

JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES

**MUDANÇA DE SEXO .  
O CRITÉRIO JURÍDICO**

(O PROBLEMA DO "PARADIGMA CORPORAL" DA  
IDENTIFICAÇÃO/IDENTIDADE SEXUAL NO REGISTO CIVIL)

COIMBRA  
1991

*Dissertação de Mestrado em  
Ciências Jurídico - Civilísticas na  
Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra*

## SIGLAS E ABREVIATURAS

(Int. IMLC )	Internacional (the) Journal of Medicine and Law
AcRC	Acordão da Relação de Coimbra
AcRE	Acordão da Relação de Évora
AcRL	Acordão da Relação de Lisboa
AcRP	Acordão da Relação do Porto
AcSTJ	Acordão do Supremo tribunal de Justiça
ARSP	Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie
B.M.J.	Boletim do Ministério da Justiça
BFDC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
B G B	Bürgerliches Gesetzbuch
Bundesgesetzblatt	Jornal Oficial da República Federal da Alemanha
C.J.	Colectânea de Jurisprudência
Cciv 66	Código Civil Português de 1966
CP 82	Código Penal Português de 1982
CPP 87	Código de Processo Penal de 1987
CRC	Código de Registo Civil
Dir. Fam. Pers.	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
FamR	Familienrechts - Zeitschrifte
For. ital.	Il Foro Italiano
Giur. ital.	Giurisprudenzia italiana
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
IJB	International Journal of Bioethics
JZ	Juristenzeitung
NDI	Novissimo Digesto Italiano
NJW	Neue Juristische Wochenschrif
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLD	Oberlandes gerich
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung

---

<b>ÖSTGB</b> .....	Österreichisches Strafgesetzbuch
<b>Ras. Dir. Civ.</b> .....	Rassegna di Diritto Civile
<b>RDE</b> .....	Revista de Direito e Economia
<b>RDES</b> .....	Revista de Direito e Estudos Sociais
<b>RDP</b> .....	Revue de Droit Publique
<b>RE</b> .....	Realenzyklopädie der class. Altertunswiss (dirigido por Pauly/ Wissowa)
<b>Rev. DP</b> .....	Revue de Droit Public.
<b>Rev. TDC</b> .....	Revue Trimestrielle de Droit Civil
<b>Rin TDPC</b> .....	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
<b>Riv. DC</b> .....	Rivista di Diritto Civile
<b>Riv. TDPC</b> .....	Rivista di Diritto e Procedura Civile
<b>StAZ</b> .....	Das Standesamt
<b>STGB</b> .....	Strafgesetzbuch
<b>SZ</b> .....	Savigny - Zeitschrift, romanist. Abt.

## INDICE

INTRODUÇÃO .....	pág. 7
<b>PARTE I - OS PRÉ - PROBLEMAS.....</b>	<b>pág. 21</b>
<b>Capítulo 1 - Subjectivismo e Direito.....</b>	<b>pág. 23</b>
1. Modernidade. Consenso. Racionalidade.....	pág. 23
2. O declínio da modernidade. O micro - jurídico à luz da teorização jurídica pós - moderna. Recontextualização do Direito. Nostalgia, tradição e inovação. Constituição, Direitos Fundamentais e biomedicina.....	pág. 30
<b>Capítulo 2 - A Sexualidade.....</b>	<b>pág. 42</b>
3. Sexualidade e alteralidade.História .....	pág. 43
3.1. Fenomenologia.....	pág. 56
4. Sexualidade e Direito: os limites de um novo paradigma.....	pág. 60
5. Corpo e liberdade .....	pág. 66
6. Identidade sexual e identificação jurídica. O registo civil .....	pág. 71
7. A autonomização da sexualidade: corpo e desejo .....	pág. 89
7.1. Direito, sexualidade, corpo.....	pág. 93
<b>Capítulo 3 - Subjectividade e determinação jurídica .....</b>	<b>pág. 96</b>
8. A esfera pública e privada: ideologia e normatividade .....	pág. 97
9. "Privacy" e sexualidade.....	pág. 109
10. Identidade pessoal e determinação jurídica.....	pág. 114
11. Os limites da identidade.....	pág. 118
 <b>PARTE II - O PROBLEMA MÉDICO</b>	
<b>Capítulo 1 - Concepção dinâmica da sexualidade .....</b>	<b>pág. 129</b>
12. O sexo como facto composto de elementos biológicos, psicológicos e jurídico sociais.....	pág. 130
12.1. Sexo e "Gender". Contradição entre desenvolvimento morfológico - genital e identificação sexual.....	pág. 134

13. Sexo e personalidade. A intersexualidade. Enumeração exemplificativa.....	pág. 136
<b>Capítulo 2 - Transexualidade e parafilias afins.....</b>	<b>pág. 145</b>
14. Terminologia. Etiologia. Dignidade. Frequência .....	pág. 146
15. Diagnóstico diferencial. Homossexualidade. Travestismo. Sadismo. Sadomasoquismo. Feticismo .....	pág. 160
<b>Capítulo 3 - A gestão clínica da transexualidade.....</b>	<b>pág. 168</b>
16. Perspectivas de uma terapia integrada. O "transexualismo verdadeiro" .....	pág. 169
17. A terapia hormonal - cirúrgica. A inserção sócio - profissional.....	pág. 176
<b>PARTE III - O PROBLEMA NORMATIVO .....</b>	<b>pág. 182</b>
<b>Capítulo 1 - A experiência história - antropológica .....</b>	<b>pág. 183</b>
18. O universo helénico. O Direito Romano: "Dominus" e "servus". casamento homossexual. Aspectos repressivos. Principado. Baixo Império. Época justinianeia. O mundo cristão. Idade Média e Direito canónico. Renascimento, Contra - Reforma, Protestantismo. O Panorama português.....	pág. 184
19. A determinação do sexo. No Direito Romano. Nos Direitos germânicos: a "Rechtsnotarordnung", de 1512; o "Codex Maximilianeus Civilis" bávaro; o código civil Saxónico; o código civil Prussiano; o "BGB".....	pág. 203
<b>Capítulo 2 - Aspectos de Direito Comparado.....</b>	<b>pág. 213</b>
20. Legiferação.....	pág. 214
20.1. Legislação Sueca de 1972 .....	pág. 216
20.2. A "transexuellengesetz" - TSG, de 1980.....	pág. 218
20.3. A Lei Holandesa de 1985.....	pág. 224
20.4. A Lei Turca de 1988 .....	pág. 228
20.5. A Legislação Italiana de 1982 .....	pág. 229
20.6. O problema na convção Europeia dos Direitos do Homem. Os casos Inglês, Belga e Francês. A aporia da legiferação.....	pág. 236

20.7. O problema nos E.U.A. Canadá. África do Sul .....	pág. 242
21. Soluções Jurisprudenciais .....	pág. 245
21.1. E.U.A.....	pág. 246
21.2. França .....	pág. 249
21.3. Espanha.....	pág. 255
21.4. Portugal .....	pág. 258
21.5. Suíça .....	pág. 262
22. Procedimentos Administrativos. Austria. Dinamarca. E.U.A. ....	pág. 263
<b>Capítulo 3 - O Critério.....</b>	<b>pág. 265</b>
23. Delimitação do problema .....	pág. 266
24. Metafísica da possibilidade. Indeterminação sexual e quali- ficação jurídica. Um paradigma corporal renovado.....	pág. 271
25. A aporia da jusiciabilidade. A tese negativa.....	pág. 280
26. A fundamentação hermeneutica normativa da mudança de sexo. O direito fundamental/subjectivo à saúde.....	pág. 285
27. A integridade psíco - física e a mudança de sexo. A ordem pública.....	pág. 314
28. O problema à luz do Direito à identidade pessoal. A identidade sexual .....	pág. 337
29. O critério médico. O juiz e o médico.....	pág. 353
30. O problema procedimental/processual da mudança de sexo. A mudança de nome. Os efeitos "ex tunc"/"ex nunc" .....	pág. 373
31. O casamento e a mudança de sexo.....	pág. 413
32. O direito internacional privado da mudança de sexo, nos casos de transexualidade .....	pág. 430

## Introdução

"A aventura científica é também uma aventura jurídica"

(LABRUSSE - RIOU, C. "Servitude, servitudes". in

L'homme la nature et le droit, Paris, 1988, pág.163)

Os trabalhos ao derredor de temas jurídico-civilísticos, maxime os estudos monográficos, raramente se confrontam com os particulares problemas emergentes da *crise interna* do direito, vale dizer da *crise de autoconcepção* da ciência do Direito,<sup>1</sup> maxime, no direito civil, com a crise do *rule-oriented model of law*.

---

<sup>1</sup> Crise esta cuja impostação se evidencia de vários modos. Prega-se o desaparecimento do direito ( STOYANOVITCH, K. *La théorie du dépeçement de l'Etat et du droit*, in Archives de Philosophie du droit, nº8, Paris, Syrey, 1963; PASUKANIS, *La théorie générale du droit et le marxisme*, Paris, 1970 ) ou o seu declínio ( RIPERT, G., *Le déclin du droit*, in Études sur la législation contemporaine, Paris, L.G.D.J., 1949 ), tudo isso como produto da *poliitização e internacionalização* dos problemas jurídico-filosóficos, a inflação legislativa e o racionalismo económico; ou, reconhece-se que o direito viu reduzida a sua própria importância e campo de actuação ( CARBONNIER, J., *L'hypothèse du non-droit*, in Archives de Philosophie du droit, nº8, Paris, Sirey, 1963 ), no confronto com as demais ciências sociais, sobretudo devido à sua metodologia face à crescente complexidade da sociedade; ou, ainda se contesta o funcionamento do poder judiciário, a contradição entre a prática e o discurso do Direito, ou seja a fundamentação da existência e eficácia do ordenamento jurídico com base em valores morais, simples caixa de ressonância de valores político-económicos, o *modus operandi* do processo contencioso, que tão só visa a composição de conflitos de interesses, diluindo a conflitualidade social numa *social engineering*, e a importância dos actos administrativos gerais, individuais/concretos e leis-medida, que superaram a importância das leis, como normas gerais ( OPPETIT, B., *L'hypothèse du déclin du droit*, in Droits, Revue Française de théorie juridique, nº 4, Paris, 1986; ATIAS, C., *Une crise de légitimité seconde*, idem, ibidem; MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, Masfero, 1976; RIGAUX, F., *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, 1975; NEVES, C., *O actual problema metodológico da realização do*



Se na paróquia jurídico-publicista se agitam ainda discussões fundamentais, tais sejam as que se concatenam com, verba gratia, a

*Direito*, in BFDC, ...; WIEACKER, F., *Nutzen und Nachteil des Szientismus in der Rechtswissenschaft*, in Fests. für ( H. Scelsky, Berlin, 1978, pág. 747 e ss.; ); ou ainda, por efeito do confronto da alienação e degradação do homem na sociedade pós-industrial, onde se postulam ingentes problemas de descoisificação e (re)humanização ( cfr. BAUDRILLARD, *A Sociedade de Consumo*, trad. port., Edições 70, pág. 98 e ss.; exaustivamente, SILVA, C., *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, 1990, pág. 14, nota nº4 ). Para já não esquecer as hodiernas discussões sobre a *contextualização do direito*, a pulverização do conceito de *sistema jurídico*, a *dispersão estrutural do Direito*, o *micro-jurídico*, o *hiper-individualismo*, no âmbito do pensamento jurídico pós-moderno, a descontinuidade conflituante entre o *mundo da vida* e os sistemas autopoieticos; discurso que vai desde a sua apreensão fenomenológica pela filosofia da consciência de HUSSERL, passando pela representação do *mundo* no seu estágio *pragmático proposicional*, suporte do indivíduo e da intersubjectividade, de WITTENGSTEIN, até à concepção de uma reserva de conhecimento, de convicções fundamentais pressupostas, que tornam possível o encontro comunicativo. O discurso, a compreensão e o consenso, em HABERMAS; cfr. LUHMANN, N., *Die Lebenswelt - nach rücksfrache mit Phänomenologen*, ARSP, 1986, n. 72, pág. 176 e ss.; HABERMAN, *Theorie des Kommunikativen Handelns*, Vol. I, pág. 107, Vol. II, pág. 208 e ss.; ALLWOOD, J., *An analysis of communicative action*, in Michael Brenner the Structures of action, oxford, 1980, pág. 168 e ss.; AARNIO, A., *the racional as reasonable. A treatise on legal justification*, Dordrecht, Reidel, *Über Gewissheit - on certainty*, ed. by G.E.M. Anscombe - G.H. von Wright, Oxford, Blacwell, 1969, pág. 21; TEUBNER, G., *Evoluzione giuridica e autopoiesi*, ( trad. ital. ), in *Sociologia del Diritto*, 1986, nº12, pág. 209 e ss.; LAUDER, K.H., *Perspectiven einer post-modernen Rechtstheorie*, in *Rechtstheorie*, 1985, nº16, pág. 383 e ss.; entre nós, SANTOS, B.S., *O Estado e o Direito na transição Pós-moderna: para um novo senso comum sobre o Poder e o Direito*, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº30, 1990, pág. 13 e ss.; PEREIRA, B., *Iluminismo e Secularização*, in *O Marquês de Pombal e o seu tempo*, Coimbra, 1982, pág. 439 e ss., idem, *Modernidade e Secularização*, ...; LINHARES, A., *Habermas e a Universalidade do Direito*, in BFDC, 1984, II ( número especial ), pág. 477 e segs., maxime 640 e ss.; LAMEGO, J., *Fundamentação material e justiça da decisão. A meta da decisão materialmente justas e os seus limites*, in *Revista Jurídica*, nº8, Outubro/Dezembro, 1986, pág. 90; NEVES, C., *O actual problema*..., cit., pág. ??; GIL, F., *Provas*, Lisboa, 1986, pág. 73 e ss. Por isso que, esta generalizada convicção da crise de autocompreensão causa um estado de preplexidade e incerteza, vulnerável, pois, a um sentimento de angústia e medo comum, após o ruir da constelação iluminística razão-domínio do mundo - liberdade - felicidade. É nesta linha que se pode afirmar a incapacidade da ciência, atentos os progressos da biomedicina, em propiciar segurança e pacificar os problemas éticos daí emergentes.

homem, na *repersonalização do direito civil*,<sup>5</sup> na instância dos homens de carne, sujeitos a debilidades, solitários, presa de necessidades e esmagados por forças económicas<sup>6</sup>, que fundamos os pontos de partida

---

*seu sentido ( Diálogo com Kelsen )*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Teixeira Ribeiro, Vol. II, Coimbra, 1979, pág. 84 e ss.

<sup>5</sup> Assim, CARVALHO, O., "Para uma teoria, ...", cit., pág.90 e ss.

<sup>6</sup> CARBONNIER, *Droit Civil*, I, Paris, 1955, pág. 129 e ss. Note-se que rejeitamos alguns postulados da antropologia ontológica, prenes de *imagem do homem* dogmatizadas, tais sejam: a) o *homo clausus*, enquanto imagem unitária de si e do mundo; b) a rigidez de uma antropologia radicada no *centralismo da essência humana*; c) a redução da personalidade ao impessoal, ao objecto em vez de sujeito; d) a cristalização da dignidade da pessoa humana, no discurso da disponibilidade/indisponibilidade de si mesmo. Na realidade, invoca-se a *autonomia da pessoa, a abertura do homem, a redução da complexidade*, através de adequação convergente de expectativas, contra o sofisticado grau de organização e funcionalização da sociedade, a planificação, a sociedade de consumo, para depois se negar qualquer relevo ao devir da identidade - identificação pessoal - sexual do homem concreto, olvidando nessa imagem fixista do homem e da sua essência, a *outra face da lua*, i. é, a *imagem do homem* como *essência* interior, solitária, porém, relacional, completamente livre e independente. Cfr., ELIAS, N., *Üben den Prozess der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische untersuchungen*, Vol. I, 1980, pág. 35, nota 85. De resto, este problema antropológico reflecte-se na metodologia das ciências sociais: *the question What is man's place in nature? is from now on paralled by the question How are the humanistics related to the natural sciences, the scientific study of man to the scientific study of nature?* ( Assim, WRIGHT, G. H. Von, *Humanism and the humanities*, in Stig KANGER / SVEN OHMAN - eds. - Philosophy and Grammar, Dordrecht, Reidel, 1981, 1-16, 6. Todavia, um ponto de partida poderá consistir na sugestão da personalidade e imagem do homem se perspectivarem desdogmatizadas, a partir das ciências da natureza, da medicina, do comportamento humano, à luz de um bem-estar psico-físico, no âmbito de uma autonomia metódico-humanista das Ciências Sociais. Sobre *mundividências antropológicas*, no campo do Direito Público e Privado, cfr. MONCADA, C., *Lições de Direito Civil*, Vol. I, 2ª Ed., Coimbra, 1954, pág. 133 e ss. ( no âmbito do antropocentrismo individualista do código civil de 1867 ); CARVALHO, O., *Critério e estrutura do Estabelecimento Comercial*, Coimbra, 1967, pág. 810 e ss.; MACHADO, B., *Antropologia, existencialismo e Direito*, Coimbra, 1965, pág. 36; CASTRO, F., *Compêndio de Derecho civil*, 3ª Ed., Madrid, 1966, Vol. I e II-1; NEVES, C., *Justiça e Direito*, in BFDC, Vol. LI, pág. 256 e ss.; idem, *A Revolução e o Direito. A situação actual da crise e o sentido no actual, processo revolucionário*, Lisboa, 176, pág. 78 e ss.; PINTO, M., *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Ed., 3ª reimpressão, Coimbra, 1989, pág. 22; FERNANDES,

concretos da investigação. Na verdade, grande parte dos pontos a defender não dispensa um enquadramento teórico-jurídico que, pese embora não constitua o *thema decidendum*, desempenha uma função de explicitação da(s) pré-compensação(ões) civilística(s) da mudança de sexo. Além de que, a opção por uma ante-problematização subjacente ao *compreender* de per se, justifica-se pelo desejo de conferir ao trabalho uma *posição* civilística autónoma, se bem que, com profundas marcas de direito constitucional judicialmente concretizado, segundo a medida do direito privado, não o onerando, no seu núcleo essencial, com discussões laterais de jaez marcadamente metafísico, sociológico, linguístico, psicológico. Ou seja, o *mundo ambiente* da mudança de sexo - subjectividade, Direito, modernidade, pós-modernidade, sexualidade, corpo, liberdade, desejo, identidade pessoal - revela-se-nos como o *prius* do *compreender* o seu critério, o que vale afirmar, ponto de partida da sua determinação. E isto é assim na medida em que se erige um postulado hermético, que se não furte ao conjunto de influências jurídicas e extrajurídicas, indelevelmente conformadoras de qualquer investigação, por que seus obstáculos epistemológicos.

Com efeito, falar de mudança de sexo e direito é abordar um tema em si mesmo revelador das implicações entre a medicina e o Direito. Nem tão pouco se desconhece a profunda influência que o progresso da biologia tem exercido sobre o direito público e privado. Permeabilidade que facilmente se intui, pois que, a sua natureza decisivamente prática impede-o de se alhear da vida, dos interesses e necessidades<sup>7</sup>. Destarte, enquanto regra de conduta, destinada a disciplinar a vida do homem em sociedade, o Direito não pode ignorar a concreta realidade que intenta conformar, na medida em que se pretenda manter apto a ajuizar proficientemente os problemas e a

---

L.A., *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, tomo I, pág. 66 e ss.; CORDEIRO, M., *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 2ª Ed. 1987, pág. 307 e ss.; MACHADO, B., *Participação, descentralização e neutralidade na constituição de 76*, Coimbra, 1982, pág. 89 e ss.; SOARES, R.E., *Direito Público, sociedade técnica*, Coimbra, 1969, pág. 46.

<sup>7</sup> Posto que, também na ciência do Direito não logra vencimento a imposição de um paradigma de razão, de matriz exclusivamente teórica, de pretensões objectivantes, no quadro de atitudes contemplativas, alheias aos agentes, motivos e intenções.

fornecer *outputs* actualizados às renovadas necessidades práticas da vida, posto que com isto se pretenda evitar uma força normativa dos factos *tout court*. Todavia, é mister dizer que as transformações jurídicas não devem operar mecanicamente, ou serem redutíveis à expressão pura e simples das transformações e evolução da ciência médica. Outrossim, importa ao Direito, nesta sede, desempenhar uma função pedagógica e reformadora. Pois que, o ritmo acelerado por que se tem pautado o processo histórico, o rápido desenvolvimento técnico e tecnológico exigem dele um renovado e variegado esforço de adaptação dos seus quadros e soluções, seja pela consagração de novos institutos e figuras, seja pela revisão de princípios e soluções que se ofereciam desajustadas, designadamente no quadro do registo civil, da filiação, do poder paternal, da adopção, do estado das pessoas e operadores processuais conexos.

Vale isto por pressupor a ainda não digerida revelação biológica que agita este nosso fim de século. Não tanto porque haja ainda muito a esperar, nesta parte, da evolução do conhecimento médico, biológico ou bioquímico, mas pelo facto de se temer pelo *homem*, por uma teoria dos direitos fundamentais no contexto do progresso biomédico. Ponto essencial é dilucidar o *Whom* e o *How*, i. é., a determinação dos titulares desses direitos e o *modus* jurídico dessa radicação subjectiva. Contudo, uma aporia se desvela, no que à análise desses direitos tange, a saber: a) a permanente reinvidicação de uma autonomia-disponibilidade total da pessoa; b) a necessidade de protecção, conformação e concordância dos direitos fundamentais perante a (des)-humanização que o processo científico propiciou.

Na verdade, a biomedicina emancipou novos direitos de personalidade, destarte, volvidos em exigências: mudança de sexo, adequação do genotipo ao fenotipo, a inseminação artificial, nas suas várias modalidades, a prévia determinação do sexo do embrião, as intervenções médico-cirúrgicas, com escopo puramente estético, a esterilização voluntária. Só que, por outro lado não pode deixar de se afirmar a relatividade e efemeridade dos resultados, a cada momento

obtidos, pois que, quotidianamente, novas *performances* supõem<sup>8</sup> novos problemas, sobrelevando, assim, o compreender dos precedentes.

Se a revolução coperniana, o evolucionismo darwinista, ou a descoberta freudiana do inconsciente, enriqueceram a compreensão da condição humana, enquanto "*locus antropologicus*"<sup>9</sup>, a medicina hodierna erigiu a natureza humana - questão pacífica nas culturas clássicas ocidentais - num processo ainda *in fieri*<sup>10</sup>, não tanto porque aglutina e desenvolve um massivo projecto de pesquisa como persegue o *telos* de um novo Poder: o controlo científico-tecnológico sobre a vida.

---

<sup>8</sup> Foi o que designadamente ocorreu em França - e, hodiernamente entre nós - com a chamada pílula do dia seguinte - RU 486 - sempre que se verifica a destruição do óvulo fecundado, conquanto ainda não implantado no colo do útero, porquanto, dessa maneira, se reproblemaliza o regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez,... cfr. REGOURD, S., *Les droits de l'homme devant les manipulations de la vie et de la mort*, in RDP, 1981, nº2, pág. 403; ROBERT, J., *La révolution biologique et génétique face aux exigences du droit*, ibi, 1984, pág. 1255 e ss.; ORNAVIN, T., *Théorie des droits de l'homme et progrès de la biologie*, in Droits, P.U.F., nº2, 1985, pág. 99 e ss.; St. JOHN - SLEVAS, N., *Life, death and the law*, Indiana University Press, Blomington, 1961, pág. 39; Colloque *Génétiq. procréation et droit*,... 1985.

<sup>9</sup> Assim, ROY, D.J., *Science, ethics and law*, in UB, 1990, Vol. I, nº1, pág. 19 e ss.

<sup>10</sup> De facto, a *Paideia*, enquanto ideário da cultura grega, processo educaconal transcendente e socializante, alimentado pela ideia da *humanitas*, ao perscrutar a concreta realização daquela matriz universal da natureza humana, servia-se da medicina, enquanto paradigma próprio, tendente à harmonia do homem com o *logos*, objectivo último da natureza humana. Daí que, esta desempenhasse a função de princípio normativo, na prática da medicina, posteriormente trazida para a metódica ético-filosófica de Platão. Ora, na *visão-do-mundo* helénica, a ciência médica contribuía menos para resolver problemas médicos, do que, através do estudo do corpo, trazer à filosofia vitais descobertas para a protagonização da tarefa de esta ir revelando a *natureza humana*, contribuindo, destarte, para aproximar o homem do ideal da *humanitas*. Cfr., JAGGER, W., *Paideia: the critics of Greek culture*, Oxford University Press, New York, 1945, Vol. I, 23 e ss.; KOCH, *Medizinrecht*, 1986; EHRARDT, H.G., *Transsexualität: medizinische, rechtliche und ethische aspekta*, in G. BUCHOLZ et alii, *Festschrift für J.F. Volrad Deneke*, 1985, pág. 272 e ss.

obtidos, pois que, quotidianamente, novas *performances* supõem<sup>8</sup> novos problemas, sobrelevando, assim, o compreender dos precedentes.

Se a revolução coperniana, o evolucionismo darwinista, ou a descoberta freudiana do inconsciente, enriqueceram a compreensão da condição humana, enquanto "*locus antropologicus*"<sup>9</sup>, a medicina hodierna erigiu a natureza humana - questão pacífica nas culturas clássicas ocidentais - num processo ainda *in fieri*<sup>10</sup>, não tanto porque aglutina e desenvolve um massivo projecto de pesquisa como persegue o *telos* de um novo Poder: o controlo científico-tecnológico sobre a vida.

---

<sup>8</sup> Foi o que designadamente ocorreu em França - e, hodiernamente entre nós - com a chamada pílula do dia seguinte - RU 486 - sempre que se verifica a destruição do óvulo fecundado, conquanto ainda não implantado no colo do útero, porquanto, dessa maneira, se reproblemaliza o regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez,... cfr. REGOURD, S., *Les droits de l'homme devant les manipulations de la vie et de la mort*, in RDP, 1981, nº2, pág. 403; ROBERT, J., *La révolution biologique et génétique face aux exigences du droit*, ivi, 1984, pág. 1255 e ss.; ORNAVIN, T., *l'histoire des droits de l'homme et progrès de la biologie*, in Droits, P.U.F., nº2, 1985, pág. 99 e ss.; St. JOHN - SLEVAS, N., *Life, death and the law*, Indiana University Press, Blomington, 1961, pág. 39; Colloque *Génétique, procréation et droit*,... 1985.

<sup>9</sup> Assim, ROY, D.J., *Science, ethics and law*, in UB, 1990, Vol. I, nº1, pág. 19 e ss.

<sup>10</sup> De facto, a *Paideia*, enquanto ideário da cultura grega, processo educacional transcendente e socializante, alimentado pela ideia da *humanitas*, ao perscrutar a concreta realização daquela matriz universal da natureza humana, servia-se da medicina, enquanto paradigma próprio, tendente à harmonia do homem com o *logos*, objectivo último da natureza humana. Daí que, esta desempenhasse a função de princípio normativo, na prática da medicina, posteriormente trazida para a metódica ético-filosófica de Platão. Ora, na *visão-do-mundo* helénica, a ciência médica contribuía menos para resolver problemas médicos, do que, através do estudo do corpo, trazer à filosofia vitais descobertas para a protagonização da tarefa de esta ir revelando a *natureza humana*, contribuindo, destarte, para aproximar o homem do ideal da *humanitas*. Cfr., JAGGER, W., *Faideia: the critics of Greek culture*, Oxford University Press, New York, 1945, Vol. I, 23 e ss.; KOCH, *Medizinrecht*, 1986; EHRARDT, H.G., *Transsexualität: medizinische, rechtliche und ethische aspekta*, in G. BUCHOLZ et alii, *Festschrift für J.F. Volrad Deneke*, 1985, pág. 272 e ss.

Vem isto para significar ter a biomedicina transformado o homem como objecto de si mesmo<sup>11</sup>, hodiernamente, um *homo faber hominis*. Após ter vencido os objectos do mundo externo, é simultaneamente parte e utente do *homo sapiens*, cuja vocação se aparta da compreensão do sentido da natureza humana, outrossim, aspira à maximização do controlo sobre si mesmo. É, de resto, o triunfo da tecnologia<sup>12</sup>, a colocar com acuidade a questão de *How are the humanities related to the natural sciences, the scientific study of man to the scientific study of nature?* ( Von WRIGHT ).

A este propósito, chamam-se, desde logo, à colação complexas e polissémicas noções como as de *natureza, mundo, homem*, campo fértil para um certo tipo de discurso, justamente, apto a denunciar as novas tecnologias do agir sobre o corpo humano, como manifestações de uma inelutável vontade de domínio, emergente de uma visão do mundo e da natureza<sup>13</sup>. Ou, em sentido inverso, pré-compreensões que tendem a conceber, também no campo da medicina, o natural como uma hipótese particular do *artificial*, isto é, sustentando que a natureza só poderá

---

<sup>11</sup> ROY, D.J., *Science, ethics...*, cit., pág. 25. Tudo se passa como se a *natureza humana*, até aqui, princípio regulativo da actividade humana, se volve-se em seu projecto. Salientando, numa visão organicista, que a ciência e a tecnologia são o ecossistema da evolução do homem, aí onde a inteligência e o organismo humanos se determinam mutuamente, cfr.: JONAS, H., *Contemporary problems in ethics from a Jewish perspective*, in JONA, H., (ed.) *Philosophic essays*, Englewood Cliffs, 1974, pág. 11.

<sup>12</sup> Que, no campo antropológico e epistemológico determinaram uma alteração radical no modo clássico de concatenação do conhecimento teórico, prático e produtivo, partindo-se do dado histórico, de que a revolução epistemológica do séc. XVII articulou o modelo da *hard science* - que distinguia *facto* e *valor* - estendendo tal processo de objectivização à vida social, a ponto de plasmar um novel modo de articulação entre *ciência* e *técnica*, uma nova subjectividade, bem distante da visão anterior, onde o sujeito era definido em relação a uma ordem cosmológica.

<sup>13</sup> Cfr., maxime no campo da procriação assistida, LEONE, S., *Per una orgánica valutazione della fecondazione artificiale*, in *Rivista di teologia morale*, 1986, nº18, pág. 97 e ss.; em geral, NIEBUHR, R., *the responsible self*, Harper & Row, New York, 1963, pág. 48 e ss.; GUARDINI, R., *La fine dell'epoca moderna*, Brescia, 1960; VALLAURI, L.L., *corso di filosofia del diritto*, cedam, Padova, cap. 5.

seguir o seu curso, se e quando este se afigure o melhor instrumento para uma qualquer finalidade humana de agir sobre o corpo<sup>14</sup>. Só que, a este propósito, esgrimem-se posições dissolventes, pois que inaceitáveis, ao derredor da *cultura tecnológica*, que conduzem à assimilação conceitual *corpo* são e *corpo* doente, na medida em que entendem se intervêm cirurgicamente num *corpo* são, para o efeito de mudança de sexo, aí onde é evidente uma alienação do substracto natural da liberdade, ao se facultar, sob a veste moderna da liberdade, a abolição de quaisquer limites e restrições, no que à disponibilidade da integralidade física contende; o que, metafisicamente, mais não corresponderia do que à necessidade de o homem se emancipar dos grilhões da religião, da sociedade e da natureza.

---

<sup>14</sup> Cfr., sobre isto, O'DONOVAN, O., *Bergotten or Made?*, Clarendon Press, Oxford, 1984, pág. 3 e ss., 19 e ss. Com efeito, se por força da separação biológica - há alguns milhões de anos - entre o homem e os restantes símios - antropóides, se transitou da biologia à cultura, i.é., se obteve a capacidade de comunicar, não só mediante meios genéticos, graças à cultura o homem adquiriu notória superioridade sobre a natureza. Todavia, a sua capacidade de controlar a biologia e a vida tem a ver, primacialmente, com uma vertente destrutiva. Ora, no quadro da biologia humana também se assistiu a transformações na estrutura genética, de todo em todo ainda para além da capacidade de controlo do homem. Não tanto porque o corpo humano possa ser objecto v.g., de intervenções cirúrgicas de mudança dos caracteres sexuais externos, outrossim porque é, pelo menos, hodiernamente, inviável alterar supervenientemente o cariotipo sexual - a matriz cromossómica. O que vale por dizer, que grande parte da biologia do corpo humano se ancora ainda em leis naturais imodificáveis porque insondáveis. Assim, o homem pode controlar o progresso cultural, mas não totalmente o biológico. Neste enfoque naturalístico, se o homem pode *controlar* culturalmente o corpo, está-lhe vedado modificar grande parte dos fenómenos bioquímicos, genéticos e biológicos dos seu corpo. Se acolá, o homem se nos revela como uma espécie que controla o ambiente, aqui confronta-se com o problema de se criar a si mesmo, qual inconsciente e determinação cultural da sua evolução biológica. E é, justamente, no controlo do *cultural* sobre o *biológico*, da passagem da *causalidade* à *intencionalidade*, transição esta revelada pelo *dever* da modernidade, que se poderão rever muitos dos pontos a defender na presente investigação. Cfr., GROBSTEIN, C., *From chance to Purpose. An appraisal of External Humam Fertilization*, London, 1981, pág. 12; YOUNG, J.Z., *An Introduction to the Study of Man*, Oxford, 1976, pág. 498; MORI, M., *La fecondazione artificiale: questioni morali nell'esperienza giuridica*, Milano, 1988, pág.2 e ss; DRLIKA, K., *L'igegnaria genetica*, Milano, 1985



Como se vê, expurgam-se, desde logo, pré-compreensões, a saber:

- a) atribuem um *privilégio* à natureza, sempre que fazem depender a liberdade e disponibilidade sobre o próprio corpo de um substrato natural, pressupondo a concepção segundo a qual, *nature knows best*.
- b) encerram e neutralizam o *natural*, enquanto *instrumentum* à disposição do homem, no quadro de uma *cultura tecnológica*.

No que fica dito, já se entrevê a complexidade e as dificuldades desta área problemática. Complexidade esta que se prende com a antinomia dos valores e interesses, a descontinuidade das impositões ético-filosóficas em jogo. De facto, a relevância normativa da mudança de sexo, projecta-se em espaços já *minados* por antinómicas visões antropológico-culturais, deontológicas, teológicas<sup>15</sup> e filosóficas, ao que acresce uma relativa falência do instrumentário técnico-doutrinal do Direito, perante o *se, o como e o depois* da adequação dos caracteres sexuais fenotípicos ao *sexo* verdadeiramente *sofrido e sentido*. Desconfortos estes que não teriam razão de ser, acaso o desfasamento entre os progressos da medicina e o respectivo enquadramento normativo (legislativo/jurisprudencial) fossem menos acentuados<sup>16</sup>.

O critério jurídico da mudança de sexo não pode assim deixar de constituir uma tentativa de averiguação da compossibilidade daquele

<sup>15</sup> No sentido antropológico-teológico, a complexidade reside na contradição entre o princípio da sacralidade da vida e do corpo humanos e o princípio da qualidade da vida humana, ou da responsabilidade pelo corpo e vida humanos. Imposição semelhante, se bem que, noutra quadrante, MORI, N., *Eunusisim: un'analisi chiarificatrice e una proposta etica*, in, Quaderni della società di letture e conversazioni scientifiche ( fasc. especial ), nº7, 1986, pág. 7 e ss.; MORI, M., *Aborto e trapianto: un'analisi filosofica degli argomenti adottati nell'etica medica cattolica recente sull'inizio e sulla fine della vita*, in Questioni di bioetica, (org. por M. MORI), Ed. Riuniti, Roma 1988, pág. 103 e ss.

<sup>16</sup> Como afirma BAUER ( cfr., ANDRADE, C., *Consentimento e acordo em Direito Penal - contributo para a Fundamentação de um paradigma dualista* - Coimbra, 1990, pág. 416 ): "Quanto maior é um progresso técnico, mais incómodo ele se torna para a medicina. Sobretudo, porque a moral, a ética e o direito acabam sempre por ficar para trás".

enquadramento normativo, à luz de valores e interesses tão conflitantes como a face do Jato do direito fundamental à integridade físico-psíquica, face ao livre desenvolvimento da personalidade; o direito de autodeterminação sobre o próprio corpo, tendo em vista a prossecução do direito à identidade pessoal-sexual, perante o direito-dever de protecção da saúde e da vida, que incumbem ao Estado, ou se radicam subjectivamente no indivíduo. O que, paralelamente, irá agitar o princípio da dignidade humana, que se exprime em todas as áreas de acção, contanto que, como ser ético-espiritual, o Homem é chamado a determinar-se e a desenvolver-se em liberdade.

O tema a abordar na presentge investigação pretende-se, fundamentalmente com o problema das relações entre o Direito, o sexo e a Medicina. O título - o critério jurídico da mudança de sexo - aponta já para o núcleo essencial da problematização a empreender: o que deve ( como e quando deve ) o Direito ser convocado a fazer perante o pedido de alteração superveniente das menções concernentes ao sexo e ao nome, constantes do assento de nascimento, sempre que, nos casos de hermafroditismo, pseudo-hermafroditismo, demais estados de intersexualidade, transexualismo ou coetâneas inexactidões, deficiências e irregularidades daqueles elementos de identificação dos registandos, a ciência certifica, seja mediante a convocação de tratamentos médico-cirúrgicos de *adequação* e *correção*, seja através da mera constatação de uma natural transformação dos caracteres fenotípicos externos ou da inexactidão material cometida na declaração de nascimento, que os indivíduos possuem sexo diverso daquele que foi inscrito ou transcrito naquele assento. Sendo este o cerne do discurso, nem por isso a impositação do problema se reconduz liminarmente ao aprofundamento do *conteúdo referencial* entre identificação - conformação psico-somática e identificação jurídica ou do *esquema relacional*, que prepassa do progresso da biomedicina e respectivo enquadramento normativo. De facto, a simples afirmação de um critério médico conformador da determinação jurídica, no que à identidade pessoal - sexual respeita, insere-se num complexo pré-problemático e problemático muito mais vasto, que vai desde as visões antinómicas na metodologia da realização do Direito e o

papel do juiz, transcendentales ao próprio Sistema Jurídico e onde, hodiernamente, se revê a formação da consciência colectiva, até à teorização filosófica antropológica e sociológica da liberdade e pessoalidade, enquadradas depois, no universo micro-jurídico da relevância da sexualidade humana, à luz da saúde e do bem estar físico-psíquico. Tudo isto - tentar-se-á - ancorado na *reconstrução* de uma ordem de valores dialógica, interpessoal e comunicativa, recebida e aferida, adequada e situadamente a partir da ordem constitucional<sup>17</sup>, que não numa ontológico-imanentista *ideia de Direito* da liberdade e da sexualidade, nem tão pouco com base em teses empírico-processuais de domínio, ou de adequação sistemática de expectativas, em termos de redução da complexidade ( justamente, v.g., a que resulta da concatenação avanço biomédico-conquista de novos espaços de liberdade juridicamente santificados ), qual pensamento tecnológico / analítico<sup>18</sup>. Pretende-se a iluminação hermênica dos pontos de partir deste trabalho, aí onde ainda seja possível surpreender uma concepção do Direito - e do direito do *thema decidendum* - orientado a valores recebidos pelo legislador constitucional e complementados - numa função de complementação / execução - pela actividade decisória judicial, mormente, naqueles ordenamentos jurídicos que não positivam explicitamente o problema da mudança de sexo, extravasada dos quadros clássicos dos casos de rectificação do registo civil, por virtude de inexactidões materiais de inscrição ou transcrição. E logo assim,

---

<sup>17</sup> Enquanto *origem densificadora e standard* ( estalão ) de comprobabilidade de critérios supra legais de valoração.

<sup>18</sup> Seguimos, neste ponto, para efeitos didácticos, a classificação mais recente de NEVES, C., *O actual problema*,..., cit., pág. 26-30. E não sem que o universo de sentido do pensamento tecnológico ( na vertente cognitivo-instrumental / teológico-funcional ) e analítico ( na sua vertente linguística ) nos ajude a perceber e solucionar alguns problemas laterais, tais como os que se prendem com a reparação entre os domínios da legalidade e da moralidade, em termos de se obstacular que o Direito - no âmbito da presente investigação - vincule sistemas globais de moralidade. Sobre isto, imprecivamente HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, nº593, pág. 1058; HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1982. Entre nós, LAMEGO, J., *Sociedade aberta e liberdade de consciência*, Lisboa, 185; GIORGI, R. di, *Wahrheit und Legitimation im Recht*, Berlim, 1980.

evitar incorrer, tanto a posições jusnaturalistas, como a posições recheadas de um qualquer subjectivismo axiológico absoluto, ou decisionismo radical.

Não se deseja, *prima facie*, ao compulsar, conquanto sucintamente, (já que para mais falta engenho e arte) certas concepções filosóficas, antropológicas e sociológicas, manifestar um vício de filosofismo, mas antes iluminar o conjunto de influências e condicionantes jurídicos e extra-jurídicos que poderão constituir as *pré-compreensões construtivas* do trabalho<sup>19</sup>, ou seja, qualquer problema jurídico depende de um objecto de conhecimento situado e relativamente vinculado à historicidade.

Por outro lado, após a indagação do critério jurídico da mudança de sexo e sua impositação na fundamentação teórico-civilista /

---

<sup>19</sup> Um pouco diferente, pois, da concepção de ESSER, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2ª Ed., Frankfurt, 1972, pág. 20, que parece colocar a recepção das visões extra-sistemáticas ao serviço de estratégias práticas sociológico-funcionais de resolução de conflitos, através da redução da complexidade. Outrossim, parte-se, com alguma cautela, que aliás CANOTILHO, G., (*Constituição dirigente*,..., cit., pág. 12, nota 10), não denuncia, da hermenéutica jurídica de GADAMER, *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 4ª Ed., Tübingen, 1975, pág. 205 e ss.), que não distinguindo compreensão, interpretação e aplicação, clama a transposição dos problemas jurídicos - mormente da compreensão das leis - para uma cadeia de mediação interpretativas (linguísticas, sociológicas, teológicas,...), a efectuar pelo tecido histórico, por forma a actualizar permanentemente o texto legal. Ora, porque não queremos pôr no mesmo plano o jurista, o historiador ou o sociólogo, posto que não aceitamos literalmente esta indiferenciação dos problemas da dogmática da interpretação jurídica, é que pretendemos tornar claro a opção (e reparação) metodológica - expositiva dos Pré-Problemas (cfr., infra, Cap. I, II e III). Já se vê que, também rejeitamos a impositação dos Pré-Problemas, isto é, dos discursos meta-dogmáticos, como estratégias de estabilização sistemática e tomamos em devida conta o aviso de KAUFMANN, A./HASSEMER, W., (*Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (org.), Heidelberg, Karlsruhe, 1977, pág. 7 e ss.), que alerta contra a *moda* de aplicação de doutrinas filosóficas e sociológicas à solução de problemas jurídico-filosóficos. Só que, além de não filosófica e sociológica ser nossa intenção curar fundamentalmente do problema jurídico filosófico da mudança de sexo, a reflexão serve, tão só de arrimo ao ponto de partida hermenéutico, por que infra enveredamos, por forma a tomar, pelo menos consciência dos obstáculos epistemológicos à metodologia *interna* de uma normal investigação.

teorético-constitucional das soluções diferenciadas de direito, atenta a variegada tipologia de situações plasmadas no campo médico ( cfr., infra, Parte II, cap. 2 ), não é despiciendo analisar e apontar soluções concernentes dos *momentos jurídicos* posteriores ao concreto reconhecimento judicial / administrativo<sup>20</sup> da mudança de sexo, a saber:

- 1 - A atribuição de efeitos jurídicos *ex tunc* / *ex nunc* à decisão judicial ou administrativa.
- 2 - A dissolução do casamento civil / canónico do indivíduo que obteve o reconhecimento jurídico de novo sexo e nome; pelo que, revelará desde logo, a descontinuidade entre os vários tipos de invalidade do casamento, maxime no direito português, e a sua dissolução por divórcio.
- 3 - A natureza da acção e as formas de processo, *de ivre constituto e constituendo*, idóneas à satisfação do *status activus processualis* dos peticionantes / requerentes.
- 4 - A sorte que ao exercício do poder e ao dever de alimentos respeita.
- 5 - As questões que derivam da eventual aplicação pelos tribunais portugueses, das leis/procedimentos administrativos, de vários ordenamentos jurídicos estrangeiros, que disciplinam a mudança de sexo, no quadro do seu Direito Internacional Privado.

---

<sup>20</sup> Ainda que pressuposta normaçoão infra-constitucional que o enquadre.

**PARTE I**  
**Os Pré-Problemas**

**Capítulo 1**  
**subjectivismo e Direito**

## Capítulo 1 - subjectivismo e Direito

1. Modernidade. Consenso. Racionalidade. 2. O declínio da modernidade. O micro - jurídico à luz da teorização jurídica pós - moderna. Recontextualização do Direito. Nostalgia, tradição e inovação. Constituição, Direitos Fundamentais e biomedicina.

### 1. Modernidade. Consenso. Racionalidade

O reconhecimento jurídico da mudança de sexo, problema ainda eminentemente civilista, também em larga medida resultado do avanço da sexologia médica, no desbravar metódico das disfunções do comportamento sexual - pelo menos, quanto ao transexualismo respeita - ao concitar, no discurso, jurídico redobrado esforço de enquadramento normativo, no quadro da *concretização* e da obtenção do Direito no caso singular, revela patente desacerto ao se compulsarem o conjunto de *soluções materialmente adquiridas* que se têm vindo a propôr. Que se negue a possibilidade de reconhecimento, a não ser nas hipóteses de erro ou inexactidão material, quando do nascimento, ou naqueles outros de hermafroditismo, nas matizes que poderá assumir, em nome da estabilidade e confiança na ordenação social, *rectius*, da imutabilidade e indisponibilidade do estado das pessoas, ou na preservação da integridade física, em nome da ordem pública e bons costumes; Que se não cumpra a *ratio veritas*, a decisão judicial, a ponto de santificar um mitigado *non liquet* e se denegar justiça<sup>21</sup>; Que se desenvolvam e protejam concretas e ilimitadas

---

<sup>21</sup> Como ocorreu em aresto recente do S.T.J., de 16-11-1988 ( B.M.J., nº 381, pág. 579 e ss. ), onde se afirma: *A transexualidade é a convicção íntima e inata da pessoa de pertencer ao outro sexo e, neste caso, a operação jamais poderá mudar o verdadeiro sexo biológico, quaisquer que sejam os métodos cirúrgicos e tratamento médicos utilizados ( ... ) e sendo a transexualidade a causa de pedir, não pode definir-se das consequências da mudança de sexo aparente, por virtude da vontade do indivíduo, ou por causa diversa da transexualidade, porque fazê-lo seria grave ostentado aos limites da actividade do juiz ( ... ) não é lícito ao Supremo Tribunal de Justiça, aqui e agora definir qual o regime jurídico para os transexuais, ou para os que voluntariamente mudam de sexo.*



expressões da liberdade, sob a veste de um direito à identidade pessoal, intimidade da vida privada e integridade físico-psíquicas, assegurando processos de comunicação intersubjectiva, à margem de qualquer controlo<sup>22</sup> jurídico-constitucional, onde se ancora o conteúdo justo do Direito e as decisões valorativas da consciência axiológico-jurídica. O certo é que, estas linhas de desenvolvimento, da abordagem do critério jurídico da mudança de sexo, se bem que num primeiro *approach*, inelutavelmente antinómicas, não resultam de impulsos imanentes ao próprio sistema jurídico. Outrossim, respondem a impulsos que, hodiernamente, já des-estruturam a formação da consciência colectiva e da realidade social e concitam a atenção da investigação antropológica, sociológica e filosofia, ao arrimo da teorização da pessoa e da liberdade.

Com efeito, *brevitas causa*, na caracterização da modernidade e seguindo, desde já um modelo Weberiano<sup>23</sup> podem detectar-se vários sinais, que têm a ver com a institucionalização do crescimento económico ( diferenciação do sistema e estabilização recíproca ), o advento e o triunfo da racionalidade final, com a consequente ruptura e perda de vinculatividade das formas tradicionais de legitimação do poder, *rectius*, as interpretações mitológicas ( des-helenização ) e a *morte de Deus* ( secularização ). Vale dizer que a um processo de desagregação dos fundamentos morais práticos dos subsistemas de acção, acresceu o fenómeno da complexidade social e da coesão dos subsistemas diferenciados. O que determinou uma miríade de esferas axiológicas: o ético, o político e o jurídico diferenciaram-se enquanto

---

<sup>22</sup> O que poderá revelar ou: a) um *deficit de controlo*, numa perspectiva estrutural-funcionalista ( UNGER, R.M., *Law in Modern Society. Towards a criticism in Social theory*, New York, 1977, pág. 192 e ss. ); b) um *deficit de legitimação*, no quadro da racionalidade normativa e/ou objectiva, daqueles que pretendem a realização do direito, revelada imediatamente pela reconstrução de uma ordem de valores geral, extra-sistemática; c) uma *irracionalidade substantiva do sistema jurídico* ( WEBER, M., *Economy and Society*, org. por Guenther Koth e Claus Witsch, Berkeley, 1978, pág. 656 ), posto que a decisão jurídica seja influenciada, *in casu*, por emoções ( piedade, compaixão,... ), ou avaliada por bases éticas ou políticas.

<sup>23</sup> WEBER, M., *Economy and Society*, cit.

sistemas de acção final. Como refere BERGER<sup>24</sup>, a experiência de um mundo *homeless*, levou os *indivíduos a constituir refúgios*, onde se sintam em casa e protegidos *contra os ventos frios do homeless*. Foi, no fundo, um social que se organizou em torno da pluralidade indiferente de indivíduos singulares, a exigir padrões, rotinas e procedimentos, no quadro de um sistema de estabilização de expectativas, de racionalidade sistémico-funcional<sup>25</sup>. Daí que, acompanhando, agora, LHUMANN, o sistema jurídico force um subsistema de acção diferenciado dos da moral e da política, inidóneo à resolução de problemas nucleares dos outros subsistemas, ou seja, os conflitos de Direito nunca poderiam ser solucionados com base em critérios políticos ou morais<sup>26</sup>; seria, antes, mister, estabelecer um sistema de normas apoiadas em sanções, que assegurasse a estabilização de expectativas, no contexto desse sistema complexo de interacção. O sistema da modernidade seria pois, autopoietico, posto que autoprocessado e autoreproduzido<sup>27</sup>, em estruturas impessoais de dominação. O que, paradoxalmente conduziu, recentemente, LHUMANN a hipostaziar esta perspectiva<sup>28</sup>, concebendo o próprio indivíduo, como *universo autoreferencial*, subsistema do sistema social, capaz de, confrontado com o estoutro

---

<sup>24</sup> BERGER, P., *the homeless mind. Modernization and conscienciousness*, Middlesex, 1981; ANDRADE, C., *Consentimento e acordo*,..., cit., pág. 19.

<sup>25</sup> LHUMANN, N., *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt, 1981, pág. 419 e ss.; LHUMANN, N., *Die Einheit des Rechtssystem*, in *Rechtstheorie*, nº14, 1983, pág. 129 e ss.

<sup>26</sup> Essa é também a opinião de Hart (*Positivism and the separation of law and morals*, in *Harvard Law Review*, nº593, pág. 1058 ), pois que, isso implicaria a já considerada irracionalidade substantiva de WEBER.

<sup>27</sup> Isto é, por intermédio das *regras secundárias*, da concepção de HART, M.L.A., *O conceito de direito*, trad. port., Lisboa, 1986, pág. 181, que ou: a) estabelecem os critérios de identificação do Direito; b) conferem poderes para se criarem *regras primárias* ( prescritivas ); c) atribuem competência aos juízes e estauem as regras de processo.

<sup>28</sup> LHUMANN, N., *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeiner theorie*, Frankfurt, 1984.

absorver e diluir os conflitos, numa palavra, reduzindo também ele a complexidade.

Outrotanto ocorreu com **HABERMAS** que, numa postura crítica, reage contra a subordinação do *mundo da vida* a sistemas de acção organizados de modo formal, em termos de racionalidade cognitivo-instrumental (a "techne")<sup>29</sup>, postulando uma ideia alargada e racionalidade, a não prescindir dos agentes, dos motivos e das razões: a acção comunicativa. Se esta representava um recíproco entendimento e o interesse prático em prosseguir uma intersubjectividade, a acção instrumental assegurava um interesse prático na maximização da eficiência.

Ao que acrescem as críticas *liberais e radicais*, sobre a teoria do sistema, as interpretações sociológicas do Direito e antropológico-filosóficas, pondo em destaque uma hiperbolização da personalidade, enquanto integridade e continuidade moral e psíquica, unidade de acção que a si mesma se orienta, representa e reconhece. São, no fundo as

---

<sup>29</sup> Habermas, de resto, movido por preocupações antropológicas e de reconstrução do materialismo histórico, pretendeu destruir a obnubilção dos fundamentos morais práticos da acção pela autosubsistência dos sistemas de acção final-racional, onde já não se equacionam meios-fins, antes preside uma lógica de símbolos e interacção, a propiciar uma reciprocidade do ego e alter-ego, que não já a extremação sujeito-objecto. Ao pretender revelar o horizonte de sentido da sua teoria materialista do conhecimento, tenta problematizar *universalmente* o direito, através das dimensões linguística, cognitiva, interactiva, num processo de desenvolvimento do ego - a emergência da personalidade como unidade de sentido - a apontar para núcleos de compreensibilidade, sinceridade, verdade e adequação normativa. Se o desenvolvimento das forças produtivas depende do conhecimento técnico, o sistema de interacção social ( a institucionalização juridico-moral ) leva ínsito um conhecimento prático-ético. O fechamento desta problematização universal, é testado face às duas pretensões universais de validade plasmadas na verdade das preposições e justeza das normas. Sobre isto, cfr. **LINHARES, A.**, *Habermas e a universalidade*,..., cit., pág. 491, 530, 584. **ALLWOOD, J.**, *An Analysis of communicative Action*, org. por Michael Brenner, the structure of action, 1980, pág. 168 e ss. **BLEICHER, J.**, *Contemporary hermeneutics: hermeneutics as method, philosophy and critique*, London,, 1980; **FERRY, J.M.**, *Habermas: l'ethique de la communication*, Paris, 1987; **HABERMAS, J.**, *theorie*,..., cit., Vol. I, pág. 13, 152; **KELLER, P.**, *Verstehen und Erklären und Erklären menschlichen Handelns und das Problem der Rationalität*, in ARSP, 1979, pág. 59 e ss.

propostas de SCHELSKY<sup>30</sup> - que oferece uma análise funcional pessoal, em que a pessoa e a liberdade aparecem como objectivos últimos, perante as exigências sistémico-universais - MAIHOFER, a projectar a pessoa com a dignidade de destinatário final do Direito - NATURANA/VARELA<sup>31</sup> e quejandos, a apontar para uma construção autoreferente da identidade, que ultrapassou as imposições da primeira modernidade, estas últimas a plasmarem uma dissolução da individualidade pessoal no contexto da sociedade moderna.

Ou seja: pistas que ao colocarem o indivíduo no centro da sociedade, implicam que toda a disfuncionalidade psico-somática que afectem o bem-estar da pessoa, atinga toda a sociedade, que não em termos de indeterminações linguísticas tais como moralidade, ordem pública, fazendo-a reagir, através do sub-sistema jurídico, se, quando e por que se lese a saúde da pessoa.

Por outro lado, naturais preocupações, igualmente, se sentem quanto à legitimação da ciência prática que é o Direito, o que passa pela averiguação das características do raciocínio prático, pelos índices de racionalidade das opiniões ou acções correspondentes à maior ou menor densidade da sua fundamentação. E aqui, rejeitam-se as ideias de correspondência entre os enunciados normativos e a realidade axiológica, como ideia de referente último, que dá sentido ( verdade -> racionalidade ) ao Direito<sup>32</sup>, e bem assim o esforço metodológico que

---

30 *Systemfunktionaler, antropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie*, in, *Funktion des Rechts*, pág. 37 e ss.

31 *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*, in *Jarbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1970, pág. 11 e ss. *Autopoiesis and cognition. The realization of the living*, Boston, London, 1980, pág. 26: "( ... ) quando um ser humano escolhe um particular modo de vida, expresso na realização de um particular sistema de relações sociais, ele faz uma escolha ética fundamental, através da qual valida um mundo para ele próprio e para aqueles que, explícita ou implicitamente aceitou, como companheiros na sua vida ( ... )", apontando limites às exigências sistémico-funcionais, que impendem sobre o indivíduo, por forma a obviar ao perigo da destruição da plasticidade básica individual, fonte do consenso, da linguagem, e da cultura.

32 Qual *natural model* ou pré-existência de valores em sentido ontológico, cfr., DWORKIN, R., *Justice and Rights*, in *taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977, pág. 150 e ss.

teitou superar o abismo kantiano entre *ser* ( *is* ) e *dever-ser* ( *ought* ), apreendido por KAUFMANN<sup>33</sup>, problematizando-se, sim, o discurso do primado antropológico da praxis, apoiado por uma smântica diferenciada ("linguistic turn") - problema lógico-linguístico - que contraponha a lógica deôntica ( proposições práticas-prescriptivas ) à lógica apofântica ( proposições descritas, *lógica de valores-de-verdade* ), mas que possibilite uma argumentação racional sobre normas e valores, mediatizados pelo consenso, numa sociedade aberta, isto é, buscando arrimo numa teoria da Argumentação Jurídica<sup>34</sup>, no fundo, uma *legitimação pelo consenso*, mesmo no quadro da fundamentação das decisões judiciais<sup>35</sup>.

Daí que, também a ideia de liberdade não vá definida negativamente, como ausência de interferência, antes como consecução de condições de emancipação e criação de amplos espaços, ainda que se perspectivem os indivíduos de modo atomístico ( no quadro de estratégias utilitaristas de estabilização ). O dilema da liberdade positiva

33 KAUFMAN, A., *Die Ontologische Begründung des Rechts*, ( org. ), Darmstat, 1965. E já anteriormente por ESSER ( *Grundsatz und norm*,...., cit. ). Ainda, hoje, por CANARIS, *Systemdenken*,...., cit., 2ª Ed., 1983 e entre nós, por NEVES, C., ( v.g., em *o actual problema*,...., cit., pág. 13, 43-44, 54-55, 57 ), e LINHARES, A., *HABERMAS*,...., cit. págs. 647, nas objecções que coloca ao *critério de fundamentação* de Habermas. Cfr., infra, nota 60.

34 Quer ela vá no sentido do *reflective equilibrium* de Rawls ( *A theory of Justice*, Cambridge, 1977, pág. 48 ), do *justo comum*, da escolha dos princípios éticos, de acordo com a sua testada consistência, nas convicções dos homens, ou de uma teoria consensual ou pragmática de verdade de Habermas ( *Wahrheitstheorien*, in *Wirklichkeit und Reflexion: Walter Schulz zum 60. Geburtstag*, Pfullingen, Neske, 1973, pág. 211 e ss. ), que atribui verdade a um enunciado. Cfr., ainda MacComick, N., *Legal Reasoning and Legal theory*, Oxford, 1978, pág. 103; ALEXY, O., *theorie der Justischen Argumentation*, Frankfurt, 1978, pág. 273 e ss.; KITSCHOLT, H., *Moralisches Argumentieren und Sozialtheorie*, in ARSP, 1980, pág. 391 e ss.; KLAMI, H.T., *Legal Justification and control: Sociological Aspects of Philosophy*, in, *Law and Philosophy*, 4, ( 2 ), 1985, pág. 199 e ss.

35 Não cabe, pois, defender, as doutrinas ( inspiradas em Parsons ), marcadamente sistémico-funcionais, ao pretenderem *economizar o consenso*, dispensando-o, posto que, o sub-sistema do Direito devesse, sim absorver conflitos, reduzindo a complexidade: a *legitimação pelo procedimento*.

corre sempre que se pretenda compatibilizar a liberdade situada com a liberdade absoluta, pródromo da utopia. Ora, uma das vias de compromisso poderia passar pela institucionalização juridico-política do *consenso racional* ( ao invés do consenso contingente estrutural-funcionalista ), através da participação na interacção social - na sua dinâmica material-cultural de concretização histórica e antecipação regulativa - supondo o estabelecimento, pactuado constitucionalmente, das condições limitativas da liberdade<sup>35-A</sup>.

---

35-A É assim, talvez numa *comunidade de comunicação* ( Assim, MACHADO, B., *Introdução ao Direito e ao Discurso legitimador*, Coimbra, 1983, pág. 276 e ss. ), na *imagem aberta de homem*, na sua consciência subjectiva e objectiva, recebida pela constituição, num quadro de sentido e actualista, que teremos de surpreender os valores que assegurem a liberdade ( i.é., a liberdade e autodeterminação sexual ) e a autonomia da valoração do ser humano cultural e concreto.

2. O declínio da modernidade. O micro - jurídico à luz da teorização jurídica pós - moderna. Recontextualização do Direito. Nostalgia, tradição e inovação. Constituição, Direitos Fundamentais e biomedicina.

O que atrás se avançou não tolhe as opiniões mais radicais da contra-modernidade do Subjectivismo e das linhas de evolução histórica da ruptura do *homo divisus*, levando-nos a equacionar os equilíbrios das forças da modernidade e da pós-modernidade.

Na verdade, a ambiguidade, que é própria do mundo pós-moderno, revela-se pela tentativa de recuperar e guardar o passado, tanto quanto se tentar projectar para o futuro. Aquilo que se afigura novo é, afinal, a reciclagem da riqueza problemática das origens perdidas. O pós-moderno tende a acentuar as dicotomias para delas colher a sua vitalidade.

A recente contraposição entre *sistemas autopoieticos* e mundo da vida<sup>36</sup> chamou, desde logo, a atenção para as antinómicas visões deste último<sup>37</sup>. Por conseguinte, não obstante o profundo fosso que separa aquelas *visões do mundo*, nenhuma delas parece enveredar por novas pré-compreensões de um novo horizonte constitutivo de sentido. Com elas, segundo alguns<sup>38</sup>, mais não se tenta do que recuperar a unidade perdida no processo de evolução - desde Savigny<sup>39</sup> - do conceito de

---

<sup>36</sup> Cfr., LUHMANN, N., *Die Lebenswelt - nach Rücksprache*,..., cit., pág. 176-194.

<sup>37</sup> Vide, supra, nota 1, in fine.

<sup>38</sup> Cfr., AARNIO, *the Rational as Reasonable*,..., cit. pág. 230-236.

<sup>39</sup> DUFOUR, A., *La theorie des sources du droit dan l'ecole du droit historique*, in *Archives de Philosophie du droit*, 1982, nº25, pág. 97; SCHÜTZ, T. / LUCKMANN, *Strukturen der lebenswelt*, Frankfurt, 1979, pág. 29; HABERNAS, J., *theorie des Kommunikativen*,..., cit., Vol. II, pág. 587 e ss. Se, por um lado em Savigny o Direito - talqualmente a língua e os costumes - comparticipa da energia e actividade do *Povo*, sem que daqueles elementos exista em separado, por outro lado, afirma a sua posição *per se stante* (*selbsträndiges Daseyn*), pois só através da ciência o Direito adquire a sua identidade sub-sistémica (SAVIGNY,

sistema jurídico. Vem isto para afirmar o escasso significado, para alguns, de que hoje se reveste no âmbito do pensamento jurídico o regresso ao *mundo da vida*, justamente, na altura, em que o pensamento sistémico-funcional logrou a sua completa autosuficiência e circularidade<sup>40</sup>. De facto, a problemática do sistema jurídico vai hoje trilhando uma direcção que não é, certamente, aquela dos sistemas autopoieticos<sup>41</sup>. E nem se trata da constatação de que, para o pensamento jurídico, o *sistema* carece de jaez fundante, servindo tão só como legitimação - fundamentação material judicativa do caso concreto<sup>42</sup>. As hodiernas condições do pensamento jurídico impedem a

---

*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* ( 1814 ), pág. 8 ). Pelo que, são aqui patentes processos cognitivos que advinham a consequente passagem da *observação* à *auto-observação*: o Direito *auto-processa-se* tão só através dos elementos que o compõem, segundo mecanismos de auto-referência proficiados pela ciência. Já se entrevê, que de Savigny a Kelsen, este é um dado constante na história do pensamento jurídico. Só quando o sistema jurídico não conseguiu assegurar este papel de auto-fecundação, porquanto a montante daquele sistema axiomático, se erigiu o modelo de *sistema circular*, sem princípio ou fim, com a consequente crise de legitimidade, é que é mister falar da debilidade do *mundo da vida*. Pois que, a necessidade de verdade - fundamentação tão só se coadunaria com aquela fase de transição do *indiferenciado* para a complexidade, diferenciação, segmentação e impessoalidade ( *secularização* ). Daí que, como hodiernamente o *sistema jurídico* não se coloraria em relação ao seu *ambiente*, em termos de se justificar ou aí lograr a sua validade, posto que tal desiderato seria de todo irrelevante ao dinamismo interno do sistema, a ponto de este se tornar o novo horizonte da pré-compreensão constitutiva, conviria afirmar com Wittgenstein que pouco relevariam os singulares axiomas, outrossim um sistema no qual as causas e as consequências se sustentavam reciprocamente ("Über Gewissheit, ...", cit., pág.21)

<sup>40</sup> Vejam-se as recentes propostas de LHUMANN ("*Soziale Systeme*, ...", cit.; no qual é a própria pessoa que emerge como sistema autoreferente)

<sup>41</sup> Assim, KRAWIETZ W, "*Razionalità del Diritto e Teoria dei Sistemi*" in Teoria dei Sistemi e Razionalità Sociale, org. por E.M.FORNI, Bologna, 1986, pág.101 e ss.

<sup>42</sup> Âmbito no qual avultam as propostas da teoria da Argumentação Jurídica voltada para os ideais de Justiça da decisão, de ALEXY.R. ("*Problems of Discourse Theory*", in crítica, nº20, pág.43 e ss.; idem, "*Theory of Legal Argumentation*", Oxford, Ed. de 1989 (trad. de R. ADLER e N. MacCORMICK), pág.177, HABERMA S., J., ("*Theorie des Kommunikativen*, ...", cit., vol. I, pág. 62; idem, "*Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?*", in Kritische Justiz, 1987, nº20, pág. 1



construção de um sistema unitário, talqualmente a dogmática tradicional o configurou, facultando, unicamente, a produção de micro-sistemas que em pequena escala, reproduzem e sustentam a estrutura dogmática tradicional. É verdade que tal asserção não é inteiramente verdadeira, pois que a sua unidade ainda se pode referir a um núcleo estável de princípios regulativos - pelo menos, para as perspectivas ontológico-immanentistas<sup>43</sup>. Só que isso representa bem pouco para continuar a esgrimir o conceito tradicional de sistema. A dualidade *sistema objetivo*, *sistema cognitivo*, representou uma *capitis diminutio* para este último, ao deixar de abarcar todo o mundo do Direito, posto

---

e ss.), MacCORMICK, N. ("*Legal Reasoning, ...*", cit., pág.272) e KRIELE, M. ("*Recht und praktische Vernunft*", Göttingen, 1978, pág.34) e, mais recentemente ALEXY ("*On necessary Relations Between Law and Morality*", in *Ratio Juris*, nº2, July, 1989, pág.167 e ss.). Noutras barricadas, encontram-se aqueles que, ao arrimo da "irracionalidade substantiva", sugerem uma forma "discricionária" - técnica, de administração da Justiça [ POUND, "*Mechanical Jurisprudence*", in *Columbia Law Review*, 1980, nº8, pois que R (rule) x E (facts) = D (Decision), ou RAZ, J. ("*The Institutional Nature of Law*", in *Raz, The Authority of Law*, Oxford, 1979, pág.103 e ss.), que hipotisa modelos carismáticos de resolução de conflitos], ou um "modelo integrativo" de decisão (ESSER, "*Vor Verständnis und Methoden Wahl, ...*", cit., pág.137, com um "processo de justificação" - "justificação externa" - e "processo de descoberta" - "justificação interna", por forma a se lograr a razoabilidade e aceitabilidade das decisões); um modelo sinéptico de FIKENTSCHER ("*Synepeik und eine synepeische Definition des Rechts, Entstehung und Wandel rechtlicher traditione*", 1980, pág.53 e ss.), em que a realização do Direito no "ius dictum", antes de se esgotar na decisão, conduz, num juízo de prognose, à determinação das suas consequências, esgrimindo-se com a "Fallnorm"(norma do caso concreto), síntese metodológico - normativa entre a norma e o caso, a prespectivar já o carácter analógico da decisão jurídica concreta, assumido já por KAUFMANN, A. (e mais moderadamente por BRONZE, P. "A metodonomologia, ...", cit., pág...); e nem sequer autores com NEVES, C. ("*o actual problema, ...*", cit., pág.54), a postular a dimensão problemática "que abre continuamente o sistema e só ela permite uma realização adequada e justa (...) da juridicidade", vendo a norma como o eixo de um processo metodológico complexo, que a transcende pela intesão normativo - jurídica fundamentante do sistema, se conseguem apartar de um modelo integrativo da concreta decisão jurídica que, conquanto autónomo e aberto, dificilmente recusará também uma outra postura auto poética.

<sup>43</sup> Para a construção de um sistema jurídico fundado em princípios, cfr., CANARIS, "*Systemdenken, ...*", cit., pág.50 - 51.

que é tão só dele uma reconstrução fragmentária. Daí que, o *Sistema Jurídico* stricto sensu, revela-nos, tão só, um fragmento do Direito. À unidade e unicidade do sistema sobreleva uma *pluralidade de sistemas*, face a objectivos particulares e variegados métodos de reconstrução<sup>44</sup>. De todo em todo é, pelo menos, duvidoso que se não reconheça assumir a estrutura do Direito uma matriz mais complexa de conexões, do que aquela que emerge de uma *cadeia* entre o caso, a norma, os princípios regulativos (e, eventualmente, para alguns, o último nível da consciência axiológico jurídica). Acresce que, deste modo, o sistema se vê privado de um valor supremo<sup>45</sup>, com a consequência de os seus elementos se perspectivarem numa lógica complexa de descontinuidade (associação-dissociação) de diverso grau. Assim, atenta a multiplicidade dos sistemas, ou, nenhum deles é fundamentante, ou, se o sistema jurídico é globalmente unívoco, jamais conferirá validade ao *quid* especificamente jurídico. Ou seja: direito sem sistemas ou sistema sem direito, é paradoxalmente, o estado de coisas da actual ciência jurídica<sup>46</sup>. Se se entender o sistema jurídico "*lato sensu*", o que se

---

44 Aí onde também se utiliza a expressão "*poli - sistema*" para esforço de reconstrução de sentido do sistema jurídico cfr., IRTI, N., "*L'età della decodificazione*", Milano, Giufre', 1979, pág.72.

45 Cfr., KRAWIETZ, W. "*Identität oder Einheit des Rechtssystem? Grund lagem, ...*", cit., pág.269, 276 - 277.

46 De facto, acaso se entenda o sistema jurídico na óptica tradicional - i.e., num quadro de homogeneidade de elementos, seja positivista ou jusnaturalisticamente e bem assim ontológico - imanentemente - como vimos já se não pode falar de um sistema único, antes de uma miríade de nucleos sistemáticos, sem que nenhum deles possa assegurar a re - compreensão total do universo da juridicidade. Se alguns são jurídicos, tão pouco se vislumbra um critério geral de identificação do que é "juridico". O que aliás tem um campo de aplicação nas concepções realistas norte americanas de aplicação da justiça por "*pressentimento*" ("*hunch*"), ou por inclinações afectivas, emocionais, políticas ou ideológicas (HUTCHENSON, "*The judgment intuitive: The junction of the hunch in judicial devision*", 14, Cornell Law Universsity, 1924, pág. 274 e até mesmo em ISAY, "*Rechtsnorm und Entscheidung*", 1929, pág.56). Até porque o apelo aos princípios jurídicos não seria decisivo, não só pela dificuldade de deles extrair valorações consistentes, enquanto "*pauas jurídicas de*

ganha com a unicidade do sistema, é compensado pela perda de certeza da sua juridicidade, ou então terá de se renunciar a esta "sistemática fraca" e assumir o rigor da juridicidade interna, que os microsistemas podem propiciar. Até porque, se deve reconhecer que os mecanismos dos sistemas autopoieticos - mesmo na vertente, hodiernamente proposta por LHUMANN, são limitados<sup>47</sup>, face à descontextualização do Direito, operada pela ciência Jurídica, importando outrossim, controlar os "contextos estruturais", por onde o Direito anda disperso<sup>48</sup>. Ora, isto passará por dilucidar o sujeito desta "interlegalidade", do "pluralismo jurídico", que não pode deixar de ser um "sujeito de subjectividades"<sup>49</sup> - na família, nas relações de trabalho, nas relações de cidadania e mundialidade. Pelo que, se posterga decisivamente o "holismo sistemático"<sup>50</sup> das interpretações organicistas da Sociedade - fiéis à tradição idealista da Filosofia - em homenagem à acção concreta individual, e ao regresso das "boas razões" do individualismo

---

regulação", mas sobretudo porque os princípios não serão o critério de distinção entre o jurídico e o não jurídico. O acento tónico incidiria, destarte, para alguns, na dimensão institucional do Direito, que não já de um institucionalismo dominado pelo Direito Público, antes construído ao redor do conceito de "facto institucional" (SEARLE), onde regras jurídicas e "praxes sociais" se concatenam incidivelmente; cfr. - MacCORMICK, N./WEIBERGER, O., "An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism", Dordrecht, Reidel, 1986.

<sup>47</sup> Esgrime-se hoje, de facto, com uma teoria da co - evolução dos sistemas autopoieticos, no sentido de conjugar a internalização dos diversos sistemas com o "ambiente", as "representações externas"; cfr., TEUBNER, "Evoluzione giuridica e autopoiesi" (trad. Ital.), in "Sociologia del Diritto", 1986, pág. 209. O que se compreende, atenta a desagregação do universo sistémico, na qual se move hoje a ciência (sociológica) do Direito.

<sup>48</sup> Para as noções de "dispersão estrutural", "pluralismo jurídico", "interlegalidade", cfr., Santos, B.S., "O Estado e o Direito na transição pós - moderna, ...", cit. pág. 31 e ss.

<sup>49</sup> Santos, B.S., "O Estado, ...", cit., pág. 36

<sup>50</sup> Etimologicamente, do grego "hólon": todo, organismo, universo.

metodológico, aí onde a outra é ponto de encontro dos vários sub-sistemas sociais<sup>51</sup>.

Vale isto por dizer que, a crise do "sistema jurídico" e da sua função histórica marca, hoje, a revalorização de problemáticas justamente, sacrificadas pelo formalismo dogmático. Não é por acaso que o problema da interpretação jurídica na sua dimensão hermeneutica se alça a questão de relevante jaez por força de um outro "Thelos": a decisão do particular problema de direito, (cfr., supra, nota nº42), o reencontro do "justo" in casu. Por isso, o escopo da ciência jurídica é, justamente, aquele que passa por seleccionar processos racionais de decisão, que não em construir sistemas.

Na verdade, o saber pragmático por que "conhece" a situação concreta, estará mais apto a entender a interpretação jurídica como "argumentação vinculada ao problema"<sup>52</sup>, ao invés do que ocorre no "saber técnico", guiado pela lógica do sacrifício e da redução.

---

<sup>51</sup> Diferentemente, Santos, B., S., "O Estado , ...", cit., pág. 37, propõe o "colectivismo da subjectividade", como uma das vias possíveis de construção de uma nova teoria da subjectividade jurídica, apta a reconhecer sujeitos colectivos de direito: trabalhadores, mulheres, consumidores, ... o que poderia conduzir a um outro modelo de racionalidade jurídica: móvel/evolutiva, elástica/débil, cfr., DELMAS, M/MARTY, "Un nouvelle usage des droits de l'homme", in Ethique medicale et droits de l'homme, Arles, 1988, pág. 314.

<sup>52</sup> cfr., WIEACHER, "Zur praktischen Leistungen der Rechtsdogmatik", in Hermeneutik und Dialektik II, Festschrift für H.G. GADAMER, tübingen, 1970, pág. 311 e ss. Reflexão identica prespassa, já há duas décadas, na Filosofia da Linguagem, na tematização do objectivo da linguagem como reflexão sobre as condições linguísticas da possibilidade de conhecimento. É que também nesta sede, a tematização da situação comunicativa e o processo de produção - utilização dos enunciados no discurso, depende da consideração da dimensão pragmática do enunciado, do "contexto situacional" - bem distante dos postulados da filosofia transcendental classica ou das primícias da filosofia - da intersubjectividade do sistema de referência, no contexto do qual se objectiva a análise do mundo exterior. cfr., RORTY, R., "The linguistic turn" (org.), 2ª ed., Chigago/London, 1968; GADAMER, "Wahrheit und Methode, ...", cit., HABERMAS, J., "Zur logik der Sozialwissenschaften", Frankfurt, Surkamp, 1970, pág. 220; idem, "Was heisst universal pragmatik", in K.O. APEL (org.) Sprachpragmatik und Philosophie, Frankfurt, Surkamp, 1976, pág. 174 e ss; entre nós, SILVA, V.M., "competência linguística e competência literária", Coimbra 1977, pág. 79, e ss.

