

Transexualidade: entre os discursos jurídico e médico *

Ábiner Augusto Mendes Gonçalves **

Resumo: O estudo das questões da transexualidade se justifica devido a carência de mecanismos legítimos que regulamentem a cirurgia de mudança de sexo, sendo necessário preencher essa lacuna legislativa para se oportunizar direitos negados a esta parcela da população, permitindo um acesso mais fácil à saúde, ao mercado de trabalho e à cidadania plena. É através do discurso jurídico do silenciamento e do discurso clínico (realizado sobre os corpos), que a divisão binária masculino/feminino da sociedade segundo o sexo torna-se **evidência** e a construção desta divisão biológica, enquanto valor distintivo, não é questionada, já que **natural**. Desta maneira, o binômio sexo/gênero se traduz de maneira implícita e natural em uma sexualidade cuja capacidade para a reprodução desenha os contornos e as funções sociais de um corpo sexuado e instala, então, a imagem da **verdadeira mulher** e do **verdadeiro homem**, lócus e estratégia do poder social sobre mulheres, homossexuais e transexuais.

Palavras-chave: Transexualidade. Discurso clínico. Discurso jurídico brasileiro. Direito Comparado. Michel Foucault. Sexo verdadeiro. Divisão binária masculino/feminino.

Transsexuality: Between the juridical and medical discussions

Abstract: The study of transsexuality issues is justified due to the lack of legitimate mechanisms that regulate the surgery of sex change, being necessary to fulfill the legislative gap in order to provide rights denied to that social group, permitting an easy health access to the work market and absolute citizenship. Through the juridical discourse of the stillness and clinical discourse (done on the bodies), that the division of male / female binary of society, according to the sex, becomes evident and the building of this biological division, as a distinctive value is not questioned. Thus, the sex / binomial is translated into being implicit and natural in a sexuality whose capacity for the reproduction draws the outlines and social functions of a sexual body and installs, thus, image of the true woman and true man, locus and strategy of the social power over, women, homosexuals and transsexuals.

Key words: transsexuality, clinical discourse, Brazilian juridical discourse, comparative law, Michel Foucault, true sex, male / female binary division.

** bacharelado (segundo semestre de 2006) em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, e aluno do curso de Licenciatura em Língua e Literatura Portuguesa na Universidade de Brasília – UnB. abiner@gmail.com

A. Múltiplas identificações sexuais (transgêneros)

A determinação do sexo do ser humano abrange diversos fatores de ordem física, psíquica e social. Num indivíduo tido como normal, há uma razoável integração de todos esses aspectos, tanto de cada um desses fatores isoladamente, como no equilíbrio entre todos eles (CHOERI, 2004, p. 85).

Com a luta GLT¹ (de gays, lésbicas e transgêneros) uma grande quantidade de minorias sexuais pugnam por um espaço maior e por visibilidade para suas causas. Recentemente, as diversas mudanças desses grupos, redirecionaram as lutas e proporcionaram a criação de grupos maiores marcados por semelhanças identitárias o que tem levado a diminuição das confusões criadas pela enorme quantidade de nomenclaturas. (MALVA, 2005).

Um desses grupos é o dos transgêneros, pessoas que ultrapassam as tradicionais classificações dos gêneros, homens ou mulheres, que invertem a sua trajetória biologicamente **natural**², passando ou não pela exteriorização física (SCHNEIDER, 2005).

O termo transgênero surgiu devido a tradução da expressão *cross-gender*, utilizada por pesquisadores do sudeste asiático ao estudar a transexualidade, devido ao comprometimento das definições no mundo ocidental, onde se utilizava o termo transexual indiscriminadamente (RODRIGUES JR., 1996a, p. 20).

Dentro do conceito de transgêneros se encontram os transexuais, travestis, *crossdresser*, *drags* e transformistas. Os travestis são indivíduos que se vestem com trajes do sexo oposto e que além disso exteriorizam os caracteres secundários, tais como voz e corpo do sexo antagônico. Porém, os travestis mantêm um vínculo com o sexo de origem (SCHNEIDER, 2005). Ou seja, tem algo que os prende ao seu sexo

¹ Utilizei a sigla GLT por achar mais apropriada, em detrimento da sigla GLS (gays, lésbicas e simpatizantes) que seria a mais facilmente reconhecida pelas pessoas em geral. Isto porque, hoje as siglas ganharam diferentes composições, chegando até mesmo a GLBTTS (gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, transgêneros e simpatizantes), entretanto considero mais adequada a sigla GLT (gays, lésbicas e transgêneros) por retirar os bissexuais e simpatizantes e inserir dentro do conceito de transgêneros os transexuais (MALVA, 2005).

² Entende-se como trajetória biologicamente “natural” aquela atrelada as instituições sociais, que esperam uma relação direta entre o sexo biológico e sua visão de gênero enquanto construção social.

biológico, escolha muita das vezes derivada de seu meio de sobrevivência, a prostituição.

Quanto aos *crossdressers*, também são pessoas que se vestem como sendo do sexo oposto. A diferença é que os chamados *CDs*, não assumem publicamente identidade do sexo oposto. Portanto não farão uso de hormônios e nem de cirurgias corretivas em seu corpo, pois em sua rotina diária, tem uma vida condizente com seu sexo biológico. Os hormônios até poderão fazer parte de sua vida, mas até o limite em que sua identidade social não seja afetada. Os *crossdressers* podem ter tendência heterossexual, homossexual ou bissexual (SCHNEIDER, 2005).

As famosas *drags* podem ser homens (que se vestem de mulher), como é o caso das *drag queens*, ou mulheres (que se vestem de homem), como é o caso das *drag kings*. O que realça esta particularidade na sua maioria é o exagero pela figura que busca. A *drag queen* realça de maneira exacerbada a forma e o esteriótipos do feminino. Já a *drag king* realça o masculino. Na maioria dos casos, as *drags* não buscam se parecer com o sexo de montagem³ durante o seu cotidiano (SCHNEIDER, 2005).

Por fim, os transformistas são quase como as *drags*, mas a montagem ocorre de maneira menos intensa. Os transformistas assumem figuras femininas ou masculinas sem exageros, geralmente artistas de renome, a busca é pela perfeição na semelhança dos gestos, voz e aparência (SCHNEIDER, 2005).

Define-se de forma rápida os transexuais como indivíduos que nascem com genitália e gônadas definidoras de um dos sexos biológicos, mas possuem *psique* e alma totalmente do gênero oposto, experimentando, por conta disso, grande frustração ao tentar se expressar através de seu sexo genético (CHOERI, 2004, p. 93). Corpo de homem, numa mulher ou, uma mulher perfeita quanto a sua constituição biológica, mas que encontra dentro de si e no seu íntimo, um homem.

Atualmente, tenta-se adequar um pouco o físico à realidade psíquica da pessoa. E é isto o que é feito na maioria dos transexuais, que muitas das vezes chegam à cirurgia de readequação genital (SCHNEIDER, 2005).

³ **Se montar** é uma expressão muito utilizada pelo grupo GLT para o ato de maquiar-se e/ou vestir indumentárias do sexo oposto.

A Organização Mundial de Saúde classifica a transexualidade como um transtorno de identidade sexual, definindo-o da seguinte forma:

Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal-estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado (O.M.S., 1993).

Sob o ponto de vista anatômico, os transexuais são pessoas comuns e, também, sob o ponto de vista psicológico, não apresentariam nenhuma indicação de *psicose*, mas sim uma desorganização da personalidade socialmente desenvolvida, com intensidade variável, que surge quando o indivíduo é obrigado a direcionar-se de modo contrário à sua identidade psicosssexual (SZANIAWSKI, 1999, p. 62).

