsrelated/Positionstatements/200214aspx>.

eles próprios a proceder à análise de sua problemática, reclamando o direito à vida e o respeito de seus sentimentos.³⁵

Somente no final do século XX, com o advento de inúmeras leis protetivas aos direitos dos homossexuais, o uso das liberdades individuais e os preceitos oriundos dos direitos humanos fez com que parte da comunidade mundial aceitasse, mesmo que de forma velada, a existência da prática homossexual – agora não mais vista como crime mas sim como uma livre manifestação da sua personalidade e a necessidade premente da positivação legal de sua proteção.

O início do século XXI é marcado pelo alcance legislativo da parceria civil entre pessoas do mesmo sexo ou, em alguns casos, sua equiparação ao próprio casamento, em diversos países.

No ano de 2001, o governo holandês legalizou a união conjugal entre pessoas do mesmo sexo, a este seguiram-se a Bélgica, em 2003; Massachusetts (USA), em 2004 e Reino Unido; Espanha e Canadá, em 2005; África do Sul, em 2006, Noruega, Suécia em 2009.

A Lei Espanhola foi a primeira a reconhecer plenos direitos aos parceiros de mesmo sexo, o que facilitou a supressão de limitações excepcionais que figuravam nas leis de outros países.

Apesar da aparente evolução da aceitação do homossexual na sociedade e na vida cívica em muitos países, a homofobia ainda é um fenômeno presente na atualidade. As razões para a sua existência fincam suas bases no racismo e em todas as formas de preconceito. Representa uma oposição instintiva a tudo aquilo que não corresponde aos valores com os quais determinado indivíduo ou grupo social se identifica, bem como às normas implícitas e estabelecidas por essa mesma maioria. Daí advém a necessidade de reafirmação dos papéis tradicionais de gênero, considerando o indivíduo homossexual como alguém que falha no desempenho do papel que lhe corresponde segundo seu gênero.

Diversas penas são atribuídas aos homossexuais nas diversas partes do mundo: Pena de morte: Afeganistão, Arábia Saudita, Iêmen, Irã e Sudão; pena de morte ou reclusão:

³⁵ DIAS, Maria Berenice – União homossexual: o preconceito e a justiça, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.29.

Paquistão e Mauritânia; Penas de reclusão (com previsão de condenação por mais de dez anos): Barheïn, Bangladesh, Brunei, Barbados, Butão, Fiji, Índia, Jamaica, Maldivas, Maurício, Nepal, Nigéria ;entre outros; penas de reclusão por menos de dez anos: Angola, Argélia, Ghana, Kwait, Líbia, Líbano, Marrocos, Qatar entre outros; aplicação de penas físicas: Arábia Saudita, Bahrein, Brunei, Irã, Fiji, Malásia, Paquistão e Sudão.

Em face do conflito em que se encontra a questão da inserção do homossexual na sociedade, a valorização da sua dignidade, é premente a necessidade da tutela dos seus direitos fundamentais, pois muito mais prejudicial do que a homossexualidade em si é o avassalador estigma social de que são alvos gays, lésbicas e travestis.³⁶

Assim, no que tange aos **homossexuais e direitos fundamentais**, no âmbito da proteção dos direitos humanos, emergem na atualidade outra gama de direitos carecedores de defesa, promoção e proteção: o combate à homofobia, à discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero.

Trata-se assim, do reconhecimento de novos atores sociais, que amparadas em novas políticas públicas que impõem ações positivas no sentido de asseverar o respeito à diversidade humana.

A orientação sexual é uma noção das mais recentes na prática e na legislação dos direitos humanos e uma das mais controvertidas na política. Preconceitos, estereótipos negativos e discriminação estão profundamente arraigados em nosso sistema de valores e padrões comportamentais.³⁷

Assim, é dever do Estado zelar pelos direitos e garantias fundamentais consagradas pela Constituição Federal. Na prática existe o dever de atuação no sentido de coibir ações discriminatórias em razão da orientação sexual e identidade de gênero (protegidas nas Constituições Federais e nos Documentos Internacionais nos diversos países. CF, arts. 3,IV ; 5º,I e 7º,XXX).

Os princípios primordiais que norteiam a aproximação aos direitos sobre orientação sexual se referem à **igualdade (o respeito à diferença) e à não-discriminação**. Procura-

³⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pos modernidade, p. 123 e ss

³⁷ SALES, Dimitri nascimento – Direito à visibilidade: direito humano da população GLBTT. In. PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela (Org.) Direitos humanos, fundamento, proteção e implementação perspectivas e desafios contemporâneos, Curitiba: Jurua, 2007, p.927.

se na atualidade, a adoção de medidas práticas para assegurar a justiça social e garantir a **dignidade** de lésbicas, gays e bissexuais, compatível com o desenvolvimento democrático da sexualidade compatível com o pluralismo e a laicidade das sociedades contemporâneas. Para tanto, o direito à visibilidade (atuação na parada gay, elaboração legislativa, decisões jurisprudenciais. A interpretação do direito impõe uma nova percepção da realidade: a proteção do ser humano em sua mais ampla diversidade, tendo em vista sua dignidade e preferências valorativas.³⁸

Quanto à identidade de gênero, destaca-se a figura do transexual. Este pode ser entendido como aquele que apresenta um desvio psicológico que o faz acreditar pertencer ao sexo oposto ao seu sexo biológico originário.

A questão envolvendo o transexual permeia os direitos da personalidade, uma vez que se situa na esfera do direito à vida, notadamente no que tange à felicidade pessoal – que é o fim precípua do Estado; o direito à identidade de gênero; à intimidade; à livre expressão sexual; à integridade física e psíquica; ao recato; o direito à privacidade, entre tantos outros que visam possibilitar a inserção plena desse indivíduo na sociedade a que pertence.³⁹

É ainda um fenômeno conhecido desde a antiguidade, que foi difundido na atualidade graças ao avanço da ciência, notadamente pela realização da cirurgia de redesignação sexual.⁴⁰

À luz das pesquisas científicas, notadamente no campo da medicina, nenhum ser é totalmente homem ou mulher; mas, em cada um há um *quantum* do sexo oposto que é geralmente encoberto pela maior quantidade de hormônios do próprio sexo. Contudo, algumas vezes podem ocorrer anomalias que se caracterizam pelo fato de o outro sexo se manifestar na estrutura física, no comportamento ou em ambos.

Nesse sentido, na atualidade, aceita-se hoje a existência de uma gradação de vários estados sexuais compreendidos em dois pontos distintos e extremos : “o homem e a mulher,

³⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pos-modernidade, p.133 s ss.

³⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, p.176.

⁴⁰ PERONA, Javier López Galiacho – La problemática jurídica de la transexualidad, Madrid, Mc-Graw Hill, 1998, p.XIX .

podendo-se identificar o sexo dos indivíduos de diversas maneiras preponderantes :o sexo morfológico, pelo exame dos órgãos genitais e das gônadas, ressalva feita aos casos de intersexualidade; o sexo cromossômico ou genético, pela análise dos cromossomos(conformação XX na mulher ou XY no homem); o sexo nuclear estabelecido pelo exame da cromatina sexual (o sexo cromatínico aponta para características feminizantes, ausentes nos cromossomos masculinos, o corpúsculo de Baar); o sexo psicológico ou social , definido pelo comportamento do indivíduo; o sexo jurídico, que se estabelece em face das relações assumidas na vida jurídica; o sexo hormonal, que se apresenta em face dos hormônios circulantes provenientes das glândulas sexuais, sexo gonadal, que por sua vez indicam todos os caracteres morfológicos do homem e da mulher e o sexo extragonadal, constituído por outras glândulas, como a tireóide e a epífise, cuja função é atribuir ao indivíduo outros traços de masculinidade ou feminilidade”.