A crescente revitalização da teoria da Argumentação Jurídica<sup>53</sup>, a substituição do problema da "fundamentação" pelo da "justificação" - enquanto utilização de argumentos que um ponto de vista normativos são aceitáveis - a assunção do ponto de vista antropológico<sup>54</sup>, são sinais visíveis e permanentes da abertura, também no mundo do Direito, ao saber pragmático.

Note-se, por outro lado, que as observações precedentes não pretendem fazer eco da clássica lógica da emancipação, pois que, a via láctea iluminista "*razão - domínio do mundo - liberdade - felicidade*", já não funciona, na medida em que deu lugar ao medo e à incerteza de uma ciência, que ainda não conseguiu solucionar os problemas éticos da humanidade. Ora, não se pode afirmar, hoje, a existência de um qualquer saber comum, qual "*Paideia*" dos tempos da pós - modernidade, por que des - helenizada. Resta o medo, o "*medo comum*", a mais solidária e individual das paixões, a problematizar a própria vida humana. Só que, esta autocompressão do homem tem hoje uma outra face, justamente, aquela da riqueza e plasticidade da vida humana, que constitui hoje, o irrenunciável lastro da praxis humana, face ao oceano da desordem e da desestruturação. Ao medo sobrepõe-se a abertura, a plasticidade da experiência humana.

Se por um lado, a institucionalização de mecanismos de redução da complexidade e absorção de conflitos penalizam a plasticidade, por outro, a consideração de instâncias éticas, idóneas à mediação das esferas de acção humana, revelam ainda um "*deficit de legitimação*", face à fluidez e efemeridade das relações inter - subjectivas.

---

O que, v.g., nos fará, infra, rejeitar a desconsideração do acontecer histórico - social - científico, perante o fenómeno jurídico linguístico, face ao vocábulo "*sexo*".

<sup>53</sup> ALEXY, R., "*Theorie, ...*", 2ª ed.; MacCORMICK, N., "*Legal Reasoning, ...*", cit, 1978; LAMEGO, J., "*Hermenêutica e Jurisprudência*", in Revista Jurídica, nº6, Abril/Junho, 1986, pág.61 e ss.; PERELMAN, C., "*Justice and Justification*", in Perelman, Justice, Law and Argument, Essays on Moral and legal Reasoning, Dordrecht, Reidel, 1980, pág.55 e ss.

<sup>54</sup> cfr., BROEKMAN, J.M., "*Law, antropology and epistemology*", in Man Law and Modern Forms of Live, (org.) E. Bulygin/NIINILVOTO, Dorderecht, Reidel, 1985, pág.15 e ss.

Tem razão LHUMANN<sup>55</sup> quando afirma que "os sólidos pilares da moral apoiam-se em fundações movediças", porquanto o seu sentido rapidamente se transmuda, não só por efeito da evolução social, mas também por causa da diferente posição do homem perante o mundo. E, nesta óptica, até o consenso<sup>56</sup> poderia ser visto como forma de legitimação das restrições a impor às teses impírico - processuais e sistémico - funcionais de domínio.

Daí que, também ao arrimo de uma teoria normativa da ética, se possa prescindir do "povo" de Savigny, da cultura, da tradição e da História, que não do "indivíduo". É na indagação de uma identidade pessoal, com base naquela teoria e na maximização das formas de racionalidade pragmática, que se há-de buscar arrimo no "*mundo em desordem*"<sup>57</sup>. Com efeito, o jaez desestruturante do pensamento jurídico não deve ser considerado como mera desagregação da tradição jurídica, antes se deve alçar potencialmente à inovação, se bem que com o prejuízo da sua identidade, mas com a mais - valia, que consiste em

---

<sup>55</sup> "I fundamenti sociali della morale", cit., pág.13.

<sup>56</sup> Enquanto razão de ser da observância das normas, de acordo com um paradigma de construção da realidade, que não pode prescindir de agentes e locutores e que consubstancia a racionalidade normativa na definição das condições de justificação de normas e valores no contexto do ordenamento jurídico, que não simples facto, mas provido de uma intencionalidade axiológica - comunitária. Em sentido diferente, cfr., MACHADO, B. "Introdução ao Direito e ao Discurso legitimador", Coimbra, 1983, pág. 297; NEVES, C., "o Instituto dos "Assentos" e a Função Jurídica dos Supremos tribunais", Coimbra 1983, pág. 467 e ss. Não se pretende, tanto, aqui tematizar a pré - compreensão da base valorativa, ou os critérios de justiça válida para nos Estados Modernos se iluminar hermenêuticamente esta questão, como em discutir as possibilidades de concretização do "justo" desta "*quaesto iuris*", a partir de estalões de valoração constitucionais, maxime, nos ordenamentos jurídicos que não consagram legislação concernente à mudança de sexo, por virtude de erros e inexactidões das inscrições ou transcrições, relativas ao sexo, constantes do assento de nascimento.

<sup>57</sup> Neste sentido, PARFIT, D., "Reasons and Persons", Oxford, 1986, VIOLA, F., "Autorità e ordine del diritto", 2ª ed., Torino, 1987.

resgatar o jurista do "*marasmo cultural*" positivista, nas várias expressões que assume.

Compreende-se, assim, que se busque nesta sede, o apoio da constituição, já para emprestar conteúdo às possibilidades de concretização do "justo"<sup>58</sup> do caso (pois que, face à hodierna desestruturação do pensamento jurídico e à viragem para um individualismo, não holístico ou sistémico, outrossim, antropológico - pragmático, não se procura uma verdade, mas sim uma prática) já, sobretudo, como matriz de legitimação material das soluções concretas da mudança de sexo, tanto em sede de procedimento legislativo, como de "*judicial review*"<sup>59</sup>.

Assim, e no que toca à tutela da pessoa, a constituição institucionaliza, por força da recepção de um consenso/compromisso com uma intensionalidade axiológica - comunitária, a solução otimizada: garantindo a protecção de cada indivíduo - negativa e positiva. O princípio do respeito da pessoa, na realidade mediada pelas outras pessoas, nas suas múltiplas vertentes, (máxima fundamental da ordem social) será posto em causa, se se puder recusar esse respeito a um só indivíduo, invocando-se a sua falta de utilidade. Esgrime-se, pois, aqui um ponto de partida subjectivo de bem jurídico, constitucionalmente consagrado, porque valorado.

---

<sup>58</sup> No sentido de "*conteúdo justo*" do direito, de "*processo justo*" e de "*resultado justo*" de RAWLS, ("*A theory of Justice*", London, Oxford, New York, 1973, pág.87).

<sup>59</sup> Com o aviso de que não vai considerada a ideia de que o direito legal ou ordinário (V.G., as relações de família plasmadas no código civil que podem conformar o critério), deva ser uma simples "*derivação*" ou "*execução*" das normas constitucionais, enformado materialmente por ela, de forma gradativa, também no Direito civil. Além de que, na falta de lei, para as hipóteses mais problematizantes de mudança de sexo, se parte do pressuposto da vinculação do poder judicial à eficácia dos direitos fundamentais, convocados para o caso. Sobre as relações do Direito constitucional e do Direito legal, cfr., CANOTILHO, J.J., "*constituição dirigente, ...*", cit., pág. 216 e ss.; idem, "*Direito constitucional*", 1991, pág...; SOARES, R.E., "*Direito Público e Sociedade Técnica*", cit., pág.5 e ss, 154, 183; PERLINGIERI, P., "*Por um derecho civil constitucional*", in Anuário de Derecho Civil, 1983, pág.1.

Nestes termos, e numa problematização de "alcance médio" do critério da mudança de sexo visa-se articular o "discurso da funcionalidade" - aí onde o Direito se sujeita a curvar perante a proclamada superioridade das novas instâncias médico - científicas de legitimação - ao "discurso do subjectivismo" - com toda a carga emancipatória dos direitos subjectivos, propiciadora de "*espaços de arbitrariedade*", do "*right to total freedom*", consequência inelutável da ausência de limites facultada pela ciência - no "*ser - valor*" da dignidade humana, plasmada na recepção constitucional dos direitos fundamentais. Dignidade humana ("*Menschen Würde*"), que há-de ser entendida como "*anti - ontológica*", "*anti - fixista*", de um "*homo antropologicus apertus*", na sua dimensão existencial - cultural, física e espiritual, na disponibilidade do ser de si através de si próprio e do "*ser valor*" na relação com os outros homens. Não se trata tanto de convocar o Direito para travar a espiral do domínio sobre tudo e todos, balisando e interditando alguns caminhos de investigação e experimentação em homenagem a um "*conservantismo antropológico*", a esgrimir com um inapreensível, por que claudicante, princípio da universalidade dos Direitos fundamentais<sup>60</sup>, antes surpreender as possibilidades daque-

---

<sup>60</sup> Sobre este, cfr., REGOURD, S., "*Les droits de l'homme, ...*", cit. pág. 101 e ss. ; ROBERT, J., "*La revolution biologique, ...*", cit., pág. 1258 e ss.; COTTA, S., "*Il concetto de natura nel diritto*", in *Iustitia*, 1987, pag 79; LABRUSSE/RIOU, C., "*La verité dans le droits des personnes*", in AA. VV.: *L'homme, la nature et le droit*, Paris, 1988, pág. 315; HERSCH, J., "*L'universalité des droits de l'homme, défi pour le monde de demain*", colóquio "*L'universalité des droits de l'homme dans une monde pluraliste*", conselho da Europa (org.), Doc. H - coll.89, 4, pág.4.;IMBERT, P.H., "*L'universalité des droits de l'homme*", Institut International des droits de l'homme, Recueil des cours - textes et sommaires, Julho, 1982, pág. 2; contra o conceito de "*natureza*" em oposição a cultura (reafirmado, também, supra, por S.Cotta), cfr. SCARPELLI, U. , "*La bioetica. A la ricerca dei principi*", in biblioteca della libertá, Milano, 1987, pág. 11 e ss.; acentuando o perigo de argumentar com base na "*natureza do homem*", cfr., KAUFMANN, A., "*Reflessioni giuridichi e filosofichi su biotecnologia e bioetica alla soglia del terzo millénio*" (trad. Ital.), in , Riv DC, 1988, I, pág.212 e ss.; ou receio de transformar a antítese "*Sein - Solen*", no dilema entre naturalismo e elaboração sistemática, com a consequência de as esferas de valor da vida humana se multiplicarem "*ad infinitum*", cfr., MARINI, G., "*Sui tema dei conflitti di valore in Max Weber*", in studi in onore di A. CARACCILO, Napoli, 1988, pág. 525 e ss. É que, a este



loutra realização do homem - que não em instâncias outras de legitimação científicas ou médicas - por mor do auxílio da ciência e tecnologia, a partir do pluralismo ético recebido e identificado, Nas valorações constitucionais, por forma a perscrutar um critério jurídico - material, que, não significando a capitulação do Direito, se alçe a concretizar constitucionalmente os limites de transponibilidade da identidade civil se e quando o direito subjectivo à saúde se convoque para tal<sup>61</sup>

---

propósito, fundamental é não esquecer a asserção de HUSSERL, em 1913, quando observava que, *"aquilo a que na vida se chama homem (...) não é o homem naturalístico (...) e se, não obstante falamos de uma "natureza do espírito", mais não se trata do que um equivoco. Porque natureza significa, neste caso essência"* (cfr., HUSSERL, E., *"Idee por uma fenomenologia pura e uma filosofia fenomenológica"* (Trad. Ital.), Torino, 1950, pág.103. Sobre o princípio constitucional da dignidade humana, no quadro da biomedicina, na Alemanha, cfr., STARCK, C., *"Die Künstliche Befruchtung beim Menschen. Verfassungsrechtliche Probleme"*, in , Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentags, Bd. I (Gutachten), Berlim, 1986, pág. 13 e ss.; COESTER, D./WALTJEN, *"Die Künstlichen Befruchtung beim Menschen. Zivilrechtliche Probleme"*, idem, pág. 92 e ss.; BENDA/BERICHT. *In Vitro Fertilisation, Genomanalyse und Genterapie*. Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministeriums für Forschung und technik und des Bundes justizministeriums, München, 1985, nº1.3. Sobre a impositação da possibilidade de a natureza - a natureza humana - ser apreendida como um sistema de finalidades, e menos *"complexo de condições"*, vide, AGAZZIE.E.. *"La filosofia di fronte al problema delle manipolazioni genetiche"*, in Iustitia, 1985, pág.180. De resto, rejeitam-se, também formulas compromissórias, que procuram conciliar o moderno individualismo com uma ética de tipo utilitarist, apostada na maximização dos desejos e impulsos individuais. cfr. LECALDANO, *"Il contributo di una filosofia laica"*, in Biblioteca dellas liberta, ...pág.64.

<sup>61</sup>É que , mais do que invocar esta *"imagem aberta de homem"*, mais do que *"consenso"*, ou *"projecto"*, procura-se surpreender na Constituição Dirigente dos direitos fundamentais, a consciência normativo - cultural (nestes termos, PIRES, F.L., *"Teoria da constituição de 1976. A transição dualista"*, Coimbra, 1988, pág. 40), qual *"espírito das leis"* - numa tarefa de continua densificação interpretativa - constitucional - que há-de crescer, através dos espaços e momentos da liberdade humana. É dessa formulação e reconstrução, que brota a estrutura, dentro da qual, o antagonismo que motiva muita da acção humana pode ser transformado em acção para o progresso.

Programa dirigente dos direitos Fundamentais e Processo<sup>62</sup>, confrontação de "pró" e "contra", emprestam densificação à conformação da "consciência normativo - cultural", conquista de mais amplos espaços de liberdade do indivíduo - cidadão, fuga para a frente, face à perigridade de um modelo de Direito, que faz da anomia, da fluidez e da fragmentariedade a sua vantagem.

---

<sup>62</sup>Quer-se com isto sublinhar a valorização do "Processo", a função do juiz, a mediação das regras do julgamento no Processo civil em algumas hipóteses de mudança de sexo, a norma e o caso concreto se alargam, por que separados pela complexidade e opacidade do espaço em que inserem. Referindo a radical separação entre fontes de direito e processo de concretização, cfr., CANOTILHO, J.J., "constituição dirigente, ...", pág.183. Já para, VILLEY, M., ("Droit Prospectif", in Revue de la Recherche Juridique, 1983, tomo I. pág.161 e ss.), o "processo" é o berço do direito. Ou, revela o carácter concreto e rivificador do Direito (Assim, PERELMAN, C., "Essai de critique phénomologique du droit", Paris, 1972, pág.143 e ss.), pois que, a concretização dos direitos fundamentais também está processualmente dependente, o que se coloca com bastante acuidade no presente trabalho. cfr., infra, ainda PERELMAN, "Law and Rethoric", cit., pág.120 - 124.

**Capítulo 2**  
**A Sexualidade**

## Capítulo 2 - A Sexualidade

3. Sexualidade e alteralidade.História .3.1. Fenomenologia. 4. Sexualidade e Direito: os limites de um novo paradigma. 5. Corpo e liberdade. 6. Identidade sexual e identificação jurídica. O registo civil. 7. A autonomização da sexualidade: corpo e desejo. 7.1. Direito, sexualidade, corpo.

### 3. Sexualidade e alteralidade.História

A despeito de uma já consolidada tradição jurídica, em torno dos "sujeitos de direito", do "direito subjectivo", do "poder de querer", é mister questionar se ainda se pode esperar algo da tematização pós-moderna da subjectividade. Na verdade, pese embora se tenha assistido, ao crescente interesse do Estado Providência perante as necessidades individuais, mediante a dinamização de uma esfera normativa irradiante dos direitos constitucionalmente protegidos - seja direitos, liberdades e garantias, sejam direitos económicos, sociais e culturais - nem por isso se esboçou um esforço tendente à transformação dos modelos normativos, máxime, no direito civil, no que à biomedicina respeita, e no direito penal, no que tange v.g., aos crimes sexuais aos tratamentos médico - cirurgicos, à esterilização voluntária, eutanásia, interrupção voluntária da gravidez, ...

Um dos motivos desta desconfortante discrepância não poderá deixar de passar pelo crescente relevo normativo de um processo que tendeu a dissolver a imagem unitária da consciência nas singulares pulsões do instinto humano<sup>63</sup>. Não é por acaso que hoje se pretende ressuscitar o nó górdio da convivência humana, sob o pano de fundo de um horizonte fragmentado. Que o crescente interesse pela subjectividade se realiza através dos interstícios da vida psíquica e bem assim, pese a contradição, pela importância crescente da psiquiatria, i.e., uma psicologia despojada de espírito<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Contrariamente, à tradição jusnaturalista que erigiu a normatividade a partir de uma homogénea textura subjectiva, qual "*recta ratio*", "*synderesis*", ...

Como vimos precedentemente, quedamo-nos face à transição da crise da unidade do saber para a crise da unidade do sujeito, conformando, destarte, um profundo afastamento, tanto da verdade iluminista - racional, como do idealista espírito objectivo<sup>65</sup>. É claro que, podemos figurar o estalão repressivo, no qual a pesquisa psicanalítica articula a relação natureza - cultura<sup>66</sup>; ou a "excentricidade" da análise linguística, nos termos das sugestões estruturalistas<sup>67</sup>, ou ainda a descontinuidade das propostas da sociobiologia<sup>68</sup>, entre os impulsos do "gene altruístico" e do "gene

---

<sup>64</sup> Como observa VENTURA, P. (*"Normalità e normatività. Prospettive filosofico - giuridiche per una fenomenologia dell'anormalità"*, Milano, 1982, pág.145), "Da una parte, infatti, mai come oggi la vita humana é risulta coti ampiamente "psichisizzata"; psicologia, psicoanalisi, psicopatologia, psichiatria, psicoterapia, psicosomática, psicopedagogia, psicosociologia, parapsicologia, si contendono o si dividono l'essere humano con convinzioni, persuasioni e comenti, tanto difusi da suscitare l'immagine imprevista d'un epoca, quella presente, tutta presage nell'enigma filosofico ch'è la psiche (...) D'altra parte però, dietro questa facciata si rileva tutto il nominalismo psicologista contemporaneo, nella perdita culturale e quotidiana, del senso che l'anima, come categoria possiede: l'unità formale di ogni ente, anche e soprattutto quello umano, e l'allusione all'eterno come destino dell'uomo in quanto tale".

<sup>65</sup> O ideal unitário da eticidade hegeliana já não pode exprimir e apreender uma realidade social que se estrutura sobre a mais singular instância individual. A cientificidade metodológica das ciências humanas do modelo pós - hegeliano dificilmente se consegue conciliar com a irracionalidade do seu objecto de pesquisa. cfr., DE GENNARO, A., "Modelli e storiografia nelle scienze sociali", Milano, 1983; CARCHIA, G., "La modernità come fascinazione. Georg Simmel e la filosofia del denaro", in *La legittimazione dell'arte - Studi sull'intelligibili estetico*, Napoli, 1982, pág.97 e ss. O que vem ao arrimo do hodierno horizonte cultural de fragmentaridades e singularidades; GEHLEN, A., "Der Mensch", 7Aufl., Bonn, 1962, pág. 57.

<sup>66</sup> cfr., LEACH, E., "Naturalcultura", in *Enciclopedia*, Torino, Einaudi, 1980, vol. IX, pág. 757 e ss.

<sup>67</sup> Por exemplo, RELLA, F., "Il mito dell'altro. Deleuze, Foucault", Milano, Feltrinelli, 1978, in *Il silenzio e le parole*, Milano, Feltrinelli, 1981.

*egoístico*", este último a emergir da dimensão individual. Tendências já a revelar o perigo do determinismo biológico, como a impossibilidade da apreensão normativa face a um espiral de irracionalidade<sup>69</sup>. Mas, tendências que, ao cabo e ao resto, marcam a evolução do Direito, refém, para alguns, da identificação do homem com os seus desejos<sup>70</sup>, além de confirmar a tendência de o Estado de Direito Social se ter munido de normas e procedimentos administrativos, idóneos à satisfação maximizada de desejo e aspirações redescobertas. Ora, esta solicitação dos aspectos da subjectividade humana, subtraiu ao jurista o "*background*" cultural e homogeneidade, que tinha propiciado a edificação do "*sistema jurídico*" oitocentista<sup>71</sup>, à luz de uma comum e específica visão do homem.

A este propósito, o movimento de codificação, produto de desenvolvimento dispersos, foi, todavia, a expressão de uma "*visão do mundo*", reconstrução da história das Ideias, historicamente condicionadas, paradigmas antagónicos e contradições culturais. Reflexo, aliás, de uma cultura jurídica virada para os seus próprios dogmas e iludida, já nos anos vinte deste século, por uma realidade pretensamente protegida da "*Krisenzeit*". Porém como foi atrás recenseado, as actuais tendências põem ênfase na sobreposição dos diversos subsistemas às estruturas institucionais, no quadro de um mais

---

<sup>68</sup> cfr., SINGER, P., "*Ethics and sociobiology*", in "*Philosophy E Public Affairs*", 1982/2, pág.60 e ss; GRUNTER, M./REHBINDER, M. (org.), "*Der beitrag der biologie zu Fragen von recht und ethick*", Berlin, 1983

<sup>69</sup> Assim, MOCK, E., "*Menschliche Normativität. Die Frag des Menschen an rich selbert*", in *Dimensione des Rechts*, Berlin, Duncker E Humblot, 1983; AMATO, S., "*Sessualità e corporeità. I limiti dell identificazione giuridica*", Milano, 1985, pág.16

<sup>70</sup> ROBINSON, D., "*Psychology and the law: can justice survive the Social sciences?*" New York, Oxford University Press, 1980

<sup>71</sup> cfr., BOBBIO, N., "*Il positivismo giuridico*", Torino, 1979. Com o que se pode apreender, hoje, a verdade enquanto jogo, "*divertissement*", no quadro de um "*interpretacionismo*", que reduz a verdade à causalidade. Assim, ROMANO, B., "*Soggetto, libertà e diritto nel pensiero contemporaneo. Da Nietzsche verso Lacan*", Roma, 1983, pág.17 e ss.

vasto discurso do pensamento jurídico: a autogeração dos modelos normativos e sub - sistemas, aí onde as normas jurídicas hão - de colocar-se ao dispôr do interesse - desejo humano, o predomínio do efêmero, do fragmentário, do particular, do descontínuo, têm, aliás, visíveis efeitos: as constituições transformaram - se em fonte de directivas, claras e sólidas<sup>72</sup>; os códigos desvalorizam-se a favor da "legislação especial"<sup>73</sup>. Quedamo-nos, na formulação de SCHMITT<sup>74</sup>, face a um Estado que, não podendo ficar indiferente por causa das suas "ambições assistenciais", procura, hibridamente, traduzir na lei a totalidade dos "desejos individuais".

Pode, pois, dizer-se que neste hodierno e caótico desenvolvimento normativo, se sente a falta, tanto de um sólido "background" cultural, como de um homogéneo enquadramento institucional. Existem, tadavia, problematizações, cuja influência se projecta em vários horizontes normativos.

Um deles é, justamente, o da sexualidade. Núcleo de impostações mediatas ou imediatas de normações várias, a sexualidade é também aquele elemento onde se surpreendem as tensões do anti - jurídico ou "ultra - jurídico", por força da omnipresente reivindicação da utopia i.é., da liberdade absoluta, no sentido da completa autonomia e auto - suficiência individual. Um conjunto de fenómenos que para alguns<sup>75</sup> convergem na temática das tendências anómicas da Sociedade hodierna.

---

<sup>72</sup> cfr., CANOTILHO, J.J., "constituição dirigente, ...", cit., pág.165 e ss; idem, "Direito Constitucional", 1991, pág.80 e ss.

<sup>73</sup> Sobre isto cfr., IRTI, N., "L'età della decodificazione", Milano, 1979; ITALIA, V., "Le leggi speciali", Milano, 1983

<sup>74</sup> SCHMITT, C., "Il custode della costituzione" (trad. ital.), Milano, 1981, pág.124

<sup>75</sup> AMATO, S., "Sessualità, ...", cit, pág.21. Pesem embora, algumas tentativas de "razionalização" deste hedonismo, cfr., BEJIN, A./POLLAK, M., "La rationalisation de la sexualité", in cahiers internationaux de sociologie, 1977, pág.105 e ss. Ainda, MENGHI, C., "Interpretazione dell'anomia Internazionalità e diritto", Milano, 1982, pág.160; TOURAINE, A., "Les deux faces de l'identité", in Quaderni di sociologia, 1979, nº4, pág.407 e ss.

Posto em termos radicais, o problema não se solucionaria mediante alterações legislativas, antes na negação de quaisquer regras e na apologia da incerteza e da indeterminação, qual forma de preservar o absoluto domínio do sujeito sobre si mesmo. Todavia, nesta sede, as actuais "reivindicações" não prescindem de enquadramento normativo: a interrupção voluntária da gravidez e a contracepção, suscitam uma tutela jurídica mais ou menos uniforme, o transexual para além de pretender a discriminalização (pelo menos, nos sistemas anglosaxónicos) de alguns comportamentos que pode assumir na vida em sociedade<sup>76</sup>, exige o reconhecimento judicial/administrativo da mudança de sexo, qual jogo subtil e perverso, que sob o pano da legitimação e reconhecimento jurídico, se dirige à indagação da sua autolegitimação. Será, no entretanto, tarefa vã procurar enquadrar esta "ância de libertação" num unívoco quadro normativo ou enquadramento institucional. Na realidade, a relevância imediata da sexualidade, no quadro da sistemática dos códigos restringe-se tão só ao campo da repressão penal, pois que, a sexualidade ainda é, se bem que evanescentemente, reflexo de uma norma que coloca o seu objecto de tutela ("*bem jurídico*", "*danosidade social*") na "*pureza e elevação dos costumes*"<sup>77</sup>, e na "*moralidade sexual*"<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Já para não referir a tutela penal dos tratamentos médico - cirúrgicos que conformam, "*ultima ratio*", a "*adequação*" dos caracteres sexuais externos.

<sup>77</sup> Assim, SANTOS, Beleza dos, in RLJ, 1926/7, pág.178

<sup>78</sup> cfr., por exemplo, AcRL, de 20/02/1991, in C.J., Ano XVI, 1991, tomo 1, pág.195 - 197; AcRP, de 22/10/1986, in BMJ, nº360, 1986 (...de um modo ou de outro viola-se em grau elevado os sentimentos gerais e de moralidade sexual); AcSTJ, de 18/04/1991 (não publicado); idem, de 13/01/1989, in BMJ, nº 383, 1989, pág.258 ["*O interesse jurídico protegido nestas disposições (lenocínio) é complexo, abrangendo não só o interesse geral da sociedade em que haja pudor, moralidade sexual e ganho honesto, mas também a personalidade do menores, ...*"]; mitigadamente, o AcRE, de 14/06/1988, (" *A violação integra-se na provincia dos crimes sexuais de que se não extraiu ainda, por força da filosofia que anima o Código Penal, um sobranste sentimento de moralidade, onde se surpreendeu uma dimensão pessoal e uma dimensão social. A ofendida obrigada pelo arguido a*



sofrer a cópula, viu subvertido o seu pessoalíssimo direito de autodeterminação sexual, com cerceio completo da sua liberdade...").

De facto, até à década de 60 o direito penal era maioritariamente entendido como plétora de incriminações, resistente à secularização tendente a punir condutas não lesivas de bens jurídicos, apenas em nome da sua imoralidade (ROXIN, C., "*Problemas básicos del derecho penal*", Madrid, 1976, pág.23) quais "*universos simbólicos*" da pré - modernidade, revelação da ordem cósmica. Hoje, no dizer de DIAS, F., ("*Direito Penal e Estado de Direito material sobre o método, a construção e o sentido da Doutrina Geral do Crime*" in Revista de Direito Penal, 1982, pág.38 e segs.): "*Porque o homem deve ser inteiramente livre no seu pensamento, na sua mundividência (...) ao Estado falece, por inteiro, legitimidade para impôr oficial e coactividade, quaisquer conseqüências morais, para tutelar a moral ou uma certa moral: neste campo tudo deve ser deixado à livre decisão individual*"; idem, "*os novo rumos da política criminal e o Direito Penal português do Futuro*" Lisboa, 1983, pág.11 e segs. Além de que, como assevera ANDRADE, C. ("*consentimento e Acordo, ...*", cit., pág.388), "... só a liberdade e a autodeterminação de expressão sexual podem figurar como bem jurídico pessoalmente tutelado. O que tem como corolários por um lado, a igualdade entre os sexos e, por outro lado, a neutralidade face às diversas modalidades de orientação sexual, não devendo estabelecer-se tratamentos diferenciados para as condutas homo e heterossexuais, cfr., NATSCHERADETZ, K.P., "*Direito Penal Sexual: conteúdo e limites*", Coimbra, 1985, pág.15 e ss e 41, sobre o novo programa do direito penal sexual e as relações entre a moral e o direito penal.

Deste movimento se distancia ainda o código Penal Austríaco de 1975, que sob a rubrica "*Strafbare Handlungen gegen Sittlichkeit*", incrimina o homossexualismo profissional, o incesto e a rufinaria (este último, entre nós, aparentemente tipificado no nº2 do art. 215 do Código Penal. Neste sentido, AcSTJ, de 14/03/1990, in, CJ, Ano XVI, 1990, pág.13 e ss), cfr., PALLIN, in Winer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1984, 210, nº1; o Código Penal Francês, com a relevância sexual dos "*Attentats aux mœurs*" (GOYET, F., "*Droit Pénal spécial*", Paris, Sirey, 1972, 8ª ed., pág.489 e ss), cujo horizonte incriminatório se encontra mitigado face à liberal legislação sobre interrupção voluntária da gravidez; a experiência consuística anglo - saxónica, não obstante impositões reformistas do já clássico Wolfenden Report [Report of the committee on homosexual offences] e do polémico caso shaw v. Director of Public Persecutions, 1961, All England Report, Pág.446 (cfr., RADZINOVICZ, N./LIECHTENSTEIN, K., (org.), "*Sexual offences. A Report of the cambridge of the criminal science*", 1968, pág.319 e ss); ou a experiência legislativa norte - americana, pese embora o modelar antecedente histórico do "*Model Penal Code*", do American Law Institute, de 1962 (todavia, a tendência, vai ainda numa linha de rigorismo de continuidades e descontinuidades.cfr., SLOVENKO, R., "*A Panoramic view: Sexual Behaviour and the Law*", in sexual Behaviour and the Law, org. por R.S., SPRINGFIELD Illinois, 1965, pág.7 e ss. vide, infra, pág. ). Já, por outro lado, na ex - RFA, o movimento de reforma penal com decisiva viragem em 1968 (O Projecto

Vale isto por afirmar que, se por um lado se constata a tendência de relevar a sexualidade como genérico e causal instrumento de reconhecimento normativo, em sede de política legislativa, por outro lado, se aspira a exigências atinentes à sexualidade, no quadro do seu relevo existencial e antropológico<sup>79</sup>.

Ora, a este propósito, colocam-se, desde logo, problemas de metodologia. Se o objecto de análise - a sexualidade - assume inegável justificação, o pano de fundo ideológico de uma subjectividade fragmentada, se esvanece nos meandros da psicologia ela mesma incidível na estruturação da Sociedade; o que fará entrar em cena o arrimo do sociólogo, sem perder de vista o contributo da História das Ideias. MARCUSE, FROMM, FOUCAULT, BRAUDRILLARD, ...

Alternativo de substituição do Código Penal de 1871), marca decisivamente a Primeira e Quarta Lei de Reforma Penal, respectivamente de 25 de Junho de 1969 e 23 de Novembro de 1973, aí onde no capítulo das práticas sexuais se substitui a expressão da epígrafe desse capítulo, "*Verbrechen und Vergehen Wider die Sitlichkeit*" (crimes e delitos contra a moral) por "*Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*" (crimes contra a autodeterminação sexual), deixando de se prospectivar a sexualidade como o reflexo indirecto dos interesses sociais, valorados à luz de consolidadas mundividências colectivas. Este movimento de tutela da liberdade sexual, não se revela hoje, contudo, plenamente consensual, no plano dogmático e político criminal ( sobre o sopesamento destas tendências, cfr., ANDRADE, C., "*Consentimento e Acordo, ...*", cit, pág.392 - 393). Além de que, não falta quem entenda terem as concretas incriminações se afastado das antigas, tão só no que toca ao rigor repressivo e aos detalhes de formulação técnica, pois que, para alguns se continua a colocar a sexualidade como um vínculo genérico e extrínseco, habilmente chamado a atribuir unidade à elencação, puramente compilativa das várias "*fattispecies*" (cfr., BLEI, H., "*Strafrecht, II, Besonderer teil*", München, Beck, 1976, pág.122. SCHÖNKE/SCHRÖDER, "*Strafgesetzbuch Kommentar*", München, Beck, 1976, pág.1115 e ss. DREHER, E/TRÖNDLE, H., "*Strafgesetzbuch*", 42ª ed., Berlin, 1985. Em Portugal, se o programa legislativo, vai ostensivamente ao arrimo da tutela da liberdade e auto determinação da expressão sexual - com uma prospectiva projecção da discriminalização dos tratamentos médico - cirúrgicos em sede de mudança de sexo, nos casos específicos de transexualidade no confronto da proibição do polémico "Código Deontológico da Ordem dos Médicos - já o panorama jurisprudencial, como vimos, não silenciou o universo simbólico, marcado ainda por tabus historicamente cristalizados

<sup>79</sup> O que leva repensar o direito à luz da sua dimensão antropológica - cultural, maxime, no que ao confronto com a sexualidade respeita.

"brilham" na performance interdisciplinar. Por isso que, seria pretencioso reclamar aqui um rigorismo epistemológico na concatenação de discursos vários, no quadro de um qualquer núcleo especulativo coerente. O que se pode é dizer que, do ponto de vista jurídico, lá onde as normas, deverão constituir o "*locus*" hermenêutico destas incertezas culturais, revela realidade equivocadamente dividida.

De facto, o Direito ainda tende a relevar a impositação cultural que considera a actividade sexual tão só o reflexo de vínculos biológicos, e, por tal, despida de qualquer interesse. O que não pretende significar não ter a sexualidade condicionado fortemente "o modo - de - ser - comigo e com os outros", do homem. Dos "*nús*" de Rubens ou Matisse, passando pelas fontes de inspiração de Balzac ou Quevedo, a sexualidade não se alça a valor autónomo, antes permanece emersa em regras morais ou práticas sociais, que seguramente não se edificaram por sua causa. Culturalmente, este legado ideológico assume relevo a partir da análise Aristotélica, que tentou concatenar a investigação biológica com os aspectos íntimos e espirituais da sexualidade<sup>80</sup>. O que não foi prejudicado mais tarde pelo surgimento, no século II d.c., no quadro do estoicismo e cristianismo, das primeiras construções da moral sexual<sup>81</sup>, com a crescente importância dada à

---

<sup>80</sup> *Metafísica*, 9, 1050 a, 29; "*De Generatione animalium*", 728 a e ss.: a mulher é descrita como fria, húmida; o homem enquanto magro, quente, calmo. Ainda, "*de generationem, ...*", cit., 2, 716 a, 20: "*o homem e a mulher diferem conceitualmente pois cada um deles é dotado de faculdades diversas, embora fisicamente se distingam tão só em alguns aspectos*"

<sup>81</sup> Como afirma DOVER, K.J. ("*Il comportamento sensuale dei greci in età clássica*" in *L'amore in Grecia*, org. por C. CALAMANE, Bari, 1983, pág.6): A nossa cultura repousa nos mitos de um passado remoto, sendo que um dos quais (...) é, o mito da "*invenção*" cristã do sentimento de culpa da vergonha e medo do sexo; invenção esta que destruiu a idade do auro da sexualidade pagã, livre e sem barreiras. Todavia, parece que certos comportamentos sexuais, em particular a prostituição, a homossexualidade entre adultos e a masturbação, foram na Grécia, a partir do século V a.c., senão objecto de condenação e repressão, pelo menos de reprovação, como se detecta em Aristófanes (Eq. 639 e 878 e ss; Nub. 1089 e ss.). Assim, CALAME, C., "*Eros inventore e organizzatore nella società greca*", in *L'amore in Grécia*, cit., pág.XXVI. cfr., também, LAMBERT,

mulher, à sua rede de interditos sobre o corpo, alterando o valor que a pederastia lhe atribuía no ciclo do "ethos" antigo. Nos fins do século XVIII, com o aparecimento da vida privada, nova esfera autónoma da religião, onde se vai desenvolver a noção de "Eu" como ser conciente de si, prespassa já a emersão da sexualidade, enquanto tema autónomo.

Já para FOUCAULT<sup>82</sup> curial é surpreender nos discursos sobre o sexo, quais as relações de poder que estão presentes, já que a sexualidade, não constituindo "*um ímpeto insubmisso, estranho por natureza e indócil por necessidade a um poder, que por seu lado se esgota na tarefa de submetê-la e muitas vezes fracassa na tarefa de dominá-la por completo*", outrossim, surge como um elemento instrumental de charneiras e estratégias variadas. Como se o interesse pelo sexo nascesse da análise do comportamento sexual, da sua determinação e efeitos entre o biologismo e a Economia Política.

É contudo, no complexo de signos de FREUD, que se perscruta as primícias de um tratamento conceitual autónomo do sexo, colocado no centro das pulsões do instinto<sup>83</sup>. Todavia, a esta função proeminente da sexualidade, não se segue uma autonomia conceitual, apta a propiciar um quadro unívoco, que possa recomprender as actuais abordagens normativas da sexualidade<sup>84</sup>.

---

C., "*Pederastia da Idade imperial. Sobre o amore de Adriano e Antinoo*", (trad. port.), Assírio Alvin, 1990.

<sup>82</sup> FOUCAULT, M., "*História da sexualidade. I. A vontade de saber*", trad. port., ed. António Ramos, 1977, pág.107

<sup>83</sup> FREUD, S., "*El malestar en la cultura*", trad. esp., Alianza Editorial, Madrid, 8ª ed.; 1981. Considerando existir um conflito entre a civilização e a felicidade do homem - esta última ancorada na irrestrita satisfação e gratificação das necessidades instintivas - entende que o homem civilizado trocou uma parte das suas possibilidades de felicidade pela contrapartida de uma certa segurança (ob. cit., pág.56 - 57), lá onde os instintos agressivos profundamente unidos à sexualidade, porque ameaçam destruir a civilização, forçam a cultura a convocar todos os reforços possíveis contra eles

<sup>84</sup> E, nem sequer tal desiderato se atinge com MARCUSE ("*Eros and civilization*", 2ª ed., Beacon Press, Boston, 1966, pág.46 - 49), que propõe uma nova sexualização do corpo, i.é., a

Não se topa, destarte, uma definição de sexualidade, antes uma teoria dos impulsos sexuais e actividade conexa<sup>85</sup>, na qual erotismo infantil, reprodução e perversões sexuais, se colocam no mesmo plano e possuem um valor etiológico meramente definitório. FREUD, aliás, pareceu querer negar o reflexo moral da sua doutrina, porquanto ainda operando na metodologia racional cartesiana, cristalizou a sua investigação, na imagem de um tipo de homem meta - histórico, perenemente submergido pela "*psicose edipiana*" e, logo, a - social, metodologia, pois, incapaz de determinar uma identidade entre repressão e cultura<sup>86</sup>, colocando a sexualidade de entre os misteriosos e insondáveis "*sentires*" da "*Kulturarbeit*".

Já por outro lado, as correntes revisionistas neo - freudianas, consideram o ideal de uma sociedade despida de instintividade sexual, construída sobre uma científica "*sexualidade de per se*" egoísta, mediante a qual a psícolgia, superando aqueles outros equívocos da cultura, possa integrar a "*social engeneering*". A descoberta da relevância do orgasmo, por parte de REICH<sup>87</sup>, a importância social dos factores biológicos e psicológicos, presentes na actividade sexual, derivada dos progressos da sexologia, sobretudo, a partir da publicação dos dois relatórios KINSEY<sup>88</sup>, mais não representam do que tentativas

---

transformação da sexualidade em Eros - o retorno à natureza poliformicamente perversa, que a sexualidade é por natureza, no quadro de uma sublimação não repressiva dos instintos sexuais, no contexto de uma sociedade e cultura não repressivas

<sup>85</sup> Assim, REICH, W., "*I concetti di pulsione e di libido da Forel a Jung*", trad. ital., Il coito e i sessi, Milano, Feltrinelli, 1981, pág.39 e ss

<sup>86</sup> cfr., GALIMBERTI, V., "*Psichiatria e fenomenologia*", Milano, Feltrinelli, 1979; FORNARI, F., "*Genitalità e cultura*", Milano, 1975; VENTURA, P., "*Normalità, ...*", cit., pág.160 - 161; AMATO, S., "*Sexualità, ...*", cit., pág.32

<sup>87</sup> cfr., REICH, "*La funzione dell'orgasmo*", trad. ital., Milano, 1969, pág.18 e ss. Por isso que, este surge como elemento essencial para o equilíbrio psíquico inscrevendo-se, no "*poço sem fundo*" do direito à felicidade, objecto valioso para os horizontes de bem estar do Estado Providência

de caracterização unívoca da sexualidade. O que bem se compreende: identificar a linha descritiva entre a normalidade e perversão, na qual a condicionante moral, se há - de identificar com as terapias psicanalítica e psiquiátrica. Só que, quanto mais se particulariza a análise do comportamento sexual, tanto mais se deixa insondável a multiplicidade e plasticidade das suas manifestações. De facto, quedamo-nos na aporia de dilucidar os elementos que primacialmente a hão-de caracterizar: análise internalizada da sexualidade ou impostação intersubjectiva.

A este respeito é mister recensear alguns problemas que esta alternativa coloca, nomeadamente em GOLDMAN<sup>89</sup> e BALESTRO<sup>90</sup> autores que procuram dilucidar pragmáticamente uma noção de sexo.

Assim, GOLDMAN pretende surpreender um conceito unívoco de sexualidade, afastando qualquer "*means - end analyses*" (tendentes à comunicação, ao amor, ao conhecimento pessoal, à reprodução), em termos de sobrevalorizar desejos individuais e exigências biológicas, reduzindo, destarte, o seu núcleo ao "*desire for physical contact*"<sup>91</sup>. Como se constata, tal estreiteza conceitual reduz-se a imputar ao sexo um jaez exclusivamente físico, alheio, pois, a qualquer consideração e valoração ética<sup>92</sup>.

Todavia, não se pode olvidar que a sexualidade não se reduz a si mesma, pois que se analisa também nos comportamentos que tocam a subjectividade dos outros. Se esta "*sexualidade em si*" surge despida de

---

<sup>88</sup> KINSEY, A.C./POMEROY, W.B./MARTIN, C.E., "*O comportamento sexual do homem*", trad port., Lisboa, 1972.

<sup>89</sup> GOLDMANN, A.H., "*Plain sex*", in "*Philosophy and Public Affairs*", 1977, 3, pág.276 e ss.

<sup>90</sup> BALESTRO, P., "*Legge e libertà sessual*", Milano, Rusconi, 1982

<sup>91</sup> ob. cit., pág.270.

<sup>92</sup> De facto, "*We can speak of a sexual ethic or we can speak of a business ethic, without implying business in it self is either moral or immoral or that special rules are required to judge business practices which are not derived that apply elsewhere as well*" (ob. cit., pág. 280).

princípios regulativos, as acções nas quais se traduz, devem legitimar-se na reciprocidade e no respeito pela dignidade dos outros<sup>93</sup>.

Por sua vez, a análise de **BALESTRO** merece recenseamento pelas razões opostas. Na verdade, a pretensão de qualificar o conteúdo da sexualidade através da sexualidade, acaba por circunscrever-se aos limites físico - objectivos, incapazes de surpreender desígnios não só intuitivos ou materiais. O problema não é já da interrogação do que é a "sexualidade em si", mas o que representa culturalmente e em que medida joga papel decisivo no desenvolvimento subjectivo. "*Não é já o individuo a ver-se arrastar por uma lógica que o transcende, mas é a sexualidade adquirir um sentido a partir da pessoa*"<sup>94</sup>. Por isso, que a sexualidade vai aqui já entendida como experiência relacional, cujo escopo se analisa na possibilidade de cada um "*ser - si - mesmo*", se e quando aceitar o outro, enquanto "*projectão de si*", no quadro social.

Só que, deve reconhecer-se tanto a impossibilidade de se atingir um ideal de "*sexo em si*" (**GOLDMAN**), como de "*sexo para si*" (enquanto projectão de "*si - mesmo*" na aceitação do outro, de **BALESTRO**), porquanto prespctivar a sexualidade, seja teórica, seja naturalisticamente, acaba por reduzi-la a um conceito sem sentido. E de facto, a aporia é sempre a que segue: relevar a sexualidade humana na natureza ou na sociedade?

Conceber a sexualidade em função do apego humano a parâmetros naturalísticos, significa confundi-la com inesgotáveis possibilidades do prazer. Já, doutra sorte, a perspectiva social da sexualidade propicia uma ambígua concatenação entre parâmetros individualísticos e gregários<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> ob. cit. , pág. 284

<sup>94</sup> **BALESTRO**, ob. cit. pág. 22

<sup>95</sup> Destaca-se, desde logo, a ambiguidade da teorização marxista, face ao movimento de libertação sexual. Paralelamente à dissolução da lógica capitalista da divisão do trabalho, a análise marxista não pode fugir à constatação de que a sua forma de "*racionalizar*" as relações de trabalho não podem, concomitantemente deixar de comportar a exigência de "*regulamentar a sexualidade*", reflexo duma "*colectivização*" dos Direitos Fundamentais, tomando-os em medidas objectivas (ou pelo menos,

---

em direitos - deveres, enquanto canais de "mobilização" social do sistema ou modos de "libertação" colectiva) cfr., BALIBAR, E., "Il marxismo é all origine di una nuova prática della politica?", in Fenomenologia e Societé, 1982, 18, pág. 197 e ss.;PIRES, L., "teoria da constituição,...", cit. ,pág. 349 - 350.



### 3.1. Fenomenologia

O que fica dito, quanto à possibilidade de delimitar claramente o conceito de sexualidade, não preclui a relevância de um núcleo conceitual mínimo, qual fenomenologia da intersubjectividade.

Vimos como, o "*sexo em si*" de GOLDMAN - "*desire for phisical contact*", não pode prescindir dos momentos relacionais, nos quais se externalizam as "*form of desire*", e bem assim como o "*sexo para si*" de BALESTRO concatena auto - projecção subjectiva e "*modelos de comunicação*". Se o "*sexo em si*" se compreende na experiência de relação (naturalística), o "*sexo para si*" é remetido para o complexo de elementos sociais na "*troca inter - subjectiva*". Tanto a regulamentação da sexualidade constitui uma invasão da cultura no campo da natureza, como a vida sexual é um embrião de vida social: de entre todos os instintos, o sexual, é aquele que necessita do estímulo do "*outro*". Recuperando a análise freudiana, o princípio do prazer ("*Lust pinzip*"), não se circunscreve à individualidade funcional das pulsões<sup>96</sup>, sendo, outrossim, ambivalentemente expressivo, a ponto de permitir a conceitualização filosófica de Jung<sup>97</sup>, que identifica a coincidência natural entre autoconservação e conservação da espécie.

É, pois, na descontinuidade entre narcisismo primário e secundário, que se inserem todas estas recuperações da análise freudiana, passando pelas pré - compreensões marxistas<sup>98</sup>, até à "*comunicabilidade intrínseca*" das estruturas simbólicas de LACAN<sup>99</sup>,

---

<sup>96</sup> Assim, REICH, W., "*I concetti,...*", cit. pág. 82 e ss.

<sup>97</sup> Cfr., apud AMATO, S., "*Sessualità, ...*", cit., pág. 43

<sup>98</sup> Aí onde MARCUSE, H., "*Eros and civilization*" 2ª Ed., cit., pág.46, objectiva a compreensão libidinal do "Eu", pois que, utilizando a noção do "*princípio do desempenho*", o corpo e o espírito passam a ser instrumentos de trabalho alienado, só podendo funcionar como tais, se renunciarem à liberdade do sujeito - objecto libidinal, que o organismo humano primariamente é e deseja.

ou a análise jurídica que configura o "Eu" como o "locus" antropológico co - existencial<sup>100</sup>.

Possibilidades de análise estas a tentarem recensear os diversos enfoques espirituais da sexualidade na experiência de relação.

Com efeito, é o próprio Direito que surpreende a sexualidade como relação de troca, em razão da sua função de uso. Esta objectivação não determina, porém, um fechamento do carácter complexo, ambíguo e ambivalente do "Eros". Esta impositação espiritual, subrepticamente plasmada na objectivação jurídica, se não encontra, hoje, eco, directamente, nas singulares prescrições, há-de constituir, todavia, uma espécie de "anticipatio mentis", com algum reflexo, como veremos, v.g., no artigo 26º da CRP e artigo 70º/1 do código civil. A sexualidade manifesta-se, de facto, no Direito, indiferente a qualquer rígida demarcação entre esfera individual e esfera colectiva, i.é., o "self regarding" e "other - regarding". No fundo, as distinções de BENTHAN, entre ética privada ("art of self government") e interesses sociais<sup>101</sup>, onde o "privado" frutificaria à margem do "público". No utilitarismo de BENTHAN, a esfera sexual, repousa sobre uma conotação privatística, onde o Direito (v.g., penal, civil) se deve limitar à protecção subsidiária dos pressupostos indispensáveis para a auto - realização humana, no sei da convivência social pluralista<sup>102</sup>. Daí a impossibilidade de se individualizar um rígido "standard" moral<sup>103</sup>. O mesmo pretende significar STUART

---

<sup>99</sup> LACAN, J., "Les écrits techniques de Freud", trad. ital., in La cosa freudiana, Torino, Cinaudi, 1972.

<sup>100</sup> cfr., VENTURA, P., "La psicoanalisi collettiva", Milano, 1984; idem, "Freud e la giuridicità della coesistenza. La psicoanalisi individuale", Roma, 1979, onde se recupera o conceito filosófico da subjectividade intencional e relacional.

<sup>101</sup> cfr., DINWIDDY, J.R., "Bentham on Private Ethics", in Revue internationale de philosophie, nº3, 1982, pág.141 e ss.

<sup>102</sup> cfr., BENTHAM, J., "A Fragment of Government", London, Baril Blackwell, 1948, pág. 420 e ss., 141

MILL<sup>104</sup>, quando assevera que "...A única parte da conduta de qualquer pessoa pela qual ela é responsável face à sociedade é a que diz respeito aos outros. Na parte que meramente diz respeito a si próprio a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si próprio, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano".

Esta sintética pré - compreensão do universo anglo - saxónico não é dispicienda, pois que, influenciou marcadamente o "Wolfenden Report"<sup>105</sup>, em 1957 (relatório sobre a descriminalização das práticas homossexuais consensuais e realizadas entre adultos, bem como assim da prostituição), bem como o norte - americano "Model Penal Code" do "American Law Institut".

Todavia, os limites da privatização do sexo ficariam por aí. DEVLIN<sup>106</sup> e HART<sup>107</sup>, um pouco mais tarde reproblemizam a relação entre o Direito e a moral, tentando surpreender a sexualidade na charneira entre o indivíduo e a sociedade. Surpreendemos aí DEVLIN a questionar-se sobre se esses amplos esforços subtraídos ao

103 Como afirma SIDGWICK, H. ("the method of Ethics", London, Macmillan, 1962, 8ªed., pág.329), "I ought to point out that the virtue of Purity is certainly not merelly self regarding, and is there fore properly out of place on this chapter: but the conveniance of discursing it along with temperance had let me to take it out its natural order".

104 MILL, J.S., "On liberty" (1859), in John Stuart Mill. A selection of his work, ed por J. M. Robson, Macmillan of Canada, Toronto, 1966, pág.13 e ss.

105 "Report of the comittee on Homosexual offences and Prostitution", Cmnd, 247 H.M.S.O., London, 1957. cfr., BAYLES, M. D., "Legislating Morality", in Wayne Law Review, nº22. 1973, pág. 759 e ss.

106 DEVLIN, P., "The enforcement of Morals", Maccabaen Lecture, in Jurisprudence of the British Academy, 1959, Oxford University Press, Oxford, 1954, reeditado sob o título, Morals and the criminal Law", in P. DEVLIN, "The enforcement of Morals", Oxford University Press, Oxford, 8ªed., 1981; HART, H.L.A., "Law, Liberty, Morality", Oxford University Press, 7ªed. , 1982

107 Assim, cfr., o resumo de DWORKIN, R., "Lord Devlin and the enforcement of Morals", in Yale Law Journal, 75, 1966, pág. 986 e ss.;idem, "taking Rights Seriously", Harvard University Press, New York, 1977, cap. 10, pág. 240 e ss.

controle normativo, não representam uma incapacidade conceitual perigosamente propensa, através dessa rígida separação entre direito e moral, a alimentar as tendências individualísticas. De facto, para este autor uma moral social comum é essencial para a subsistência da sociedade, além de que, esta pode legitimamente defender a convicção de que a sua moral constitui algo de valioso, que interessa preservar e ser defendido, contra qualquer alteração.

Ao invés, HART investe criticamente esta função: a sobrevivência da sociedade, enquanto tal, não pode axiomáticamente justificar a coactiva imposição dos seus "standards" morais<sup>108</sup>. Não se trata de assegurar, porém, a absoluta "privatização" da sexualidade, antes hipotizar a necessidade de assegurar um subtil equilíbrio entre a esfera privada da imoralidade, subtraída ao controle normativo e relevância de certa conformidade moral para a estabilidade e existência da sociedade. Trata-se, como nota GOLDING<sup>109</sup>, da clássica e utilitarista distinção entre "*acts done in private*" e "*acts done in public*".

---

108 ob. cit., pág. 52 e ss.

109 GOLDING, M.P., "*Philosophy of law*", Englewood cliffs. Prentice - Hall, 1975, pág. 61.

#### 4. Sexualidade e Direito: os limites de um novo paradigma

Vale isto por afirmar ao derredor desta problematização do pensamento de MILL e BENTHAN, que o "privado" se inscreve no "público" e vice versa, numa circularidade jamais concluída. Por exemplo, a exigência de protecção da sociedade, ao passo que induz ÉVLIN a sustentar a necessidade de "reprimir" a homossexualidade, leva HART, por seu lado a considerá-la irrelevante. A impossibilidade de estabelecer parâmetros absolutos tendentes à irradiação de controlo dialéctica intersubjectiva, que a sexualidade supõe, parece evidenciar constatação desconfortante<sup>110</sup>. O paradoxo é justamente este: a aparente impossibilidade de traçar a delimitação, constitui a conceituação a partir da qual a sexualidade se manifesta no direito. Com efeito, não pode em absoluto reiterar-se a inexistência de relações intersubjectivas - também na espera sexual - que se analisem juridicamente em si mesmas, e sem que deixem uma marca, um traço, mais ou menos consistente, por forma a subsumir-se aos elos menos consistentes de uma qualquer moralidade social ou universo de representações<sup>111</sup>.

Se isto é válido no discurso anglosaxónico, nem por isso foi e é nune a perspectivas semelhantes na doutrina germânica, designadamente, a partir da reforma Penal de 1973<sup>112</sup>. A delimitação do âmbito de recepção normativa da sexualidade, ancora-se em primitivas alternativas filosóficas, que vão desde a regulamentação de um ideal ético mínimo, até às exigências de se respeitar a "*fragmentaristisch*

---

110 Como refere GOLDING, M.P., ("*Philosophy of law*", cit., pág., 62), : "... yet no society had existed without some regulation of sex. The question is where to draw the line"

111 No dizer de JENKINS, I., ("*Social order and limits of law*", New Jersey, Princeton University Press, 1980, pág.376), "*Public morality wins in one case, the First Amendment in another, the doctrine of "redeeming of social values", tries to mediate between them; and finally the courts decide to leave the decision to "local standards". And then the process recommence*".

112 cfr., BÖCKLE, F., "*Sittengesetz und Strafgesetz in Katholischer Sicht*", in *Zur Strafrechtreform*, cit., pág.13; ANDRADE, C., "*Consentimento e Acordo*", cit., pág.391 - 393

*Natur*" do direito<sup>113</sup>, quais insuspeitas influências do idealismo, neokantismo dos vários discursos ontológicos.

Vem isto para repropor o significado de uma legislação penal ou civil<sup>114</sup> da sexualidade, na irresolúvel aporia da publicização/privatização.

De facto, visa-se a felicidade ou a estabilidade e coesão sociais? É, pois, legítimo separar rigidamente estes modelos ou antes compossibilitá-los numa assimilação axiológico - normativa de felicidade, liberdade (autodeterminação de expressão sexual), tutela penal, tutela civilística dos bons costumes e ordem pública ou, outrossim, é configurável uma autodeterminação subjectiva sem limites "so durch und durch mit Moral zu tun hat"?<sup>115</sup>. No fundo, sob um horizonte cultural diverso as mesmas interrogações, que vimos serem agitadas a propósito do "Wolfenden Report". Daí que, se possa afirmar que a sexualidade assume relevância directa e indirecta, seja no direito penal, seja no direito civil, coenvolvendo simultaneamente o âmbito privado, da liberdade e autodeterminação pessoal, e estoutro público, do controlo social<sup>116</sup>.

Com efeito, no direito civil esta aparente "ambiguidade" é visível no que aos efeitos sociais do matrimónio e bem assim às comuns e genéricas relações pessoais - e, nalguns casos patrimoniais - de família concerne. De facto, histórica e culturalmente tais instituições revelam-

---

113 Assim, BOCKELMAN, P., "Zur Reform des Sexual Strafrechts", in Festschrift für Reinart Maurach zum 70. Geb., Karlsruhe, Müller, 1971, pág. 391 e ss

114 Relevante, desde logo, no que concerne à limitação dos direitos de personalidade, estatuída no artigo 81º do Cciv 66, analisada em sede das pré - compreensões sobre a disponibilidade da integridade física, maxime, nos casos de esterilização voluntária e operação cirúrgica de mudança de sexo

115 cfr., DREHER, E.m "Die Neuregeung des sexualstrafrechts eine geglückte Reform?" in Juristische Rundschau, 1974, pág. 45 e ss.

116 cfr., ainda WOZZLEY, A.D., "The tendency to Deprave and Corrupt", in Law Morality and Rights, org. por M.A. STEWART, Dord recht - Boston - Lancaster, Reidel, 1983

se, justamente, na intersecção de um amplo campo publicístico, com um pequeno espaço de relevância do segredo, do privado por que íntimo. Tal fenómeno constata-se, desde logo, com os "ónus" e "presunções", que percorrem a convivência matrimonial<sup>117</sup>, face à individualidade casual e esporádica de singular relação sexual. A regra romana "*pater is est quem iustae nuptial demonstrant*"<sup>118</sup>, responde às exigências de um sistema de presunções com que direito pretende certificar e unificar os efeitos da relação conjugal, sem, todavia, violar, a intimidade dos cônjuges. O que, paradoxalmente, é posto em causa, com as hodiernas preplexidades que a(s) possibilidade(s) científica(s) de inseminação artificial colocam, no que às "*regras técnicas*" de estabelecimento da filiação, no quadro de uma pacífica regularidade estatística - da qual derivam as presunções legais - respeita<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> cfr., arts. 1826º, 1798º, 1605º, 1828º a 1831º, 1834º, ... do Cciv 66.

<sup>118</sup> D., 2, 4, 5, (Paulus).

<sup>119</sup> cfr., RIGAUX, M.N., "*Rapport general sur, le corp humaine, personnalité Juridique et famille*", in AA.VV., *Le corps et le droit, travaux de l'Association Henri Capitant*, 1975, XXVI, pág.13; SEMIZZI, C., "*Rilievi giuridici sull'inseminazione artificiale*", in *Giur. it.*, 1984, IV, pág.41 e ss.

É relevante notar como, seja no enfoque jurídico, seja na perspectiva teológica, se concorda em reputar lícita a inseminação artificial homóloga. Ulteriormente, os teólogos distinguem os métodos que levam ou não pressuposto o acto sexual, por forma a vincarem a incidibilidade entre relação sexual e procriação. Nas hipótese de inseminação artificial heteróloga, a preplexidade ética face à rotura dos vínculos naturalísticos repercute-se juridicamente, em toda uma "*área de conflitualidade*": a paternidade há-de ser imputada aquele que forneceu o sêmen ou ao marido da mãe? A maternidade, nos casos de fecundação "*in vitro*" é atribuída à mulher que forneceu o óvulo ou aquela onde se desenvolveu a "*spes vitae*" já concebida? Como estabelecer a paternidade nos casos de inseminação artificial mista? Como evitar, perante esta dissolução dos vínculos biológicos o perigo de relações incestuosas? Interrogações que fazem brotar fortes dúvidas sobre a legitimidade de alguns métodos de inseminação artificial, à luz das exigências de tutela dos "*conceitos indeterminados*" ordem pública e bons costumes. cfr., o projecto alemão BENDA/BERICHT (cfr., supra nota 60) de 1985, o "WARNOCK REPORT", britânico (Report of the comonitte of Inquiry into HUMAN FERTILISATION and EMBRIOLOGY) de 1984, o "*Avant - project de loi sur les sciences de la vie et*

Sem tomar em linha de conta as funções cultural, biológica ou económica da família e do casamento<sup>120</sup>, podemos limitar-nos observar como a "*relevância da aparência*" está ao serviço da protecção das relações familiares, face às ingerências de uma "*publicização*" totalitária; porém não se exclui que esta esfera tendencialmente autónoma seja disciplinada nas franjas de relevância social que vai assumindo. Trata-se, porém, de uma liberdade tão só tendencialmente absoluta, posto que se articula entre dois segmentos aparentemente contraditórios, senão vejamos. Se, "*stricto sensu*" não é configurável norma que imponha o dever jurídico de declaração da própria situação natural do pai ou da mãe<sup>121</sup>, por outro lado, o Código Penal Português de 1982, elege a falsificação ou supressão do estado civil como tipo legal de crime<sup>122</sup>. Onde se quedam, pois, neste extremado quadro, os limites do controlo e da intervenção? Acresce que, a rígida disciplina das relações de filiação, como vimos, se situa, seja a derredor da tutela da autonomia da vontade, seja em obediência a vínculos heterónomos, num complexo devir de vínculos naturalísticos e

---

*les droits de l'homme*", francês de 02/03/1989 (conhecido por project BRAIBANT, que já suscitou veementes críticas: v.g., os comentários de X. THEVENOT, in "*Le Monde*", de 03/04/1989, sob o título/Embryons: l'inacceptable), a Lei Espanhola sobre "*técnicas de Reproducion Asistida*" (Lei de 22/11/1988, nº 35, que prevê a conservação dos "*preembriones sobrantes*" até um maximo de 5 anos, nas "*bancas de esperma*" autorizados - art. 11º/3), em Itália, o relatório SANTOSUOSSO ("*Proposte di disciplina della nuova genetica humana*", de 22/11/1985), ou o "*Waller Report*", australiano ("*Report on the Disposition of Embryos Product by In Vitro Fertilization*", de 1984).

<sup>120</sup> Sobre isto, desenvolvidamente CAMPOS, D.L., de, "*Lições de Direito da Família e das Sucessões*", Coimbra, 1991, pág. 51 e ss.

<sup>121</sup> cfr., OPPO, G., "*L'inizio della vita humana*", in Rive. D.C., 1982, nº1, pág.512

<sup>122</sup> cfr., art. 195º do CP 82: "*Quem fizer figurar no registo civil um nascimento enexistente ou, quem de maneira a por em perigo a verificação oficial do verdadeiro estado civil ou posição jurídica familiar (...) será punido com prisão até dois anos ou multa até 100 dias*". Tipo legal de crime que apresenta certa semelhança com o disposto nos arts. 336º e 341º do Código Penal de 1886, muito embora estes últimos se inserissem no capítulo dos crimes contra o estado civil das pessoas, além de se exigir a intenção de prejudicar os direito de outrem.



complexo de presunções, tendentes à tutela geral do "*ius matrimonii*"<sup>123</sup>, reflexo v.g., da equiparação do filho nascido na constância de casamento perfeito aquéloutro nascido de um casamento putativo<sup>124</sup>.

Vem isto por sugerir a implicação função antropológica com que o testemunho histórico marca o casamento: a única forma de conformar as pulsões que brotam da incontrolável sexualidade, que se detectava já na cultura grega<sup>125</sup>, conquanto só muito mais tarde se tivesse institucionalizado<sup>126</sup>. Daí que, a sexualidade viesse a rever-se no

---

<sup>123</sup> Como assevera TRABUCCHI, ("*La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*", in Riv. D.C., 1982, nº1, pág.608) "*La legittimazione di un figlio: ecco la convergenza di due fenomeni, naturale e sociale*". O que, entre nós, atenta a genérica equiparação dos filhos nascidos dentro e fora do casamento - cfr., art. 36º/4 da CRP - ainda releva, segundo curamos, para os efeitos do nº2 do art. 1703º do Cciv 66 (caducidade das doações por morte feita por terceiro aos esposados).

<sup>124</sup> Maxime, para aqueles que, no quadro de uma pré - compreensão antropológica evidenciam a extrema frequência do recurso a "*fictio*" do "*casamento - fantasma*" (neste sentido HERITIER, F., "*Famiglia*", in Enciclopedia, Torino, Einaudi, 1979, vol. IV, pág.4 e ss), não só nas hipóteses do casamento putativo, mas também, nos casos, alheios ao nosso ordenamento, de "*casamento pós - mortem*", do "*same sex marriage*" - mesmo em culturas que exercitam a poliandria, ... Entre nós, parece prevalecer a consideração da autonomização jurídica do casamento putativo enquanto instituição autónoma (Assim, LIMA, P., in RLJ, 74º, pág.360; COELHO, P., "*curso de Direito da Família*", Coimbra, 1986, policopiado, pág.344 - 345

<sup>125</sup> cfr. SEGAL, C., "*Matrimonio e sacrificio nelle "trachinie" di sofocle*", in L'amore in Grécia, cit., pág.171 e ss. DURUP, S., "*L'espressione tragica del desiderio umano*", ivi, pág.156; WESTERNMARCK, E., "*The history of human marriage*"; visão esta que, na tradição cristã após a Reforma, se manifestou na interpretação do ensinamento de Jesus acerca da indissolubilidade do casamento. Se para os católicos foi recebida como um coagente e irrefragável imperativo, já para os protestantes foi entendida como exigência de perfeição, um ideal para o qual caminhar. Sem que se esqueça, todavia que a novidade da mensagem de Jesus, não foi tanto a confirmação da dignidade do casamento, como o background ético da compreensão da acção humana dos insondáveis mistérios da consciência individual. cfr., CAPUTO, G., "*Introduzione allo studio del Diritto Canonico Moderno*", vol.II, Padova, 1984, pág.17.

casamento, enquanto seu lugar privilegiado de legitimação, conquanto essencialmente exclusivo<sup>127</sup>. De facto, se no quadro da organização familiar a paixão emerge "*estruturada*", "*conformada*", posto subtraída à mais intensa dimensão lúdica - subjectiva, ao mesmo tempo se acha protegida da intervenção do Estado. Quer-se, com isto revelar tanto os esquemas de restrições, impostos à sexualidade pelas formas de dominação política e económica<sup>128</sup>, quanto aquela esfera íntima e intangível, que serve de esteio à liberdade individual.

Nesta ambivalência se revê a trama mais elaborada da relação público - privado, pois, a família não é só uma estrutura social, económica ou política, que exclui a sexualidade, ou pelo menos, a refreia ou atenua<sup>129</sup>. Mais não vislumbramos aqui do que uma instituição na qual convivem direito e dever, abertura e recato. Daí que, é nesta concatenação entre uma sexualidade alheia a qualquer ónus e uma outra plena de encargos e restrições, que se intui o esforço do legislador, no sopesamento e integração das várias alternativas. O que só vem confirmar a asserção de que, sem se constituir como facto puramente público ou privado, a sexualidade assume-se enquanto "*locus*" normativo, no qual convergem as diversas injunções emergentes destoutras esferas da realidade .

---

126 Sobre a institucionalização do casamento, cfr., por todas, CAMPOS, D.L., de, "*A Evolução do Direito Matrimonial*", Coimbra, 1989, pág.14 e ss, idem, "*Lições de Direito da Família e das Sucessões*", cit., pág.67 e ss, maxime, 71 - 77

127 cfr., ERICSSON, L.O., "*Charges against Prostitution*", in *Iustitia*, 1980/3, pág.337 e ss: "*in virtue of its intimate relation to reproduction, the monogamous marriage constitutes the sexual institution, in society wich is ranked the highest and wich receives the strongest support from law and mores*". Contra, PATEMAN, C., "*Defending Prostitution: charges against Ericsson*", *ivi*, 1983/3, pág.561 e ss

128 Como explica REICH, ("*La rivoluzione sessuale*" trad. ital., Feltrinelli, 1978, 12ª ed., pág.47): "*La concezione della moralità convencionale e un pilastro dell'istituto matrimoniale autoritario; é in contradizione con la soddisfazione sessuale e presuppone un atteggiamento sessuo - negativo*".

129 Assim, FOUCAULT, M., "*História da sexualidade, ...*", cit, pág.96 e ss

## 5. Corpo e liberdade

Limitarmo-nos a recensear algumas questões teórico - normativas acerca da relação entre a sexualidade e o direito, no quadro de moveções elementos de relevância pública ou privada, seria evidentemente redutor. A sexualidade carece tanto de interesse e relevância individual, quanto da marca de heteronomia do interesse público, constitucionalmente densificado.

Com efeito, a sexualidade é incapaz de se exprimir num absoluto altruísmo ou total egoísmo. Talvez a leitura marcusiana de FREUD, consiga fixar este equilíbrio no "princípio do desempenho" ("*performance principle*")<sup>130</sup>, que coenvolve a subtracção da libido ao princípio do prazer, em ordem a fins socialmente úteis: corpo e espírito passam a ser instrumentos de trabalho alienado; como tal, podem funcionar na medida em que renunciem à liberdade do sujeito - objecto libidinal, que o organismo primariamente é e deseja. FOUCAULT, fala, por outro lado de um sistema matrimonial de ordenação e conformação das relações de parentesco, da transmissão do nome e dos bens, no qual a sexualidade ou o discurso sob o sexo, se insere no discurso das sociedades modernas, desde o século XVII<sup>131</sup>. Já para não falar no sugestivo discurso de SCHELER<sup>132</sup> sobre o pudor, enquanto sentimento, no qual convergem dinamicamente, quer o "*momento qualitativo*" do amor, quer o momento quantitativo da pulsão sexual, aí onde, nessa dialéctica se propiciam condições à "*libido*" de se transformar num momento relacional, através da parcial repressão das pulsões auto - eróticas, qual deferimento do prazer.

Flui das interpretações atrás sugeridas a emergência de um constante referente cultural, no que à relevância social da sexualidade

---

<sup>130</sup> MARCUSE, H., ob., cit., cap. 10, ainda, pag.46

<sup>131</sup> FOUCAULT, M., ob., cit, pág.61 e ss.

<sup>132</sup> cfr., SCHELER, M., "*Pudore e sentimento del pudore*", trad. ital., Napole, 1979, pág.36

respeita. E, trata-se de um efeito induzido, culturalmente, também numa estrutura conceitual e existencial, qual sub - sistema social que constitui o direito.

Relevante, é, destarte, surpreender o modelo através do qual o Direito intui e regulamenta a sexualidade. Esse modelo parece poder ser decantado no corpo. Pois, se a sexualidade, é por essência uma entidade relacionante, o corpo não pode deixar de se assumir como o instrumento de relação. Com efeito, como assinala Sergio COTTA<sup>133</sup>, no quadro da comunicação afectiva ou intelectual, o corpo é a mediação intersubjectiva, uma linguagem. Não é por acaso que MERLEAU - PONTY<sup>134</sup> atribui a esta estrutura ontologicamente dialéctica o valor hermeneutico de encontro sujeito - objecto, que surpreende no sexo o radical subjectivo dos sentidos, no qual se assumem todas as compreensões. Todavia, ao que vai dito, do ponto de vista jurídico, o discurso é o da perplexidade. Na realidade, não faltam autores que criticam o excessivo apelo idealista do ordenamento jurídico a uma concepção de homem, enquanto "*criatura de excepção*", cuja essência seria inatingível a partir dos elementos físicos e biológicos. O que se intui, atento o singular destino da humanidade, no sentido de conformação aos desígnios divinos, acabando por circunscrever o corpo a uma abstracta sacralidade<sup>135</sup>, lá onde arcaicas superstições

---

<sup>133</sup> cfr., COTTA, S., "*Il corpo tra mortalità e transfigurazione*", in *Il corpo perché?*, Brescia, 1979, pág.75; vd., também, SOMMAVILLA, G., "*Il corpo como linguaggio*", in *Il corpo, "communio"*, 1980/54, pág., 53 e ss..

<sup>134</sup> MERLEAU PONTY, "*Fenomenologia della percezione*", (trad. ital.), Milano, Il Saggiatore, 1965, pág.224 e ss.

<sup>135</sup> cfr., CARBONNIER, J., "*Droit civil*", Paris, P.V.F., 1965, I, pág.178; NERSON, R., "*L'influence de la biologie et de la medicine modernes sur le droit civil*", in *Etudes de droit contemporain*, Paris, 1970, pág.79, e ss.; "*Biomedical, Ethics and the Law*"; org. por J.M. HUMBER e R.F. ALMENDER, New York - London, Plenum Press, 1976; DECOCQ, A., "*Essai d'une théorie générale des droits sur la persone*", Paris, libraire générale de droit et de

concorrem para o menosprezo ou desconsideração do agitar dos inúmeros problemas, que nessa sede se consignam. Note-se que o princípio da intangibilidade e indisponibilidade psico - física, vazado no Digesto<sup>136</sup> e reproduzido nas legislações de ordenamentos vários, é tanto absoluto, quanto heterogéneo no seu escopo de recompreensão, atinente às várias formas de restrições, que ainda regem sobre matrizes doutrinárias e jurisprudenciais diversas, a esfera sexual (a ilicitude da castração voluntária, a doação de sémen, a intervenção cirurgica de modificação dos caracteres sexuais externos), ou limitações concernentes à terapia, no âmbito do transplante de órgãos. Porém esta ambígua injunção do "*noli me tangere*", que a ciência jurídica adaptou passiva e acriticamente ao movimento de codificação do século XIX, já pressentia um horizonte científico em mutação, a partir da elaboração dogmática - iluminista da século XVII, no apelo de **DIDEROT** a uma clara acentuação naturalista, aí onde, ao Direito mais não restaria do que dissolver os véus da metafísica, adequando as normas jurídicas a uma compreensão do corpo, que não prescindisse dos dados da ciência médica. Daí que, tão só mais tarde, ao derredor da problemática político - ideológica da "*libertação*", se tome consciência em quanto as deformações culturais facilitaram a difusão de uma ideologia de desprezo pelo corpo, no âmbito de um processo de instrumentalização social<sup>137</sup>.

Por um lado, a condenação da dimensão lúdica da sexualidade, enquanto expressão puramente instintiva e material do corpo, conformou culturalmente o papel da mulher, predisponda-a a aceitar acriticamente o protagonismo de "*mãe - objecto*", aí onde o corpo releva tão só na medida em que é referente de um determinado papel

---

Jurisprudence, 1960, pág.7; **GEMMA, G.**, "*La procurata impotenza non é sempre reato*", in *Giurisprudenza di merito*, 1976/2, pág.54 e ss.;idem, "*Sterillzzazione e diritti di libertà*", in *Riv.TDPC*, 1977, pág.247 e ss.

<sup>136</sup> cfr., D., 9, 2, 13: "*dominius membrorum suorum nemo videtur*". E também no Código de Direito Canónico (can.: 985 e 2350)

<sup>137</sup> cfr., **BAUDRILLARD, J.**, "*A sociedade de consumo*", trad. port., pág.; **LYOTARD, J.F.**, "*L'economia libidinale*", trad. ital., Firenze, 1978

social. No fundo, também impositões da ciência médica oitocentista, aparentemente, da reflexão do enciclopedismo, que estruturaram os rígidos modelos, nos quais o "code civil" fundou a discriminação<sup>138</sup>. Até porque, o menoscabo de todos os elementos físicos e biológicos favoreceu a assimilação jurídica da relação de trabalho à "locatio - conductio operarum"<sup>139</sup>, na qual a prestação de energia física se revê numa pura objectividade.

Apuramos, destarte, um entroncamento de correntes filosóficas e ideários, unanimemente coincidentes na subtracção do corpo a uma efectiva recompreensão normativa, prespectivando - o tão só como um estereotipo de sacralidade, para depois se assitir a uma quase - violação da integridade física, nas relações laborais do domínio. De resto, em qualquer destas pré - compreensões afigura-se impossível erigir o corpo ao estalão de instrumento privilegiado de análise, na assimilação jurídica da sexualidade. Bastará, somente, recensar que, após séculos de ignorância e desprezo, o corpo e a sexualidade pretendem alcançar um exponencial e autónomo valor, reivindicando, uma imediata relevância normativa. Passado e presente veêm-se convocados para a delimitação da linha, entre aquilo que o corpo representou e aquilo que se pretende seja, aí onde será curial atentar no conselho de GIL<sup>140</sup>: "*Non si é mai finito di far violenza alla violenza per ritrovare il corpo che si è smarrito nei segni, nella scrittura e nelle scienza, nelle instituizione e nella guerra*". Ao cabo e ao resto, trata-se de marcar um ponto de descontinuidade, naque!a linha de continuidade do desprezo

---

<sup>138</sup> cfr., MCLAREN, A., "Some Secular Attitudes Toward Sexual Behaviour in France", in "French Historical Studies", 1973/3, pág.604 e ss.