Roberto Farina (1982, p. 119) afirma que a evidência médica sugere não se tratar a transexualidade de doença, ao dizer, taxativamente, que “os transexuais não são doentes”, sendo pessoas saudáveis, sob todos os aspectos, além do que a sua identidade de gênero é bem definida e normal. Para o autor, a cirurgia de redesignação sexual apenas completaria o perfeito entrosamento entre seu corpo e a alma.

B. Cirurgia de redesignação sexual

Tratamentos psicológicos com vistas a tratar a transexualidade são historicamente conhecidos por serem insuportados. Por volta de 1972, o Comitê da Associação Médica Americana para a Sexualidade Humana publicou que a psicoterapia era ineficiente para transexuais adultos e que a terapia de redesignação sexual era mais útil (FREITAS, 2006).

A necessidade de tratamento físico é enfatizada pela alta taxa de problemas psicológicos – como depressão e suicídio – entre transexuais, acima da taxa de suicídio da população em geral; muitos destes problemas desaparecem ou decrescem significativamente depois da mudança nos papéis de gênero (PERES, 2001, p. 162).

Entretanto, estes problemas não possuem relação com a identidade de gênero em si, mas com problemas relacionados a ter de lidar socialmente com as questões de sua sexualidade e papel de gênero diariamente (FREITAS, 2006).

Cumpre esclarecer que, em se tratando de cirurgia reparadora realizada em transexuais e intersexuais (conhecidos comumente como hermafroditas), a problemática não é a mesma.

No intersexualismo (hermafroditismo) os indivíduos apresentam uma má formação congênita, bem como desvios de diferenciação genital que dão origem a uma genitália ambígua, assim, nestes casos busca-se por meio de cirurgia, reconduzir o indivíduo a um dos dois sexos. Já os transexuais são indivíduos fisicamente sem problemas ou dubiedades que desejam harmonizar a mente ao corpo através de alteração cirúrgica (CHOERI, 2004, p. 89).

A cirurgia de redesignação sexual é o procedimento tomado por homens e mulheres transexuais para que seu sexo anatômico seja coerente com sua identidade de gênero. Enquanto a cirurgia de redesignação genital se refere apenas às cirurgias que corrigem a anatomia genital, a cirurgia de redesignação sexual pode se referir a todos os procedimentos tomados por transexuais, como afinamento dos traços do rosto, tirada do pomo de adão, etc. (FREITAS, 2006).

Normalmente a cirurgia de redesignação sexual custa bastante caro e muitas vezes não é coberta por convênios de saúde públicos ou privados. Há também significantes riscos médicos associados com esta intervenção cirúrgica que devem ser considerados por transexuais que anseiam pela cirurgia. Por estes ou outros motivos nem todas as pessoas transexuais se submetem a este tipo de procedimento, entretanto vivem invariavelmente no papel de gênero escolhido (FREITAS, 2006).

Algumas vezes homens e mulheres transexuais são referidos como pré-operativos quando não realizaram a cirurgia de redesignação sexual ou decidiram por não fazê-la; ou como pós-operativas quando já realizaram a cirurgia. Um conceito mais moderno sugere que o foco no *status* cirúrgico é um erro, tendo em vista que a cirurgia de redesignação sexual é apenas uma pequena parte de uma transição complexa (FREITAS, 2006).

Uma questão que sempre é suscitada é o problema do arrependimento pós-operatório, vez que há um entendimento que após a realização da cirurgia o novo órgão não terá o idêntico funcionamento de um “órgão originário”. De acordo com Sutter (1993, p. 117/118), o transexual que busca na modificação do sexo a sua razão de

viver, e adia outras realizações para quando esse ideal for atingido, caso as expectativas com o resultado da cirurgia não correspondam ao resultado alcançado, é natural que se frustre. Surge então a preocupação de que tal frustração quanto ao resultado irreversível possa levá-lo ao suicídio, da mesma forma que a insatisfação anterior o levaria.

Entretanto, em sendo realizado um diagnóstico preciso, em regra não há preocupação com o arrependimento. Quanto ao risco suicida, este não ocorre apenas em transexuais, podendo ocorrer com qualquer pessoa indiferentemente da identidade de gênero ou da orientação sexual do indivíduo, vez que o suicídio é tido como um problema psicológico-social; ademais, este risco é muito mais acentuado em indivíduos que ainda não realizaram a cirurgia do que em indivíduos que já a realizaram.

Os homens têm seus órgãos sexuais amputados, sendo a pele sensível do pênis aproveitada para a feitura de uma vagina, aumentando-se ainda os seios, por meio do implante de silicone. Nas mulheres, a cirurgia consiste em remover os seios e em realizar uma histerectomia⁴. Remove-se parte da pele da região abdominal ou inguinal, preparando-se, assim, o novo pênis (faloneoplastia), conseguindo-se, muitas vezes, segundo relatos médicos, um pênis de dimensões normais e funções também quase normais⁵ (PERES, 2001, p. 160/161).

As operações sofrem variações de acordo com cada caso, como o afilamento do queixo para deixar as expressões faciais mais finas, são ainda complementadas com a administração de hormônios sexuais que objetivam estimular as características do sexo adotado: testosterona ou estrógeno, conforme o caso (PERES, 2001, p. 162).

A grande maioria das cirurgias de mudança realizada de sexo masculino para feminino alcança bons resultados, com o novo órgão possuindo funcionamento normal; porém, o mesmo não ocorre com a cirurgia de mudança de sexo feminino para masculino, vez que o novo órgão não possui sensibilidade, ereção e tampouco ejaculação. O que não significa dizer que a cirurgia é desaconselhável, porque o indivíduo sente-se pertencente ao sexo oposto e a mudança da genitália já o satisfaz.

⁴ Retirada cirúrgica do útero ou parte dele (CARVALHO, 2006).

⁵ Normais quanto às dimensões sociais e funcionamento biológico atribuídos a estes órgãos.

Estudos em desenvolvimento, objetivam encontrar formas mais eficazes para a realização dessas cirurgias.

C. Discurso jurídico brasileiro

Com a realização da cirurgia transformadora, depara-se o transexual operado com a mais adversa das situações. Agora que seu sexo morfológico está de acordo com seu sexo psíquico, o desejo de mudança realizou-se satisfatoriamente. Com a transformação do transexual masculino em homem, ou do transexual feminino em mulher, o seu prenome e sexo no registro civil não o designam de forma satisfatória uma vez que não correspondem a nova configuração corporal. Sua carteira profissional, diplomas e demais documentos que definem e registram sua identidade sexual estão em desacordo com sua nova realidade física, levando, conseqüentemente, a uma necessidade urgente de alteração no seu assento de nascimento e documentos da vida civil.

Como resultado, surge, de imediato, a indagação no sentido de se saber ser possível o transexual redesignado, mediante cirurgia de modificação de sexo, alterar seu assento de nascimento, no tocante à mudança do *status* sexual e prenome.

1. LEGISLAÇÃO

Na Constituição Federal de 1988 encontram-se os princípios fundamentais que norteiam a formulação da carta magna e os direitos que lá se garantem. Em seu artigo 1º, destacam-se os incisos II e III, que cuidam, respectivamente, da valorização da **cidadania** e da **dignidade da pessoa humana** (BRASIL, 2005a).

Desses princípios fundamentais extraem-se outros, que se inserem como garantias fundamentais de todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros que residem no Brasil, que se dividem em **garantias e direitos individuais e coletivos**, arrolados no artigo 5º, e em **garantias e direitos sociais do indivíduo**, discriminados no artigo 6º. E no artigo 196 promove a Constituição o **direito à saúde** (BRASIL, 2005a).

Nossa Constituição determina a promoção dos valores humanistas, como um dos principais objetivos do Estado e da sociedade, sendo que estes têm por obrigação garantir o bem-estar do cidadão, a salvaguarda de sua dignidade e o livre desenvolvimento de sua personalidade (ARAÚJO, 2000, p. 71). O **direito à vida**, o **direito à integridade psicofísica** e o **direito à saúde** constituem o trinômio que informa o livre desenvolvimento da personalidade e a salvaguarda da dignidade do ser humano, traduzindo-se no exercício da cidadania (SZANIAWSKI, 1999, p. 194).