Considera-se na literatura especializada o sexo hormonal como sendo o verdadeiro sexo, uma vez que os hormônios sexuais condicionam a evolução dos caracteres sexuais somáticos, funcionais e psíquicos.⁴¹

Para Roberto Farina, “ a transexualidade é o mais alto grau de desvio sexual; em face dela, quatro são as teorias que visam esclarecer a origem da transexualidade: a genética, a fenotípica, a psicogênica – ligada à identificação com seu sexo originário derivada da educação transmitida pelos pais e a eclética”.⁴²

Para Luiz Alberto David Araújo, o transexualismo representa uma alteração da psique, que dificulta e muitas vezes inviabiliza a plena integração do indivíduo na sociedade.⁴³

Envolve homens ou mulheres que estão profundamente convencidos de pertencerem ao sexo oposto de seu sexo biológico; tanto isso é verdadeiro que na maioria dos casos o tratamento psicológico é inócuo. Pesquisas recentes sugerem que, se em um feto masculino ocorrer uma escassez de andrógenos, embora a genitália masculina se

⁴¹MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, p. 176 e 177; SUTTER, Matilde Josefina – Determinação e mudança de sexo – aspecto médico legais, p.27 a 45; SZANIASKI, Elimar – Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual, São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1999, p.37 a 40.

⁴²FARINA, Roberto – Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estudos de intersexualidade e das parafilias, op.cit., p.136 a 141 Apud SUTTER, matilde J. – Determinação e mudança do sexo, op.cit., p.112

⁴³ARAÚJO, Luiz Alberto David – A Proteção Constitucional do Transexual, p XI.

diferencie normalmente, o cérebro adquire uma tendência feminina originando como que um cérebro feminino em um corpo masculino.⁴⁴

O transexual apresenta uma anomalia surgida no desenvolvimento da estrutura nervosa central, por ocasião de seu estado embrionário, que, contudo, não altera suas atividades intelectuais, visto que tem um quociente intelectual um pouco superior à média.⁴⁵

Tal como aduz Stéphane Clerget, estudos realizados em vários pacientes transexuais masculinos apontaram para a estrutura neuronal – numérica e estrutural – idêntica entre estes e a estrutura feminina, sendo a recíproca verdadeira – a estrutura neuronal dos transexuais femininos era idêntica à masculina. Sintetiza também que essa diferença se nota mais tardiamente nos pacientes, por volta dos 25 anos, fato este que induz a conclusão de que “ a identidade sexual se dá antes da diferenciação da estrutura cerebral, decorrente de fatores genéticos, ambientais, entre outros”.⁴⁶

Pode assim ocorrer a transexualidade primária e a secundária e suas conseqüências na gênese da família se estendem desde a existência e validade do casamento, até o crítico momento da realização da cirurgia de transgenitalização dos indivíduos que já convolaram as primeiras núpcias e muitas vezes já possuem prole.

Em pequena síntese conclusiva, podemos perceber que a identificação sexual e do gênero representa um poderoso agente identificador do indivíduo que terá grande relevância na formação da família contemporânea, mais permeável às mudanças estruturais da sociedade e regulada pelos princípios constitucionais, da dignidade humana, da igualdade, da liberdade e não discriminação previstos no art. 1º, III, V; art. 5º I; art 3º, I da Carta Magna do país.

No que tange à redesignação do transexual, inicialmente proceder-se-ia à **cirurgia de transgenitalização**, quando impossível a reinserção social do indivíduo mediante psicoterapia.

⁴⁴ FRIGNET, Henry – O Transexualismo, p.123.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena – O estado atual do biodireito, 5.ed, São Paulo: Saraiva, 2008, p.267.

⁴⁶ CLERGET, Stéphane – Comment devient-on homo ou hetero, op.cit., p.105 e 106.

A operação de mudança de sexo recebeu inicialmente amparo legal pela Resolução de nº 1492/97 do Conselho Federal de Medicina. Antes disso, em 1979 foi apresentado um Projeto de Lei n.70/95, de autoria do deputado José de Castro Coimbra, que visava regulamentar na esfera jurídica a problemática das pessoas transexuais – dispunha sobre as intervenções cirúrgicas que visavam à alteração de sexo e alteração do nome do transexual. Apesar de aprovado pelo Congresso Nacional, foi vetado pelo Presidente da República João Figueiredo.⁴⁷

Até 1997, a cirurgia redesignatória e demais procedimentos eram considerados medidas não éticas e passíveis de punição pelo Conselho de Medicina e também pelo Poder Judiciário, como crime de lesão corporal. Antes dessa data alguns transexuais brasileiros foram submetidos à cirurgia de transgenitalização, fora do país, como por exemplo o Marrocos.

Em 2002, o Conselho Federal de Medicina aprova nova Resolução de nº1652/02, que amplia o já disposto na Resolução anterior, revogando-a expressamente.⁴⁸

Foi então editada a Resolução 1955/10 do CFM que revoga a Resolução anterior de 2002 e dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização.

Atualmente, tramita no Congresso Nacional outro Projeto de lei, de autoria do deputado José Fortunato – Projeto de lei n.1993 -, que visa regularizar as questões vitais dos

⁴⁷ A Resolução 1492/97 resolvia; autorizar a título experimental a realização da cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários, como tratamento nos casos de transexualismo; estabelece a definição de transexualismo, que obedecerá no mínimo aos seguintes critérios: desconforto com o sexo anatômico natural, desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto, permanência desse distúrbio de forma contínua por pelo menos dois anos, ausência de outros transtornos mentais; a seleção dos pacientes para a cirurgia obedecerá à avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico, psicólogo, psiquiatra, cirurgião e assistente social, segundo critérios definidos após dois anos de acompanhamento conjunto: diagnóstico médico de transexualismo, idade superior a 21 anos, ausência de características inapropriadas para a cirurgia; a realização das cirurgias só poderão ocorrer em hospitais universitários ou públicos adequados à pesquisa; consentimento livre e esclarecido, de acordo com a Resolução do CNS n. 196/96.

⁴⁸ RAMSEY, Gerald – Transexuais, São Paulo, Edições GLS, 1996, p.190 e 191. Autoriza a Resolução n.1652/02: a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento em casos de transexualismo; a realização, a título experimental, de cirurgia do tipo neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento em casos de transexualismo; mantém as definições de transexualismo; mantém a seleção de pacientes; determina a realização de cirurgias para adequação de fenótipo feminino para masculino em hospitais universitários ou públicos adequados para a pesquisa e libera as de adequação do fenótipo masculino para feminino para os hospitais públicos ou particulares independentes das atividades de pesquisa. Com isso, o tratamento dos transexuais masculinos se ampliou e o dos transexuais femininos continua em pesquisa.

transexuais, como a realização de cirurgia redesignatória e a possibilidade de alteração de nome.⁴⁹

Conforme disposição expressa da Resolução 1955/10, está liberada eticamente aos médicos a realização da cirurgia transgenital em pacientes maiores, capazes, que se sintam em desconforto com seu sexo originário e que tenham sido submetidos à terapia por, no mínimo, dois anos e que venham recebendo acompanhamento de equipe multidisciplinar (onde convivem como ser do sexo oposto antes da realização cirúrgica), e que apresentem desejo compulsivo de eliminar a genitália externa, além de perder os caracteres primários e secundários do sexo originário e adquirir os do outro sexo; apresentem permanente distúrbio de identidade sexual de forma contínua por, no mínimo dois anos, além da ausência de outros transtornos mentais.

Para a realização da cirurgia é necessário o consentimento livre e informado de acordo com a Resolução de nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, representando um direito personalíssimo do paciente, e deve ser realizada em hospitais universitários ou públicos adequados à pesquisa científica.⁵⁰

A psicoterapia é altamente recomendada no pós-operatório, para atenuar o estágio depressivo que se instala em muitos pacientes, para lidar com a adaptação ao novo sexo e a aceitação social.⁵¹

Como aduz Elimar Szaniawski, o transexual busca, através da cirurgia de transgenitalização, adequar o seu sexo morfológico ao seu sexo psíquico, perseguindo, assim, a plena satisfação nos planos pessoal e sexual. “Procura, outrossim, seu equilíbrio psíquico, a libertação das dúvidas, das angústias e da solidão, seu objetivo maior é pela realização de sua felicidade”.⁵²

⁴⁹ Recentemente, foi liberada a realização de cirurgia de histerectomia e de retirada de mama em pacientes transexuais gratuitamente pelo SUS e em Hospitais públicos. As referidas cirurgias chegam a custar respectivamente R\$ 12 mil e R\$ 20 mil, na rede particular. In. “SP fará cirurgia gratuita para transexuais”. Folha de SP 11.01.11, caderno cotidiano C5.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do biodireito, op.cit.,p.272; RAMSEY, Gerald – Transexuais, op.cit.,p.123 a 129.