<sup>139</sup> cfr., sobre a "locatio - conductio" LOUREIRO, J.P., "tratado da locução", vol.I, Coimbra, 1946, pág.42, nota 2, TELLES, G., in "Exposição de Motivos", BMJ, nº83, pág., 142 e ss.; GOMES, O., "contratos", 2ª ed., Rio, 1966, pág.282 e ss.; GONÇALVES, C., "Tratado de Direito Civil", vol.VII, pág.540; MOREIRA, G., "Lições de Direito Civil Português", 1903 - 1904, pág.370; FROTA, M., "Contrato de trabalho", Coimbra, 1978, pág.17 e ss.

<sup>140</sup> GIL, J., "corpo", in Enciclopedia, Torino, Einaudi, 1978, vol.III, pág1096, por forma a não perpetuar a mesma visão que se pretende denunciar

platónico e maldição cristã pela carne, passando pela laceração cartesiana - onde a razão reduz a carne a uma "*res extensa*", totalmente anódina para o cogito - qual visão que esteve na origem da ciência moderna, com a sua nova noção de objectividade assente, no modelo da lei causal e na radical separação entre "*facto*" e "*valor*" - corpo/sexualidade "*versus*" instrumentalização ontológico - normativa<sup>141</sup>.

Todavia, bem mais relevante do que agitar alguns modelos ideológico - culturais é mister, sobretudo, dilucidar numa perspectiva normativa onde é que a identidade pessoal vem a ser assimilada pelo Direito. Quais são os elementos que marcam juridicamente a identidade pessoal e em que medida vai aí compreendida a sexualidade?

---

<sup>141</sup> cfr., supra, nota 6, 12, 14, in fine.

## 6. Identidade sexual e identificação jurídica. O registo civil

A despeito da sua relevância, a relação entre identidade pessoal e identificação jurídica é das mais inapreensíveis do ordenamento jurídico, volatilizando-se gradativamente na sua confrontação com os variegados "*approaches*" culturais, que caracterizam o nexu umbilical entre o indivíduo e a sociedade. Perante tal espectro antropológico, não será estranhável que o processo de identificação da personalidade, em sede do ordenamento jurídico tenha sido mais ou menos arbitrário, consoante a presença maior ou menor de margem de discriminação. Daí que, perante o modelo social de não discriminação - nos cambiantes em que se pode rever - não só se acentua o grau de generalização e despersonalização, como os modelos de identificação pessoal serão tanto mais indeterminados, quanto mais o Estado pretende ser onnicomprensivo e onnisciente<sup>142</sup>. Não é por acaso que PLATÃO<sup>143</sup> fazia coincidir o início da personalidade com o momento

---

<sup>142</sup> É pois, mister precavermo-nos contra as tendências mais radicais que responsabilizam o Estado, e, a constituição e as leis por "*directivas materias de igualdad*", onde a liberdade seria um meio de igualdade, em vez de uma "*igualdade de condições*", ou "*igualdade de meios*", conduzindo, a final a um processo de des - subjectivização dos direitos fundamentais, sempre que, por exemplo se lhes pretende atribuir uma dupla natureza (direito/dever) ou uma exagerada multifuncionalidade e titularidade a grupos ou classes de indivíduos (consumidores: art. 60º: da CRP; trabalhadores: art. 53º e ss., idem); o que, até poderia ir ao arrimo da mais elaborada posição jurídico - sociológica de SANTOS, B.S. ("*O Estado e o Direito na transição Pós - Moderna*", . . . cit., pág. 37): "*Entre o individualismo e o colectivismo propomos o colectivismo da subjectividade como uma das vias possíveis de construção de uma nova teoria de subjectivização jurídica*". Sobre os princípios da liberdade e igualdade nas concepções antinómicas de, por um lado, CANOTILHO/VITAL MOREIRA e por outro, Lucas PIRES, J.C. VIEIRA ANDRADE, Barbosa de MELO, Ana PRATA, ..., cfr., CANOTILHO, J.J., "*constituição dirigente, ...*", cit., pág.380 e ss.; idem, "*Direito constitucional*", cit., pág.335; PIRES, L., "*teoria da constituição, ...*", cit., pág.341 e ss.; ANDRADE, J.C.V., "*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*", Coimbra, 1983, pág.93, 99, 147, 148, 160, ...; MELO, B. de, "*Democracia e Utopia*", Porto, 1980, pág.29; PRATA, A., "*A tutela constitucional da Autonomia Privada*", Coimbra, 1982, pág.214, 216.



de inscrição nos registos e que, historicamente, a instituição e organização do registo civil se analise no âmbito do reforço do poder político. Vejam-se, v.g., a compilação Justinianeia, as preocupações de registo e prova do casamento a partir do concílio de Trento, entre nós, a organização dos conservatórios do registo civil e o primeiro código de registo civil, de 1911, ...<sup>144</sup>. O cartão de contribuinte, cartão de eleitor, registo criminal, assento de nascimento, assento de casamento, certidão de óbito, ... sinais e signos, através dos quais o Estado padroniza e gere a identidade, mais não seja mediante estes simulacros do quotidiano.

Com efeito, é sabido que a inscrição de factos ou actos jurídicos no registo civil condiciona, invariavelmente a vida futura do indivíduo, ao cristalizar determinadas qualidades e modos de ser, que pré-constituem facetas do desenvolvimento existencial do indivíduo. Até porque a inscrição /transcrição registral - de adopção, de declaração do estado de bandono, de inabilitação, ... - não deixa de conferir um "background" ao sujeito no contínuo processo de construção de uma "imagem de si", bem como constitui um nexos de referência da imagem que os "outros" têm de si<sup>145</sup>. Doutra sorte, só através de inscrição registral a vida da pessoa se volve numa "biografia jurídica", já por se lhe conferir imediata relevância, já porque existe um "quid", ao qual a tutela do ordenamento jurídico irá referido. Há como que um momento de "expropriação" da essência da entidade pessoal e um outro de "investidura na posse" da personalidade jurídica/identidade pessoal - processo este que já se tinha iniciado com a declaração de personalidade jurídica, para alguns na altura da concepção, para outros na altura do

---

<sup>143</sup> "De legibus", 785 a, 782. Em geral sobre o registo do estado civil na experiência jurídica grega, cfr., BISCARDI, A., "Stato Civile" (presso i Greci), in NDI, Torino, 1971, XVII, pág.301 e ss.

<sup>144</sup> Sobre este desenvolvimento histórico, cfr., AZZARITI, G., "Stato Civile", in NDI, cit., supra, pág.294 e ss.

<sup>145</sup> Como refere GOFFMAN, E., "Expressione e identità", trad. ital., Milano, 1979, , pág.86, o sujeito na inscrição registral encontra já um "Eu" feito para si. Não é dispiciendo, por tal, que o nome, seja um modo comum de "fixar" a identidade .

nascimento<sup>146</sup>. Só através de uma enunciação elíptica e abstracta é possível realizar o encontro imediato (e indeferenciado) entre a pessoa e a norma. Não que o Direito esteja povoado de fantasmas sem consistência material, aí quando uma relação virtual se materializa. Porém, certo é que tal preocupação se explicita, desde logo, no Processo Penal<sup>147</sup>, com a identificação do arguido, ou no Processo Civil<sup>148</sup>. O que vale por fazer intuir, que o Direito capta sempre a pessoa como uma entidade já dada, que tão só pelo simples facto da sua existência, se alça a centro de imputação normativa. Daí que, não se estranhe a estatuição do nº1 do artigo 4º do Código do Registo Civil: "*A prova resultante do registo civil, quanto aos factos que a ele estão obrigatoriamente sujeitos e ao estado civil correspondente, não pode ser ilidida por qualquer outra, a não ser nas acções de estado enas acções de registo*". E, tal, preceituado ganha inteligibilidade à luz do nº1 artigo 126º, do mesmo diploma: Além dos requisitos gerais, o assento de nascimento deve conter os seguintes elementos:

---

<sup>146</sup> cfr., art. 66º do Cciv 66, eliminando-se a referência à figura humana, constante do artigo 110º do Código Civil de 1887, e à viabilidade, i.é., "Quod monstret futurum", na opinião de Festus; cfr., art.30º do Código Civil Espanhol, 725º do Code Civil. Entre nós, defendendo a aquisição de personalidade jurídica, no momento da concepção, CAMPOS, D.L., de, "*Lições...*", cit., pág.508 - 511; idem, "*A vida, a morte e a sua indemnização*", Lisboa, 1987 (sep. do BMJ, nº365); ainda, TERRÉ, F., "*La crise de la loi*", in Archives de Philosophie du droit, 1980, pág.67 e ss.; BURDEAU, G., "*Le dépassement de la loi*", ibi, 1963, pág.35 e ss; CORNU, G., "*Droit civil. Introduction. Les personnes. Les liens*", 458 e 459; contra, entre nós, v.g., COELHO, P., "*Direito das sucessões*", Coimbra, 1974, (policopiado), pág.72 e ss., e demais doutrina portuguesa; Vide, ainda MARTY, G./RAYNAUD, P., "*Droit civil. Les successions et les libéralités*", Paris, 1983, pág.23; idem, "*Droit civil. Les personnes*", nº12; OPPO, "*Notte sull'instituzione di non concepti*", in Riv. TDPC, 1948, pág.2 e ss

<sup>147</sup> cfr., arts. 342º (identificação do arguido) e 348º/3 (inquirição de testemunhos), do CPP 87.

<sup>148</sup> cfr., arts. 635º (Juramento e interrogatório preliminar), 618º (inabilidades legais), 195º/1, b (falta de citação, erro na identidade do citado), do CPC.

- a) O dia, mês, ano e, na medida do possível, a hora exacta do nascimento;
- b) A freguesia e concelho de naturalidade;
- c) O sexo do registando;
- d) O nome próprio e os apelidos (...).

Como claramente defluiu, o legislador ao impôr uma imediata e indissolúvel relação entre identidade pessoal e identificação social, relega a certificação dos elementos subjectivos - maxime, sexo - à mera verificação - atestação por parte das pessoas a quem compete efectuar a declaração de nascimento<sup>149</sup>. Ora, suprimento das omissões, irregularidades, deficiências ou inexactidões, só pode efectuar-se no quadro, ou, a) do processo de justificação judicial<sup>150</sup>; b) do processo de justificação administrativa<sup>151</sup>; c) em acção do estado com processo ordinário<sup>152</sup>. Constatação superficial, mas suficiente para verificar a inexistência, nesta disciplina assaz detalhada e densificante, no que à distinção processual das diversas hipóteses concerne, de um qualquer critério legal que possa ser convocado para presidir à certificação do sexo do registando. Por isso que, em caso de dúvida, não existem critérios sólidos - nem talvez tenham de existir - para o efeito de relevar o perfil somático, cromossómico/gonadal, ou psicológico<sup>153</sup>. O

---

<sup>149</sup> cfr., 118º, do CRC 78; de resto, o funcionário do registo civil que recebe a declaração de nascimento, não só pode averiguar a exactidão dos mesmos, socorrendo-se dos documentos exibidos, dos registos em seu poder e das informações que lhe for possível obter (cfr., nº3 do art. 126º, *idem*).

<sup>150</sup> cfr., art. 299º/1/2, do CRC.

<sup>151</sup> Justamente, o do artigo 115º do CRC.

<sup>152</sup> cfr., nº3 do art. 299º do CRC , "... cumulativamente com outro a que corresponda essa forma de processo"

<sup>153</sup> cfr., entre outros, PALMIERI, V.M., "Sesso (*Diagnosi e mutamento di*)", in NDI, Torino, 1970, XVII, pág.226 e ss; MUELDERS, M.T./KLEIN, "Les incidences de la verité biologique en droit de famille", in *Le corps humain et le droit*", cit., pág.41 e ss; GROFFIER, E., "De certains aspects juridiques du transexesualisme dans le droit québécois", *ivi*, pág.213 e ss.;

espírito que lhe vai ínsito, a despeito dos "casos duvidosos", é justamente aquele que impõe uma clara identidade física, com base na qual cada pessoa desde o nascimento, o seu particular papel social. Daí que, nestea rígida descontinuidade entre sexo masculino e sexo feminino, não se acha espaço quer para o hermafrodita, pseudo-hermafrodita quer para transexual. À "sexualidade imperfeita" não se atribui, pois, qualquer relevo<sup>154</sup>. Pode, pois, afirmar-se, que o ordenamento jurídico - quiça imbuído de uma convicção cartesiana - faz corresponder a uma eventual indeterminação psíco - sexual, posto só mais tarde estabilizada, a determinabilidade e univocidade dos caracteres sexuais externos. Eis o motivo por que o aparato sexual externo, maxime o perfunctário exame dos genitais externos, sempre tenha constituído, desde o fim da época pós - clássica, o único critério de dilucidação da "inter - sexualidade". Uma solução tão natural, quanto desnecessária a sua consignação normativa<sup>155</sup>. De resto, até o

---

HAAG, J./SULLIGER, T. L., "Is he or isn't she? Transexualism: Legal impediments to integrating a product of medical definition and technology", in Washburn Law Journal, 1982, nº21, pág.342 e ss; PFÄFFLIN, F., "Psychiatric and legal implications of the new law for transsexuals in Federal Republic of Germany", in International Journal of Law and Psychiatry, 1981, nº4, pág.191 e ss; WÅLLINDER, J./THUWE, I, "A law concerning sex reasigment of transexual in Sweden", in Archives on Sex Behaviour, 1976, nº5, pág.255 e ss; STEPHEN, J./MUCKER, "Medical - Legal Issues", in Gender Dysphoria, org. por Betty W. Steiner, New York and London, Plenum Press, 1985, pág. 395

<sup>154</sup> O que ocorre, pense-se, desde logo, nos casos de incapacidade de exercício de direitos, onde o legislador já atribui beleza a essa outra "subjectividade incompleta", através de macanismos da representação legal, tutela, assistência, poder paternal, administração de bens

<sup>155</sup> Pelo menos, directamente. Pois, designadamente, quanto à capacidade para testar, o critério supra indicado era nitidamente convocado. cfr., D. 28, 2, 6 (Ulpianos libro 3. ad sobinum), pr. (...) Hermaphroditos plane, si in eo virilia praevalerunt, postumum heredem instituere poterit (O hermafrodita, ao contrário, poderá instituir o nascituro, se nele predomina o sexo masculino). Recorde-se, também, que a "inspectio corporis", da compilação justinianeia, era no direito grego a fase preliminar, a partir qual o jovens, após os dezoito anos, poderiam ser apresentados à Assembleia, após o que se verificava a maturidade física e se atestava a cidadania, seguidas da inscrição no registo. cf., BISCARDI, A., "Diritto greco antico", Milano, 1982, pág.80 e ss.

ideário do "état politique" da própria revolução Francesa, não poderia prescindir do "état civil", qual estado civil laico, constitutivo da personalidade, com que cada "citoyen" se haveria de munir igualmente, para os efeitos de uma abstracta e indiferenciada referência normativa<sup>156</sup>. Parece, destarte, que o ordenamento jurídico sempre efectuou uma "leitura natural" da sexualidade, da sua manifestação e produção de efeitos<sup>153 - A</sup>.

Como precedentemente evidenciámos, o modelo abstracto dos requisitos formais, que dão corpo aos elementos do estado civil, pressupõe a existência de um dado natural idóneo a conferir ao processo de identificação uma objectiva e uniforme determinação. Ora, os limites deste processo têm sido tradicionalmente plasmados, ora nos artigos 149º e 150º do Código Penal, ora no nº2 do artigo 280º e 81º do Código Civil<sup>157</sup>. Indicaçõese, aliás, recorrentes nos outros ordenamentos. É o caso do artigo 5º do codice, que veda "gli atti di disposizione del proprio corpo (...) quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità psico - física, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine publico o al buon costume". Na Alemanha, o. & 226a do STGB<sup>158</sup>, pune as lesões da integridade física,

---

<sup>156</sup> Sobre isto, cfr., CARBONNIER, J., "Droit civil", cit., pág.215, e bibliografia aí citada.

<sup>153 - A</sup> Paradigmático desta descontinuidade é o artigo 130º/2, do CRC, ao impôr que nos assentos de gémeos se exarem as particularidades físicas de carácter permanente, identificadoras de cada irmão nascido de parto múltiplo, contanto que sejam do mesmo sexo (morfológico genital).

<sup>157</sup> cfr., o nº1 do art. 149º do CP 82: "Os bens jurídicos violados por ofensa no corpo ou na saúde consideram-se livremente disponíveis pelo seu titular quando o facto não ofenda os bons costumes". Ainda o nº2 do art. 280º do Cciv 66: "É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes". cfr., CHERUBINI, M., "Tutela della solute e c.d. atto di disposizione del proprio corpo", in AA.VV., tutela della salute e diritto privato, Milano, 1978, pág.71 e ss.

<sup>158</sup> E bem assim do & 90 ÖSTGB. cfr., ZIPF, H., "Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung in Strafrecht", in ÖJZ, 1977, pág.379 e ss.

que sejam contrárias aos bons costumes ("*guten sitten*")<sup>159</sup>. Em França e bem assim nos países da sua área de influência cultural, tão só se santificam os actos de disposição da integridade física, atinentes a um escopo moral lícito<sup>160</sup>. Ao invés, já na escola anglo - saxónica o problema merece uma solução acentuadamente subjectivista, em ordem aos valores da liberdade e da autodeterminação pessoal. A máxima é, já desde 1914: "*everyone (...) has a reight to determinate what shall be done with is own body*"<sup>161</sup>. A disponibilidade da integridade contem-se nos extremos do "*informed consent*".

---

<sup>159</sup> cfr., EDLBACHER, O., "*Körperliche, besonder ärztliche Eingriffe an Minderjåringen aus zivilrechtlicher Sicht*", in ÖJZ, 1982, pág.365 e ss., ainda sobre a legislação austríaca. Na Alemanha, por exemplo ZENKER, R., "*Ethische und rechtliche Probleme der Organtransplantation*", in Festschrift Für Paul Bockelmann zum 70.Geb., München, 1979, pág.481 e ss.; BAUMANN, J., "*Strafrecht Allgemeiner teil*", 8ª ed., 1977, pág.338; JACOBS, G., "*Strafrecht Allgemeiner teil*", Berlin, 1983, pág.361

<sup>160</sup> cfr., v.g., no direito belga, DIJON, X., "*Le sujet de droit en sons corps. Une mise a l'epreuve du droit subjective*", Namur, Société d'etudes Morales, Sociales et Juridiques, 1982

<sup>161</sup> Assim, Schloendorff V. Society of New York Hospital 211 N.Y., 105 NE 92 (1914), precedente que tem vinculado com maior ou menor intensidade a Jurisprudência norte - americana. cfr., STASON, E.B., "*The role of the law in Medical Progress*", in Medical Progress and the law, org. por Clark C. Havighurst, New York, 1969, pág.21 e ss. Também no caso Erickson V. Dilgard, 44 Misc. 2d , 27, 28, 252, N.Y.S. 2d 705, 706 (sup. ct. 1962) o "*Supreme court*" asseverou que "*it is the individual who has the final say and (...) this must necessarily be so in a system government wich gives the gratest possible protection to the individual in the futherance of this own desires*". cfr., ROTH/WILD, "*When the Patient Refuses treatment: some observation and Proposal, for handling the difficult case*", in St.Louis University Law Journal, 1979, nº23, pág.425 e ss.; BRANT , "*Last Rights: An Analysis of Refusal and with holding of treatment cases*", in Modern Law Review, 1981, nº46, pág.337 e ss.; SHAPIRO, R.S., "*Medical treatment of Defective New borns: An Answer to the "Baby Doe", Dilemma*", in Harvard Journal on Leg., 1983, nº20, pág.139. No Reino Unido, cfr., v.g., LENG, R., "*Death and the Criminal Law*", in Modern Law Review, 1982, nº45, pág.206 e ss.; DWORKIN, G., "*the Law relating to organ transplantation in England*", in Modern Law Review, 1970, nº33, pág.1970 e ss.

Como se vê, no horizontal ocidental continental é ainda largamente prevalecente a tradição romanista da indisponibilidade dos direitos da personalidade ao colocar a integridade física (psíquica) como um elemento irrenunciável, posto que envolvente da personalidade jurídica<sup>162</sup>. Exigência que se projecta para além da vida já a tutelar o respeito material do cadáver<sup>163</sup>, qual "*spes*" última

---

<sup>162</sup> Neste sentido, a posição clássica de DE CUPIS, A., "*I diritti della personalità*", Milano, 1982, 2ªed., pág.111 e ss.

<sup>163</sup> O princípio plasmado supra prolonga-se, de certa maneira no nº1 do art.71º, para aqueles que vêem nesse sentido um desvio à cessação da personalidade com a morte (cfr., LIMA, P./VARELA, A. "*Código Civil Anotado*", vol.1, 2ª ed. (1979), pág.90 CARVALHO, O., "*Os direitos do Homem no direito civil português*", cit., pág.41 e ss. ; GONÇALVES, P., "*Direitos de personalidade e sua tutela*", 1974, pág.6 e ss; BRITO, M. de , "*Código Civil Anotado*", I, 1968, pág.84 e ss.....;contra PINTO, M., "*Teoria Geral, ...*", cit., pág.203, que entende o art.71º/1 do Código Civil enquanto norma dirigida à protecção de interesses de pessoas vivas, afectadas por actos ofensivos da memória do falecido). Continuidade esta que se prolonga no direito penal, no art.226º do CP 82 (destruição, subtracção, ocultação, e profanação de cadáver), ou num enfoque mais objectivista o nº1 do art.234º, idem, ao punir a passagem de certificados falsos relativos à morte de uma pessoa. Ou ainda, a violação das regras sobre enterramento, marcadas já por ingentes preocupações de saúde pública, tipificada como contra ordenação, nos termos do art.24º do DL nº274/82. Além de que, é discutível à luz das disposições penais se se submete ao tipo do art.226º do CP 82, a tutela do nado - morto com ou sem maturação fisiológica (contanto que se respeite o conceito de nascimento plasmado no Decreto - Lei nº44128 de 28/12/1962), ou a do feto morto precocemente. A alternativa, para além da vertente casuística - exegética é interessante na medida em que ilumina a importância da aparência. Ainda à luz da relação corpo - existência jurídica, atenda-se ao preceituado no artigo 242º do CRC que sujeita ao registo civil o produto da fecundidade - nas hipótese de morte fetal - i.é., o nado - morto, contanto que a gravidez haja durado mais de 28 semanas. O que constitui uma excepção aos princípios do registo civil, que apenas respeita as pessoas singulares dotadas de personalidade jurídica, pelo menos, para a esmagadora maioria da doutrina portuguesa. Conquanto tal registo tenha fundamentalmente escopo estatístico, pode ser chamado à colocação para aqueles que entendem iniciar-se a personalidade jurídica com a concepção (Assim, CAMPOS, D.L., de , "*Lições, ...*", cit., pág.508 - 511), designadamente para efeitos de "capacidade sucessária total", ou seja, chamamento de "*pessoa existente*" e concomitante devolução patrimonial, aí onde, por exemplo, actuaria a transmissão do direito de aceitar ou repudiar a herança a beneficiar os herdeiros - um dos pais - do nascituro nado -

daquela estrutura morfológica que havia enformado a aparência do ser humano. Vale isto por dizer que, seja a vertente penal, seja sob o ponto de vista civilístico, o corpo desempenha a função de estrutura que suporta a relevância jurídica da identidade pessoal. Até porque, o próprio "*informed consent*", se, parece facultar uma disponibilidade tão ampla a ponto de subvalorizar o elemento biofísico, ancora-se, na realidade, na matriz filosófico - antropológica, que toma como referência o corpo para o efeito de delimitação das esferas de liberdade e autonomia pessoal, face às exigências das consabidas cláusulas gerais da ordem pública e dos bons costumes. Não representam mais do que as preocupações filosóficas do liberalismo clássico, que levavam LOCKE a afirmar que cada um é proprietário do seu próprio corpo, sobre o qual ninguém tem direitos a não ser ele mesmo.

Esta concepção, diríamos, privatística das situações subjectivas atinentes ao corpo, acaba, depois, por iluminar com singular eficácia o modo como naturalisticamente se deliniou o conceito de integridade psíco - física, já a exprimir uma ideia de totalidade de per se, posto que unívoca e clara, para o efeito de qualificação jurídica das possíveis relações entre o indivíduo e as suas características naturais. Daí que, se intua a suficiência e o conforto de uma classificação doutrinal a optar para um totalizante "*ius in se ipsum*", no sentido de direito sobre si mesmo<sup>164</sup>, a fórmula omnicompreensiva de tutela de uma qualquer

---

morto, acaso o outro progenitor tivesse falecido antes dele; ou ainda, nas hipóteses de estabelecimento da paternidade do nascituro nado - morto, relevantemente para efeitos sucessários. De CUPIS, A. ("*Sulla pretesa riconoscibilità di un figlio naturale nato morto*", in, Dir. Fam. Pers., 1979, II, pág.735 e ss), considera o registo do nado - morto uma possibilidade de dar continuidade e relevo a um facto puramente material: "*Al figlio nato morto, che non ha mai avuto vitá né naturalmente né giuridicamente, non può essere conferito con lo strumento del riconoscimento uno "status" inetto a realizzare il suo interesse materiale inesistenze né quello dei suoi inesistenti discendenti, ...*" (ivi, pág.736). A identificação é, pois, necessária independentemente da aquisição da personalidade jurídica - quer ela se reporte à concepção ou ao nascimento com vida - mas, paradoxalmente os elementos de identificação (v.g., sexo) só relevam para o ser humano vivo. Eis, no fundo, uma ulterior contrariedade, para pretensa eficácia imediatamente normativa do corpo, a despeito das várias situações existenciais a que pode, juridicamente, dar lugar.



reivindicação existencial. Vale isto por dizer que, o corpo se volve naquela instância que torna possível, no quadro de uma ordem natural, seja o momento de identificação - relevância externa, seja a preservação do próprio ser, através do conceito de integridade e intangibilidade da esfera psíco - física. De resto, o próprio limite da integridade psíco - física, com o seu respeito incondicionável pelo corpo, representa hoje, o primeiro obstáculo à legiferação ou actividade judicial - judicativa sobre as intervenções médico - cirúrgicas, tratamentos cirúrgicos arbitrários, experimentação científica<sup>165</sup>. Importa, pois, distinguir duas

---

<sup>164</sup> Foi, justamente, a expressão que, CARNELUTI, genericamente, sugeriu na sua "teoria generale del Diritto", (Padova, cedam, 1933, pág.249 e ss.), cuja inspiração, como informa DE CUPIS ("*I diritti della personalità ...*", cit., pag 43), obtém em DE AMESCUA ("*tractatus de potestate in se ipsum*", 1609). A equivocidade desta expressão tem sido, no entretanto, sustentada em Itália, mais recentemente por PERLINGIERI ("*La personalità umana nell'ordinamento giuridico*", Napoli, 1972, pág.314 e ss.). cfr., SCOZZAFAVA, O.T., "*Nuovi e vecchi problemi in tema di diritti della personalità*", in Rivista critica del diritto privato, 1983, nº1, pág.207 e ss. Entre nós, usando esta expressão, cfr., CRAVALHO, O., " pág.106.

<sup>165</sup> cfr. MANTOVANI, F., "*I trapiante e la sperimentazione umana nel diritto italiano e stramiero*", Padova, cedam, 1975, pág.35 e ss; ainda, BELLELI, A., "*Aspetti civilistici della sperimentazione umana*"; Padova, 1983; ou as conclusões do "Advisory commitee", compilados em "*Experimentation in the Law*": Report of the Federal Judicial Center, 1981 a abordar questões como a) As circunstâncias que justificam os programas de experimentação médica; b) Os projectos adequados a fornecer a informação requerida ; c) As questões éticas daí emergentes e respectivo sopesamento; d) Os procedimentos e os órgãos que tutelam as experimentações. Saliente-se, desde já que os princípios deste movimento se iniciaram na Alemanha, no âmbito da legislação concernete à experimentação fármacos (BGBl, 1976, I, p. 2445). cfr., em Inglaterra, os primeiros apelos à intervenção legislativa, em CRIPPS, Y., "*A Legal Perspective on the control of the technology of Geneting Engineering*", in the Moder Law Review, 1981, nº44, pág.1 e ss. Sobre a questão ético - jurídica, cfr., ainda KAISER, P., "*Les limites morales et Juridiques de la procréation artificielle*", in, Recueil Dalloz, Sirey, 1987, pág.189; VALLAURI, L., "*Bioetica, potere, diritto*", in Jus, 1984, 1 - 2, pág.41; COMPORTI, M., "*Ingegneria genetica e diritto: profili costituzionalistici e civilistici*", in Manipolazione genetica e diritto, 1986, pág.175 e ss; EDELMAN, E., "*Nature et sujet de droit*", in Droits (Revue Française de théorie Juridique), 1985, I, pág.125; SERRÃO, D., "*Ética no mundo da saúde*", in Acção Médica, 1988, nº4; ARCHER, L., "*Engenharia Genética: uma tecnologia nas*

impostações culturais, a saber: a) uma cultura utilitarística que não hesita legitimar qualquer manipulação sobre o corpo humano, porquanto se justifica socialmente a partir do feliz axioma "*corpus corpori servit*"; b) uma visão personalista, que erige a integridade da pessoa em valor supremo, consentindo só limitadas "*agressões*", contando que não determinem diminuição irremediável e permanente da integridade física. Se esta tendencial contraposição se reflete, hodiernamente, na tarefa de legiferação é, no entanto, de per se, alheia à tradicional normatização do corpo, que nada tinha a ver com exigências utilitaristas ou posições subjectivistas - personalistas. Mas, afinal, que significava a constante exigência, no mundo do Direito, em preservar a integridade física, o repeito pelo corpo? Como vimos, estaríamos face a uma matriz ideológica recoduzível à ideia da sacralidade. Por um lado, esta sacralidade poderia servir de "*background*" a uma concepção autoritária e paternalista, que vincula a subjectividade a uma abstracta pré - determinação do bem jurídico. Doutra sorte, tal sacralidade, bem poderia servir de instrumento para prespectivar a integridade física, como desenvolvimento humano "*interior*" da propriedade. Desenvolvimento este, que ocorreria naquela fictícia comunhão de estruturas de domínio e indissolúveis nexos do espírito, que a sociedade burguesa pretendia relevar. Todavia, esta reconstrução, deixa subsistir duas ordens de desconfortos. Em primeiro lugar, não pode deixar de ser contraditória, posto não explica o motivo pelo qual uma estrutura normativa, centrada sobre a tutela da propriedade privada e da iniciativa económica, se revela tão intransigentemente "*totalitária*" ao negar que o indivíduo disponha de si mesmo, em absoluto. Em segundo lugar, não capta a homogeneidade do fenómeno. De facto, a integridade física é um limite ao qual se reconduzem hipóteses heterogéneas: vincula tanto o transexual, quanto o "*cedente*" de um órgão; tanto a finalidade lúdico - estética, como a terapêutica. São hipóteses por demais heterogéneas para se recompreenderem numa sacralidade, ora paternalista, ora subjectivista<sup>166</sup>.

---

*fronteiras do homem*", in Acção Médica, 1988, nº4; VIDAL, M., "*Bioética: estudos de bioética racional*", Madrid, 1989, p. 239; MORI, M., "*Utilitarismo e morale razionale*", Milano, 1986.

É que, com efeito, a tutela da integridade psíco - física exprime a exigência de surpreender no corpo um limite homogêneo, independentemente dos elementos que para ele confluem e do uso que deles se pretende fazer. Busca-se, destarte, nos limites somático - biológicos do corpo um princípio normativo, i.é., um núcleo de indisponibilidade a partir do qual é possível concatenar identidade pessoal e identificação jurídica. Ora, o relevo problemático é, justamente o que segue: só se pode falar de identidade psíco - física, como esfera a-dominial, a partir do qual se erige a personalidade jurídica, na medida em que exista uma identidade, objecto unívoco de certificação e subtraído ao arbítrio de quem quer que seja. Mas, por outro lado esta identidade só se estabiliza - numa qualquer determinação jurídica - no momento em que se autonomize na integridade psíco - física um qualquer limite de disponibilidade e infrangibilidade. É, justamente, nesta correlação que se desvelam os laços entre a identificação jurídica da subjectividade e o corpo como instância estruturante, tendencialmente imutável. Na verdade, o estado das pessoas, que liga a qualificação jurídica do indivíduo a elementos vagos e heterogêneos, tais sejam, o nome, a data de nascimento, o sexo,...revestir-se-ia de escasso significado se não pressupusesse a existência do ser humano como uma identidade já naturalisticamente

---

<sup>166</sup> Ecos desta característica de sacralidade, se descortinam mesmo quando se trata de dilucidar a natureza jurídica do "cadáver". É o caso do relatório do Decreto - lei nº45683, de 24/04/1964, onde se assinala, como justificação do regime jurídico que nele se estabeleceu "o respeito ancestral que ao homem merece o cadáver de outro homem". O que explica, entre nós, a compreensão do cadáver como realidade autónoma, "tertium genus", entre as pessoas e as coisas (cfr., GONÇALVES, C., "Tratado de Direito Civil", vol.I, pág.304 - 305; SILVA, G. da "Esboço para uma concepção personalista do Direito" ... pág. 179 e ss.; vide, a este propósito, a Portaria nº156/71, de 24 - 3, sobre verificação do óbito, para efeitos de colheita de tecidos ou órgãos em cadáver, e Decreto - lei nº553/76, de 13 - 7, sobre, a "desburocratização" dos processos clínicos de transplantação. Com interesse, SANTOS, D., "Apostamentos de Medicina Legal", 1965, Coimbra, pág.84 e ss.; ARAUJO, S./SILVA, F. e/DIAS, F./BELEZA, J., "As técnicas modernas de reanimação; conceito de morte, aspectos médico, teológico - morais e Jurídicos", Porto, Ordem dos Advogados, 1973). Ora, a disponibilidade do cadáver e estoura da integridade física do ser humano, não se estruturam em princípios comuns. Sobre isto, cfr., RESCIGNO, P., "La fine della vita umana", in RDC, 1982/1, pág.638.

pré - determinada. É, no fundo, a recorrente tendência da "biologicização do Direito", a assumir particular relevância<sup>167</sup>.

Se a identidade pessoal pudesse ser alterada ou "forjada" no "laboratório", onde consignar a delimitação entre as pessoas e as coisas? E, como distinguir um homem de outro<sup>168</sup>? É, todavia, inegável que a impossibilidade de uma identificação jurídica que capte de modo completo e absoluto as particularidades físicas e psíquicas de cada indivíduo impõe a construção de um estalão abstracto - normativo de "normalidade", ou seja, o paradigma corporal Os "monstra", que os juristas romanos excluíam do rol das pessoas humanas, revelam claramente a preocupação de ancorar a personalidade jurídica, através de uma percepção que se atenha à tipicidade e recorrência, daquilo que se julga ser o humano<sup>169</sup>. O "normal" é, pois, expressão do corpo, lugar de não - retorno, mediante o qual a pessoa se insere no Direito, desde o nascimento (ou , da concepção) até à morte<sup>170</sup>. Deste dado

---

<sup>167</sup> Conforme a expressão de ROSTAND, J., ("*la biologie ferat - elle la loi*", in *Revue de Paris*, 1958, Pág.26

<sup>168</sup> cfr., NERSON, R., "*L'influence de la biologie et de la medicine modernes sur le droit contemporain*", in *Etudes de droit contemporain*, Paris, 1970, pág.84 e a monografia, não menos importante e actual de DAVID, A., "*Structure de la personne humaine*", Paris, thèse, 1924.

<sup>169</sup> Não é por acaso que G. COHN ("*Das Bürgerliche Recht in Spruchen*", apud, ENNECERUS - NYPPERDEY, "*Algemeiner teil des BGB*", vol.1, 1959, 484, 84), observa que "*Monstra und hermaphroditen leben nur im Reich der Mythem*".

<sup>170</sup> Sobre a discussão na Alemanha em redor da "*postmortale Persönlichkeitrech*", cfr., SCHWERDTNER, P., "*Das Persönlichkeitrech in der deutschen Zivilrechtordnung*", Berlin, 1976, p. 101 e ss. Por outro lado, o problema da "identity" anglosaxónica, esgrime-se na dúplice perspectiva da pessoa e delimitação do início e fim da vida. Como informam, GREEN, M.B./WILKER, D., ("*Brain death and Personal Identity*", in *Philosophy & Public Affairs*, 1982, nº2, pág.121): "*Two sorts of personal identity criteria have been proposed. One concern continuity and connectedness of personality memory, and other mental phenomena; the other stress spatiotemporal continuity of the physical body. On the "mentalisit" view, two "person - stages" are stages of the person, just in case the latter is a continuation of the earlier personality and can remember what the earlier on has done.*

naturalisticamente imutável se retira, pois, a compossibilidade de identificação jurídica do indivíduo e da identidade pessoal. Vale dizer, o corpo afigura-se a única via de revelação das margens insondáveis da essência do homem, modelando aquela subtil aparência que marca a existência humana. Daí que, o conhecimento de se possuir um corpo seja o limite inferior a partir do qual se erige o edifício conceitual e se resolve o eterno problema jurídico da conformação entre uma visão despersonalizante - vazada na genérica noção de sujeito de direito - e aquela outra de absoluta personalização, implícita já na ideia do sujeito éticamente responsável. O corpo revela-se, seja na sua passividade, seja na sua instrumentalidade, o signo do limite ontológico, da impossibilidade de se ser, em absoluto, modelo de si mesmo. O homem - corpo, condenado a descobrir-se, adstrito a uma estrutura da qual não pode arredar, mas a partir da qual toma quotidiana consciência. Os momentos da determinação e da intersubjectividade ao coincidirem, determinam-se reciprocamente: lá onde o primeiro cria um sistema estabilizado de relevância jurídica objectiva - a integridade psíquica - física - o segundo, um sistema de possibilidade relacional - o estado das pessoas. Neste enfoque, o corpo é a nossa existência, por causa de todos aqueles pequenos elementos que compõem o "mundo da aparência"<sup>171</sup>.

---

*The body continuity view makes no much requirement; having the same body is sufficient and necessary", vide ainda, KOGAN, T.S., "The limits of state Intervention: Personal Identity and ultra Risk Actions, in the Yale Law Journal", 197, nº85, pág.826 e ss .*

<sup>171</sup> Como sintetiza BINSWANGER (*"Grundformen und Erkenntnis menschlichen Daseins"*, München - Barel, Reinhardt, 1963, 3ª ed., pág.469): *"Mein Körper, das ist mein Leib im Sinne des Zuhanden und Vorhandenseins (...)"*.

De resto, é inegável que já no dualismo cartesiano se topa um modelo de racionalidade subjectiva, a colocar a alma como essência auto-compreensiva da identidade pessoal, e a revelar alguma repugnância por aquele conjunto de órgãos e músculos, que se designa corpo. Porém, também aí é só por efeito da mediação do corpo que o "Eu" do "cogito" adquire a ulterior certeza que existe. Já, por seu turno, em Locke, o corpo é um "a priori" que confere consistência à consciência da própria subjectividade. Lugar de aparência, de estabilidade, que se não esgota em si mesmo. Ao invés, em Fichte, a impositação idealística do "cogito" eleva o "Eu" para além de qualquer limite do sensível, ao passo que para Schopenhauer, se a vontade é consciência do "a priori" do corpo, O corpo é o conhecimento "a posteriori" da vontade. Com efeito, nem sempre o pensamento filosófico é tão

Mas, esta visão do corpo como elemento naturalisticamente imutável e limite ontológico que, no processo de externalização da subjectividade, permite que o Direito construa e tutele a identificação jurídica, revela-se já implícita em SAVIGNY<sup>172</sup>. Se por um lado fica preplexo face ao inaceitável reconhecimento de um poder absoluto de disposição sobre o próprio corpo - um incondicionável "*Macht über uns selbst*" - que legitima qualquer tipo de auto - lesão, incluindo a hipótese extrema de suicídio, por outro lado, entende que essa ilimitada possibilidade dispositiva do "*ius in ipsum*", há-de comportar o condicionante "*ius a se ipso*", no qual se articula o reconhecimento e a tutela jurídica da personalidade humana. Sem esta linha de clara "*delimitação de fronteiras*"<sup>173</sup>, entre a pessoa e o seu corpo, tão pouco se surpreende a relação entre identidade pessoal e a identificação jurídica, que o Direito sempre realizou, aí onde concebeu o homem como entidade biológica, cuja "*Naturwesen*" será apta a ulterior e variegado reconhecimento jurídico. A preocupação dos juristas romanos sobre a qualificação jurídica dos "*monstra*", i.é., a caracterização daquele "*minus*", idóneo para conformar um sujeito

---

divergente como pode resultar da constatação das diversas impostações metodológicas: "*Sia il meccanicismo, sia l'idealismo sono, dunque, concezioni antropomorfiche della realtà, tratte dal mondo di operare dell'uomo ma, come nel modello umano nessuno dei due aspetti può stare senza l'altro, così, nella concezione della realtà nessuna delle due concezioni può affermarsi come esclusiva: separata da ogni intenzione unitaria, l'azione meccanica sarebbe un'astrazione; ma senza qualche dato material su cui agire il progetto resterebbe un'idea, nel senso frustrante che a volte assume questa parva. Ecco perché una dialettica inelutabile lega, logicamente e storicamente, l'idealismo al suo oposto*", assim, MATHIEV, V., "*Idealismo*", in Enciclopedia del Novecento, Roma, 1978, vol.III, pág.502

<sup>172</sup> cfr., SAVIGNY, F.R., "*Sistema del diritto romano attuale*"; trad.ital., Torino, Utet, 1886, pág.53.

<sup>173</sup> cfr., SAVIGNY, ob. cit., pág.79 e ss; DIJON, F., "*Le sujet de droit, ...*", cit., pág.634. Os "direitos originários da pessoa", de Savigny - o domínio sobre a própria pessoa, sobre a vida, ... - não serão tanto zonas livres do Direito, o "*grau zero do Direito*", a partir do qual, se erige gradativamente as esferas de domínio do direito subjectivo, quanto momentos constitutivos de cada uma dessas esferas, fundados, pois, um núcleo ético - biológico, subtraído à livre disponibilidade.

juridicamente relevante - tem um paralelo nos tempos modernos. De facto, não é por acaso, que a ciência, jus - civilística ensina que, à "personalidade jurídica" é inerente a "capacidade jurídica" ou "capacidade de gozo de Direitos"<sup>174</sup>, mas nem todas as pessoas disfrutam da "capacidade de exercício de direitos" ("Handlungsfähigkeit"), colocando-se, destarte, entre estes dois limites, a "capacidade natural", como limite discursivo indiscutível. E nem sequer, a inversão dogmática de Kelsen<sup>175</sup>, na sua ambição de desestruturar juridicamente a noção ética do "Eu", reduzindo a subjectividade jurídica a um comportamento autorizado pelo Direito objectivo<sup>176</sup>, se afasta desta impostação. Na realidade, se para ele <sup>177</sup> a pessoa humana para o Direito não é uma realidade natural, antes uma construção jurídica, um conceito instrumental para a conceituação de "factis species" juridicamente relevante, também aí a determinação do homem, na sua materialidade - talqualmente em Savigny - é um elemento irrefragável das ciências naturais e, por tal, passivamente transposto para a ciência jurídica. Coisa diversa, não parece autorizado concluir face a esta dissociação entre homem - entidade biológica e pessoa, enquanto conceito jurídico. Até o próprio voluntarismo do pensamento anglo saxónico, ao legitimar os actos e negócios de disposição da integridade física, nos termos do clássico "informed consent"<sup>178</sup>, pressupõe a existência de um limite objectivo, qual juízo

---

174 Assim, PINTO, M., "*Teoria Geral, ...*", cit., pág.213 - 214 .

175 KELSEN, H., "*Teoria pura do Direito*", trad. port., 1976, pág.184 e ss .

176 Sobre a evolução das impostações dogmáticas do direito subjectivo, cfr., CORDEIRO, N., "*Teoria Geral, ...*", cit., pág.177 e ss; FERNANDES, L.A.C., "*Teoria Geral, ...*", cit., vol.II, pág.15 e ss .

177 KELSEN, H., ob. cit., pág.186 e ss .

178 cfr., MARTIN, P.H., "*Informed consent and Medical Experimentations*", in *Institia* (Bloomington - Indiana), 1973/3, pág.29 e ss; WILLIAMS, G., "*Consent and Public Policy*", in *the Criminal Law Review*, 1964, pág.74 e ss; GIESEN, D., "*International Medical Malpractice*" <sup>سجل</sup>, *Dordrecht, Boston, London, 1988*, pág.252 e ss.

de prognose sobre os efeitos psíco - físicos da ingerência: o "Standard" dos efeitos, e uma "reasonable explanation" Nesta sede, o favorecimento ao suicídio<sup>179</sup> - situação limite onde o Direito é convocado a decidir sobre o sentido da sua própria coactividade - pode analisar-se na tentativa extrema de ultrapassar o repeito daquela ordem natural<sup>180</sup>, ainda que a morte se vislumbre como único consolo.

Vem isto para afirmar, ainda que sem cariz axiomático, que a esfera subjectiva da pessoa se circunscreve tendencialmente no quadro de uma homogénea normalidade da tipicidade corporal. Assim não é, desde logo, despiciendo, revelar as impositões puramente físicas que presidem à disciplina legal da "ambiguidade sexual", no quadro da dissolução do casamento<sup>181</sup>, onde a "affectio maritalis" se concretiza também no cumprimento do dever de coabitação<sup>182</sup>. Uma normaço,

---

<sup>179</sup> Sobre isto, cfr., a análise Jurídico - Penal de ANDRADE, C., "Acordo e consentimento, ...", cit., pág.273 e ss (maxime nota 27, 442 e ss, 618 e ss), com ampla bibliografia

<sup>180</sup> No dizer de ROMANO ("Il riconoscimento como relazione giuridica fondamentale", Roma, 1984, pág.209), a "verdade" de suicídio não é aquela de desejar ser um outro, mas de não aceitar a representação que se tem "sobre sí mesmo", conquanto materialmente o suicida mais não extinga que o próprio corpo.

<sup>181</sup> Para uma visão "corpórea" da disciplina do casamento, cfr., D'AGOSTINO, F., "Matrimonio e indissolubilità", in Diritto e secolarizzazione, cit., pág.133 e ss. De notar que a impotência pode ser uma das causas de, anulação do casamento civil, relevando enquanto erro - vício. cfr., art. 1636º, Cciv 66; COELHO, P., "Curso, ...", cit., pág.238 e ss.

<sup>182</sup> cfr., art.1672º, Cciv 66, no qual se integra o débito conjugal, i.é., a obrigação de cada um dos conjugues manter relações sexuais com o outro, e de não manter com terceiros. Quando a configuração da disciplina do casamento atribui relevo aos elementos físicos da sexualidade, releva aí, desde logo a elaboração conceitual canonística. cfr., por exemplo, D'AVACK, P.A., "L'impotenza generativa nelle fonti e nella dottrina matrimoniale classica della chiesa", in Studi in onore di V. Del Giudice, Milano, 1953, pág.177 e ss; ROCCA, F. "della miale substantivo", in Revista Jurídica de Catalunya, 83, 1, 1984, pág.35 e ss.; ZIMMUMANN, M., "Le chrétien catholique romain face au droit de son église", Praxis Juridique et religieuse Strasbourg, I, 1988, pág.72 e ss. Esta relevância do corpo, que desmente a pretença negação da actividade sexual defendida pelos primeiros padres da Igreja



de facto, subtilmente atenta a circunscrever os vínculos espirituais adentro dos limites materiais, além de conectar alguns deveres conjugais e consequente responsabilidade moral à relevância física da "*potentia coeundi e generandi*", ou destringar a "*affectio*" de entre as concretas manifestações da "*deditio corporis*". Como nota D'AGOSTINO<sup>183</sup> o espírito não pode ser possuído, mas sim o corpo; porém, é na dialéctica do possuir e ser possuído, que se acha o respeito e a limitação recíproca. Nesta correlação entre corpo e sexualidade se surpreende não só os traços de um limite (fictício) repressivo, mas também a estruturação do equilíbrio entre as potencialidades subjectivas e os vínculos objectivos. O corpo é, pois, o vínculo, conquanto genérico, porém indispensável ao enquadramento da sexualidade adentro do Direito.

---

(São Paulo escreve que, "quereria que todos fossem como eu" - continentes; assim, CAMPOS, D.L., de "*Lições, ...*", cit, pág.70; idem, "*A invenção, ...*", pág. 14 e ss.) evidencia a polémica discussão que dividiu a doutrina canonística sobre a necessidade, para efeitos de legitimar o consenso matrimonial, de "*una notitiam coniugalis capulis, ne vaga quidam, seu confusam*". Sobre este problema e bem assim a relevância das novas prespectivas de enquadramento ensaiados a partir do novo código de Direito canónico de 1983, vide, GIUSTI, G.V., "*Aspetti medico legali del titulos VII de Matrimonio del nuovo codex Juris canonici*", in *Rivista italiana di medicina legale*, 1983/2, pág.352 e ss. E, de facto, o novo canone 1096 §1 prevê que os conjugues não ignorem que o casamento é uma união permanente entre um homem e uma mulher ordenada à procriação dos filhos, mediante a "*cooperatione aliqua sexualis*".

<sup>183</sup> cfr., D'AGOSTINO, F., "*Matrimonio e indissolubilità*", cit., pág.41; vide, ainda, BINSWANGER, L., "*Grundformen und Erkenntnis, ...*", cit., pág.450

## 7. A autonomização da sexualidade: corpo e desejo

7. O modelo até aqui recenseado, que faz relevar a identidade pessoal no quadro de uma sexualidade intuída e disciplinada juridicamente através da mediação do corpo não foi, todavia capaz de impedir a descontinuidade entre corpo e desejo. Todo um processo, pois, de "libertação do desejo", que pretende negar todas as relações em que se analisa a estrutura somática na relevância que assume no sistema de percepção inter - subjectiva da identidade pessoal, por força do núcleo intangível da integridade psíco - física.

Em primeiro lugar, caberá recordar a clássica dissociação freudiana entre genitalidade e sexualidade<sup>184</sup>, para melhor compreender o enquadramento da libertação sexual, ocorrida na década de sessenta. Não já uma emancipação do corpo, outrossim, a libertação da sexualidade dos grilhões do corpo. Como emblematicamente se interroga CHOMBART DE LAUWE<sup>185</sup>, aparentemente o homem "*est prisonnier de son corps et des objets vers le quels il est attiré. Mais si chacun de ses désires particuliers semble limité, son ouverture sur le monde ne provient - elle pas (...) d'une source inépuisable de Désir? Le désir serait comme un jeu intérieur qui éclairait en une multitude de l'étincelles de désires, chacun éphémère mais constamment renouvelée par de nouveaux jaillissements*". De facto, o horizonte tendencialmente infinito do desejo divisa-se, assim, mediante a instrumentalização do corpo<sup>186</sup>. Já Marcuse<sup>187</sup> denunciava a

---

<sup>184</sup> cfr., STAROBINSKY, J., "*Breve storia della coscienza del corpo*", in *Intersezioni*, 1981/1, pág.41, que coloca em dúvida a possibilidade de Freud negar a relevância do corpo

<sup>185</sup> cfr., LAUWE, P.H.C. de "*Les sociétés en proie au désir*", in *cahiers internationaux de sociologie*, 1975, LVIII, pág.7.

<sup>186</sup> Sobre a dialéctica desejo/necessidade, DELEUZE/GUATTARI, "*L'anti - Edipo*", trad. ital., Bologna, Il mulino, 1975, pág.29, entendem que as necessidades derivam do desejo

<sup>187</sup> cfr., MARCUSE, H., "*Eros e civilização*", cit., pág.215 e ss.

"corporização" do universo psíquico, bem como a tirania da razão repressiva que degrada o indivíduo à categoria de sujeito - objecto de prestações sociais úteis. Daí que, se pretendesse recompreender a sexualidade como investimento libidinal e fonte de prazer, o que vale dizer, "erotização" da personalidade, lá onde o corpo tivesse como única mais - valia tão só o valor "de zona erógena"<sup>188</sup>. Daqui deflui, naturalmente, a exigência de emancipação da subjectividade de qualquer vínculo ou limite ontológico, qual valor ou fim em sí mesma. Descobre-se, no fundo, a essência subjectiva e vital do desejo enquanto libido<sup>189</sup>. A emergência do homem livre, portador de fluxos de vida, jamais se realizará se e enquanto se continuar a conceber o desejo em termos objectivo - repressivos, somáticos, económico. É neste último modelo ideológico que, aliás, a cultura ocidental evidencia a sua frustração, i.é., a incapacidade de se subtrair ao "imperialismo de Edipo"<sup>190</sup>. Daí que, também se questione a função do corpo neste contexto. Corpo que será "máquina do desejo", "corpo sem órgãos", suporte material do processo de produção do desejo<sup>191</sup>.

Resulta daqui que, o "desejo" talqualmente vem delineado no "L'Anti - Edipe" é necessariamente multiforme, inconsciente, polivalente, só intuível em termos de "energia". Não pode, pois, jamais esgrimir-se aquela conformação, que atrás analisámos, entre identidade pessoas e integridade psíco - física. O "corpo sem órgãos" ao se afastar da pré - determinação biológica deve igualmente repudiar a noção de identidade, nos termos daquele quadro existencial já irremediavelmente decidido nos extremos da vida e da morte. De facto, como demonstrámos, onde existia um corpo, conquanto cadáver, vai pressuposta uma identidade<sup>192</sup>, que nem a morte faz cessar. Vale dizer,

---

<sup>188</sup> Neste sentido, BAUDRILLARD, J., "O espelho da produção", Edições Espaço, 1976.

<sup>189</sup> cfr., DELEUZE, G./GUATTARI, F., "L'anti - Edipo", cit., pág.379.

<sup>190</sup> cfr., DELEUZE/GUATTARI, cit., pág.123 e ss

<sup>191</sup> Assim, DELEUZE/GUATTARI, ob., cit., pág.372

neste enfoque, que, vida e morte, que pese embora não dependam da "voluntas" humana, constituem marcas de definitividade, como definitivo e indissolúvel é o corpo. Daí que, a história da identidade, ou seja, a história da estrutura que prende o "Eu" a esta definitividade é a história de cada um daqueles extremos<sup>193</sup>.

Ora, a dissolução deste organismo, qual "máquina de desejos", mais não provoca do que a dissolução daquela pretensa definitividade com a qual o corpo biologicamente se consignava a um início e termo, e bem assim, existencialmente à identidade do "Eu". O sujeito eterno "rectius", intemporal, deve ser impessoal: um indivíduo sem identidade, que não só emancipa o desejo dos grilhões corporais, mas também o projecta para além das angústias do "Eu". Quedamo-nos, destarte, face aos dados de uma nova epistemologia psicanalítica do individualismo e do subjectivismo, estouta, "justamente", do "sujeito - único", alheio à ordem, "pessoa total". Todavia, este individualismo - subjectivismo, seja idealista ou voluntarista, sempre se configura de qualquer modo ligado à ideia de corpo. É este, de facto, o limite conceitual de qualquer construção do subjectivismo, nesta sede: consignar a partir dele soluções de continuidade do horizonte existencial do "Eu", o qual, pese embora, tenha um "lastro corporal" cromossómico e gonadal imutável nem por isso deve auto - limitar-se para parecer sempre aquilo que lhe é "imposto" pela estrutura material do condicionalismo social, naturalmente assimilado na clássica construção do sistema do registo do estado civil das pessoas. Eis, por que os trilhos do subjectivismo se confrontam hoje com a emancipação do corpo e do "Eu"<sup>194</sup>, e,

---

192 cfr., supra, notas 160, 163 e respectivo texto .

193 Como impressivamente assinala ROMANO, (ROMANO, B., "Il riconoscimento como relazione giuridica fondamentale", cit, pág.212), "La volontà di disponibilità deve misurarsi con la possibilità di farsi come nati prima della nascita: infatti si potrebbe disporre totalmente di se stessi se si potesse disporre, della interezza della temporalità del se - steso e dunque anche dell'essere - stato (...) L'impossibilità di volere e costruire la nascita segnala la non esistibilità reale del soggettivismo compiuto"

194 cfr., ainda, PIONANI, "Oggettivazione etica e assenzialismo", Napoli, 1980, pág.50,119.

ontologicamente se perfilam num horizonte que transcende os dados da experiência, a materialidade. E isto porque a sexualidade emancipada não tem identidade, nem tão pouco se limita a cânones ou barreiras biológicas pré - fixadas<sup>195</sup>. No quadro de uma cultura baseada em limites e vínculos de uma hipotética normalidade, ou seja, a normalidade física da "discriminação" entre homens e mulheres, a normalidade biológica da procriação, a normalidade afectiva da cópula, revolução - emancipação do desejo, afere a sexualidade pelo seu papel des - estruturante. A psicanálise ocupa-se do estudo da intersexualidade, dos vários "sexos" de um sujeito, para além da representação antropomórfica que os vínculos impõem. O estandarte psicanalítico da "revolução do desejo" será estoutro: a cada um o seu sexo<sup>196</sup>.

---

195 Assim, DELEUSE/GUATTARI, "L'Anti - Edipo", trad. ital., Bologna, Il mulino, 1975, 4ª ed., pág. 29.

196 DELEUSE/GUATTARI, cit., ivi.

### 7.1. Direito, sexualidade, corpo

Com efeito, a explosão da sexualidade polimorfa que denunciou a angústia dos limites físicos, igualmente revelou as infinitas possibilidades através das quais se pode manifestar o desejo, acabando, por outro lado, por destruir aquela linha de demarcação entre a disponibilidade do corpo e as preversões narcisísticas. Por isso que, o sujeito sexualmente desviante é tão só aquele prisioneiro de papéis comportamentais que já não domina<sup>197</sup>, ou que nem deve dominar, para efeito de conhecer integralmente aquela zona - limite onde doença e projecto existencial se confrontam nos nebulosos meandros da vida psíquica. Trata-se, ao cabo e ao resto de uma impositação existencial perfeitamente coerente com uma subjectividade que pretende transcender, quer a identidade - recenseada em termos de limites de disponibilidade da integridade física - quer o tempo, aí onde faz da sexualidade fim em si mesmo, alheia a qualquer perspectiva antropológica que não passe por uma busca ilimitada de prazer. Eis o núcleo essencial de uma pré - compreensão, qual metafísica da subjectividade.

Por outro lado, conquanto não seja seguro que esta hiperbolização da subjectividade seja uma mera figura conceitual ou, ao invés penetre nos interstícios do desenvolvimento social, é inegável que se alçou a signo cultural, através do qual vem sendo desenvolvida toda a problemática concernente ao "*direito ao reconhecimento do sexo conforme a própria personalidade*"<sup>198</sup>, onde impulsos libidinais e projectos existenciais se conjugam na excomunhão da prevalência dos

---

<sup>197</sup> cfr., "*Human Sexuality*", org. pelo American Medical Association, Chicago 1972; ainda, TORDJMAN, G., in, *cahiers de sexologie clinique*, 1975/1, pág.11. Noutra enfoque, como demonstra CALLIERI, ("*L'esperienza del corpo sessuale nei tossicomani*", in *Medicina e morale*, 1981/1, pág.102), o heroinómano a - historiciza-se em pequenos momentos, ao invés de se projectar na praxis de acção humana .

<sup>198</sup> Assim, desde logo, cfr., o clássico, ANTIGNANI, "*Sulla natura della diagnosi di sesso*", in, *Diritto eJurisprudenza*, 1970, pág.513 .

aspectos somáticos. De resto, é sabido que, no enfoque médico - científico, o progresso e a difusão dos métodos anticoncepcionais e até de interrupção voluntária da gravidez, operaram a ruptura na prática da associação tradicional entre sexualidade e procriação<sup>199</sup>. Do filho "concebido"<sup>200</sup> ao filho "produzido" não representa só o progresso do conhecimento científico, antes o imenso poder sobre a vida, por parte de uma vontade que se testa ilimitadamente<sup>201</sup>. Ao que acresce a circunstância de as técnicas cirúrgicas permitirem destruir as restrições às possibilidades de manipulação dos órgãos genitais, para o feito se fazer coincidir, em absoluto desejo individual e identidade sexual<sup>202</sup>.

Com efeito, o corpo, já não é objecto de conhecimento estável ou incitável, campo fértil para o pensamento jurídico - psicológico assinalar os limites, invioláveis das possibilidades do homem. Ou seja, o corpo jamais poderá constituir o limite e o instrumento de conhecimento do homem sobre si próprio. Outrossim, representa um campo de experimentação para o qual confluem projectos existenciais<sup>203</sup>. Não é por acaso que, por efeito desta "sex affluent

---

<sup>199</sup> Há, de resto, quem entenda que o progresso nas técnicas de contraceptivas seja um dos pilares da renovação da actividade sexual. cfr., LOEWIT, K., "Sessualità umana", in Enciclopedia del novecento, cit., pág.517; VALLAURI, L.L., "Corso di filosofia del diritto", cit., pág.312 e ss.

<sup>200</sup> Etimologicamente, "cum - capio", com toda a matriz afectiva e de responsabilidade que pelo étimo prespassa .

<sup>201</sup> Numa outra postura, conquanto impressiva BRUN (cfr., BRUN, J. "Aliénation et sexualité, in *Esprit*, 1960/11, pág.1815) afirma que o homem e a morte, ancestrais companheiros na procriação, transformaram-se em cúmplices "de, et dans la mort".

<sup>202</sup> cfr., SZASZ, T., "Sessu a tutti i costi", trad.ital., Milano, 1982, pág.80. Até porque nem se pode compreender a psicanálise do século XIX, acaso se não tome consciência da ruptura que se operou a partir do momento em que a sexualidade deixou de estar submetida a "quadro de responsabilidade" no seu confronto com a natureza; assim, FOUCAULT, "História da Sexualidade, ...", cit., 102 e ss .

*society*" - promovida ao derredor da reivindicação de um direito absoluto do prazer, de uma busca ilimitada de sexo<sup>204</sup> - se observa a preocupação de circunscrever os limites do obsceno. Mais do que consequência de uma vertiginosa oscilação dos costumes<sup>205</sup>, onde cabe ao juiz o papel de "sismógrafo", esta aporia revela-se a mais directa e candente consequência da redução do corpo a um mero signo, incapaz de exprimir mais do que o "fantasma da totalização", no qual o "Eu" se reproduz a si mesmo. Temos pois que, desligada em grande medida dos vínculos biológicos, objecto de atenção da psicanálise, a sexualidade autonomizou-se. Daí que, a identidade pessoal emancipada das restrições biológicas, se una ao direito de dispor do próprio corpo, em termos de reivindicar uma absoluta e incondicionada tutela nos vários quadrantes que exornam dos projectos existenciais do indivíduo<sup>206</sup>. Questão é saber como o ordenamento jurídico a sopesa, no estrito quadro das várias hipóteses que préfiguram a mudança de sexo.

---

203 cfr., GALLINBERTI, U., "Psichiatria e fenomenologia", cit, pág.213, o qual denuncia a ausência de obstáculos das ambições de manipulação do corpo, ainda agora uma outra forma de "res extensa" cartesiana .

204 cfr., BAUDRILLARD, J., "A sociedade de consumo", Edições 70, 2ª ed., 1981.

205 Sem que se olvide todavia, os recorrentes fenómenos de puritanismo e "deficit de tolerância" da cultura ocidental. cfr., MORROW, L., "A nation of Finger Pointers" in Time, 1991/32 (August 12), pág.44 - 45: "The American social contract is fluid, rapidly changing, postmodernist, just as the American gene and culture pool is turbulently new every day. Life improvises rich dilemmas but they fly by like comercial breaks, hallucinatory, riveling half - noticed. What is the normal authority behind a social contract so vivit and illegible? Only the zealously asserted styles of the new tribes (do this, don't do this, look a certain way think a certain way, and that will make you all right)".

206 Como defende BAUDRILLARD, "A sociedade de consumo", cit., pág.183 e ss., conquanto linguísticamente a expressão seja infeliz, a reivindicação de uma nova "moralidade" passa em grande medida pelos limites de uma nova "naturalidade".



**Capítulo 3**  
**Subjectividade e determinação jurídica**

### Capítulo 3 - Subjectividade e determinação jurídica

8. A esfera pública e privada: ideologia e normatividade.  
9. "Privacy" e sexualidade. 10. Identidade pessoal e determinação jurídica. 11. Os limites da identidade

#### 8. A esfera pública e privada: ideologia e normatividade

O processo cultural de "*autonomização*" da sexualidade ao desvalorizar os vínculos somáticos, implica uma não despicienda inversão da clássica relação entre a esfera pública e a privada no que à disciplina da sexualidade - v.g., na família, nos tratamentos médico cirúrgicos - concerne. Já vimos até<sup>207</sup> como, quicá por mor do pensamento anglosaxónico de BETHAM e MILL, no movimento de codificação do século XIX a esfera individual e social, no âmbito da sexualidade, fundava no corpo o procurado equilíbrio entre esfera objectiva e subjectiva, justamente, mediante um modelo apriorístico de normalidade, dentro do qual, a esfera privada se autonomizava. Dos esquemas puramente contratuais, que disciplinam as relações pessoais dos cônjuges<sup>208</sup>, passando pela aparência do clássico "*pater ist est*" e

---

<sup>207</sup> cfr., supra, cap. II, nº4

<sup>208</sup> Sem que se esqueça o enfoque do casamento como estado, com os seus caracteres de unidade, perpetuidade e exclusividade, ainda que quanto à perpetuidade esta se tenha transformado numa simples tendência, mesmo para o casamento católico, que admite uma causa de dissolução do casamento, independentemente da morte de um dos cônjuges: a dispensa do casamento rato e não consumado. Para além das causas da invalidade do casamento Católico (emergentes dos vícios do consentimento e da capacidade; cfr., cânones 1057, 1104, 1105, 1102, 1101, 1083, 1095, 1096, todos do código de Direito canónico de 1983) que, não pondo em causa a perpetuidade do casamento, posto que este declarado nulo, é um casamento que nunca existiu, fazem-no, na prática produzir efeitos, respectiva declaração de nulidade (até e mesmo após o averbamento no registo civil do "*exequatur*" da apesar da sentença eclesiastica que o tenha declarado nulo; cfr., arts. 1647º/3 e 2017º do Cciv 66). cfr., COELHO, P., "*curso, ...*", cit., pág. 164 - 178, e 330 - 351; CAMPOS, D.L.; de "*Lições, ...*", cit., pág. 179.

demais presunções, a configurar um "critério social" de paternidade<sup>209</sup>, deparamos, já desde o século XVIII um regime jurídico da família transformada num espaço privado, o lugar secreto do "oikos", de exercício da liberdade própria de cada um dos seus membros, na prossecução de felicidade pessoal<sup>210</sup>. Só que, extremada a sexualidade por entre a multiplicidade das pulsões libidinais, perdeu-se aquela outra noção de corpo, unívoca impositação de identidade pessoal, desenvolvida à sombra da esfera de normalidade dos comportamentos sexuais, "naturalmente" subtraída ao controlo legislativo<sup>211</sup>. Daí que, por um lado, a temática da emancipação, sexual - desta segunda revolução sexual dos anos sessenta - conduzisse à "politização" da esfera protestante privada, por forma a conferir consistência à miríade de reivindicações e movimentos sociais, que pretendiam mudar o mundo e a sociedade. Por outro lado, a esfera pública deixou de ser entendida tão só como areópago de localização e prossecução dos interesses colectivo, para se "individualizar", aprestando-se a garantir não só a omissão do Estado face a intromissões abusivas numa liberdade imanentisticamente fundada, como o dever de acção enquanto reserva de legitimação dos direitos de liberdade. Práticas contraceptivas, esterilização voluntária, mudança de sexo, ... clamam por uma justicialização, conquanto, aqui e acolá, terapêutica. De facto, não obstante tais reivindicações dizerem respeito a interesses subjectivos, não podem deixar de encontrar no Estado o interlocutor directo e bem assim na lei o instrumento operativo. Os designados "direitos sociais" significam o caso do "Estado Mínimo". Direitos sociais e "Estado Mínimo" são incompatíveis. Com o já clássico "Estado Providência", a relação entre público e privado altera-se, no sentido em que todo o

---

<sup>209</sup> Sobre isto, vide, OLIVEIRA, G., de "Estabelecimento da filiação - notas aos artigos 1796º a 1873º do Código Civil", Coimbra, 1979, págs.58 a 144; idem, "Impugnação da paternidade", Coimbra, 1979, pág.25 e ss.; idem, "critério jurídico da paternidade", Coimbra, 1983, pág. 325 e ss., XIX e ss. (Apresentação).

<sup>210</sup> Assim também, CAMPOS, D.L., de, "Lições, ...", cit., pág.88 e ss.

<sup>211</sup> Repare-se que, a procriação, considerada como assunto da esfera privada do casal consignava-se já no art. 68º da constituição, na redacção de 1976.

"Estado Social" pressupõe uma "impregnação do direito privado pelo público"<sup>212</sup>. A imagem oitocentista do "Estado mínimo", a mostrar um radical dualismo entre Estado - sociedade civil<sup>213</sup>, continha espaços juridicamente irrelevantes, onde um ordenado jurídico "agnóstico" podia manter-se neutral, perante os desígnios da subjectividade, um quadro de absoluta liberdade, e autonomia<sup>214</sup>.

Vem isto para dizer que, a gestão pública dos "direitos derivados a prestações" ("derivative teelhaberechte"), modifica radicalmente esta visão<sup>215</sup>, em termos de "le public pretend"(...) se substituer au privé,

---

<sup>212</sup> Neste sentido, cfr., por exemplo, PIRES, L., "teoria da constituição", cit., pág. 301, BOBBIO, N., "Público e Privato. Introduzione a un dibattito", in Fenomenologia e società, 1982/18, pág.172;idem, "Público/Privato", in Enciclopedia, Torino, Einaudi, 1980, vol.XI, pág.401 e ss.;ANDRADE, J.C.V. de, "os direitos fundamentais ..."cit., pág.150 e ss.

<sup>213</sup> Note-se, contudo, que a tradicional dicotomia Estado - Sociedade civil, como salienta GINER, S., ("The withering away of Civil Society?", in Praxis International, 1958/5, pág.247 e ss.), foi atravessada por profundas contradições, nomeadamente, a circunstancia de sob a mesma designação de "sociedade civil", se terem erigido diferentes concepções da dicotomia, a saber: a liberal clássica, a hegeliana, a marxista - leninista e a neo - marxista. O que mais não vem do que constatar a opinião de DICEY, A.V., ("Law and Public opinion in England", London, MacMillan, 1984, pág.306), de que os adeptos do "laissez - faire" aceitavam que, para atingirem os seus fins afigurava-se necessidade absoluta aperfeiçoar e fortalecer os mecanismos governamentais, i.é., o Estado intervinha para não intervir.

<sup>214</sup> Só que, como nota SANTOS, B.S., ("O Estado e o Direito na transição Pós - Moderna, ...", cit., pág.21), o caracter particularístico dos interesses na sociedade civil, implica que o princípio do "laissez - faire" não pode ser igualmente válido para todos os interesses, como atesta o desabafo de MILL, J.S., ("Principles of Political Economy", London, 1921, pág.950), em que qualquer desvio do "laissez - faire", a menos que ditado por um grande bem, é um mal indubitável.

<sup>215</sup> Sobre isto, vide, por exemplo, MÜLLER, "Soziale Grundrechte in der verfassung?", in, Zeitschrift Schweizerisches Recht, 1973/92, pág.697 e ss.; BÖCKENFÖRDE, E.W., "Die sozialen grundrechte", in Soziale Grundrechte von der bürgerlichen zur sozialen Rechtsordnung, org. por BÖCKENFÖRD/JEKEWITZ/RAM; ANDRADE, J.C., V., de "Direitos Fundamentais, ...", cit., pág.200 e ss.; CANOTILHO, J.J., "Direito constitucional", Cit., pág.440.

*et le privé s'empare des pouvoirs à des fins qui ne sont finalement que privées*"<sup>216</sup>. Ora, o conceito de um "espaço vazio de direito" perde significado, antes a presença de elevados níveis de interdependência nas hodiernas sociedades complexas, transforma as prestações numa outra fonte de poder, que já nada terá a ver com os vínculos de coercividade da ordem jurídica<sup>217</sup>. Ora, o direito de dispôr da própria sexualidade, não pode deixar de merecer alguma forma de tutela jurídica, atentas as exigências decorrentes daquela outra "sexualidade polimorfa". É o caso da Jurisprudência alemã, que vem condenando as companhias de seguros, no âmbito do "seguro - doença", nas despesas emergentes da intervenção cirurgica de mudança de sexo, mesmos nos casos de transexualidade, fazendo, destarte, uma interpretação do conceito de doença, que permita nele incluir também esta especie de disfunção no comportamento sexual<sup>218</sup>.

É, todavia, importante notar que, talqualmente esta multiplicidade de formas de sexualidade amplia a esfera de intervenção estadual não é curial, por outro lado, obnubilar a esfera privada<sup>219</sup>. Só

---

<sup>216</sup> Assim, MATHIEU, V., "Prefazione a Il Pubblico e il Privato", in Archivio di Filosofia, Padova, 1979, pág.17.

<sup>217</sup> Pode ver-se, esta ideia em LHUMANN, N., "Soziale Systeme", cit.

<sup>218</sup> Cfr., SPLENGER, "Transsexualität eine Krankheit im Sinne der RVO", in NJW, 1978, pág.1192; LSG München Breith, 1987, pág.531 e ss; LSG celle, in FamRZ, 1987, pág.107; LSG Stuttgart, NJW, 1982, pág.718; EICHER, W., "Transsexualismus: Möglichkeit und Grenzen der Geschlechtsum Wandlung", Stuttgart/New York, 1984, pág.166; EHRHARDT, H.E., "Transsexualität: medizinisch, rechtliche und ethisch Aspekte", in Der Arzt, Profil eines freien Berufes, Festschrift für, J.F. Vobrad Deneke, 1985, org. por BUCHHOLZ et alii, pág.283 e ss. Veja-se também, neste sentido, a frustrada tentativa da "Homosexuelle müssen die volle change zu Selbstbestimmung erhalten" (da "Wahlplattform 82", do "Grünen Landverband Bayern").

<sup>219</sup> Como salienta FOUCAULT, M., ("História da Sexualidade, ...", cit., pág.45 e ss), o dispositivo da sexualidade, se por um lado exige sobre a aparência da emancipação, uma sólida estrutura de controlo e de dependência, por força da gestão pública das complexas ramificações da tecnologia da saúde, por outro lado não se esgota subreptício totalitarismo, que pretende transformar o

aparentemente a esfera privada se distinguiu. De facto, o simples protagonismo do Estado na processecução da "*Daseinsvorg*", não suprime a diferença substancial entre interesses públicos e autonomia privatística da vontade. O que só pode significar que esta, no limite, se manifeste sob vestes publicísticas<sup>220</sup>. Só que, por outro lado, assistimos a um crescente fenómeno de "*privatização da esfera pública*", onde os desejos individuais vêm garantida a praticabilidade de cada projecto existencial se e quando penetrarem no quadro do juridicamente relevante. É o paroxismo "*d'une société qui n'a plus rien de publique sauf (...) le privé*"<sup>221</sup>. Mas, nem por isso se não assiste, também, à "*pulverização da esfera privada*", desde logo, quando se vê o Estado a apreender e "*compreender*" a subjectividade<sup>222</sup>. A convivência "*esfera pública*"/"*esfera privada*" são, destarte, colocados ao serviço de uma procura de identidade, que usa os meios da terapia médica para se realizar<sup>223</sup>. Por conseguinte, foi o facto de subrepticamente se ter colocado a sexualidade, na esfera de preocupações da saúde,

---

indivíduo no "*escravo feliz*", pois que se constata uma mudança nos comportamentos individuais a exigirem novas formas de legitimação de distribuição de recursos (cfr. SARACENO, C., "*Interdipendenze e spostamenti di confini tra pubblico e privato*", in Il Mulino, 1983/5, pág.782")

<sup>220</sup> É o caso, segundo curamos, noutra enfoque, da disciplina do regime jurídico das relações contratuais de consumo. Cfr., DL nº446/85, de 25 - 10 (sobre cláusulas contratuais gerais).

<sup>221</sup> Assim, COTTA, S., "*La sexualité entant que dernier mythe politique*", in Res Publica, 1975, pág.364. Significa, do ponto de vista do autor um desenvolvimento cultural determinado pela expectativa de uma "*revolução palingénética*", desde Saint Simon e Marx, e pela possibilidade - expectativa de um mítico retorno à "*pureza originária*", liberta de qualquer forma de opressão cultural e de costumes, talqualmente Rosseau e Nietzsche preconizavam. vide, também, sobre isto, AMATO, S., "*corporeità, ...*", cit., pág.170.