Porém, não é isso que acontece com os transexuais, o exercício pleno de sua cidadania simplesmente não se viabiliza: não conseguem empregos com carteira assinada, precisam recorrer à justiça para ter seus registros alterados, são poucos os hospitais e médicos que realizam a operação, após a operação não podem contrair matrimônio legalmente reconhecido, dentre outros contratempos decorrentes do preconceito que, não apenas não é reprimido por meios legais, como também é constantemente reforçado por estes meios.

A Constituição de 1988 também não trata de outros assuntos referentes aos transexuais, como averbações nos registros de nascimento, e nem poderia, visto tratar a Constituição de conjunto de normas e princípios gerais, norteadores da República Federativa do Brasil. Não se tem melhor sorte quando analisamos o Código Civil de 2002, este código, mesmo recente, não dispôs nada sobre o sexo nem sobre a sexualidade humana, temas primordiais quando se trata dos problemas enfrentados pelos transexuais.

Encontramos referências a respeito do sexo nas alíneas 2ª e 4ª do artigo 54 da Lei nº 6.015/73, a chamada Lei de Registro Públicos, tratando do conteúdo do assento de nascimento, que deverá mencionar o sexo do registrando, o nome e o prenome que forem postos ao mesmo, através de declaração feita pelo pai ou pela mãe (BRASIL, 2005b). É preciso assinalar que a determinação do sexo, quando do nascimento, baseia-se unicamente na identificação do aparelho genital/reprodutor, sendo somente biológica e **visível** uma vez que não há como determinar o sexo psíquico daqueles que nascem.

O parágrafo único do artigo 55 da mesma lei, salvaguardando a pessoa do registrando, determina aos oficiais de registro civil não registrarem os prenomes

suscetíveis de expor ao ridículo seus portadores. Já o artigo 57 da Lei de Registros Públicos permite alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, e determinada por sentença do juiz ao qual o Registro estiver sujeito, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa (BRASIL, 2005b). O artigo que se encaixaria de forma menos inadequada para se fundamentar a mudança de nome do transexual é o artigo 58, que em seu *caput* assevera o caráter definitivo do prenome, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios (BRASIL, 2005b). Entretanto, pelos limites impostos pela Lei de Registros Públicos conclui-se que a pretensão de mudança de prenome pelo transexual, motivado pela cirurgia modificadora de sexo, não tem guarida no direito brasileiro.

Com o novo Código Civil novamente o legislador deixou de enfrentar as polêmicas referentes aos transexuais, o artigo 9º apenas dispôs sobre os atos que devem ser inscritos no registro público e, no artigo 10, os atos que devem ser averbados no mesmo órgão. Também se omite o Código Civil sobre a determinação de inscrição de sentença que julgar procedente o pedido de mudança de estado de transexuais, não só dos que se operaram no Brasil mas, também, dos que realizaram a cirurgia de transformação fora do território nacional (BRASIL, 2005c).

O artigo 13 trata sobre o **direito de disposição sobre o próprio corpo**, inspirado no Código Civil italiano, determina que salvo exigência médica, os atos de disposição do próprio corpo são desfeitos (proibidos), quando importarem em diminuição permanente da integridade física ou contrariarem os bons costumes. Mas afinal, estes são bons para quem? São bons por quê?⁶ O parágrafo único, ao contrário, admite tal disposição quando se tratar de ato para fins de transplantes, devendo a matéria ser regulada em Lei especial (BRASIL, 2005c).

O artigo 15 dispõe sobre o **consentimento do paciente**, embora não haja como medir este consentimento, estabelece que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a interferência cirúrgica. O artigo seguinte, coloca que toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o nome patronímico (sobrenome), deixando para a Lei de Registros Públicos disciplinar sobre o nome e o estado civil, no registro de nascimento (BRASIL, 2005c).

⁶ Essas e outras perguntas do tipo serão debatidas na última parte do artigo (visão filosófica).

Poderia ter a Comissão Elaboradora e Revisora da Câmara dos Deputados colocado, na oportunidade de elaboração do projeto do novo Código Civil, referências sobre os problemas enfrentados pelos transexuais, resolvendo e regulamentando direitos referentes aos transexuais operados, porém, deixou de mencionar sua existência, sendo que a transexualidade vem sendo objeto de estudos científicos , ao menos, desde 1956.

2. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Mesmo não se tratando de lei ou fonte de direito no sentido estrito, e sim de pareceres e resoluções de uma entidade de classe, no caso a classe médica, é importante analisarmos seu posicionamento perante a problemática enfrentada pelos transexuais.

Com a Resolução nº 1.482, de 1997, o Conselho reviu seu posicionamento, que afirmava que incorria em ilícito ético e penal o médico que realizava cirurgia de conversão sexual, para autorizar a operação gratuita de modificação de sexo em hospitais universitários ou hospitais públicos ligados à pesquisa. A sua realização foi restrita a esses hospitais para que pudessem aprimorar a técnica empregada e difundí-la.

Primeiramente, dedicou-se a resolução de 1997 em definir a transexualidade⁷, a fim de caracterizar os destinatários da resolução. Na resolução, para ser considerada transexual é necessário que a pessoa apresente as seguintes características: 1) desconforto no tocante ao sexo anatômico original; 2) desejo expresso de eliminar os genitais, ou seja, desejo de perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3) permanência dessa condição de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos e 4) ausência de demais **transtornos mentais**⁸. Esses quatro requisitos têm que ocorrer concomitantemente, uma vez que a ausência de qualquer deles não caracterizaria o indivíduo como sendo transexual (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1997).

⁷ O texto da Resolução 1.482/97 utiliza o termo transexualismo. Foi tomada a opção de se trabalhar com a terminologia transexualidade, ao invés da forma mais comumente usada, qual seja, transexualismo, visto que o sufixo **-ismo** da nomenclatura nos remete a doença, trazendo consigo uma série de pré-conceitos e conceitos médicos que tentamos evitar aqui.

⁸ Infere-se da 4ª característica ser a transexualidade também um transtorno mental para o Conselho Federal de Medicina.

Para que seja caracterizada a transexualidade, a resolução exige que a pessoa seja acompanhada durante dois anos por uma equipe multidisciplinar formada, nos termos da Resolução nº 1.482/97, pelos seguintes profissionais: médico-psiquiatra, cirurgião, psicólogo e assistente social (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1997).

Após diagnosticada a transexualidade, para que o paciente pudesse ser operado, necessitava, de acordo com a resolução, ter mais de 21 anos. O limite de idade tinha sido estabelecido com base na maioridade civil, que segundo o nosso ordenamento jurídico anterior a 2002 era alcançado apenas aos 21 anos completos, cessando a menoridade e alcançando o indivíduo a plenitude da capacidade civil⁹.

Adquirindo o indivíduo a capacidade de fato, em decorrência da maioridade civil, pode manifestar livremente a sua vontade e exercer os seus direitos com a produção dos seus respectivos efeitos jurídicos. Assim, poderá o indivíduo consentir para que a operação seja realizada. O consentimento é de suma importância, entretanto, a resolução não faz qualquer menção à necessidade de que o consentimento seja expresso, mas é razoável que os profissionais que lidam com esta questão tomem essa precaução.

Em 06 de novembro de 2002 foi elaborada uma segunda resolução, Resolução nº 1.652/2002, que revogou a resolução de 1997 e trouxe pequenas modificações quanto aos critérios para o oferecimento da operação. Se antes as operações só poderiam ser oferecidas por hospitais voltados a pesquisa ou hospitais universitários, agora as operações para adequações do fenótipo masculino para feminino podem ser praticadas por hospitais públicos ou privados, independente da atividade de pesquisa (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2002).