⁵¹ RAMSEY, Gerald – Transexuais, op.cit.,p.129. Refere o autor que embora esparsos, alguns pacientes transexuais podem vir a arrepender-se e requerer o retorno ao seu sexo originário,p.133.

⁵² SZANIAWSKI, Elimar – Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.83.

Entendemos que a cirurgia redesignatória é um procedimento ético, legal, de ressocialização do indivíduo, cuja identidade de gênero, bem personalíssimo, ligado à identidade pessoal do ser humano, não somente unguído à reprodução, encontra-se comprometida. ⁵³

O transexual não redesignado vive em situação de incerteza, angústia e conflitos o que lhe dificulta, senão impede de exercer as atividades inerentes aos seres humanos.

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem considera essa intervenção cirúrgica como uma conversão curativa que permite a integração pessoal e social do paciente ao sexo pretendido. Daí depreende-se que não há mutilação, pois visa a redução ou a cura de sofrimento mental, julgando que não há nem mesmo perda de função, porque “o órgão extirpado era inútil para o transexual”.⁵⁴

À luz do disposto no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos garante-se o direito de alteração do sexo em casos de transexualismo autêntico, baseado no princípio da liberdade, que garante o direito de cada um ao “respeito da vida privada. Nesse sentido, a Suprema Corte entende que, em matéria de sexo, a aparência doravante fazia lei.

Sob o aspecto clínico, o tratamento do transexual se inicia com a aplicação de hormônios. O hormônio feminino aplicado em homens arredonda suas formas, aumenta as mamas e retarda o crescimento da barba; as mulheres que recebem hormônios masculinos veem engrossar a voz, surgir barba e aumentar a musculatura. Segue-se a cirurgia. Na transformação de homem para mulher o pomo de Adão é retirado pela extração da cartilagem da laringe, são feitas plásticas no nariz e nas faces; na parte genital os testículos e o tecido interior do pênis são removidos e é feita uma abertura no períneo para funcionar como vagina, que é revestida com o tecido que sobrou com a remoção do pênis, e o escroto é utilizado para remodelar os lábios vaginais.

⁵³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Curso de bioética e biodireito, 3.ed., São Paulo: Atlas, 2015, p.334 e ss.

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena- O Estado Atual do Biodireito, op.cit., p.276.

A operação de mulher para homem é muito mais complexa. Inicialmente são retiradas as mamas, posteriormente são extraídos os ovários e o útero, passando em seguida, à feitura do pênis artificial. No interior deste é colocada uma prótese, um osso, uma cartilagem que conferem ao órgão a condição de exercer sua função *coeundi*.⁵⁵

Entendemos que a realização da cirurgia da mudança de sexo representa um direito fundamental do ser humano, intimamente ligado à sua identidade pessoal, ao seu equilíbrio psíquico – saúde mental –, à sua dignidade, pois o direito à identidade sexual deve ser entendido como um direito da personalidade.⁵⁶

Preconiza o Código Civil em seu artigo 13 que “salvo por exigência médica é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”, tem-se que, em matéria de transexualismo, o que se deve valorizar é a função desempenhada pelo órgão em questão, alterado cirurgicamente, que para o transexual representa fonte de conflito, egodistonia e conflitos de identidade.

Nesse sentido, o direito do indivíduo de submeter-se à cirurgia de redesignação sexual representa um direito ínsito à sua personalidade, tipificado como um direito ao próprio corpo, voltado à manutenção da sua integridade psicobiofísica e social, diretamente ligado ao direito à vida, mas não à vida pura e simplesmente, interpretada numa ótica da biologia ou da fisiologia, mas na vida digna, amparada na visão kantiana da dignidade do ser humano.

A identidade sexual representa, outrossim, a individualidade do ser humano em seu gênero, e demonstra especialmente a forma como esta individualidade é vivenciada em termos de consciência e comportamento; representa a experiência particular do papel sexual, que, por sua vez, traduz à sociedade e a si próprio em que grau se é homem ou

⁵⁵ RAMSEY, Gerald – Transexuais, op.cit.,p.144 a 149.

⁵⁶ É válido ressaltar que o transexual é considerado um hermafrodita psíquico, cujo tratamento clínico e psicológico empregado inicialmente demonstra-se ineficaz, sendo requerida a intervenção cirúrgica curativa; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Curso de bioética e biodireito, p.318 e ss

mulher. Ou seja, o papel sexual é a expressão pública da identidade sexual, apresenta um questionamento sobre a própria liberdade individual.⁵⁷

A cirurgia redesignatória atende, desta forma, à determinação médica, visando o enfoque basilar do direito à saúde.

Após o diagnóstico de transexualismo, o preenchimento dos requisitos legais para a realização da cirurgia redesignatória e o procedimento cirúrgico em si, as questões legais envolvendo os transexuais – entre elas a alteração do nome – determinam fortemente sua inclusão social e afetiva.

Nesse sentido, os fatos da vida vão se sobrepor ao direito tal como inicialmente estabelecido. Desta forma, à luz do artigo 58 da lei de registros públicos, o prenome é imutável, por ser princípio de ordem pública; porém, poderá ser alterado quando expuser o seu portador ao ridículo, devendo para tanto ser analisado no conjunto a que se insere, se causa embaraços na vida pessoal do indivíduo, ou ainda quando houver apelido público e notório que venha a substituir o nome no ambiente social da pessoa, desde que não haja expressa proibição legal para o feito ou seja este empregado em atividades ilícitas.

Existe uma possibilidade legal de se proceder à alteração do prenome individual por motivo de modificação cirúrgica do sexo da pessoa. Com a entrada em vigor da Lei 9.708/98, alterando o artigo 58 da Lei 6.015/73, o transexual operado teria base legal para alterar o seu prenome, substituindo-o pelo apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive, desde que não prejudique o grupo em que vive, visando assegurar, assim, os direitos básicos da cidadania.⁵⁸

⁵⁷ Na atualidade, vêm surgindo cada vez mais casos que envolvem a transexualidade e a consequente necessidade de inserção do indivíduo na vida social e seus impactos na cultura e no desempenho profissional dos transexuais. Dados revelam que 25% das maiores empresas americanas nos EUA estão adotando políticas de proteção a funcionários contra a discriminação, com base na identidade de gênero. Fonte: Harvard Business Review, dez 2008, p.19 a 25.

⁵⁸ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barroa Monteiro França – Curso de direito civil, v.1, op.cit., p.116; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Direito das famílias amor e bioética, Rio de Janeiro:Elsevier, 2012, p. 309

Entendemos desta forma que o nome representa uma cópia fiel da realidade do cidadão em sua esfera social, por isso deve o magistrado em atenção às razões psicológicas e sociais que esse fato acarreta proceder à alteração do assento registral.⁵⁹

Concebe Aracy Klabin que “o transexual é um indivíduo anatomicamente de um sexo que acredita firmemente pertencer a um outro. 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”.⁶⁰

E nesse sentido, a mudança de sexo, que é fonte de diversos conflitos para o transexual, passa a receber o status de direito personalíssimo, amparada pelos princípios constitucionais.

A Constituição Federal em seu artigo 1º,III, elenca a dignidade da pessoa humana entre seus princípios fundamentais, sendo esta o valor constitucional supremo “que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição Federal. Envolve o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, os direitos sociais, econômicos, educacionais, bem como as liberdades públicas em geral, corroborando, nesse sentido, o imperativo de justiça social”; no seu art. 3º, arrola os objetivos fundamentais do país, visando em seu inciso I, construir uma sociedade livre, justa e solidária – consagrando assim a liberdade, o ideal de justiça e a solidariedade e em seu inciso IV promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação pessoal, consagrando assim a igualdade formal entre os cidadãos; em seu artigo 4º,II – evidencia a prevalência dos direitos humanos; no seu artigo 5º garantiu a proteção de direitos da personalidade- direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, que se traduz no

⁵⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Direito da personalidade no novo Código Civil e os elementos genéticos para a identidade da pessoa humana. Op.cit.,p.61 e 62. TJ-MG – TJ-RJ- Ap Civ 2005.001.01910...Os transexuais têm direito ao estabelecimento de sua real identidade, quanto ao nome e ao sexo apostos no registro original. Tal resulta o reconhecimento de seu direito isonômico, e por isso desigual, à intimidade. Impõe-se, portanto, a adequação do registro (4ªCâmCiv – Rel Des Luis Felipe Salomão – Julg em 25.10.2005).