<sup>222</sup> Aquilo que caracteriza a sociedade contemporânea não é tanto a condenação do sexo à "*penumbra*", antes a constatação de que o indivíduo está condenado a falar sempre dele, à medida que o vai ignorando. Assim, FOUCAULT, M., "*História da sexualidade, ...*", cit., pág.35 e ss.

<sup>223</sup> Neste sentido também, RODOTÀ, S., "*Alla ricerca della libertà*", Bologna, Il Mulino, 1979, p.200.

reconhecendo o seu papel no bem - estar físico, psíquico e social, que concomitantemente gerou maior emancipação, permitindo paralelamente que ela fosse estudada e tratada de forma objectiva<sup>224</sup>. Não sem que o campo de análise por vezes seja minado, desde logo, quando se observa, que o problema de anormalidade (sexual) vai confundido com aqueloutro mais vasto da insatisfação e frustração sexual. E a máxima seria: o psicopático ou o prevertido seriam tão só sujeitos patologicamente prisioneiros dos seus imperfeitos e irrealizáveis projectos existenciais. A correcção do comportamento desviante implicaria que, quanto mais viável fosse a "recuperação" social do sujeito desviante, vista em termos de satisfação de um qualquer seu universo onírico, maior seria a dignidade e "repersonalização" do desviante, na medida em que se submetesse ao controlo terapeutico. E, pois, sintomático, que J. BRUN <sup>225</sup> observe que, "*sous prétexte de desoccultation et de libération thérapeutique par la parole (...) nous donnent à entendre régulièrement les 'strip tease' verbaux d'hommes et de femmes qui s'adressent chaque jour à gourou du sexe qu'ils ne voient pas, qu'ils ne verront jamais*". Ora, há que desde logo, precaver este tipo de posições "dissolventes", que podem importar outras tantas angústias para o campo do critério jurídico da mudança de sexo. Por isso que, decerto, o critério que dilucidamos não é, seguramente, existencial, ancorado na Utopia de um qualquer projecto onírico, ainda para mais, revestido, por vezes, de alterações substanciais da personalidade. O critério é outro, como se verá no lugar próprio, idóneo por exemplo, a distinguir o transexualismo "verdadeiro" do "falso", onde haverá que precaver a "construção" de uma identidade pessoal - sexual por causa, ou à sombra de verdadeiros projectos <sup>existenciais</sup>. O que por ora se quer ressaltar é tão só o paroxismo de uma "vida íntima" dos indivíduos que é, simultaneamente, "mais privada" e

---

<sup>224</sup> O que, aliás, se detecta já no pensamento de CALDERONE ("*The challenge of our Sexual Future*", in *Sexual Medicine Today*, 1978, pág.34 e ss.).

<sup>225</sup> BRUN, J., "*Le meurtre du privé et le triomphe du public*", in *Il Pubbico e il Privato*, cit., pág.76.

"mais pública", mais sujeita ao controlo da opinião pública "iluminada", ao passo que tende, justamente, a ser mais íntima<sup>226</sup>.

Vem isto para significar que a idêntica constatação não ocorre tão só no plano cultural, outrossim, no normativo. Parece-nos, desde já, sintomático, o facto de os limites de ordem pública e dos bons costumes (v.g., art. 280º/2, 81º Cciv 66), tradicionais obstáculos a pretensas transformações de comportamentos, designadamente, os que impedem a legitimação das várias modalidades de "sexualidade heterodoxa"<sup>227</sup>, poderem ser também invocados como forma de ampliarem a tutela subjectiva<sup>228</sup>. Até porque, nem é de excluir que sejam princípios de interesse e ordem pública, que conformarão as questões - de - direito às questões de facto, numa perspectiva de solidariedade, que intente eliminar os obstáculos, que possam impedir o pleno desenvolvimento da personalidade humana<sup>229</sup>.

---

<sup>226</sup> O que vai dito, supra, em texto, corresponde, "hoc sensu" às propostas da "democracia sexual" de BÉJIN ("*Il potere dei sessuologi*", cit., pág.262), a saber: a) a racionalização dos comportamentos sexuais; b) o controlo da vida íntima por parte da opinião pública; c) a igualdade de direitos; d) a expansão da esfera de liberdade autonomia individual; e) a apologia da tolerância.

<sup>227</sup> v.g., as lesões corporais sado - masoquistas consentidas, a esterilização voluntária, a criminalização, (noutros quadrantes normativos) das simples práticas homossexuais entre adultos.

<sup>228</sup> É importante salientar, no campo jurídico - penal, a precursora opinião de KLUG (apud, ENGISCH, K., "*Die Strafbarkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung*", in *Festschrift für Hellm. Mayer*, pág.404): "Eu não hesitaria um momento em considerar como contrário aos "bons costumes" uma lei que cominasse uma sanção penal para a esterilização voluntária". Entre nós a Lei nº3/84, de 24 - 3 (Educação Sexual e Planeamento Familiar), declara a admissibilidade da esterilização de maior de 25 anos, circunscrevendo-se o limite dos "bons costumes" ou o da "indisponibilidade da integridade física", à criminalização da esterilização voluntária, sem indicação médica por menores de 25 anos (DIAS, F./MONTEIRO, S., "*Responsabilidade médica em Portugal*", Lisboa, 1984, pág.61) e, mesmo aí, é necessário que não haja consentimento validamente expresso, inclusivamente, na esterilização médico - social, social e eugénica Neste sentido ANDRADE, C., "*Consentimento e Acordo, ...*", cit., pág.477, nota 333.



Não se trata, de resto, de um fenómeno isolado, antes constitui a acabada expressão dos objectivos e finalidades solidaristicas, que, entre nós, ao abrigo da Lei da Educação Sexual e Planeamento Familiar (lei nº3/84, de 24 - 3), haveria de assumir relevo nos centros de informação e planeamento familiar <sup>230</sup> apostados na tutela da saúde e na educação médica e sexual. Uma latitude esta do patológico, que atesta, assaz significativamente, quanto se alterou a intensidade de intervencionismo estadual, e quanto a terapia da mente - i.é., do universo de representações e práticas sexuais - se sobrepôs à do aparato físico - somático. Novos sujeitos e novas dimensões e comportamentos emergem de nova legitimidade, no mundo do Direito, seja em relação à esfera privada ou à pública, por forma a recompor uma nova articulação entre público e privado<sup>231</sup>. Ora, líquido é que estas novas situações não podem relevar para o Direito a partir de uma rígida diversificação dos papéis sexuais familiares. Desde logo, pela denúncia da experiência norte - americana na adopção de modelos repressivos da "privacy", intimidade da vida pessoal, baseada em modelos familiares, que tutelam a legitimidade de uma Instituição - Família, voltada para o sacrifício das singulares subjectividades dos indivíduos que a compõem<sup>232</sup>. Por exemplo, a assistência médico - sexual, prevista na

---

<sup>229</sup> Já isto notava, PERLINGIERI, P., "Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso", in problemi giuridici del transexualismo, ...cit.

<sup>230</sup> Vide, na doutrina italiana, MARZONA, N., "Consultorio Familiare", NDI, Appendice, II, Torino, Utet, 1981, pág.509 e ss.

<sup>231</sup> Cfr., SARACENO, C., "Interdependenze e spostamenti di confini tra 'pubblico' e 'privato'", cit., pág.788 - DILCHER, G., ("Ehescheidung und Säkularisation", in cristiavesimo secolarizzazione e diritto moderno, cit., pág.1021 e ss) acentua a dificuldade de encontrar regras comuns, nas quais fundar os novos horizontes da convivência conjugal: civilidade da sexualidade, responsabilidade pessoal dos conjugues, "privacy" da maternidade/paternidade, educação e manutenção dos filhos.

<sup>232</sup> Cfr., EICHBAUM, J.A., "Towards an Autonomy - board theory of constitutional Privacy: Beyond the Ideology of Family Privacy", in Civil Liberties Law Review - Harvard Civil Rights, 1979/2, pág. 361 e ss. Entre nós, pode dizer-se que a reforma operada pelo Decreto - lei

Lei de Educação Sexual e Planeamento Familiar, ao prescindir da própria relação de família, pode propiciar casos de conflitualidade, dificilmente sanáveis, entre o menor, que procura o aconselhamento médico - sexual, e os progenitores, detentores do poder paternal, nos termos do art. 1798º do Código Civil<sup>233</sup>. Assistimos, pois, uma nova configuração das relações entre esfera pública e privada. Diz-se, na realidade, que na sistematização jurídica tradicional, o casamento constitui tendencialmente o núcleo fechado do desenvolvimento da sexualidade, situando-se aí, como limite intangível, qual "santuário"<sup>234</sup> à intervenção estadual. Ora, esta "isola che il mare del dirittó puó lambire soltanto" (JEMOLO), já não pode tutelar a "felicidade" dos singulares sujeitos que a compõem, sem que prescinda da intervenção normativa. Além de que, se assistiu a um despojamento, por parte do Estado - Providência, das antigas funções desempenhadas pelo marido, assumindo aquele todas as consequências materiais e psicológicas dos actos de cada um dos cônjuges<sup>235</sup>. Pelo que, é difícil negar a separação lógica meramente íntima e contratual da relação de casamento. Pensamos, justamente, em quanto a actual visão do casamento (ainda

---

nº496/77, de 25 - 11 do Código Civil, dirigiu-se primacialmente, no que a esta matéria toca, à disciplina de relações jurídicas heterogéneas (relações patrimoniais - pessoais dos cônjuges, de filiação, parentesco e afinidade), nas quais a "unidade da família", decompõe-se numa pluralidade de hipóteses intersubjectivas.

<sup>233</sup> A questão esgrime-se, destarte, no confronto interpretativo dos artigos 36º/5 e 67º/2/C, da CRP e na questão de dilucidar se o Estado, inconstitucionalmente, se substitui e toma para si o direito próprio, que compete aos pais, na formação sexual dos filhos, ou, outrossim, está tão só a colaborar no plano educativo - sexual, traçado por aqueles outros. Cfr., com interesse, VARELA, A., "Direito da Família", pág.153 - 154. Criou-se no entanto, uma espécie de maioria legal em algumas matérias atinentes à liberdade sexual, talqualmente ocorre no art.1886º do Código Civil. Sobre a titularidade de direitos fundamentais por parte dos menores, cfr., CANOTILHO, J.J., "Direito Constitucional", pág.574.

<sup>234</sup> Na sugestiva formulação de COELHO, P. (Curso, ..., cit., pág.111).

<sup>235</sup> Sobre isto, cfr., BEIJN, A., "Il matrimonio extra - coningale", in I comportamenti sessuali, cit., pág.198.

que canónico), analisada na comunhão espiritual e na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, atenua progressivamente a função do cumprimento do "*débito conjugal*", posto que tão só indirecta e juridicamente, por que emergente dos deveres de fidelidade e coabitação. Esta desvalorização da lógica privalística da "*obrigação contratual*" desta "*deditio corporis*" é, porém, acompanhada por um crescente controlo estadual, concernete à vontade dos cônjuges. Pense-se, desde já, na possibilidade de configurar o crime de violação<sup>236</sup>, no âmbito das relações pessoais de família, maxime da liberdade sexual negativa.

É sabido que o Direito se limita a receber os ecos destes emergentes modelos da "*nuclear family*", onde as relações intersubjectivas se atomizam e se desprendem dos vínculos autoritários de uma lógica paternalista. Para já não falar da experiência da "*cópula aberta*", ou das casuais e esporádicas formas de convivência, onde a actividade sexual se desenvolve unidireccionalmente: masturbação, relações homossexuais, heterossexuais, troca de "*partners*"; formas estas que têm tão só por escopo a satisfação instantânea dos desejos, ou a intensidade de efémero prazer. Vale dizer, a uma tradicional sexualidade, genital e socializada, com referência ao acto da cópula e da procriação, sucede um erotismo emancipatório dos sentidos, que só reconhece os limites do desejo e do prazer individual<sup>237</sup>.

Não interessa, no entretanto, analisar tanto a plausibilidade ou validade desta análise de costumes, quanto constatar, juridicamente, que a difusão desta sexualidade polimorfa, e bem assim as variegadas

---

<sup>236</sup> Cfr., art. 201º do CP 82. Veja-se, em Itália o aresto da "*corte di cassazione*", de 4 - 12 - 1976, nº1285 (in *Rivista di Diritto Penale*, 1977, pág.281 e ss.) que, invertendo a orientação até prevalecente, suscitou que o casamento não implica uma irrefragável perda da liberdade de dispor do seu próprio corpo, a favor do outro cônjuge. Pelo que, o uso da violência para extorquir a "*deditio corporis*" seria sempre passível de reacção criminal. Na Alemanha, mitigadamente, GERNHUBER, "*Lehrbuch des Familienrechts*", 3ª Ed., München, 1980, 6, II, pág.56.

<sup>237</sup> Sem que se não esqueça o recorrente influxo sociológico das práticas conservadoras. Cfr., por exemplo primeiras manifestações, em, "*Sex in the 80's. The revolution is over*" in *Time*, nº14, de 9 - 4 - 1984.

possibilidades de articulação do lúdico, configuram uma gama de situações subjectivas não tipicizáveis adentro da implícita lógica público/privada, da disciplina das relações familiares<sup>238</sup>. É que, uma sexualidade erigida a partir da subjectividade, não é crível que tolere vínculos ou mediações estranhas às suas imediatas exigências. Daí que, se não estranhe constituir a sexualidade o elemento, em derredor do qual, se agitam diferentes impositões de um fenómeno - a mudança de sexo - que toca em vária medida todos os ramos do direito.

E de facto, a passagem nesta sede, do subjectivo ao objectivo e vice - versa, superou os rígidos modelos da contraposição histórico - iluminista, entre esfera privada e pública, definida por um criticismo ideológico como efeito de uma cultura individualista, centrada na exigência burguesa de preservação da propriedade<sup>239</sup>. O discurso burguês - liberal da sexualidade, ao circunscrevê-la aos muros domésticos, mais não representaria, neste enfoque, do que um dos reflexos da idealização dos direitos subjectivos, erigidos a partir do direito de propriedade<sup>240</sup>. Todavia, não se pode ignorar que, estruturalmente a sexualidade propõe um dualismo "público/privado", em termos que exornam as fronteiras do Económico<sup>241</sup>. Não é por

---

238 Sobre esta impositão geral, no direito da família, cfr., VASSALI, "Diritto pubblico e diritto privato in materia matrimoniale", in Studi giuridici, I, 1960, pág.135 e ss.; CICU, "Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile", in RDC, 1939, pág.5; BERDEJO, L./REBULLIDA, S., "Derecho de Familia", Barcelona, 1984, nº10, pág.19 e ss.; VARELA, A., "Direito da família", pág.53 e ss.

239 Sobre isto, cfr., BARCELLONA, P., "I soggetti e le norme", Milano, 1984.

240 O problema sexual traduzia-se em MARX e ENGELS, na conquista de uma "naturalidade" isenta de constricções económico - sociais. Liberdade, coacção, público ou privado seriam falsas alternativas a superar, qual utopia da crise ou "déperissement" dos modelos capitalistas. Cfr., sobre isto, BINI, "Iniziativa per l'informazione sui problemi della sessualità nella scuola materna", in Sesso e Società, Roma, 1976, pág.50 e ss.

acaso, que a crítica marxista sempre encontrou dificuldades em enquadrar as reivindicações emergentes da "*emancipação sexual*".

De resto, se não é viável uma solução politicamente pré-determinada que se limite a registrar as singulares transformações do desenvolvimento histórico, mais não resta do que indagar, adentro do sub-sistema do Direito, as perspectivas a que parecem conduzir tais transformações institucionais. Não sem que se advirta da cautela metodológica à volta da problemática da crise do processo de cognição jurídica da identidade individual, por virtude dos efeitos que decorrem da dissociação da relação tradicional entre corpo e sexo.

A questão reduz-se, pois em dilucidar se é possível hipotisar um diverso modelo de identificação jurídica, ou, ao menos, um renovado "*paradigma corporal*".

---

<sup>241</sup> Até porque, já na leitura gramsciana de Marx (GRAMSCI, "*Quaderni dal carcere*", Torino, Einaudi, 1975, pág.1874), se salienta a impossibilidade de falar da natureza em termos fixistas ou imutáveis, sendo ao invés necessário considerá-la na dialética subjectiva das relações sociais.

## 9. "Privacy" e sexualidade.

Campo de pesquisa particularmente sugestivo parece ser o que representa as diversas tematizações convergentes em redor do conceito de "privacy"<sup>242</sup>.

De facto no âmbito deste conceito agitam-se direitos e interesses a mais, para propiciarem a sua redução a um único modelo político e cultural<sup>243</sup>. Tanto se reproduz o dualismo Cristão e jusnaturalístico entre esfera humana interna e externa, como a necessidade de construir relações sociais emancipadas de pré - juízos morais ou temores confesionais, mediante uma sólida racionalidade laica.

Com efeito, o desenvolvimento histórico da "privacy", aproximou-se, singularmente da problemática da sexualidade. efeito de uma lenta elaboração casuística. Desde a tutela da esfera da intimidade da vida pessoal, do direito ao nome, passando pelo direito à imagem e à identidade pessoal, a "privacy", a partir dos anos sessenta deixou de se conectar com a "property" ao privilegiar a tutela dos laços subjectivos da "dignity"<sup>244</sup>, em particular, com os limites do obsceno, interrupção voluntária da gravidez, práticas anticoncepcionais, ... <sup>245</sup>. Resta,

---

<sup>242</sup> Sobre a multiplicidade temática da "privacy", cfr., SHILSE, E., "Privacy: its constitution and vicissitudes", in Law and contemporary Problems, 1966, pág.281 e ss.

<sup>243</sup> Assim, BLACK, "Dissenting opinion", in Berger V. New Yorke, apud BALDASSARE, A., "Privacy e costituzione", Roma, 1974, pág.460.

<sup>244</sup> BALDASSARE, "Privacy e costituzione", cit., pág.457. ROTUNDA, R./NOWAK, J./YOUNG, J., "Tratise on Contitutional Law", 1986, &15.7. no "case - law" norte americano o pontapé foi, contudo dado com o caso warren/Brandeis, (Harvard, Law Review, 1890); na doutrina continental, onde a "privacy" também abarca o direito à intimidade da vida privada, vide, COHN, "Neue Rechtsgüter", Berlin, 1902 e GIESKER, "Das recht das Privaten in der eigenen Geheimnissphäre", Zurich, 1905.

<sup>245</sup> Os "privacy cases" tiveram as suas primícias em "Griswold V. Connecticut" (381 U.S. 479, 1965), onde o tribunal declarou a inconstitucional das leis que proibiam o uso e comercialização

contudo, saber qual é o significado teórico do alcance institucional desta noção. E aqui, a doutrina norte - americana é claudicante, pois que é, "essentially unspecified the substance of what is being protected"<sup>246</sup>, faltando, assim, um específico enquadramento teórico. Talvez a melhor formulação seja a que afirme a desnecessidade de saber o que é, outrossim, a certeza de só se conhecer quando aplicada<sup>247</sup>. E nem sequer com a nova impositação dogmática de uma "personhood", a invadir o campo da "privacy"<sup>248</sup> - isto é, "those attributes of an

---

de anticoncepcionais. O tribunal esgrimiou o conceito de "privacy", tanto enquanto interesse em manter certas questões afastadas da opinião pública, quanto em fazer prevalecer "erga omnes" a decisão individual, acerca de determinadas "privat matters". Dois anos mais tarde, no caso "Loving V. Virginia" (388, U.S., I, 1967), sindicou-se a criminalização dos casamentos inter - raciais, isto é, afirmou-se que os Estados não poderiam interferir na escolha individual do outro cônjuge. Semelhantes bases serviram para syndicar as leis que restringiam a capacidade para casamento ou divórcio dos indivíduos com insuficiências económicas (cfr., Zablocki V. Redhail, (434, U.S. 374, 1978); Boddie V. Connecticut, (401 u.s. 371, 1972). No entretanto, foi-se estendendo a eficácia do "privacy doctrine" para além das questões matrimoniais. Veja-se o caso Eisenstadt V. Baird (405 U.S. 438, 1972), onde tribunal reafirmou a Jurisprudência do caso "Griswold", aplicando-a, no entanto, a pessoas solteiras. Já no caso "Roe V. Wade" (410 U.S. 113, 1973), se observou que o "privacy" era suficientemente aberto, para nele se fundamentar a decisão das mulheres quanto à interrupção voluntária da gravidez. No entretanto, em casos recentes, tem-se vindo a restringir o alcance da "privacy doctrine". É exemplo, o caso Bowers V. Hardwick (478 U.S. 494, 1986), onde se sustentou que os Estados tinham legitimidade criminalizar a sodomia consentida.

<sup>246</sup> cfr., TRIBE, L., "American constitutional Law", 2ªed., 1988, & 15.1, pág.1302. Em geral, sobre a eficácia irradiante da "privacy", cfr. WESTIN, "Privacy and freedom", New York, 1970; GROSS, "the concept of Privacy", in New York Law Review, 1967; POSNER, "the right of privacy", in Georgia Law Review, 1978.

<sup>247</sup> Cfr., Jacobellis V. Ohio, 378 U.S. 184, 197 (1964). Ou como se atesta no caso "Eisenstadt V. Baird", "if the right of privacy means anything, it means, ..."

<sup>248</sup> Cfr., CRAVEN, "Personhood: the right to be let alone", in Duke Law Journal, 1976, 699, nº15. TRIBE, "American, ...", cit., 15.1, pág.1302 - 1312; REIMAN, "Privacy, Intimacy, and Personhood", 6 Philosophy Public Affaires, 1976/1 pág.???, WASSERSTROM, "Privacy: some arguments and Assumptions", in Philosophical Dimensions of "Privacy", ed. por F.

*individual wich are irreducible in his selfhood*"<sup>249</sup>, a questão se clarifica, a não ser talvez, para efeito de reforçar o conceito de identidade pessoal.

Pode, todavia, dizer-se, que é no enfoque de uma "privacy" com contornos mais ou menos nítidos, que a realização dos desejos e sentires individuais se potenciam, em termos de se reivindicar à "esfera pública", "*the legal embodiment of moral principle wich ensures to each person (...) the maximum equal liberty, opportunity and capacity of love*"<sup>250</sup>. Fenómeno que implica a constatação da existência de dois planos de tutela da intimidade da vida privada: a) o "*family - based*", que acaba por reduzir os clássicos cânones éticos; b) o "*autonomy - based*", que constitui para lá de qualquer vínculo heterónimo, o pressuposto mediante o qual, relevam juridicamente as várias modalidades da sexualidade polimorfa<sup>251</sup>.

Vale isto por afirmar que, este "*potencial de subversão*" dos cânones tradicionais, traduz o vencimento da subjectividade, que se realiza só na auto - projecção propectiva, onde a esfera privada se reserva o direito de respeitar qualquer esquema vinculístico. Como assinala J.RACHELS<sup>252</sup>, "*If we cannot control who has acess to us, sometimes including and sometimes excluding various people, then we cannot control the patterns of behaviour we need to adopt (...) or the kinds of relations we have with the people around us*". A crescente

---

SHOEMAN, 1984, pág.317, 322 - 323; RUBENFELD, J., "*the right of Privacy*", in Harvard Law Review, 1984/4, pág.738 e ss, maxime 752.

<sup>249</sup> Assim FREUND, P., "*Adress to the American Law Institute*", apud American Law Institute, 52D Annual Meeting, 1977, 42 - 43.

<sup>250</sup> Neste sentido, RICHARDS, A.J., "*Unnatural Acts and the constitutional Right to Privacy: a Moral Theory*", in Fordham Law Review, 1977, pág.1319.

<sup>251</sup> Cfr., EICHBAUM, J.A., "*towards an Autonomy - based theory of constitutional Privacy...*", cit., pág.361 e ss.

<sup>252</sup> RACHELS, J., "*Why privacy is important*", in "*Philosophy and Public Affairs*", 1975/4, pág.323 e ss.



tendência para ajustar o exercício da sexualidade às técnicas da cirurgia impõe, desde logo, o encerramento da "alcova". Daí que, só seja possível, para alguns, remover os receios e dúvidas, no que respeita à validade das manifestações sexuais, que o corpo humano pode oferecer, a partir do momento em que se obrigue a cópula a sair do horizonte coarctado das relações entre um homem e uma mulher, entre marido e mulher, do casamento e da família<sup>253</sup>. Ora, esta negação do íntimo envolvimento da sexualidade, dá azo a um processo de massificação, aí onde a reclamação subjectiva de um alargamento das esferas de protecção, mais não intensifica do que as formas de intervenção estadual<sup>254</sup>. Desta é expressão, o entendimento de PARKER<sup>255</sup> sobre o alcance da intimidade da vida privada, susceptível de tutela: "*When and by whom the various parts of us can be seen or heard (...) touched, smalled, or tasted by other*". A lógica do corpo que se priva ou abstem é, nesta sede, superada pela lógica do corpo que se oferece. Há ainda um espaço vazio onde a autonomia privada pode circunscrever a sua "privacidade"? No que concerne à conceituação dos modelos de comportamentos emergentes do "*exercício corporal*" da sexualidade, pode afirmar-se que, é pela tutela conferida pela "*privacy*", que se delimitam as novas fronteiras da esfera privada, maxime, no que à mudança de sexo concerne, por mor do direito à identidade pessoal - na sub - espécie identidade sexual - que nela também se encerra. Sem esquecer a já recenseada e interessante hipótese normativa de assimilação da "*privacy*" a uma "*personhood*"<sup>256</sup>, expressão que

---

<sup>253</sup> Assim, numa pré - compreensão dissolvente, CHARTMAN, R., "*Your Sexual Future*", New York, 1972, apud, SZASZ, "*Sesso a tutti i costi*", cit., pág.154.

<sup>254</sup> Cfr., SHILS, E., "*Privacy, Ideology and Civility*", in *Il Publico e il Privato*, cit., pág.221 e ss.

<sup>255</sup> Cfr., PARKER, R., "*A definition of Privacy*", in *Rutgers Law Review*, 1973, pág.283.

<sup>256</sup> Cfr., REIMAN, J.H., "*Privacy, Intimacy and Personhood*", cit., pág.34. Cfr., supra, nota 247.

também parece sugerir a ideia de uma artificial protecção, à sombra da qual se refugia o indivíduo, após haver perdido qualquer outra possibilidade de tutela. Refúgio que, tanto significará espaço residual ou marginal, quanto o local individualmente conquistado pela capacidade criativa de cada homem.

Resulta já do que foi dito a perspectivação de um novo modelo problemático. Com efeito, não deparamos já com um ambiente pré - constituído, que ao se singularizar, circunscreve objectivamente os campos de acção, em absoluto vedados à intervenção estadual. Outrossim, a "*esfera privada*" exercita-se na medida em que "*is conferred*", pelos esferas legiferantes e pelos tribunais<sup>257</sup>. Só que, este "*conferred*" em vez de se definir à luz do livre arbítrio da esfera pública, há-de corresponder aquilo que é "*necessary to the creation of selves*"<sup>258</sup>. Eis uma conseguida afirmação, idónea à conformação daquelas novas exigências, que a dissociação entre corpo e sexualidade propiciou. No fundo, "*the right to do with my body what I Wish, and, the right to control when and by whom my body is experienced*"<sup>259</sup>. A "*privacy doctrine*", pese embora decomposta pela experiência continental em variegados direitos fundamentais, maxime, no que a algumas hipóteses de mudança de sexo respeita, no direito à identidade pessoal - sexual e intimidade da vida privada, é o operador que, para já, conforma juridicamente "*the right to the existence of social practice wich makes it possible for me to think of this existence is mine*"<sup>260</sup>.

---

<sup>257</sup> Assim, REIMAN, *ibidem*, pág.39.

<sup>258</sup> *ibidem*, pág.39.

<sup>259</sup> *ibidem*, pág.42.

<sup>260</sup> *ibidem*, pág.43.

## 10. Identidade pessoal e determinação jurídica

É seguro que o elogio do "self" que atrás fizemos, embora seja um elemento relevante da conceituação da "privacy", não o é em exclusivo<sup>261</sup>. O que visamos, é tão só salientar o desenvolvimento conceitual do "case - law" da "privacy", mais ligada à experiência do "self" e ao problema da emancipação sexual. Se uns defendem que, a esfera privada, para ganhar autonomia, se inscreve na esfera pública, outras vozes se levantam, no sentido de evidenciar os desejos de autoligitimação. Que a "privacy" nascida da necessidade de defesa da propriedade privada, percorreu um longo caminho para chegar aos campos de combate opostos, já a reivindicarem uma administração legislativa (do Estado Providência) de cada homem, é um dado relevante. O mesmo se pode afirmar de uma sexualidade que, para conquistar a sua autonomia e relevância conceitual, tenha exorbitada para lá do universo fechado do "oïkos".

Vale isto por dizer que, ambos os fenómenos parecem ser expressão de uma tendência que se exprime na redefinição da esfera pública e privada, em termos de desenvolver um diverso modelo de determinação jurídica. É no fundo, na relação entre o Direito e a subjectividade, nas suas possibilidades existenciais, que se coloca o acento tónico<sup>262</sup>. Esta conclusão parece verosímil, na medida em que considere que essa experiência torne a propor, noutra horizonte hermeneutico, o problema da "identity", por que dissolvido na expressividade biológica dos elementos somático - corporais. Daí que, como notámos anteriormente, os efeitos da capacidade manipulativa da medicina devem servir, pelo menos, para advertir o jurista do facto da impositação de um novo horizonte, onde "la définition du moi", deixará

---

<sup>261</sup> Por exemplo, o enfoque social da "Privacy" é iluminado em FERRI, G.B., "Persona e Privacy", in Rivista di diritto commerciale, 1982/1, pág.76 e ss.

<sup>262</sup> Pesem embora as incertezas dogmáticas da crise - de antinomias - em que hoje se debate o Direito, dividido entre a planificação administrativa e o crescimento de novas formas de reivindicação subjectiva e social.

de ser um problema de conceituação filosófica, para se colocar ao serviço de concretas questões da vida dos homens<sup>263</sup>. Sem deixar, no fundo, de constituir uma construção emancipatóriamente progressista de si mesmo, apartada de qualquer limitação biológico - corporal, mas concatenada pela sexualidade e "*privacy*". Situamo-nos, pois, na linha de transição entre um sistema estático, onde a identidade pessoal e a identificação jurídica são aprioristicamente construídas, com base nos dados do corpo do recém - nascido, e aquele sistema dinâmico onde confluem os processos (psicológicos - sociais - jurídicos) de identificação do homem, num quadro que recobre a potencialidade da renovação. Num percurso histórico - filosófico podemos até surpreender um fundo comum entre o modelo cartesiano do corpo e os imutáveis vínculos somáticos, que caracterizam o estático "paradigma corporal" qual sistema de relevância da subjectividade, transmudado nas inscrições registrais do estado civil (v.g., no assento de nascimento, casamento, certidão de óbito). Ou, dizer que o modelo de HUME<sup>264</sup>, se adapta às mutáveis práticas, que a "*privacy*" recolhe, no gradual processo de construção do "*Eu*" ("*self*"). À pré - determinação dos vínculos assinalados pelo corpo, contrapõe-se um processo mutável da subjectividade, ao qual a "*praxis*" não pode senão impôr vínculos temporários. Até porque, foi FREUD, antes mesmo das primícias da autonomização médica sobre o transexualismo, que alertou para a necessidade de conciliar as pulsões da vida psíquica - em termos de sexo psíquico - com os limites corporais anagárficos - qual sexo cromossómico - abrindo à experiência jurídica um universo problemático sombrio, onde não faltam escolhas, por vezes, dificilmente transponíveis: recuperar parâmetros unívocos de

---

<sup>263</sup> Cfr., HUSS, A./SCILTZ, L., "*Le corps humain , personnalité juridique et famille e droit luxembourgeois*", in *Le corps humain. et le droit*, cit., pág.149 - 150.

<sup>264</sup> HUME, D., "*Investigação sobre o entendimento humano*", trad. port., Lisboa, Edições 70, 1985, pág.60 e ss. Pois que, já no seu pensamento se surpreende uma identidade construção passo a passo, sensação a sensação; o problema da identidade pessoal não implicaria qualquer conexão real com os objectos, antes com a permanência de estado de espírito, qual identidade fictícia que se inscreve na mente humana.

normatividade, uma vez dissociada a sexualidade dos elementos corporais externos.

Fica, porém, por esclarecer porque é que ao homem não basta ser livre para traçar com discricionariedade os horizontes da sua própria acção, prescindindo-se, pois, de chamar à liça o ordenamento jurídico. A este propósito a análise de HUME é também profícua. Na realidade, quanto mais a identidade se conceba como relação emotiva entre estados de alma autopoieticos, tanto mais se exorna a necessidade de encontrar fora do "Eu" a "confirmação" do próprio sentir. Daí que, é também da integridade psíco - física, no âmbito do estado civil das pessoas, que resulta a consequência de o homem não vir definido em ordem aos seus caracteres e necessidades essenciais, porquanto "já existe", exprimindo "de per se" (o "*Mach über uns selbst*", de Savigny) uma realidade normativa. Como cada indivíduo tem uma própria e intangível imagem de si mesmo (o "*self*"), a lei limita-se a pressupô-la<sup>265</sup>.

Todavia, a partir do momento em que se subtraia o problema da determinação jurídica da identidade pessoal dos dados anatómico - externos, colocando-o num mais amplo enfoque da exteriorização social ou dos recantos mais íntimos da subjectividade, tudo muda. O que vem evidenciar a impossibilidade subjectiva de erigir contextos existenciais sobre posições absolutamente indefiníveis<sup>266</sup>. É, por tal, efémero o processo que atribui um nome a um corpo, porém, é sobre esse único pano de fundo, que se evita a equivocidade do universo de práticas sociais - sexuais, da experiência das sociedades abertas ocidentais. Ou

---

<sup>265</sup> É nesta perspectiva, que LABAND citava os versos de SCHILLER (apud DE CUPIS, A., "*I diritti della personalità*", cit., pág.33), sobre a oportunidade da problematização dos direitos naturais: "*Iahrenlang schon bedien'ich mich meiner Nase zum Riechen;/Hab'ich den wirklich an sie auch ein erweisliches Rech?*".

<sup>266</sup> Recorrido à análise psicológica da esquizofrenia, enquanto "*presença vaga*", a cisão permanente entre o eu e o corpo, evidencia a pretensão de um efeito compensatório, à luz do qual a perda dos vínculos objectivos da referência dos objectos, acaba por determinar a "*fixação*" ("*Verstingenheit*") num ideal, que jamais se abandona, uma vez que a alternativa seria a angústia de um incompreensível e esquivo horizonte existencial; cfr., GALIMBERTI, V., "*Psichiatria e fenomenologia*", cit., pág.292.

seja, é ingente, plasmar um limite, conquanto "*fictício*", à qual se há-de confiar exteriormente a própria consciência. Por isso é que se dá há-de falar sómente de um "paradigma corporal" renovado.

Deflui daqui que é através da inscrição (ou transcrição) dos factos sujeitos ao registo civil, que se consolida a praticabilidade dos singulares modelos existenciais do homem; o nome ou o sexo dos indivíduos garantem uma "imagem", isto é, a compossibilidade de um contexto comum. É a lei a chegar aí onde se topa uma subjectividade dividida pelas múltiplas formas do desejo; é, pois, uma fórmula, conquanto imperfeita, de "fixar" um limite/contexto, ainda que provisório, ao processo de identificação pessoal/normativa.

## 11. Os limites da identidade

Por um lado já recenseámos o "*modelo estático*" da identificação pessoal/normativa, a apoiar-se nos parâmetros anagráficos, externo - corporais. Por outro, chamou-se a atenção para um modelo ("*dinâmico*") mais subtil, preocupado com as sugestões emergentes do universo sexual - psicológico. Se cada um destes extremados horizontes obriga o legislador a efectuar uma escolha, uma preferência, nem por isso se altera muito a conceituação tradicionalmente seguida. No fundo, a alternativa que se propôs entre esquemas de determinação somática da identidade - escolhidos no fundo comum filosófico de **DESCARTES** e **LOCKE** - ou o esquema subjectivo de concatenação entre "*estados de alma*" - bebidos em **HUME** - mais não faz do que tomar a relevar, em sede de mudança de sexo, o tradicional arrimo conceitual mente/corpo, no âmbito do qual a cultura ocidental se habituou a referir aquela unidade indiferenciável, a que se atribui a designação da pessoa<sup>267</sup>. É até ocioso referir que o Direito tem usado esta metáfora, sem que a expurge do seu carácter ambíguo e prevalentemente simbólico, para omnicompreensivamente a ela assinalar qualquer sujeito de direito: desde a pessoa humana à figura dogmática das "*peças jurídicas*"<sup>268</sup>. Daí que, nesta prespectiva, as reivindicações, v.g., dos transexuais e bem assim a radicalização subjectiva da "*privacy*", não transportam uma radical novidade: limitam-se a chamar a atenção para o reconhecimento da personalidade/identidade pessoal, a partir do universo psíquico, que não tão só com base no corpo. Parece, assim, configurar-se só um problema de política legislativa ou orientação

---

<sup>267</sup> Cfr., **AUGE, M.**, "*Persona*", in Enciclopedia, Torino, Einandi, 1980, vol.X, pág.651 e ss.

<sup>268</sup> **COTTA, S.**, "*Persona*", in Enciclopedia del Diritto, Milano, 1984, vol.XXXIII, pág.162. Como refere **FERNANDES, L.A.C.**, ("*Teoria Geral, ...*", cit., vol.I, tomo 1, pág.117), a justificação social do organismo social pessoa colectiva resulta "*do reconhecimento pelo Direito de que há certos interesses dignos de protecção jurídica e que não se colocam no plano puramente individual (...) tais interesses, que por transcenderem a pessoa física isoladamente considerada, ...*".

jurisprudencial, relevante a nível processual, no quadro da certificação jurisdicional, em termos de "*therapeutic integration*"<sup>269</sup>. Se o sistema tradicional do registo civil configura a identificação jurídica como um modelo de "*publicidade - conhecimento*", onde a inscrição dos elementos anagráficos (v.g., sexo) tem a função de declarar ou certificar uma realidade pré - existente, já no sistema da "*therapeutic integration*"<sup>270</sup>, valoriza-se uma publicidade registral "*constitutiva*", onde a ulterior certificação judicial/administrativa, atribui existência jurídica a um "*novo*" sujeito de direito<sup>271</sup>. Mas, isto só pode ser assim se a identificação normativa se configure enquanto relação directa sujeito/norma, tão só uma questão de legitimação - individualização das instâncias competentes (conservador do registo civil/juiz) e dos mecanismos processuais (administrativos/jurisdicionais). Todavia, igualmente se não pode ignorar, que esta relação directa e imediata sujeito/norma, não terá sentido se não postular um horizonte fenomenológico - existencial mais amplo, ou seja, trazer para a assunção da identidade normativa a relação com o "*outro*"<sup>272</sup>.

Quer isto significar que, a montante das possíveis técnicas normativas, deve-se avaliar até que nível, a pertensão jurídica da

---

<sup>269</sup> Cfr., infra cap.III, nº30.

<sup>270</sup> Poposto, aliás, por GOLDING, M.P.: "*Philosophy of Law*", cit., pág.106 e ss.

<sup>271</sup> Por isso, entendemos, que nos específicos casos de mudança de sexo, face às espécies transexualidade - hermafroditismo, a sentença/decisão, ao invés de certificar e rectificar uma situação real, já existente na altura do nascimento - até porque, como veremos é ainda duvidoso que a transexualidade tenha uma etiologia biológico - hormonal - em contraste com os elementos resultantes e coetanea inscrição do assento de nascimento, constitui uma situação nova e por tal, diversa da pré - existente, sem prejuízo pois, da sua eficácia "*ex nunc*". Neste sentido, a sentença do tribunal de Apelação de Bologna, de 1 - 12 - 1982, in *Giur. it.*, 1984, I, 2, pág.119, com comentário de S. PATTI.

<sup>272</sup> Pensa-se, desde logo, nos contributos de ROMANO, B., "*Il riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*", Roma, 1984; cfr., ainda, KOJEVE, A., "*Esquisse d'une phénoménologie du droit*", Paris, Gallimard, 1981, pág.188 e ss.



afirmação de "*si mesmo*" - a exigir o reconhecimento e legitimação ainda que através da ciência médica, da multiplicidade de "*estados de alma*" - não acaba por transformar o nexa da intersubjectiva, que liga a lógica da sexualidade à lógica do Direito<sup>273</sup>. Não é, destarte, despiciendo que a sexualidade também se isole na intimidade da vida privada, procurando no corpo o paroxismo do "*dar*" e do "*rejeitar*", do "*fechar*" e do "*abrir*". A intimidade é tanto mais acentuada quanto maior se configura a necessidade do outro. Isto é, as relações de convivência fundam-se num direito absoluto da pessoa, justamente, o "*direito à solidão*"<sup>274</sup>. E a pessoa só realiza este direito, na medida em que intua que não está só e se sacrifique como parte e elemento do "*mundo dos outros*", "*rectius*", deste mundo unitário.

Dissolvido, pois, o equilíbrio intersubjectivo, por mor da autonomização da sexualidade, é o próprio problema da existência do "*outro*" que está em perigo. É que o direito a estar sozinho na elaboração do próprio projecto existencial, corresponde também à supressão de qualquer intermediação que possa impedir a esfera privada de se auto - determinar, na medida em que se inscreva na esfera pública. Vale dizer, desestrututação do carácter dialógico do encontro sexual. Espontaneidade e alteralidade revêm-se de forma ambígua e contraditória, neste quadro de ância de emancipação sexual. Por um lado, temos a reivindicação do apagamento total de qualquer forma de desejo, qual evocação da nostalgia de uma relação "*natural*" com o mundo, destruída pelos modelos culturais e constrições sociais. Representa o mítico sonho de voltar a uma natural e original inocência, sufragado por grande parte dos actuais modelos anti - juristicistas<sup>275</sup>,

---

<sup>273</sup> De facto, o estímulo erótico, incapaz de se dissolver num absoluto egoísmo ou num total altruísmo, constitui a primeira e emblemática manifestação daquela impossibilidade de "*ser sem ser*", também no âmbito do dualismo público/privado, quais pólos alternativos da existência individual.

<sup>274</sup> Já assim, DEL VECCHIO, G., "*Il concetto di natura e il principio del diritto*", Milano/Torino/Roma, 1908, pág.85, nº1.

<sup>275</sup> Cfr., COTTA, S., "*La violence*".

aproveitados, depois, pelo pensamento jurídico pós - moderno, sonhando com uma sociedade definitivamente apartada de qualquer condicionalismo, que se interponha na imediateza do encontro com o outro. Não haveria mais sentido, para as diversas formas de exercitar a sexualidade, no sentido de "*l'instauration de l'hermaphroditisme et de l'androgyné, donc vers un état bissexué, ou vers un état asexué, une communauté sans nexe, ou vers le règne d'êtres neutres, plus ou moins asexués, ou vers un matriarcat généralisé où tous les êtres tendraient à devenir gynécoides*"<sup>276</sup>. Por outro lado, já se entende, que o outro é tão só um "*companheiro de fuga*", ou um instrumento para a própria fuga, pois que, liberta-se com o "*outro*", significaria, outrossim, libertar-se "*através do outro*"<sup>277</sup>.

De resto, esta impostação que relaciona emancipação sexual com dissolução do momento relacional, já se descortina no "*L'Anti - Edipe*" (DELUZE - GUATTARI)<sup>278</sup>.

Também num quadro de análise dos costumes, se detecta uma célere deterioração das relações intersubjectivas. Assim, há quem detecte um nexo imediato entre o aumento do fenómeno da homossexualidade e o declínio da amizade entre os adultos<sup>279</sup>. Porém, nota-se que, se a amizade é uma relação tipicamente ambivalente, onde a relação intersubjectiva se alimenta numa "*comunidade de afectos*" e sentimentos, a homossexualidade instaura, ainda que ao derredor de uma estrutura relacional análoga, a subordinação das várias formas de amizade à atracção física; a reciprocidade da compreensão é superada

---

<sup>276</sup> Assim, AXELOS, K., "*Vers la pensée planétaire*", Paris, 1964, pág.292.

<sup>277</sup> Cfr., MENGHI, C., "*Interpretazione dell'anomia. Intenzionalità e diritto*", Milano, 1982, pág.246.

<sup>278</sup> Neste sentido, BOTTIROL, "*EROS*", in Enciclopedia, Torino, Einaudi, 1978, vol.V, pág.671.

<sup>279</sup> Cfr., ARIES, A., "*Sulla storia dell'omossexualità*", in "*I comportamenti sessuali*", cit., pág.90.

pela objectivação e instrumentalização do outro<sup>280</sup>. A pesquisa sociológica mostra, aliás, que grande parte do sofrimento e os problemas atinentes à homossexualidade, derivam de uma nítida divisão entre sexualidade e afectividade<sup>281</sup>.

Análoga tendência de subjectivação resulta da perspectiva de BÉJIN<sup>282</sup>, que chama a atenção para uma cultura fortemente condicionada pela ideologia do "*direito ao orgasmo*", ou por um certo modelo de "*saúde sexual*". Não é, pois, estranhável, que conclua por um esvaziamento do relevo intersubjectivo do encontro sexual, onde o "*partner*" vai degradado a mero componente ocasional de uma estratégia conducente ao orgasmo.

Acolhendo, embora, estas considerações com a necessária cautela, parece que nos situamos face a um quadro bastante mais complexo do que uma simples escolha de técnica legislativa. Com efeito, espontaneidade, emancipação da libido e irracionalidade das pulsões sexuais, homossexualidade, masturbação e perda do sentido da amizade, indicam, eloquentemente que, cada coisa, desde o próprio corpo, ao eventual "*partner*", é expressão de um epifenómeno do desejo,

---

<sup>280</sup> Neste sentido, POLLAK, M., "*L'omosessualità maschile*", in *Il comportamento sessuali*, cit., pág.68.

<sup>281</sup> POLLAK, M., *ibidem*, divisão esta "*... che dipende dalla mancanza di quel cemento sociale e materiale che tende a far durare le relazione eterosessuali. Sperso fondata quasi esclusivamente sullo scambio sessuale, una relazione di coppia resiste mal al tempo*". Se Masters e Johnson (MASTER, W.H./JOHNSON, V.E. "*Homosexuality in Prespective*", Boston, Little Brown C.O., 1979) auguram, optimisticamente, um futuro caracterizado por relações sexuais pouco duradouras e fragmentárias, onde o modelo homossexual seria norma, esta generalização do fenómeno, não exclui a problematização existencial que vai incita: o homossexual assume através da variedade e fragmentaridade das singulares vivências, a incapacidade de assumir uma identidade. Não é o "*outro*" que procura, antes fragmentos do seu próprio "*eu*" (cfr., GONZALEZ, J.R., "*Sexual Aberration and Problems of Identity in Schizophrenia*", in *sexual Behaviour and the Law*, cit., pág.578 e ss.).

<sup>282</sup> BÉJIN, B., "*Il potere dei sessuologi*", cit., pág.275.

assumindo valia só enquanto provisória resposta da procura do prazer<sup>283</sup>.

Pode, destarte, propor-se o seguinte tópico de reflexão: a relação entre identidade individual e a identificação jurídica/normativa, conformada sobre os condicionantes naturalísticos do corpo, exprime, ainda que com todas as suas ambiguidades e perfis repressivos, uma lógica de compatibilidade, baseada na alteridade, ou seja, na experiência relacional. Já doutra sorte, o modelo a que corresponde uma determinação normativa ajustada à prevalência das pulsões subjectivas, é expressivo de uma lógica de incompatibilidade, onde a recusa da experiência intersubjectiva é tanto maior quanto aumenta a exigência de propiciar a si mesmo a maximização do prazer egoístico. A aporia, é, justamente esta: o conhecimento de cada um está sujeito ao juízo dos outros; recebe valor e significação com o encontro do "outro", mas paradoxalmente é do "outro", que tal consciência vem a deformar-se ou a modificar-se, através de um crescendo de opiniões e sugestões, que aparta gradativamente a imagem originária, construída por cada sujeito<sup>284</sup>. Nestes termos, será que é possível falar de uma compossibilidade, onde a assunção de um nome, um sexo, a legitimação da mudança de sexo, seja compatível com o "outro"? Ou, como decorre da problemática da emancipação sexual, assimilada normativamente pela "privacy", não resta outra via, a não ser negar os limites do "outro", no sentido de afirmar uma identidade sexual alheia a mais limites ou barreiras? Já se topa por que é inviável fundar constitucionalmente a mudança de sexo tão só no direito à identidade pessoal - sexual, pois que, "ultima ratio" desse modo se legitimariam "posições de identidade", quanto a nós dissolventes, deixadas ao livre

---

283 Este aspecto da alteridade (ou seja, as "irrinunciabili esigenze di certezza ai fini del matrimonio e degli altri aspetti della vita di relazione"), foi, aliás, o "background" da discussão sobre a inconstitucionalidade da lei italiana sobre a mudança de sexo, mormente nos casos de transexualidade, apreciada pela sentença da "corte di cassazione", de 20 - 6 - 1983, nº515.

284 Como diz GOFFMAN ("the presentation of Self in Every Day Life", Garden city - New York, 1959, pág.2) "the expressiveness of the individual, appears to involve two radically different kinds of sign activity: the expression he 'gives', and the expression that he 'gives off'"

talante do desejo e do prazer individuais, qual "*identidade - camaleão*", perante o já recenseado modelo do registo do estado civil das pessoas.

De resto, identificar juridicamente, não implica só a criação de uma imagem, antes convocá-la a, omnicompreensivamente, comprometer todos os diversos momentos existenciais a que pode dar lugar. Não é, por isso, despiciendo dar conta de quanto a vaguidade ou indeterminação antropológica do registo dos elementos que compõem o "*estado*" das pessoas, a inscrever nos diversos actos (cronológico - biográficos) do registo civil, coenvolvem toda uma gama "*momentos sociais*", como que se decidindo em cada um o futuro protagonismo que cada sujeito é chamado personificar. Ora, análoga exigência de "*catalogação*" sincrónica, por efeito da inscrição dos factos e negócios<sup>285</sup> juridicamente relevantes no registo civil, conquanto provisória, se há-de transpor, para o horizonte diacrónico daqueloutro sistema dinâmico de uma mutável identificação individual consoante a substituição no tempo dos vários estados da "*alma sexual*"<sup>286</sup>.

Vem isto para significar que, quanto mai se escarpeliza o seu significado existencial, mais a identificação normativa do homem, vazada nos códigos Registo Civil, ou em legislação avulsa, se revela intimamente conexas com o discurso do limite da disponibilidade do estado das pessoas, qual impossibilidade de dispôr integral e livremente de si mesmo (v.g., da sua integridade física), seja pela imputação de um nome<sup>287</sup>, seja pela "*atribuição*" de um sexo, quando do nascimento.

---

<sup>285</sup> V.g., a adopção. Cfr., COELHO, P., "*curso de Direito da Família*", cit., pág.52 e ss.; VARELA, A., "*Direito da Família*", cit., pág.134 e ss.

<sup>286</sup> É, no fundo, o problema da relação entre o direito e o tempo. Como salienta COTTA ("*Diritto e tempo. Linee di un'interpretazione fenomenologica*", in *La Responsabilità politica - Diritto e tempo*, ATTI del XIII congresso Nazionale - Pavia, de 28 - 31 de Maio de 1981, Milano, Giuffrè, 1982, pág.147), o direito "*mette in correlazione di regolarità sincronica e diacronica l'essere e l'agire dell'io con l'essere e l'agire dell'altro. Perciò la sua durata rende durevolmente consapevole l'io della sua relazione con l'altro*".

<sup>287</sup> Sobre a análise do nome próprio, como nota, BENOIST ("*Sfaccettature dell'identità*", in *L'identità*, cit., pág.19), "... *un'identità grossolana, imediata, un'identità di superficie, deve lasciare*

Porém, só através de um nome ("Ruf") - um sexo - é possível desempenhar uma tarefa ("Beruf"), sair definitivamente da própria singularidade.

Por conseguinte, já se delinea com maior clareza qual a função que se há-de assinalar ao aparato físico - somático externo: nada mais que o corpo se conter naquela pré - determinação pela qual somos "obrigados a ser"<sup>288</sup>; independentemente da consciência e da vontade, o homem encontra-se adstrito ao ónus da aparência<sup>289</sup>. E é obvio que este vínculo oculta função mais ou menos repressiva, a saber: "*il profondo conflitto che esiste tra il corpo e la legge che interviene per differire la soddisfazione dei corpi, per limitare il piacere, per tradurne l'attività ludica (e gioiosa) in attività lavorativa (e faticosa), per offrire sicurezza in cambio o a compenso della repressione*"<sup>290</sup>. É, no entanto, possível quebrar o nexó entre subjectividade/determinação jurídica/encontro com o "outro" - construído sobre um sucessivo exercício da coacção - através da alternativa, que conforma a aceitação dos "outros"<sup>291</sup>, adentro de um modelo estático ligado à "naturalidade" do sistema do registo civil e daqueloutro modelo dinâmico, que se entrevê à luz da separação entre corpo e sexo (sexualidade). E nem se diga que deste modo se exprimem juízos morais sobre as novas fronteiras franqueadas pela segunda revolução sexual, alteralidade como novel instrumento de

---

*il posto a una ricerca delle strutture profonde che conformano l'identità nel suo aspetto relazionale: la questione dell'Altro, appare come costitutiva dell'identità. Evidentemente é a propósito della questione del nome proprio' che essa si pone in maniera privilegiata: il nome proprio, luogo dell'iscrizione sociale del grupo, va messo in rapporto con il tipo di spaccatura che il significato opera sull'illusoria identità in sé della persona".*

<sup>288</sup> Na formulação de HEIDEGGER, M., "O ser e o nada", trad. port. pág.210 e ss.

<sup>289</sup> cfr., BINSWANGER, L., "Grundformen und Erkenntnis, ...", cit., pág.471; AMATO, S., "Sessualità, ...", cit., pág.212 .

<sup>290</sup> Assim, GALIMBERTI, V., "Il corpo, ...", cit., pág.211.

<sup>291</sup> Figurando-se os "outros", no âmbito do presente trabalho, enquanto externalização do "sexo social".

repressão ou de promoção de estereótipos sociais. O problema é tão só o de indagar qual seja a capacidade de exprimir e preservar, por parte desses dois modelos, o sentido dos "limites" da mudança de sexo, onde se adscreeve a contínua reversibilidade dessa ambivalência.

Os limites assinalados do registo do "estado das pessoas" são, efectivamente, naturalísticos no particular sentido, ao se deterem na soleira daquele "minus" de identidade pessoal: a aparência externo - corpórea. Daí que, "...si le nature et la naturalité du monde nous sont apparus comme choses éminemment relatives, variables selon la situation empirique comme existence de laquelle nous sommes pour être, il est du moins dans toute situation empirique une région d'existence relativement invariante: le corps lui - même"<sup>292</sup>. Esta ideia do corpo como varável constante tem encerrado a complexidade inesgotável da ideia de pessoa, adentro do núcleo definido pela integridade física, pela qual o sujeito oferece aos outros homens a sua imagem, enquanto coisa que lhe não pertence, mas que, paradoxalmente lhe não pode ser subtraída. Trata-se, de facto, de um modelo, tradicional e subtilmente construído, a partir de uma pluralidade de normativos: artigo 81º, 280º/2, do Cciv 66, artigo 25º da CRP, ... do CP 82.

É, ao cabo e ao resto, a ideia de que "dominus membrorum suorum nemo videtur"; a impossibilidade de esquivar ao humano - corpóreo.

Todavia, o horizonte muda, na medida em que se considere a função social e promocional do Direito, dando lugar, ora a uma legiferação, ora a um diverso entendimento, jurídico - constitucional, dos direitos fundamentais, expressivo pelo significativo sopesamento das fronteiras da aparência, no sentido de atingir a compreensão e tutela, mais completa das instâncias subjectivas, o núcleo mínimo da "reserva dos outros". Ponto é saber da plausibilidade teórico - prática de um modelo de identificação sexual normativa, que possa prescindir do corpo, enquanto aparato sexual - externo<sup>293</sup>.

---

<sup>292</sup> GORZ, A., "Nature, valeurs vitales e valeurs du corps", cit., pág.1314.

---

<sup>293</sup>O absoluto como dimensão teórica - herança esta postergada pela modernidade - transforma-se no absoluto enquanto modelo existencial. *"Non é possibile comprendere fino in fondo fenomeni tipici della nostra epoca, quali l'antispichiatria (...) l'uso delle droghe (...) l'esaltazione del lato panico della natura, se non pui attingibile 'verticalmente', puó esserlo invece attraverso un misterioso solto di dimensione, mediante un atto di rottura che lasci sí l'uomo nel suo stato di medesima coseità, ma di questa coseita combi totalmente il segno"* (Assim, D'AGOSTINO, F., "La Socolarizzazione e il rischio dell'assoluto", in Diritto e secolarizzazione).

Desta ideia de um direito relativo e fragmentário nasce o repúdio de uma concepção da identidade individual dependente da aparência externo corpórea, o que parece possível tão só num quadro de um processo que relativiza tanto o "ser" ôntico, quanto absolutiza o "existir" do homem de carne e osso.



## O Problema Médico

**Capítulo 1**  
**Concepção Dinâmica da Sexualidade**

## Capítulo 1 - Concepção Dinâmica da Sexualidade

12. O sexo como facto composto de elementos biológicos, psicológicos e jurídico sociais. 12.1. Sexo e "Gender". Contradição entre desenvolvimento morfológico - genital e identificação sexual.

13. Sexo e personalidade. A intersexualidade. Enumeração exemplificativa.

### 12. O sexo como facto composto de elementos biológicos, psicológicos e jurídico sociais

A definitividade e imutabilidade, no que ao ser - homem e ao ser - mulher concerne, cedeu lugar, já há, pelo menos um lustro, a uma concepção, médico biológico - psicológica, onde masculinidade e feminalidade, longe de se constituírem valores opostos, assumem-se como metas de desenvolvimento de uma única função: a sexualidade, onde se tocam tão só diferenças quantitativas e cronológicas de um e outro sexo<sup>294</sup>. De resto, o estudo do sexo assume relevo e significado diverso, consoante se dê prevalência aos elementos que nele se contém. Note-se, porém, que se não pretende sustentar o menosprezo por qualquer um desses elementos, outrossim, surpreender as hipóteses onde se não tope a homogeneidade e adequação dos seus múltiplos componentes. É, pois, já se vê, essa disfunção, que coloca ao auditório médico e jurídico as mais inquietantes dificuldades.

Com efeito, o sexo é, "*prima facie*", um facto complexo, onde caracteres biológicos se concatenam com elementos psicológicos e jurídico - sociais. Fala-se, a este propósito, ainda que sem rigor metodológico, de sexo cromossómico, gonadal, morfológico, psicológico, social, legal<sup>295</sup>. O que, como se intuiu corresponde à

---

<sup>294</sup> Assim, PALMIERI, U.M., "*Sesso (diagnosi e mutamento di)*", in NDI, XVII, torino, 1970.

<sup>295</sup> O progresso da ciência médica se, por um lado propiciou o aprofundamento sobre o enigma do sexo, por outro, deu-se conta da complexidade de tal pesquisa (sobre isto, cfr.,

BENJAMIM, H., *"the transexual Phenomenon"*, New York, Julian Press, 1966. pág.13 e ss.; idem, ainda na década de cinquenta, *"transvertism and transexualism"*, in *International Journal of Sexology*, 1953/7, pág.12-14. E as dificuldades aumentam, sempre que se pretende surpreender, de entre aqueles outros, o componente prevalente do sexo. Certo é que, cada um deles, defendendo do ponto de vista, sobre o qual se examina o problema *"in casu"*, assume decisiva importancia para a pessoa. Todavia, a valorização de um ou de vários componentes do sexo, além de não esgotar o discurso médico do sexo, implica uma análise que atenda à quota parte de todos eles, para uma melhor definição do fenómeno. Poderá, pois, falar-se de *"balanço sexual"* (cfr., DELLEPIANE, *"Una consulenza di rara evenienza: quale il sesso del neonato?"* in, *Min. Med.*, 1962, pág.2167, apud STANZIONE, P., *"Premessa ad un studio giuridico del transexualismo, in Annali della Facoltà giuridica dell'università di camerino"*, 1972, pág.433 e ss.). Advirta-se, no entanto, que o que vai dito não pode ser interpretado em termos puramente mecanicistas e generalizantes, sem a necessária sensibilidade ao que, de particular, se surpreende no caso concreto. De facto, o peso relativo atribuído a cada elemento será diferente, consoante o tipo de disfunção em causa (hermafroditismo, pseudo - hermafroditismo, transexualidade e situações clínicas morfológicas ou psicológicas intermédias). Assim, HUCKER, S.J., *"Medical legal issues"*, in *Gender Dysphoria*, ed. por BETTY W. STEINER, PLENUM PRESS, 1985, PÁG.393 e ss. Já por seu turno, SMITH (*"transexualism"*): *"it's not for the law to decide the sex of an individual(...)* courts are simply not qualified to weigh the complex, confusing and possibly contradictory medical data).

A preocupação de encontrar uma mais densa distinção entre um e outro sexo remonta já aos anos trinta (cfr. MARANON, G., *"L'evoluzione della sexualità e gli stati intersessuali"*, trad. ital., BOLOGNA, 1934, PASSIM), porém só nos anos sessenta se forma a convicção que a diferença entre os dois sexos não é qualitativa, antes quantitativa. Sobre as características e componentes do sexo, cfr., CANUTO, G./TOVO, C., *"Medicina legale e delle assicurazioni"*, 6ª ed., Padova, 1970, pág.256 e ss; ARMSTRON, C.N., *"Intersexuality"*, in *Hospital Medicine*, 1968, pág.667 e ss; BLEULER, M./WIEDEMANN, *"chromosomengeschlecht und Psychosexualität"*, in *Archiv für Psychiatrie und Nervenkrankheiten*, 1956/195, pág.14 e ss., JENKINS, T.N., *"the second order componentes of Human Personality"*, in *journal of Psychological studies*, 1961/12, pág.237 e ss.; STOLLER, R.J., *"sex and Gender: the development of Masculinity and Feminity, New York, 1968; HUMAN Sexuality in Four Perspectives"*, ed. por F.A., BEACH, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1977; GOMEZ, L.L., *"tratado de medicina"* ed., Valencia 1967; VIGNETTI, P., *"Problemi diaonnetici"* i di se pág.125.

ra alguns como facto prevalentemente  
di sero..." , cit., pág.513 e ss.) - se não  
dinâmica que, atenta sobretudo ao  
ntuir este "iter", qual "processo de

BENJAMIM, H., "*the transsexual Phenomenon*", New York, Julian Press, 1966. pág.13 e ss.; idem, ainda na década de cinquenta, "*transvertism and transexualism*", in *International Journal of Sexology*, 1953/7, pág.12-14. E as dificuldades aumentam, sempre que se pretende surpreender, de entre aqueles outros, o componente prevalente do sexo. Certo é que, cada um deles, defendendo do ponto de vista, sobre o qual se examina o problema "*in casu*", assume decisiva importancia para a pessoa. Todavia, a valorização de um ou de vários componentes do sexo, além de não esgotar o discurso médico do sexo, implica uma análise que atenda à quota parte de todos eles, para uma melhor definição do fenómeno. Poderá, pois, falar-se de "*balanço sexual*" (cfr., DELLEPIANE, "*Una consulenza di rara evenienza: quale il sesso del neonato?*" in, *Min. Med.*, 1962, pág.2167, apud STANZIONE, P., "*Premessa ad un studio giuridico del transexualismo*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'università di camerino*", 1972, pág.433 e ss.). Advirta-se, no entanto, que o que vai dito não pode ser interpretado em termos puramente mecanicistas e generalizantes, sem a necessária sensibilidade ao que, de particular, se surpreende no caso concreto. De facto, o peso relativo atribuído a cada elemento será diferente, consoante o tipo de disfunção em causa (hermafroditismo, pseudo - hermafroditismo, transexualidade e situações clínicas morfológicas ou psicológicas intermédias). Assim, HUCKER, S.J., "*Medical legal issues*", in *Gender Dysphoria*, ed. por BETTY W. STEINER, PLENUM PRESS, 1985, PÁG.393 e ss. Já por seu turno, SMITH ("*transexualism*"): it's not for the law to decide the sex of an individual(...) courts are simply not qualified to weigh the complex, confusing and possibly contradictory medical data).

A preocupação de encontrar uma mais densa distinção entre um e outro sexo remonta já aos anos trinta (cfr. MARANON, G., "*L'evoluzione della sexualità e gli stati intersessuali*", trad. ital., BOLOGNA, 1934, PASSIM), porém só nos anos sessenta se forma a convicção que a diferença entre os dois sexos não é qualitativa, antes quantitativa. Sobre as características e componentes do sexo, cfr., CANUTO, G/TOVO, C., "*Medicina legale e delle assicurazioni*", 6ª ed., Padova, 1970, pág.256 e ss; ARMSTRON, C.N., "*Intersexuality*", in *Hospital Medicine*, 1968, pág.667 e ss; BLEULER, M./WIEDEMANN, "*chromosomengeschlecht und Psychosexualität*", in *Archiv für Psychiatrie und Nervenkrankheiten*, 1956/195, pág.14 e ss., JENKINS, T.N., "*the second order componentes of Human Personality*", in *journal of Psychological studies*, 1961/12, pág.237 e ss.; STOLLER, R.J., "*sex and Gender: the development of Masculinity and Feminity*, New York, 1968; *HUMAN Sexuality in Four Prespectives*", ed. por F.A., BEACH, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1977; GOMEZ, L.L., "*tratado de medicina legal*", 2ªed., Valencia 1967; VIGNETTI, P., "*Problemi diagnostici nei casi di serso dubbio*", in *Zacchia*, 1966, pág.125.

Noutro enfoque, observa-se que o sexo - considerado pra alguns como facto prevalentemente cultural (cfr. ANTIGNANI, P., "*Sulla natura della diagnosi di serso...*", cit., pág.513 e ss.) - se não deve aprender no quadro de uma visão estática, outrossim, dinâmica que, atenta sobretudo ao significado evolutivo das vicissitudes da sexualidade, possa fazer intuir este "*iter*", qual "*processo de*

crise da identidade sexual, que emerge da civilização da modernidade. E de facto, o significado próprio de ser homem ou mulher constitui uma questão existencial fundamental, à qual nada pode escapar, pois que, abarca uma realidade que compromete todo o ser individual e social. Só uma antropologia ingénuo pode pensar na existência de dois sexos polarmente antagónicos e sem a presença de uma qualquer recíproca graduação, ou a identificação a um sexo determinado, enquanto facto imutável ou verdade eterna, conquanto a nossa tendência em conceber a humanidade dividida entre homens e mulheres se justifique do ponto de vista pragmático, nos termos atrás expostos, mas já não se mostra adequada do ponto de vista científico<sup>296</sup>. Não só a complexidade do sexo biológico, mas também as divergentes concepções, acerca de identidade feminina ou masculina em diferentes culturas, implica a postergação de uma concepção, "monolítica" do sexo<sup>297</sup>.

Ora, do ponto biológico, relevam primacialmente, o sexo cromossómico e gonadal. Já as restantes modalidades se contam com a representação mental do indivíduo ou com a vida de relação. Daí que, a normal convergência destes componentes de sexualidade humana, não pode fazer olvidar aquelas hipóteses em que a identidade sexual da pessoa, se desenvolve em contraste com o aparato genital (cromossómico/gonadal)<sup>298</sup>.

---

aquisição", que se desenrola desde o nascimento. cfr., entre outros, ZARONE, A. "La diagnosi di sesso. Aspetti medico - legali", in Rassegna medico - forense, 1970, pág.276.

<sup>296</sup> cfr. SPINSANTI, S., "Problemi antropológico - morali dell'identità sessuale", in Medicina e Moral, università cattolica del S. cuore di Roma, 1982/3, pág.226.

<sup>297</sup> Neste sentido, SUTTON, "transexualisme et changement juridique d'état necessite et objet de l'expertise judiciaire", in Le transexualisme. Droit et éthique medical, vol.I, Masson, Paris, 1984, pág.107 e ss.; PERLINGIERI, "codice civile Annotato", Utet, 1980, apud, BOMPIANI, A., "Le norme in materia di rettificazione dell'attribuzione di sesso ed il problema del transexualismo", in Medicina e Moral, Università cattolica del S. cuore di Roma, 1982/3, pág.275.

<sup>298</sup> Até porque no enfoque histórico - filosófico já se evidenciou a potencial dissociação entre os caracteres biológicos e psíquicos da sexualidade; além de que se sublinhou o discurso da necessidade

---

da pessoa se identificar com o seu "Eu" sexuado, masculino ou feminino, processo, simultaneamente pessoal, psíquico, relacional/social e histórico (sincrónico - diacrónico); cfr. CAPPELETTI, "Il significato della sessualità umana", in *Sessuologia*, 1970, pág.19

### 12.1. Sexo e "Gender". Contradição entre desenvolvimento morfológico - genital e identificação sexual

É sabido que, é a declaração de nascimento, posteriormente integrada pelo assento de nascimento, que faz depender a atribuição do sexo feminino ou masculino ao recém-nascido. Uma vez lavrado, o registo do assento de nascimento, adquire eficácia tendencialmente duradora, pelo que respeita, justamente a menção do sexo, determinando o "destino" e a construção da "biografia registral" da pessoa. Contudo, a menção do sexo é realizada em termos informais pelas pessoas mencionadas, sucessivamente, nas várias alíneas do nº1 do art.118º do código de Registo Civil. De resto, se na maioria dos casos, da observação do aparato sexual externo, a atestação feminino/masculino é inequívoca, nas hipóteses de hermofroditismo verdadeiro e pseudo - hermofroditismo é necessário um exame (o que, para efeitos registrais raramente se efectuam) mais cuidado, com vista á determinação do sexo ou outros casos, v.g., no síndrome efeminação testicular<sup>299</sup>. Assim, o vocábulo sexo, neste enfoque, assume conotação anatómico - psicológica. Já ao invés o termo "gender", vai aplicado, compreensivamente, no enfoque psicológico - cultural<sup>300</sup>, aqui a noção de "identidade do género" ("gender identity"), enquanto consciência de pertencer a um ou outro sexo, e "papel do género", ("gender role"), para significar o inequívoco comportamento sexual, que a pessoa exercita na sociedade, qual sexo social. De facto, no dizer de

---

<sup>299</sup> cfr. MONEY, J., "Sex reassignment as related to hermaphroditism and transsexualism", in *transsexualism and Sex Reassignment*, ed. por RICHARD GREEN/JOHN MONEY, the John Hopkins University Press, 1969 (2ª Ed. de 1975), reprodução xerográfica, 1990, pág.91 e ss., relevante em sede de sexo gonadal, sempre externamente o aparato sexual é feminino, mas internamente predominantemente masculino. Daí se explica a ausência de menstruação, por vezes, de útero, sendo necessário intervenção cirúrgica vaginal por forma a perfeccionar a relação sexual, sem que, por outro lado surjam problemas de ambiguidade psicosexual.

<sup>300</sup> Cfr., exhaustivamente, STOLLER, R.J., "Sex and Gender", cit., passim, esp. pág.3 e ss.



STOLLER<sup>301</sup> "gender is a term that has psychological or cultural rather than biological connotations", aí onde, "if the proper terms for sex are 'male' and 'female', the corresponding terms for gender are 'masculine' and 'feminine'", resultando daí que, "gender identity starts with the knowledge and awareners, wheter conscios or unconscios, that one sex and not the other (...)" e "gender role is the overt behaviour one, displys in society, the role wich he plays, specially with other people, to stablish his position with them in so far as his end their evaluation of his gender concerned".

Seria extremamente complexo traçar aqui, ainda que em linhas gerais, o percurso sexual da pessoa, desde o momento da concepção<sup>302</sup>. O certo é que são, justamente os primeiros anos de vida da pessoa, que decidem a futura personalidade sexual<sup>303</sup>.

---

<sup>301</sup> Ibidem, pág.9 e ss

<sup>302</sup> Vide, porém, alguma tematização, infra nº15.1.

<sup>303</sup> Cfr., BRADLEY, S.J., "Gender disorders in childhood: a formulation", in Gender Dysphoria, cit., pág.175 e ss.; GREEN, R., "childhood cross - gender behaviour and subsequent sexual preference", in American Journal of Psychiatry, 1979/136, pág.106 e ss.; ZUCKER, K.J./DOERING R.W./BRADLEY, S.J./FINEGAN, J.K., "Sex - typed play in gender - disturbed children: a comparisation to sibeing and psychiatric control", Archives of Sex Behaviour, 1982/11, pág.309 e ss.; GULOIEN, E.N., "childhood gender identity and adult erotic orientation in males", University of Guelph, 1983; HELLMAN, R.E./GREEN, R./GRAY, J.L./WILLIAMS, K., "childhood sexual identity, childhood religiosity, and homophobia as influences in the development of transexualism, homosexuality, and heterosexuality", in Archives of Genetic Psychiatry, 1981/38, pág.910 e ss.; CHILAND, C., "Enfance et transexualisme", in Revue Psychiatrie de l'enfant, XXXI, 1988/2, pág.313 e ss.

### 13. Sexo e personalidade. A intersexualidade. Enumeração exemplificativa

A sexualidade, só por si impregna a personalidade da pessoa. Na realidade, a tradicional distinção entre caracteres sexuais anatómicos e funcionais<sup>304</sup>, já não se esgrime com sucesso, pois que, a "marca" da sexualidade se topa, aqui e acolá, em todas as manifestações da vida. Ou melhor, aqui mais do que alhures, a relação corpo - alma, compensada, por sua vez, pela identificação normativa - sexual, a partir dos dados externo - corpóreos. Intui-se, deste modo, o drama daqueles indivíduos que, por formas diversas, apresentam um desenvolvimento sexual - anatómico - funcional ou psicológico - social - desviante.

A intersexualidade, literalmente, deveria referir-se a um ponto intermédio, entre os dois pólos, macho e fêmea. Mas, são justamente os limites dessa pertinência de normalidade, que se não podem densificar<sup>305</sup>. Todos os seres humanos encerram em si a compossibilidade de ambos os sexos, porquanto homem e mulher, desde a concepção se diferenciam física e psiquicamente tão só em termos quantitativos. A dificuldade de densificação de índices exactos de diferenciação é, pois, evidente, a ponto de alguns terem proposto o recurso à identificação psico - sexual e à fertilidade, enquanto critérios de aferição<sup>306</sup>.

---

304 Que por seu turno se subdividem, uns e outros em caracteres primários e secundários; cfr., MARANON, "L'evoluzione della sessualità", cit., pág.8 e ss.; PALMIERI, V.M., "Sesso, ...", cit., pág.226 e ss.

305 Cfr., o clássico, LAMMERS, H.J., "Neue Perspektiven in der intersexualitätsforschung", in Beiträge zur Problem der Intersexualität, org. por H.J., LAMMERS e W. RASCH, Stuttgart, 1959, pág.1.

306 Por exemplo, DECOURT, J./GUINET, P., "Les etat intersexuels", Paris, 1962, pág.321 - 326; CANEPA, G., "La responsabilità del medico nell'assegnazione del sesso in un caso di pseudoermafroditismo", in Medicina legale e delle Assicurazioni, 1963, pág.263 e ss.

Todavia, são numerosos os casos em que o mesmo indivíduo apresenta componentes típicas de ambos os sexos, seja a nível dos caracteres anatómicos (e endócrino - gonadal), seja no que respeita aos caracteres funcionais, em proporções equivalentes ou com a prevalência de uns sobre os outros dando de barato, por ora, as hipóteses de hermafroditismo verdadeiro - dos quais se conhecem os escassos exemplos, na literatura médica<sup>307</sup> - não se pode ignorar a presença de outros síndromas relacionados com disfunções cromossómicas e endócrinas designadamente, a saber, entre outros:

a) O síndrome do triplo cromossoma X<sup>308</sup>, regra geral, presente na mulher, ainda que se não detectem malformações anatómicas. Vai

---

<sup>307</sup> cfr., VIGNETTI, "*Problemi diagnostici, ...*", cit., pág.137, que indica 170 casos. A afirmação da escassa recorrência do fenómeno é comum; cfr. MARANON, G.L., "*L'evoluzione della vita sessuale*", cit., pág.85.