Mesmo após a entrada em vigor das resoluções acima, persiste a indagação jurídica de ser ou não o sexo um bem¹⁰ disponível do sujeito. A resposta para esse questionamento é essencial, pois só se poderá valorar o consentimento, caso se

⁹ A maioridade foi modificada para 18 anos completos com o Código Civil de 2002 (artigo 5º do Código Civil).

¹⁰ Bens são coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor econômico (RODRIGUES, 2002, p. 116).

entenda ser o sexo um bem disponível – lembrando-se que a indisponibilidade do bem vicia o consentimento. Nosso ordenamento também é omissivo a esse respeito.

Após essas resoluções, discute-se também sobre o fato de ser ou não necessária a elaboração de uma lei que regule o assunto. Novamente, nesse campo, há opiniões em ambos os sentidos. Há quem diga¹¹ que a decisão do Conselho por si só já é suficiente, já que seria a intervenção cirúrgica no transexual uma questão ética (SILVA, 1997). Porém, fica claro que a resolução não traz soluções à quantidade de problemas, já citados, enfrentados diariamente pelos transexuais, que acabam por negar-lhes direitos fundamentais e a plena cidadania.

3. JURISPRUDÊNCIA

Mais problemática é a situação da jurisprudência brasileira, que até, por volta, da segunda metade da década de 1990, negava com veemência a possibilidade de o transexual submeter-se não só a cirurgia, que era considerada criminosa pelas razões expostas anteriormente, mas, principalmente, negava-lhe a alteração de seus registros.

Existe uma dificuldade quando procuramos decisões a respeito de transexuais, pois os processos correm em segredo de justiça, e assim não poderia deixar de ser, para resguardar o direito à intimidade das pessoas que se submetem a redesignação cirúrgica.

Outro ponto que deve ser observado por quem recorre ao Poder Judiciário para que seja concedida a mudança de seus registros civis é a questão da competência, que é da Vara de Família e não da Vara de Registros Públicos, como seria de se esperar, isso porque se trata de discussão quanto ao estado da pessoa, e qualquer discussão quanto a qualificação realiza-se na Vara de Família (PERES, 2001, p. 169).

Quando a matéria referente à mudança dos registros civis começou a chegar aos Tribunais, estes faziam uma interpretação meramente gramatical da Lei dos Registros Públicos, negando a pretensão devido à ausência de previsão legal ou à

¹¹ Assim se manifestou, em 1997, o consultor jurídico do Ministério da Saúde Edelberto Luiz da Silva em matéria para o jornal **O Globo**.

ausência de erro registrário, uma vez que na ocasião do registro a real situação biológica do indivíduo havia sido devidamente apontada:

Registro Civil. Retificação de assento de nascimento. Alteração de sexo. Mutilação cirúrgica consistente na extirpação da genitália externa com a finalidade de ajustamento a tendência feminina. Persistência das características somáticas que informaram o assento. Impossibilidade de mudança de sexo para solucionar conflito do psíquico com o somático. Preliminar repelida. Sentença desconstituída. Recurso provido. (RIO GRANDE DO SUL, 1985).

Registro Civil - Assento de Nascimento - Nome - Alteração - Pretensão por transexual que se submeteu a intervenção cirúrgica de Emasculação - Inadmitido - Ausência de erro registrário que, antes, espelhou a real situação biológica do indivíduo - Rp. (SÃO PAULO, 1992).

Registro civil mudança de sexo. Transexual. Autorização judicial para ser realizada cirurgia. Extinção do feito, por impossibilidade jurídica do pedido. 1. Não tendo sido discutida a competência, não se pode cogitar do respectivo conflito. 2. Dentro dos limites da vara dos registros públicos, o pedido não tinha amparo legal, sendo caso de extinção do feito. 3. Mesmo se entendendo o comando da sentença com sentido mais amplo, o certo é que a cirurgia pretendida que não é corretiva e tem efeito mais psicológico, mesmo porque o sexo biológica e somaticamente continua sendo o mesmo, não é permitida em nosso país. Ainda que devendo o transexual ser tratado com seriedade, com acompanhamento médico desde a infância, e mesmo sabendo que em outros países essa cirurgia e realizada, não se pode autorizar a sua efetivação. 4. Impossibilidade jurídica do pedido. Inviabilidade de aplicação dos artigos 4, da Lei de Introdução ao Código Civil, e 126, do Código de Processo Civil, que não tem o alcance pretendido. 5. Decisão extintiva do feito mantida. Apelação não provida, por maioria. (RIO GRANDE DO SUL, 1996).

Sem dúvida, a lei constitui uma base segura para a sentença de acolhimento do pedido de adequação. Contudo, a não previsão de forma explícita não é suficiente para que os Tribunais recusem as novas descobertas e avanços da Medicina.

Outro argumento, já visto na doutrina, usado para embasar as decisões denegatórias é o de que os transexuais não conseguem efetivamente mudar de sexo, sendo que persistem, mesmo após a cirurgia, as características somáticas do sexo originário da pessoa. Acreditavam, também, que a mudança de sexo não era meio de solucionar o conflito psíquico do transexual.

Continuando a analisar a jurisprudência dos Tribunais vemos como se deu a evolução do pensamento dos julgadores brasileiros, o caso Rafaela serviu de paradigma para a concessão de alteração dos registros:

É preciso, inicialmente, dizer que homem e mulher pertencem a raça humana. Ninguém é superior. Sexo é uma contingência. Discriminar um homem e tão abominável como odiar um negro, um judeu, um palestino, um alemão ou um homossexual. As opções de cada pessoa, principalmente no campo sexual, hão de ser respeitadas, desde que não façam mal a terceiros. O direito a identidade pessoal é um dos direitos fundamentais da pessoa humana. A identidade pessoal e a maneira de ser, como a pessoa se realiza em sociedade, com seus atributos e defeitos, com suas características e aspirações, com sua bagagem cultural e ideológica, e o direito que tem todo o sujeito de ser ele mesmo. A identidade sexual, considerada como um dos aspectos mais importantes e complexos compreendidos dentro da identidade pessoal, forma-se em estreita conexão com uma pluralidade de direitos, como são aqueles atinentes ao livre desenvolvimento da personalidade etc., para dizer assim, ao final: se bem que não é ampla nem rica a doutrina jurídica sobre o particular, e possível comprovar que a temática não tem sido alienada para o direito vivo, quer dizer para a jurisprudência comparada. Com efeito em direito vivo tem sido buscado e correspondido e atendido pelos juizes na falta de disposições legais e expressa. No Brasil, ai está o art. 4 da lei de Introdução ao Código Civil a permitir a equidade e a busca da justiça. Por esses motivos é de ser deferido o pedido de retificação do registro civil para alteração de nome e de sexo. (Resumo) caso Rafaela. (RIO GRANDE DO SUL, 1994).

Atualmente, o entendimento predominante dos Tribunais passou a ser o de se conferir o direito a mudança dos registros, tanto no que se refere ao prenome quanto à designação sexual. O principal argumento utilizado para a concessão é o de se evitar exposição ao ridículo e aos vários constrangimentos enfrentados pelos transexuais operados e a superação da perplexidade no meio social, causada pela diferença dos registros e da condição redesignada do transexual.

Direito Civil. Cirurgia para alteração do sexo. Perícia médica. Desnecessidade. Alteração do assentamento de nascimento no registro civil. Situação vexatória. Dignidade da pessoa humana. I - não há necessidade de perícia médica se a parte juntou laudos médicos que atestam a realização da cirurgia que alterou o sexo do autos de masculino para feminino. II - é de ser deferido pedido de alteração de prenome e sexo em assento de nascimento de transexual primário, que foi submetido a cirurgia para mudança de sexo, posto que em face de sua condição atual a não modificação o expõe a vários constrangimentos, devendo serem observadas as garantias fundamentais contempladas pela carta magna, dentre elas a dignidade da pessoa humana, ex vi do art. 1, inciso III, art. 3, inciso IV, e art. 5,

inciso X. Apelações conhecidas, provida integralmente a primeira e improvida a segunda. (GOIÁS, 2004).