⁶⁰ KLABIN, Aracy Augusta Leme - Aspectos jurídicos do transexualismo, Dissertação de Mestrado apresentada em 1977 na Faculdade de Direito da USP.,p.5.

entender de Luiz Alberto David Araújo na viabilização da felicidade individual do cidadão.⁶¹

Com base nos princípios constitucionais, entendemos que, uma vez diagnosticada a transexualidade, cumpridas todas as formalidades legais e realizada a cirurgia redesignatória, (ou não) deve-se proceder à alteração do assento registral, para viabilizar ao transexual a plena inserção social, como já referido.⁶²

Na atualidade, tal como no modelo alemão, não se faz mais necessária a realização da cirurgia redesignatoria para que haja a alteração registral e a consequente adaptação de gênero do individuo transexual.

Em pioneira decisão a Quarta Turma do STJ entendeu que a retificação do registro de assento registral do transexual não pode ser condicionado à realização da cirurgia redesignatoria, pois esta pode ser considerada inviável do ponto de vista financeiro ou por impedimento medico de qualquer natureza.

Da mesma forma, os órgãos responsáveis pelo cadastro civil ficam proibidos de incluírem, ainda que de forma sigilosa, a expressão transexual, o sexo biológico e os motivos das modificações registraes.

Em seu voto o Min Luis Felipe Salomão, argumentou que o Estado não pode impor restrições contra “ a dignidade da pessoa humana” ao obrigar a realização da cirurgia para mudar o documento. Tal imposição, na visão do magistrado “configura indevida intromissão estatal na liberdade de autodeterminação da identidade de gênero alheia”.

No voto, o relator afirmou que cabe ao STJ levar em consideração as modificações de hábitos e costumes sociais no julgamento de questões relevantes, observados os princípios constitucionais e a legislação vigente.⁶³

⁶¹ BULOS, Uadi Lammêgo – Constituição Federal anotada 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p.83, 85, 95, 113; ARAUJO, Luiz Alberto David – A proteção constitucional do transexual, São Paulo: Saraiva, 2000, p.71.

⁶² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Direito das famílias amor e bioética, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 307 e ss

⁶³ REsp 1626739/RS

Há ao menos duas ações semelhantes em tramitação no STF. Julgado de RE 670422 – relator Min Dias Toffoli – repercussão geral; RE 845779 – Min Roberto Barroso – repercussão geral.

Entendemos que a adequação do prenome ao novo sexo do transexual redesignado deve ser feita em todos os seus documentos sem nenhuma menção discriminatória, pois o transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual.

Na prática, deverá ocorrer uma averbação do registro civil do transexual, que deveria constar apenas no livro do Cartório do Registro Civil, pois como trata o art. 29 § 1º, f da lei de Registros Públicos, Lei n. 6015/73 as ações modificadoras de estado com adequação de sexo assim devem ser averbadas.

E assim, diante da problemática do transexual, alguns países como a Alemanha tem previsão legal para a alteração do documento identitário do transexual sem a efetiva alteração cirúrgica de seu fenótipo.⁶⁴

Essa posição no cenário nacional vem também ponderada no sentido de que “a função da cirurgia é conformar o sexo psíquico ao biológico do indivíduo. Os aspectos fundamentais que determinam a sexualidade humana já se encontram definidos e podem ser refletidos no comportamento do transexual ao assumir o sexo ao qual julga pertencer, e que estará presente no registro”.⁶⁵

Há julgados favoráveis ao deferimento da adequação do prenome do transexual não operado, “deixando para adequar o sexo na documentação após a realização da cirurgia genital. Releva-se aqui a sua preferência externa e seu sexo psicológico”.⁶⁶

⁶⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, p.231 e 232.

⁶⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina brochado; RODRIGUES, Renata de Lima – O direito das famílias entre a norma e a realidade, São Paulo: Atlas, 2010, p.70.

⁶⁶ TJRS, 7º Câmara Cível, Ap. Cível 70013909874, rel Des Maria Berenice Dias, j. 5.4.06; VIEIRA, Tereza Rodrigues - Nome e sexo – mudanças no registro civil, São Paulo: Ed RT, 2008, p. 264.

Quanto ao estabelecimento do sexo do indivíduo, esta define-se por uma plêiade de fatores, relacionados entre si.

Compõe a noção geral de sexo a integração das seguintes modalidades: o sexo genético – formando pelo sexo cromossômico e cromatínico; o sexo endócrino – formado pelo sexo gonadal, que abrange o ovário, o testículo, a glândula hipófise, a suprarenal e o extragonadal – formada pela hipófise e pela epífise; o sexo morfológico – que retrata os caracteres genitais e extragenitais, adaptando o organismo à cópula; o sexo psicológico – que indica as reações psicológicas do indivíduo frente ao sexo, seu impulso sexual, sua libido, e o jurídico – que representa o estado individual da pessoa humana.⁶⁷

Denomina-se intersexual o indivíduo portador de diferenciação sexual anômala, situação em que existe a preponderância de um sexo, de outro ou, em casos extremos, a coexistência de ambos.

Diferencia-se em sua gênese do transexual e do homossexual, já analisados anteriormente.

Na lição de Dorina Epps Quaglia “o sexo é determinado pelo conjunto de caracteres genéticos, anatômicos, hormonais e psicológicos”.

Retrata que “os fatores determinantes do sexo apresentam-se de forma seqüencial, donde oriundo do sexo genético deriva o sexo gonadal, deste configura-se o corpóreo, que pode ser por sua vez subdividido em estruturas internas, externas e caracteres sexuais secundários”.⁶⁸

Decorrente de um desenvolvimento embrionário anômalo, ocorrerão distúrbios no desenvolvimento embrionário normal das estruturas sexuais primárias e secundárias, gerando o aparecimento dos intersexos.

⁶⁷ BONNET, Emilio Federico Pablo – Medicina legal, v.2,2/ed., Buenos Aires, Lopez Libreros editores SRL, 1980, p.1009 Apud SUTTER, Matilde J – Determinação e mudança de sexo- aspectos médico-legais, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p.29.

⁶⁸ QUAGLIA, Dorina Epps R G – O paciente e a intersexualidade, São Paulo, Servier, 1980, p.1; JOST, A – Hermafroditism genital anomalies and related in endocrine disorder, Paul Maltimore, Williams & Wilkins, 1958. Apud SUTTER, Matilde J – Determinação e mudança de sexo – aspectos médicos-legais, op.cit., p.28.

De acordo com a preponderância destes, e a ocorrência de anomalias, temos o pseudo hermafroditismo feminino ou masculino: um embrião pode ser cromossômica e internamente masculino e apresentar órgãos genitais externos femininos devido à falta de secreção androgênica; ou, poderá ser cromossomicamente feminino, apresentando inclusive ovários, e apresentar uma genitália externa masculina se sofrer ação de andrógenos no seu desenvolvimento embrionário. Pode ainda um embrião cromossomicamente masculino desenvolver genitália interna e externa feminina, caso sua gônada embrionária não produza nem substância morfogenética, nem secreção androgênica. Assim sendo, os embriões inicialmente apresentam caracteres hermafroditas, envolvendo, para sua diferenciação, a presença de substâncias específicas, como a substância morfogenética e a secreção androgênica.

Diversas são as causas que podem gerar a masculinização da genitália dos indivíduos que cromossomicamente são femininos: a produção excessiva de andrógenos pelas supra-renais (síndrome adreno-genitais), andrógenos provenientes da placenta da mãe; andrógenos ingeridos pela mãe para evitar o aborto. Dessa forma, o recém-nascido feminino com a síndrome adreno-genital apresenta clitóris grande e fusão das saliências genitais; em casos extremos, poderá ser considerado um menino e educado como tal.