O hermafroditismo "*verdadeiro*" caracteriza-se pela presença simultânea, de testículos e ovários no mesmo indivíduo. Embora, se indiquem, vários quadros nosológicos, o mais comum é, talvez, a presença de um ovário e testículo de um só lado. Externamente, apresenta um aparato sexual típico ambíguo, onde v.g., se pode detectar a presença de um clitorís hiper - desenvolvido, ou um pénis imperfeito, um orifício vaginal e uretra. Esta coexistência, tende, pois, a influenciar de modo variável, quer a ulterior conformação dos órgãos genitais externos, quer o desenvolvimento somático (v.g., o desenvolvimento de um dos seios, em detrimento do outro) e a pertinência psíquica a um ou outro sexo. cfr., entre outros, ANTIGNANI, P., "*Sulla diagnosi, ...*", cit., pág.519 e ss.; DELCOURT, M. "*Hermaphrodite*", London, 1961, *passim*; MANDELLI, G./GALIMBERTI, F., "*Ermaphroditismo vero. Descrizione di un caso*", in *Folia hereditaria e pathologica*, 1967, pág.177 e ss.; MONEY, J./HAMPSON, J.G./HAMPSON, J.L., "*Hermaphroditism: recommendations concerning assignment of sex, change of sex and psychologic management*", in *Bulletin of the John Hoppkins Hospital*, 1955, pág.284 e ss.; PALMIERI, V.H., "*Sesso, ...*", cit., pág.230. MONEY, ("*Sex reassignment as related to hermaphroditism, ...*", cit., pág.99) entende, que não existe, de entre este tipo de hermafroditismo especial tendência para peticionar a mudança de sexo, pois que a sua "*gender identity*" e "*gender role*" concordam, regra geral, com o sexo atribuído quando do nascimento, qualquer que ele seja.

<sup>308</sup> Pode, sucintamente dizer-se que a identidade sexual é influenciada por factores de índole biológico e psico - sexual.

No que aos factores biológicos concerne, o que determina o sexo e, antes demais, o programa genético, o qual se realiza, através do sistema nervoso e endócrino. É este programa que irá determinar, por sua vez:

1. o sexo cromossómico, que se consolida no momento da fecundação do óvulo pelo espermatozóide. O óvulo contém 22 cromossomas somáticos  $y$  e cromossoma sexual  $x$ . O espermatozóide transporta aqueles outros 22 cromossomas, além de um outro cromossoma sexual que pode ser  $x$  ou  $y$ . Daí que, se a função de dois cromossomas  $x$ , determinará o seu feminino ( $44 + xx$ ) do ser humano, já a reunião dos cromossomas  $x$  e  $y$ , consignará o sexo masculino ( $44 + xy$ );

2. o sexo cromatínico, determinado pela cromatina sexual ou corpúsculo de BARR, que representa o material remanescente de 2 cromossomas  $x$ , pelo que é "*positivo*", tratando-se do sexo feminino e "*negativo*", no sexo masculino;

3. o sexo gonadal, definido pela presença de ovários ou testículos;

4. o sexo genital interno, que se caracteriza, no sexo feminino, pela presença de vagina, útero e trompas e, no sexo masculino pelo ejidimo e canal deferente.

Por outro lado, a orientação do tracto genital do embrião, antes do surgimento do aparato gonadal é sempre feminino, independentemente do sexo genético, não se imprimindo a masculinização, até que se não produza secreção testicular. Isto é, a diferenciação sexual, no sentido do sexo feminino, é um processo positivo e espontâneo, sendo aí necessário, se fôr caso disso, a presença de hormonas masculinas para diminuir a exponencial potencialidade do sexo feminino, permitindo, destarte, o desenvolvimento de caracteres sexuais masculinos. Ora, qualquer perturbação neste processo evolutivo, origina distintas formas de intersexualidade, pseudo - hermofroditismo e hermofroditismo.

5. o sexo Morfológico, constituído por caracteres genitais e extra - genitais. Os primeiros integram o aparato sexual externo, que diferencia, para efeitos de atestação e menção no assento de nascimento, ambos os sexos (pénis e testículos, nos homens, lábios maiores e menores e bem assim orifício vaginal, na mulher); os segundos ou caracteres morfológico - sexuais secundários, revelam as diferenças sexuais no restante aparato externo - corporal (v.g., pelvis, seios, tom de voz, pilosidade).

Todavia, este desenvolvimento morfológico é determinado pelos índices hormonais, isto é, pela acção dos estrogénos e da progesterona, na mulher, e pela testosterona, no homem. Com efeito, os Estrogénos, são na infância segregados em pequeno volume, ao invés do que ocorre na puberdade, fazendo com que os órgãos sexuais femeninos passem a apresentar as características da mulher adulta (v.g., aumento do tamanho do útero e de volume da vagina, ...), os seios se desenvolvam e aumentem de volume e a pélvis na mulher, se adapte a uma futura fecundação e desenvolvimento embrionário; além de ser responsável por uma especial distribuição dos pelos, mesmo a nível do pubis. Já a Progesterona provoca alterações no útero, mormente, no nível endométrico, preparando, destarte a matriz para a implantação do ovo fecundado, bem como nos seios tornando-os aptos para a amamentação. No homem, a testosterona - a mais importante hormona masculina - multiplica o

normalmente associado a problemas de atraso mental, que não já a problemas de identidade sexual, que propiciem o pedido de mudança de sexo.

b) Síndrome de turner, onde se detecta a falta de um dos cromossomas sexuais, sendo que a formula é  $44+XO$ , isto é, um total de 45 cromossomas, em vez de 46. Desprezando as suas modalidades, esta anomalia cromossómica ocorre em individuos fenotipicamente do sexo feminino, onde se observam traços de infantilismo genital e outras malformações congénitas genitais (v.g., ausência de ovários, daí esterilidade, defeitos na uretra, no pescoço, dedos, ...), associados ou não a atraso mental. Não se detectam ambiguidades na identidade precosexual, pois que, desde crianças, desenvolvem sólidos instintos maternos, sendo pois, desprezível a possibilidade de se identificarem com o sexo masculino, isto é, pretenderem mudar o sexo, inicialmente, inscrito no assento de nascimento.

c) O síndrome de klinefelter, que se analisa numa redundância do cromossoma sexual  $X$  ( $44+XXY$ ). Se normalmente, se detecta um cromossoma  $X$  a mais, não é invulgar observar dois ou mais ( $44+XXYY$ ). Manifesta-se na puberdade, em indivíduos fenotipicamente do sexo masculino, com pequeno volume dos testículos e do pénis, normalmente com atraso mental. Por causa do seu estatuto cromossómico podem ser travestis e, raramente, transexuais. Relevante

---

volume do pénis, escroto e testículos, até aproximadamente, dos vinte anos afecta a distribuição corporal dos pêlos, e assim, logo, a eventual calvície, o timbre de voz, a grossura da pele, o desenvolvimento muscular.

No que aos factores psico - sociais respeita, pode dizer-se que o desenvolvimento normal do aparato sexual biológico na assegura, automaticamente, a evolução e expressão de um comportamento sexual aquiloutro adequado. Pelo que, intervém, igualmente, a dimensão psico - social, ou seja, a aprendizagem de um comportamento sexual ("*gender role*", considerado como normal para um ou outro sexo, num dado contexto social. Nesta sede, podem, pois, distinguir-se duas noções fundamentais: a) papel sexual/sexo social, que é o sexo a que o indivíduo identificado pela comunidade, se lhe impõe desde o momento do nascimento; b) o sexo psicológico ("*gender identity*"), ou seja a convicção interior de pertencer a um determinado sexo.

é também o facto de apresentarem uma libido pouco desenvolvida, sendo para eles desprezível atingir o orgasmo ou mesmo a erecção<sup>309</sup>.

d) O síndrome XYY, detectado em indivíduos fenotipicamente do sexo masculino, em que se revela a presença de um cromossoma extra, Y, anomalia cromossómica esta que nada parece ter a ver com uma específica necessidade de mudança de sexo, visto que, seja biológica ou psico - socialmente a identidade sexual, imputada no assento de nascimento é estável.

e) Efeminação testicular, disfunção gonadal que se descortina, numa primeira modalidade, nos indivíduos cromossomicamente do sexo masculino (44+XY), onde, por efeito de uma disfunção na síntese da testosterona da substância inibidora , as células corporais revelam deficiências enzimáticas, impedindo, pois, a síntese da testosterona, em termos de o aparato genital ser do sexo feminino, ou seja, numa observação visual não se diferenciam daqueloutro de um indivíduo do sexo feminino. Daí que, mesmo na altura da puberdade os índices hormonais masculinos permanecem quiescentes. O resultado é que, os indivíduos com este síndrome "*simulam*", na perfeição, e no que toca à aparência corporal, indivíduos do sexo feminino, não obstante, se verifique a ausência de menstruação, posto que, inexistente o útero, e bem assim o orifício vaginal, normalmente é sujeito a intervenção cirúrgica, por forma a melhor propiciar a relação sexual. Todavia, a literatura médica desconhece a existência de qualquer ambiguidade psíco - sexual, que possa implicar o desejo de mudança de sexo, na medida em que, por força da influência externo - corporal, da adequação hormonal e do "*gender role*", tais indivíduos superam, normalmente, a consignano antagonismo entre cromossomas e aparato gonadal<sup>310</sup>.

---

<sup>309</sup> Cfr., ILLCHMANN, C., "*Eine studie zum klunefelter - Syndrom unter besonderer berücksichtigung seiner Psychopathologie, in Beiträge zum Problem der Intersexualität*", cit., pág.21 e ss.; RACH, W., "*Exhibitivmisticches Verhalten bei Klinefeter - Syndrom*", *ivi*, pág.70 e ss.; Money, J., "*Sex reassignment as related to hermaphroditism and transexualism*", cit., pág.94 - 95.

Numa segunda modalidade<sup>311</sup>, o síndrome aparece mais atenuado, aí onde, no quadro de um desenvolvimento cromossómico masculino (44+XY), o sexo genital é incompletamente masculino ("hypospadias"). Nestas hipóteses, o desenvolvimento genital na puberdade é masculinizante ou parcialmente enfeminizante (v.g., desenvolvimento dos seios). Aqui, a diferenciação do pénis aparenta-se incompleta; o revestimento da pele, dos dois lados do escroto, não apresentam qualquer divisão, no meio. Além de se observar um orifício onde a base do pénis e o escroto se unem, orifício este, que aloja a entrada do canal urinário e, por vezes, aquilo que pode ser um pseudo - aparato vaginal. De resto, normalmente, a identificação psico - sexual ocorre em harmonia com o sexo cromossómico, fenotipicamente do sexo masculino, ou seja, mesmo nestas formas de pseudo - hermafroditismo, o sexo genital, mais ou menos indeterminado - pese embora, do assento de nascimento, conste o sexo masculino - não determina, necessariamente, a "identidade do género".

e) O hermafroditismo verdadeiro, relevante em termos de sexo gonadal, defenido pela presença simultânea de ovários e testículos<sup>312</sup>.

f) Hermafroditismo femenino (Síndrome adrenogenital) radicado numa disfunção adrenocortical, nos sujeitos tipicamente do sexo feminino (44+XX). Pese embora, o sexo cromossómico seja feminino, observa-se uma disfunção na síntese de cortisona, através da libertação e influência de estrogéneos do sexo masculino. Todavia, se esta masculinização só ocorre após a formação dos ovários e dos restantes

---

<sup>310</sup> Cfr., FREUND, K., "cross - Gender identity in a Broader context", in Gender Dysphoria, cit., pág.259 e ss.; Wolf, V./FRACCARO, M./MAYEROVA, A./HECHT, A./ZUFFARDI, T./HAMEISTER, H., "turner syndrome patients are H - Y positive", in, Human Genetics, 1980/54, pág.315 e ss.; POLANI, P.E./ADINOLFI, M., "the H - Y antigen and its functions: A review and a hypothesis", in Journal of Immunology, 1983/10, pág.85 e ss.

<sup>311</sup> vd. MONEY, J., "Sex reassignment", cit., pág.97.

<sup>312</sup> Cfr., supra, nota 307, sendo que, regra geral, se detecta uma estrutura cromossómica 44+XX.

orgãos de reprodução femininos, tal facto, determinará, inelutavelmente, a configuração do sexo genital, ou seja, os órgãos genitais são, incompletamente do sexo masculino, sendo certo que nalgumas hipóteses se observou um pénis normal e um escroto, embora sem testículos<sup>313</sup>. Normalmente, a diferenciação do pénis é imperfeita, isto é, o orifício urinário situa-se no normal local, que se observa na mulher, notando-se ainda a presença da vagina. Ou, noutros casos, a masculinização limita-se tão só a um desenvolvimento anormal do clitoris.

Daí que, se o pénis se apresenta, na altura do nascimento mais ou menos perfeito, é natural que do assento de nascimento resulta a menção do sexo masculino, desenvolvendo-se de seguida um sexo psicológico ("*gender identity*") em conformidade. Já, nas hipóteses em que o síndrome é detectado antes do parto e, até à puberdade, se "*corrige*" cirurgicamente a masculinização, coadjuvada por uma terapia à base de cortisona, o indivíduo gera, normalmente um sexo psicológico não antagónico. A necessidade de alterar juridicamente o sexo surgirá, acaso mesmo assim, o indivíduo tiver sido registado como sendo do sexo masculino. Isto só prova que, as funções hormonais não determinam necessariamente a identificação psico - sexual ainda que a influência hormonal masculina persista, sem que seja corrigida na infância.

g) Hermafroditismo masculino (44+XY), com com a presença de Útero e Pénis normalmente conformados, isto é, externo - genitalmente deparamos com um fenotipo masculino, enquanto que internamente se observa um útero. Este tipo de hermafroditismo, normalmente evidenciado, quando um dos testículos, no seu movimento descendente, empurra o útero e as trompas de falópio, formando uma hérnia. Tal ocorre, em virtude da ausência das secreções produzidas pela testosterona, as quais, contudo, desempenham a sua função, quanto aos restantes estados da masculinização, visto que, na puberdade, o desenvolvimento sexual anatómico, é tipicamente o do sexo masculino.

---

<sup>313</sup> MONEY, J., "Sex reassignment", cit., pág.100.



Além de não afectar o sexo psicológico desenvolvido ao derredor do cariotipo masculino.

h) Hermafroditismo masculino, simultaneamente com útero e pênis disfuncionais, onde, por um lado se topa um útero imperfeito e uma trompa de falópio, e por outro, também interna - gonadalmente, se detecta um aparato do sexo masculino. O que tão só se intui pela insuficiência de testosterona, idónea a propiciar também um desenvolvimento masculinizante dos órgãos genitais externos. E aqui, o resultado é idêntico ao que se observou nos casos efeminação testicular: a imperfeição peniana pode até fazê-lo confundir com um clitóris. É, pois, verossímil que um recém - nascido, ingresse no registo civil, como indivíduo do sexo feminino e socializado enquanto tal, conquanto nalguns casos seja aconselhável intervenção cirúrgica efeminizante, antes da puberdade. De resto, após a descoberta da técnica de contagem cromossômica, em 1959, verificou-se que alguns hermafroditas deste tipo não apresentam uma formula cromossômica cariotipicamente masculina (44+XY), antes se detectou, aqui e acolá, uma disfunção cromossômica mosaica (44+XO/XY), ou seja algumas células revelam ausência do cromossoma sexual Y.

i) Disfunção genital peniana, na qual se constata um pênis dificilmente diferenciável de um clitóris, em indivíduos cromossômico e gonadalmente do sexo masculino. A disfunção reside, não tanto na localização da uretra, como na pequeníssima dimensão do pênis e na ausência do tecido esponjoso dos corpos cavernosos destoutro. Também os testículos se revelam minúsculos e imperfeitamente formados, revelando-se disfuncionais na altura da puberdade. É claro, que, nestas hipóteses, a aplicação terapeutica de testosterona, pode revelar-se útil, para o aumento do pênis. O problema ocorre sempre que o recém - nascido ingressa no assento como indivíduo do sexo femenino, seguida da concomitante intervenção cirúrgica, de implantação de neo - vagina e administração, de progesterona, antes da puberdade. Já nos casos em que do assento de nascimento consta o sexo masculino, nem por isso, em regra, se topa contradição com a identidade sexual, que no entretanto se foi desenvolvendo. Pode.no, entanto, acontecer que estes indivíduos desejem irrimivelmente sujeitar-se a terapia hormonal de

progesterona e construção cirúrgica de neo - vagina, visando uma ulterior mudança legal de sexo.

j) Perda involuntária do pênis na infância, conectada com práticas de, v.g., circuncisão. MONEY<sup>314</sup> o caso de um acidente desse tipo, ocorrido num bebê de sete meses de idade. tendo, os pais "decidido" educar a criança como sendo do sexo feminino, alteram-lhe o nome e o vestuário, aos dezanove meses, tendo-o sujeitado posteriormente a intervenção cirúrgica "correctiva", aos vinte e dois meses de idade.

---

<sup>314</sup> cfr., MONEY, J., "Sex reassignment", cit., pág.111.

## **Capítulo 2**

### **Transexualidade e parafilias afins**

## Capítulo 2 - Transexualidade e parafilias afins

14. Terminologia. Etiologia. Dignidade. Frequência.

15. Diagnóstico diferencial. Homossexualidade.

Travestismo. Sadismo. Sadomasoquisimo. Feticismo.

### 14. Terminologia. Etiologia. Dignidade. Frequência

Algumas das hipóteses atrás recenseadas são susceptíveis de evidenciar uma contradição, seja entre o sexo, inicialmente constante do assento de nascimento e a ambiguidade genético - gonadal - cromossômica, que resulta da visualização integrada deste enfoque biológico - sexual, seja, concomitantemente entre esse sexo (legal) e uma eventual identificação sexual, colocada na dependência do entrechoque e evolução dessa ambiguidade morfológica. Já se intui, pois, a necessidade de uma mudança jurídica de sexo, justamente, emergente, quer uma superveniente terapia hormonal - cirúrgica, "correção" correctiva dessas ambiguidades, como da premência em adequar a "verdade" do assento de nascimento a uma nova identificação sexual, desenvolvida no seguimento, da "correção" dessas disfunções biológico - sexuais, atentas as diversas variáveis somáticas do sexo.

Porém, uma outra situação se considera, na qual, pese embora se não verifiquem ambiguidades na conformação genital - gonadal, a contradição ocorre entre a identidade do género, i.é., o sexo psicológico - social e o sexo que resulta do assento de nascimento. É, afinal, do transexualismo que se cura.

A este propósito podemos, desde já, adiantar que se trata de um fenómeno complexo, incluído pelo "*Diagnostical and Statistical Manual, Mental Disorder*"<sup>315</sup>, nos problemas ou disfunções psico - sexuais, na subespécie das "*perturbações da idade do género*"<sup>316</sup>.

---

315 DMS - III, da American Psychiatric Association, 1980.

316 E, note-se que, na 1ª edição deste "DMS", de 1952, os desvios sexuais, como a transexualidade eram colocados na rubrica "*perturbações sociopáticas da personalidade*", vale dizer, os indivíduos portadores desses desvios apresentavam, para a literatura médica, graves alterações da

Em traços gerais o transexualismo corresponde a um persistente mal - estar e inadequação concernente ao próprio sexo anatómico, ou seja, a convicção inelutável que o seu "*verdadeiro sexo*" está em contradição com o seu sexo cromossômico/gonadal/morfológico, que

---

personalidade, ainda na esteira do clássico conceito da "*Psychopatia sexualis paranoica*", de KRAFT-EBING ("*Über Gewisse Anomalien des Geschlechtstrieb*", in *Archiv für Psychiatrie und Nervenkrankheiten*, 1877, pág.291-312; idem, "*Psychopatia Sexualis*", trad. inglesa, Brooklyn:Physicians and Surgeons Book co., 1931). De resto ainda na 2ª Edição deste Manual, de 1968, se individualizam tais desvios sexuais, defenindo-os em relação ao sexo oposto (objecto) e ao coito (objectivo). cfr., GOMES, F.A., "*os problemas sexuais na prática clinica*" (V), in *Psiquiatria clínica*, 1981, 2 (3), pág.191 e ss. Com efeito, ainda não há muito tempo, o transexual era considerado um pervertido e o seu síndrome objecto de pré - juízo ou declarada hostilidade. Cfr., PERICO, G., "*Problemi di etica sanitaria*", Milano, 1985, Ed. Ancora, pág.252). Todavia, as posições "*intermedias*" dos finais dos anos sessenta e principios de setenta, ainda denotam esta ideia de concatenar subrepticamente estas questões com as perturbações da personalidade (cfr., BENJAMIN, "*transvestism and transexualism as Psycho - somatic and Somato - Psychic Syndromes*", in *American Journal of Psychoterapi*, 1954/8, pág.219 e ss.; ibidem, "*the transsexual Phenomenon*", cit., ibidem, "*clinical Aspects of trassexualism in Male and Female*", in *American Journal of Psychoterapy*, 1964/18, pág.458-459; BROWN, D.G., "*Psychossexual Disturbances: transvestism and transexualism*", in *South African Medical Journal*, 1963/37, pág.569; GITTLESON, H.D./LEVIN, S., "*Subjective ideas of sexiual change in Male Schizophrevits*", in *British Journal of Psychiatry*, 1966/112, pág.779 e ss.; PAULY, I.B., "*Male psychossexual inversion: transexualism, a review of 100 cases*", in *Archiv. Gen.Psych.*, 1965, XIII, pág.172; GREN, R./MONEY, J., "*transexualism, and sex reassignment*", cit., pág.13 e ss.; DE VAAL, W., "*Man of vrouw? Dilemma van de transexksuelemens*", Amesterdam, 1971, resumido, em inglês, in "*Abstracts on crim and Pen.*", 1972, pág.8 e ss. Já para não falar nos primeiros estudos, que analisavam a transexualidade, ainda que integrada, sem "*nomen*", no comum dos estados intersexuais, com repercurssões psicóticas. cfr., CAULDWELL, D.O., "*Psychopatia transexualis*", in *Sexologie*, 1949, pág.274 e ss.; BANDETTINI, U.LEVI, P.G., "*in L'encephale*", 1956, pág.41 e ss.; RANDALL, J.B., "*tranvestism and transexualism. A studie of 50 cases*", in *British Medical Journal*, 1959, pág.1448 e ss.; PRINCE, C.V., "*Homosexuality, transvestism and transexualism*" in *American Journal of Psychotherajie*, 1957, pág.80 e ss.; GUTHEIL, E.A., "*the psychologie background of transexualism and transvestism*", ivi, 1954, pág.231 e ss.; DUKOR, B., "*Problem un den transvestitismus*", in *Schweizerische Medizinsche Wochnschrift*, 1951, pág.516 e ss.; HAMBURGER, "*the derire for change of sex as shown by personal letters from 465 men and women*", in *Acta Endocrinologica*, 1953, pág.361.

nada tem a vêr com qualquer tipo v.g., de hermofroditismo, outras disfunções cromossômico - morfológica, ou parafilias como o Feticismo, travetismo, que podem originar o designado transexualismo secundário<sup>317</sup>, que raramente colocam a problemática da mudança de sexo.

A terminologia, nestas hipóteses de Perturbação de identidade do género ("*gender identity disorders*") apresenta, todavia, escassa densidade compreensiva, o que pode dificultar, de alguma maneira, o diagnóstico diferencial do "*transexualismo stricto sensu*", o único que quanto a nós faculta objecto ao discurso médico - jurídico da mudança de sexo.

Com efeito o DMS - III, define o transexualismo como um heterogéneo problema de identidade do género, isto é, "*a persistent sense of discomfort and inappropriateness about one's anatomic sex and a persistent wish to be rid of one's genitals and to live as a member of the other sex*"<sup>318</sup>. No entretanto, aparenta três específicos sub-tipos de transexualismo, correspondentes, grosso modo, à "*biografia sexual*" do individuo, até ao surgimento dum quadro completo e unívoco de transexualidade, a saber<sup>319</sup>:

---

<sup>317</sup> Ainda que, juridicamente devamos tão só distinguir o transexualismo das outras parafilias (voyeurismo, exibicionismo, sadismo, travestismo, pedifilia, ...), sem, contudo, não olvidar que pode, por vezes, ir associado a práticas homossexuais, pois se o transexual se condenou a ficar só, no caso em que deseje relacionar-se com um "*partner*", decerto que não elegerá um indivíduo do seu sexo psíquico, fazendo com que, aquilo que, aparentemente é uma prática homossexual, signifique afinal, um relacionamento heterossexual. cfr., MERCADER, P., "*Le paradoxe transsexuel. Chargement de sex ou costration?*", Lyon II, 1990; HERVET, "*transsexualisme. Actualité du problem medico - légal*", in *Journal de médecine l'égale*, 1980, pág.350; RUBELLIN - DEVICHI, *Rev.TDC*, 1981, PÁG.843.

<sup>318</sup> cfr., DSM - III, 1980, PÁG.261-262

<sup>319</sup> cfr., STEINER, B.W./BLANCHARD, R./ZUCKER, K.J., "*introduction*", in *Gender Dysphoria*, cit.pág.3 e ss.

a) o transexual assexual, que relata nunca ou raramente ter extraído prazer dos órgãos genitais e bem assim a ausência de qualquer actividade sexual.

b) o transexual homosexual, predominantemente nos casos de transexualismo mulher - homem que se sente atraído sexualmente do seu sexo anatómico, pese embora negue o seu próprio comportamento, na convicção de que se relacione sexualmente com pessoas de sexo (psico - social) diverso do seu.

c) o transexual heterossexual, normalmente do sexo masculino (cromossómico - morfológico - legalmente), que se sente atraído por indivíduos legalmente do sexo feminino, pelo menos até à disfunção da Identidade do Género não se radicar profundamente.

Apresenta ainda uma outra espécie de "gender identity", justamente, o travestismo, que define como o "*recurrent and persistent cross - dressing by a heterosexual male that during at least the initial phase of the illness is for the purpose of sexual excitement*"<sup>320</sup>. Ou seja, a circunstância de alguns destes indivíduos, que, eventualmente desejarão, vestir e viver permanentemente como de mulheres se tratassem, implica que o diagnóstico destas situações deixaria de constituir o travestismo, para passar a incluir-se no transexualismo.

Se BENTLER<sup>321</sup>, PERSON/OVSEY, falam de travestismo primário, homossexualidade/transexualismo secundário e travestismo secundário, correspondentes respectivamente aos subtipos indicados supra BUHRICH/McCONAGHY<sup>322</sup>, não consideram um equivalente

---

<sup>320</sup> cfr., DSM - III; 1980, pág.269

<sup>321</sup> BENTLER, P.M., "A typology of transexualism: Gender identity theory and data", in, Arch. Sex. Behaviour, 1976/5, pág.567 e ss.; PERSON, E./OVSEY, L., "the transexual syndrom in males. II.Secondary transexualism", in American Journal of Psychoterapie, 1974/24, pág.174 e ss.; ibidem, "the transexual syndrom in males. I. Primary transexualism", ivi, 1974/28, pág.4 - 20.

sub - tipo ao dos transexuais assexuais, do DSM - III, individualizando tão só os transexuais primários e os transexuais feiticistas, respectivamente. FREUND/STEINER/CHAN autonomizam os homossexuais/transexuais primários e os heterossexuais/transexuais secundários<sup>323</sup>. BLANCHARD<sup>324</sup> considera, tão só, os homossexuais transexuais não feiticistas e os heterossexuais/transexuais feiticistas<sup>325</sup>. Finalmente, STOLLER<sup>326</sup> assimila as subespécies mencionadas supra. somente à categoria dos transexuais, pois que este autor, no quadro dos problemas da Identidade do género<sup>327</sup> só considera o travestismo e o transexualismo.

---

<sup>322</sup> BUHRICH, N./McCONAGHI, N., "three clinically discret categories of fetishistic transvestisme", in Arch. Sex Behaviour, 1979/8, pág.151 e ss. Já para não falar dos travestismos primário e secundário, que não têm correspondência nas referidas três subespécies do DSM - III.

<sup>323</sup> Atomatizando, ademais, sem correspondencia nas subespécies da transexualidade do DSM - III, o travestismo e o "transexualismo de fronteira".

<sup>324</sup> cfr., BLANCHARD, R., "Research methods for the typological study of Gender disorders in males", in Gender Dysforia, cit., pág.227 e ss.

<sup>325</sup> Não se topando, no DSM - III, correspondência para os seus "transexuais de fronteira" e travestistas.

<sup>326</sup> cd. STOLLER, R.J., "the term transvestism", in Arch. Gen. Psychiatry, 1971/24, pág.230 - 237

<sup>327</sup> Lembre-se, a propósito, que o termo "gender disphoria" é mais lato que o de transexualismo, pois envolve todos os individuos, que de uma maneira ou doutra, experimentaram suficiente desconformidade em relação ao seu sexo biológico, levando-os a desejar mudar médico - juridicamente de sexo; o que poderá incluir certos fraujos de travestistas, homossexuais masculinos efiminados ou femininos masculizados e bem assim alguns individuos portadores de ambiguidades morfológico - sexuais. Ponto é saber se se deve considerar o reconhecimento jurídico da mudança de sexo, para além do nucleo duro dos "transexuais primários", assim estabelizados, após a puberdade, ainda que tenha experimentado, na sua evolução sexual, por vezes até à vida adulta, experiencias homossexuais e travestistas[é o caso v.g., do transexualismo tardio]. É obvio que os casos de reconhecimento jurídico da mudança de sexo nas hipóteses de ambiguidade sexual morfológico -



O síndrome transexual é invulgar, sendo que, no quadro de um espaço médico com algumas afinidades ao português, os autores franceses apontam para a existência de um transexual para um universo, entre cinquenta a cem mil indivíduos<sup>328</sup>. A este propósito, em Itália, encontravam-se registados, em 1981, no "*Movimento Italiano transexual*", cerca de mil, em toda a península itálica<sup>329</sup>. De resto, os dados de um estudo levado a cabo por especialistas suíços assinala um transexual homem - mulher, em cada trinta mil indivíduos e um transexual mulher - homem por cada universo de quatrocentas mil mulheres<sup>330</sup>. De facto, os transexuais do sexo (legal) feminino, representam um grupo mais homogéneo, que aqueles do sexo (legal) masculino, onde frequentemente se topa, uma história de homossexualidade. Só que, o fenómeno transexual é seis vezes mais frequente entre os indivíduos do sexo (legal) masculino, do que nas mulheres<sup>331</sup>.

No dizer de ALLEN GOMES<sup>332</sup>, no estado actual dos conhecimentos é ainda impossível intuir as causas de semelhante

---

genital, não assumem, no âmbito deste trabalho quão pertinentes dúvidas de justiciabilidade, atentos a tradicionais "*indices corporais*", para efeitos de recepção - estabilização - criação da identidade pessoal/sexual, no domínio do registo do estado civil das pessoas, mormente no assento de nascimento.

<sup>328</sup> Assim, KLOTZ, H.P., "*Etat actuel de la question do transexualism*", in *Le transexualism, ...*, cit., Vol.I, pág.23, que se inclina para a existência de um em cada cinquenta mil pessoas.

<sup>329</sup> cfr., PERICO, G., "*Problemi di Etica Sanitaria*", cit., pág.255.

<sup>330</sup> cfr., KÖNING, M.P., et alii, "*transsexualismus*", in *Schweizerische Medizinische Wochenschrift*, 1978/12, pág.437 e ss.

<sup>331</sup> Pese embora, KLOTZ ("*Etat actuel, ...*", cit., pág.27 e ss) tenha, em dez anos, estudado e tratado quarenta e sete homens e trinta e duas mulheres, explicando semelhante homogeneidade quantitativa, pelo facto de as mulheres, hodiernamente, não obnubilarem tal síndrome.

<sup>332</sup> GOMES, F.A., "*os problemas sexuais, ...*", cit., pág.198 .

"problema de identidade do gênero". Existem é certo, factores, que predisõem o síndrome, tal seja uma notória efeminação, na infância, por parte do rapaz, ou a masculinização da rapariga, fruto de um contexto relacional familiar alterado. Já vimos que alguns casos de travestismo podem originar o transexualismo, enquanto seu "iter" histórico clínico, contudo, ainda não resultam líquidas as causas desta disfunção. Em geral são propostas duas teorias como segue: a) teoria genética e neuroendócrina; b) teoria psicológica.

A primeira baseia as perturbações do comportamento sexual humano na divergência entre o sexo genético e a taxa de hormonas sexuais que lhe correspondem, na altura da diferenciação pré - natal<sup>333</sup> - entre o quarto e o sétimo mês de gestação. Também já se pretendeu extrair conclusões, através de testes de exploração dinâmica, como os que detectam a sensibilidade hipotalâmica aos estrogéneos, ou aquelas que exploram a resposta da hipófise às hormonas do hipotálamo<sup>334</sup>. Por outro lado, a pesquisa imunológica igualmente se esforçou por demonstrar a influência do antigene H - Y, na determinação sexual do embrião<sup>335</sup>. Com efeito, EICHER,

---

<sup>333</sup> cfr., DÖRNER, G., "Harmones and brain differentiation", Amsterdam, Elsevier Scientific Publishing, 1976; DÖRNER, G./ROHDE, W./SEIDEL, K./HAAS, W./SCHOTT, G., "On the evocability of a positive estrogen feedback action on LH secretion in transsexual men and women", Endokrinologie, 1976/67, pág.20 e ss.; já NEUMANN ("tierexperimentelle Untersuchungen zur transexualität", in Beitrag zur Sexualforschung, 1970/40, pág.54 e ss.; mais recentemente, cfr., BOYAR, R.M./AIMAN, J., "the 24 hours secretion pattern of LH and the response to LHRH in transsexual men", in Arch. Sex Behaviour, 1982/11, pág.157-169; assim também, por intermédio da cirurgia cerebral, SCHMIDT/G./SCHORSCH, E., "Psychosurgery of sexual deviant patients", *ivi*, 1981/10, pág.301 e ss, ainda que inconclusivas. Aventou-se, também, a hipótese da influência da testosterona, ministrada na puberdade, citando-se a propósito um grupo de pseudo - hermafroditas, que experimentou um tratamento hormonal; cfr. IMPERATO/McGINLEY, J./PETERSON, R.E./GAUTIER, T./STURLA, E., "Androgens and evolution of male gender identity among male pseudohermaphrodites with 5 $\alpha$  - reductase deficiency", in New England Journal of Medicine, 1979/300, pág.1233 e ss.

<sup>334</sup> Sobre estes últimos, cfr., KLOTZ, "Etat actuel, ...", *cit.*, pág.25.

ginecologista alemão, consultado por um transexual cariotipicamente do sexo masculino, detectou neste uma disfunção no cromossoma Y. Fenómeno este que não sendo invulgar, levou-o a investigar o referido antigene<sup>336</sup> e a descobrir a sua ausência em indivíduos transexuais, pelo menos em 86 a 90% dos casos. Todavia, já em 1980, ENGEL, PFÄFFLIN e WIEDEKING<sup>337</sup>, obtiveram, conquanto utilizando diferente método, resultados ao derredor de 56 a 58%, em transexuais femininos e masculinos, respectivamente<sup>338</sup>, além de que CICCARESE, MASSARI e GUANTI<sup>339</sup>, tentaram demonstrar a irrelevância do antigene no comportamento sexual, o que levou EICHER, em 1984<sup>340</sup>, a abandonar as suas iniciais pretensões de demonstração inequívoca do papel etiológico do factor H - Y, na transexualidade.

---

<sup>335</sup> Com efeito, o antigene H - Y encontra-se na membrana celular dos tecidos dos indivíduos do sexo (cromossómico) masculino - i.é., com um cariotipo 44+XY - e é considerado uma expressão de um gene. Sempre que está ausente, o desenvolvimento embrionário das células origina "naturalmente" a formação dos ovários. Porém, aparentemente este factor não se correlaciona com os estádios subsequentes do desenvolvimento gonadal ulterior, que depende, essencialmente da presença da testosterona. Cfr. OHNO, S., "*Major Sex - Determining genes*", New York, Springes, 1979.

<sup>336</sup> Posto que desde os inícios dos anos setenta, a pesquisa animal, nesta área, já permitia procedimentos mais ou menos comuns. Cfr., GOLBERG, E.H./BOYSE, G.A./BENNETT, D./SCHEID, M./CARWELL, E.A., "*Serological demonstration of H - Y (male) antigen on mouse sperm*", Nature (London), 1971, pág.478 - 480.

<sup>337</sup> "*H - Y antigen in transexuality*", Hum. Genet., 1980, pág.315 - 319.

<sup>338</sup> Todavia, já em 1977, WACHTEL, ("*H - Y antigen and the genetics of sex determination*", Science, 1977, pág.797 - 799) observava que a presença do antigo H - N "*does not guarantee testicular differentiation. Others factors may be required*".

<sup>339</sup> "*Sexual behaviour is independent of H - Y antigen constitution*", in Hum. Genet., 1982/60, pág.371 - 372.

<sup>340</sup> EICHER, W., "*transexualismus*", ob. cit.

A teoria psicológica revê-se na psicanálise e na teoria da aprendizagem. Vale dizer que, para a primeira, o transexualismo é uma preversão, situando-se a sua origem na fase de simbiose com a mãe, concomitantemente, não se realizaria a sua identificação, que está na dependência da clivagem entre ele e esta. Daí que, atigida a fase edipiana, a fixação à mãe impediria o indivíduo de completar a sua identificação<sup>341</sup>. Todavia, já STOLLER<sup>342</sup> entende que a "identidade do género" se fixa nos primeiros três anos de vida, sendo nesta sede, importante a anatomia dos genitais externos, os factores biológicos e a relação pais - filhos<sup>343</sup>. Além de que, a atribuição (legal) de um sexo

---

<sup>341</sup> Assim, COTE, G., "Examen Pscychiatric du transexuel", in cahiers de Sexologien Clinique, 1978/4, pág.41 - 45.

<sup>342</sup> cfr., por exemplo, STOLLER, R.J., "the transsexual boy: Mother's feminized phallus", in British Journal of Medicine and Psychologie, 1970/43, pág.117 - 128; STOLLER, R.J./BAKER, H.J., "two male transsexuals in one family", in Arch. Sex Behaviour, 1973/2, pág.323 e ss.; STOLLER, R.J., "Parental influences in male transsexualism", in transsexualism and Sex Reassignment, cit., pág.153 e ss.; MARCHETTI, M., "Aspetti psichiatrici e psicologic del transexualismo", in Medicina e Morale, 1984/2, pág.172 e ss.

<sup>343</sup> STOLLER teve ocasião de estudar uma criança cromossómica - morfológicamente do sexo masculino, que havia sempre manifestado um "gender role" feminino - v.g., aspecto de menina, vestuário - desejando veemente transformar-se em menina. Daí que, para ele, seja necessário estudar três gerações familiares: a avó da criança; a mãe e a criança transexual. Observou destarte, que a avó era uma mulher fria e dura, que não amava a sua filha. Esta, habituada a pensar, desde a infância, que ser mulher, não implica qualquer gratificação afectiva, considera-se como uma escrava doméstica. Por outro, lado o pai amava-a, a ponto de este afecto a seduzir, levando-a a considerar a masculinidade, como valor mais positivo. Só que, em regra, entre os seis anos de idade e a puberdade, o pai abandona-a (v.g., morte, divorcio de facto, nascimento de um irmão). Dado o abandono afectivo, começa a comportar-se como rapaz, desejando, ainda que tenuamente mudar de sexo. No entretanto, anuncia-se a puberdade e a sua feminilidade acaba por afirmar-se. Após, um período mais ou menos longo de depressão, casa-se sem entusiasmo, conservando em si o desejo de ser homem, e um ódio e inveja aos valores da masculinidade, O seu marido, homem reservado e passivo, apartado da sua família, ausenta-se frequentemente, pouco mais oferecendo que uma imagem pálida ou nula do "gender role" masculino. No entanto, contrariamente ao que poderia supôr-se, esta mulher deseja ardentemente ter um filho. Já

ou outro, quando do nascimento condiciona o comportamento dos progenitores. Já, por outro lado, o sexo biológico representa aqui uma conotação marcadamente cultural, na medida em que define o comportamento ulterior, nos termos do "gender role".

Vém isto, justamente, para afirmar, que a teoria da Aprendizagem se revê no importante condicionamento exercido pelo meio ambiente. No dizer de POALELLA<sup>344</sup>, a evolução do instinto sexual não se pode desligar da influência sócio - ambiental. O que vale por dizer, que os instintos sexuais são a matéria - prima modelada pela influência sócio - cultural. De facto, o estudo das situações de intersexualidade, revela claramente a importância que a menção concernente ao sexo do registando, no assento de nascimento, tem no desenvolvimento da identidade sexual<sup>345</sup>, ultrapassando mesmo a

---

se intui, pois, pr que STOLLER, defende que um rapazinho efeminado è consequência da sua educação e formação por uma mulher profundamente angustiada por haver dado à luz um rapaz. De notar, que o pai, parece não se importar com o desenvolvimento deste processo, posto que, foi escolhido, pela mãe falocrática, conquanto inconscientemente, para não constituir um modelo de masculinidade para o seu filho, que vive em simbiose consigo mesma. Já na idade escolar, a mãe, sem se dar conta da sua responsabilidade solicita ajuda para o seu filho, modulado como (se fosse) uma rapariga. No entanto, como recorda STOLLER, a terapia para este "filho perdido" é assaz difícil. cfr., STOLLER, R.J., "the transsexual boy, ...", cit., pág.120 e ss. De facto, a socialização da criação pressupõe o afrouxamento da força do regaço materno, afinal, a passagem de um estado biológico a um "status" social, que, nesta hipótese, se não produz sem lágrimas ou profunda crise de identidade sexual: vide, ainda, TROTTER, J., "the transsexual riddle: an hypothesis", in Science Nuws, 1977, III, pág.236 - 238; VEYLÓN, R., "Que soir-on du transsexualisme?", in La Nouvelle Presse Médical 8-10-1976/6, n°3008 a 3010. Sobre esta teoria, cfr., também, HALLE, E./SCHMIDT, C.W./MEYER, J.K., "the role of grandmothers in transsexualism", in American Journal of Psychiatry, 1980/137, pág.496 e ss.; BURICH, N./McCONAGHY, N., "Parental relationships", 1978/12, pág.103 e ss.; McKEE, E.A./ROBACK, H.B./HOLLENDER, M.G., "transsexualism in two male triplets", in American Journal of Psychiatry, 1976/133, pág.334 - 337.

<sup>344</sup> cfr., PAOLELLA, "Sulla diagnosi di sesso: aspetti medico - legali", in Giurisprudenza Penal, I, 1971, pág.228; LORÉ/MARTINI, P., "Aspetti e problemi médico - legali del transsexualismo", Milano, 1984, pág.48 e ss.

influência genética e hormonal. Daí que, numa sociedade, onde os papéis sexuais estão bem individualizados, a aparência dos órgãos genitais importa uma actuação do meio ambiente - "*in casu*", a "*ambiance*" familiar - em termos de poderosa acção condicionante sobre a criança. Todavia, se isto, parece válido para os estados intersexuais (morfológico - genitais), tal extrapolação não deve realizar-se no que ao transsexual concerne, pois que, o "*gender role*" seria seguido em função do seu sexo anatómico<sup>346</sup>.

Deflui daqui que se a influência genético - neuroendócrina, os factores ambientais "*lado sensu*", a psicodinâmica das relações inter - pessoais, o jogo da identificação - interiorização - socialização, propiciado pelo decorrerdo processo educacional, são aspectos cuja importância deve necessariamente reconhecer-se no processo de identificação social, o certo é que a exacta e verdadeira etiologia do transexualismo permanece, por ora, na penumbra. Talvez que, a existência de variáveis com algum grau de independência (v.g., "*gender identity*", "*gender role*", com os seus diversos componentes, identificação erótico - genital, ...), façam emergir uma compreensão, que passe de alguma maneira por todas as teorias antecedentes<sup>347</sup>.

Dado que o fenómeno da transexualidade masculina é mais frequente, caberá distinguir características psicológicas e biológicas<sup>348</sup>.

---

<sup>345</sup> Como aliás , já tinham KRAFT - EBING, mostrado, nos finais do século passado, num caso de pseudo hermafroditismo (cfr., KRAFT/EBING, R.V., "*Psychopatia Sexualis*", 9ªEd., Stuttgart, Enke, 1894)

<sup>346</sup> Entre outros, neste sentido, GOMES, F.A., "*Os problemas sexuais, ...*", cit., pág.198; MOENIG, J., "*Etiology of transexualism*", in *Gender Dysphoria*, cit.,pág.64.

<sup>347</sup> Neste sentido, KLOTZ, H.P., "*Etat actuel, ...*", cit. pág.25; HOENIG, J., "*Etiology, ...*", cit.pág.67.

<sup>348</sup> Note-se que adoptamos nesta sede, o critério de PERSON/OVESEY ("*the transexual syndrome*" in males, cit.) da transexualidade primária, conquanto alguns travestis, homossexuais efeminados, possam eventualmente pedir a modificação dos seus genitais, situações estas que, aqui e acolá ainda podem assimilar-se ao designado transexualismo secundário (cfr., supra, nota 311 e texto), o qual, para nós, só colocará acrescidos problemas, no quadro de um diagnóstico diferencial e

No que tange às primeiras, a ideia prevalecente é, justamente, o convicto desejo e sentimento de ser e sentir-se do sexo oposto, ou seja, indivíduos que nunca aceitaram o seu sexo anatómico, notando desde sempre uma contradição com o seu sexo psicológico. De resto, desde crianças procuram sempre vestir roupas do outro sexo, sendo que todas as suas atitudes, gestos, jogos e preferências perfeitamente semelhantes aos do sexo oposto. Tão pouco revelam extrair qualquer estimulação erótica de tal comportamento. Antes, os transexuais masculinos, buscam um ideal de feminilidade, sobrevalorizando a mulher, cujo comportamento copiam de forma exagerada. A sua motivação erótica é, em geral, dirigida a indivíduos do seu sexo anatómico, o que, para eles é considerado perfeitamente normal, detestando que os considerem homossexuais. Sendo a sua grande fonte de angústia a anatomia genital, a partir da puberdade torna-se-lhes insuportável aceitar a sua aparência física<sup>349</sup>.

No que diz respeito aos caracteres biológicos, no transexual masculino, o sexo cromossômico revela-se normal (44+XX), sendo que a cromatina de BARR é negativa. Por outro lado, o seu perfil hormonal, antes de qualquer espécie de terapia, é masculino (ou feminino, no transexual fêmeas), e bem assim os seus caracteres morfológico - genitais são fenotipicamente do sexo masculino (ou vice-versa): pênis, testículos, pilosidade, desenvolvimento muscular. Não é,

---

raramente revestirão suficiente alcance etiológico para se incluírem nas hipóteses, onde se problematiza o reconhecimento jurídico da mudança de sexo hormonal - cirurgicamente efectuada.

<sup>349</sup> cfr., entre outros, MONEY, J./PRIMROSE, C., "*Sexual Dimorphism and dissociation in the psychology of male transsexuals*", in *transsexualism and sex Reassignment*, cit., pág.115 e ss. Para os transexuais femininos, cfr., MONEY, J./BRENMAN, J.G., "*Sexual Dimorphism in the Psychology of Female*", *ivi*, pág.137 e ss. vide, ainda, LUNDSTRÖM, B., "*Gender Disphoria. A social - psychiatric follow - up study of 31 cases not accepted for sex reassignment*", Reports from the department of Psychiatry and Neurochemistry, St. Jorgën's Hospital, University of Göteborg, 1981; FREUND, K./BLANCHARD, R., "*is the distant relationship of fathers and homosexual sons related to the son's erotic preference for male partners, or to the son's atypical gender identity, or to both?*", in *journal of Homosexuality*, 1983/9, pág.7 e ss.; BLANCHARD, R., "*Research methods for the typological study of gender disorders in males*", in *Gender Dysphoria*, cit., pág.227 e ss.; GOMES, F.A., "*Os problemas sexuais, ...*" cit., pág.199.

pois, habitual revelarem psicopatologia específica, excepto ansiedade e depressão, consequência, aliás, da sua situação existencial<sup>350</sup>. Na realidade, num estudo incidente em trinta indivíduos (nove transexuais femininos e vinte e um masculinos), detectaram-se as seguintes particularidades<sup>351</sup>: intelectualmente as mulheres apresentaram um Q.I. superior à média, enquanto nos homens se revelou ligeiramente superior. No que aos testes de personalidade respeita, observaram-se nove neuróticas, três psicóticas e uma psicopática, além de nalguns indivíduos se notar inadaptação relacional e afectiva. Nos dois grupos - mulheres e homens - os perfis situam-se numa zona sub - normal, atendendo ao sexo anatómico e numa área de normalidade, se se tomar em consideração o sexo reivindicado. Nos transexuais femininos, notou-se uma ligeira elevação na escala Pd (desviação psicopática), revelando-se alguns casos de agressividade e hiperactividade, enquanto que no outro grupo se revelaram marcantes preocupações corporais (ligeiro aumento dos índices de hipocondria e alguma inibição no enfoque relacional). Ademais, no que toca ao teste de RORSCHACH, detectou-se que a projecção da identificação sexual é conforme ao sexo reivindicado; a projecção da imagem materna revelou, em regra, caracteres de poder e determinação, porém, em alguns casos de vivência gratificante. Já a projecção da imagem paterna, mostrou vivências complexas, onde a autoridade paterna surgiu, ocasionalmente, desvalorizada ou ameaçadora. Igualmente se não notou discrepância assinalável no teste "MMPI" ("*Minnesota Multiphasic Personality Inventory*").

Ora, já se intui por que a maioria dos autores contemplam o fenómeno transexual como uma maneira distinta de viver e sentir a própria personalidade, que não como doença do foro psiquiátrico, coenvolvendo-a e afectando-a na sua globalidade. Por isso que, a partir da adolescência os transexuais procuram, por todos os meios, a modificação do seu aspecto anatómico, com vista a adequá-lo ou torná-

---

<sup>350</sup> Neste sentido, GOMES; F.A., "*os problemas sexuais, ...*", cit., pág.199

<sup>351</sup> KINDYNIS, S./FROHWIRTH, CH./GORCEIX, A./BRETON, J., "*L'abord des transsexuels par les tests mentaux*", in *Le transsexualism, ...*, cit., vol.II, pág.33 - 34.



lo coerente com o seu sexo psicológico. De resto, se o não conseguem, o seu sofrimento aumenta consideravelmente, a ponto de a adaptação e integração social, se vislumbrar difícil, levando-os, "*ultima ratio*", a recorrer à automutilação ou ao suicídio, nas hipóteses de ausência de acompanhamento e terapia médica<sup>352</sup>.

---

<sup>352</sup> Como adverte PENNEAU ("*Raport de synthese*", in *Le transsexualisme*, cit., vol.I, pág.154), o tratamento psicoterápico pode fazer-se com sucesso, acaso se empregue precocemente, na criança, após o diagnóstico diferencial. Ao invés, torna-se inadequado, conquanto a personalidade/identificação sexual se encontre perfeitamente estabilizada, após a adolescência. cfr., ainda REKERS, G.A./MEAD, S., "*Early intervention for female sexualidentity disturbance: self monitoring of play behaviour*", in *Journal of abnormal child Psychology*, 1979/7, pág.405 e ss; REKERS, G.A., "*Pathological sex - role development in boys: behavioural tratment and assessment*", University of California, 1972; ibidem, "*Assessment and treatment of childhood gender problems*", in *Hand book of treatment of Mental Disorders in childhood and Adolescence*, org.por B.B.WOLMAN, Prentice Hall, 1978; STOLLER, R.J., "*Psychotherapy of extremely feminine boys*", in *International Journal of Psychiatry*, 1970/9, pág.278 e ss.; PRUETT, K.D./DAHL, E., "*Psychotherapy of gender identity conflict in young boys*", in *Journal of the American Academy child Psyphoria*, cit., pág.75 e ss.; LOEB, L./SHANE, M., "*the resolution of a transsexual wish in a five - year - old*", in *Journal of the American Psychoanalyse Association*, 1982/10,p'wsg.419 e ss.; LOTHSTEIN, L./LEVINE, S.B., "*Expressive psychotherapy with gender dysphoricpatients*", in *Arch. Gen. Psychiatry*. Vide ainda, MILIKEN, A.D., "*Homicidal transsexuals: three cases*", in *Canadian Journal of Psychiatry*, 1982/27, pág.43 - 46.

15. Diagnóstico diferencial. Homossexualidade. Travestismo. Sadismo. Sadomasoquismo. Feticismo

A "transexualidade" distingue-se facilmente da "homossexualidade". Com efeito, pode ser definida como a forte atracção erótica experimentada em relação a indivíduos do próprio sexo. Homossexuais são, destarte, aqueles sujeitos que, pese embora sejam de um sexo morfológicamente bem definido nos seus caracteres fundamentais primários e secundários e, dessa maneira não desejando mudá-lo, são eroticamente atraídos para indivíduos do seu próprio sexo, em termos de exclusividade. No entanto, KINSEY<sup>353</sup> releva várias gradações de homossexualidade, como segue: a) a "homossexualidade prevalentemente heterossexual", isto é, reveladora de um comportamento tão só ocasionalmente homossexual; b) a "homossexualidade heterossexual", porém recorrentemente homossexual; c) a homossexualidade heterossexualidade a "meio termo"; d) a homossexualidade prevalente, ainda que, ocasionalmente heterossexual; e) "homossexualidade exclusiva" ou essencial.

Pelo que respeita à origem e aos condicionantes da homossexualidade, vale dizer, à sua etiologia, prevalece a tese que defende se trata do "efeito de um concurso de causas diversas"<sup>354</sup>, onde, ainda quealguma seja prevacente, não o é em exclusivo. factores genéticos<sup>355</sup>, endócrinos<sup>356</sup>, psicológicos<sup>357</sup>, sociológicos<sup>358</sup> estarão na

---

353 Cfr., KINSEY, A.C., "*Sexual Behaviour in the Human Male*", 1948, pág.520 e ss. (ibidem, "*Il comportamento sessuale dell uomo*", trad. ital., Bompiani, Milano, 1960, pág.524 e ss. Cfr., também, GIVS, E., "*Una messa a punto dell'omosessualità*", Torino, 1972, pág.18 e ss.

354 Cfr., VOLCHER, R., "*Le determinanti psicologiche delle deviazioni sessuali*", in, AA.VV., *comportamenti sessuali devianti*, Atti del I congresso Internazionale di sessuologia, San - Remo, 5 - 8 de Abril de 1972, pág.73 e ss.; cfr., GOMES, F.A., "*Problemas sexuais, ...*", cit., pág.193 e ss., maxime, pág.195.

355 GOMES, F.A., ("*Problemas sexuais, ...*", cit., pág.193) cita o estudo de KALLMAN, ("*comparative twin study on the genetic aspects of male homosexuality*", in *Journal of*

base da disfunção sexual. Ademais, é inevitável indagar se esta "anomia" pode ser contida, visto que, na 3ª edição do "DSM - III" deixou de ser considerada uma doença - excepto quando o indivíduo não aceite o seu comportamento sexual, ou se mostre profundamente perturbado com ele, como ocorre na homossexualidade egodistónica<sup>359</sup>. Ora, neste âmbito, o mais que se pode fazer é evitar uma reorientação sexual, outrossim, evitar criar, na família e na sociedade, sentimentos de culpa e de inadequação, perante a homossexualidade. Ou então, se se desejar reorientar sexualmente o homossexual, o cardápio não é extenso, a saber: a terapêutica adversiva (química ou eléctrica) modelada sobre o reflexo condicionado, nas suas

---

Nervous and Mental Disease, 1952/115, pág.283 e ss.), que observou 100% de concordância de homossexualidade num estudo que envolveu pares de gémeos monozigóticos.

<sup>356</sup> Cfr., DORNER, G./ROHDE, W./KRELL, L., "Auslösung eines positiven Östrogen feedback Effekts bei homosexuellen Männern", in Endokrinologie, 1972/60, pág.297 e ss, um deficit hormonal nos primeiros tempos de gestação, poderia impedir a diferenciação sexual, podendo estar, conquanto de modo indirecto, na origem da homossexualidade. Fala-se, nestes casos de "homossexualidade congénita", para salientar a sua independência de quaisquer factores externos. Cfr., PERICO, G., "Problemi, ...", cit., pág.274.

<sup>357</sup> Cfr., ECK, M., "L'omosessualità", Torino, 1967, pág.94 e ss.; CALIERI, B./FRIGHI, L., "Aspetti psicologici e psichiatrici dell'omosessualità", in AA.VV., Aspetti patogenetici dell'omosessualità (Atti del convegno del centro Italiano di sessuologia, Roma, 11 - 12 Maio de 1963, pág.196 e ss.), vide, Sessuologia, Julho - Setembro de 1963, ao arrimo da psicanálise e da teoria da aprendizagem, colocando enfase numa educação excessivamente possessiva e dura da mãe, presença insignificante do pai, ou carência de autonomia da criança, condicionamento pela masturbação.

<sup>358</sup> O que se verifica, quando indivíduos, já fragilizados do ponto de vista psico - afectivo, são colocados em comunidades unisexuais, tais como casernas, prisões, ... cfr.GIVS, "Una messa, ...", cit., pág.105 e ss.; PERICO, G., "Problemi, ...", cit., pág.274.

<sup>359</sup> Cfr., NAIM, U., "L'omosessualità maschile", in Anuali Ravarini, 15 - 12 - 1972, pág.10 e ss.

diferentes modalidades; o treino masturbatório, ...<sup>360</sup>, ou acções de jaez preventivo, na fase mais determinante do desenvolvimento da "personalidade sexual", isto é, pré - edipiana<sup>361</sup>.

Vem isto por revelar que a homossexualidade é tão só um comportamento desviante do impulso erótico, enquanto que o problema do transexualismo é atinente ao género: aqui é a disfunção relativamente à identidade e ao papel sexual que releva; um "partner" do mesmo sexo cromossómico - morfológico - gonadal, pode efectivamente, vir a ser por si desejado, porém, é um factor secundário. O relacionamento sexual do transexual é perspectivado como relação entre um homem e uma mulher (do ponto de vista do sexo legal). Daí que, acaso se questione se o transexual é um homossexual, a resposta será positiva, na medida em que se considere a sua aparência morfológico - anatómica, antes da intervenção clínica, ou depois dela, se e quando se não reconhecer a mudança legal de sexo. Ao invés, a resposta será negativa, se se tomar em consideração a orientação sexual do indivíduo transexual.

---

<sup>360</sup> Cfr., OLIVARI, G., "Il fenomeno dei riflessi condizionati nel trattamento dell'omosessualità", in AA.VV., comportamenti sessuali devianti (Atti del congresso Internazionale de sessuologia), San - Remo, 5 - 8 de Abril de 1972, Torino, 1974, pág.151 e ss.; GONZAGA, J.G."L'ipnoterapia nel trattamento dell'omosessualità maschile e femminile", in AA.VV., comportamenti sessuali devianti, cit., pág.161 e ss.

<sup>361</sup> ECK, M., "L'omosessualità", cit., pág.251 e ss. Em geral, vide, PRINCE, C.V., "Homosexuality, transvestism and transexualism", in American Journal of Psychotherapy, 1957, pág.80 e ss.; PALMIERI, V.M., "omosessualità", in NDI, Torino, 1965, XI, pág.913; FREUND, K., "Male homosexuality: An analysis of the pattern", in Understanding Homosexuality: its biological and Psychological Bases, org. por J.A., LORAIN, Lancaster, 1974; MEYER - BAHLBURG, H.F.L., "Sex hormones and male homosexuality in comparative prespective", in Arch. Sex Behaviour, 1977/6, pág.297 e ss.; MONEY, J., "Sexual dimorphism and homosexual gender identity", in Psychol. Bull., 1970/74, pág.425 e ss.; D'AVACK, "omosessualità", in Enciclopedia del Diritto, Milano, 1980, vol.XXX, pág.93 e ss.; ORAISON, M., "La question homosexuelle", Seuil, Paris, 1975; MASSONE, A., "Omossessualità. Cause e terapia", Salcom, 1978;

Mais complexa se revela a disfunção entre o síndrome transexual e o travestismo. Com efeito, ainda nas décadas de cinquenta e sessenta se fundava a transexualidade e o travestismo em idêntica base psicológica, em termos de incerteza no protagonismo e papel do sexo anatómico e do gênero, observando-se que o travestismo constitui uma psicopatologia mais moderada<sup>362</sup>. Ou que o travestismo se configurava em diversos grupos clínicos, a saber: a) todos os indivíduos que desejam tão só envergar roupas do sexo oposto, conquanto não sintam qualquer desejo de sentir e viver talqualmente os indivíduos do outro sexo; b) um estalão intermédio entre travestismo e o transexualismo, aí onde se não bastam já com as roupas, antes pretendem uma qualquer experiência de mudança física de sexo - v.g., tratamento hormonal - sem, porém, reivindicarem a intervenção cirúrgica no aparato genital; c) o travestista - transexual de intensidade moderada, vivendo como indivíduo do sexo oposto, sempre que se lhe afigura possível; d) o transexual verdadeiro, de grande intensidade. Ou seja, para estas correntes, os travestistas poderiam ser todos transexuais, conquanto de vários estalões e intensidade<sup>363 364</sup>.

---

<sup>362</sup> HIRSCHFELD, M., "*Die transvestiten*", 2ª Ed., Leipzig, 1925 (a 1ª Ed. é de 1910); *ibidem*, "*Sexualpathologie: Sexuelle zwischenstufen*", Bonn, 1918; *ibidem*, "*Sexual Anomalies and Perversions*", London, 1936.

<sup>363</sup> Cfr., sobre isto, BENJAMIN, H., "*the transexual phenomenon*", *cit.*, pág.30 e ss.; *ibidem*, "*transvestism and transsexualism*", in *International Journal of Sexology*, 1953/7, pág.12 e ss.; *ibidem*, "*tranvestism an transexualism in the Male and Female*", in *Journal of Sex Research*, 1967/3, pág.107 - 127.

<sup>364</sup> O travestismo, individualizado em 1910, por HIRSCHFELD, e analisado quanto às suas possíveis causas genéticas (vide, entre outros, BARR, M.L./HOBBS, G.E., "*chromosomal sex in transvestites*", in *Lancet*, 1954, pág.1109 e ss.) também já nessa época colocava problemas de índole médico - legal e social. Cfr., BOWMAN, K.M., "*Medicolegal aspects of transvestism*", *American Journal of Psychiatry*, 1957, pág.583 e ss.; HORTON, C.B./CLARKE, E.K., "*Transvestism or eonism*", *ivi*, 1931, pág.1025 e ss.; RANDALL, J., "*transvestism and transsexualism*", in *British Medical Journal*, 1959, pág.1448 e ss.

Mais realistas esboçam-se, todavia as teses que entrevêm o travestista a considerear os próprios órgãos genitais como fonte de prazer, enquanto que o transexual os considera fonte de angústia e sofrimento<sup>365</sup>.

Ora, a transexualidade não é hoje, considerada uma doença, no seu sentido próprio, ou seja, psicopatia (sexual), que distorça ou perturbe a personalidade do indivíduo, ela emancipou-se, no DSM - III - das parafilias, isto é, daquele comportamento sexual, que destaca como foco de estimulação erótica um determinado aspecto ou fragmento comportamental e que se sobrevaloriza e constitui como único objecto erótico<sup>366</sup>. E é, justamente, no quadro do comportamento sexual parafílico que se vai surpreender o travestismo. Daí que, ele tanto se pode revelar em personalidades normais, do ponto de vista psicopatológico, como pode ser acompanhado de graves alterações psico - patológicas e comportamento anti - social, ainda que os travestistas possam, em determinada época da sua vida, por virtude de vários factores, (v.g., pessoais, sócio - ambientais, profissionais), reivindicar uma mudança cirúrgica de sexo ou intervenção hormonal. De resto, o travesti apresenta um comportamento feiticista em relação ao vestuário, pese embora, se identifique perfeitamente com o seu sexo e tenha, regra geral, uma actividade heterossexual, além de que, mesmo quando se vestem de mulher, a sua aparência não é completamente feminina como a do transexual mulher - homem.

Vale isto, afinal, por concluir que, o travesti, para além de não sentir qualquer aversão ao seu próprio sexo anatómico, encontra frequentemente, na atitude feiticista em relação ao vestuário, o veículo para a satisfação da sua libido. Já o transexualismo constitui uma disfunção do comportamento sexual, centrada na crença que os

---

<sup>365</sup> Note-se que BENJAMIN ("the transsexual phenomenon", cit., pág.28, 30 - 35) já intui distinção em "sentido sexual" - para o transexualismo - e busca de "partner sexuais", no travestismo.

<sup>366</sup> Claramente, ao arrimo desta distinção, cfr., GOMES, F.A., "Os problemas sexuais", cit., pág.200. O que não significa que o portador de uma parafilia, não possa apresentar uma actividade sexual normal, ainda que aí encontre menor gratificação. O mesmo se diga do indivíduo normal que pode revelar comportamento sexual parafílico, enquanto "propulsor erótico".

caracteres sexuais externos não são os que correspondem à personalidade do indivíduo, pelo que a sua conduta se orienta, seja no sentido da mudança dos seus órgãos sexuais externos ainda que biologicamente saiba que é um homem (ou mulher e vice - versa), através de intervenção cirúrgica, seja no sentido de ocultar completamente o seu sexo aparente (morfológico - gonadal - genital - legal, por que de indivíduos sem ambiguidades sexuais gonadais - genitais se trata), através do vestuário e dos comportamentos do outro sexo. Por conseguinte, o travestismo é, no sentido que se deixou, exposto, uma parafilia, na qual se experimenta o prazer sexual, através do vestuário do outro sexo, sem que, simultaneamente, o indivíduo possua a firme intenção de adoptar uma identidade e "gender role" do outro sexo<sup>367</sup>. Serve para isto para significar, para nós uma definição médica restritiva de transexualidade, expurgada de quaisquer componentes feiticistas - travestistas, elementos de homossexualidade, ou doutra banda, de ambiguidades morfológico - gonadais genitais, para efeitos do ponto de partida da justiciabilidade daqueles "estados puros" de hipóteses de problemas de "Identidade do género", em termos de reconhecimento jurídico da mudança de sexo (acaso mudança haja), operada por variegados processos médicos.

Acresce que, também se não devem assimilar ao transexualismo as práticas de "cross - dressing", travestistas associados a parafilias como sadismo<sup>368</sup>, o masoquismo<sup>369</sup>, o narcisismo<sup>370</sup>, pois que, nesta

---

<sup>367</sup> Sobre isto, cfr., entre outros, BONTLER, P.M./PRINCE, C., "Psychiatric symptomatology in transvesties", III, in Journal of Abnormal Psychology, 1969, pág.140 e ss.; NEUMAN, L.E./STOLLER, R.J., "Nontranssexual men who seek sex reassignment", in, American Journal of Psychiatry, 1974/131, pág.437 e ss.; BANCROFT, J., "The relationship between gender identity and sexual behaviour. Some clinical aspects", in Gender differences: their ontogeny and significance, org. por C. OUNSTED e C.D. TAYLOR, 1972; MEYER, J.K., "clinical variants among applicants for sex reassignment", in Arch. Sex Behaviour, 1974/3, pág.527 e ss.; STEINER, B.W./SANDERS, R.M./MUIR, E.F., "Flight into femininity: the male menopause?", in Canadien Psychiatry Association Journal, 1978/23, pág.405 - 410; CHALKEY, A.J./POWELL, G.E., "The clinical description of forty - eight cases of sexual fetishism", in British Journal of Psychiatry, 1983, pág.292 e ss.

sede, estaremos, regra geral perante comportamentos psicótico - patológicos.

Estamos, destarte, já aptos a efectuar um diagnóstico diferencial das hipóteses de transexualidade - recortando também os casos que nestes termos merecerão tratamento jurídico - em relação à(ao):

a) homossexualidade, pois que, desde logo, o homossexual se encontra bem instalado na "*Identidade do Género*", mesmo nos casos de homossexualidade efeminada;

b) intersexualidade física, porquanto, aqui, o sexo, prespectivado dinamicamente, é ambíguo, ou seja, com características anatômico - endócrinas (hormonais) indefinidas, nem em sentido masculino, nem em sentido feminino, nos termos de algumas hipóteses, que supra se recensearam;

c) identidade sexual atípica, para significar aqueles indivíduos com problemas de "*Identidade do género*", que durante períodos intermitentes de "*stress*" desejam pertencer ao outro sexo e, logo, libertarem-se do aparato genital; o que se explica, pois que o diagnóstico da transexualidade só se efectiva, quando a alteração persista por mais de dois anos<sup>371</sup>;

---

<sup>368</sup> Onde a excitação sexual se conecta com práticas de humilhação, violação e tortura sexuais.

<sup>369</sup> No qual a libido está ligada a uma experiência passiva de subjugação física ou emocional, humilhação.

<sup>370</sup> Enquanto admiração erótica por si próprio sentida quanto ao vestuário do outro sexo, que recorrentemente se utiliza, qual "*autónomo sexualismo*" (assim, LANGEVIN, R., "*The meaning of cross - dressing*", in *Gender Dysphoria*, cit., pág.207 e ss, maxime 218).

<sup>371</sup> Cfr., STEINER, B.W., "*The management of Patients with gender disorders*", in *Gender Dysphoria*, cit., pág.325 e ss.; WALKER, P.A./BERGER, J.C./LAUB, D.R./REYNOLDS, C.L./WOLLMAN, L., "*Standards of care. The hormonal and Surgical Sex reassignment of Gender Dysphoric Persons*". The JANus Facility, 1979.



d) travestismo, independentemente das modalidades em que se revê (pseudo - travestismo, travestismo feticismo, travestismo verdadeiro)<sup>372</sup>.

---

<sup>372</sup> Seguimos aqui a gradação psico - comportamental BENJAMIN (*"The transsexual phenomenon"*, cit.) à qual haveria de acrescer a *"transexualidade verdadeira de pequena intensidade"*, a *"transexualidade verdadeira de intensidade moderada"* e a *"transexualidade verdadeira de grande intensidade"*. Na medida em que não consideramos um *"continuum"* no quadro destas diversas disfunções do comportamento sexual, privilegiamos um diagnóstico diferencial da transexualidade bastante assaz restrito, posto que, julgamos ser o único cientificamente viável, atentos os avanços do conhecimento científico, idóneo a propiciar um enquadramento mais denso.

**A Gestão**      **CAPÍTULO 3**  
**Clínica da transexualidade**

## CAPÍTULO 3 - A Gestão Clínica da transexualidade

16. Perspectivas de uma terapia integrada. O "transexualismo verdadeiro". 17. A terapia hormonal - cirúrgica. A inserção sócio-profissional

### 16. Perspectivas de uma terapia integrada. O "transexualismo verdadeiro"

Por que de uma doença, vale dizer, distúrbio psicopatológico se não trata, preferimos afirmar que se não pretende "*curar*" o transexual, outrossim, nos quedamos perante uma "*obrigação de intervenção*", conquanto assimilada, em termos jurídicos, a uma "*finalidade terapêutica*", qual gestão, nos termos do "*instrumentarium*" técnico-científico disponível, o problema da Identidade do Género.

A "*gestão*" clínica da transexualidade é complexa, posto que, a partir do momento que se efectue um diagnóstico diferencial rigoroso e se identifique um "*transexual stricto sensu*", tão só haverá que "*obedecer*", pelo menos em sede médico-deontológica, à vontade do transexual<sup>368</sup> - A.

A primeira mudança de sexo, num provável caso de transexualismo parece ter ocorrido nos anos 20, com o pintor dinamarquês que, após a realização de várias (obscuras) intervenções cirúrgicas alterou os seus órgãos genitais<sup>373</sup>. Desde então, mormente, a

---

368 - A Cfr., WALKER, P.A./BERGER, J.C./GREEN, R. et alii, "*Standards of care. The Hormonal and surgical, ...*", cit.

373 Caso este analisado numa primeira abordagem "*quase científica*" por HOYER'S.N. ("*Man into woman. An authentic Record of a change of sex*", New York, 1933, apud BENJAMIN, H., "*Introduction*", in *transexualism and Sex Reassignment*, cit., pág.1, ainda antes de CAULDWELL ("*Psychopatia transexualis*", *Sexology*, 1949, pág.274 e ss.), em 1949, ter atribuído o "*nomen*" - "*transexualis*" - por que são hoje conhecidos os Problemas da Identidade do Género. Todavia, o mais relevante marco, na história médica do transexualismo ocorreu em 1952, quando da mudança de sexo de "*Christine Jorgensen*", atento o "*milieu*" jornalístico - panfletário que originou

partir do início da década de cinquenta, assistiu-se a uma proliferação de intervenções cirúrgicas de mudança de sexo que, curamos, talvez se justificasse tão só num restrito espectro de casos. Não é, de resto, despidiendo, que estatísticas norte - americanas apontem para a frequência dos suicídios, ocorrida em transexuais, submetidos a intervenção cirúrgica de mudança dos caracteres sexuais fenotípicos. Por isso que, KLOTZ<sup>374</sup> atribui tal circunstancialismo a uma defeituosa selecção dos casos, ao laxismo no diagnóstico diferencial e à subordinação acriteriosa da intervenção clínica à vontade dos indivíduos, que reivindicam a mudança de sexo.

Importa, pois, recensear uma série de garantias, como segue:

a) Distinguir, aquilo que designamos por transexualismo "*stricto sensu*", que é anterior e antecede a intervenção hormonal das outras hipóteses, mais abertas, de indivíduos com "*Identidade do Género*" ambígua ou incerta, originariamente, em regra estabelecidos no seu "*género*", mas que descrevem-se em tal estado após terem sido "*tratados*" hormonalmente, por força da imprudência do médico, do próprio indivíduo, ou para fins de "*exploração comercial - artística*" do mesmo.

Como destaca BONNET<sup>375</sup> existe um transexualismo falso ou "*pseudo - transexualismo*", que necessita ser desmascarado. Existem travestis (travestis - feticistas, ...) e homossexuais declarados, que o autor denomina "*de carreira*", posto recorrerem com frequência ao estereotipo "*me siento mujer y deseo transformarme en mujer*"<sup>376</sup>, aí onde se não trata de uma "*vivência compulsiva*" - por força de um distinto problema de "*Identidade do género*" - antes um pretexto para

---

cfr., HAMBURGER, C., "*Desire for change sex as shown by personal letters from 465 men and women*", in *Acta Endocrinologia*, 1953, pág.361 - 375).

<sup>374</sup> KLOTZ, H.P., "*Etat actuel, ...*", cit., pág.27

<sup>375</sup> cfr., BONNET, E.F.P., "*Psicopatologia y Psiquiatria Forenses*", tomo II, Buenos Aires, 1984, pág.1799.

<sup>376</sup> cfr., BONNET, "*Psicopatologia, ...*", cit..

conseguir uma mudança cirúrgica de sexo e conseqüentemente, peticionar a mudança legal. Ademais, existem homossexuais ego - distónicos<sup>377</sup> que, negando a sua disfunção - enfermidade comportamental sexual, alimentam o desejo de mudar de sexo para serem "*verdadeiras mulheres*"<sup>378</sup>. De resto, importa, igualmente efectuar um diagnóstico diferencial com a "*homossexualidade efeminada*" e "*homossexualidade masculinizada*", que por vezes se confunde com o travestismo, além de que se devem descartar os casos de indivíduos "*psicóticos*", os quais através de mecanismos delirantes, podem ter a convicção de pertencerem ao sexo oposto. Significa o exposto que, se as distinções teóricas são claras, podem na prática revelarem-se de difícil aplicação, quando se trata de esgrimir um diagnóstico médico do (verdadeiro) transexualismo.

Tão pouco se deve esquecer que um tratamento com hormonas do sexo oposto, não só modifica a aparência externa genital do indivíduo, mas também se repercute na sua vivência psíquica. Como informa BRICAIRE<sup>379</sup>, o acto mais reclamado e praticado pelos transexuais é a "*terapia*" endócrina. O seu escopo é, de resto, aproximar, o mais possível o indivíduo do sexo desejado, qual repúdio do sexo morfológico e das concomitantes menções do assento de nascimento, a revelar, já vimos, noutro lugar, a autonomização da sexualidade dos dados morfológico - corpóreos que, tradicionalmente modulam os factos, concernentes ao registo do estado civil das pessoas.

Porém, este dúplice escopo da via hormonal, vale dizer, da eficácia de tal finalidade terapêutica, ao mesmo tempo construtiva e destrutiva, deve atingir-se com um único medicamento - composto por progesterona ou testosterona, conforme os casos - e tão só deve ser

---

<sup>377</sup> Ou seja, quando o indivíduo não aceita o seu comportamento homossexual, ou se mostra profundamente perturbado por ele. Aqui, já a homossexual é considerada uma doença; cfr; GOMES, F.A., "*os problemas sexuais, ...*", cit., pág.192.

<sup>378</sup> BONNET, "*Psicopatologia, ...*", cit., pág.1799 - 1800.

<sup>379</sup> BRICAIRE, "*Le traitement endocrinien des transsexualisme*", in *Le transsexualisme*, cit., vol. I, pág.73.

praticada por médicos<sup>380</sup>. Esta intervenção hormonal, há-de, por outro lado, pressupor uma avaliação global do indivíduo, nos aspectos psicológico, psiquiátrico, social e ambiental, sendo, no fundo aquilo que se designa por "*terapia de reabilitação*", a incluir também, o tratamento cosmético, a intervenção cirúrgica e a mudança legal de sexo. O que, desde logo, importa a existência de uma equipa multidisciplinar (endocrinologista, urologista, ginecologista, psiquiatra, psicólogo, assistente social e consultor jurídico). Daí que, se devam tomar todas as precauções a ponto de:

b) não se dever realizar um diagnóstico diferencial, ou tão pouco, uma qualquer intervenção, antes da maturidade da personalidade do indivíduo, ou seja, logo após a puberdade, a não ser que se detectem sinais similares de transexualidade ou pseudo - transexualidade em crianças<sup>381</sup>, aí onde se tentará intervir na orientação psicológica

---

<sup>380</sup> No quadro da medicina académica. cfr., art.150º do CP 82, onde se fala, "*segundo o estado dos conhecimentos e da experiencia da medicina*", o que parece revelar a distinção qualitativa entre a medicina académica e outros sistemas periféricos de terapia, a ponto de o legislador ter decretado, para já, um regime jurídico - penal privilegiado a favor dos tratamentos "*santificados*" pela medicina académica tradicional.