Apelação. Registro Civil. Transexual que se submeteu a cirurgia de mudança de sexo, postulando retificação de seu assentamento de nascimento (prenome e sexo). Adequação do registro à aparência do registrando que se impõe. Correção que evitará repetição dos inúmeros constrangimentos suportados pelo recorrente, além de contribuir para superar a perplexidade no meio social causada pelo registro atual. Precedentes do TJ/RJ. Inexistência de insegurança jurídica, pois o apelante manterá o mesmo numero do CPF. Recurso provido para determinar a alteração do prenome do autor, bem como a retificação para o sexo feminino. (RIO DE JANEIRO, 2005).

Registro Civil - Assento de nascimento - Retificação - Transexual - Requerente que se submeteu a cirurgia de genitoplastia, também conhecida como de "mudança de sexo" - Alteração de nome e sexo no assento de nascimento - Viabilidade para assegurar os direitos básicos do cidadão, evitando a sua exposição ao ridículo e perplexidade no meio social - Recurso provido. (SÃO PAULO, 2006).

D. A política do silêncio e o discurso sobre o corpo

Ora, por que toda a discussão sobre o fato de ser ou não necessária a elaboração de uma lei que regulamente a problemática transexual? Por que não seria necessária a positivação de direitos, já que a cidadania plena tem sido negada aos transexuais?

É necessário dar a esse silêncio um status explicativo, essa **política do silêncio** onde todo o dizer apaga necessariamente outros sentidos possíveis, mas indesejáveis, em uma situação discursiva, fazendo um recorte entre o que se diz e o que não se diz (ORLANDI, 1992, p.75). Quando simplesmente não se fala sobre algo, ou seja, quando se **silencia**, temos um dado importante: esquecimento, tentativa de apagamento... Diz-se **x** para não (deixar) dizer **y**, este sendo o sentido a se retirar do dito, o não dito é necessariamente excluído. Assim, funciona nesse nível o silêncio constitutivo, onde é preciso não dizer para poder dizer (ORLANDI, 1992, p.76).

Às vezes, deixar de falar é uma maneira de dizer com muito mais eloquência e eficácia. Com efeito, os transexuais não falam nos documentos, mas **são falados** por médicos e **especialistas**. Estes, por sua vez, como mediadores reduzem a transexualidade a **argumentos** da lógica médica. Eles falam dos transexuais para que eles não signifiquem fora de certos sentidos necessários para a construção de uma

sociedade determinada na qual o transexual não conta. Trata-se de construção de sentidos que servem sobretudo à instituição de uma **verdade** biológica, médica.

Um aspecto disso é que sempre que se discute a transexualidade e seus reflexos jurídicos, somos obrigados a recorrer às Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que é um saber eminentemente clínico. Portanto, o desafio que passamos a enfrentar agora é romper, de certa forma, com o olhar médico, naturalista e biológico, sobre o qual na maioria das vezes o corpo é observado, explicado, classificado e **diagnosticado**.

Corpo e sexo são, à primeira vista, indissociáveis. Mulheres e homens parecem criados como evidência de sua materialidade biológica. A representação social do ser humano investe os corpos e os define por um sexo biológico, dando-lhes um lugar e funções – esposa e mãe para as mulheres, independentes e viris para os homens – segundo valores determinados pelas significações do social, assim os corpos encontram-se implicados em relações simbólico-sociais (SWAIN, 2000, p. 47).

Mais do que um dado natural cuja materialidade nos presentifica no mundo, o corpo é uma construção sobre a qual são conferidas diferentes marcas em diferentes tempos, espaços, grupos sociais, étnicos, etc. Não é algo dado *a priori* nem mesmo universal, o corpo é suscetível a inúmeras intervenções consoante o desenvolvimento científico e tecnológico de cada cultura bem como suas Leis, seus códigos morais, as representações que se criam sobre os corpos, os discursos que sobre os quais ele se produz e reproduz. Não são, portanto, as semelhanças biológicas que o definem mas, fundamentalmente, os significados culturais e sociais que a ele se atribuem.

O corpo é também o que se diz dele, ou seja, a linguagem não apenas reflete o que existe, ela cria o existente e, em relação ao corpo, a linguagem tem o poder de nomeá-lo, classificá-lo, definir-lhe normalidades e anormalidades, instituir, por exemplo, o que é belo, jovem e saudável, estas representações não são universais nem mesmo fixas. São sempre temporárias, inconstantes e variam conforme o lugar e tempo onde este corpo circula, vive e se expressa (GOELLNER, 2003, p. 29).

Traços desenhados por valores históricos, transitórios, naturalizam-se na repetição e reaparecem fundamentados em sua própria afirmação: as representações

da **verdadeira mulher** e do **verdadeiro homem** atualizam-se na propagação do discurso social (SWAIN, 2000, p. 48). Filmes, músicas, revistas, livros e, claro, as Leis, são meios que estão, quase que o tempo todo, dizendo de nossos corpos e, por muitas vezes, de forma tão sutil que nem mesmo percebemos o quanto somos capturados e produzidos pelo que lá se diz.

Homens e mulheres são seres sexuados, cujas práticas são tidas como definidoras de seus corpos, cujas identidades são essencializadas na coerência entre o sexo e o gênero, entre um biológico tido como natural e um esquema de atribuições sociais atrelado a este natural (SWAIN, 2000, p. 49).

A história do Ocidente naturaliza as relações e funções atribuídas as mulheres e homens, recriando-as e desenvolvendo uma política de silenciamento, que apaga a diferença, o plural e o múltiplo do humano. Neste sentido, a própria noção de diferença é historicamente construída (SWAIN, 2000, p. 49).

Não devemos tomar a biologia como definidora dos lugares atribuídos aos diferentes corpos em diferentes espaços sociais, ou seja, não é pela biologia que se justificam determinadas atribuições culturais como é comum no pensamento ocidental moderno e contemporâneo na análise do corpo (GOELLNER, 2003, p. 30/31).

As sociedades modernas ocidentais criaram o que podemos chamar de **sexo verdadeiro**, enquadrando-o num contexto em que apenas a realidade do corpo e a intensidade do prazer possuem importância. Porém, no decorrer da história, essa imposição não existia, os hermafroditas, a exemplo dos transexuais, pessoas em que se sobrepõem de forma variável aos sexos masculinos e femininos, não tinham a obrigação de ter apenas um sexo, o **sexo verdadeiro** (FOUCAULT, 2004, p. 82).

Michel Foucault estudou o “como do poder” pautado por dois limites, pelas regras de direito que delimitam formalmente o poder e pelos efeitos de verdade que esse poder produz. Formando um tripé: poder, direito e verdade. Perguntou-se então quais são as regras de direito de que se utilizam as relações de poder para produzir discursos de verdade.

Esse poder institucionaliza a busca da verdade, temos de produzir a verdade, mas por outro lado, somos igualmente submetidos à verdade, no sentido que a verdade é a norma, é o discurso verdadeiro (FOUCAULT, 1999a, p. 29).

O que Michel Foucault denomina regime de verdade se instaura por meio de dispositivos de saber-poder capazes de inscrever na realidade algo que, **em si**, não existe, ou seja, é desprovida de substância ontológica – como a loucura, a delinqüência, a sexualidade: o que não existe passa a existir como efeito de discursos, práticas e saberes.

A ciência e seu bastião avançado, a biociência, são fontes de discursos, práticas e saberes que interagem com as forças presentes na sociedade — e se casam perfeitamente com as do direito. Ao transferir o discurso científico para as leis, grande parte dos profissionais do direito o faz de forma acrítica, fazendo ressoar com maior frequência, volume e destaque a voz dos cientistas, sejam eles independentes ou representantes da indústria e dos governos. Assim, uma nova camada de legitimação se acrescenta àquela que a própria ciência outorga a seus membros.