Pode ocorrer também inversamente a feminização das genitálias internas e externas do indivíduo cromossomicamente masculino. Estes nascem com a síndrome da feminização testicular, sendo criados como meninas, com desenvolvimento físico e psíquico tipicamente femininos; são estéreis. Seus dutos genitais são, contudo, masculinos.

Existem entretanto, graus de intersexualidade, levando a falta dos caracteres secundários como falta de barba ou aumento das mamas nos meninos.⁶⁹

No hermafroditismo verdadeiro temos a presença de gônadas masculinas e femininas, possuindo tanto tecido testicular como ovariano no mesmo indivíduo.

Aduz Javier López-Galiacho Perona que o hermafroditismo verdadeiro é um fenômeno raro – apontando para uma média de 300 casos inscritos neste século, apresentando o

⁶⁹ GOMES, Helio – Medicina Legal, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 25. ed., 1987, p. 265. Apud SUTTER, Matilde Josefina – Determinação e mudança de sexo – aspectos médico-legais, p. 65.

indivíduo um mosaico cromossômico paralelo XX/XY, que induz à formação de órgãos genitais ambíguos, que os torna estéreis.⁷⁰

No pseudo-hermafroditismo, por outro lado, as glândulas internas apresentam as características de um único sexo, mas há dubiedade na conformação dos órgãos externos.

Diagnosticado o quadro clínico de hermafroditismo, a cirurgia corretiva adequando o sexo externo ao interno ou o oposto é recomendável. A decisão sobre a predominância do sexo interno ou externo deve levar em consideração a ocasião do procedimento cirúrgico corretivo, se durante a infância e antes de o indivíduo começar a se definir dentro dos padrões de masculinidade e feminilidade socialmente impostos, será dada preferência ao sexo cromossômico, adequando a aparência externa ao cariótipo e órgãos internos. Se a cirurgia ocorrer em momento mais tardio, deverá predominar o sexo culturalmente aceito pelo indivíduo. O diagnóstico de hermafroditismo é excludente do de transexualismo.⁷¹

A importância do diagnóstico prematuro de intersexualidade é incontestável, pois gera a ambiguidade sérios problemas de inserção social do paciente, além da instalação de traumas e frustrações, que abalam ou diminuem-lhe a autoestima.

Para realizar-se o diagnóstico, tem-se que, “o exame clínico, é fundamental. O exame físico geral e dos órgãos genitais deve ser minucioso, possibilitando observar anomalias e sugerir o provável diagnóstico.”

Na Síndrome de Turner, a morfologia genital externa apresenta configuração feminina, incompleta, com aspecto infantil. Os pacientes geralmente são registrados como meninas.

Na Síndrome de Klinefelter, há a presença de uma alteração numérica de cromossomos sexuais (47-XXY), que causa morfologia masculina com atrofia testicular, esclerose tubular, ginecomastia, e caracteres secundários frágeis. Os pacientes geralmente são registrados como meninos.

A Síndrome de Morris, presente em mulheres de constituição somática normal, mas com órgãos genitais impúberes. Sua diferenciação sexual inicia-se masculina, sendo que num momento posterior neutraliza-se a secreção hormonal dos testículos e prossegue-se a

⁷⁰ PERONA, Javier López-Galiacho – La problemática jurídica de la transexualidad, op.cit.,p.47 e 48.

⁷¹ OLIVEIRA,Silvério Costa de – Transexualismo –fonte: www.sexodrogas.psc.br .p.6.

evolução embrionária feminizante. Os pacientes são geralmente registrados como meninos.⁷²

Para efetuar-se o tratamento, no entender dos autores, “alguns princípios básicos orientam a conduta nos estados intersexuais. Assim, deve-se concluir o diagnóstico o mais precocemente possível, para então atribuir-se o sexo do indivíduo; sempre que possível deve-se adotar o sexo genético, mas quando a genitália for muito rudimentar, dar preferência para o sexo feminino; uma vez estabelecida a identidade sexual (ao redor de 18 meses de idade), essa identidade deve ser preservada. Assistência psicológica e orientação familiar são de fundamental importância, devendo ser iniciadas já por ocasião do diagnóstico e continuadas por toda a vida desses indivíduos. Medidas cirúrgicas estão indicadas para melhorar o aspecto do fenótipo e órgãos genitais. Em se tratando de feminilização, antes dos 18 meses deve-se realizar abertura do seio urogenital, amputação do clitóris e plástica do vestíbulo. Na ausência de vagina, indica-se a neovaginoplastia quando houver desejo de relacionamento sexual, ou havendo, condições dilatação progressiva pela técnica de Frank no período da puberdade. Se a opção for masculina, deve-se realizar a ortofaloplastia, correção de hipospádia e criptorquidia também por volta dos 18 meses.”

Atenção especial merecem as gônadas disgenéticas, os testículos criptoquídicos e o ovotestis, que devem ser extirpados no período da puberdade, pois apresentam risco de transformação neoplásica.

Para finalizar o tratamento cirúrgico deve-se remover os órgãos em desacordo com o sexo do indivíduo. Envolve a intersexualidade a estrutura morfológica do sexo e os consequentes desdobramentos na sexualidade humana, uma vez que, está intimamente ligado à estrutura genital e extragenital do indivíduo, que por sua vez, como aduz Roberto Farina, “intervém não só na identificação da pessoa natural, mas também na efetiva

⁷² PERONA, Javier López-Galiacho – La problemática jurídica de la transexualidad, op.cit.,p.49.

realização do ato sexual”, onde concebe Bonnet que “ não basta a existência de todos os caracteres, é necessária a conformação genital normal para os fins a que se destinam”.⁷³

Dependendo da fase de vida do indivíduo portador de pseudo-hermafroditismo, a adaptação ao sexo obedecerá ao cariótipo apresentado (sexo cromossômico), quando o diagnóstico é realizado na tenra idade do indivíduo ou ao sexo psicossocial, quando da manifestação dos caracteres secundários da sexualidade na puberdade ou mesmo na idade adulta, tendo em vista a identidade de gênero.

Essa prática é utilizada nos centros médicos, valorizando-se o respeito à dignidade do ser humano, visando a inserção social plena do indivíduo, pois, contrário fosse, inúmeros problemas de ordem psíquica seriam importados ao paciente, que se veria sendo obrigado a conviver num sexo diferente daquele em que se acreditava pertencente.

A Resolução CFM n. 1664, de 12.05.2003, dispõe sobre as normas técnicas necessárias para o tratamento de pacientes portadores de anomalias de diferenciação sexual.⁷⁴

Desta forma, tem-se que, após o diagnóstico de intersexualidade, é primaz a realização da cirurgia reparadora, tendo em vista a adaptação psicossocial do paciente, visto que nos casos de intersexualidade há uma indeterminação da identidade sexual do indivíduo, posto que o desconhecimento das anomalias favorece a rotulagem do intersexual, quase sempre de forma pejorativa, impondo-lhe, por via de consequência, uma enorme dificuldade em seu convívio social.⁷⁵

⁷³ FARINA, Roberto – Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias, São Paulo, Novolunar, 1982, p.112 e BONNET, Emilio Federico Pablo – Medicina Legal, op.cit., p.1007 ambas as obras Apud SUTTER, Matilde Josefina – Determinação e mudança de sexo, op.cit., p.32 e 33.

⁷⁴ Conselho Regional de Medicina – Resolução CFM n.1664 de 12.05.2003.

⁷⁵ Em ambos os julgados pode-se perceber a suprema importância do diagnóstico preciso instruído com todos os exames complementares para a realização da inserção psicossocial do indivíduo: Ap.Civ com Revisão 1894174800 – 8ª Câm Dir Priv “ Responsabilidade Civil- Indenização por erro de diagnóstico médico - Pseudo- hermafrodita, alegação de que o sexo da criança, quando do nascimento, teria sido indicado de modo errado pelo médico responsável pelo parto - Duas ações idênticas propostas, uma pelos pais em nome próprio, outra por eles em nome da criança - Fundamento idêntico, em ambas, com decreto de improcedência”. Rel. Luiz Ambra. Data do registro 20.08.2008; Apelação Cível com Revisão 2978794800- 10ª Câm Dir Priv “Retificação de registro civil – Mudança de sexo. Sentença de procedência correta, eis que se tratava de pessoa com genitália ambígua, falo tipo não desenvolvido, testículos atroficos, com ausência de hormônios masculinos e total identificação com o sexo feminino. Apelação não provida. Rel.Marcondes Machado. Data do Registro 11.05.04.