<sup>381</sup> Só que, estes casos parecem dever assimilar-se a disfunções psicopatológicas, que bastas vezes não revelam sinais claros de problemas de identidade do género. Todavia, o DSM - III, condenssa um "*diagnostic Criteria for Identity Disorder of childhood*" (table 2), com as "*core characteristics of childhood cross - Gender Identification*" (v.g., brinquedos preferidos, participação em actividades desportivas, maneirismos corporais, vestuário, declarações de identidade, ...). O facto é que, ainda hoje são escassas as justificações empíricas, que possam operar a distinção entre "*Identidade do Género*" e papel sexual ambiental, com base em meras observações comportamentais, na Infância. Cita-se, a propósito o caso de crianças do sexo masculino que, embora revelem maneirismos comportamentais femininos, preferam brincar com raparigas, não gostem de praticar desporto, e nunca tenham revelado desejos de mudar de sexo. cfr., ZUCKER, K.J./FINEGAN, J.K./DOERING, R.W./BRADLEN, S.J., "*two subgroups of gender - problem children*", in Archives of Sexual Behaviour, 1984, pág.27 e ss.; ZUCKER, K.J., "*Childhood gender Disturbance. Diagnostic Issues*", in Journal of the American Academy of child Psychiatry, 1982, pág.274 e ss.

estabilizante da criança, em termos de v.g., "family therapy"<sup>382</sup>, ou em geral uma terapia comportamental, que intente fazer cessar, na criança os comportamentos "desviantes" do outro sexo e psicoterapias específicas<sup>383</sup>, por forma a fazer abortar manifestações de Identidade do género, após a adolescência;

c) o diagnóstico diferencial não se deve bastar a uma única consulta, outrossim, deverá ser progressivo a ponto de só consolidar, após o primeiro ou o segundo ano de observação e sempre depois de um consciencioso estudo interdisciplinar<sup>384</sup>;

---

<sup>382</sup> Assim, ZUCKER, K.J., "Cross - Gender - Identified Children", in Gender Dysphoria, cit., pág.75 e ss., máxime, 158 e ss.

<sup>383</sup> cfr., em geral, GREEN, R./NewMAN, L.E./STOLLER, R.J., "treatment of boyhood"transsexualism". An interim report of four year's experience", in Archives Gen. Psychiatry, 1972, pág.213, e ss. GILPIN, D.C./RAZA, S./GILPIN, D., "transsexual symptoms in a male child treated by a female therapist", in American Journal of Psychotherapy, 1974, pág.433 e ss.; REKERS, G.A., "Play therapy with cross - gender identified children", in Handbook of Play therapy, cit., pág.20 e ss.; REKERS, G.A./MEAD, S., "Early intervention for female sexual identity disturbance: Self monitoring of play behaviour", in Journal of Abnormal Child Psychology, 1972, pág.405 e ss.; BRADLEY, S.T., "Gender Disorders in childhood:A formulation", in Gender Dysphoria, cit., pág.179 e ss.; e ainda os clássicos GREEN, R., "childhood cross - Gender Identification", in transsexualism and Sex Reassignment, cit., pág.23 e ss.; MONEY, J./HAMPSON, J.G./HAMPSON, J.L., "Imprinting and the establishment of Gender Role", in Archives of Neurology and Psychiatry, 1957, pág.333 - 336, que já tinham assimilado todo o background das preferências comportamentais masculinas, em, v.g., RABAN M., "Sex - Role identification in young children in two diverse social groups!", in Genetic Psychological Monographs, 1950, pág.81 e ss. e KOCH, H.L., "A study of some factors conditioning the social Distance between sexes", in Journal of Social Psychology, 1944, pág.97 - 107; CHILAND, C., "Enfance et transsexualisme", cit., pág.317 e ss.

<sup>384</sup> KLOTZ, "Etat actuel, ...", cit., pág.27.; STEINER, B.W., "the management of Patients with Gender Disorders", in Gender Dysphoria, cit.pág.325 e ss.; o que também deve obedecer aos critérios plasmados no "DSM - III" ("Diagnostic criteria for transsexualism"), posto este exige um período mínimo, não intermitente, de dois anos que, porém, se não há-de limitar a períodos de "stress".

d) torna-se ingente comprovar a sólida convicção do transexual, a verdade dos seus relatos e vivências, para o que se indicam entrevistas com a família e os colegas de trabalho, por forma a poder construir-se uma espécie de biografia pessoal;

e) importa, finalmente, submeter o indivíduo a uma mudança de hábitos de trabalho e de domicílio, na medida em que se pretenda aferir o equilíbrio e adaptação a um novo sexo social, pressuposta a prévia intervenção hormonal<sup>385</sup>.

Após uma dilação de, pelo menos, 2 anos, onde o indivíduo viveu e se relacionou, como se um membro do sexo oposto se tratasse, o último estalão - a intervenção cirúrgica - aguardará eventual realização.

No transexualismo masculino visa-se a eliminação dos caracteres genitais típicos: testículos, pénis, pilosidade, tom de voz; e, doutra sorte, a obtenção de caracteres fenotípicos femininos: seios, neo - vagina e, por vezes, fluxos sanguíneos, a desempenhar o papel de ciclos menstruais. Os resultados obtidos só com a aplicação de estrogéneos revelaram-se medianamente satisfatórios, além de que a sua acção sobre a libido é de difícil apreciação.

Face a apreciações demasiado optimistas de alguns<sup>386</sup>, mais cautelosos de outros<sup>387</sup>, KLOTZ conclui, no que ao prazer físico diz respeito, que é o próprio transexual que o deve induzir.

---

<sup>385</sup> Entre nós, GOMES, F.A./RUAS, A./CARVALHEIRA, M./PEREIRA, S., (apud, GOMES; F.A., "*Os problemas sexuais, ...*", cit., pág.199 - 200) exigem: a) se estabeleça um diagnóstico correcto, para o descarte de falsos pedidos; b) a existência de estabilidade psicológica do indivíduo; c) a maioridade e o consentimento do indivíduo, ou nç caso de ser menor, o consentimento dos pais; d) se estabeleça uma margem de segurança entre o reversível e o irreversível, em termos de "*teste da vida real*"; e) o apoio psicológico ao indivíduo, no decurso do "*processo de transformação*", sem esquecer o aconselhamento jurídico; f) acompanhamento da família, para o efeito de se modificar eventuais "*atitudes negativas*".



Acresce que, tanto nos indivíduos operados, como nos que foram submetidos a intervenção hormonal, é necessário manter um equilíbrio dos lípidos e da glucose. Nos indivíduos cariotipicamente masculinos, a administração de estrogéneos provoca redistribuição da gordura ao redor do pescoço e dos ombros; o aumento do volume dos seios; o decréscimo da excitação sexual peniana; o aumento do risco de problemas cardíacos (principalmente se tiverem uma história clínica familiar de diabetes); possibilidades, ainda que remotas de surgimentos de carcinomas nos seios, principalmente se a administração de estrogénios se prolonga por vários anos. No entanto, a maioria dos indivíduos parece expressar especial contentamento e bem - estar, após a tomada de consciência da mudança operada no seu aspecto físico<sup>388</sup>.

No que à administração de testosterona concerne, no transexualismo feminino, observa-se o aumento do volume do clitóris, a mudança no tom de voz, a supressão do funcionamento dos ovários e, logo, da menstruação, o encolhimento do tecido mamário, além de outros efeitos secundários (v.g., surgimento ocasional de acne, aumento de peso, crescimento ósseo, ...) <sup>389</sup>.

---

<sup>386</sup> Assim, BIBER, "afirma que, entre os 130 homens, que f: notipicamente convertem em mulheres, 95% conseguem alcançar o orgasmo e, 26% se casaram", apud VEILON, R., "Que sait - on du transsexualisme?", cit., pág.301.

<sup>387</sup> Cfr., as reservas evidenciadas pelo psiquiatra P.S. FINK, enquanto A. ZITRIN observou seis casos de suicídio; apud VEYLON, R., ob. cit., pág.27.

<sup>388</sup> cfr., SORENSEN, T., "A follow - up study of operated transsexuals females", *ivi*, pág.81/64, pág.50 - 64; FISK, N.M., "Fine spectacular results", in *Archives of Sexual Behaviour*, 1978/7, pág.327 e ss.; HAMBURGER, C., "Endocrin treatment of male and female transsexualism", in *transsexualism and Sex reassignment*, cit., 291 e ss; STEINER, B.W., "the management of Patients with gender Disorders", cit., pág.334.

<sup>389</sup> cfr., HAMBURGER, C., "Endocrin treatment, ...", cit., pág.296, 298, 302 - 303; VOGT, J.H., "Fine cases of transsexualism in Females", in *Acta Psychiatrica Scandinavica*.

## 17. A terapia hormonal - cirúrgica.

### A inserção sócio - profissional

Após este período hormonal, que deve durar, pelo menos, entre 1 a 2 anos, importa considerar a fase da intervenção cirúrgica.

todavia é mister curar do estabelecimento de critérios, dos quais depende a selecção dos indivíduos a operar; com efeito, a este propósito, tem-se exigido que o sujeito: a) apresente um claro diagnóstico de transexualidade, nos termos atrás expostos; b) tenha vivido relacionalmente, de acordo o sexo reivindicado pela "*Identidade do Género*", durante período razoável, pressupondo que lhe já tenha sido ministrado tratamento hormonal; c) revele mediano enquadramento sócio - profissional; d) não padeça de qualquer doença do foro psíco - patológico ou comportamento psicótico; e) seja fisicamente saudável<sup>390</sup>.

Neste termos, a remoção do aparato genital externo, nos transexuais masculinos, consiste, em regra, na estirpação dos tecidos interiores do pénis, testículos e parte da parede do escroto; após o que se modula uma espécie de tunel entre a uretra e o recto e, com a pele - fina e sensível - do pénis, constroi-se uma neo - vagiana, destarte, bastante sensível, pois que, se não removem todas as ramificações dos nervos do pénis agora transformado em parede vaginal. Por outro lado, a pele do escroto serve para "*construir*" os lábios e a vulva. Já o clitóris se pode formar a partir da raiz dos corpos cavernosos do pénis. De resto, a uretra há-de deslocar-se por forma a ocupar posição semelhante à da mulher. A neo - vagina deve passar por processos de dilatação periódica, com instrumentos especiais, durante 4 a 6 meses, para evitar que a zona infecte ou se retraia<sup>391</sup>. Posteriormente,

---

<sup>390</sup> Também se adverte contra o alcoolismo crónico, o consumo habitual de estupefacientes, coeficientes de inteligência baixos, esquizofrenias e psicoses crónico - afectivas. Assim, HOENIG, J./KENNA, J.C./YOUD, A., "*Surgical treatment for transsexualism*", in *Acta Psychiatrica Scandinavica*, 1971/47, pág.106 e ss.; RANDELL, J., "*Indications for sex reassignment surgery*", in *Archives of Sexual Behaviour*, 1971/1, pág.153 e ss.

importará realizar um outro tipo de intervenção, que propiciará caracteres genitais secundários do fenótipo feminino, tais sejam, implantação de silicone nos seios, cirurgia plástica do nariz e orelhas, ...

Sem que se olvide que, a cirurgia ou a intervenção hormonal não representam tratamentos, no sentido em que afectem o síndroma, enquanto tal. Quer-se significar que as medidas terapêuticas propiciam um melhor ajustamento do transexual na vida de relação, além de lhe fornecerem equilíbrio e tranquilidade afectiva e sexual<sup>392</sup>. É claro que os procedimentos cirúrgicos, na transexualidade masculina, comportam distintos estádios, tais os que suncintamente se indicam: a) um período pré - operatório; b) um período imediato pós - operatório, que se caracteriza pela sensação do "*fantasma do pénis*", irritante, ainda que indolor, talqualmente ocorre nos comuns casos de amputação. Desde logo o transexual revela ansiedade, atento o resultado e a expectativa

---

391 Neste segmento a bibliografia é inabarcável. Cfr., entre outros, MARKLAND, C., "*transsexual surgery*", in *Obstetrics and Gynecology Annual*, ed. por R.M., WYNN, New York, 1979; NOE, J.M./SATO, R./COLEMAN, C./LAUB, D.R., "*Construction of male genitalia: the Stanford experience*", in *Archives of sexual Behaviour*, 1978/7, pág.387 e ss.; VAN PUTTEN, T./FAWZY, F.I., "*Sex conversion surgery in a man with sever gender dysphoria. A tragic outcome*", *ivi*, 1976/33, pág.751 e ss.; WALKER, P.A./BERGER, J.C. et alü, "*standards of care. the hormonal and surgical, ...*", cit.; HOENIG, J./KENNA, J./YOUUD, A., "*Surgical treatment for transsexualism*", in *Acta Psychiatrica Escandinavica*, 1971/47, pág.106 e ss.; LOTHSTEIN, L.M., "*Sex reassignment surgery: Historical, bioethical, and theretical issues*", in *American Journal of Psychiatry*, 1982, pág.417 e ss.; BRETON, J., "*conditions du traitement medico - chirurgical des transsexuels*", in *Le transsexualisme*, cit., vol.II, pág.47; TURNER, V.G/JEDLICH, R.F/EDGERTON, M.T., "*Male transsexualism. A review of genital surgical reconstructuon*", in *American Journal of obstetrics and Ginecology*, 1978/132, pág.119 a 133; SCATAFASSI, S., "*La chirurgia plastica dei genitali*", torino, 1972; EICHE, W./BORRUTO, F., "*Itranssexualismi*", cortina, Verona, 1983. HOWARD, W./JONES, J.R., "*Operative treatment of the male transsexual*", in *transsexualism and Sex Reassignment*, cit., pág.313 e ss.

392 Neste sentido, HOENIG, J./KENNA, J.A./YOUUD, A., "*Surgical treatment, ...*", cit., pág.119, visto que "*surgery will only help in the framework of the rehabilitation measures, and the whole will only succed if circumstances are not too loaded against the patient*" (*ibidem*, pág.119), onde se topa igualmente, a exigência de uma conglobante "*terapia de reabilitação*".

anterior, que irá decrescendo até, sensivelmente ao décimo dia posterior à cirurgia; c) após o decurso de 15 - 16 dias o seu interesse pelos resultados imediatos parece esvanecer-se, dando lugar a um outro tipo de preocupações, atinentes aos seus futuros problemas sexuais, familiares, ...; d) um período, regra geral, de normal felicidade, iniciando-se as relações sexuais com indivíduos do sexo masculino.

Segundo estalões classificatórios de PAULY<sup>393</sup>, a efeminação por procedimentos endócrinos e cirúrgicos, revelou uma readaptação satisfatória em 67,8% dos casos, tendo-se verificado 25,6% e 6,6% de resultados incertos ou insatisfatórios respectivamente. Em LUNDSTRÖM<sup>394</sup>, conquanto utilize uma categorização um pouco diversa, 87,8%, dos 368 casos de transexualismo masculino que observou desde 1961, evidenciaram resultados satisfatórios e, 10,2% "insuficientes"<sup>395</sup>. Ou seja, os "critérios médicos" apontam, pelo menos, para uma "pacificação" da vida psíquica e identidade sexual do transexual, pouco provando quanto à estabilidade psico - social pós - operatória, o que poderá relacionar-se com um diagnóstico diferencial ainda pouco exigente, para efeitos de sotoposição a intervenção

---

393 PAULY, I., "current status of the change of sex operation", in Journal of Nervous and Mental Disease, 1968/47, pág.460 e ss., que distingue: a) resultados satisfatórios, com a verificação de uma boa adaptação emocional e social, além da indicação, pelo próprio transexual, do exito dos procedimentos; b) resultados incertos, que evidenciam insuficiência ou contradição nos resultados, sendo ainda necessários ulteriores procedimentos; c) resultados insatisfatórios, quando a realidade pós - cirúrgica revela uma situação existencial - afectiva pior que a anterior, ou o transexual relata que, acaso pudesse prever os resultados, não os teria querido efectivar.

394 LUNDSTRÖM, B., "Gender Dysphoria. A social - psychiatric follow - up study of 31 cases not accepted for sex reassignment", cit.

395 Sendo que destes, 8,7% são "pobres" e em 1,6% das hipóteses, os indivíduos lamentaram a realização da intervenção cirúrgica. Cfr. também os resultados de WALINDER, J./THUWE, I., "A Social - Psychiatric Follow - up study of 24 Sex - Reassigned transsexuals", A Kademiförlaget, Götetorg, Sweden, Scandinavian University books, 1975; SØRENSEN, T., "A follow - up study of operated transsexual males", cit., pág.490 e ss.

cirúrgica<sup>396</sup>, além da exigência de um acompanhamento psico - social ulterior, pelo menos, enquanto se não realizarem estudos empíricos, onde o despiste seja eficaz.

Por outro lado, na transexualidade feminina a intervenção cirúrgica, processa-se através da estirpação do útero, ovários, e seios. Posteriormente pode criar-se um pénis (faloplastia) utilizando tecidos existentes na parte superior do púbis. Porém, este tipo de intervenção parece colocar um grande número de problemas técnicos, sobretudo, se se intenta efectivar a micção pela extremidade criada e bem assim, a erecção, sendo, neste caso, necessário implantar um sistema hidraulico, ou uma prótese semi - rígida<sup>397</sup>, ao que não são alheios os piores resultados pós - cirúrgicos, neste tipo de transexualidade.

---

<sup>396</sup> Implicitamente neste sentido, MEYER, J.K./RETER, D.J., "Sex reassignment: Followb - up", cit., pág.1014 - 1015, posto que, deste modo, a intervenção cirúrgica pouco efeito terá na reabilitação psico - social - económica, a chamar já à colação o problema da ulterior necessidade de reconhecer juridicamente a mudança (por força de meios hormonais - cirúrgicos) de sexo efectivamente conseguida.

<sup>397</sup> As técnicas cirúrgicas, aplicadas, pelo menos, desde os anos trinta, apresentam um quadro multiforme; cfr., por exemplo, BOGORAS, N., "Über die volle Plastische Wiederherstellung eines zum Koitus Fashigen Penis (Peniplastia totalis)", in Zentralblatt für chirurgie, 1963, pág.1271 e ss.; FRUMKIN, A.P., "Reconstruction of the male genitalia", in Annual Review Soviet Medicine, 1944/2, pág.214; CHAPPELL, B.S., "Utilization of Scrotum in Reconstruction of Penis", in Journal of Urology, 1953, pág.703 e ss.; DOUGLAS, B., "one - stage reconstruction for traumatic Denudation of the male External Genitalia", in Annuals of Surgery, 1951, pág.889 - 897; FARINA, R./FRIER, E.G., "Total Reconstruction of the Penis", in Plastic and Reconstructive Surgery, 1954, pág.351 e ss.; GELD, J./MALAMENT, M./LOVERME, S., "total reconstruction of Penis", in Plastic and Reconstructive Surgery, 1959, pág.62 - 73; TOKHIAN, A.D., "Plastic Repair of the Penis and Urethra in cases of congenital Underdevelopment and Traumatic Injuries", Transactions of the International Society of Plastic Surgeons, Second Congress, London, 1959, pág.375 e ss.; NOE, J.M./SATO, R./COLEMAN, C./LAUB, D.R., "construction of male genitalia: the Stanford experience", cit., pág.300 e ss.; STEINER, B.N., "the management of Patients, ...", cit., pág.337 - 338.

De todo o modo, também entendemos com **KLOTZ**<sup>398</sup>, que o transexual, que se tenha submetido a intervenção e cirúrgica, não é um transexual propriamente dito, outrossim, um "*transexualizado*", que tenderá a esquecer as suas "*origens biológicas*" e bem assim a própria intervenção cirúrgica, em termos de viver de forma estabilizada no seu "*sexo actual*".

No que respeita à sua inserção no plano sócio - profissional, a carência de dados estatísticos é manifesta. Em França, **PHILBERT**<sup>399</sup> desenvolveu a propósito um questionário, conquanto pouco eficaz, atentos os poucos indivíduos entrevistados e a falta de uma prévia escolha criteriosa. No entanto, observou-se um predomínio de ocupação profissional, no quadro do sector terciário; além de que 97% dos transexuais masculinos e 83% dos femininos, conseguiram (re)ingressar no mercado de trabalho, sendo que, as profissões vão desde a função pública (docência), passando pelas profissões liberais, artísticas, indústria e agricultura. Nas profissões do sector industrial e comercial, encontra-se maior percentagem de transexuais masculinos, enquanto que, no sector público(ensino) predominam os transexuais femininos. De resto, mais de metade relatou conflitos familiares e cerca de 50% encontraram dificuldades na formação profissional, além de se citarem ainda alguns conflitos com companheiros de trabalho. Doutra sorte, nos E.U.A., desenvolveram-se dois inquéritos, por **BLANCHARD**<sup>400</sup>, num mais amplo quadro de "*terapia de reabilitação*", para efeitos de vida de inserção afectiva, sócio - económica e profissional pós - cirúrgica. Quanto a estes últimos aspectos, concluiu-se que a mudança de sexo não melhorou a situação económica dos "*transexualizados*", maxime, no transexualismo masculino. Nestes casos, atestou-se que a mudança de sexo se associou à dependência, regra geral, de subsídios da segurança social, enquanto que, <sup>no</sup> transexualismo feminino, a posse de

---

398 **KLOTZ**, "*L'état actuel. ...*", cit., pág.31.

399 **PHILBERT, M.**, "*Transsexualisme et insertion socio - professionnelle*", in *Le transsexualisme*, cit., vol.II, pág.77 - 90.

400 **BLANCHARD, R.**, "*Gender Dysphoria and gender reorientation*", cit., pág.370 e ss.

documentos (v.g., bilhete de identidade, cédula pessoal, boletim de contribuinte, carteiras profissionais) onde se rectificou a menção do nome e sexo femininos, importou a ocupação em actividades a "full - time" e bem assim a acréscimos no rendimento semanal<sup>401</sup>.

---

401 BLANCHARD, R., *ibidem*, cit., pág.380 - 382; vide, também, HASTINGS, D./MARKLAND, C., "Post - Surgical adjustment of twenty - five transsexuals (male - to - female) in the University of Minnesota study", in *Archives of Sexual Behaviour*, 1978/7, pág.327 e ss., maxime, 334 - 336; DUSHOFF, I.M., "Economic, psychologic and social rehabilitation of male and female transsexuals prior to surgery", in *Proc. of the Second Interdisciplinary Symposium on Gender Dysphoria Syndrome*, Palo Alto, Stanford University Press, org. por D.R.LAUB e P.GANDY, 1973.

**PARTE III**  
**O Problema Normativo**



## **Capítulo 1**

# **A Experiência Histórico - Antropológica**

## Capítulo 1 - A Experiência Histórico - Antropológica

18. O universo helénico. O Direito Romano. "Dominus" e "servus". casamento homossexual. Aspectos repressivos. Principado. Baixo Império. Época justinianeia. O mundo cristão. Idade Média e Direito canónico. Renascimento, contra - Reforma, Protestantismo. O Panorama português.
19. A determinação do sexo. No Direito Romano. Nos Direitos germânicos: a "Rechtsnotarordnung", de 1512; o "Codex Maximilianeus Civilis" bávaro; o código civil Saxónico; o código civil Prussiano; o "BGB"

A reflexão sobre a relevância jurídica da mudança de sexo e seu critério é feita mediante apelo permanente a uma constelação de tópicos como: corpo, sexo, intersexualidade, ambiguidade morfológico - genital, hermafroditismo, pseudo - hermafroditismo, dir. à saúde, intergridade psico - física, homossexualidade, a determinação jurídica do sexo, a sexualidade no casamento. Alguns destes tópicos foram, diacrónica ou sincrónicamente, agitados desde o universo cultural - mitológico, helénico, até à etnologia moderna, numa plétora de referência, relevantes, ora do ponto de vista antropológico, ora no enfoque jurídico. Na impossibilidade de cristalizar num "continuum" a multitude histórica de referências, apontam-se tão só linhas de continuidade do fenómeno antropológico da transexualidade, ainda que dificilmente intuível, em estoutro universo das ambiguidades morfológico - genitais; de descontinuidade, do exercício da sexualidade, no entroncamento do corpo e do desejo e bem assim da identidade jurídica/sexual, classicamente erigida a partir do aparato externo - corporal.

18. O universo helénico. O Direito Romano. "Dominus" e "servus". casamento homossexual. Aspectos repressivos. Principado. Baixo Império. Época justinianeia. O mundo cristão. Idade Média e Direito canónico. Renascimento, contra - Reforma, Protestantismo. O Panorama português

No universo helénico denominou-se "*hermaphroditos*" tão só o "*fenómeno biológico*" da ambiguidade morfo - genital, enquanto que os romanos dele derivaram a expressão "*hermaphroditus*". Se as línguas românicas<sup>402</sup> expressam tal significado em distintas versões, com o mesmo étimo - o que, também ocorreu com a designação anglosaxónica "*hermaphrodite*" - já na acepção germânica, "*ZWITTER*", deriva do étimo "*zwei*" (dois), o que vale por significar um ser híbrido.

O termo "*transsexualidade*", ao invés, já se não encontra nas fontes históricas, sendo que, alguns dos relatos de mudança de sexo, mais não poderão passar do que formas encapuçadas de travestismo ou qualquer ambiguidade morfológico - genital, sob um pano de fundo mitológico e alegórico. Certo é que, desde o séc.XIX se foi ganhando sensibilidade, para gradativamente se ir destrinçando através da observação médica, com mais ou menos clareza, toda aquela série de casos de desconformidade (ainda que psicótica), entre o sexo psíquico e o aparato morfológico - genital.

Desde FRÄNKEL<sup>403</sup>, WESTPHAL<sup>404</sup>, passando por KRAFT /EBING<sup>405</sup>, HIRSCHFIELD<sup>406</sup> e ELLIS<sup>407</sup>, percorreu-se um longo caminho, na árdua tarefa de extremação de campos.

---

402 Cfr., DI TULLIO, "*Ermafroditismo*", in NDI, VI, 1960, pág.659.

403 Cfr., FRÄNKEL, H., "*Homo mollis*", in *Medizinisch Zeitung*, 1853/22, pág.102 - 103.

404 WESTPHAL, C., "*Die Konträre Sexualempfindung*", in *Archiv für Psychiatrie und Nervenkrankheiten*, 1870/2, pág.73 e ss.

405 KRAFT/EBING, R.V., "*Psicopatia Sexualis*", cit.

Por isso que, só com CAULDWELL<sup>408</sup>, se utilizou, pela primeira vez, o vocábulo "*transexual*", refeitando-se, igualmente, a nomenclatura "*paranoia transexualis*", de PAULY<sup>409</sup>.

Como <sup>que</sup> seja, "*Hermaphroditos*", era originária e mitologicamente uma divindade híbrida do mundo oriental, na qual confluíam os dois sexos. O seu culto teria chegado a Atenas por influência da Síria e de Chipre. Daí que, na mitologia grega fosse o filho de "*Hermes*" e "*Afrodite*". Como conta Ovídio após se apaixonar pela ninfa Salmakis, esta implorou aos deuses, para que seu corpo se fundisse ao de "*Hermaphroditos*", o que veio a verificar-se, quando aquela o atraiu para as águas, onde habitava<sup>410</sup>.

A despeito de a história da Arte da Antiguidade nos revelar um só lado do fenómeno, as posturas culturais, respeitantes aos seres de dois sexos, analisavam-se desde a sobrevalorização da androgenia como unidade perfeita ou completa, até ao repúdio do nascimento de indivíduos com ambiguidades sexuais morfológico genitais, ao que normalmente se associava a proximidade de cataclismos ou fatalidades.

Com efeito intersexualidade teve campo fértil no ritualismo e na mitologia da Idade Antiga, aí onde surge frequentemente associada a

406 HIERCHFIELD, M., "*Die travestiten*", 2ª ed., Leipzig, 1925, mostrando a distinção entre travestismo e homossexualidade.

407 ELLIS, H., "*Eonism and other studis*", in *Studis in the Psychology of Sex*, org. por H. ELLIS, New York, 1936, utilizando o termo "*sexo - aesthetic inversion*", para significar as situações de transexualidade.

408 CAULDWELL, D., "*Psychopatia transexualis*", in *Sexology*, 1949/16, pág.274 e ss.

409 PAULY, I.B., "*Male psychosexual inversion: Transsexualism*", in *Archives of General Psychiatry*, 1965/13, pág.172.

410 OVÍDIO, "*Metamorph*", IV, 288 - 389: "*Nec duo sint, et forma duplex, nec femina dici, nec puer ut possint, neutrumque et utrumque videtur*". Cfr., DIEKE, W., "*Die antiken Hermaphroditen*", *Zentralblatt für Gynäkologie*, 1956/78, pág.886 e ss.; WACKE, A., "*Zum hermaphroditen und transsexuellen*", in *Festschrift für Prof. Kurt Pebman*, pág.861 e ss.

uma ancestral divindade, portadora de ambos os sexos, símbolo de autónoma procriação, capaz de se fecundar a si mesma<sup>411</sup>. Análogamente ao que ocorre nesta cosmogonia, também nestes moldes se representa o surgimento da humanidade ou seja, o primeiro ser humano se encontra muito próximo da divindade, aglutinando em si a figura masculina e feminina. Por que se revelou contra a divindade, como castigo da sua ousadia, é dividido em dois seres e desterrado justamente, para significar que os nascimento de uma nova vida depende da união daquilo que está separado. É o próprio Aristófanes que descreve no "*Symposium*" de Platão<sup>412</sup>, o mito dessa criatura originariamente bissexual<sup>413</sup>.

Por outro lado, a possibilidade de mudar de sexo, além de ter ocupado a fantasia de muitas sociedades, igualmente se sedimentou, na mitologia e na crença popular<sup>414</sup>. De facto, já Hipócrates se referia a uma doença entre o povo Escita, transformando-o em mulheres; ou, quando Poséidon provocou uma mudança de sexo numa mulher

---

<sup>411</sup> DIEKE, W., "*Die autiken, ...*", pág.889 e ss.; CAPRA, F., "*Wendzeit: Bausteine für eine neues weltbild*", Bern, München, 1985, pág.35 e ss.

<sup>412</sup> Cap. XIV - XVI.

<sup>413</sup> Até porque, na história da criação bíblica, a imposição que prespectiva a unidade bissexual de Deus e do primeiro homem não é de todo desconhecida, posto que se Deus criou o homem e a mulher à sua imagem e semelhança e, se Deus é considerado como uma unidade, logicamente revelar-se-à como um ser com ambos os sexos. Circunstância bíblica, que se detecta, desde logo, nas antigas edições do livro sagrado, quando se afirma que "*Ele (Adão) foi criado à imagem e semelhança de Deus como ser masculino e feminino*"; além de que, em vez de se falar da costela que Deus tomou de Adão para criar Eva (1 Moisés, 2, 2 e ss.), também se pode traduzir: "*e tomou de si um dos seus lados*". De resto, na teologia judaica e cristã, ensinou-se, durante largo tempo, que Adão era um "*homem - mulher*" (cfr., DIEKE, ob. cit., pág.894 e ss.; DIETRICH, "*Der Urmensch als Androgyn*", in *Zeitschrift für Kirchengeschichte*, 58, 1939, pág.313 e ss.

<sup>414</sup> cfr., também EICHER, W., "*transsexualismus, ...*", cit., pág.4 e ss.; OSMUN, "*changes of sex in Greek and Roman Mythology*", the classical Bulletin, 1978/54, pág.75 e ss.; BENJAMIN, H., "*Introduction*", in *Gender Dysphoria*, cit., pág.1 e ss.

virgem<sup>415</sup>. A Antiguidade clássica, não só conhecia o fenómeno do travestismo<sup>416</sup> como talvez o da transexualidade, pelo menos, em termos de fábula<sup>417</sup>. Ao que acrescem os dados da etnologia, quando relatam diversas formas de mudança de sexo nas culturas indo - europeias, norte - americanas<sup>418</sup>, sul - americanas<sup>419</sup>, e africanas<sup>420</sup>.

---

415 Para mais exemplos, cfr., OSMUN, ob. cit., pág.76 e ss.

416 cfr., TRACY, V.A., "Roman dandies and travestites", Echos du Monde classique, 1970/20, pág.60 - 63 DELCOURT, M., "Hermaphrodite", Paris, 1958, pág.1 e ss.

417 É o que conta PLINIO ("Naturalis Historial, Libro VII"), na época do consulado de LICINIUS CRASSUS e CASSIUS LONGINUS (171 a.c.), uma rapariga se transformou em rapaz, na presença de seus pais.

418 cfr., BENJAMIN, H., "Introduction" in Gender Dysphoria, cit., pág.17 e ss; HOFFER, G., "Das Phänomen Geschlechtswechsel, dargestellt an ethonographischen beispielen", in Geschlechtsunterschiede: Entstehung und Entwicklung, org. por BISCHOF/PREUSCHOFT, münchen 1980 (ch Beck'sche Scharwze Reihe Nr.207), pág.202 e ss.; é o caso de "mustergil" do Iraque. Nos índios "yuma", norte - americanos, parece ter existido um grupo de homens - os "elxa" - que sofreram uma mudança de espírito, como produto de sonhos, ocorridos na puberdade; além de que, acreditavam existir na "Sierra Estrella" - no actual Estado do Novo México - um poder, desconhecido, de transformar homens em mulheres. Esta tribo parece ter albergado travestismo feminino, onde as mulheres, vestidas com roupa masculina, casavam com mulheres (cfr., SPIER, L., "Yuman tribes of the Gila river", chigago, 1933, ajud, BENJAMIN, H., "Intriduction", cit. pág.18). No tribo dos índios "cocopa" algumas mulheres - as "war'heme" - brincavam com rapazes, fabricavam arcos e flechas e participavam nas escaramuças tribais, juntamente com os homens. Práticas análogas relatam-se quantos aos índios "Mohave" e "Navaho", no fundo, a significar ancestrais práticas de travestismo ou emergentes de malformações morfo - genitais. cfr., HILL, W., "the status of Hermaphrodite and the travestite in Navaho culture", American Antropologist, 1953/37, pág.273 e ss.; GIFFORD, "the cocopa", University Publications in American Archacology and Ethnology, 1933, vol.I.

419 cfr., DE MAGALHÃES, P., "Histoire de la Province de Santa Cruz, que nous nommons ordinairement le Brizil", apud CRAWLY, E., "the mystic rose", 1960, Meridian Books, New York., que relatam o caso de mulheres travestidas desde a infância, que depois, acabam por viver, como se de concubinato se tratasse, com uma outra mulher.

Na Grécia, a diferença entre os sexos afere-se na separação social entre lugar das mulheres - o gineceu - e o dos homens - a "polis". Daí que fosse a instituição pederástica que acabasse por preencher o vazio existente entre a família e o Estado.

O "erastes" (amante) oferece ao jovem amado ("eromenos"), a afeição e a atenção diária, necessária ao desenvolvimento físico, intelectual e ético, sendo que, em troca, o rapaz corresponde com dedicação, podendo mesmo, em certas circunstâncias, satisfazer o prazer sexual do mais velho. Cria-se, destarte, uma relação de protecção e de iniciação, inexistente na família, porém, destinada a desaparecer, por que contraditória com o "status" de cidadão livre. Vale dizer que, o amor pederástico, finda a adolescência dá lugar à "philia" - amizade. Todavia, por um lado, se este amor pelos rapazes é admitido pela opinião, santificado pelas leis e caucionado pela religião, ou elogiado na literatura, por outro lado, dada a sua efemeridade, começa a ser preocupante objecto de reflexão para os médicos, filósofos e moralistas, até que, já em no "Banquete" de Platão se ensina que é o amor pelos jovens, que deve conduzir ao verdadeiro amor, pelo que o Direito acaba por defini-lo como "extranatural" e "antinatural", na medida em que efeminiza o rapaz<sup>421</sup>.

Em Roma, a pederastia acaba por perder a sua antiga função, por môr da crescente importância imputada à família. Continua a praticar-se, é certo, porém, como uma das modalidades do direito de propriedade do "dominus" sobre o "puer"<sup>422</sup>. A liberdade sexual, com

---

420 BLOCK, I., "Anthopological studies on the Strange Sexual Practises of all races and all ages", New York, 1933, apud BENJAMIN, H., "Introduction", cit., pág.21 e ss., v.g., em Madagascar, na tribo dos "TANALA" e dos "SAKALAVAS", os rapazinhos, chamados "sarombavy", viviam desde o nascimento num "gender role", tipicamente feminino; no Uganda, na tribo dos "Lango" alguns homens vestiam-se de mulher, simulavam a menstruação e tornavam-se esposas de outros homens.

421 cfr., por todos, LAMBERT, C., "Pederastia na Idade Imperial", cit., pág.5 e ss.

422 Como refere RICHLIN, ("the garden of Priaus", New Haven, London, 1983, pág.276): "In all this literature, there is no trace of a real and social established homosexual relationship between

os seus excessos, é, praticamente ilimitada, no quadro daquela relação. Ora, o papel deste "escravo" importa submissão aos desígnios do "dominus", vale dizer perda de virilidade, fraqueza, travestismo<sup>423</sup>. Quem quer que assuma a posição de "puer", haverá de aceitar o componente de sujeição, que aquela implica, isto é, um "Gender role" feminino.

Estas práticas encontram, aliás lastro na estrutura social, na qual, dentro de certos limites, a mulher e os escravos protagonizavam papéis submissos. A virilidade rejeitava até, em regra, as normais manifestações exógenas de pederastia passiva, desde logo, a assunção de comportamentos efeminizantes. "Puer" é o "pathicus", aquele que suporta, a mulher<sup>424</sup>. O erotismo volve-se, então, em objecto de juízo negativo, sempre que o sujeito ("vir") abdica do seu papel sexual, para assumir aquele, que por condição ou natureza, é desempenhado pelo escravo ou pela mulher.

Começa, pois, a ser normal reprovar todo aquele que usa "feminis vestem"<sup>425</sup>, ou que se depila e perfuma. De facto, a relação entre o "vir" e o "effeminatus", decorria com toda a naturalidade, como normal componente da sexualidade. Pelo contrário, se este

---

*men of the same age*", talvez em virtude, como referimos, de repressão do fenómeno e na sua contenção adentro das relações "dominus"/"puer".

423 VEYNE, "L'omosexualité à Rome", in L'Histoire, 1981/30, pág.77

424 cfr. ADAMS, "the latin sexual vocabulary", London, 1982, pág.122

425 cfr., MANFREDINI, "Qui communtant cum feminis vestem", in Revue Internationale des droits de l'antiquité, 1985/32, pág.257 e ss.; o que também se topa, em várias passagens do Digesto, designadamente, respeitantes ao problema da interpretação da vontade do testador, nas hipóteses de legados testamentários, D.34.2.23.2 [ULPIANUS], livro quadragésimo quarto ad Sabinum: "Vestimenta omnia aut virilia sunt aut puerilia aut muliebria aut communia aut familiarica. Virilia sunt, qual ipsius patris familiar causa parata sunt (...) communia sunt, quibus promiscue utitur mulier cum viro (...) quidus sine reprehensione uel vir uel uxor utatur".

Notava-se, uma reprovação da imitação de modelos femininos, por parte do homem ("non sine vituperatione") e bem assim uma reacção contra qualquer ambiguidade que confundisse a sua virilidade (o "pudor virilitatis"); MANFREDINI, ob. cit., pág.262.



"gender role" passivo fosse protagonizado por um homem livre, então, o labéu da censura moral era sonante<sup>426</sup>. Até porque, o deboche e falta de pudor trazia descrédito à luta política, antes, a moderação e a castidade, é que revelavam o verdadeiro político. Não era tanto, na época clássica, "*contranatura*", a relação "*dominus*" - "*puer*", como o vestir roupas de mulher. De resto, era natural considerar o comportamento desviante, em relação ao mesmo sexo anagráfico como "*sub specie*" patológica<sup>427</sup>. O "*mollis*" (o "*pathicus*" - o passivo), age contra natura, o que se explicou pela existência que não de condicionantes orgânicas, de uma doença do foro psíquico, relevante, até, em sede de limitação da capacidade jurídica, v.g., acesso a cargos públicos<sup>428</sup>.

Pese embora, exista igualmente notícia da celebração de casamentos entre indivíduos do mesmo sexo - pelo menos, já na época post - clássica - <sup>429</sup> parece tão só tratar-se de factos relevantes para efeitos de costumes, pois que, a validade "*iure communi*" do casamento

---

<sup>426</sup> Sendo assim, no dizer de SENECA ("*Naturae quaestiones*", 7.31.1 - 3; cfr., "*Questions naturelles*", tomo I, Paris, 1929, trad. francesa, pág.46 e ss) "*est aliqua etiam prostituta modestia et illa corpora obiecta ludibrio oliquid quo infelix potentia lateat obtendunt; adeo in quaedam lupanar quosque verecundum est. At illud mostrum obscenitatem suam spectaculum fecerat*" (Até aqueles que se prostituem relevam um certo pudor, e o seu corpo assim exposto, oculta, de qualquer modo a sua triste submissão; assim, até o bordel é de certa maneira, jurídico, ...)

<sup>427</sup> Como amplamente, tratou caelus Aureliani Siccensis ("*De morbis acutis et chronicis*", editio nova, Amesterdam, 1755. pág.544 e ss.), médico que viveu no séc.V, D.C.

<sup>428</sup> Assim, ALBANESE, "*Le persone nel diritto privato romano*", Palermo, 1979, pág.403 e ss.

<sup>429</sup> E o argumento é, justamente, um fragmento do código teodosiano (c. th. g.7.3.): "*vir mubit in feminam*". Assim, BOSWELL, "*christianity, Social tolerance and homosexuality, Gay People in Western Europe from the begining of the christian era to the fourteenth century*", chigago, 1980. pág.82.

entre indivíduos do mesmo sexo, não parecer ter deixado notícia nas fontes<sup>430</sup>.

O mesmo não se diga dos aspectos repressivos de uma "sexualidade desviante" entre homens livres do mesmo sexo. Por isso que, os actos contrários à "pudicitia", levada a cabo por pessoas livres do mesmo sexo, parecem, desde logo, terem sido assimilados à noção de "stuprum" (já no tempo da República)<sup>431</sup>, que aliás se tipicizava para proteger a violação de qualquer bem jurídico atinente à moralidade, designadamente pouco a pouco, a protecção do interesse dos jovens adolescentes, o que ocorre pela primeira vez com a "Lex Scantinia" (entre o séc.III e o ano 50 a.c.)<sup>432</sup>, consolidando-se já no Principado com a "Lex Iulia de Adulteriis" (18 a.c.)<sup>433</sup>.

Resulta, pois, claro, a redutividade do esquema que contrapõe a "tolerância" pagã à "repressão" cristã e bem assim a transição de uma concepção "bissexual" à "heterossexualidade procreativa", pois que, tal se já notava pelo menos desde a época dos Antoninos<sup>434</sup>.

Com efeito, revigoresce a clássica reacção contra a efeminação, por efeito da polémica sobre o modo de vida dos pagãos, face às sistemáticas acusações de depravação, corrupção, exaltação do

430 Neste sentido, DALLA, D., "Ubi venus mutatur. Omosessualità e diritto nel mondo romano", Milano, 1987, pág.69, não passando a referência descrita, no código teodosiano, de uma metáfora. Assim também, NARIDI, "La reciproca posizione sucessória dei coniugi privi di conubium", Milano, 1938, pág.3 e ss.

431 cfr., PUGLIESE; "Diritto penal romano", in Il diritto romano, org. por Arangio - Ruiz, Guarino, Pugliese, Roma, 1980, pág.269.

432 cfr., MUNZER, "Scantinus", Paul - wissova Realencyclopädie, II A, 1, Stuttgart, 1921, col.352; MOLÉ, "Stuprum", in NDI, XVIII, torino, 1971; WEISS, "Lex Scantinia", Pauly - wissova Realencyclopädie Stuttgart, 1925, col.2413.

433 MOLÉ, idem, ivi, pág.584, nota 11.

434 VEYNE, "La famille et l'amour sous le Haut - Empire romain", in Annales, Economiques Sociétés civilisations, 1978/33, pág.39, 56 e ss.

hedonismo, ... a ponto de o efeminado se transformar em símbolo de degeneração<sup>435</sup>, como patentemente se detecta em Clemente de Alexandria<sup>436</sup>. Ora, os órgãos sexuais externos tão só são funcionais adentro do casamento, contanto que estejam ao serviço da procriação. Assim, o exercício de uma "*sexualidade diversa*" sujeitaria os seus agentes a sanções criminais graves - entre elas a morte<sup>437</sup>. Os componentes ideológicos, são, pois, múltiplos: concepção "*viril*" da vida e respeito pela ordem natural, ensinamentos das Sagradas Escrituras, reflexão sobre a incompatibilidade de certas formas de erotismo com a função de procriação, em que a sexualidade se revê. Vale dizer, o cristianismo propiciou, em definitivo os pressupostos ideológicos para a mais decisiva repressão do fenómeno da "*sexualidade desviante*", aqui incluída a homossexualidade, o travestismo, e quiça, o transexualismo, conquanto encoberto nas fontes, por aquelas outras. Consequência, aliás, necessária, de uma atitude hostil face aos comportamentos sexuais, que até ai pretendiam renunciar a uma função de instrumentalidade, em relação a quaisquer fins que os justificassem. Enfim, uma concepção atinente à "*contenção sexual*", senão à sua repressão.

Este movimento (também normativamente) repressivo continuou no Baixo Império. As fontes são, justamente o título V da "*collatio*" e

---

435 cfr., DE CHURRUCA, "*critique chrétienne aux institutions de l'empire che justin*", in Sodalitas, Studi in onore di A. Guarino, I, Napoli, 1984, pág.386.

436 Alex. Paedag. 3.3., in j.p. migne, Patrologia Graeca, B, coll. 580 e ss. Sobre a multiplicidade dos elementos que contribuíram para a formação do conceito cristão de "*natureza*", pelo que à sexualidade concerne, cfr., BOSWELL, "*christianity, ...*", cit., pág.145 e ss., só nesse sentido se compreendendo a distinção entre "*usus naturalis*" e "*usus contranaturam*" da sexualidade. Vide, também, com interesse, para este período, CAMPOS, D.L. de, "*A invenção do Direito matrimonial*", cit., pág.20 e ss.

437 O que é aliás, já patente no universo hebraico do Antigo testamento; cfr. DE CHURRUCA, "*critique chrétienne*", cit., pág.386, nota 161; DALLA, D., "*Ubi Venus mutatur*", cit., pág.142; NARDI, "*Procurato aborto nel mondo greco romano*", Milano, 1977, pág.352. Veja-se, também a Epístola de S. Paulo aos coríntios, 6.9 - 10

duas constituições traduzidas no código teodosiano<sup>438</sup>. A primeira constituição (do imperador constantino) parece ameaçar a pena de morte sempre que "*sexus perdidit locum*" ("*exquisitae poenae*")<sup>439</sup>. O seu escopo repressivo parece não se relacionar com específicos modelos do mundo cristão. Outrossim, se pretende proteger Roma, mãe da virtude, posto que se evoca a sua história. Visa-se tutelar as virtudes do sexo masculino, a de fesa do "*pudor viri*" e simultaneamente punir aqueles que respeitam o seu próprio sexo, sujeitando-o, "*muliebriter constitutum*", à "*patientia*" do sexo oposto<sup>440</sup>. Novamente, estamos perante sujeitos passivos, que podem ser não só homossexuais, mas também travestis (e transexuais), patente, desde logo, nas expressões "*vir qui nubit in feminam*" e "*muliebriter constitutum*"; deparamos, igualmente o "*effeminatus pudor*", uma "*plebs molliter fracta*", ao cabo e ao resto, indivíduos que aparentemente ou fenotipicamente, pelo menos, em termos de vestuário e "*gender role*", se comportam como de mulheres se tratassem.

É, todavia, com Justiniano que ocorre a total repressão (criminal) dos comportamentos sexuais desviantes.

Se no Digesto já se topa, conquanto no quadro dos cânones clássicos, uma regulamentação, ainda que indirecta dos comportamentos sexuais, seja na relação dominis e escravo<sup>441</sup>, no enfoque da

---

438 C. Th.9.7.3.; ibidem, 9.7.6. A primeira refere que "*cum vir nubit in feminam, femina viros proiectura quid cufiat, ubrisexos perdidit locum, ubiscelus est id, quod non proficit scire, ubi venus mulatur in alteram formam, ubi amor quaesritur nec videtur, iubemus imurgere leges armari iura gladio ultore, ut exquisitis poenis subdantur infames, qui sunt vel qui futuri sunt rei*"

439 cfr., CERVENCA, "*Lineamenti di storia del diritto romano*", org. por M.TALAMANCA, Milano, 1979, pág.668; BIONDI, "*Il diritto romano cristiano*", III, Milano, 1954, pág.468; MOLÉ, ob. cit., pág.587.

440 cfr., CALLU, "*Le jardin des supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*" [collection de l'école française de Rome], 1979, pág.336 e ss.

441 D. 1.6.1.2.; 1.6.2.; 1.12.1.8.; 38.1.38.pr.;48.5.6.pr.

"*existimatio*" social<sup>442</sup>, seja quanto à sua relevância criminal num âmbito mais vasto do lenocídio e da violência carnal<sup>443</sup>, é no "*Corpus Iuris Civilis*" que se plasmam comportamentos sexuais desviantes<sup>444</sup>.

No ocidente "*laico*", ainda antes da recuperação da legislação justiniana, esta problemática já se ancorava na legislação visigótica<sup>445</sup>, ao fornecer molduras penais específicas para a sodomia, sem prejuízo das restantes leis bárbaras, nada preverem, por exemplo, quanto à homossexualidade ou travestismo<sup>446</sup>. De resto, a partir da Baixa Idade Média é mister assistir a uma relativa tolerância da "*sexualidade desviante*"<sup>447</sup>. Pelo menos, até que não entraram em lica a Igreja e o Estado. E aí assiste-se, seja à atenção doutrinal<sup>448</sup>, seja à fixação de molduras penais canónicas, ou à reivindicação do foro eclesiástico, pelo que respeita aos delitos contra a fé e a religião. Ademais, o argumento histórico é, sempre, o das "*Institutiones*" de Justiniano, ao se trazer à colação a "*Lex Julia de Adulteris*", que também abarcava seja os

---

442 D. 3.1.1.6.

443 D. 48.5.9.(8)pr.; 48.6.3.4.

444 Maxime nos "*Novelae*", 77 e 41; cfr., CASAVOLA, "*Sessualità e matrimonio nelle Novelle giustinianee*", in *Mondo classico e cristianesimo*, Istituto della encicl. Italiana, Roma 1982, pág.188 e ss.

445 Na "*Lex Romana wisigothorum*", 9.4.5., que transpôs as injunções do c. Th. , 9.7.6.

446 BOSWELL, "*christianity, ...*", cit., pág.177.

447 Conquanto se respeitasse a lógica do encobrimento e se relegasse a problemática para um certo tipo de "*ghetto*", que tão só deixaria cair um dos seus desviantes, acaso a sociedade necessitasse esporadicamente de "*bodes expiatorios*"; cfr., FOUCAULT, "*História da sexualidade*", cit., pág.20; CAPUTO, G., "*Introduzione, ...*", cit., pág.106; BOSWELL, "*christianity, ...*", cit., pág.169 e ss

448 Da qual é exemplo o "*liber Gomorrhianus*" do séc.XI, de S. Pedro Damiano, cfr., BAILEY, "*Homosexuality and the western christian tradition*", London, 1955, pág.111; DALLA, D., "*Ubi venus mutatur, ...*", cit., pág.213.

"*temeratores alienarum nuptiorum*", quer aqueles que "*cum masculis infadam libidinem exercere audent*"<sup>449</sup>. Até porque, era num bizarro conceito de "*natura*" que se fundava a repressão desta "*deviance*", incluído o adultério<sup>450</sup>. É disso reflexo, o "*Decretum*" de IVO de CHARTRES<sup>451</sup>, e o "*Decretum*" de Graziano, este último a hierarquizar os "*pecados sexuais*", colocando na base os comportamentos que se desenvolvem "*contra natura*"<sup>452</sup>. Isto é assim na Igreja, oposto que na Sociedade, pelo menos até ao séc.XII, o panorama é o da tolerância, cultivando-se a poesia de amor, a exaltar a amizade platónica<sup>453</sup>. Só nos finais do séc.XVII, é que a repressão retoma o seu curso repressivo, como é exemplo o concílio Lateranense IV, que seguindo o seu antecedente, tipifica graves sanções disciplinares aplicadas aos prelados e bem a indivíduos laicos, que venham acusados de tamanhos comportamentos delituais. A ponto de Igreja e autoridades seculares se surpreenderem a colaborar em massacres, como o que sofreu a Ordem dos Templários<sup>454</sup>. No fundo, subtis justificações para a rapina dos "*bens terrenos*", mormente, os da Ordem dos Cavaleiros

---

449 cfr., BRUNDAGE, J., "*Adultery and fornication: a study in legal theology*", in *Sexual practices and the Medieval church*, org. por J.A. BULLOUGH/J. BRUNDAGE, Buffalo. New York, 1982, pág.129 e ss.

450 Vide, NOONAN, J.T., "*Contraception. A history of its treatment by the catholic theologians and canonists*", Cambridge, Massachussetts, 1966, pág.75.

451 IVO de CHARTRES, "*Decretum*", Pars IX, cap.93, in *Opera Omnia*, II, J.P., Migne, "*Patrologia Latina*" (161) col.682., que incluía a plegelação pública e encarceramento dos clérigos.

452 BOSWELL, "*Christianity, ...*", cit., pág.272 e ss.

453 É o caso de Walafridus Strabo ("*Ad Litugerium clericum*", in *Opera Omnia*, II, J.P., Migne, "*Patrologia Latina*" (114), col.1099), de Abelardo ("*Planctus David super Saul et Jonathan*", ivi (178), col.1822 - 1823), que evoca a amizade entre David e Jonas, cfr., BOSWELL, ob. cit., pág.192 e ss

454 Cfr., GOODICH, M., "*The unmentionable vice*", Santa Barbara, 1979, pág.9.

do Santo Sepúlcro. Praxis esta que se consolida, permitindo, pois, compreender, como na sociedade renascentista, o papa Leão X, através da "*Supernae dispositionis*", do concílio Lateranense V (de 5 - 5 - 1514), retorna às molduras penais mais amplas, oferecendo maior campo de acção à justiça secular. Em plena contra reforma, Pio V toma quase à letra as "*Novelae*" 77 e 141, de Justiniano, equiparando a blasfémia e os pecados "*contra natura*" às pestilências e às calamidades naturais. As sanções canónicas, que ditavam o afastamento dos clérigos, ou a excomunhão dos laicos, já previstas no direito vigente são aí aplicáveis "*ex canonis autoritate*", sem que haja uma sentença "*declaratoria criminis*". Daí que, a doutrina canonística dos séculos XVI e XVII, mais não tentou do que ampliar as posições de Pio V. Assim, a qualificação medieval v.g., da homossexualidade como delito "*contra natura*", pouco significará perante a afirmação do eminente cronista Agostinho Barbosa, de que ele é "*maior crimen quam agnoscere matrem*"<sup>455</sup>, afirmação esta que é corroborada pelos criminalistas da época<sup>456</sup>.

Mas é tão só no século XVIII, que o influxo de racionalismo, irá fazer sentir a via da moderação, quando se abandona a concepção da assimilação dos actos preparatórios ao crime de sodomia<sup>457</sup>. Após o triunfo do iluminismo e a afirmação do Estado laico, jamais a Igreja encontrou arrimo punitivo na "*longa manus*" secular.

No <sup>conceito</sup> quevãos comportamentos sexuais típicos do sexo feminino, idênticas dificuldades se recenseam, quanto à identificação de claras manifestações de "*gender identity*", quanto muito "*gender role*"

---

455 Apud., CAPUTO, G., "*Introduzione, ...*", pág.211.

456 Por exemplo, LAMBERTINI, C., ("*tractatus de iure patronatus*", Venetiis, 1584, l. II, I, parág., pág.93 e ss.), SCACCIA, S., ("*De indiciis causarum civilium, criminalium, hareticalium*", Venetiis, 1648, Liber I, cap.I, nº15, pág.28), DIAZ, J.B., ("*Practica criminalis canonica*", Ignatii Lopez de Salzedo additionibus illustrata, Venetiis, 1614, pág.365).

457 FERRARIS, L., "*Prompta bibliotheca canonica*", t. IV, Bonanial, 1752, artigo "*Luxuria*", nº50 e ss., pág.628 - 629.

nos textos legais<sup>458</sup>. Manifestações de homossexualidade e "gender role" masculino por parte de mulheres, não são invulgares na Antiguidade, mesmo as literárias<sup>459</sup> e médicas<sup>460</sup>, e bem assim na Idade Média<sup>461</sup>. No que respeita à tutela da moral religiosa, encontramos na Baixa Idade Média, normativos que, "*si mulier um muliere fornicaverit, III annos poeniteat*"<sup>462</sup>, ou onde se aborda o "cross - dressing" feminino<sup>463</sup>. Em Roma, a repressão contra o "cross - dressing" feminino, homossexualidade feminina, práticas reveladoras

458 Cfr., sobre isto, CANTANELA, "*L'ambiguo malanno, condizione e immaginedella donna nell'antichità greca e romana*", 2ª Ed., Roma, 1985, pág.120 e ss.; SULLIVAN, "*Martial's Sexual Attitudes*", in *Philologus*, 1979, Band 123, pág.293.

459 Vejam-se as sátiras de Juvenalus, onde se desvela a existencia, pelo menos, de lesbianismo, num personagem feminino: "*non erit ullum exemplum in nostro tam detestabile sexu. Vedia non lambit chuviam nec Flcera catullam*" (Juv. Sat. 2.47 - 49, apud, DALLA, D., "*Ubi venus mutatur, ...*", cit., pág.216, nota 6), ou a animosidade que Marco Antonio Martiale demonstrou para com as lésbicas (Mart., "*Epigrammata*", 1.90; 7.67.), revelando que no exercício do amor lésbico, por vezes, recorria a próteses - o "*pénis cariaceus*". Vide, KROLL, "*Lesbische Liebe*", in Pauly - Wissowa "*Realencyclopädie*", XII, 2, Stuttgart, 1925, col. 2102; GUARINO, "*Professorenero*", in *Labeo*, 27, 1981, pág.439 e ss.

460 Por exemplo, GALENO, "*De simplicium medicamentorum temperamentis ac facultatibus*", livro 10, cap.I /in KÜN, "*Medicorum Graecarum operae qualexant*", vol.XII, Lipsial, 1826, pág.249), ou a expressão de FIRMICUS MATERNUS ("*De errore profanarum religionum*", 7.25.1.): "*in modum virorum cum mulieribus coire desiderant*"

461 Pelo que respeita às preocupações de Santo Agostinho, sobre a convivência feminina ("*Epistulae*", 211.14.

462 Assim, o antigo "*Poenitentiale Theodori*" (1.2.12.), anglo - saxónico (cfr., WASSERCHLEBEN, "*Die Bussordnungen der abendlandischken*", Halle, 1851 [Nachdr. Graz, 1958], pág.186.

463 Como ocorreu no concílio de Gangra (ano 324, d.c.); cfr., MANFREDINI, "*avi communtant cum feminis vestem*", in *Revue Internationale des droits de l'antiquité*, 1985/32, pág.268.



de um "gender role" do sexo oposto, parece ter existido, referindo-se, a propósito, as observações em segunda mão de Clemente de Alexandria<sup>464</sup>, sobre o "modus operandi" dos legisladores romanos, perante os comportamentos andrógenos.

Vem isto para significar que se não encontra na experiência histórico - normativa, referência expressa, ainda que para efeitos meramente repressivos, ao problema da mudança de sexo, atinente aos "distúrbios da Identidade do Género". Por isso que, só podemos afirmar que, aqui e acolá, não é despidendo excluir esta disfunção do comportamento sexual, da plétora comportamental - sexual - disfuncional, que desde a Antiguidade helénica, as fontes no-lo revelam. Não é, pois, de afastar a hipótese de se identificar o transexualismo, conquanto sem "nomen iuris", adentro dos comportamentos homossexuais (masculinos ou femininos), travestis ou travestistas - feticistas, que ao longo das épocas se foram (des) criminalizando, visto que, tão só há pouco mais de 138 anos<sup>465</sup> a medicina identificou, ainda que tenuamente, as disfunções da Identidade do género, vale dizer, o transexualismo.

Entre nós, o panorama não se altera, posto que, abordando o problema, no único enfoque para este efeito válido - justamente, o da valorização jurídico - penal das condutas sexuais - não se detecta, no conjunto das categorias axiológicas, subjacentes ao discurso penal, sexual, qualquer conjunto de condutas puníveis (tipos penais), onde se revejam explicitamente comportamentos sexuais assimiláveis a problemas de Identidade do Género. É que, tanto as matrizes de tipificação de cada crime (v.g., a qualidade dos autores, as características da conduta, o lugar, ...), como o valor com que tais crimes são relacionados - a moralidade sexual, o corpo - não permitem recortar com segurança este específico comportamento vivência/sexual desviante, misturado no comum discurso da criminalização (e descriminalização) de condutas outras, talqualmente vimos ocorrer no

---

464 "Paedagogus", 3.3. (J.P. Migne, "Patrologia Graeca", 8, coll. 585, 588).

465 FRÄNKEL, H., "Homo mollis", cit., pág.102 - 103.

Direito Romano (clássico e pós - clássico) no Baixo Império, na Idade Média, no Renascimento e no Iluminismo.

Com efeito, se de crimes contra a ordem moral se pode falar, até ao código penal de 1886, os principais são, justamente, o adultério, o estupro e os consabidos crimes "*contra natura*", agrupados na plétora dos crimes "*mixti fori*".

Vejam os em primeiro lugar, o caso do adultério, na medida em que indirectamente possa iluminar comportamentos sexuais desviantes "*extra matrimonium*". Se no Direito Romano, aquele era considerado como uma violação da lei conjugal, da exclusividade das relações sexuais, pois, o que estava em causa era evitar a "*turbatio sanguinis*"<sup>466</sup>, no direito canónico, o adultério é encarado como a violação da fidelidade conjugal<sup>467</sup>, podendo ser cometido por ambos os cônjuges, pois que, seria necessário desenvolver uma acção combinada, para extirpar dos costumes sexuais europeus a sexualidade extra-familiar, qual sexualidade restritiva, confinada ao âmbito da família. Ora, em Portugal, as ordenações<sup>468</sup>, mativeram-se fiéis ao direito romano, sendo que, por exemplo, o adultério do marido não era, regra geral, punido, e o da mulher só era relevante caso tivesse consumação.

---

<sup>466</sup> Consequentemente, o adultério podia ser cometido por (e numa mulher casada), mas já não por homem casado com, mulher solteira; por mulher casada de mau porte. Cfr., D. 48.5.35.(34).1., Modestinus libro primo regularum: "*Adulterium in nupta admittitur: stuprum in vidua uel virgine uel puero committitur*". Note-se que o exercício da sexualidade entre homens livres se enquadrava na "*Lex Iulia de adulteris*", de 18 a.c.; cfr., sobre isto GORIA, "*Studi sul matrimonio del l'adultera nel diritto giustiniano e bizantino*", in *Memoire torino*, 157, torino, 1975, pág.28; GUARINO, "*Studi sull' <<incestum>>*", in *Zeitschrift der Savigny Stiftung, Romanistische Abteilung*, 1943/63, pág.184 e ss.; BRANCA, "*Adultério*", in *Enc.dir.*, I, Milano, 1958, pág.621; BURDESE, "*Manuale di diritto pubblico romano*", torino, 1975, pág.253; BRASIELLO, "*La repressione penale in diritto romano*", Napoli, 1973, pág.92.; ANDRÉEV, "*La lex Iulia de adulteris coercendis*", in *Studi clasice*, 1963/5, pág.171.

<sup>467</sup> Decretum, C. XXXII, 9; V e C. 15. C. XXXIII; BRUNDAGE, "*Adultery, ...*", cit., pág.130 e ss. CAPUTO, G., "*Introduzione, ...*", cit., pág.102 e ss.

<sup>468</sup> Ord. fil., V, 25; 28; Ord. man., V, 15; 25; Ord. af., V, 7;12;20.

Por outro lado, o regime penal do concubinato, dava a entender que o que estava em causa era menos a defesa de uma ordem moral, do que a protecção dos interesses da família, como grupo político. De facto, as Ordenações Filipinas<sup>469</sup> só proibiam o concubinato de homem casado, contanto que ocorresse com escândalo político e esbanjamento do acervo patrimonial da família. Mas por outro lado, por influência das visitações dos bispos, atentos aos casos de barregania e concubinato, o alvará de 25/12/1608 (arts. 21 e 22) comete a magistrados civis o encargo de devassar sobre os "*pecados públicos*", rigorismo este que falece perante o iluminismo josefino do século XVIII.

Quanto ao estupro, se o direito romano punia as relações sexuais com virgem, com viúva ou com outro homem, não consententes<sup>470</sup>, entre nós, impôs-se, outrossim, a defesa da ordem familiar, autonomizando-se do "*estuprum*" romano algumas actividades sexuais "*inter valentes*", designadamente aquilo que era considerado contra a "*natureza*" do sexo<sup>471</sup>.

No que tange à tutela do corpo, pode afirmar-se, que até ao século XIX, este e, logo, a integridade física, são depositários de valores simbólicos, tais sejam a honra e a consideração social devidas. As ofensas corporais eram destarte a uma "*sub specie*" das injúrias<sup>472</sup>, pelo que a doutrina do direito comum punia condutas quase irrelevantes, v.g., as bofetadas ou a ameaça de as dar<sup>473</sup>. Ora, as

---

469 ord. fil., V, 28, pr.; III, 64. De resto não era proibido o "*coito vago*" e o meretrício. cfr., DO AMARA, A.C., "*Summa seu praxis indicum*", Vlyssipone, 1610, pág.218 (idem, no "*Liber utilissimus iudicibus et advocatis*", conimbricæ, 1740).

470 Cfr., D. 50.16.101.pr.; D. 48.5.35(34).1.; collatio, 5.2. (Paulis libro sententiarum II sub titulo de adulteris): "*Qui masculum liberum invitum stupraverit. capite punietur*".

471 Sobre praticas sexuais "*contra natura*", vide, na época do Renascimento, vide, GOMES, A., "*comentarū in leges tauri*", Salamanticae, 155, ad. 1, 80, nº5 e ss., in Opera Omnia, Venetiis, 1747.

472 O que decorria do direito romano, cfr., D. 47.10, "*De iniuris et libellis famosiss*".

Ordenações Filipinas puniam severamente a deformação do rosto, pois, aí se reflectia a formassura de Deus. O que nos pode conduzir a uma mais abrangente visão, por forma a incluir a ofensa, ainda que mínima, ao aparato genital.

---

473 Ord. fil., V, 35, 7.: "*dar cutilada no rosto*". Veja-se a propósito, CORREIA, E., "*Estudos sobre evolução das penas no direito português*", in BFDC, 1977/55, pág.75 e ss.; HESPANHA, A.M., "*Da Institia à Disciplina, textos, poder e politica penal no antigo regime*", in BFDC, Estudos em Homenagem ao Prof.Doutor Eduardo Correia, 1984, (número especial), pág.139 e ss.

19. A determinação do sexo. No Direito Romano. Nos Direitos germânicos: a "Rechtsnotarordnung", de 1512; o "Codex Maximilianeus Civilis" bávaro; o código civil Saxónico; o código civil Prussiano; o "BGB"

No enfoque biológico - morfológico é interessante afrontar a questão, no quadro de uma perspectiva histórica, da identificação sexual normativa das pessoas humanas, à luz, não agora de uma sexualidade que se autonomizou dos dados externos - corporais, mas de um corpo, a partir do qual sempre sempre se erigiu o edifício conceitual - normativo da identificação do sexo, no quadro do registo dos elementos do estado civil das pessoas. Ora, as dificuldades surgiram (e surgem) sempre que o jurista, para efeitos de atestar o sexo do recém - nascido, se quedava perante ambiguidades morfológico - gonadais - genitais, como as descritas supra<sup>474</sup>. Vale dizer que, a questão se coloca no caso de hermafroditismo (verdadeiro) e na miríade de hipóteses de pseudo - hermafroditismo, isto é, "*hoc sensu*", de intersexualidade.

Do ponto de vista histórico, as várias "*sub species*" de hermafroditismo humano foram, no decurso dos séculos, alvo de curiosidade científica jurídico - forense<sup>475</sup>, artística, cultural e pré - científica/mitológica<sup>476</sup> e religiosa.

O código civil Português de 1966 - ou, mesmo o código de Registo Civil - e bem assim a esmagadora maioria das codificações civilísticas do espaço europeu, não contemplam qualquer dispositivo concernente ao hermafroditismo<sup>477</sup>, exceptuan do-se o

---

474 Vide, supra, Parte II, cap.I, nº13.

475 Veja-se por exemplo, os estudos, de finais do séc.XVII e início do séc.XVIII, de LIPENIUS (LIPENIUS, M., "*Hermaphroditus*", Biblioteca realis jurídica, vol.I, pág.56, vol.III, pág.20, vol.V, pág.658 (1823), reimp. Olms, 1970), e PETRUS FRANCISCUS MONET ("*Dissertatio inauguralis de jure circa hermaphroditus*", Argentarati, (Estrasburgo), 1788.

476 Cfr., DIEKE, W, "*Die antiken Hermaphroditen*", cit., pág.898 e ss.

código civil Espanhol<sup>478</sup> e Francês<sup>479</sup>, ambos a propósito da vitalidade e forma humana, como requisitos essenciais da aquisição da personalidade jurídica. Talvez por que de fenómeno invulgar se trata, tão só relevante em pequenos círculos da medicina ginecológica e urológica. Todavia, os casos de intersexualidade ou de ambiguidade sexual morfológico - genital - gonadal, não são, segundo o conhecimento médico, muito invulgares, calculando-se que 2% a 3% dos recém - nascidos a apresentam, conquanto se venham a revelar pouco significativos, para efeitos jurídicos, na futura vida de relação<sup>480</sup>.

Sendo certo que, na maioria das hipóteses de intersexualidade, estamos perante problemas de pseudo - hermafroditismo (v.g., efeminação testicular, nos homens, síndrome androgenital, nas mulheres, ...), é também verdade que, desde o início do século foram descritos cerca de 300 casos de hermafroditismo verdadeiro<sup>481</sup>. Ora, é pelo menos falacioso e ingénuo, terem os legisladores da modernidade aceitado, acriticamente a máxima do direito romano, de que o hermafrodita seria do sexo nele "*preponderante*"<sup>482</sup>. Todavia, já no

---

477 Talvez fiéis ao propósito de codificação de que, "*Quod raro fit, non observant legislatores*", assim, WAKE, A., "*Das rechtssprichwort: Quod raro fit, ...*", *Juristen Arbeitsblätter*, 1987, pág.75 e ss.

478 Art. 30º, Código Civil Español.

479 Art. 725º, do code civil. Ademais se o "BGB" é, nesta sede omissivo, já o seu pretérito "ALR" ("*Allgemeines Landrecht Preussens*", de 1794) disciplinava o nascimento dos "*monstra*" - 19 e ss.

480 Cfr., ainda HAEBERLE, E.J., "*Die sexualität des Menschen*", 2ª ed., cit., pág.9 e ss.; KERN, G., "*Gynäkologie*", 4ª ed., 1985, pág.37 e ss.; SCHNEIDER, A., "*Rechtsprobleme der transsexualität*", Köln, 1975, pág.31 e ss.; LAMMERS, H.J., "*Neue Perspektiven, ...*", cit., pág.20 e ss.

481 Assim, KERN, G., "*Gynäkologie*", cit., pág.37 e ss., nota 25.

caso de hermafroditismo verdadeiro, poderia, é certo, admitir-se um "non liquet", mas, tal corresponderia à "morte civil" do indivíduo em causa. Com efeito, é mister que, na vida jurídica e social, cada uma das pessoas se distinga das demais, para que se possa em cada momento, ajudar, v.g., se a pessoa que temos perante nós é aquela com quem desejamos entrar em relação. Ora, a distinção entre os vários sujeitos de direito, na medida em que se efectue pela dilucidação dos caracteres que lhe são próprios, só pode fazer-se pelo conjunto de elementos, pelos quais cada pessoa se distingue das demais, vale dizer, pelo apuramento da identidade. Num primeiro momento haverá que seleccionar um determinado número de caracteres, que nela concorrem, na medida em que a distingam das demais, e em seguida fixar esses elementos, de forma presuntivamente estável, duradoura e acessível. Um desses elementos que para nós, se situa num terceiro plano móvel, entre os elementos naturais ou intrínsecos e os elementos circunstanciais, é o sexo<sup>483</sup>. Depois, sempre que as situações da vida o exigam, apurar se o indivíduo em concreto corresponde aos caracteres determinados por aquela primeira operação, ou seja: identificar a pessoa pela individualização dos seus caracteres naturais e/ou circunstanciais. Já se vê, destarte, que a identificação/individualização sexual não pode conciliar-se com um "non liquet", quanto à menção do sexo (ou nome) do recém - nascido, nos termos do artigo 26º da CRP, que tutela o direito à identidade pessoal. Não se pode, pois, hipotisar

---

482 Do ponto de vista morfológico - gonadal conseguimos individualizar três tipos de situações: a) o hermafroditismo verdadeiro ("*Hermaphroditismus verus*"); b) o Pseudo - hermafroditismo, na plétora de hipóteses em que se analisa; c) o agonadismo, no caso de inexistência de glândulas sexuais ("*agonadismus*"), o que VIRCHOW, no séc.XIX, designava por "*homo neutris generis*"; cfr., SCHNEIDER, A., "*rechusprobleme, ...*", cit.,pág.11 e ss.

483 Pese embora, tendencialmente concorra no plano dos elementos ou caracteres naturais, isto é, exista, "*ab initio*", por efeito da natureza, no próprio sujeito de direito, é mutável, por força de circunstâncias várias: errônea atestação, coetânea à inscrição ou transcrição realizado no assento de nascimento, ambiguidade sexual que, naturalmente ou através de intervenção hormonal, faz emergir, em regra na puberdade sexo morfológico - gonadal - psicológico, oposto ao inicialmente atestado, ...

um assento de nascimento, onde se não insira, ainda que superveniente<sup>484</sup>, o sexo e/ou o nome do registando.

Tão pouco se descortina nos ordenamentos jurídicos ocidentais, disciplina específica acerca dos "*monstra*" ou "*prodigia*", para efeitos de atribuição e começo da personalidade jurídica<sup>485</sup>. O que seria caso para afirmar que, "*monstra und hermaphroditen leben nur im Reich der Mythen*"<sup>486</sup>.

Na realidade, para o direito romano era anódino o "*sexo hermafrodita*"<sup>487</sup>, isto é, "*tertium non datur*". O recém-nascido, portador de ambiguidade sexual - ao nível dos genitais externos - era assimilado aos "*monstra*" - recém-nascidos sem aparente figura humana - presságio, pois, de desgraças próximas, que se esconjuravam, regra geral, nos primeiros tempos pela eliminação física de tais indivíduos, em cerimónias de purificação<sup>488</sup>. Não é, por isso, suspeito,

---

484 Através de um processo de justificação judicial (art.299º/2, CRC 78), que proceda a rectificação da deficiência ocorrida, sempre não possa ser sanada pelo processo de justificação administrativa (art.115º/3, ibidem).

485 A não ser o já citado art.30º do código civil espanhol, que instituiu um sistema de viabilidade, afirmando-se que "*para los fetos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviera figura humana y viviere vintecuatro horas enteramente despreendido del seno materno*".

Entre nós, nos termos do Decreto - lei nº44128, de 28/12/1962, constituem manifestações de vida e, logo, de começo de personalidade jurídica (art.66/1, Cciv 66), contanto que ocorram após a separação do feto: respiração, pulsação do coração ou do cordão umbilical e contracção efectiva de qualquer músculo sujeito à acção da vontade.

486 Assim, COHN, G., "*Das Bürgerliche Recht*", in Sprüchen, apud ENNECCERUS/NIPPERDEY, cit., §84.

487 Extrapolando esta asserção para o direito alemão, cfr., KUHLENBECK, "*Von den Pandekten zum BGB*", 1989, pág.133 e ss., nota 3.