As pessoas que contam suas experiências de mudança de sexo pertencem, quase sempre, a uma realidade intensamente bissexual; onde o mal-estar ocasionado pela sua identidade sexual biológica se traduz numa vontade irresistível de pertencer ao sexo oposto (FOUCAULT, 2004, p. 89).

Retomando, o hermafroditismo não era visto como monstruosidade, que acarretava pavor e suplícios, durante muito tempo admitiu-se facilmente que o hermafrodita conservasse os dois sexos. Na Antiguidade como na Idade Média, cabia ao pai ou ao padrinho decidir, no momento do batismo, que sexo deveria ser mantido. Porém, no momento de seu casamento o hermafrodita poderia decidir se conservaria o sexo que lhe fora imposto no batismo ou se queria manter o outro sexo (FOUCAULT, 2004, p. 82). Tal solução também poderia ser adotada por transexuais que por necessidade e impulso vestiam-se e comportavam-se como sendo do sexo oposto ao seu de nascimento.

Após ter tomado uma decisão não podia o hermafrodita mudar novamente de escolha, sob pena de ser considerado sodomita, casos em que surgem as histórias de suplícios dedicados aos hermafroditas (FOUCAULT, 2004, p. 82-83).

Ressalta-se, portanto, que os castigos e punições destinados aos hermafroditas, tanto na Antiguidade como na Idade Média, destinavam-se ao fato de suas práticas sexuais se tornarem homossexuais (orientação sexual), praticando ato sexual com o mesmo sexo ao qual pertenciam no momento, e não pelo fato de terem caminhado para um sexo (identidade de gênero) que poderia não ser acompanhado pelas pessoas a sua volta.

O sexo biológico é um dado anatômico e o gênero uma construção cultural, portanto, o sexo não segue necessariamente o gênero da mesma maneira binária no espaço e no tempo. Tomado em seu limite lógico, a distinção sexo/gênero sugere uma radical descontinuidade entre os corpos sexuados e gênero culturalmente construído. A oposição sexo/gênero em um sistema binário é desconstruída por sua própria explicação pois, quando o *status* construído do gênero é teorizado como radicalmente independente do sexo, o próprio gênero torna-se um artifício livre e flutuante, com a conseqüência que homem e masculino podem tanto, adquirir significação num corpo de fêmea ou de macho, e mulher e feminino num corpo de macho tão facilmente quanto de fêmea (BUTLER, 1990, p. 6).

Com efeito, o sexo biológico tomado como dado natural, não problematizado, é o produto de um sistema de representações do mundo, de um regime de verdade que constrói a diferença ao anunciá-la.

As práticas que compõem o permitido, o pensável, o aceitável, constroem conjuntamente em seu conceito o que seriam os erros e as práticas que insultariam **a verdade**: um homem passivo, uma mulher viril, pessoas do mesmo sexo que se amam..., ou seja, um modo de fazer que não se adequa à **realidade**. Realidade construída, a heterossexualidade é arauto da divina procriação, eixo reprodutor que justifica e integra a importância dada a um certo tipo de relação sexual, a boa, a **normal** (SWAIN, 2000, p. 59).

As teorias biológicas, do séc. XVIII, é que ocasionaram a gradual recusa da idéia de se possuir dois sexos em um único corpo. Para a visão médica, não se tratava mais de reconhecer a existência de dois sexos, mas sim de se descobrir qual era o verdadeiro sexo, este que se camuflava entre caracteres do sexo oposto. Todos hermafroditas seriam sempre pseudo-hermafroditas e os transexuais pessoas

psicologicamente doentes que não aceitavam seu **verdadeiro** sexo biológico (FOUCAULT, 2004, p. 83-84).

Alguém se torna homem ou mulher na prática dos signos nos quais vivemos, escrevemos, falamos, vemos. A instituição social do casamento e seu corolário, a maternidade, aparecem como elementos constitutivos do ser mulher enquanto *locus* ideal do feminino. A heterossexualidade aparece como fundamento dos corpos **diferentes** e complementares (feminino/masculino) ligados de maneira inexorável pela **natureza** ou pela **ordem divina**. A instituição da noção de **família** restrita, de núcleo familiar constituído pela mãe, pai e filhos como base do social, completa a estreita ligação entre casamento, maternidade e heterossexualidade (SWAIN, 2000, p. 54).

Isto não significa que não existam corpos humanos sexuais, com um aparelho genital dado. O que é criado pelas redes de significação e pelas práticas sociais é a importância dada a este fator, é a significação que lhe é atribuída enquanto revelador, catalisador da essência do ser e da identidade do indivíduo. É o sexo que aparece enquanto efeito discursivo, dando forma e perfil ao feminino/masculino binário, pela atribuição de valores a certos detalhes anatômicos. Neste sentido, o que constitui o corpo, seus contornos, seus movimentos, será inteiramente material, mas a materialidade vista como o mais produtivo efeito do poder (SWAIN, 2000, p. 60).

A capacidade específica de procriação do feminino torna-se o próprio feminino. Isto faz da fêmea do humano o ser classificado como **mulher**, cuja existência se justifica pela sua capacidade de reprodução (SWAIN, 2000, p. 55). A questão que importa é: em que medida deve um corpo ser definido pela sua capacidade de procriação? Porque é pela procriação que se define o corpo?

Acabou-se com a livre escolha das pessoas, em que cabia ao indivíduo escolher seu sexo jurídico e social, para um modelo em que um **especialista** diz o sexo ao qual pertence a pessoa. A relevância moral do diagnóstico médico reside no fato de que se até a natureza pode confundir o observador para o verdadeiro sexo, os indivíduos poderiam valer-se de engodos utilizando-se de seu próprio corpo para dissimular como se fossem de outro sexo, furtando-se a **verdade** (FOUCAULT, 2004, p. 84).

Hoje a medicina reduziu muito desse pensamento, contudo a idéia de se ter apenas um verdadeiro sexo está muito longe de ser dissipada. Admite-se, como este trabalho vem mostrando, porém com muita dificuldade, a possibilidade de o indivíduo adotar um sexo que não seja biologicamente o seu. Existe a disposição de que essa possibilidade não é um grave atentado à ordem estabelecida, porém ficamos sempre incomodados e acreditamos que existe algo de errado nessa prática (FOUCAULT, 2004, p. 84/85).

Esse “algo de errado” deve ser entendido no sentido filosófico, por isso não conseguimos afastar idéias como as que nos falam que essas técnicas não passam de invenções transitórias, de qualquer forma inúteis, e que seria melhor acabar com elas (FOUCAULT, 2004, p. 85).

Presentemente, a função social da reprodução - a maternidade e o materno continuam ligados à noção do feminino: a demanda atual pelas novas tecnologias de reprodução mostra a permanência deste desejo da procriação biológica. Reproduções *in vitro* ou de inseminação artificial, a polêmica das **barrigas de aluguel** respondem a uma **necessidade** da maternidade para os casos de infertilidade (SWAIN, 2000, p. 50).

Nesta ótica, considera-se a **necessidade** da maternidade e o **instinto materno** como criações sociais que se perpetuam e aparecem enquanto evidência nos discursos e nas ações das normas heterossexuais e reprodutivas.

A imagem e os sentidos atribuídos aos corpos não são, portanto, superfícies já existentes, sobre as quais se encaixam os papéis e os valores sociais; são, ao contrário, uma invenção social, que sublinha um dado biológico cuja importância, culturalmente variável torna-se um destino natural e indispensável para a definição dos corpos. Isto significa que a materialidade do corpo existe, porém a **diferença entre os sexos** é uma atribuição de sentido dada aos corpos (SWAIN, 2000, p. 50).