1.3. Discussões

Diversos questionamentos bioéticos que podem ser feitos em face do tema apresentado.

Em relação à homossexualidade alguns que podem ser ponderados são: devem estes serem discriminados por algo que não escolheram? Teriam direitos à constituição familiar? à filiação natural ou artificial? Deveria a homofobia persistir ou ser erradicada? Tem a lei civil condição de erradicar a homofobia a nível local ou regional?

Sabemos que em muitos países são negados às lésbicas, gays e bissexuais, algumas direitos fundamentais, tais como: *igualdade de direitos* diante da lei; o *direito à não-discriminação e à proteção contra o abuso e a violência*; o *direito à vida* (violado em Estados onde a pena de morte é aplicada) para a sodomia; O *direito de estar livre de tortura ou do tratamento cruel*, desumano e degradante é infringido por meio das práticas policiais, em investigação ou nos casos de detenção de lésbicas, gays e bissexuais; *liberdade de ir e vir* (negada para casais de nacionalidades diferentes em razão do não reconhecimento da relação entre pessoas do mesmo sexo); *direito à privacidade* é negado pela existência de "leis contra a sodomia" aplicadas às lésbicas, gays e bissexuais. A *prática religiosa* é sempre limitada para lésbicas, gays e bissexuais, especialmente em se tratando de Igrejas que professam contra eles; *direito à saúde física e mental*; *direito de formar uma família* é negado pelos governos por meio do não reconhecimento de casais do mesmo sexo e pela negação de outros direitos plenamente garantidos pelo Estado.⁷⁶

A Constituição Federal, tendo em vista o seu caráter pluralista e não discriminatório, consagra-se uma clausula geral de inclusão, e não exclusão, tal como preconiza o principio da dignidade da pessoa humana.

No que tange à formação da família homoafetiva no país, em 5 de maio de 2011, foi julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 na sede do STF. O resultado

⁷⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, op.cit., p.85 e ss.

unânime situou-se no sentido de reconhecer a união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar. Com a mudança, o Supremo cria um precedente que pode ser seguido pelas outras instâncias da Justiça e pela administração pública, resguardando-se ao Congresso Nacional a regulamentação legal dos efeitos dessa decisão.⁷⁷

Em 25.10.11. o STJ foi ainda mais longe, ao autorizar o casamento de duas mulheres no sul do país. A decisão, entendemos, confere um precedente fortíssimo para a conversão da união estável homoafetiva em casamento.

Visando dirimir as questões da discriminação homoafetiva, o PL 122/06 – apresentado inicialmente sob o número 5003/01 apresentado pela então deputada Iara Bernardi do PT/SP, tem por objetivo criminalizar a homofobia no país, motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero, e encontra-se na Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal do Brasil, sob relatoria da Senadora Marta Suplicy do PT /SP. Propõe ainda além da penalização criminal, também punições adicionais de natureza civil para o preconceito homofóbico, como a perda do cargo para o servidor público, a inabilitação para contratos junto à administração pública, a proibição de acesso a crédito de bancos oficiais e a vedação de benefícios tributários. Para algumas entidades cristãs (católicas e protestantes), o projeto fere a liberdade religiosa e de expressão, por prever cadeia (até 5 anos) para quem criticar publicamente a homossexualidade, seja qual for a razão.

Quanto ao transexual, o debate abrangendo indivíduos transexuais leva a sérias consequências no mundo do direito, pois, após a transformação da aparência sexual, reclama-se em seguida o reconhecimento legal de seu novo sexo e todas as implicações

⁷⁷ Embora não tenha sido feita expressa referência à possibilidade da adoção, entendo que o reconhecimento da união estável homossexual dá margem à futura possibilidade de adoção ou mesmo do acesso às técnicas de reprodução assistida, nos termos dos artigos 1625 e 1622 do Código Civil e dos artigos 42 § 2º do ECA e da Resolução n. 1358/92 do CFM, respectivamente. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE. POSICIONAMENTO CONSAGRADO NO JULGAMENTO DA ADIN Nº 4277 E DA ADPF Nº 132. DIREITOS SUCESSÓRIOS. PREQUESTIONAMENTO. 1. Tendo em vista o julgamento da ADIn nº 4277 e da ADPF nº 132, resta superada a compreensão de que se revela juridicamente impossível o reconhecimento de união estável, em se tratando de duas pessoas do mesmo sexo. 2. Na espécie, o conjunto probatório é robusto no sentido da caracterização do relacionamento estável, nos moldes do art. 1.723 do CC, razão por que deve ser emprestado à relação havida entre a recorrente e a companheira falecida tratamento equivalente ao que a lei confere à união estável havida entre homem e mulher, inclusive no que se refere aos direitos sucessórios sobre as duas casas construídas com esforço comum, o que foi reconhecido judicialmente, na forma do art. 1.790, III, do CC (pois concorre a insurgente com a genitora da falecida). 3. O magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todos os dispositivos legais invocados pelas partes, necessitando, apenas, indicar o suporte jurídico no qual embasa seu juízo de valor, entendendo ter dado à matéria a correta interpretação jurídica. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70045194677, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 22/03/2012)

que as modificações do sexo e, conseqüentemente, do estado, acarretam para o direito de família, tendo em vista que a mudança do estado civil torna-se parte integrante da terapêutica do transexual.⁷⁸

O estado civil que se estabelecerá para o transexual recebe amparo das deliberações emanadas das Cortes de Direitos Humanos, por ligar-se diretamente aos direitos fundamentais das pessoas e da família.

Envolvendo a problemática questão da mudança de sexo, diversas questões são suscitadas no campo do direito civil. Poderia o transexual contrair matrimônio? Haveria identidade de sexo entre os cônjuges? Em face do artigo 1556 e seguintes do Código Civil (220 do Código Civil de 1916), este seria passível de anulação a pedido do seu consorte. Haveria erro essencial em face da pessoa do outro cônjuge? Seria esse matrimônio inexistente?

Podemos entender que o casamento convolado com um indivíduo transexual pode ser perfeitamente válido, tendo em vista o longo caminho percorrido por este desde o seu diagnóstico até a sua alteração registral. Entretanto, dada a sua inegável peculiaridade, persiste a possibilidade de ser anulável, tendo em vista a existência de possível erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, caso o outro nubente ignorasse os fatos antes do casamento, além da presença de defeito físico irreparável que tornasse impossível a convivência comum, fruto de cicatrizes ou sequelas cirúrgicas que inviabilizassem a vida conjugal normal, tal como dispõe o artigo 1557, I,III, do Código Civil.

No que tange à efetiva troca de sexo do indivíduo redesignado cirurgicamente, questiona-se se tem mesmo a cirurgia a capacidade de transformar o homem em mulher ou a mulher em homem. O que prevaleceria? O sexo biológico ou o sexo psicossocial?

“ Uma decisão pioneira do TJRS, autorizou expressamente o casamento de transexual ainda que não haja inversão da natureza, mas da mudança de uma forma de viver, possui o transexual capacidade para o casamento, pois o sexo psíquico prepondera sobre o biológico.

⁷⁸ FRIGNET, Henry – O transexual, op. Cit., p.17; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Direito das famílias amor e bioética, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p 307

Não havendo norma proibitiva com relação ao casamento de transexuais, pode-se afirmar pela inexistência de impedimento para a realização do contrato de casamento”⁷⁹.

Pessoalmente, entendemos que a informação genética trazida pelo seres humanos não se altera, logo por mais que se sinta o indivíduo como pertencente ao outro sexo do seu sexo originário ele não se separará. No entanto valorizando-se o sexo psicológico que leva à redesignação do indivíduo para o seu sexo social – e consequentemente jurídico, nada obstará a convolação de justas núpcias, reservados os direitos da personalidade – dignidade, intimidade, identidade de gênero, sigilo, de ambos os nubentes.