488 KASER, M., "*Das Römisch Privatrecht*", 1971, pág.61 e ss., cita, a propósito SENECA ("*De ira*", 1, 15, 2º), quando afirma: "*Façamos desaparecer (...) os recém nascidos fracos e monstruosos, afoguemmo-los; não como produto da ira, mas da razão, com a finalidade de apartar os*



que a medicina e a jurisprudência do Renascimento e Contra - reforma, épocas de perseguições e heresias, privilegiasse o estudo dos "monstra"<sup>489</sup>. Porém, já Aristóteles advertia para o facto de serem, outrossim, vistos como acidentes da natureza, na altura da concepção ou do nascimento<sup>490</sup>. Até porque, segundo DALLA<sup>491</sup>, a jurisprudência romana já distinguia as deformações corporais, aí onde se incluem as ambiguidades dos genitais externos, dos recém - nascidos totalmente carecidos de figura humana. Ademais, terá sido o jurisconsulto romano, PAULUS, num texto sobre o "ius sepulcrum"<sup>492</sup>, que inspirou o legislador do "BGB", ao fazer depender a personalidade jurídica, da existência de uma cabeça com forma humana, talqualmente já exigia o "Allgemeines Preussisches Landrecht"<sup>493</sup>. No entanto, porque "tertium non datur", já no direito romano clássico (tardio) se erigiu o critério legitimador da pertinência dos hermafroditos a um dos dois pólos, qual elemento, com face de Jano, da identificação sexual normativa. Isto è o indivíduo será do sexo masculino ou fem nino, em atenção aos caracteres genitais externos preponderantes. Justamente aquele critério, atrás recenseado, que coloca o corpo como background

---

*inúteis dos saudáveis*". Vide, ainda, DALLA, D., "Status e rilevanza dell'ostentum", in Sodalitas, Scritti in Onore di A. GUARINO, II, Napoli, 1984, pág.519 e ss.

<sup>489</sup> Como é exemplo, PARÉ, A., "De monstres et prodiges", Paris, 1575, trad. espanhola ("Monstruos y prodigios", Madrid, 1987) e análise crítica, in "La Vanguardia", de 6 - 11 - 1987.

<sup>490</sup> Cfr., LOUIS, P., "Monstres et Monstruosités dans la biologie d'Aristote", in Le monde Grec, hommage à cl.Préaux, Bruxelles, 1975, pág.277 e ss.

<sup>491</sup> DALLA, D., "Status e rilevanza, ...", cit., pág.523 - 524.

<sup>492</sup> D. 11, 7, 44, pr., onde se decide um caso de sepultura de um cadáver, dividido em partes e enterrado em lugares diversos: ("illum religiosum esse, ubi quod est principale conditum est, id est caput, cuius imago fit, unde cognoscimur"). Ainda que <sup>mas</sup>refira este exemplo, vide sobre isto, em geral MARCOS, R.M., "Em torno do 'ius sepulchri' romano. Alguns aspectos de epigrafia jurídica", Coimbra, 1990, pág. 6 e ss.

<sup>493</sup> ALR, I, 1, § 17, 18.

e limite das possibilidades de identificação e identidade sexual normativa das pessoas. O que aliás, bem se compreende, atentos os escassos conhecimentos médicos, concernentes á patologia sexual e à psiquiatria clínica. Não se estranhe, destarte, que os juriconsultos se interrogassem: "*hermaphroditum cui comparamus? et magis juto eius sexus aestimandum, qui in eo prevalet*"<sup>494</sup>. Ou que, para efeitos sucessórios, a impotência e a esterilidade, não excluam a possibilidade de um homem instituir um "*postumus*" como herdeiro, na medida em que o hermafrodita não deixaria de exercitar tais direitos, se o seu sexo preponderante fosse o masculino<sup>495 496</sup> e bem assim adoptar ou

494 D. 1, 5, 10 (Ulpianus libro 1. ad Sabinum).

495 D. 28, 2, 6 (Ulpianus libro 3. ad Sabinum) pr. (...) "2. Hermaphroditus plane, si in eo virilia praevalerent, postumum heredem instituere poterit". Veja-se ainda, D. 22, 5, 15, 1 (Paulus libro 3. sententiarum): "*Hermaphroditos an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalascens ostendit*".

496 Repare-se que só o "*paterfamilias*" detinha capacidade para testar, visto que, às mulheres, originariamente era-lhes vedada a capacidade testamentária activa, e bem falecia-lhe, regra geral capacidade de gozo e de exercício de direitos. de facto, a mulher casada "*sine manu*", acaso fosse "*sui iuris*" podia ter escravos próprios; porém se fosse casada "*cum manu*", deixava de pertencer à família do seu "*pater*", para ser considerada juridicamente como uma "*filia*" do seu marido, logo, "*alieni iuris*", impossibilitada de titular a propriedade de quaisquer bens. Cfr., CRUZ, S., "*Direito Romano*", I, 3ª ed., Coimbra, 1980, pág.220. Todavia, já na época do Baixo Império, perde-se a ideia de exclusividade da posição jurídica do "*de curis*", em favor de uma materialização da patrimonialidade dos bens na esfera jurídica do autor da sucessão. Consequentemente, possibilitou-se a transmissão de bens certos e determinados para outras pessoas, "*ex lege*", ou por testamento (v.g., "*legatum per praeceptionem*"). Assim, na época post-clássica, o testamento, que, nas suas primícias se destinava a dar ao "*pater*", sem descendentes varões, um sucessor na soberania doméstica, transformou-se num instrumento de atribuição patrimonial, a ponto de as mulheres terem sido também admitidas a herdar e a testar. Cfr., COELHO, P., "*Direito das Sucessões*", cit., pág.57 e ss.; CRUZ, B. da, "*História do Direito Privado*", 1955, pág.106 e ss.; SOUSA, C. de, "*Lições de Direito das Sucessões*", vol. I, 3ª ed., Coimbra, 1990, pág.117 e ss.; TELLES, G., "*Direito das Sucessões*", 6ª Edição, Coimbra, 1991, pág.40 e ss.; ibidem, "*Apontamentos para a história do direito das Sucessões portuguêsas*", Lisboa, 1963, pág.60 e ss.

contrair casamento. De facto, a líbido determinante seria decisiva para determinar, nestes termos corporais - genitais, o sexo do hermafrodita, independentemente da sua "gender identity" - a qual, normalmente, coincide, como vimos, com o "sexo preponderante", sem esquecer contudo, a decisiva influência, no "gender role", da educação propiciada pelos progenitores.

Esta impostação foi, naturalmente, transportada para os direitos germânicos, surgindo claramente plasmada na "Reichsnotarordnung", de 1512<sup>497</sup>, e no código civil da Saxónia<sup>498</sup>, isto é, se ali se violava, em absoluto, o princípio da igualdade, acaso a determinação do sexo do hermafrodita, revelasse a predominância dos atributos fenotípicos femininos, em ambos os normativos se apontava para o critério do "sexo predominante", nas hipóteses de ambiguidade sexual morfológico - genial. Porém, facilmente se intui que este critério não pode valer para as hipóteses de hermafroditismo verdadeiro, aliás, bastante invulgar. É que, aqui, a determinação da individualização/identificação sexual normativa só poderia passar pela decisão do próprio hermafrodita<sup>499</sup>. Solução esta que já tinha sido acolhida pelo direito canónico, ao menos, desde 1271, pelo cardeal Hostiensis de Susa, concernente a um caso colocado pelo bispo da Diocese de Turim<sup>500</sup>, e

---

497 "Reichsnotarordnung", (1512), I, 76, apud WACKE, A., ("Vom Hermaphroditen zum transsexuellen", in Festschrift für KURT REBMANN, zum 65 Geburtstag, München, 1989, pág.883): "Frauen oder Hermaphroditen, das seind, die, männlich und fräulich Gemächt hoben und in dem fräulichen gemächt furtreffen".

498 Sächsischen BGB (1863/65), § 46

499 Solução, que, não obstante, já fosse mitigamente acolhida no direito canónico, também para estes casos, se descortina no "codex Maximilianeus civilis bávaro", de Kreittmar, 1756 ("Kreittmayrs Bayerischer codex Maximilianeus civilis"), Parte 1, cap.3, §2, nº2. Vide, infra, em texto.

500 De facto, se o Direito canónico, já havia adoptado o critério do "sexo predominante", para efeitos da intervenção do hermafrodita em testamentos (cfr., "decretum" de Graziano, Pars II, causa 4, quastio 2, can.3, §2), esta solução foi posteriormente aplicada analogicamente pelos glosadores, ao

foi seguida pelos juristas do "*Usus Modernus*", que exigiam um juramento - para evitar problemas quanto à prova, para efeitos de posterior contra - declaração que, na prática equivaleria a uma mudança sucessiva de sexo - e uma "*inspectio corporis*"<sup>501</sup>.

É, porém, no "ALR", prussiano de 1794<sup>502</sup>, que se revê a solução legiferante mais completa e aperfeiçoada, respeitante à determinação do sexo, para efeitos da identificação/identidade sexual normativa em face dos vários tipos de ambiguidades sexuais morfológico - genitais.

É que, nesta, "*prima facie*", atribuía-se aos progenitores a faculdade de determinar qual fosse o sexo, para efeitos da registo civil; porém, uma vez com dezoito anos de idade, o hermafrodita poderia, de per se, eleger o sexo, ao qual se conectariam os seus direitos para o futuro. Só que, acaso os direitos de terceiro, dependessem do hermafrodita, aquele poderia solitar um exame pericial, aliás, se, fosse caso disso, à escolha do hermafrodita ou dos seus progenitores. Decorre pois, daqui, o exercício do direito de autodeterminação do sexo, que, tão só, "*provisoriamente*" tinha sido exercido pelos pais, e a afirmação da identidade pessoal/sexual, que só se obnubilava, nos casos em que estivessem em causa interesses de terceiros, mediante a "*inspectio corporis*".

Vale isto por significar que, já no domínio das ambiguidades sexuais morfológico - gonadais - genitais, no quadro de um paradigma de identificação/individualização sexual normativa, que só releve, mesmo "*ad futurum*", o aparato corporal externo - genital, a imputação

---

problema dos impedimentos matrimoniais, atenta a proibição de casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

<sup>501</sup> O que não evitava, note-se que, o recém - nascido, inicialmente baptizado com o nome e sexo masculino, mais tarde "*optasse*" pelo outro sexo, ainda que com a intervenção de peritagem médica, visto que, nestes casos de ambiguidade sexual genital, normalmente, se elegia o sexo masculino como preponderante, posto que era considerado mais "*elegante*", pelo menos até ao séc. XVIII, pois, o "*codex Maximilianus*", já declarava que, "*Keine von beeden Geschlechtern hat vor dem anderen einen Vorzug*", afastando-se, pois, "*a presunção de masculinidade*", até aí seguida.

<sup>502</sup> "*Allgemeines Landrecht Preussens*", I, 1, §19 e ss.

sexual não ficava dependente do livre talante do hermafrodita, outrossim, já se exigia um critério médico de imputação sexual, contanto que, "in casu", direitos de terceiro dependessem daquela imputação<sup>503</sup>. Era aí que, em ultima análise, os "limites da disponibilidade" do registo do estado civil das pessoas, concernente ao sexo, se ancoravam.

Pelo contrário, no direito canónico, o hermafrodita foi preferentemente relacionado com a disciplina do casamento, na medida que se lhe facultava, sob juramento, a escolha do sexo. Assim, no hermafroditismo verdadeiro, pese embora valesse a regra que, "*Si aequalis est sexus volet coniugium in quovis sexu*", na prática a Igreja impunha a escolha de um dos sexos, após o referido juramento de, dele mais não abdicar, facultando, destarte, a esse hermafrodita a possibilidade de contrair validamente casamento no sexo de eleição. Porém, era, "*communis opinio*" que, se o hermafrodita, após ter "escolhido" o sexo e nele contraído casamento com pessoa do outro sexo, "*vidus factus, utatur alio sexu et nubat ut foemina, qui prius nupsit ut vir, peccat nullum sit ius Ecclesiasticum, quo reddatur inhobilis*"<sup>504</sup>. Nos casos de pseudo - hermafroditismo, adoptava-se a regra romana, "*Hermaphroditum... eius sexus (esse) aestimendum qui*

---

503 O que já pouco teria a ver com a "*imbecillitas sexus*" das mulheres, pois que, nos direitos romano e germânico antigo, a mulher encontrava-se sujeita ao instituto da tutela ("*tutela mulieris*"), não podia ser "*pater familias*", era-lhe vedada a representação legal dos filhos, em regra, a adopção, ou a outorga de testamentos. (cfr., WACKE, A., "*Elterlich Gewalt im wandel der Jahrtausende*", in *Zeitschrift für Familienrecht*, 1980, pág.250 e ss.; FLOSSMANN, V., "*Die gleichberechtigung der geschlechter in der privatrechtsgeschichte*", in *Festschrift für H. EICHLER*, Linz, 1977, pág.119 e ss.; SOUSA, C. de, "*A adopção. Constituição da relação adoptiva*", Coimbra, 1973; COSTA, A., "*A adopção na história do direito português*", in *BDFC ("temas de história do Direito")*, XLIV), pág.27 e ss.). Daí que, talvez se relacionasse a atribuição de efeitos "*ex nunc*" ou "*ex tunc*" da mudança de sexo, então operada, com interesses de terceiros, na medida em que tendo no entretanto, o hermafrodita contratado com eles, os interesses destes dependessem do seu estado de casado ou, na medida em que estivessem em questão interesses do outro cônjuge ou dos filhos.

504 PONTIUS, "*De Sacram. Matrim.*", VII, cap.LXV, nº8, apud, D'AVACK, A., "*cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale cononico*", Roma, 1940, pág.66 - 67.

in e o prevalet"<sup>505</sup> e, conseqüentemente permitia-se o casamento no sexo "prevalente", sob juramento de não "usar" os genitais do outro sexo. De resto, nas hipóteses em que os genitais apresentavam pequenas disfuncionalidades, após um exame médico, não haveria impedimento matrimonial, na medida em que aquele certificasse, através, tão só, da observação dos genitais externos, a "unicidade" sexual, desde que, a pessoa em causa não fosse, presumivelmente, impotente "ad copulam coniugalem perficiendam".

Decorre, pois, do expandido que, o problema da determinação do sexo (e mudança de sexo), se reconduzia, no direito canônico a uma mera questão de impotência, enquanto impedimento matrimonial ("iuris naturalis"), no sentido em que tudo girava em saber e estabelecer se, "in casu", o hermafrodita dispunha no sexo que escolhesse e, atendendo ao qual contrairse casamento, com indivíduo de sexo diverso, da necessária "potentia" para realizar uma "copula perfecta", como se fora um indivíduo "normal" desse sexo<sup>506</sup>.

---

<sup>505</sup> D. 1, 5, 10 (Ulpianus libro 1 ad Sobinum); D'AVACK, A., "cause, ...", cit., pág.67.

<sup>506</sup> Mais não restará, assim, do que chamar à colação a doutrina jurídico - canônica da impotência, qual "habilitas coeundi in matrimonio". Vide, ainda, D'AVACK, "Identità di sesso e hermafroditismo", in Enc. dir., XIX, Milano, 1970, pág.961 e ss. Porém, já no séc.XX, VASSALI, F., "Lezioni di diritto matrimoniale", vol.I, Padova, 1932, pág.256, conclui, que um eventual casamento civil de um hermafrodita verdadeiro deve ser reputado inexistente.

**Capítulo 2**  
**Aspectos de Direito Comparado**

## Capítulo 2 - Aspectos de Direito Comparado

20. Legiferação: 20.1. Legislação Sueca de 1972; 20.2. A "transsexuellengesetz" - TSG, de 1980; 20.3. A Lei Holandesa de 1985; 20.4. A Lei Turca de 1988; 20.5. A Legislação Italiana de 1982; 20.6. O problema na convenção Europeia dos Direitos do Homem. Os casos Inglês, Belga e Francês. A aporia da legiferação; 20.7. O problema nos E.U.A. Canadá. África do Sul. 21. Soluções Jurisprudenciais: 21.1. E.U.A.; 21.2. França; 21.3. Espanha; 21.4. Portugal; 21.5. Suíça. 22. Procedimentos Administrativos. Austria. Dinamarca. E.U.A.

### 20. Legiferação

Do que ficou dito se demonstra, como na história do pensamento jurídico não faltaram horizontes normativos - claramente o canónico - que faziam defender a identificação/identidade sexual normativa da faculdade de escolha por parte da pessoa em questão. Todavia, tal desiderato já não é completamente líquido nos ordenamentos jurídicos modernos, designadamente, em relação à mudança de sexo, por força de problemas de Identidade do Género, vale afirmar, transexualidade.

A este propósito, surpreendemos, em sede de mudança de sexo por efeito de transexualismo, soluções amplamente liberais, que prescindindo de um reconhecimento jurídico da mudança operada, de tipo judicial, resolvem a questão, exclusivamente, no plano do procedimento administrativo; outros ordenamentos, privilegiando um acentuado interesse do Estado, "*da esfera pública*" em propiciar força normativa irradiante à "*esfera privada*", emanam actos legislativos, tendentes à conformação do reconhecimento jurídico da mudança, talvez, procurando encontrar o equilíbrio entre o interesse da pessoa - por vezes tentada pela libertação desejo e da libido, a concretizar universos oníricos sexuais, que mais não são do que estados sexuais psicopatológicos - e os interesses da colectividade; ou ainda, ordenamentos que, aqui e acolá, fiéis a uma profícua tradição de "*criação*" jurisprudencial do Direito, carream para este "*novo*" caso, uma teoria de decisão do justo concreto, que tem permitido obter, o reconhecimento judicial da operada mudança de sexo.



No que respeita aos ordenamentos jurídicos europeus, que já legislaram sobre a mudança de sexo, constata-se que, ao invés de terem introduzido alterações na legiferação concernente ao registo do estado civil das pessoas, tenderam, justamente, a elaborar normaçaõ autónoma. Nestes termos, foi a Suécia, o primeiro país da Europa a legislar especificamente, no que tange à matéria "*sub indice*".

## 20.1. Legislação Sueca de 1972

Com efeito, uma lei de 21 de Abril de 1972, relativa à determinação do sexo<sup>507</sup>, permite a todos aqueles que, finda a adolescência, se não reconheçam como pertencentes ao sexo indicado no assento de nascimento, a possibilidade de peticionarem à autoridade administrativa competente - a "*Socialstyrelsen*" - a atestação de que são do sexo oposto, contanto que se tenham comportado ou o venham, invariavelmente, a fazer, na sua vida de relação, como se de pessoas do sexo oposto se tratasse ("*gender role*")<sup>508</sup>. O peticionante deve ser estéril ou impotente, ou, então, deverá submeter-se à esterilização; tratar-se de um cidadão sueco, solteiro (§3) maior de 18 anos deve, ficando a intervenção cirúrgica na dependência de uma autorização, a qual certifica os pressupostos concernentes aq(u)eloutra (§4). Igualmente, nos termos do §2, o indivíduo, que apresenta malformação nos genitais externos, em termos de poder suscitar dúvidas sobre o sexo, pode requerer idêntica certificação, na medida em que seja compatível com o desenvolvimento dos seus órgãos genitais - e demais caracteres secundários - ou se possa efectuar uma intervenção cirúrgica "*correctiva*" das malformações, por forma a que os genitais correspondam ao sexo desejado, ou se - prescindindo-se de qualquer

---

507 "*Lag om fastställande av Könstillhörighl i vissa fall*", (21 de Abril de 1972) - SFS, 1972: 119. Cfr., a trad. italiana, in STANZIONE, P., "*La soluzione normativa del transsexualismo: l'esperienza tedesco - occidentale*", in RDC, pág.1231; também, in D'ADDINO SERRAVALLE/PERLIGIERI, P./STANZIONE, P., "*Problemi giuridici del transsexualismo*", Napoli, 1981, pág.187. Vide, a tradução francesa, in Rev. TDC, 1976, pág.295 e ss. Cfr., ainda, WALLINDER/THUWE, "*A law concernig sex reassignment of transsexuals in Sweden*", in Archives of Sexual Behaviour, 1976, pág.255 e ss.

508 Em sueco, "*Könsroller*". Por isso que, onde na tradução italiana do seu § 2, se lê "*chi presenti malformazione dei suoi organi genitali itall che sussistano dubli circa la sua appartenenza sessuale, può chiederne l'accertamento a norma del § 1, se ciò é compatibile con lo sviluppo degli organi genitali*", deve ler-se, "*chi presenti (...) con lo sviluppo del ruolo sessuale*", ou seja, do comportamento sexual, "*gender role*".

...melhor à  
 ...de 18  
 ...administrativo.  
 ...mudança  
 ...entanto. É.  
 ...de não  
 ...interposto no  
 ...tutela-se a  
 ...que se  
 ...enrriquecidos  
 ...interessado,  
 ...sexo. A  
 ...médicos  
 ...sem  
 ...e  
 ...Penal

...reside.  
 ...ação  
 ...a  
 ...exames  
 ...vale  
 ...e  
 ...que  
 ...as r.

cirurgia - dessa maneira, o sexo petitionado se adegue melhor à aparência sexual externa da pessoa. Se o peticionante fôr menor de 18 anos, será representado legalmente, neste procedimento administrativo, pelos pais ou tutor. Porém, se se tratar de maior de 12 anos, a mudança de sexo não se efectuará sem que este expresse o seu consentimento. É, igualmente possível, impugnar, por via de recurso, a decisão de não provimento, emanada da "*Socialstyrelsen*", recurso este interposto no tribunal administrativo (§6) - o "*Kammarrätten*". Ademais, tutela-se a intimidade da vida privada dos indivíduos em questão, posto que se cominam penas de prisão até um ano, para os médicos, funcionários públicos e demais intervenientes, que, sem autorização do interessado, divulgem informações relativas ao processo de mudança de sexo. A mais disso, prevêm-se penas de prisão, até seis meses, para os médicos que praticarem, ainda que por negligência, a intervenção cirúrgica, sem que estejam munidos da autorização supra indicada, sem prejuízo, é óbvio, de o facto já se encontrar, em geral, tipificado no Código Penal sueco (§8).

Vem isto significar a singularidade desta lei, que reside, justamente, no facto de não ter previsto qualquer solução "*diferenciada*", nos casos de transexualidade, limitando-se unicamente a disciplinar, coenvolvemente, as hipóteses de ambiguidades sexuais morfológico - gonadais - genitais e as de "*gender identity*", vale afirmar, os casos de hermafroditismo verdadeiro, pseudo - hermafroditismo - e a sua plétora de variáveis - e transexualismo, que, de uma forma assaz natural e sensata, se veêm, desta sorte, colocadas no mesmo "*saco*".

## 20.2. A "transexuellengesetz" - TSG, de 1980

Mais rigorosa e mais complexa afigura-se-nos a Lei Alemã, de 10 de Setembro de 1980<sup>509</sup>, que, além de sugerir uma interessante metodologia para o tratamento jurídico do problema que nos move, oferece ao jurista uma pluralidade de soluções<sup>510</sup>. Se por um

---

<sup>509</sup> "gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen" ("transsexuellengesetz" - TSG), 10 - 09 - 1980 (BGB I, 1980, I, pág.1654).

A iniciativa legislativa partiu dos deputados, do SPD, de Hamburgo, ARNDT ("Stenographisch Bericht", de 15 - 3 - 1972, nº 10270 e ss.; 18 - 3 - 1975, pág.10943 e ss., 10948 e ss.) e MEINECKE (proposta comum: BT - "Drucksache", 8/2947, de 6 - 6 - 1979). Só que, passada a primeira conferência ("Stenographisch Bericht", de 28 - 6 - 1979, pág.13169 e ss.), transcorrido o relatório da comissão parlamentar (BT - "Drucksache", 8/4120 de 20 - 5 - 1980) e após a segunda e terceira conferência ("Stenographisch Bericht", de 12 - 6 - 1980, pág.17733 e ss.), no "Bundestag", o texto definitivo encontrou resistências no "Bundesrat". Somente, após a intervenção da comissão de conciliação foi possível, que a Lei viesse regida no seu texto actual [ST - "Drucksache", 8/4368; RT - "Drucksache", 426/80, de 4 - 7 - 1980].

<sup>510</sup> Podem, no entanto, desenhar-se os antecedentes mais remotos da citada legislação, seja em arestos que, aplicavam analógicamente os preceitos da "Personenstandsgesetz" - PSTG (normativo que regula a inscrição no registo civil, e que tem constituído o parâmetro decisório, nos casos de mudança de sexo, emergentes de hermafroditismo e demais estados de intersexualidade; cfr., AUGSTEIN, in STAZ, 1982, pág.241; ibidem, STAZ, 1983, pág.339 e ss.) às hipóteses de transexualidade, passando por decisões do "Bundesgerichtshof", a defenderem a inadmissibilidade de rectificação das menções, concernentes ao sexo, no transexualismo, por força do princípio da imutabilidade do sexo, originariamente atribuído (cfr., BGH, 21 - 09 - 1971, in BGHZ, 57, 63, in NJW, 1972, pág.330, com comentário de EBERLE; ibidem, in FAmRZ, 1972, pág.82, com comentário de BOSCH), até ao decisivo aresto do "Bundesverfassungsgericht", de 11 - 10 - 1978, onde o tribunal de Karlsruhe, captando evolutivamente os princípios constitucionais (maxime, arts.1º/1 e 2º/1, da "Grundgesetz", sobre a dignidade e o desenvolvimento da pessoa humana), cura ser mister "adequar o "status" passivo ao sexo, ao qual a pessoa pertence, nos termos da sua própria constituição física e psíquica" (cfr., BVerfG, 11 - 10 - 1978, in BVerfGE, 49, pág.286; ibidem, in NJW, 1979, pág.595; ibidem, in Europäische Grundrechte - Zeitschrift, 1979, pág.50, comentada por

lado a lei é omissa, relativamente a mudança de sexo, por força de hermafroditismo e demais situações de intersexualidade<sup>511</sup>, por outro, o legislador alemão, no tocante à mudança de sexo, por efeito do transexualismo, parece ter querido relativizar este fenómeno, não somente porque apresentou vários instrumentos jurídicos idóneos para a caracterização das diversas "etapas", pela quais se processa o "iter transexualis", de um sexo para o outro, mas porque propiciou, inclusivamente, que este pudesse "retornar" ao sexo, em relação ao qual, "ab initio", se manifestava a "Gender Identity Disorder".

Daí que, o transexual possa, "prima facie", enveredar pelo primeiro estágio da transformação do sexo, peticionando a simples mudança de nome (§1.1., TSG), ou pode, logo, decidir trilhar toda a estrada que conduz ao sexo de eleição, obtendo, de acordo com a sua sólida representação psíquica e concomitante actuação no "Ser - com - os - outros" ("Gender role"), sentença que declare pertence ao sexo oposto.

A específica disciplina concernente à mudança de nome, caso único, nos ordenamentos que já legiferaram sobre esta matéria, só se intui, aliás, na medida em que o regime geral sobre a mudança de nome, comporta um procedimento particularmente limitativo<sup>512</sup>.

---

SIEBERT) Daí que, essa exigência pessoal, digna de relevo jurídico, não pudesse, nas palavras desse tribunal constitucional, ficar na dependência de uma evolução jurisprudencial, desde logo, por causa da multiplicidade das consequências decorrentes da mudança legal de sexo (v.g., serviço militar, relações laborais. A este respeito, pese embora o §611a do BGB, reafirme a proibição de não discriminação, são de exceptuar as discriminações, que se imponham por forças das diferenças biológicas entre o homem e a mulher. Cfr., WACKE/SCHMITZ, "schwangerschaft", in HRG, IV, 1989, 1557 e ss.), tangentes a outros sectores do ordenamento jurídico. Além de que, o Parlamento Alemão, terá ainda tido em conta, a decisão da comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 1 - 3 - 1979, relativamente ao recurso nº7654/76, Van Oosterwijck v. Bélgica. Cfr. infra, nº20.6.

<sup>511</sup> Aplicando-se, adjectivamente o §47 da PSTG, mas sem que se fixem parâmetros materiais de decisão. pelo que, a solução será, de acordo com a doutrina dominante, atender às características sexuais - genitais predominantes, talqualmente começou por ocorrer no direito romano. Cfr., WACKE, A., "Vom Hermaphroditen, ...", cit., pág.894 - 895.

Assim, no âmbito, da "TSG", a mudança de nome pressupõe a prova de que a pessoa, há já 3 anos, viva de acordo com o "gender role" correspondente ao sexo peticionado e, se possa presumir, ainda que com grande verossimilhança, que tal convicção não se alterará<sup>513</sup>. Além de que, se exige que a pessoa já tenha completado 25 anos de idade (§1.1.3. e §8.1.1., TSG), seja de nacionalidade alemã, apátrida, ou refugiado, residente no território, da República da Alemanha.

Maior relevo prático e interesse apresenta o segundo momento do "iter", posto que, para obter decisão judicial, que declare que o indivíduo é do outro sexo, se exige que este se tenha submetido a operação cirúrgica de modificação dos genitais externos, no decurso da qual, com indispensável intervenção hormonal, se constate uma clara semelhança fenotípica aos indivíduos do sexo oposto. No mais, se requer que o transexual não seja casado e seja permanentemente incapaz de procriar<sup>514 515</sup>. Em face do exposto, a diferença que medeia entre

---

<sup>512</sup> Cfr., PATTI, S./WILL, M., "La rettificazione di atribuzione di sesso. Prime considerazione", in Riv.DC, 1982, II, pág.729 e ss.; ibidem, "Mutamento di sesso e tutela della persona", Padova, 1986, pág.50 - 51.

<sup>513</sup> De resto, este requisito, é certificado por dois médicos.

<sup>514</sup> É certo que, também estoutra solução, se exigia a idade mínima de 25 anos. Porém, o "Bundesverfassungsgericht", julgou inconstitucional tal requisito, por força do princípio da igualdade (§3.1., da "Grundgesetz", na medida em que um indivíduo menor de 25 anos, pese embora respeitasse todos os demais requisitos, mereceria tratamento diverso, em relação aqueles sujeitos que tivessem 25 ou mais anos de idade. Parece, pois, que, não querendo que o legislador faça depender a intervenção cirúrgica dos requisitos de idade igual ou superior a 25 anos, só a primeira solução - a mudança de nome - pressupõe um estalão mínimo de idade). Cfr., sobre os problemas emergentes da declaração de inconstitucionalidade (BVerfG, de 16 - 3 - 1982, in STAZ, 1982, pág.170 e ss.; ibidem, BVerfGE, 60, pág.123; ibidem, NJW, 1982, pág.2961; Münchkomm - Rebmann, Bd.5, 1. Halbbd., 2ª ed., 1989, Eine. Rd, Nr.164), EHRHARDT, "transsexualität: medizinisch, ...", cit., pág.281 e ss.; WACKE, A., "Von Hermaphroditen, ...", cit., pág.897 - 898; PATTI, S./WILL, M., "La rettificazione, ...", cit., pág.50; AUGSTEIN, in STAZ, 1982, pág.174; KOCH, "Medizinrecht", 1986, pág.175.

Note-se que o estabelecimento inicial de um limite mínimo de idade compreendia-se ao arrimo do regime jurídico da esterilização voluntária, 15 - 8 - 1969 ("Gesetz über freiwillige kastration und andere Behandlungsmethoden") BGB 1, Ipág.143), que exige a idade mínima de 25 anos, o

...plasmase no facto de que na primeira -  
...maneira de nome, seja nas hipóteses de  
...*in diem*" incumbe sempre à pessoa de  
...a acção, nos termos das regras da  
... Interessante é ainda notar que, a "TSG" não

...sobre a natureza, a gravidade, e os riscos da  
...no tipo legal de crime das ofensas corporais.  
...idade mínima, criou-se uma situação, pelo  
...a possibilidade de alterar a referida lei de  
...a malha de sexo representa, sem dúvida, uma  
...*"destrutiva e construtiva"*.

...na lei alemã, não representa um  
...de dois procedimentos independentes. Cfr.,  
...*l'esperienza tedesco - occidentale*,  
...

...entre nós, na experiência jurídico  
...jurisdição voluntária e contenciosa, é  
...ao arbítrio e da jurisprudência, a  
...jurisdição voluntária.  
...das teses de MICHELI (*"Per una  
...Diritto Processual*, 1947, I, pág.18 e  
...1947, I, pág.101 e ss.) e  
...*di parti*", in *Giur. it.*, 1946, I, 1,  
...relativas ao problema de saber se o  
...coincidentes, a ponto de poderem  
...*Assim*, já ALLORIO, "*Saggio  
...1948, pag.487*"; e LIEBMAN, "*Revocabilità  
...se refere exclusivamente à jurisdição  
...ordenamento jurídico italiano, se deve  
...CANOVA, A., "*Per la chiarezza delle idee in tema di  
...1947, I, pág.431 e ss.*). Ora, entre  
...CPC 61, relativo aos processos  
...in *RLJ*, 70, pág.117 e ss;*



regula a disciplina da operação cirúrgica de "transplantação" dos caracteres sexuais genitais, tendo-se outrossim, dela desinteressado ou dando-a por resolvida. De guisa que, em vez de indicar os limites e modalidades da intervenção - como, aliás, decorre dos §2 e 4 da Lei Sueca - pressupõe que a intervenção se já realizou, tendo, para o efeito, propiciado a semelhança física fenotípica - "externa" ao sexo psíquico<sup>517</sup>.

Poderia o expendido, todavia, servir para concluir que a 1ª solução - mudança de nome - é supérflua, pois que, a 2ª solução, ao prever a pura e simples rectificação sexual anagráfica, marcará, prevalecentemente, a escolha dos indivíduos. Porém, sempre se obtemperará, dizendo que, a simples mudança de nome pretende tutelar a situação daquelas pessoas que, por força da idade, ou de doença incompatível com os procedimentos cirúrgicos, não possam a eles submeter-se e bem assim manter, no entretanto, válido o eventual casamento do transexual ou, acautelar as maiores dificuldades de adaptação, nos casos de transexualismo mulher - homem<sup>518</sup> e evitar, logo aí os gestos mais incontrolláveis: suicídio ou mutilação. Depois, porque, ao prever esta primeira solução, nunca poderá retornar em absoluto ao sexo anagráfico coetâneo ao nascimento, sendo já falsa a impositação inversa: a atestação legal da mudança de nome é, ao menos, reversível. Já se vê, pois, a utilidade deste procedimento dicotómico.

---

CASTRO, A., de, "Direito Processual civil declaratório", vol.I, , Coimbra, 1981, pág.146 e ss.;  
MENDES, C., "Direito Processual Civil", Lisboa, 1962, pág.40.

<sup>517</sup> E, de facto, a exigência que a lei coloca, quanto à aparência sexual fenotípica, pode servir para testar a consistência da mudança de sexo, até aí operada, por forma a se erigir com parâmetro de judicatura o critério da "suficiência" das modificações sofridas. Neste sentido, WILLE/KRÖHN/EICHER, "Sexualmedizinische Anmerkungen zum transsexuellengesetz", in FamRZ, 1981, pág.418 e ss. Privilégia-se, destarte, novamente, a orientação clássica segundo a qual, para a determinação do sexo, se deve recorrer a um critério corporal, morfológico - externo.

<sup>518</sup> É que, como nota AUGSTEIN ("zum transsexuellengesetz", cit., pág.13), o sucesso da mudança de sexo, nos casos de transexualidade, também, depende da coincidência entre o nome e a aparência sexual - corporal.

De salientar, ademais, que o legislador alemão se preocupou com o facto de a diferenciação entre os sexos, sem que se chame à colação o princípio da igualdade, imposter diverso tratamento jurídico, o que, ao menos, o levou a assinalar, conquanto casuísticamente, algumas hipóteses em que os efeitos jurídicos, emergentes da mudança de sexo, não variam. É o caso das relações entre pais e filhos (§11), da obrigação de alimentos (§12), preferindo consignar uma cláusula geral (§10, 1), de onde se desprendem os direitos e deveres, que dependem do sexo atribuído<sup>519</sup>.

No que tange ao casamento, a simples mudança de nome não prejudica a manutenção do vínculo conjugal, contanto que os cônjuges assim o entendam<sup>520</sup>. É claro que, só o transexualismo em si, ou seja, a vivência num "gender role" do sexo oposto pode, logo, conduzir à anulação do casamento por (§32, da "EhG"), ou dar lugar ao divórcio por inexigibilidade de conveniência<sup>521</sup>.

---

519 Repare-se, desde logo, o alcance diverso dos poderes de administração e disposição de bens comuns.

520 Até porque, parece, que esta solução é o único lenitivo, que mantém vivo o casamento do transexual. Assim o entendeu a comissão de Assuntos Internos do Bundestag.

521 § 1565, 2, do B6B; cfr., WOLFFA, A., in Münchener Kommentar, Familienrecht, München, 1978, pág. 665 e ss.; MULLER, D./GINDULIS *ivi*, pág. 2084.

## 20.3. A Lei Holandesa de 1985

Sobretudo à luz da clássica impositação sobre a "descodificação"<sup>522</sup> convem assinalar que, na Holanda, as normas atinentes à rectificação do sexo, nas hipóteses de erro material de inscrição ou transcrição e bem assim nas situações de intersexualidade, se estatuem no artigo 29º/1, do código civil holandês, sendo que, os transexuais, pelo menos, até 1 - 8 - 1985, delas se não podiam fazer prevalecer<sup>523</sup>. De facto, essa data marcou o início da entrada em vigor da lei de 24 - 4 - 1985<sup>524</sup>, respeitante à rectificação do sexo, nos instrumentos do registo civil do nascimento, nos casos de transexualidade. Porém, esta legiferação não pretendeu modificar a lei holandesa sobre o registo do estado civil das pessoas, em termos de se criarem autónomos e especiais normativos, outrossim, se visou tão só integrar o código civil, por môr

---

522 Cfr., IRTI, "L'età della decodificazione", in *Diritto e Società*, 1978, pág.613 e ss., ASCARELLI, "Norma giuridica e realtà sociale", in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, pág.103, DE CUPIS, A., "A proposito di codice e decodificazione", in *Riv. DC*, 1979, II, pág.47 e ss.

523 Cfr., os arestos da "Hoge Raad" - o tribunal de cassação - de 13 - 12 - 1973 (in, *Nederlandse Jurisprudentie*, 130, comentado por E. LUITJEN) e de 3 - 1 - 1975 (ivi, 187). No primeiro caso após o tribunal de Apelação de Amesterdam, ter concedido a mudança (legal) de sexo, a "Hoge Raad" entendeu enterpretar o art. 17º/1, d. do código civil holandês, reportando ao momento do nascido, que não ulteriormente, a indicação do sexo, para efeitos do registo civil. No segundo caso, o tribunal de Apelação de Haia, já ciente da jurisprudência anterior, concluindo, numa hipótese de transexualidade homem - mulher, que o individuo, já na altura do nascimento era do sexo feminino, não obstante a presença de caracteres anatómico - morfológico - gonadais do sexo masculino, conforme perícias médicas aí produzidas (já atantar aplicar a tese "biologista", sobre a etiologia do transexualismo) viu a sua decisão "anulada", no sentido em que a "Hoge Raad" assimilou na expressão "sexo do recém - nascido", não só os caracteres sexuais externos.

524 "Staatsblad" 1985, 243. E foi o Decreto Real de 6 - 7 - 1985 ("Staatsblad", 1985, 401), que fixou a sua entrada em vigor.

do aditamento de quatro novos artigos, no quadro do artigo 29º do referido código, justamente, os artigos 29 - A a 29 - D <sup>525</sup> 526.

Pelo que respeita ao âmbito pessoal de aplicação, o regime introduzido no código civil holandês revela-se mais liberal, que os normativos sueco e alemão, pois, faculta aos transexuais estrangeiros, a possibilidade de requererem a mudança das menções relativas ao sexo, nos instrumentos registrais de nascimento, contanto que resida na Holanda, há pelo menos um ano, com licença de residência válida (art.29 - A/3). Limitação esta que bem se entende, na medida em que visa impedir um abusivo aproveitamento do cidadão estrangeiro, nacional de um ordenamento que não reconheça semelhante possibilidade legal, traduzido em intentar, uno actu, na Holanda, acção de mudança de sexo, seguida de eventual pedido de revisão de sentença estrangeira nos tribunais nacionais competentes.

É natural que se tenha consignado a competência dos tribunais holandeses tão só limitada à rectificação dos instrumentos do registo civil de nascimento, lavrados na Holanda. Todavia, permite-se que o transexual, nacional ou não, possa requerer a transcrição do nascimento, ocorrido no estrangeiro, nos registos holandeses (29 - A/2, "ex vi", art.23º do decreto relativo ao registo civil). Sendo assim, o transexual, deverá, no momento da propositura da acção, pedir subsidiariamente, que o tribunal competente<sup>527</sup>, ordene a transcrição do

---

<sup>525</sup> Concomitantemente, se seguiu a promulgação do Decreto de 27 - 6 - 1985, concernente aos modelos do requerimento referido no artigo 29 - B, que entrou em vigor na mesma data ("Staatsblad", 1985, 371).

<sup>526</sup> "Nadere regelen ten behove van transexueln omtrent het wijzigen van de vermelding van de Kunne in de akte van geboarte". cfr., GROSHEIDE, "Naar een jurisdisch statunt voor transeksueln", in Nederlands Juristenblad, 1983, pág.438 e ss.; BREEMBAR, W., "La nouvelle legislation neerlandaise relativo à la transexualité", in Revue trimestrielle de droit familial, 1987, (3 - 4); PATTI, S./WILL, M., "Mutamento di sesso, ...", cit., pág.52 - 53; ibidem, "La rettificazione di attribuzione di sesso, ...", cit., in Riv. DC, 1982, II, pág.729 e ss.

instrumento registral de nascimento estrangeiro, nos registos de nascimento da "Conservatória dos Registos centrais" de Haia (art.29º - A/3).

O art.29º - A/1, b exige ademais a esterilidade do requerente, o que, vale dizer, se pretende a extirpação (cirúrgica) dos testículos, ovários e útero, de maneira a evitar o nascimento de crianças filhas de progenitores, onde o sexo jurídico se revela em oposição ao sexo biológico.

No que a limites de idade concerne, pese embora se tenha hipotizado um limite máximo de 18 anos, nem no projecto de Lei<sup>528</sup>, nem no texto aprovado se descortina qualquer referência. O que se explica, na medida em que só se admitem as petições de transexuais, que se já submeteram a intervenção cirúrgica e concomitante terapia hormonal, visto que, razoavelmente, do ponto de vista médico - psicológico, tal ocorrerá, em regra geral, a partir do fim da puberdade, ou seja, desde os 18 anos. De resto, a estipulação de limites mínimos de idade, como condição de procedência da acção pode acarretar consequências funestas à luz dos conhecimentos médicos, sempre que se trate de "*gender identity disorders*", que se revelem já na infância, posto aí será já curial acompanhar a evolução da criança.

A despeito da petição dever ser acompanhada de um relatório pericial, elaborado por equipa interdisciplinar, (psicólogo, endocrinologista, sexólogo, psiquiatra, ...), que permita avaliar o aparato sexual externo, a adaptação psíquica e certificar o estado de infertilidade do demandante, ao juiz é lícito nomear outros peritos.

Ademais, o artigo 29º - A/1/a, exige o celibato do transexual, o que, se se compreende em atenção à disciplina e harmonia jurídica de um futuro casamento, é manifestamente claudicante contanto que, se reduza uma futura identidade sexual, a nível de comossómico, entre os dois cônjuges, ao conceito legal de casamento entre pessoas do mesmo sexo, donde se retira o consequente efeito de inexistência (ou da nulidade, para outros), nos termos do art.33º, do Livro I, do código

---

<sup>527</sup> Ou seja, o do domicílio do transexual (art.29º A/1).

<sup>528</sup> Publicando, in, Bulletin d'information sur les activités juridiques, Janvier, 1983.

... art. 2º - A/1 ao não excluir que o transexual  
... e tenha filhos, permite compreender a  
... do citado aditamento ao código civil, ao  
... mudança de sexo, plasmando expressamente  
... não re e a automaticamente em sede de  
... relação jurídica familiar, isto é, v.g.,  
... alimentos em relação ao ex - cônjuge e aos

civil holandês. Todavia, o art.29º - A/1 ao não excluir que o transexual possa ter sido (ou ser) casado e tenha filhos, permite compreender a economia do art.29º - D, do citado aditamento ao código civil, ao atribuir efeitos "*ex nunc*" à mudança de sexo, plasmando expressamente que essa mudança (legal) não releva automaticamente em sede de direitos e obrigações inerentes à relação jurídica familiar, isto é, v.g., conserva a obrigação de alimentos em relação ao ex - cônjuge e aos filhos.

#### 20.4. A Lei Turca de 1988

Igualmente se assistiu na turquia a uma tentativa legiferante, pelo que à mudança de sexo nos casos de transexualidade concerne. De facto, a "*occasio legis*" foi aqui o comovente escândalo, protagonizado por uma cantora, conhecida pelo nome de "*Bülent Ersoy*", dando lugar à lei nº3444, de 4 - 5 - 1988<sup>529</sup>.

---

<sup>529</sup> Cfr., para mais desenvolvimentos, ÖTZAN/WILL, M., "*Das neue türkische transxuelligesetz*", in, Festschrift für Geck, 1989.



## 20.5. A Legislação Italiana de 1982

Mau grado os esforços daqueles que defendiam uma desnecessidade de uma intervenção legislativa<sup>530</sup>, veio á luz, em Itália, a lei de 14 de Abril de 1982, nº 164<sup>531</sup>, que, não curando, propriamente de

---

530 Posto que, sempre seria possível rectificar o assento de nascimento, nos casos de mudança voluntária de sexo, não só nos casos de ambiguidades morfológico - gonadais - genitais, mas também face a problemas de "identidade do género", pois que, no ordenamento italiano à norma do art.454º do "Codice", sobre a rectificação do registo civil, poder-se-ia atribuir um significado mais amplo, por forma a abranger as hipóteses, nas quais a realidade já não corresponde-se ao facto registado. O que, para alguns (CARNELUTTI, F., "Rettificazione del sesso", in Rivista di diritto processual, 1962, pág.492 e ss.; FERRI, L., "Atti dello stato civile", in commentario del codice civile, I, Persone e famiglia, art.449 - 455, org. por SCIALOJA e BRANCA, Bologna - Roma, 1973, pág.133) e para a maioria da jurisprudência (sentença do tribunal de Palmi, de 7 - 11 - 1957, in Calabria giud., 1958, pág.273; do tribunal de "Apello" de Catanzaro, de 24 - 3 - 1958, ivi, 1958, pág.225; do tribunal de Bari, de 29 - 1 - 1962 e tendo subido ao tribunal de "Apello" de Bari, que deitou sentença, parcialmente concordante em 22 - 3 - 1962, in Rivista di diritto processuale, 1962, pág.192; do tribunal de toronto, de 28 - 1 - 1974, in il diritto di famiglia e delle persone, 1974, pág.459; do tribunal de toronto, de 30 - 6 - 1976, ivi, 1977, pág.214) se applicava nas hipóteses de intersexualidade (hermafroditismo, pseudo - hermafroditismo. ...). Porém, uma corrente minoritária (PERLINGIERI, P., "Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento de sesso", in Diritto e Giurisprudenza, 1979, pág.830, ibidem, "La personalità humana nell'ordinamento giuridico", Napoli, 1972, pág.174 e ss.) entendia poder estender a utilização do "procedimento camerale" de rectificação dos actos do estado civil, previsto nos arts.165º e 167º/2, do "ordenamento dello stato civile" (R.D.L., nº1238, de 9 - 7 - 1939) à mudança de sexo nos casos de transexualismo.

531 "Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso", in "Gazetta ufficiale", nº106, de 19 - 4 - 1982.

Normação esta que já se vinha reivindicando, pelo menos, doutrinariamente, desde 1974 (cfr., VIGNOLO, "Un problema de iure condendo: il cosiddetto cambiamento di sesso", in temi, 1974, pág.178; PATTI, S./WILL, M. "La giurisprudenza italiana e ... L'Europa (A proposito delle rettificazioni nei registri dello stato civile)", in Diritto di Famiglia e delle persone, 1981, pág.1273) e, na jurisprudencia, desde 1967 (cfr., sentença do tribunal de Bari, de 16 - 12 - 1971, apud., CARUSO, "Il cambiamento di sesso: orientamenti giurisprudenziali e dottrinali", in Diritto di Famiglia e delle

modificar tão só o artigo 454<sup>o</sup> do codice<sup>532</sup>, articula várias outras disposições, que se não inserem na economia do codice, constituindo, "in totum" normação especial, ao arrimo do, ainda na moda, movimento de descodificação.

No dizer de FIGNONE<sup>533</sup>, a lei em referência enquadra-se correctamente, no amplo programa da tutela da personalidade humana, plasmada no art. 3<sup>o</sup>/2, da constituição italiana, que impõe ao legislador a eliminação dos obstáculos, que impedem, no plano fáctico, a realização e tutela da dignidade social e da igualdade, atento o princípio da não discriminação entre os sexos ou em razão das condições pessoais<sup>534</sup>.

persone, 1978, pág.694; sentença do tribunal de Pisa, de 16 - 2 - 1967, apud, ANTIGNANI, "*Sulla natura della diagnosi di sesso, ...*", cit., pág.514.

Com efeito, em 1980, a evolução do problema analisava-se, tanto em numerosas sentenças, de primeiro a segunda instância, favoráveis ao reconhecimento jurídico da mudança de sexo, mesmo nos casos de transexualidade (cfr., por exemplo, sentença do tribunal de Livorno, de 12 - 2 - 1976, in *Giurisprudenza di merito*, 1977, I, pág.9; sentença do tribunal de Padova, de 16 - 7 - 1976, *ivi*, pág.6; do tribunal de Montepulciano, de 10 - 2 - 1977, in *Diritto di Famiglia e delle persone* 1977, pág.701, ainda que algumas "*factis species*", seja, por vezes, difícil descortinar se se está perante hipóteses de transexualismo ou, anter, intersexualidade), como em jurisprudência contrária, por parte da "*corte di cassazione*" (cfr., a sentença de 3 - 4 - 1980, n<sup>o</sup>2161, in *Giur.it.*, 1980, I, 1, c, pág.1864; *ibidem*, in *For. it.*, 1980, I, c, pág.918), e da "*corte costituzionale*" (sentença de 1 - 8 - 1979, 98, in *For. it.*, 1979, I, c, pág.1929; *ibidem*, in *Giur. ital.* 1981, I, 1, c, pág.23, com comentário de DOGLIOTTI), ao não declarar a inconstitucionalidade do art.454, do codice e 165<sup>o</sup> e 167<sup>o</sup>, do "*ordinamento dello stato civile*", face aos art.2<sup>o</sup> e 24<sup>o</sup> da constituição italiana, criando, destarte, uma situação de imobilismo, amplamente publicitada nos meios de comunicação social, que conduziu a uma "*reacção da lei*" ao implícito convite legiferante, plasmado no aresto da "*corte*".

<sup>532</sup> Cuyo n<sup>o</sup>2, passou a ter a seguinte redacção: "*La rettificazione di cui al comma precedente si fa anche in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che abbia dichiarato che il sesso di una persona è diverso da quello enunciato nell'atto di nascita*".

<sup>533</sup> FIGNONE, A., in, *Diritto di famiglia e delle persone*, 1983, pág.338.

<sup>534</sup> Cfr., ainda, GALBIATI, "*Transsexualismo e rettifica dell'atto di nascita*", *Giur. ital.*, 1980, I, pág.1865.

A lei não comporta normação autónoma respeitante à mudança de nome - talqualmente se passa no §1 da "TSG", alemã, pois que, no âmbito da "rettificazione di attribuzione di sesso", a mudança de nome, é consequência da rectificação da origiária inscrição (ou transcrição) do sexo, nos instrumentos do registo civil, qual solução unitária apostada a não colocar em crise a clássica impositação, também do ordenamento jurídico italiano, da "convergência semântica" entre o sexo e o nome do indivíduo.

Quando se fala, no art.1º, em "*sentenza (...) che attribuisca ad una persona sesso diverso (...)*", quis-se, naturalmente, <sup>atribuir</sup> natureza constitutiva à sentença de mudança de sexo. Vale dizer, pressupondo uma verificação/constituição, modifica uma situação preexistente: a inscrição ínsita no assento de nascimento.

Muito embora, em lugar algum da lei se refira a palavra "transexuale", tão pouco se clarificou a questão dos seus destinatários. Todavia, pensamos, dever aplicar-se, tanto às hipóteses de transexualidade, como às de intersexualidade (hermafroditismo, ambiguidades morfológico - gonadais, genitais, ...), na medida em que, a lei fala em "*intervenute modificazioni dei suoi carateri sessuali*", o que, não decide sobre se a lei teria querido excluir a sua aplicabilidade nas situações em que os "*intervenute modificazione*", servem para "*completar*" um panorama já orientado numa única direcção, após o perfeccionamento físico preexistente, que tenha eliminado quaisquer ambiguidades genitais - sexuais, isto é, na intersexualidade. Além de que não é argumento afirmar-se que estes últimos já vinham sendo decidido precedentemente ao abrigo do artigo 454º do codice, representando, pois, esta lei, um gravame para os intersexuais, visto que, essa era tão só uma solução jurisprudencial, que não prevalece sobre normação especial<sup>535</sup>, ainda que com nova lei seja necessário autorização judicial para a intervenção cirúrgica<sup>536</sup>.

---

535 Contra, PATTI, S./WILL, M., "*I destinatari della legge 14 April 1982, n°164, ed il mutamento di nome*", in Giur. ital. , 1984, I, 2, c, pág.113 e ss.

536 Até porque a intervenção cirúrgica nem é considerada "*conditio sine qua non*" da rectificação da inscrição do sexo, no assento de nascimento (cfr., art.1º e 2º da citada lei).

Assim, logo no art.1º se observa que, a rectificação a que se refere o artigo 454º do "codice", se pode igualmente realizar por força de uma sentença, nos casos em que se atribui a uma pessoa sexo diverso daquele que se consignou no assento de nascimento, sempre se verifique "*modificazioni supervenientes dos caracteres sexuais*". A acção deve ser proposta no tribunal do lugar de residência do sujeito e o Presidente do tribunal deverá designar um juiz de instrução, o qual pode requerer a intervenção de peritos, por forma a melhor determinar as condições psico - sexuais do peticionante.

À sentença que acolha a rectificação da inscrição do sexo, no assento de nascimento, segue-se à operação material de rectificação, a cargo do "*ufficiale dello stato civile*".

De notar que tal sentença não possui efeito retroactivo, provocando, no entanto, a dissolução do casamento civil ou a cessão dos efeitos do casamento canónico (art. 4º).

A tutela da reserva da intimidade da vida privada importa que, nos termos do art. 9º, da nova inscrição, no assento de nascimento, fique unicamente a constar o novo sexo e o novo nome.

Acresce que, no artigo 6º se prevê uma disposição de carácter transitório, aplicável aos casos em que, à data da sua entrada em vigor, o demandante se já tivesse submetido a intervenção medico - cirúrgica de "*adeguamento del sesso*". Aí, conforme o preceituado no artigo 2º, a pretensão deve ser interposta no prazo de um ano, a partir do seu início de vigência.

Recebeu, pois, esta lei, os ensinamentos da ciência médico - legal, que considera o transexualismo (verdadeiro) um disfunção da Identidade do Género, reparável, "*ultima ratio*", mediante uma intervenção cirúrgica e posterior mudança legal de sexo<sup>537</sup>. Todavia, o legislador italiano, no seguimento do regime sueco, previu uma

---

<sup>537</sup> Recorde-se, na doutrina italiana, ainda nos inícios dos anos setenta, PGGI, "*Mutamento di sesso e domanda de rettificazione*", in Giur. ital., 1973, I, 2, pág.373; cfr., ainda, na época, NERSON, R., "*Etat civil, rectification de l'acte de naissance, changement de sexe*", in Rev. TDC, 1974, pág.801.

autorização judicial para a intervenção médico - cirúrgica<sup>538</sup>, nas situações em que só ela pode facultar um "*adeguamento dei caratteri sessuali*"<sup>539</sup>. Com ela terá borbuhlado no espírito do legislador a intenção de subtrair o problema da mudança de sexo da exclusiva esfera de conformação do demandante, fazendo-o também ancorar no interesse público, prosseguido pelo "*Publico Ministero*"<sup>540</sup> e judicado

---

<sup>538</sup> O que bem se intui, em Italia, tendo em conta o percebido do artigo 5º do codice sobre "*atti di disposizione del proprio corpo*". Cfr., entre outros, CHERUBINI, "*Atti di disposizione del proprio corpo*", in tutela de la salute e diritto privato, org. por BRESCIA e BUSNELLI, Milano, 1978, pág.87 e ss. PUGLISI, "*Atti di disposizione del proprio corpo e consenso dell'avente diritto*", in Diritto di famiglia e delle persone, 1975, pág.1400 e ss.

Porém, não se plasmaram seja parâmetros seguros de aferição da "*necessidade*" da "*conformação*" dos caracteres sexuais, quer a natureza dos caracteres sexuais em causa. Além de que, nem sequer é claro se a simples intervenção hormonal integra a previsão normativa, logo, sujeita a autorização. Por outro lado, parece que a sentença que autoriza a intervenção cirúrgica é o verdadeiro acto decisional, sendo outrossim, a subsequente rectificação (após a intervenção cirúrgica) do registo, decidida "*in camera di consiglio*" (art.3º/2), uma decisão consequencial.

Por outro lado, conquanto a lei italiana faça recordar mais a lei sueca do que a legiferação alemã, pois, parece condicionar a mudança legal de sexo, a exigência de intervenção cirúrgica, o facto é que a lei sueca apenas exige a prova da mudança (fenotípica) de sexo, qualquer que ela seja (v.g., por evolução natural, intervenção hormonal coadjuvante, intervenção cirúrgica "*demolitoria*" ou "*reconstrutiva*", ...), *Omnibino*, "*expressis verbis*", a necessidade de intervenção cirúrgica. Cfr., §8, 1, nº4, da lei alemã e art.1º da lei sueca.

<sup>539</sup> Cfr., SHWARZENBERG, T., "*considerazione medico - legali sulla transsexualità e sindrome correlate*", in Dir. Fam. e delle persone, 1975, pág.1496.

<sup>540</sup> As dúvidas sobre contra quem devia a acção de mudança de sexo, ser intentada só foram expurgadas pelo normativo do art.2º da lei italiana, que preveu a participação obrigatória do Ministério Público, de acordo com o espírito que enforma o art.70º do "*codice di Procedura civile*" (cfr., CARNELUTTI, "*Mettere il publico ministero al suo posto*", in Rivista di diritto processuale, 1953, I, pág.257 e ss.; SATTA, "*In tema di legittimazione del publico ministero nel processo civile*", in Giur. ital., 1951, I, 2, c, pág.384 e ss.). De facto, até aí as opiniões extremavam-se, chegando, inclusivamente a defender-se que a legitimidade processual passiva deveria caber ao "*ufficiale dello stato civile*" (cfr., sentença do tribunal de Pisa, de 16 - 2 - 1967 e do tribunal de Voghera, de 19 - 6 - 1968, in temi, 1969, pág.596; sentença do tribunal de "*Apello*" de Milano, de 29 - 1 - 1971, ivi,

pelos magistrados, os quais sempre poderão recorrer, em sede de assessoria, às perícias que integrem a cognição técnica da matéria, não fora, talvez o excessivo poder descricionário deixado ao juiz para autorizar a intervenção, "*quando resulta necessário*"<sup>541</sup>. A solução mais liberal da lei sueca e italiana, parece revelar-se preferível nas hipóteses em que a idade e as condições de saúde do indivíduo, mostrem a inutilidade e inoportunidade da intervenção cirúrgica. E isto, porque o juízo de necessidade talvez se não deva circunscrever tão só ao aspecto estritamente cirúrgico, mas também abarcar a especificidade do caso concreto. Pense-se, por exemplo, no caso de um indivíduo de idade avançada, que recorre com suficiente êxito à intervenção hormonal<sup>542</sup>.

Mas, afinal, com o requisito da "*necessidade*" - em sede de autorização judicial - apenas se exige uma situação pessoal, que tome premente a mudança do sexo fenotípico, aí onde é improvável a ocorrência de "*irreflexões*", por parte dos peticionantes, posto que a autorização do art. 3º da lei italiana, também visará, tanto controlar as motivações do transexual (ou do hermafrodita, pseudo - hermafrodita, ...), as condições psíquicas, que revelam para efeitos de "*deviance*", no comportamento sexual, como servir para responsabilizar o demandante, talqualmente ocorre com as normas que tutelam <sup>a forma</sup> ~~os~~ <sup>os</sup> actos e negócios jurídicos, pelo rumo ("*gender role*") que até aí assumiu e a partir daí perfilhar.

A sentença que apoia a mudança de sexo provoca a dissolução automática do casamento ("*scioglimento del matrimonio*"), nos termos do seu artigo 4º; tem efeitos "*ex nunc*", o que implicará, v.g., a manutenção de eventuais obrigações de alimentos para com os filhos, no sentido do artigo 155º do "*codice*"; a manutenção de um eventual poder - dever paternal, com os correlativos deveres de educação e manutenção, entendendo-se, que se pode aplicar o art. 6º da lei nº898,

---

1971, pág.22 e ss.) ou ao "*Ministro degli Interni*" (Vide, sentença do tribunal de Pisa, de 28 - 4 - 1967, in *Giustizia penale*, 1968, III, pág.81).

541 Assim, FIGNONE, "*Il diritto all'identità personale e a la libera, ...*", cit., pág.346.

542 PATTI, S./WILL, M., in *Riv. DC*, 1982, pág.742.

de 1970, que estabelece o regime sobre o exercício do poder paternal e providências conexas<sup>543</sup>.

Não previu a lei italiana - talqualmente a alemã e holandesa - um limite mínimo de idade para a rectificação do sexo. Igualmente não exige, contrariamente ao normativo holandês, a verificação de qualquer requisito atinente à impossibilidade de procriar ou ao "*tempo de prova*" - três anos na lei alemã - período durante o qual se procurará garantir e medir o convencimento e solidez do "*gender identity problem*", de molde a poder supôr a imprevisibilidade de uma reversibilidade ou "*arrependimento*", vale dizer, a improbabilidade de um retorno ao sexo legal, também no que toca a nacionalidade do peticionante. Porém, a doutrina italiana<sup>544</sup>, parece resolver em sentido positivo a possibilidade de um cidadão estrangeiro recorrer à tutela jurisdicional italiana, conforme o disposto no art.17º/1, das disposições preliminares ao "*codice civile*".

---

543 Também, conforme decorre do §11 da Lei alemã, as relações entre o transexual, que obtem sentença favorável e o cônjuge ou/e os filhos, permanecem imutáveis. Esta regra vale ainda para os filhos adoptivos do transexual, contanto que tenham sido adoptados antes do transito em julgado da sentença. Ibidem, no art.29º - D/2, da lei holandesa.

544 Cfr., MORELLI, "*Diritto processuale civile*", Padova, 1954, pág.104 e ss.; VITTA, "*corso di diritto internazionale privato e processuale*", Torino, 1976, pág.7 e ss.

Na realidade, em Itália, as questões atinentes ao estado das pessoas são reguladas pela lei nacional do autor. Contudo, nos casos em que tal lei é omissa - e, logo, implicitamente exclua a possibilidade da rectificação do assento de nascimento, nas hipóteses de "*intervenute modificazione dei caratteri sessuali*" - ou, no ordenamento estrangeiro se consigna proibição expressa, poder-se-à aplicar a lei italiana, na medida em que esgrime o limite da ordem pública (italiana), ínsito no art.31º das disposições preliminares do "*codice*".

## 20.6. O problema na convenção Europeia dos Direitos do Homem. Os casos Inglês, Belga e Francês. A aporia da legiferação

As noções de transexualidade e de estados intersexuais são desconhecidas no quadro do sistema judicial europeu, que tutela os direitos do homem: A comissão e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

De facto, em duas ocasiões a comissão Europeia dos Direitos do Homem, teve oportunidade de emitir o parecer, previsto no art. 31º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: no caso "*Van Oosterwijk v. Reino da Belgica*", apreciou a violação dos artigos 8º e 12º da referida convenção; no caso "*Rees v. Reino Unido da Grã - Bretanha e Irlanda do Norte*", tomou-se em consideração tão só o art. 8º.

"*A priori*" as teses em presença afiguravam-se fundadas. O art. 8º/1, da Convenção Europeia consigna o direito ao respeito da intimidade da vida privada, inscrevendo-se no seu nº2, a interdição ou ingerência, por parte das autoridades públicas, no que ao exercício desse direito concerne.

Ora, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, no caso VAN OOSTERWIJCK<sup>545</sup> no parecer que a propósito emitiu, entendeu verificar-se uma violação ao referido normativo, nas hipóteses em que um <sup>estado</sup> ~~negava~~ o reconhecimento jurídico do novo sexo do transexual, no seguimento do concomitante tratamento médico. Porém, rejeitou o recurso, posto entendeu não se terem esgotado as vias normais de recurso, perante o sistema jurídico belga<sup>546</sup>, pois que não teria sido objecto de apreciação no tribunal de cassação.

---

545 Aff. Van Oosterwijck C. État belge, serie A, nº40, nº52 (1 - 3 - 1979); conseil de l'Europe. Commission Européenne des Droits de l'Homme, Requête num. 7654/1976. D. OosterwiJC C. Belgique, Rapport de la commission - adopté le 1<sup>er</sup> mars 1979. Strasbourg, S.A. A decisão belga que motivou o recurso foi da "*cour d'Appel de Bruxelles*", de 7 - 5 - 1974, in *Journal des tribunaux*, 1974, pág.713.

546 Nesta hipótese, o demandante apresentava, desde o nascimento, todos os caracteres físicos e biológicos do sexo feminino, sendô, ademais, inscrito com o nome feminino. Porém, desde a





Noutro parecer, de 17 - 10 - 1986, no caso "Rees"<sup>547</sup>, conquanto não reconhecendo, por parte do Reino Unido, qualquer violação aos artigos 8º e 12º da Convenção Europeia, advertiu o demandado, de que o artigo 8º consigna a "*obligation positive*" de rectificar o assento de nascimento, pese embora não tenha proposto a condenação do demandado, em atenção às especificidades do sistema registral britânico<sup>548</sup>. Ora, no Reino Unido, os interesses de eventuais demandantes, à luz do art. 8º da convenção não serão, em regra, prejudicados, pela ausência de rectificação no assento de nascimento, da mudança então operada. Com efeito, aos subditos britânicos é facultada a possibilidade de alterar o nome e o apelidos, fazendo, concomitantemente emitir documentos oficiais donde constem os nomes e os apelidos escolhidos. A haver violação, ela tão só é real, unicamente nos casos excepcionais, quando os interessados estabelecem a sua identidade, por intermédio de certidões de nascimento. Daí que, só não haveria violação no art. 8º da convenção, na medida em que o público não tivesse acesso às menções anteriores à rectificação.

---

COHEN, G./JONATHAN/JACQUE, J.P., "*Activité de la commission européenne des droits de l'homme*", in *Annuaire français de droit international*, 1979, pág.397 e ss.; MEULDERS, M.T./KLEIN, "*La vérité et le droit*", in *travaux de l'Association Henri Capitant, Journées canadiennes*, t.XXXVIII, 1987, pág.46.

<sup>547</sup> Conseil de l'Europe. Commission Européenne des Droits de l'Homme. Requête num. 9532/1981, Mark Rees Contre Royaume Uni. Rapport de la commission. Vol.nº106 serie A, nº 35 e ss. Segundo o relatório, Rees, apresentava, outrossim, um estado de intersexualidade. Cfr., também, BENLLOCH, E.F., in *Boletim de information del Ministério de Justicia*, 1987, (15 - 12 - 1987).

<sup>548</sup> De facto, o Reino Unido, defendeu-se, obtemporando dizendo que o instrumento do registo de nascimento tão só atesta os factos coetâneos ao nascimento, não devendo, destarte, registar identidade actual dos interessados. Deve, ao invés, fazer fé do sexo actual, em todas as situações em que esta questão releve. As exigências de interesse público impedem, pois, que se altere, no Reino Unido, o assento de nascimento, no que respeita à menção do sexo. Ou seja, conservado sem alteração. É que, alterar posteriormente a menção do sexo, será no sistema registral britânico falsear o assento de nascimento. Cfr., BERGER, "*Jurisprudence de la cour européenne, ...*", cit., pág.295.

Vale dizer, sómente as particularidades do sistema britânico, puderam obstacular ao conhecimento do mérito da questão, por parte do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: direito de modificar; livremente o nome e o apelido; direito de se apelidar "Mister" ou "Mistress"; reduzida utilização de certidões de nascimento. A mudança (legal) de sexo, pese embora a Comissão Europeia tenha acolhido, implícita, e positivamente as reivindicações do transexualismo, é, ainda, um assunto, onde os Estados dispõem de uma ampla prerrogativa de avaliação. Na espécie, talvez tenha sido preferível não condenar o Reino Unido a alterar o seu específico - e único, que saibamos, no espaço europeu - regime jurídico concernente ao registo do estado civil das pessoas, outrossim, deixá-lo livremente determinar as menções do assento do nascimento.

Decisão idêntica teve, no entretanto, oportunidade de expender no "Arrêt" "Cossey", de 27 - 9 - 1990<sup>549</sup>.

Já por outro lado, no caso Botella, a comissão decidiu, em 6 - 9 - 1990, aceitar e remeter ao tribunal europeu dos Direitos do Homem, <sup>O caso</sup> de um transexual masculino, que, já tinha esgotado as vias jurisdicionais do Estado francês, justamente, na sentença da "cour de cassation" de 31 - 3 - 1987<sup>550</sup>. O que motivou este parecer da comissão, parece ter sido novamente a constatação do abismo existente entre a documentação administrativa (passaporte, bilhete de identidade, cartão de eleitor, licença de condução, cartão de segurança social) e o aspecto fenotípico

---

<sup>549</sup> Cour Européenne des droits de l'homme, Arrêt cossy, Publications de la cour européenne des droits de l'homme, serie A, nº184. Cfr., GOBERT, M., "Le transsexualisme ou la difficulté d'exister", in La Semaine Juridique, I, 1990, nº 3475.

<sup>550</sup> In, Bull. civ., I, nº116, pág.87, onde se afirma que "sont état actuel [não é] de resultat d'éléments preexistés à l'operation et d'une intervention chirurgicale commandée par des nécessités thérapeutiques, mais d'une volonté délibérée du sujet". Isto é, não obstante, o aspecto fenotípico feminino, o tribunal considerou que ele continuava a apresentar as características (biológico - cromossómi- cas) do sexo masculino. É, pois, a primeira vez em que o tribunal Europeu vai ser suscitado a analisar o merito da questão, no quadro de um recurso interposto por um transexual contra um país de direito continental, onde o registo do estado civil assenta (tal como em Espanha, Portugal, Belgica, Itália, ...) naquele que designamos por "princípio de conformidade do registo em relação ao facto registrado", qual presunção de exactidão e integridade dos assentos de nascimento.

feminino que apresenta, obrigando-o, naturalmente a revelar a terceiros aspectos relevantes da sua vida privada. No dizer da comissão, o Estado francês recusou "*reconnaitre un element determinant de la personnalité de la requérante: l'identité sexuelle telle qu'elle résulte de la morphologie modifiée, du psychisme de la requérante, de son rôle social*", concluindo por afirmar que, as consequências emergentes da decisão dos tribunais franceses são "*disproportionnés par rapport à une conception figée de l'intérêt général*". Entende pois, que foi violado o respeito pela intimidade da vida privada, posto que, "*le concept de vie privée comprend non seulement le droit de vivre à l'abri des regards étrangers, mais également, dans une certaine mesure, le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité*".

Pelo que ao problema legislativo concerne, assiste-se a um panorama pouco claro. Enquanto por um lado, assistimos aos esforços do Parlamento Europeu, para a adopção de uma proposta de resolução favorável ao fenómeno da mudança de sexo, na "*factis specie*" da transexualidade<sup>551</sup>, por outro, a postura da Comissão Internacional do Estado Civil ("*CIEC*"), orienta-se no sentido de considerar inoportuno recomendar qualquer tentativa de legiferação interna, no quadro dos Estados membros<sup>552 553</sup>, principalmente por môr da secção francesa. Esta última compulsando as indicações da Academia de Medicina de Paris, buscou arrimo na circunstância de os casos de transexualismo verdadeiro serem estatisticamente, invulgares, posto que a feitura das leis deva respeitar o princípio "*id quod plerumque accidit*", além de se

---

<sup>551</sup> O que ocorreu na sessão de 11 - 9 - 1989. Vide, o relatório da comissão de petição, doc. A. 2 - 89 2 e A3 - 1689. Cfr., sentença da "*court de cassation*", 21 - 5 - 1990, e respectivo relatório pelo conselheiro MASSIP, in *La semaine juridique*, 1990, II, (5 - 12 - 1990), nº 21588.

<sup>552</sup> da CIEC fazem parte doze países, a saber: Alemanha, Austria, Belgica, Espanha, França, Grécia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Suíça e turquia.

<sup>553</sup> Cfr., RIVAS, J.D., in *Actualidad civil*, vol.2, nº36, 1987 (28 - 9 a 4 - 10, de 1987), pág.2135 e ss.

estribar na conclusão (naturalista) de que, do ponto de vista morfológico, a diferença entre um homem e uma mulher normal e estoutros "*transexualizados*" é exclusivamente psíquica.

## 20.7. O problema nos E.U.A. Canadá. África do Sul

No panorama norte - americano é, igualmente, patente, a inexistência de um autónomo parâmetro normativa, atinente à identificação sexual do recém - nascido. A inscrição do sexo no "*birth certificate*" realiza-se a partir da observação sumária dos órgãos genitais<sup>554</sup>.

Exceptuando os Estados de Ilinois<sup>555</sup>, Arizona<sup>556</sup>, Louisiana<sup>557</sup>, Colorado<sup>558</sup> e Califórnia<sup>559</sup>, que dispõem de normaçaõ própria, a prever a possibilidade de modificar o "*birth certificate*", por virtude de

---

<sup>554</sup> Cfr., por exemplo, o "*Colorado Revised Statutes Annotated*", §66, 8, 12 (1963): "*It shall be the duty of the attending physician or midwife to file a certificate of birth, giving all the particulars required by this article (...)*". Ora, um dos elementos é, justamente, o sexo; *ibidem*, §66, 8, 13 (1) (d).

<sup>555</sup> "*Vital Records Act*", de 8 - 8 - 1961, em vigor desde 1 - 1 - 1968; cfr., SMITH/HURD, "*Illinois Annotated Statutes*", West, 1977, ch. 111 1/2 (Public Health, Vital Records), §73 - 17 (1) (d); com base num certificado que comprova a intervenção cirúrgica.

<sup>556</sup> "*Laws*" 1967, ch. 77, §2, com início de vigência em 1 - 1 - 1986, in "*Arizona Revised Statutes Annotated*", West, 1977, vol. 11A (Public Health and Safety Vital Statistics), §36 - 326, alterado ainda que sem relevo para o problema em análise por, "*Laws*", 1973, ch.51 e 158.

<sup>557</sup> "*Vital Statistics Law, Acts*", 1968, nº611, §1, in "*Louisiana Status Annotated, Revised Statutes*", West, 1977, vol.22B (Public Health and Softy Vital Statistics), §40 - 61, com a redacção do "Acts" 1979, nº766, §1.

<sup>558</sup> "*Laws*", 1967, ch.445, §66, 8, 15 e o seguinte parecer do Procurador Geral do Estado do Colorado: "*It is my opinion that under this law, after january 1, 1968, such change in designation of sex may be persuant to in accordance with the above cited section and such aplicable regulations as may here after be adopted by the office of State Registrar*".

<sup>559</sup> "*Health and safety code*", Statutes 1977, ch.1086, pág.3493, §2, in "*Annotated california codes*", West 1979, vol.40, Cumulative Pocket Part, §10475 e ss.

intervenção cirúrgica de mudança de sexo, nem por isso os Estados sobranes não deixam de contemplar a possibilidade de se fôr caso disso, mediante os normais expedientes de "correção" de erros, nos "birth records", facultarem, por essa via a mudança (legal) de sexo, seja nos casos de transexualidade, seja nos estados de intersexualidade<sup>560</sup>. A flexibilidade desses "Statutes" permite exomar, utilizando os operadores "correções" ou "alterações", a possibilidade de mudar legalmente de sexo, através de rectificação dos "registos de nascimento" ("birth records")<sup>561</sup>.

Por outro, no Canadá, a partir das reformas legislativas de 1973, faculta-se a possibilidade do reconhecimento (legal) da mudança de sexo e nome, através de um procedimento administrativo, instruído com dois certificados médicos: Na província de Alberta<sup>562</sup>, na Columbia britânica<sup>563</sup> e no New Brunswick<sup>564</sup>, estas últimas a exigirem o celibato do peticionante.

---

<sup>560</sup> Cfr., por exemplo, os pertinentes normativos do Estado de dakota do Norte: "the state registrar of vital statistics may correct any error in birth records, and to that end, may receive and file amended birth certificates or affidavits and other proof showing that former records are incorrect" [North Dakota Cent Code, §23, 02, 20 (1960)] ou do tennessee.