A sexualidade não é fundamentalmente aquilo de que o poder tem medo, mas é, sem dúvida e antes de tudo, aquilo através do que o poder se exerce. A sexualidade é um comutador que nenhum sistema moderno de poder pode dispensar (FOUCAULT, 2000, p. 236). O gênero, isto é, a imposição de uma percepção dos

comportamentos sociais não é portanto concebido como a marca simbólica de uma diferença natural, mas como um operador de poder.

Vivemos em uma sociedade que produz e faz circular discursos que funcionam como verdade, que passam por tal e que detêm, por este motivo, poderes específicos. A produção de discursos **verdadeiros**, e que, além disso, mudam incessantemente, é o principal problema do Ocidente (FOUCAULT, 2000, p. 231).

Atualmente, no caso dos transexuais e de todos em geral, é a psicanálise, estudando o inconsciente, que promete encontrar nosso **verdadeiro sexo** e, também, por trás do sexo, as verdades mais profundas e secretas sobre nós mesmos. “No fundo do sexo, a verdade.” (FOUCAULT, 2004, p. 85).

O discurso é mais ou menos o seguinte: “Vocês têm uma sexualidade, esta sexualidade está ao mesmo tempo frustrada e muda, proibições hipócritas a reprimem. Então venham a nós, digam e mostrem tudo isto a nós, revelem seus infelizes segredos a nós...”. Este tipo de discurso é, na realidade, um formidável instrumento de controle e de poder. Ele utiliza, como sempre, o que dizem as pessoas, o que elas sentem, o que elas esperam. Ele explora a tentação de acreditar que é suficiente, para ser feliz, ultrapassar a barreira do discurso e eliminar algumas proibições. E de fato acaba depreciando e esquadrinhando os movimentos de revolta e liberação (FOUCAULT, 2000, p. 232/233).

Um exemplo do que acontece com todas as minorias, sejam elas mulheres, negros, índios, é que durante muito tempo tenta-se fixar-lhes um discurso, no caso das mulheres “vocês são apenas o seu sexo”, que acrescentavam os médicos, é frágil; no caso dos homossexuais o discurso era de “doença do instinto sexual”, libertinos e delinqüentes, o que lhes trazia a vontade de cura (FOUCAULT, 2000, p. 233/234). Já quanto aos transexuais o discurso, que é clínico, é, literalmente, que eles são “doentes da identidade sexual”, que são doentes psicológicos, mas que ainda não se descobriu melhor alternativa para cura do que a operação de redesignação sexual, discurso repetido quase sempre que se trata de transexuais.

Destes discursos vemos aparecer respostas em forma de desafio, as mulheres, juntamente com o feminismo, e os homossexuais, com o movimento *gay*, procuraram atravessar esta colonização para ir em direção a outras afirmações, quais

sejam, a não fragilidade e inferioridade do corpo feminino em comparação com o masculino, e a sensibilidade e correção de postura do homossexual em lugar da libertinagem e devassidão. Tudo isso se caracteriza por uma inversão estratégica de uma mesma vontade de **verdade** (FOUCAULT, 2000, p. 233/234) .

Foi na década de 1860 que se deu mais intensamente a busca pela identidade sexual, de tal forma que se procurava o problema do indivíduo transexual e da espécie na ordem das anomalias sexuais (FOUCAULT, 2004, p. 86).

Com o direito buscando estabelecer ou restabelecer a natureza de uma identidade sexual não reconhecida, como no caso em que se suspeita que alguém não vive conforme seu **sexo verdadeiro**, e tendo, por exemplo, se casado de modo abusivo (FOUCAULT, 2004, p. 84).

O direito é sem dúvida instrumento de propagação e afirmação dessas **verdades**. O sistema do direito e o campo judiciário são forças permanentes das relações de dominação. Segundo Foucault, o direito não deve ser estudado pelo aspecto da legitimidade a ser criada, mas sob os aspectos da sujeição que coloca em prática. Trocando o problema da soberania e obediência (criada pela necessidade de legitimidade do Estado) pela dominação e sujeição (FOUCAULT, 1999a, p. 32).

Já no século XIX até a contemporaneidade, pratica-se o poder entre um “direito de soberania”, instrumento de dominação e justificação do Estado; e uma “mecânica da disciplina”, sendo que a disciplina é alheia à lei, ela está ligada à regras naturais, que definem um código de normalização, não no campo do direito, mas no campo das ciências humanas, onde a jurisprudência é de saber clínico (FOUCAULT, 1999a, p. 41/45).

A norma é o que pode tanto se aplicar a um corpo que se quer disciplinar quanto a uma população que se quer regulamentar. Ela permite, ao mesmo tempo, controlar a disciplina dos corpos e os acontecimentos aleatórios de uma população. Estamos, para Foucault, na era do biopoder. Nela, o poder toma a vida como tema, o que significa que seus mecanismos cobrem a superfície que vai do orgânico ao biológico, do corpo à população (FOUCAULT, 1999b, p. 302).

O discurso de normalização das ciências humanas está pautado de um lado, na justaposição da organização do direito em torno da soberania e, de outro lado, na mecânica das coerções exercidas pelas disciplinas. Sendo que, cada vez mais os procedimentos de normalização colonizam os procedimentos da lei, transformando realmente nossa sociedade em uma “sociedade de normalização” (FOUCAULT, 1999a, p. 45/46). Um exemplo disso é a medicalização geral dos discursos, toda vez que uma lei traz conceitos da medicina em seu conteúdo ou requerer parecer de um **especialista**, ocorreu uma colonização da disciplina na soberania, no poder regulador.

Esta é uma fase que ainda não ocorreu em relação à transexualidade. Mas por que os discursos que as disciplinas realizam de doença, de disforia de gênero, de transtorno de identidade sexual ainda não colonizaram os procedimentos da lei?

Ora, as respostas correntes de novidade do assunto, de minoria numérica, de insignificância do assunto, não podem ser levadas a cabo, pois sabemos de inúmeras leis que tratam, por exemplo, de transgênicos (assunto recente), de direitos dos idosos (minorias numéricas num país essencialmente jovem), e como pode ser considerado um assunto insignificante se envolve direitos fundamentais das pessoas. Uma resposta mais plausível para a pergunta seria a questão de não se querer enxergar o problema e simplesmente ignorá-lo para que assim, quem saiba, o problema simplesmente desapareça.

Nas sociedades da normalização (disciplinar e reguladora), que têm na vida seu objeto de poder mais importante, o velho “direito de matar” assume uma forma bastante curiosa. A forma de se exercer o poder de matar em um sistema político centrado no biopoder é o racismo. Pelo racismo, introduz-se no domínio contínuo da vida o corte entre aquele que deve viver e aquele que deve morrer. Com o racismo, o tema da guerra das raças é inteiramente substituído pela idéia de que “a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura” (FOUCAULT, 1999b, p. 305).

A guerra assume, então, uma nova forma. Ela consistirá não somente em destruir o adversário político, mas especialmente em destruir a raça inferior. Ela consistirá ainda num meio de regenerar a própria raça, na medida em que a morte de

muitos desta raça a purificaria. E a sociedade nazista aparece, assim, como o exemplo histórico mais surpreendente de um tipo de sociedade em que o poder de matar atravessa todo o corpo social. Para Foucault, não houve sociedade mais disciplinar e mais reguladora que aquela projetada pelos nazistas (FOUCAULT, 1999b, p. 311).

Se o poder de normalização quer exercer o velho direito soberano de matar, ele tem de passar pelo racismo, entendido no sentido evolucionista da palavra, em que existe uma seleção que elimina os menos adaptados. Por tirar a vida não se entende simplesmente o assassinio direto, mas também tudo o que pode ser um assassinio indireto: o fato de expor a morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição, etc. (FOUCAULT, 1999b, p. 306/307).