Outra questão que se coloca é: Como poderia ser definido o melhor momento para a realização da cirurgia redesignatória?

O momento da realização da cirurgia redesignatória apresenta-se todavia controverso: como a cirurgia de conversão de sexo, só poderia ser realizada em transexual solteiro, viúvo ou divorciado, para evitar constrangimento para o seu cônjuge ? Se na constância do casamento um dos cônjuges passar a sofrer de perturbação de identidade sexual, impossibilitando para isso o cumprimento do débito conjugal, poderia o outro cônjuge propor a separação com base em conduta desonrosa? anular o casamento por erro essencial? pedir o divórcio por separação de fato? requerer a separação judicial por injúria grave?⁸⁰

Harry Benjamin, que muito se ocupou do tema da sexualidade humana, concluiu em seus estudos que muitos indivíduos apesar de bem casados e normalmente inseridos na vida familiar, optam por realizar a cirurgia conversiva. Tal situação ocorre em seu ponto de vista devido ao fato de este transexual ser portador da transexualidade secundária, cujos sintomas presentes em estado latente aparecem tardiamente, numa fase onde normalmente o indivíduo já está casado e muitas vezes com filhos. Ocorre, também, que os transexuais masculinos casados acabam desenvolvendo uma libido homossexual, e acabam por tornar-se impotentes.

⁷⁹ DIAS, Maria Berenice – União homossexual o preconceito e a justiça, op.cit.p.115.

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena – O Estado Atual do Biodireito , op.cit.,p.284 e 285.

Aduz, finalmente, que esses casamentos acabam por durar pouco, chegando à separação ou ao divórcio, por causas diversas que vão desde a falência do matrimônio em si até a falta dos deveres conjugais, mormente a conduta desonrosa e a injúria grave.⁸¹

Para evitar constrangimento ao outro cônjuge, entende Maria Helena Diniz, com o amparo da legislação alemã e sueca, que somente os transexuais solteiros, divorciados ou viúvos poderão fazê-la, embora permaneçam inalterados os direitos e deveres entre o transexual operado e seus filhos conquanto não lhes cause, com sua conduta, qualquer dano moral ou material.

A aquiescência do cônjuge, para Yussef Cahali não abalaria a validade do casamento, mas a falta de concordância configuraria conduta desonrosa e grave violação dos deveres do casamento, pois tratar-se-ia de uma violação contra a personalidade do cônjuge.⁸²

Vê-se, portanto, que os transexuais visam a possibilidade de viver em harmonia e articular o masculino e o feminino, o gênero, a partir de múltiplas referências. Essa possibilidade de se alterar o gênero, adequando-o a uma conformação psicológica diversa, abarca a esfera dos direitos humanos e recebe proteção principiológica na Constituição Federal.

Entendemos que a solução fique pairada no seguinte sentido: uma vez redesignado, o cônjuge impede que tenha continuidade o casamento pela igualdade dos sexos, pois a inadaptação de um ao seu sexo originário não impõe ao outro a convivência homossexual; logo, entendemos que o divórcio seja a única solução jurídica cabível, pois não se poderia falar em casamento inexistente, nem mesmo em anulação ou nulidade matrimonial, pois anteriormente à realização da cirurgia, dependendo do prazo, houve a consumação do mesmo.⁸³

Como ficariam regulamentadas as questões acerca da filiação do transexual? Os efeitos legais com relação aos filhos, notadamente em matéria de identidade e sucessões continuariam inalterados, pois a redesignação do genitor não constará em nenhum documento dos filhos.

⁸¹ SZANIASWSI, Elimar – Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual, São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1999, p.122.

⁸² CAHALI, Yussef Said – Divórcio e separação. 5.ed. São Paulo: Ed RT, 1987, p.249.

⁸³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf – Novas modalidades de família na pós-modernidade, op.cit., p.197 a 201.

Discute-se a viabilidade da realização da cirurgia redesignatória na ocorrência de prole. Desde que não venha a causar qualquer dano moral ou material à educação da prole, seria esta realizada tendo em vista a reinserção social do portador de transexualidade.

À luz do direito, diversas situações podem ocorrer envolvendo pai/mãe transexual e sua prole: Podemos destacar à luz do direito espanhol: a filiação natural gerada antes da retificação do registro do transexual, mas não determinada – é possível pleitear-se o reconhecimento da paternidade, tendo em vista o seu sexo originário de antes da cirurgia de redesignação; a filiação natural gerada e determinada posteriormente à alteração do registro do sexo. – também postula-se o reconhecimento da filiação baseado no sexo que se tinha antes da transgenitalização; no caso de transexual que doa seu material genético para posterior fecundação perderá os efeitos parentais dado o anonimato de doador previsto em lei, exceção feita para o caso em que o transexual casado ou convivente que tenha doado seu esperma para que fosse realizada uma fecundação *post mortem*, terá o filho direito ao nome do pai oriundo do seu sexo originário. Pode ainda o transexual recorrer à adoção, se reunir os requisitos legais para fazê-lo. Uma situação peculiar poderá ocorrer no caso do transexual que tem o direito de adotar mediante seu novo sexo, já ter filhos anteriores à sua transgenitalização, pois com isso será ao mesmo tempo *pai* de alguns dos irmãos e *mãe* de outros irmãos.

Estes fatos, entretanto, não devem afastar do transexual o direito de constituir família, e esta inclui a prole, pois os diplomas legais, no que tange à adoção de menores, nada dispõe sobre o impedimento de fazê-lo tendo em vista o diagnóstico de disforia de gênero.⁸⁴

Um tema muito polêmico na atualidade é a questão da possibilidade do uso de banheiros públicos pelo transexual. A questão chegou ao STF, que em 19.11.15 vota a favor de uso de banheiro pelo transexual segundo sua identidade de gênero, tendo em vista o direito deste de ser tratado socialmente segundo sua identidade de gênero.

Entendeu que violava-se com a proibição direitos identitários, de autodeterminação sexual, honra, intimidade e privacidade do transexual. Por outro lado, exporia à vulnerabilidade de assédio sexual e pedofilia mulheres em geral.

⁸⁴ Uma decisão pioneira proferida pelo juiz Osni Assis Pereira, da Vara da Infância e da Juventude de São José do Rio Preto, conferiu a manutenção da guarda provisória de um bebê de 9 meses, entregue pela mãe biológica, a uma transexual e seu companheiro. fonte: <http://www.inovaglttb.blogspot.com> em 27.8.2007

Os ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Edson Fachin, do votaram a favor do direito de transexuais usarem banheiros conforme sua “identidade de gênero”, ou seja, como se percebem (homem ou mulher), independentemente do sexo a que pertencem.

O julgamento, porém, foi interrompido por um pedido de vista do ministro Luiz Fux. Faltam ainda os votos de outros nove ministros para uma decisão final.

Ao pedir vista do processo, o ministro Luiz Fux justificou que, na análise de temas com “desacordo moral tão expressivo” que dividem a sociedade, é preciso mais tempo para uma decisão definitiva do Supremo, citando “indagações populares” sobre a questão.

O então Presidente da Corte, o Min Ricardo Lewandowski, sem manifestar sua posição, também se disse “preocupado” com a decisão.

A questão é polêmica. Nos Estados Unidos, o Presidente Trump proibiu o uso de banheiros por estudantes transgêneros em escolas públicas.

Um tema muito explorado na atualidade é a **ideologia de gênero**. Esta expressão é usada principalmente pelos críticos da ideia de que os gêneros são na verdade construções sociais. Assim, acreditar-se-ia que não existem apenas os gêneros feminino e masculino, mas um espectro que pode ser livremente escolhido pelo indivíduo.

Contrariamente defende-se que tal ideologia rouba do indivíduo um espaço para sua identidade. Poderia ainda captar o senso comum e se tornar a ideologia dominante de um tempo histórico?

A questão tomou um vulto maior com a introdução da ideologia de gênero no Plano Nacional de Educação, onde se visaria a implantação obrigatória dessa ideologia nas escolas públicas e privadas.