E. Conclusão

A auto-representação de homens e mulheres não é, portanto, uma performance social baseada em um fundamento biológico, mas a adoção do gênero é um ato performativo, mecanismo criador do sujeito biológico nomeando-o e designando-lhe seu lugar e seu papel de gênero.

O discurso normativo desempenha um papel decisivo na legitimação de uma ordem de gênero na sociedade, porquanto aproveita do prestígio social da referência legal-racional, conferindo dignidade técnica e comportamental aos institutos e discursos do biopoder.

A regulamentação da fecundidade, as leis que decidem sobre o aborto e gerem os corpos femininos, a construção dos corpos e dos comportamentos, a noção de instinto materno, tão cara ao senso comum, a ênfase e a importância dadas à família pela lei, são também mecanismos de normalização.

Sendo assim, o direito é um poderoso instrumento de imposição de valores utilizados pelo poder e a cultura jurídica reflete este compromisso fundamental. As ideologias sociais trabalham na base dos sistemas jurídicos, contribuindo para que valores específicos de classes e grupos sociais façam uma transposição para o discurso jurídico, transformando realmente nossa sociedade em uma “sociedade de normalização”, sendo que, no caso da diferença dos gêneros os procedimentos de

normalização que colonizam os procedimentos da lei são de origem eminentemente clínica.

É através do discurso jurídico do silenciamento e do discurso clínico (realizado sobre os corpos) que a divisão binária masculino/feminino da sociedade segundo o sexo torna-se evidência e a construção desta divisão biológica, enquanto valor distintivo, não é questionada, já que “natural”. Desta maneira, o binômio sexo/gênero se traduz de maneira implícita e natural em uma sexualidade cuja capacidade para a reprodução desenha os contornos e as funções sociais de um corpo sexuado e instala, então, a imagem da verdadeira mulher e do verdadeiro homem, lócus e estratégia do poder social sobre mulheres, homossexuais e transexuais.

F. Referências bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional do Transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: **Vade mecum acadêmico de direito**. Organização por Anne Joyce Angher. São Paulo: Rideel, 2ª ed., 2005a.

_____. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os Registros Públicos e dá outras providências*. In: **Vade mecum acadêmico de direito**. Organização por Anne Joyce Angher. São Paulo: Rideel, 2ª ed., 2005b.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil*. In: **Vade mecum acadêmico de direito**. Organização por Anne Joyce Angher. São Paulo: Rideel, 2ª ed., 2005c.

BUTLER, Judith. *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of identity*. New York: Routledge, 1990, p. 6 apud SWAIN, Tania Navarro. *A invenção do corpo feminino ou a hora e a vez do nomadismo identitário*. In: _____ (org.). **Feminismos: teorias e perspectivas**. Textos de História: revista do programa de pós-graduação em história da UnB, Brasília: UnB, 2000, vol. 8, n. ½, p. 47/84.

CARVALHO, João. *Histerectomia*. **Wikipédia, a enciclopédia livre**. 16 abril 2006. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Histerectomia>>. Acesso em: 2 maio 2006.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.482/1997*. Publicada no **Diário Oficial da União** de 19.09.97 Página 20.944, Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 12 jul. 2006.

- _____. *Resolução CFM nº 1.652/2002*. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.482/97. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 12 jul. 2006.
- CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O conceito de identidade e a redesignação sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, Biblioteca de teses, 2004.
- FARINA, Roberto. *Transexualismo: Do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias*. São Paulo: Novalunar, 1982.
- FOUCAULT, Michel. *Aula de 14 de janeiro de 1976*. In: **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 1999a, p. 27-48.
- _____. *Aula de 17 de março de 1976*. In: **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 1999b, p. 283-315.
- _____. *Não ao sexo rei*. In: **Microfísica do poder**. São Paulo: Martins Fontes, ed. 15, 2000, p. 229-242.
- _____. *O verdadeiro sexo*. In: **Michel Foucault: ética, sexualidade, política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 82-91.
- FREITAS, Aline de. *Transexualidade*. **Wikipédia, a enciclopédia livre**. São Paulo, 31 maio 2006. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Transexualidade>>. Acesso em: 2 abril 2006.
- GOELLNER, Silvana Vilodre. *A produção cultural do corpo*. In: GOELLNER, Silvana Vilodre; LOURO, Guacira Lopes e NECKEL, Jane Felipe (org.). **Corpo gênero e sexualidade: um debate contemporâneo**. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.
- GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Direito Civil. Apelação Cível 200302253518. Relator: Des. Ney Teles de Paula, 1. Câmara Cível. Goiânia, 17 de agosto de 2004. **Diário de Justiça**, Goiânia, GO, 27 de setembro de 2004.
- MALVA, Thiago. *Chega de misturar letras, que coisa!* **ParouTudo.com**. Brasília, 2005. Coluna Atitude. Disponível em: <http://www.paroutudo.com/colunas/thiago/050826_thiago.htm>. Acesso em: 1º mar. 2006.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento (CID-10): Descrição clínica e diretrizes diagnósticas, F64.0*. Porto Alegre: Artes médicas, 1993.
- ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. Campinas, SP: editora da UNICAMP, 1992.
- PADÊ : estudos em filosofia, raça, gênero e direitos humanos*. Brasília, UniCEUB, 75
FACJS, Vol.1,n.1/06.ISSN 1980-8887

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, Biblioteca de teses, 2001.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Registro Civil de Nascimento. Apelação Cível 2005.001.01910, Quarta Câmara Cível. Relator: Des. Luis Felipe Salomão. Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2005. **Diário de Justiça**, Rio de Janeiro, RJ, 14 de setembro de 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Registro civil. Apelação Cível nº 85049927, Segunda Câmara Cível. Relator: Mário Rocha Lopes. Porto Alegre, RS, 19 de dezembro de 1985. **Jurisprudência TJRS**, Câmaras Cíveis , 1985, V. 1, T. 27, P. 71-76.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Registro civil. Apelação Cível nº 593110547, Terceira Câmara Cível. Relator: Luiz Gonzaga Pila Hofmeister. Porto Alegre, RS, 10 de março de 1994. **Jurisprudência TJRS**, Câmaras Cíveis , 1994, V. 2, T. 2, P. 304-312.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Registro civil. Apelação Cível nº 596103135, Terceira Câmara Cível. Relator: Tael João Selistre. Porto Alegre, RS, 12 de setembro de 1996. **Jurisprudência TJRS**, Câmaras Cíveis , 1997, V. 1, T. 16, P. 89-104.

RODRIGUES JR., Oswaldo M. *Transexualidade: quando não se é o que se sente – I. InSight Psicoterapia*. Ano VI, nº 60 - março, 1996a.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Registro civil e Assento de nascimento. Apelação Cível 172216-1. Relator: Vianna Cotrim. **Diário de Justiça da República Federativa do Brasil**, São Paulo, SP, 29 de dezembro de 1992.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Registro civil e Assento de nascimento. Apelação Cível 398.172-4/8-00. Relator: Testa Marchi, 10ª Câmara de Direito Privado. **Diário de Justiça da República Federativa do Brasil**, São Paulo, SP, 21 de abril de 2006.

SCHNEIDER, Maitê. *Identidade trans*. **ParouTudo.com**. Brasília, 2005. Coluna Atitude. Disponível em: <http://www.paroutudo.com/colunas/avulsas/050715_trans.htm>. Acesso em: 1º mar. 2006.

SILVA, Edelberto Luiz da. *Operação de transexual não fere o Código Penal*. In: **O Globo**, Rio de Janeiro: ed. Globo, 25 set. 1997.

SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e Mudança de Sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SWAIN, Tania Navarro. *A invenção do corpo feminino ou a hora e a vez do nomadismo identitário*. In: SWAIN, Tania Navarro (org.). **Feminismos: teorias e**

perspectivas. Textos de História: revista do programa de pós-graduação em história da UnB, Brasília: UnB, 2000, vol. 8, n. ½, p. 47/84.

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