Diversos Projetos de Lei tramitam nas casas superiores visando aprovação, como o PL 8035/10; o PL 2731/15 que altera o PNE vedando a discussão de gênero dentro das escolas; o PL 7180/14 que pretende alterar a LDB (lei de diretrizes e bases) aprovada em 20.12.96, vedando a apologia de gênero; o PL 8671/15 que determina que os professores entreguem aos pais ou responsáveis um material sobre o conteúdo ministrado em aula.

Em 22.4.14.a Câmara dos Deputados, ao analisar o PNE, aprovou o projeto sem as terminologias que faziam apologia aos conceitos de ideologia de gênero.

1.4. Possíveis soluções

Após serem revistas as principais questões sobre o tema, vemos que é importante a conscientização nacional da problemática que envolve as questões de sexualidade. A salvaguarda dos direitos dos homossexuais foi efetivada pela análise principiologica e decisória dos Tribunais Superiores STF e STJ e através de deliberação do CNJ, regularizando assim a família homoafetiva no Brasil.

A homofobia entretanto, não foi erradicada nem em sooo pátrio nem em solo internacional.

Somente com a internacionalização dos direitos humanos, a ampliação do dialogo internacional e a maior conscientização da população a nível nacional é que, cremos, esta diminuirá significativamente.

Aos homossexuais foi também concedido, além do *status familiae*, o direito a adoção de menores e o acesso às técnicas de reprodução assistida, nos termos da Resolução 2121 de 2015 do CFM.

Quanto ao transexual, sua situação encontra-se parcialmente sedimentada: não mais se discute a natureza da cirurgia redesignatoria (se mutilatoria ou reparadora), nem tampouco se impede a retificação de assento registral e consequente aquisição de *status familiae*.

A identidade de gênero do transexual foi garantida mesmo sem a realização da cirurgia redesignatoria, como no modelo alemão – die Kleinelossung, advinda da Transsexuellgesetz de 10.9.1980, tendo em vista os conflitos que esta causava aos transexual, bem como o arrependimento posto que a função sexual encontrava-se comprometida em decorrência da falta de sensibilidade local que restava aos transexuais operados.

Aprecia o STF o RE 670422 relativo à possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo; e o RE 84579, relativo à possibilidade de o transexual ser tratado

socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente. Ambos estão sob repercussão geral.

Uma grande saída para a questão seria a aprovação de uma lei de identidade de gênero nos moldes de diversos países da comunidade internacional.

Na França, como aduz Gérard Cornu “ a alteração do sexo dar-se-à na ocorrência dos seguintes fatores: diagnostico da síndrome transexual, realização de tratamento medico-cirurgico, aquisição de nova aparência e comportamento social correspondente”.⁸⁵

Na Italia a lei 164 de 14.4. 1982 – lei de retificação de sexo, regula a conversão curativa do sexo para casos de transexualismo e intersexualismo.

Diversos países adotaram leis protetivas aos direitos dos transexuais, como a Espanha, com a lei n. 3 de 2007; a Inglaterra com a Gender Recognition Act de 2004; Mexico, Canada e Estados Unidos. O Brasil deveria adotar a mesma postura.⁸⁶

1.5. Referencias Bibliograficas

ARAUJO,Luiz Alberto David – A proteção constitucional do transexual, São Paulo: Saraiva, 2000

BRANDÃO,Marcus Lira – As bases psico-fisiológicas do comportamento, São Paulo:EPU, 1991

BULOS,Uadi Lammêgo – Constituição Federal anotada 7.ed.,São Paulo:saraiva,2007

CAHALI,Yussef Said – Divórcio e separação. 5.ed.São Paulo:Ed RT, 1987

CLERGET,Stéphane – Comment devient-on homo ou hétéro, Paris:Lattes,2006

CORNU, Gerard – Droit Civil – les personnes, 13 edition, Paris: Montchrestien, 2007

DE CUPIS,Adriano – I diritti della personalitá.,Milano:Jovene,1950

DIAS,Maria Berenice – União homossexual: o preconceito e a justiça, Porto Alegre:Livraria do Advogado,2000

DINIZ,Maria Helena – O estado atual do biodireito,5.ed, SãoPaulo: Saraiva, 2008

⁸⁵ CORNU, Gerard – Droit Civil – les personnes, 13 edition, Paris: Montchrestien, 2007, p. 102 a 104

⁸⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família, p. 214 e ss

FARINA,Roberto – Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias, São Paulo,Novolunar,1982

FRANÇA,Rubens Limongi – Direitos da personalidade coordenadas fundamentais.Revista do Advogado, AASP, n.38,p.6.

GOMES, Helio – Medicina Legal, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 25. ed.,1987

GROENINGA,Giselle Câmara – Os direitos da personalidade e o direito a ter uma personalidade. In.TARTUCE,Flávio e CASTILHO,Ricardo (Coord.). Direito Civil – Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, São Paulo: Método, 2006

HARVARD LAW REVIEW – Sexual orientation and the law, op.cit.,p.34;
<http://www.psych.org/Departments/EDU/Library/APAOfficialdocumentsrelated/Positionstatements/200214.aspx>.

HOPCKE, Robert H. – Jung, junguianos e a homossexualidade, São Paulo:Siciliano, 1993

KLABIN, Aracy Augusta Leme - Aspectos jurídicos do transexualismo, Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de direito civil da Faculdade de Direito da USP, 1977

QUAGLIA,Dorina Epps R G – O paciente e a intersexualidade, São Paulo, Servier,1980

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Curso de bioética e biodireito,3.ed., São Paulo: Atlas, 2015

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, São Paulo:Atlas, 2010

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Direito das famílias amor e bioética, Rio de Janeiro:Elsevier, 2012

MALUF,Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus– Direitos da personalidade e elementos genéticos para a identidade da pessoa humana, In. ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mario (Org) – Novo Código Civil questões controvertidas, São Paulo:Meodo, 2002

MILMANIENE, José E – Extranãs parejas, Buenos Aires :Ediciones Paidós, 2000

NUSSBAUM, Martha C – Constructing love,desire and care.In. Sex, preference and family – essays on law and nature, New York/Oxford: Oxford University Press, 1997

OLIVEIRA,Alexandre Miceli Alcântara de – Direito de autodeterminação sexual, São Paulo: Ed.Juarez de Oliveira, 2003

OLIVEIRA,Silvério Costa de – Transexualismo –fonte: www.sexodrogas.psc.br

PERONA, Javier López Galiacho – La problemática jurídica de la transexualidad, Madrid, Mc-Graw Hill,1998

PLATÃO – O Banquete, Rio de Janeiro:Difel, 3.ed.,2005

RAMSEY,Gerald – Transexuais , São Paulo, Edições GLS,1996

RODRIGUES ,Irene e BEO,Cíntia Regina – União homoafetiva;aspectos civis e constitucionais. In. Revista da Faculdade de Direito da USP, 2004, v.99

SALES, Dimitri nascimento – Direito à visibilidade: direito humano da população GLBTT. In. PIOVESAN,Flavia; IKAWA,Daniela (Org.) Direitos humanos, fundamento, proteção e implementação perspspectivas e desafios contemporâneos,Curitiba:Jurua,2007

SPENCER, Colin – Homossexualidade – uma história, Rio de Janeiro:Record, 1995

SOUSA, Rabindranath Capelo de – O direito geral da personalidade, Coibra:Coimbra, 1995

SZANIASWSI,Elimar – Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual, São Paulo:Ed Revista dos Tribunais, 1999

SZASZ, Ivone – El discurso de las ciencias sociales sobre las sexualidades. In. CACERES, C F (eds) – Ciudadania sexual em America Latina:abriendo el debate. Lima, Universidade Peruana Cayetano Herida, 2004,

TEIXEIRA, Ana Carolina brochado; RODRIGUES, Renata de Lima – O direito das famílias entre a norma e a realidade, São Paulo: Atlas, 2010

TOURNIER,Paul – Os gays na história, Lisboa:Editorial Stampa,2006

VENTUROZA, Isabela – Gênero, sexo e sexualidade. In: Gênero em perspectiva. In Revista Sociologia Ciência e Vida, Ed. 58 – <http://sociologia.uol.com.br> < acesso em jul 2017>