<sup>561</sup> Cfr., para mais desenvolvimentos, WALZ, "transsexuals and the Law", in Journal of contemporary Law, 1979, pág.181 e ss.; SMITH, D.K., "transsexualism, sex reassignment and the law", in cornell Law Review, 1971, pág.963 e ss.; HOLLOWAY, J., "transsexuals: their legal sex", in University of Colorado Law Review, 1968, pág.282 e ss.; DAVID, E.S., "the law and transsexualism: A faltering response to a conceptual dilemma", in Connecticut Law Review, 1975, pág.288 e ss.; GROPHIER, E., "De certains aspects juridique du transsexualisme dans le droit Quebecois", in Le corp humaine et le droit, LXXVI, travaux de L'Association Henri Capitant, 1975, pág.215.

<sup>562</sup> "Vital Statistics (Amendment) Act", de 30 - 10 - 1973, in "Statutes of Alberta", 1973, ch.86, § 21.1.

<sup>563</sup> "Vital Statistics (Amendment) Act", de 7 - 11 - 1973, in "Statutes of British columbia", 1973, ch. 160, § 21A; à qual se seguiu um novo enquadramento, no procedimento administrativo pertinente, pelo "Regulation 55/75, order in council", in British columbia Gazette (Jornal oficial), de

No mais uma lei de reforma análoga rege, hoje, nesta matéria, na África do Sul<sup>565</sup>.

---

18 - 2 - 1975, pág.146, autorizando a rectificação, na medida em que seja "*consistent with the intended result of transsexual surgery*".

<sup>564</sup> "*Health (Amendment) Act*", de 1973, in "*Statutes of New Brunswick*", 1975, ch.27, § 52.1. Note-se, a maioria destes normativos tão só visaram introduzir reformas nas compilações atinentes ao registo do estado civil das pessoas, que não criar normativos especiais, tendentes a resolver a questão da mudança de sexo, para além do quadro institucional dos diversos "*Statutes*". Além de que, será ocioso transpôr, directa e imediatamente, para os sistemas jurídicos de influência anglo - saxónica, o problema da descodificação, no que neste âmbito se encerra.

<sup>565</sup> "*Births, Marriages and Deaths Registration (Amendment) Act.51*", de 1974.



## 21. Soluções Jurisprudenciais

Vejamos, seguidamente, como tem sido resolvido o problema que nos move nalguns daqueles países que não consagram, por ora, soluções legislativas - descodificantes, ou não - ou procedimentos administrativos.

## 21.1. E.U.A.

Sabido que, não só nos casos de intersexualidade, mas também de transexualidade, a maioria dos Estados, através de expedientes normativos de rectificação insertos nos diversos "Vital Statistics", deixam amplo campo de manobra, para um "judicial review", nestas hipóteses, o certo é que, "prima facie", se colocou a questão do valor probatório dos "birth certificates", emitidos pelos "department of public health", em tribunal, no enfoque do princípio da separação de poderes<sup>566</sup>.

Um "leading case", foi, na espécie, o "Anonymatous V. Weiner"<sup>567</sup>. O demandante, um transexual masculino, após intervenção cirúrgica de mudança de sexo, requereu à "Division of the Bureau of Vital Statistics", órgão do "New York Health Department", a rectificação da menção do sexo. Como já à data as pertinentes posições do "New York city Health Code" pareciam permitir a rectificação do "birth certificate", contanto que o funcionário competente ("commissioner") ateste que teria havido um erro à época da feitura do registo de nascimento<sup>568</sup>. Daí que, esta autoridade administrativa, face à singularidade da demanda, tivesse requerido parecer à "New York Academy of Medicine", a qual aconselhou aquela outra ao indeferimento, pois que, nas suas palavras: "Male to female transsexuals are still chromosomally males while ostensibly females; it is questionable whether laws and records such as the birth certificate should be changed and thereby used as means to help psychologically ill persons in their social adaptations. The committee is therefore oposed to a change

---

<sup>566</sup> Cfr., no entanto, "colorado Laws", 1967, Ch.445, § 66 - 8 - 17: "(...) Any copy of the record of a birth or death, where properly certified by the department of public health to be a true copy thereof, shall be 'prima facie' evidence in all courts and places of the facts there in states (...)"

<sup>567</sup> "Anonymous u. Weiner", 50 Misc. 2d 380, 270, New York State, 2d 319 (1966)

<sup>568</sup> Note-se que, já nesta altura, o "New York city Health Code", era uma espécie de regulamento municipal, comparável às supra indicada leis estaduais ("Statutes").

*od sex on birth certificate in transsexualism*"<sup>569</sup>. Após esgotar as vias de "recurso hierárquico", o peticionante, nos termos do art.78º do "New York Civil Practise Law and Rules", utilizando a expediente do "writ de mandamus"<sup>570</sup>, requereu ao "Supreme Court of New York", que integrasse a omissão administrativa<sup>571</sup>. Porém, o tribunal rejeitou o recurso, esgrimindo com um argumento de "discricionaridade

---

569 "Report by the committee of Public Health", "change of sex on Birth certificates for transsexuals", the New York Academy of Medicine, 1966; Cfr., HOLLOWAY, J.P., "transsexuals and their legal sex", in *transsexualism and sex reassignment*, cit., pág.436; TWARDY, "Medicolegal Aspects of transsexualism", in *Medical trial technique Quarterly*, 1980, pág.249 e ss.

570 O que, nos sistemas judiciais continentais não é admissível, ao menos na jurisdição administrativa, pois o tribunal é, tão só, chamado a apreciar a legalidade de um acto, anulando-o ou não (o problema da execução contra a administração da decisão que anulou o acto, coloca-se já noutra plano), e bem assim impugnar normas, fazer reconhecer direitos, ou reagir mediante acções contenciosas e de intimação contra actos materiais (cfr., MELO, B. de, "Direito Administrativo II", Coimbra, 1987, policop. pág.7 e ss.), que não reagir face a um comportamento omissivo da administração, declarando autoritativamente o direito aplicável, como que substituindo o comportamento omissivo. Ora, é justamente, essa diferença, que intercorre entre o "writ de mandamus" - traduzido, hoc sensu, no "mandato de segurança" do direito brasileiro - e o "writ certiorari". Sobre a "discricionaridade técnica" e a sua desmistificação nos sistemas continentais, cfr., por todos CANOTILHO, J.J., "fidelidade á Republica ou fidelidade á Nato?", in BFDC (Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Quieró, (1987) separata, Coimbra, 1987, pág.49 e ss.

571 Advirta-se igualmente, para a circunstância de que, nesta situação, a jurisdição do tribunal se restringe à questão de saber se o acto da autoridade administrativa recorrida padece "violação da lei" ou "desvio do poder" ("error of law", "abuse of discretion"); cfr., New York civil Practice Law and Rules, § 7803. 7804.

técnica"<sup>572</sup>, ao mesmo tempo que invocava o princípio da separação de poderes<sup>573</sup>.

A despeito de, os tribunais, em algumas ocasiões, terem seguido a opinião consignada no relatório do "Committee of Public Health" do "New York Academy of Medicine", para os casos de transexualidade, agitando o argumento do sexo cromossômico, alguns tribunais tem estendido o alcance das disposições de alguns "Statutes", que por ora ainda são omissos, no que à mudança (legal) de sexo, por efeito da transexualidade, concerne<sup>574</sup>.

---

572 "(...) *In its role as ultimate arbiter of the legality of administrative action, the judiciary may not arrogate to itself the power of a super - Board of Health to weigh the wisdom of Health and now to the court, requires a specialized training and skill for wich the board is uniquely equipped*"; Anonymous V. weiner, cit.

573 A questão também se levantou na sentença do "court of Appel", do Estado de Oregon, de 2 - 8 - 1976 [or. App., 552P. 2d 840 (1976)], onde se afirmou que, muito embora a lei desse estado, somente facultasse a mudança de nome, os juizes entenderam ir para além da letra da lei, considerando necessário a intervenção cirúrgica, registando-se um voto de vencido do juiz presidente, ao referir o obstáculo, traduzido no princípio da separação dos poderes, à descrita mudança de sexo.

574 Cfr., HUCKER, S.J., "Medical - legal issues", in Gender Dysphoria, cit., pág.395 - 396.

## 21.2. França

Em França não existe legislação concernente ao reconhecimento jurídico da mudança de sexo<sup>575</sup>, tanto para os casos de transexualidade como para os estádios intersexuais.

A petição que despoleta o pedido de mudança legal de sexo, é indiferentemente remetida ao T.G.I.<sup>576</sup> do lugar do nascimento ou residência do autor. Consigna-se a possibilidade de recurso, seja pelo autor, seja pelo Ministério Público (este último, obrigatoriamente, em casos de decisões procedentes. O aresto da "*cour d'Apel*", pode, por seu turno, ser objecto de recurso para a "*cour de cassation*"<sup>577</sup>.

Rectificar a menção do sexo, nos registo de nascimento ("*acte de naissance*") é, hoje, pelos tribunais considerado exorbitante, a despeito da maioria da doutrina se inclinar no sentido oposto<sup>578</sup>,

---

<sup>575</sup> Não obstante, a "*Proposition de loi*", apresentada no Senado, na 2ª sessão, de 1981 - 1982 (justamente, em 9 - 4 - 1982), inspirada, aliás, na lei italiana, posto que decorre da sua exposição de motivos que: "*L'Italie, pays réputé peut-être à tort conservateur mais empreint d'une civilisation durant laquelle les moeurs étaient plus libérées qu'aujourd'hui, a voté très récemment une loi autorisant les rectifications sur les documents officiels pour les transsexuels et a légalisé pour ces derniers les interventions chirurgicales en vue de changer de sexe*". Sénat, second session ordinaire de 1981 - 1982, n°260. Annexe au procès verbal de la séance, du g. avril 1982, "*Proposition de loi tendant à autoriser les traitements médico-chirurgicaux pour les anormalités de la transsexualité et à reconnaître le changement d'état civil des transsexuelles*". Présentée por M. Henri Caillavet, Sénateur.

<sup>576</sup> "*Tribunal de Grande Instance*".

<sup>577</sup> MERCADER, P. "*Le paradoxe transsexuel, changement de sexe ou castration?*", thèse, Lyon II, 1990, pág.152.

<sup>578</sup> Cfr., FAURÉ, G.M., "*transsexualisme et indisponibilité de l'état des personnes*" in *droit sanitaire et social*, 1989, 1; RUBELLIN - DEVICHI, J.. *Personnes et droit de la famille, droit sanitaire et social*, 1989, 1; RUBELLIN - DEVICHI, J., "*Personnes et droit de la famille, droit sanitaire et social*", 1989, 1, pág.721 e ss.; GOBERT, "*Jurisprudence française en matière de droit civil*", in *Rev.TDC*, 1989/4, pág.721 e ss.; GOBERT, M., "*Le transsexualisme, fin ou commencement?*", in *Juris classeur Périodique*, 1988, I, pág.3361; *ibidem*, "*Le transsexualisme ou la difficulté d'exister*", cit., n°3475; CARBONNIER, J., "*Droit*

designadamente nos casos de transexualismo verdadeiro. Resulta, porém, do art.99º do "code", que a menção do sexo, no assento de nascimento, é imutável, a não ser tratando-se de rectificar erros, deficiências ou omissões, cometidas na data do nascimento.

Julgamos, destarte, poder individualizar quatro fases, na história jurisprudencial francesa, respeitantes à evolução do conceito de sexo, para efeitos de mudança de sexo, nas várias situações que nessa "*factis specie*" se encerram, a saber:

a) Até 1975. A mudança legal de sexo só operava nos casos de erro, deficiência ou irregularidade das menções respeitantes ao sexo, inscritas nos assentos de nascimento, contanto que a ele fossem coetâneos. O que vale dizer, tão só importava, ainda que com algumas limitações, às hipóteses de hermafroditismo, pseudo - hermafroditismo e às variegadas situações de ambiguidade, relativas aos genitais externos. Relevante é aí o critério biológico, conferido, pelo sexo cromossómico, contanto que se observem ambiguidades inelimináveis pela observação dos genitais.

b) De 1976 a 1979. Neste período, a jurisprudência tenta definir o sexo ao arrimo dos seus diferentes elementos, ainda que contrariem o sexo biológico. O que conduziu, já, ao reconhecimento judicial da mudança de sexo, nalgumas hipóteses de transexualismo.

---

*civil, Les Personnes*", T.1., 16ªEd., 1987, nº69, pág.360; ibidem, "*Droit civil, Les personnes*", thémis, 15ªEd., 1984, nº69; GRIMALDI, "*Le rapport de la cour de cassation*", in *Juris classeur* Peridouque, 1986, I, 3227, nº5; HERVET, "*transsexualisme. Actualité du problème médico - légal*", in *Journal de Médecine légale*, 1980, pág.350; GOUBEAUX, "*traité de droit civil, Les personnes*", L.G.D.J., 1989, nº266, pág.239; SUTTON, G., "*transsexualisme et changement juridique d'état nécessite et object de l'expertise judiciaire*", in *Le transsexualisme*, cit., vol.I, pág.107 e ss.; PENNEAU, J., "*Rapport de synthèse*", ivi, vol.I, pág.151 e ss.; contra, cfr., RASSAT, "*Sex médecine et droit*", in *Mélanges Raynaud*, 1985, pág.663, 670; MURAT, "*Droit de l'enfance et de la famille*", c. F.E.E.S., 1989, Nº2; MALAURIE, "*Droit civil, les personnes, Les incapacités*", nº4, pág.21.

c) De 1979 a 1983. Admite-se o conceito de "*transexualismo verdadeiro*", para efeito de mudança legal de sexo, ao menos, até finais de 1983.

d) De 1983 a 1991<sup>579</sup> Volta-se ao conceito de sexo biológico, temperado pelo requisito positivo da necessidade de existência "*d'une cause étrangère à la volonté de l'intéressé*".

Com efeito, uma das primeiras sentenças a versar o problema da transexualidade, terá sido a do T.G.I., de Seine, de 18/1/1965<sup>580</sup>, que, no entanto, considerou improcedente o pedido do autor. Doutra sorte, há notícia de um aresto da "*court d'Apel*" de Paris, de 8/12/1967, que, porém, parecia tratar-se de uma hipótese de intersexualidade<sup>581</sup>.

Note-se que, já em 1975, o problema chegou á "*cour de cassation*", que proferiu dois arestos de 16 - 12 - 1975<sup>582</sup>, num dos quais se lê que o sexo significa "*une certaine conformation, parfois sujette à une évolution; la "mutation de sexe", si elle résulte d'une opération librement décidée, n'est généralement pas possible sans une prédisposition dont l'intéressé n'est point le maître (...) un changement de sexe devrait donc être pris en considération lorsque l'intervention a été révélatrice de caractères préexistants, et non artificieusement créatrice*".

Todavia, a partir de 1976, os juízes franceses operam uma redifinição do conceito de sexo, por forma a poderem abarcar e tomar em consideração o designado sexo psico - social. Destarte, começam a

---

<sup>579</sup> maxime, a partir de 1987, isto é, das arestas "*cour de cassation*" de 3 e 31 de Março de 1987 (Bull. civ., I, nº79, pág.49 e nº116. pºág.87, respectivamente).

<sup>580</sup> Recenseada por MERCADER, P., "*Le paradoxe, ...*", cit., pág.156.

<sup>581</sup> MERCADER, P. "*Le paradoxe, ...*", cit., pág.156.

<sup>582</sup> Bull. civ., I, nº374, pág.312 e nº376, pág.313; ibidem, in *Juris classeur Periodique*, 1976, II, 18503, comentados por J. PENNEAU; ibidem, in *Rev. TDC*, 1976, pág.119, com nota de R. NERSON.

erigir uma noção de sexo, a conglobar não só o "*sexo físico*", antes uma "*noção complexa*", analisada, seja, no sexo anatómico/cromossómico, seja no sexo psicológico/psico - social.

De facto o T.G.I. de Toulouse<sup>583</sup>, em 29 - 1 - 1976, já afirmava que "*un individu qui a subi l'évolution de ces caractères sexuelles, soit du fait de sa nature, soit du fait des éléments extérieurs, des transformations si importantes qu'il n' ont plus, sans troubles graves, supporter le statut social correspondant du sexe déclaré à sa naissance, doit être admis à faire modifier la mention de celui - ci*".

A partir das novas definições compósitas do sexo, a jurisprudência pôde, em 1979, conceber a existência da transexualidade, como "*perturbação da identidade do género*", susceptível de justificar, acaso rigorosamente identificada<sup>584</sup>, a mudança legal de sexo. O que, até deixou de conflitar com o artigo 316º do "*Code Penal*", pois que, a remoção dos genitais - no transexualismo masculino - teria natureza terapêutica, na medida em que fosse atestada por uma equipa inter - disciplinar<sup>585</sup>.

---

583 Cfr., NERSON, R./RUBELLIN - DEVICHI, "*Juriprudence française en matière de droit civil, Personnes et droit de la famille*", in Rev, TDC, 1981, pág.842.

584 Admitimos sob reserva a expressão "*transexualismo verdadeiro*", posto que, conquanto seja um ilogismo, permite estabelecer com mais clareza a diferença que separa as "*Gender Identity disorders*", das perversões e psicopatias sexuais.

585 Vejam-se, as sentenças da "*court d'Appel* ", de Paris, de 24 - 2 - 1978 (PENNEAU, J., in *Juris classeur Periodique*, 1979, 19202, tratando-se de um caso, onde ainda parece confundir-se intersexualidade com transexualismo), do T.G.I., de Saint - etienne, de 11 - 7 - 1979 e do T.G.I., de Paris, de 24 - 11 - 1981, in *La semaine Juridique*, II, 1982/56.



Mas, é desde 1983<sup>586</sup> e mais acentuadamente em 1987, após os dois arestos da "*cour de cassation*", de 3 e 31 de Março<sup>587</sup>, que esta tem vindo sistematicamente a negar a mudança legal de sexo, nas hipóteses de transexualismo. O que, aliás, se compreende, na medida em que se tenha presente o critério jurisprudencial que se vem esgrimindo. Ou seja: só se considera estar perante uma hipótese de transexualidade relevante juridicamente se brotar de uma circunstância alheia à vontade do transexual. Todavia se bem repararmos, este critério comporta dois sentidos. Um sentido restrito, a significar uma modificação dos caracteres sexuais, imposta por v.g., um acidente, ou uma qualquer causa exterior. Um sentido amplo, a importar uma evolução causada por perturbações de ordem psíquica. Ora, parece que não é um critério exógeno, de exterioridade, antes endógeno, de irresistibilidade ou inelutabilidade<sup>588</sup>, ainda que ultimamente se tenha notado alguma ambiguidade e indecisão, quanto á formulação a seguir<sup>589</sup>, recordado que seja o seu primeiro aresto de 1975.

---

<sup>586</sup> Sentença da "*court de cassation*", de 30 - 11 - 1983 (in, *Juris classeur Periodique*, 1984, II, 20222; *ibidem*, *Bull. civ.*, I, nº284, pág.253): "*la cour d'appel avait relevé qu'en dépit des opérations auxquelles elle s'était soumise Nadine (...) n'était pas du sexe masculin*", formulação assaz sibilina para pretender significar a prevalência do sexo morfológico/cromossómico.

<sup>587</sup> in, *Juris classeur Periodique*, 1988, II, 21000; *ibidem*, *Bull. civ.*, I, nº59 e *Buel. civ.*, I, nº116, pág.87, respectivamente; cfr., ainda, sentença da "*cour d'Appel*" de Nîmes, de 7 - 5 - 1987 (defendendo que o sexo se não pode reduzir a uma consciência psicológica, ou aos caracteres sexuais secundários, pois, dessa maneira não é consequência de uma evolução natural, genética ou patológica): sentença do mesmo tribunal, de 2 - 7 - 1987 e no mesmo sentido, da "*cour d'Appel*" de Versailles, de 25 - 5 - 1987, agitando novamente, o argumento da "*cause étrangère à sa volonté*", apud, RUBELLIN - DEVICHI, "*Personnes et droit de la famille*", 1989, cit., pág.730.

<sup>588</sup> Que tem vindo a perpetuar-se, nas sentenças da "*cour de cassation*", de 7 - 6 - 1988 (*Buel. civ.*, I, nº176, pág.122), 10 - 5 - 1989 (*Buel. civ.*, I, nº189, pág.125).

<sup>589</sup> Cfr., os quatro arestos da "*cour de cassation*" em invulgares situações de transexualismo feminino, tirados em 21 - 5 - 1990, in *La semaine Juridique*, II, 5 - 12 - 1990, 21588. Se, no primeiro se aplica o critério da irresistibilidade (cfr., supra, em texto) e <sup>no</sup>segundo se afirma que "le

Serve isto para concluir que se passou de uma definição puramente biológica do sexo - ancorada na observação visual - a um conceito compósito ou complexo, que faz dele um mosaico de elementos, para, notoriamente, a partir de 1987, se ter retornado ao critério biológico, conquanto mitigado por aqueloutro, isto é, estendendo o campo do "*natural*" ao discurso sexual comportamental e desde que, contraditoriamente, não dependa da vontade do transexual.

---

*transexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe (...)*", depois, esgrime-se o critério da "*volonté délibérée du sujet*".

### 21.3. Espanha

Conforme parece decorrer dos artigos 41º, 42º e 44º da "Ley del Registro Civil" e 328º do "*codigo civil*", <sup>placema de</sup> um conceito jurídico de sexo, atinente á circunstância de que a determinação sexual mais nao radica, do que nos aspectos sexuais externos do corpo humano, observados visualmente, na altura do nascimento, sem que se recorra a exames ou perícias médicas. A "*verdade científica*" da determinação do sexo, parece pois provir de um "*fixismo biológico*"<sup>590</sup>.

Decorre, igualmente, dos arts.93º/2 da "Ley del Registro Civil" e 294º do "*Reglamento del registro Civil*" a possibilidade rectificar a menção do sexo no "*asiento de nacimiento*" através de um procedimento administrativo registral. Daí que, pelas resoluções da "Dirección General de los registros", de 15 - 2 - 1967, de 12 - 6 - 1971, de 17 - 2 - 1983, de 26 - 4 - 1984 e 9 - 6 - 1989<sup>591</sup>, se vem entendendo, que, se para casos de intersexualidade, o expediente de rectificação do sexo, deve realizar-se, justamente, por intermédio dos procedimentos previstos, na "Ley del Registro Civil", já nos casos de mudança de sexo, por virtude de transexualidade, o mais solene do "*juicio declarativo de mayor cuantia*".

Decorre daqui que, quanto à mudança (legal) de sexo emergente de estados intersexuais, problemas nunca se colocaram, em sede do competente procedimento registral administrativo. Maiores desconfortos surgiriam a propósito da transexualidade.

---

<sup>590</sup> Assim também, em Espanha, MARTINEZ, J.V., "*Se incluye el 'cambio de sexo' (transexualidad) en el 'livre desarrollo de la personalidad', al que se refiere el artículo 10º1 de la constitución Española?*", in Revista General de Derecho, nº534, 1989, pág.987 e ss.

<sup>591</sup> Cfr., RIVAS, J.D., in Actualidad civil, vol.2, nº36, 1987, cit. pág.691 e ss.; LAGO, M.J., "*cambio de sexo: balance jurisprudencial*", in Poder Judicial, nº16, 1989 (Dezembro), pág.167 e ss., maxime pág.171; MARTINEZ, J.V., "*Se incluye, ...*", cit., pág.992, nota 9; YAGÜEZ, R.A., "*transexualidad y cambio de sexo*", in La Ley (cuadernos civitas de Jurisprudencia civil, 1987/14; RODRIGUES, M.P., "*El transexualismo en el Derecho Español*", in Actualidad civil, 1989/16 (17 a 23 de Abril); com a excepção da Resolução de 17 - 3 - 1982.

Com efeito, assinala-se que, na primeira vez, que ao "*Tribunal Supremo*" subiu tal questão, em 7 - 3 - 1980, acabou por se desconhecer do fundo da questão, em virtude irregularidades na motivação das alegações.

Todavia, parece que já em 29 - 9 - 1979, o tribunal de 1ª instância de Málaga, teria reconhecido a mudança legal de sexo, num caso de transexualidade, tendo, aliás, transitado em julgado, por falta de recurso do "*Ministério Fiscal*"<sup>592</sup>.

Foi, no entanto, com a sentença do "*Tribunal supremo*", de 2 - 7 - 1987, que se propiciou a via de uma jurisprudência constante, no sentido do reconhecimento jurídico da mudança de sexo, nos casos de transexualidade<sup>593</sup>. Recorreu-se, a propósito, a um argumento, assaz invulgar, porém, equívoca e claudicante, na medida em que se afirmou que:

*"El operado transexual será "una ficción de hembra", si si quiere, pelo el derecho también tiende su protección a la ficciones. (...) Esta ficción ha de aceptarse para la transexualidad: porque el transexual no passa a ser una hembra, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primários e y secundários y apresentar unos órganos sexuales similares a los femininos y caracterologias psíquicas y emocional próprias de este sexo"*.

Na verdade, embora a sentença recorra aos expedientes de interpretação e integração da lei, consignados no título I, do código civil Espanhol (os máximos da experiência, a interpretação sistemática, a analogia), faz apelo à técnica jurisprudencial e legislativa da "*fictio*

---

<sup>592</sup> Assim informa a sentença do "*tribunal Supremo*" de 2 - 7 - 1987, in RIVAS, J.D., ob.cit, pág.691. Igualmente se cita uma sentença similar proferida por um juiz de 1ª instância de Madrid; cfr., LAGO, M.J., "*cambio de sexo, ...*" cit.pág.168; e a sentença de 1ª instância de Zamora, de 8 - 11 - 1984, que, sendo objecto de recurso de Apelação na "*Audiência territorial de Valladolid*", propiciou a mudança de sexo, visto que o "*Ministério Fiscal*", não recorreu ao "*tribunal Supremo*".

<sup>593</sup> Recorde-se que, conforme o preceituado do nº1 do art.6º do código civil espanhol, só se pode atribuir o estalão de "*doctrina Jurisprudencial*" à jurisprudência convergente, que resulta da tirada de dois ou mais arestos do "*tribunal Supremo*".

*iuris*", que, assumindo no Direito Romano uma função alógica<sup>594</sup>, parece nunca ter servido como expediente de interpretação da lei, ainda que em termos de "*analogia legis*". Além de que, o tribunal permaneceu fiel ao conceito biológico de sexo, ainda que acolha mitigadamente, por força do esquema da "*fictio*", o critério psicológico/social. Ou seja, a intervenção médica - cirúrgica, não transforma, na realidade, um homem numa mulher ou vice - versa, mas tão só ajuda o transexual na pretendida conquista da "*aparência*" de um sexo, como que, se de um "*símbolo*", ou talvez, "*simulacro*" se tratasse.<sup>595</sup>

Todavia, a argumentação já se modificou, nas sentenças do "*tribunal Supremo*" de 15 - 7 - 1988 e 3 - 3 - 1989, no sentido de uma "*economia argumentiva*", agitada em sede de preceitos constitucionais, ou seja, pela invocação do artigo 10º/1, da constituição Espanhola, que estabelece o direito ao livre desenvolvimento da personalidade<sup>596</sup>.

---

<sup>594</sup> Como ensina, JUSTO, A.S., "*Fictio iuris*", Coimbra, 1989, pág.70 e ss. e 605 e ss.

<sup>595</sup> Certamente, conceda-se, haverá alguma semelhança, na utilização, que ali se faz do mecanismo da "*fictio iuris*", com a função pretor, compelido, como estava, a "*ampliar*" um material normativo insuficiente, perante as novas realidades que submergiam os primitivos esquemas do "*ius civile*", ao estabelecer, destarte, uma mesma solução de direito, mesmo que a questão de facto em causa não se revisse na norma. Porém, hodiernamente, ainda que se admitam as ficções, elas revelam-se, outrossim, como operadores de técnica legislativa - diferentes, pois, das presunções legais, que repousam num juízo de maior ou menor probabilidade - para atribuir a diferentes questões de facto, os mesmos efeitos de direito. "*Economiza-se*", já se vê, material normativo (assim, CIFUENTES, L., "*Naturaleza Juridica de la fictio iuris*", Madrid, 1963, pág.43 e ss., e 196). É, pois inaceitável o expediente da sentença em análise, visto que deduz da existência de distintas ficções estabelecidas pela lei espanhola (art.29º, 124º, 357º, 440º e 446º do código civil Espanhol), a possibilidade de estabelecer, por via judicial, uma outra ficção.

<sup>596</sup> vejam-se ainda as sentenças favoráveis do tribunal de Valencia de 15 - 10 - 1988; de Castellón de la Plana, de 5 - 5 - 1988; da "*Audiência Provincial*" de Valencia, de 13 - 4 - 1989; cfr., LAGO, M.J., "*cambio de sexo, ...*", cit., pág.169

#### 21.4. Portugal

Entre nós, julgamos que a mudança de sexo terá tido as suas primícias no acordão da Relação de Évora, de 25/10/1979, ainda que tão só para efeito de dilucidar acerca da propriedade do meio processual<sup>597</sup>, sem que nas "*factis species*" se consiga identificar, com o rigor, a causa que presidiu ao pedido de mudança (legal) de sexo. De resto, talqualmente, noutros quadrantes jurídicos, o problema adjectivo sobreleva o substantivo. Não é, pois, estranhável que a rectificação registral, das menções relativas ao sexo, tenha também sido objecto de análise, por parte dos próprios serviços da Direcção - Geral dos Registos e Notariado<sup>598</sup>, ao concluírem não existir norma do registo civil que vede o registo da alteração da menção do sexo. Só mais tarde se afrontou, verdadeiramente, o problema da dignidade material do problema da mudança de sexo. Já se vê, na espécie da transexualidade.

Como efeito remonta a 17 - 1 - 1984, o primeiro aresto, ao menos publicado, que afronta o problema jurídico da mudança de sexo, nos casos de transexualidade, ainda que erroneamente se fale em pseudo - hermafroditismo<sup>599</sup>. No entanto, as decisões até hoje emitidas, sendo assaz escassas, já comprovaram o perigo de uma casuística, ora

---

<sup>597</sup> in, B.M.J., Nº293, pág.448: "*Não há lugar ao processo de justificação judicial (por não ser caso de rectificação de qualquer inexactidão ou irregularidade constantes do registo), mas a uma acção de estado, com processo ordinário, quando se pretenda com o processo, a declaração de uma alteração do sexo posterior ao registo (por motivo de intervenção cirúrgica), com a consequente alteração do registo*". Veja-se, no mesmo sentido, o AcRE, de 18/1/1980, in B.M.J., nº295, pág.476 ("*É acção de estado com processo ordinário, a própria (e não acção de registo), para afirmar judicialmente que A, registado como sendo de sexo masculino, é do sexo feminino, em razão de haver sofrido alteração na sua conformação sexual, seguida de operação cirúrgica, a determinar a mudança para o sexo feminino*").

<sup>598</sup> Cfr., Parecer da Direcção - Geral dos Serviços e do Notariado, proc. nº422, de 18 - 11 - 1979.

<sup>599</sup> Cfr., ACRL, de 17/1/1984, in C.J., t.1, 1984, pág.109 e ss.

moralista<sup>600</sup>, ora demasiadamente preocupada com o sofrido  
 comparado<sup>601</sup>, qual aderência seguidista rnos,  
 voluntária de sexo, contanto que se verifique os,  
 a) tratar-se de indivíduo maior e não casado e

<sup>600</sup> Vide, sentença de 17/1/1985, do 8º juízo civil de Lisboa, ai u.  
 observa que: "(...) se tais desvios atingirem o grau de patogenia, então que se tratem u.  
 seus portadores, para se estabilizarem no sexo a que biologicamente e pela lei da vida pertencem ,  
 autor deveria ter, antes de mais, tentado corrigir o seu sexo psicológico, de modo a identificá-lo com o  
 seu sexo biológico (...) e se, porventura, o não conseguisse, que se assumisse como tal, que  
 suportasse a sua doença (...) a igreja católica veio opor-se, frontalmente, ao casamento de transexuais e  
 mais condenar expressamente intervenções cirúrgicas, destinadas a mudar o sexo das pessoas (...). Uma  
 coisa é o fenómeno da transexualidade em si, e outra o de atribuir legalmente a identificação da mulher  
 a quem antes era homem, incentivando-se, deste modo, aquela anomalia" (in, C.J., t.1, 1985, pág.351,  
 ou, cfr., na mesma linha, o AcRL, de 6/2/1986 (lavrado no segmento do recurso de apelação,  
 interposto daqueloutro), in C.J.,t.4, 1986pág.123 e ss, onde se diz que "o homem que, mediante  
 operações cirúrgicas e alterações no aspecto psicológico e social ganha aparência e comportamento de  
 mulher, não consegue, apesar disso, transformar-se em mulher, já que não passa a ter aptidão para  
 engravidar ou manter relações sexuais em idênticas condições às de uma mulher (...). A designada  
 mudança de sexo por processos cirúrgicos e hormonais é cientificamente um erro e um contra - senso,  
 pois, se procura adoptar um sexuado e uma função sexual normais a uma identificação errada e  
 identidade falsa; trata-se de um psiquismo doente, deformando o corpo à doença".

<sup>601</sup> Porém, no direito comparado, o dever - ser é mais um objecto de estudo, do que uma  
 necessidade imperiosa de criação. Assim, ASCENSÃO, O., "O Direito - Introdução e Teoria Geral",  
 2ª ed., pág.81. Equipara-se, pois, a função desempenhada pelo artigo 10º/3, do Cciv 66 aqueloutro,  
 desenvolvida, desde há muito, pelo art.1º do código civil Suíço - no qual a função do juiz se afigura  
 mais livre, pois, este artigo não refere a limitação, que, entre nós, se coloca: "se houvesse de legislar,  
 dentro do espírito do sistema" - sem curar de indagar se a hipótese "sub indice" é atinente á matéria de  
 direitos liberdades e garantias, posto imediatamente e exequíveis, nos casos de falta de lei, mesmo que  
 na legislação ordinária, se não vislumbrem casos análogos (cfr., ANDRADE, J.C.V. de, "Os  
 Direitos Fundamenta na Constituição Portuguesa de 1976", Coimbra (reimpressão), 1987, pág.256),  
 sem prejuízo, se fôr caso disso da integração hierárquico - normativo decorrente da interpretação do  
 artigo 70º do Cciv 66, em conformidade com a constituição. Vide, infra, nota nº603 e supra em texto.  
 Para o direito suiço, cfr., WOLF, E., "Les lacunes du droit et leur solution en droit suisse", in Le  
 Problème des Lacunes en Droit, org. por C. PERELMAN, Bruxelles, 1968, pág.105 e ss.

moralista<sup>600</sup>, ora demasiadamente preocupada com os dados do direito comparado<sup>601</sup>, qual aderência seguidista a facultar a mudança voluntária de sexo, contanto que se verifiquem os seguintes requisitos: a) tratar-se de indivíduo maior e não casado; b) não estar em condições

---

<sup>600</sup> Vide, sentença de 17/1/1985, do 8º juízo civil de Lisboa, aí onde espantosamente se observa que: "(...) se tais desvios atingirem o grau de patogenia, então que se tratem devidamente os seus portadores, para se estabilizarem no sexo a que biologicamente e pela lei da vida pertencem (...) o autor deveria ter, antes de mais, tentado corrigir o seu sexo psicológico, de modo a identificá-lo com o seu sexo biológico (...) e se, porventura, o não conseguisse, que se assumisse como tal, que suportasse a sua doença (...) a igreja católica veio opor-se, frontalmente, ao casamento de transexuais e mais condenar expressamente intervenções cirúrgicas, destinadas a mudar o sexo das pessoas (...). Uma coisa é o fenómeno da transexualidade em si, e outra o de atribuir legalmente a identificação da mulher a quem antes era homem, incentivando-se, deste modo, aquela anomalia" (in, C.J., t.1, 1985, pág.351, ou, cfr., na mesma linha, o AcRL, de 6/2/1986 (lavrado no segmento do recurso de apelação, interposto daqueloutro), in C.J., t.4, 1986 pág.123 e ss, onde se diz que "o homem que, mediante operações cirúrgicas e alterações no aspecto psicológico e social ganha aparência e comportamento de mulher, não consegue, apesar disso, transformar-se em mulher, já que não passa a ter aptidão para engravidar ou manter relações sexuais em idênticas condições às de uma mulher (...). A designada mudança de sexo por processos cirúrgicos e hormonais é cientificamente um erro e um contra-senso, pois, se procura adoptar um sexuado e uma função sexual normais a uma identificação errada e identidade falsa; trata-se de um psiquismo doente, deformando o corpo à doença".

<sup>601</sup> Porém, no direito comparado, o dever-ser é mais um objecto de estudo, do que uma necessidade imperiosa de criação. Assim, ASCENSÃO, O., "O Direito - Introdução e Teoria Geral", 2ª ed., pág.81. Equipara-se, pois, a função desempenhada pelo artigo 10º/3, do Cciv 66 aqueloutro, desenvolvida, desde há muito, pelo art.1º do código civil Suiço - no qual a função do juiz se afigura mais livre, pois, este artigo não refere a limitação, que, entre nós, se coloca: "se houvesse de legislar, dentro do espírito do sistema" - sem curar de indagar se a hipótese "sub indice" é atinente á matéria de direitos liberdades e garantias, posto imediatamente e exequíveis, nos casos de falta de lei, mesmo que na legislação ordinária, se não vislumbrem casos análogos (cfr., ANDRADE, J.C.V. de, "Os Direitos Fundamenta na Constituição Portuguesa de 1976", Coimbra (reimpressão), 1987, pág.256), sem prejuízo, se fôr caso disso da integração hierárquico-normativo decorrente da interpretação do artigo 70º do Cciv 66, em conformidade com a constituição. Vide, infra, nota nº603 e supra em texto. Para o direito suiço, cfr., WOLF, E., "Les lacunes du droit et leur solution en droit suisse", in Le Problème des Lacunes en Droit, org. por C. PERELMAN, Bruxelles, 1968, pág.105 e ss.



de procriar, sendo inicialmente do sexo masculino; c) ter sofrido intervenção cirúrgica, que tenha modificado os genitais externos, aproximando-os do sexo oposto; d) ser irreversível, ou, pelo menos, quase, o novo fentipo adquirido; e) a decorrência de um ano de vivência, no "novo" sexo<sup>602</sup>.

Todavia, a despeito da existência de dois arestos a imporem o reconhecimento da mudança de sexo, ainda que "voluntariamente" obtida e a sua consagração no registo civil, por meio de averbamento, em virtude do direito à identidade pessoal, consignado no artigo 26º da CRP<sup>603</sup>, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, já teve oportunidade de pacificar o "tumulto jurisprudencial", no sentido de, à luz da jurisprudência "cour de cassation", aderir implicitamente à tese de que a mudança legal de (sexo), só releva se fôr alheia à vontade do peticionante<sup>604</sup>, acolhendo, destarte, o critério biológico da determinação do sexo, pois, nas suas palavras "(...) não se está perante um transexual, mas perante alguém que voluntariamente desejou mudar de sexo, para tanto se submetendo a tratamentos médicos e cirúrgicos"<sup>605</sup>, dando de barato a mais - valia já relevada pelo AcRL,

---

<sup>602</sup> Assim, AcRL, de 17/1/1984, cit., ivi, pág.109.

<sup>603</sup> AcRL, de 18/1/84, ivi, pág.111; ibidem, de 5 - 4 - 1984, ivi, t.2, 1984, pág.124.

<sup>604</sup> Cfr., AcSTJ, de 16/11/1988, in BMJ, nº381, 1988, pág.579 e ss. Repare-se que, subrepticamente, o tribunal, acaba por, sem razão, alegar falta de prova, "in casu", do síndrome da transexualidade, sem que concomitantemente mande baixar os autos, nos termos e para os efeitos do nº3 do art.729 do CPC.

<sup>605</sup> AcSTJ, de 18/1/1984, ivi, pág.581. Cfr., no entanto, os (seis) votos de vencido, designadamente o do conselheiro **ELISEU FIGUEIRA**, que adere à posição, ao tempo, por nós expendida (cfr., **MARQUES, R.**, "Transexualidade: o reconhecimento judicial da mudança de sexo e o Direito Português. Alguns problemas", in Tribuna da Justiça, nº36, 37, 38, 39, 40 (Dezembro/1987 e Abril/1988, maxime, quanto, à metódica de se esgrimir com o artigo 64º da CRP) e **ABEL DELGADO**, que, talqualmente já ensinava o Prof. Doutor **PEREIRA COELHO** (cfr., **COELHO, F.M.**, "Curso de Direito da Família", cit., pág.172 - 173, nota 3), invoca o art.70º do Cciv 66 e o art.26º da CRP.

de 18/12/1986<sup>606</sup>, que já adere a noção dinâmica e compósita do sexo, a convocar, simultaneamente os critérios biológicos/morfológicos e psicológico/social.

---

<sup>606</sup> in, B.M.J., nº365, pág.689.

### 21.5. Suíça

Os tribunais suíços, inicialmente começaram por aplicar analogicamente os normativos concernentes à rectificação do registo civil, tanto nos casos de transexualidade, como nos estados de intersexualidade<sup>607</sup>. Uma vez desconsiderada a lacuna, no sentido da aplicação analógica dos preceitos relativos à rectificação, pelo menos, quanto à mudança de sexo, atinente ao transexualismo, os tribunais têm vindo a integrá-la através de um outro expediente, justamente, o do §2 do artigo 1º do código civil Suíço. Ou seja, se da lei não se pode extrair a solução do caso, o juiz deve decidir baseando-se nos costumes, ou, se estes faltarem, na regra que criaria, como se fora o legislador<sup>608</sup>.

Finalmente, consideramos que, sem prejuízo das soluções jurisprudenciais ou legislativas, constituírem a via prevalecente, se poderão recordar experiências estrangeiras, onde as soluções pragmáticas se impuseram.

---

<sup>607</sup> Cfr., sentença do tribunal civil de Basel, de 27/6/1961, in *Schweizerisches Zentralblatt für Staats und Gemeindevverwaltung*, 1961, pág.418; sentença do tribunal de Laupen, de 17/2/1971, in *Rivista dello stato civite*, 1971, pág.257.

<sup>608</sup> Cfr., sentença do tribunal civil de Basel, de 8/5/1979, in *Rivista dello civile*, 1980, pág.80 e ss., nº3. Vide, no entanto, no quadro daquela outra solução, nos casos (invulgares) de transexualismo feminino, que mereceram decisões procedentes, sentença do "tribunal civil" de Basel, de 19/10/1951 (que, porém, mereceu recurso de apelação em sentido contrário, de 12/2/1952, in *Schweizerisches Zentralblatt für Staats und Gemeindevverwaltung*, 1952, pág.316 e ss.) e do "obergericht", de Zurique, de 15/10/1956, in *Blätter für Zürcherisch Rechtsprechung*, 1965, pág.102 e ss. Cfr., a propósito, COSTANZA, "I poteri creativi del giudice svizzero", in *Rivista di diritto commerciale*, 1982, I, pág.189; WOLF, E., "Les lacunes du droit e leur solution en droit suisse", cit., pág.113 e ss.

## 22. Procedimentos Administrativos. Austria. Dinamarca. E.U.A.

É o caso da Dinamarca, onde desde os tempos prodrómicos da lei nº176, de 11/5/1935, concernente à esterilização, se tentou mudar legalmente o sexo, nos casos de transexualidade, pela obtenção de autorização de estirpação dos órgãos genitais, seguida de mudança de nome, e nalguns casos de mudança legal de sexo, mediante decisão do Ministro da Justiça<sup>609</sup>, pese embora tal solução pareça reservar-se tão só aos nacionais da Dinamarca<sup>610</sup>. De resto, também no dizer de J. PETIT<sup>611</sup>, a problemática da mudança de sexo tem vindo a ser tratada, positivamente, mediante requerimento dos interessados, através do Ministério da Justiça, sob parecer do "*Conselho Médico Legal*".

De igual modo, a mudança de sexo nos casos de transexualidade, tem recebido, na Austria, tratamento idêntico às restantes hipótese de intersexualidade, pelo menos desde, a "*circular*" do Ministério do Interior de 10/12/1981<sup>612</sup>.

Na Noruega, como a lei sobre a esterilização de 1/6/1934, a admite, explicitamente, acaso, porém, se funde em "*razão séria*", parece

---

<sup>609</sup> STÜRUP, G.K., "*Legal problems related to transsexualism and sex reassignment in Denmark*", in *transsexualism and Sex Reassignment*, cit., pág.453 e ss., maxime 454 - 457.

<sup>610</sup> Paradigmático terá sido, o conhecido caso de Christine Jorgensen (cfr., JORGENSEN, C., "*Christine Jorgensen. A Personal Autobiography*", New York, 1967), que viu recusado, após tratamento hormonal a autorização ministerial para a intervenção cirúrgica. (Nota-se que, a lei sobre esterilização igualmente contempla as situações de sofrimento psíquico, ou as que possam pôr em causa o seu papel na comunidade), pelo facto de não ser domiciliado na Dinamarca. Assim também, SCHNEIDER, "*Rechtsprobleme der transsexualität*", Frankfurt, Bern, 1977, pág.136, nº204.

<sup>611</sup> PETIT, J., "*L'ambigüité du droit face au syndrome transsexual*", in *Rev. TDC*, 1976, pág.263 e ss., maxime 273, nº36, 37.

<sup>612</sup> in *Österreichisches Standesamt*, 1982, 1 - 2. Cfr., ELDBACHER, "*Die Transsexualität im Zivil und im Personenstandsrecht*", in *ÖJZ*, 1981, pág.173 e ss.; PATTI, S./WILL, M., "*Mutamento di sesso, ...*" cit., pág.5.

ser igualmente possível, iniciar um procedimento administrativo tendente à mudança legal de sexo, nas várias hipóteses em que se analisa<sup>613</sup>.

Cabe ainda ressaltar as repercussões, resultantes nos E.U.A., justamente, no "*Código de Saúde de New York*", do caso "*anonymous v. weiner*"<sup>614</sup>, que, contrariamente ao disposto no parecer da "*New York Academy of Health*", foi aditado no sentido de contemplar, além da possibilidade de mudar legalmente de sexo, nos casos de "*error (...) made at the time of preparing and filing of the certificate (...)*", igualmente, a hipóteses de "*necessidade superveniente*" de alterar o "*birth certificate*"<sup>615</sup>, através do competente procedimento administrativo perante o "*commissioner*".

---

<sup>613</sup> Assim, CHAVES, A., "*Il diritto alla identità sessuale*", in *Rassegna di diritto civile*, 1981, pág.60 e ss.

<sup>614</sup> Cfr., *supra* nota nº567.

<sup>615</sup> Cfr., *New York City Health Code*, §207.05 (a) (5), na redacção da "*Resolution*", de 16/12/1971.

## **Capítulo 3**

### **O critério**



Do expendido decorre a possibilidade de surgirem controvérsias acerca da atestação de um sexo diverso daquele que foi declarado no momento do nascimento, ou que, posteriormente se reivindica. De resto, suscitam-se várias hipóteses, a saber:

a) Existência de erro, emergente da declaração prestada pelas pessoas referidas nas várias alíneas do nº1 do art.118º do CRC, na medida em que declarem o registando como pertencente a um sexo diverso daquele que é, face à observação sumária dos genitais nessa altura, o sexo "real", posto haja qualquer mal - formação ou ambiguidade externamente perceptível;

b) Erro material, cometido pelo funcionário do registo civil, no sentido de atribuir ao registado, no momento em que proceda à inscrição (art.64º/a/b/c, CRC 78) ou transcrição (art.65º/a, ibidem), de sexo diverso daqueloutro "real";

c) Controvérsia resultante do erro causado por uma originária ambiguidade sexual dos genitais, contanto que ulteriormente se desenvolva e individualize um sexo morfológico - genital - gonadal bem definido e ,assim, oposto ao que foi atestado;

d) Nas hipóteses em que o sexo (genital), no momento do nascimento se apresenta bem definido e, todavia, se desenvolve, naturalmente, ou mediante intervenção cirúrgica auxiliar, no sentido do outro sexo, criando-se, de guisa, uma contradição entre o registo

---

P., in RLJ, 90 (1957/58), pág.23, 25, 96, 102, 205 e 286), as acções destinadas à modificação do estado que resulta do assento.

617 As quais supõe um vício do próprio registo (inexactidão, deficiência ou irregularidade), visando, desta maneira, a alteração do registo incompleto ou errado, através dos competentes processos de justificação judicial ou de justificação administrativa instaurados oficiosamente, quer a requerimento dos interessados ou do Ministério Público (art.115º do CRC), e bem assim dos processos de justificação judicial, que visem o suprimento da omissão do registo ou a sua reconstituição avulsa ou a declaração da sua inexistência jurídica ou a nulidade (art.299º, do CRC); instaurados, instruídos e informados nas repartições do registo civil (art.286º, ibidem); são, portanto, aplicáveis, julgamos nos casos de erro sobre o sexo, a ortografia do nome ou do apelido e da data de nascimento (cfr., GONÇALVES, C., "tratado. ...", cit.vol.XVI, pág.41) e ainda nas hipóteses de omissão e deficiência (v.g., não se ter lavrado o registo, omitirem-se formalidades, registar-se um obito de pessoa viva ou um falso nascimento, ...).



efectuado e o sexo ulteriormente revelado (v.g., nas várias hipóteses de pseudo - hermafroditismo);

e) Nos casos de presença, no mesmo indivíduo dos caracteres sexuais morfológico - genitais - gonadais de ambos os sexos (i.é., no hermafroditismo verdadeiro) situação que, posteriormente, rectificadada, através de intervenção cirúrgica "*reconstrutiva*", revela supervenientemente um sexo oposto ao que foi atestado;

f) Na "*factis specie*" da transexualidade, na qual, por facto humano, mediante intervenção hormonal e operação cirúrgica "*demolitória*" da realidade anagráfica existente e, conseqüente "*confecção*" em via substitutiva e reconstrutiva, de caracteres fenotípicos próprios do sexo a que se julga profunda e inelutavelmente pertencer, os sujeitos pretendem a mudança legal de sexo, como pressuposto terminal de adequação da sua personalidade sexual.

Importa, desde logo, precaver contra a polissemia dos arrazoados, para efeitos de operar a distinção entre aquilo que designamos por "*critério jurídico da determinação do sexo*" e "*critério jurídico da mudança de sexo*". Uma coisa são as "*pautas jurídicas*" imutáveis, ou tendencialmente duradouras, que definem o que é o sexo (legal), coisa diversa são os pontos de apoio normativos, que constituem o "*background*" e assinalam os limites do exercício da disponibilidade do registo do estado civil das pessoas, concernente ao sexo. O critério jurídico da determinação do sexo, vale dizer da identidade sexual normativa, constitui um "*prius*" condicionante destoutro.

Com efeito, vai tradicionalmente entendido que o sexo é um elemento essencial do estado das pessoas, fazendo parte das características individuais, familiares e sociais, que o Direito afeiçoa, para assegurar a continuidade da personalidade (e pessoalidade) jurídica. Como tal, ele haveria de ser indisponível, isto é, imodificável por razões de conveniência pessoal, a não ser sempre que as condições objectivas e naturais o impusessem, v.g., erro na inscrição/transcrição da menção do sexo, ambigüidade sexual - genital, à época do nascimento. O estado das pessoas, no conjunto dos elementos por que se compõe seria, nessa medida, imutável, sem prejuízo de voluntariamente se poder alterar (v.g., casamento, adopção, divórcio, ...).

Ora, neste enfoque, dir-se-à que o sexo deve adequar-se à "realidade", i.é., aos dados corporais. Daí que se venha de entender que a rectificação da menção do sexo, em virtude da mudança de sexo, só poderia supôr a existência de erro grosseiro de atestação, na altura do nascimento. Com o que se convoca o argumento tradicional: a distinção entre os homens e mulheres passará por uma "interpretação sincera" de um dado natural. Porém, como a realidade dos genitais pode revelar-se ambígua, haverá que recorrer à "realidade" genética/cromossômica, qual "ultima ratio". É com o cariotipo, que o sexo legal há-de, por fim, coincidir. Com efeito, o recurso ao sexo genético revela-se imprescindível, nos casos de ambiguidade dos genitais. Logo, as modificações (tratamento hormonal, intervenção cirúrgica), mais não servem do que para revelar o verdadeiro sexo<sup>618</sup>. A distinção entre os sexos existe, nesta prespectiva, independentemente dos critérios utilizados para a determinação do sexo; não é mais do que o reflexo de uma "diferença natural". Assim, o critério jurídico da mudança de sexo, seria, igualmente um critério naturalístico, ainda que, "revelado" pelos dados do conhecimento médico.

Concedamos, de facto, a validade, conquanto tendencial do modelo exposto, resultado, aliás, da crescente tendência de relativização da incidência normativa do corpo<sup>619</sup>.

Com efeito, os tribunais ou/e a lei, preocupam-se, que não em estabelecer um diagnóstico ou efectuar uma análise da transexualidade ou pseudo - hermafroditismo de um indivíduo, outrossim, "dizer" qual o sexo (legal) de uma pessoa, com o que se pretende acautelar a circunstância de esse sexo não poder vir a ser usurpado, ou que a mudança legal, não possa servir para caucionar "deviance"

---

<sup>618</sup> Cfr., por exemplo, BRETON, J., "Le transsexualisme. Étude nosographique et medico-legal", Paris, Masson, 1985, pág.152.

<sup>619</sup> Pense-se, desde logo, no campo do Direito Penal se obedece, hoje, a uma racionalidade orientada para a(e pela) tutela dos bens jurídicos da liberdade e autodeterminação da expressão sexual, no que é patente mais a desvalorização do corpo da vítima, quanto a sua dimensão psíquica, a exigir que se expurquem os íntimos e imperceptíveis opressões subjectivas (v.g., no casamento, em relação a menores e pessoas internadas em situação de dependência e inferioridade: prisão, hospital, ...).

psicopatológica, a perversão ou o deboche. Ora, estas exigências fazem, com os , v.g., tribunais articulem, por um lado, a noção de sexo civil com o sexo físico e, por outro, o conceito de sexo civil e sexualidade.

Vem isto para ressaltar o facto de se utilizar, quanto a nós, erroneamente, os termos sexo e sexualidade de forma equivalente. Ora, nunca se procura fazer referência ao "*Gender*" (género), para significar masculino ou feminino, ou em geral, distinguir entre homens e mulheres. Assim o estatuto do individuo, à sombra desta imposição é, pelo discurso jurídico submetido ao ser biológico e, doutra sorte, à função sexual. Entre o discurso que fundamenta a mudança de sexo e a linguagem, pela qual ela se expressa, intercorre uma tensão perturbadora. Ou seja: parece que os ordenamentos jurídicos funcionam, ao menos, desde o direito romano<sup>620</sup>, sobre o pressuposto de que a distinção entre homens e mulheres, é puramente física, no sentido em que é assim aferida, por força de um especial enfoque da sexualidade<sup>621</sup>.

---

<sup>620</sup> Vide, supra, Parte I, cap.2.

<sup>621</sup> Cfr., no entanto, para a relevância da "*inspectio corporis*", no mundo helénico, BISCARDIA, "*Diritto greco antico*", cit., pág.81 - 82.

#### 24. Metafísica da possibilidade. Indeterminação sexual e qualificação jurídica. Um paradigma corporal renovado

A coerência lógica que une o problema jurídico - filosófico da "dissolução" do corpo e do "eu", numa identidade subjectiva ancorada, cada vez mais, na pulsão libidinal, é tanto inegável quanto presente numa realidade social, que traduz o problema da libertação sexual em termos de concretas reivindicações (esterilização, interrupção voluntária da gravidez, proibição da discriminação sexual, procriação assistida, mudança dos caracteres sexuais fenotípicos).

Não é pois, despreciando, que a autonomização cultural e científica da sexualidade, se projectou, "*uno actu*", no ordenamento jurídico, colocando a questão da possibilidade de dilucidação de um específico cânone de individualização da sexualidade. De facto, a libertação sexual propiciou a perda de um princípio normativo unívoco. Se os tradicionais critérios da determinação do sexo (morfológico - hormonal - genital) forneciam instrumentos de qualificação suficientemente precisos, ainda que não absolutos, a emergência do elemento psicológico (sexo psicológico), relativiza qualquer possibilidade de erigir uma qualquer "*casa comum*"<sup>622</sup>. Onde descortinar o lastro, sobre o qual assenta a certeza e a segurança atribuídos ao direito? É uma interrogação, que se repercute directamente na ordem naturalística expressa através dos limites da integridade física. Tradicionalmente só é concebível um modelo de integridade física, na medida em que vá pressuposta uma individualização/identidade física, que não dependa daquilo que se afirma constituir o exercício discricionário da identificação sexual. A visão clássica da sexualidade e do sexo, adentro do "*invólucro*" do corpo, depende da existência de uma de uma pessoa, cujos modelos comportamentais se encontram determinados desde o nascimento, no quadro de uma funcionalização orgânica e biológica do sexo.

---

<sup>622</sup> Na medida em que se acolha um novo conceito de identidade sexual, que confira relevo não só exclusivamente aos genitais, ou ao "jogo" cromossómico, outrossim, igualmente aos elementos de índole psicológico - ambiental. Cfr., por exemplo BESSONE/FERRANDO, "*Persona física (diritto privato)*", in Enc. Dir., XXXIII, 1983, pág.196.

Em D. 1, 5, 10<sup>623</sup> se plasma um modelo de doutrina que, nunca como outra, resistiu á usura do tempo e ao ocaso dos modelos romanísticos.

Não é outro, no entanto, o modelo que brota dos arts. 280º, e 340º e 81º/1do Cciv 66 - além do conexo discurso da civilização - quais normas gerais, no campo civilístico que permitem traçar com suficiente clareza os limites da disponibilidade da integridade física, sob o pano de fundo, desse "*universo natural*", por forma a impedir a "*modificação arbitrária*" dos órgãos genitais - no fundo, a vertente fenotípica já implantada, desde o nascimento - que, ao invés de corrigir defeitos ou malformações sexuais orgânicas, intenta ampliar ou desenvolver os "*indícios*" ou primícios de um sexo inexistente. É, justamente, da emersão deste discurso naturalístico, no quadro do enfoque jurídico da identidade sexual, sobre o qual, igualmente repousa a ideia da procriação, como qualidade e finalidade determinante dos equilíbrios do casamento e das correspondentes presunções, que percorrem a estrutura da família, que também deveriam os corolários do direito penal.

Todavia, as dúvidas e desconfortos, que marcam a relevância do sexo psíquico - e da psíco - sexualidade - expressas com crescente intensidade na jurisprudência<sup>624</sup>, mostra uma dificuldade que ultrapassa a simples exigência de uma intervenção legislativa. O intérprete, hodierno que, durante vários séculos reproduziu sem mal - estar a fórmula do "*Digesto*", sente, diferentemente dos antecessores, isto é, vê - se carecido de critérios precisos e bem assim incapaz de resolver a alternativa que medeia a aceitação incondicionada da vontade de quem

---

623 D.1, 5, 10 "*Ulpianus primo libro ad Sabinum qualritur: hermaphroditum cui comparamus? Et magis puto eius sexus aestimandum, qui in eo prevalet*".

624 Cfr., sentença do tribunal de Palermo, de 17/3/1972 (in, temi, 1974, pág.174 e ss.); do tribunal de Milão, de 2 - 4 - 1974 (in Dir. Fam. e delle persone, 1975, pág.1400); da "*corte di cassazione*", de 2 - 4 - 1980, nº2161 (in, Giustizia civile, 1980, II, pág.1864 e ss.); acórdão da "*court d'Appel de Paris*", de 24/2/1978 (cfr., PENNEAU, J., in Juris classeur Periodique, 1979, 19202); sentença do T.G.I., de Saint - Etienne, de 11/7/1979 (in, MERCADER, P., "*Le paradoxe, ...*", cit., pág.173).

pretende submeter-se a intervenção cirúrgica de "transformação" dos genitais e perpetuação dos rígidos e imutáveis modelos, com base nos quais existe, desde o nascimento uma exacta caracterização e determinação sexual, aí onde o papel do juiz se circunscreve à sua certificação.

Certo é que, os processos de medicina e cirurgia oferecem ao problema da intersexualidade e da transexualidade horizontes jamais imagináveis. Porém, a questão não é meramente resolúvel em termos técnicos. Não se trata de nos assumirmos mais ou menos sensíveis aos novos problemas "substituindo" o psiquiatra pelo ginecólogo ou respeitando as hierárquicas distinções dos velhos manuais de medicina legal, entre os caracteres sexuais primários (morfológico - biológico) e os secundários (o sexo psicológico, ...). Com efeito, o juiz que exclua a possibilidade de a pessoa dispôr, sem limites, da integridade física, ou que se atenha, unicamente, a uma identidade sexual pré - constituída e imutável, mesmo por força de eventos supervenientes, não dispõe, na realidade, de qualquer critério normativo, sobre o qual fazer operar as estatuições legais.

Ora, parece que o vínculo entre sexo e corpo realizado através da remissão aos artigos 81º/1, 280º e 340º do Cciv 66 ou 155º do CP 82, não é jurídico. Convoca uma ideia de homem que liga a identidade do "Eu" à integridade física, mediante um sistema estático, por que apriorístico da relevância das qualidades subjectivas. Autonomizada a sexualidade, poder - se - ia até defender que, seria impossível ou até ilegítimo negar o direito de determinar a própria sexualidade e modificar os genitais, com base numa decisão individual, absolutamente imotivada.

Relevámos, aliás, a existência de um horizonte teórico para além dos limites assinalados pela existência sexual corpórea, justamente, o horizonte iluminado pelo desejo, com a sua infinita capacidade<sup>625</sup> de projectar, modificando, a identidade subjectiva. A "resolução do desejo" exprime toda a força ideológica da intuição sartriana<sup>626</sup> pela

---

625 Cfr., supra, Parte I, cap.2, nº 6 e 7.

626 SARTRE, J.P., "o existencialismo é um humanismo", trad. portuguesa, ... pág.34.

qual "a existência precede a essência". O "ser" exprime-se no "fazer-se", "verificar-se", de acordo com aquela exigência de "realização", donde brotam as reivindicações de uma absoluta autonomia comportamental (sexual), para os quais "o homem está condenado a inventar o homem"<sup>627</sup>.

Resta, porém, indagar até que ponto estes modelos existencialistas, cometidos a uma absoluta discricionariedade de auto-projecção subjectiva, enquadrados por limites, conquanto provisórios, podem ser trasmutados ou reconduzíveis a um enfoque jurídico. A pretensa estabilidade e imutabilidade dos dados corporais, plasma, na realidade, um modelo de normalidade, sobre o qual a normatividade possa erigir um sistema genérico de impositação da identidade sexual. Ora, a ciência já mostrou que o núcleo fundamental constitutivo da essência humana reside, outrossim, na concatenação entre a "aparência" anagráfica e o subjectivismo da imagem de um homem infinitamente variegado. Articulado entre estes dois extremos, o problema da qualificação normativa da identidade sexual, pode abordar-se para além das impositações clássicas.

O problema em discussão pode, igualmente, apreender-se pelo cotejamento de alguma legislação sobre mudança de sexo, nas hipóteses de transexualidade.

Retenha-se, para já, o art.3º da lei italiana de 14/4/1982, nº164, que faculta, acaso se afigure necessário, o tratamento médico cirúrgico, indispensável para um "adeguamento dei caratteri sessuali", após o que autoriza a rectificação da menção do sexo nos "registri dello stato civile". O problema analisa-se, desde logo, na constatação da equivocidade do conceito de "adeguamento"<sup>628</sup>. Poder-se-ia tão só reputar admissível a intervenção cirúrgica que "adequasse" os genitais ambíguos, na intersexualidade, ao sexo cromossómico, que não "revelar" um sexo inexistente. É, todavia, mais plausível e correcto

---

627 SARTRE, J.I., "O existencialismo, ...", pág.47 - 48.

628 Cfr., igualmente, a crítica de PATTI, S./WILL, M., "Mutamento di sesso, ...", cit., pág.22, 30.

defender que, ao derredor das novas exigências, a lei italiana tenha querido consentir o "adeguamento" do corpo à vivência sexual psicológica, como, aliás, deixa entrever o artigo 1º da referida lei, ao falar de "intervenute modificazioni dei caratteri sessuali" e o artigo 2º, ao impôr a averiguação das condições psico - sexuais do peticionante.

Vem isto, no entanto, para observar quanto a imprecisão terminológica é um sintoma, ainda que involuntário do desconforto do legislador italiano em dilucidar consistente(s) critério(s) ou parâmetros normativos. Colocando a questão em termos de a identidade subjectiva se definir exclusivamente em função do sexo<sup>629</sup>, nem o corpo, nem tão pouco o universo psíquico esgotam as possibilidades emergentes dos pólos masculino e feminino, posto se entenda que a distinção entre o homem e a mulher, masculinidade e feminilidade, são unicamente graus sucessivos do desenvolvimento da sexualidade<sup>630</sup>.

Ora, esta conceituação, ainda que se apresente, ao conhecimento médico hodierno, bastante escorreita, não evita equívocos linguísticos, como são todos aqueles que denunciados por quem entende ter a intervenção cirúrgica de "adeguamento" criado sujeitos mais "normais" do que inicialmente, deformando-se o corpo à doença<sup>631</sup>. Pois que, se antes da intervenção - nos casos de transexualismo - se constata uma dissociação entre corpo e mente, após a cirurgia, a situação complicar-se-ia, no sentido em que se reuniriam no mesmo corpo um contraste entre elementos de um sexo - justamente, os genitais externos, a conferirem um fenótipo oposto - e do outro - v.g., cromossómico<sup>632</sup>.

---

629 Cfr., VINCENTIIS, G. DE/CUTTICA, F./LEDDA, F., "Rettificazione dell'attribuzione del sesso e transsexualismo", in Rivista di medicina legale, 1983/4, pág. 893.

630 Assim, STANZIONE, P., "Premessa ad un studio giuridico del transsexualismo", in Problemi giuridici del transsexualismo, cit., pág.12 - 13. Cfr., supra, Parte II, cap.1, nº12

631 Assim, AcRL, de 6 - 2 - 1986, in CJ., t.4, 1986, pág.123.

632 Cfr., FARINA, C. La, "Alcune osservazione riguardo alla legge sul cambiamento di sesso", cit., pág.830; BOMPIANI, "Le norme in materia di rettificazione dell'attribuzione di sesso ed il problema de transsexualismo", in Medicina e morale, 1982/3, pág.238 e ss.



De resto, idênticas angústias prespasmam na "*transsexualengesetz*", de 1/9/1980 ("TSG"), que prevê a simples mudança de nome (a pequena solução, "*Kleine Lösung*") e a mudança de sexo (a "*grosse Lösung*"). Nesta sede, a sujeição do legislador à mutabilidade e indeterminabilidade dos elementos do sexo psíquico é patente, na medida em que a "*Kleine Lösung*" prevê explicitamente uma espécie de "*direito a mudanças sucessivas de sexo*", (§6/1, "TSG"), contanto que, o peticionante sinta pertencer novamente ao sexo inscrito nos registos de nascimento. De mudança, em mudança de nome, a lide dos averbamentos (ou novos assentos) parece não ter fim.

Opostamente, já a "*grosse Lösung*" impõe como condições da acção o retorno aos dados corporais, ou seja, a incapacidade permanente de procriação, operação cirúrgica de mudança dos genitais, no sentido de uma aproximação aos do sexo oposto (§8/1/4, "TSG"). Esta evidente subordinação aos parâmetros biológicos e morfológicos, explica, talvez, o motivo por que, nesta 2ª solução, a lei alemã, não tenha contemplado a "*faculdade de arrependimento*", traduzida no retomo ao sexo inicialmente inscrito. Os dados são significativos na constatação de um claro recuo do legislador face à possibilidade, conquanto cirurgicamente pouco plausível, de uma contínua manipulação dos genitais, subjacente aos humores variáveis do sexo psicológico<sup>633</sup>.

Parecia até emblemático dizer-se que seria a "*praxis*" a decidir, em definitivo, uma "*prognose psicológica*", pois que, só vivendo o próprio papel sexual, seria possível individualizar a capacidade de corresponder aos mutáveis ónus da mudança de sexo. Como que seria impossível, para além das caracteres sexuais morfológico - biológicos, a assimilação jurídica da sexualidade<sup>634</sup>.

---

633 Nesta perspectiva seria, pois, legítimo questionar o motivo pelo qual a capacidade de procriar impede a satisfação do sexo psicológico; ou, a razão por que se "*condena*" o sujeito a personificar, após a mudança (legal) de sexo, um protagonismo que sente não ser mais apropriado.

634 Como observa GALIMBERTI ("*Il corpo*", cit., pág.216), "*Una sessualità indeterminata é una sessualità inafferibile dove esplondono le perversioni, perché sfugge a quel 'verso'*

Ora, frustramente se tem vindo a contrariar tais discursos dissolventes<sup>635</sup>, sempre que se pretende conjugar a mudança de sexo, maxime no transexualismo, e o registo sexual anagráfico no quadro da fronteira, que assinala a fronteira da sucessão de "estados civis", em termos de se propor a criação anagráfica de um "terceiro sexo", estado sexual, intermédio ou neutro<sup>636</sup>.

O problema não é tanto o de destruir ou obnubilar a dicotomia homem/mulher, quanto o de indicar os operadores jurídicos susceptíveis de poderem cristalizar uma restaurada tipologia, que igualmente possa alimentar-se na presuntiva "indefinibilidade" do sexo psicológico, que não tão só nos dados corporais, isto é, no sexo morfológico - biológico.

Vem isto para significar que, esse outro paradigma não poderá deixar de passar pela manutenção do "modelo naturalístico" da identificação sexual/normativa. Porém, um modelo de funcionalização orgânica e biológica do sexo, que será tendencialmente imutável, contanto que não operem supervenientemente circunstâncias várias que, ora privilegiando a vertente, psíquica da determinação do sexo, ora o enfoque morfológico - biológico, possam fazer assinalar os limites da disponibilidade da rectificação do registo dos elementos do estado civil concernentes ao sexo, tanto num critério médico, quando quando num critério social. Sistema estático e sistema dinâmico da identidade subjectiva/normativa, cruzam-se sincrónica e diacronicamente.

Com efeito, se por um lado, a alteração e mudança dos caracteres sexuais fenotípicos pode contender aos valores da preservação da

---

*che la legge ha fissato nella riproduzione della specie dove si nasconde la riproduzione del medesimo, del figlio fatto a imagine e somiglianza, ...".*

635 Cfr., as tentativas de GALBIATI, "Transsexualismo e rettifica dell'atto di nascita", in Giur. ital., 1980/1, pág.1865 e ss.; GARUTI/MACIOCE, "Il diritto all'identità sessuale", in Riv. DC, 1981/2, pág.273 e ss.; e, mitigadamente, DE CUPIS, A., "I diritti della personalità", cit., pág.414 e ss.

636 STANZIONE, P., "La soluzione normativa del transsexualismo: l'esperienza tedesco - occidentale", cit., pág.65.

identidade física ou conflitar com o interesse da colectividade, qual exigência de tutela de interesses de terceiros e da certeza e estabilidade das relações jurídicas, por outro, é necessário indagar, em concreto, se a mudança ofende a integridade psico - física e se os direitos de identidade sexual e a saúde, dispõem de um radical subjectivo suficientemente denso, seja para excluir a tipificação criminal da alteração fenotípica, seja, inclusivamente, para convocar o Direito a fazer operar a condição resolutive daqueloutro paradigma naturalístico, reconhecendo juridicamente a relevância diacrónica do critério psicológico - social da determinação do sexo.

Daí que a mudança "*arbitrária*" de sexo, seguindo o delírio libidinal, emergente da autonominazão da sexualidade, não seja objecto de tutela, sempre que desafie os valores da integridade psico - física, do respeito pela pessoa e da sua dignidade, ou não se coloque em função da promoção da saúde.

O ordenamento jurídico não pode, de facto atribuir aos indivíduos, um poder absoluto de disposição sobre si mesmo<sup>637</sup>, antes garantir a autodeterminação sexual, se e quando corresponda a um interesse substancial, objectivamente, considerado das pessoas. Por isso que, importa distinguir duas hipóteses. Em primeiro lugar, a mudança fenotípica de sexo que se não funde em condições objectivas<sup>638</sup> e/ou psicológicas e/ou biológicas e/ou sociais, não há - de merecer tutela do Direito. Em segundo lugar, sempre que a mudança de sexo se ancore na verificação de alguma das condições precedentes<sup>639</sup>, ela não poderá deixar de ser tratada pelo Direito, para efeitos de rectificação dos registos anagráficos.

---

637 Cfr., PERLINGIERI, P., "*La personalità umana nell'ordinamento giuridico*", camerino - Napoli, 1972, pág.132 e ss.

638 v.g., no princípio da necessidade, conforme decorre do art.3º da lei italiana, sobre mudança de sexo ("*quando risulta necessario*").

639 Quando, por exemplo, se privilegia superveniente a vertente do sexo psicológico - social, nos casos de transexualidade, ou o novo sexo morfológico - genital, após a destruição da ambiguidade sexual originária, nas hipóteses de intersexualidade.

Não pode, doutra sorte olvidar-se, que a mudança legal de sexo não se esgota em si mesma, qual singular e esporádico facto com relevo jurídico, consumado através de uma qualquer autopoiesis, antes se projecta em todas as relações jurídicas que sofrem, direta ou indiretamente, a mudança jurídico - existencial. É ainda válido o casamento celebrado anteriormente? Subsistem alterações nas eventuais relações de filiação? A que condições submeter a celebração, ab "*origine*" ou "*a posteriori*", do casamento. Já se vê que, a uma instância à qual se adscree a identidade sexual subjectivista, há-de corresponder uma constante impositação relacional, pois que, até a própria compossibilidade teórico - prática daquela instância, acaba por depender, em larga medida dos outros.

## 25. A aporia da justiciabilidade. A tese negativa

Talqualmente ocorre, segundo alguns, entre nós<sup>640</sup>, na Itália, França e Alemanha, no dealbar da década de setenta, a tendência dominante<sup>641</sup> quedava-se na ilicitude civil<sup>642</sup> e, por vezes criminal das modificações voluntárias (ou arbitárias) dos órgãos da cópula.

Substancialmente, segundo esta impostação, ao médico seria, tão só lícito "*corrigir*" o sexo morfológico - genital, nos casos de hermafroditismo verdadeiro, pseudo - hermafroditismo e demais estados intersexuais, na medida em que, desse modo, se potenciassem as características do "*verdadeiro sexo*". Por isso que, uma intervenção cirurgica que fizesse descortinar um "*simulacro de sexo*", posto aparente, seria irrelevante e inexistente para o Direito, com o que sempre se faria reprimatar, para efeitos de não reconhecimento, o sexo "*natural*" da pessoa<sup>643</sup>. Isto é, nos casos de transexualidade, o sujeito não poderia exigir do juiz aquilo que o médico não teria conseguido

---

640 Cfr., o artigo 81º do Estatuto da Ordem dos Médicos, aprovado pelo Decreto - Lei nº40651, de 21 - 6 - 1956, mantidos em vigor "*ex vi*" do artigo 104º do novo estatuto, aprovado pelo Decreto - Lei nº282/77, de 5 - 7, que veda a prática de actos, que conduzam à esterilização, enquanto acto médico, salvo quando a conservação da vida da pessoa o imponha; vide, igualmente os arts. 54º/1 e 55º do código Deontológico da Ordem dos Médicos, nos termos do qual - desprezando por ora, a questão da sua "*existencia jurídica*" - é vedada a mudança de sexo em pessoas morfológicamente normais.

641 Salvo os casos da Noruega, Suíça e Dinamarca, que já desde os anos trinta, consignam disciplina Jurídica sobre esterilização, voluntária ou não. Cfr., por exemplo, PETIT, J., "*L'ambiguité, ...*", cit., pág.273.

642 Como, aliás, prevê o art.5º do "*codice*", que proíbe os actos de disposição do próprio corpo, sempre que conduzam à diminuição permanente da integridade física, ou sejam contrários à lei, ordem pública, ou bons costumes.

643 PALMIERI, "*Sesso (diagnossi e mutamento di)*", in VDI, XVII, torino, pág.226 e ss.

realizar: "*Il ne faut pas prendre le droit pour une médecine*"<sup>644</sup>. A transexualidade, ainda que cientificamente identificada, nunca poderia analisar-se numa verdadeira mudança de sexo, pois que, o "*transexualizado*", embora tenha perdido alguns dos caracteres sexuais do seu sexo morfológico - biológico, nem por isso adquire aqueles outros do sexo oposto<sup>645</sup>. Com efeito, se a vocação da medicina seria a de permitir à pessoa readquirir o bem - estar que, no entretanto, perdeu, a função do Direito colocar-se-ia noutra órbita, justamente, a da garantia da harmonia social. O que valeria por dizer que essa harmonia nunca se poderia consecutir, na medida em que estivesse dependente das aspirações individuais<sup>646</sup>. Medicina e Direito, neste enfoque, estariam, pois, condenados a um recíproco antagonismo, sempre que se tratasse de dilucidar as consequências emergentes das intervenções cirúrgicas de mudança de sexo, na transexualidade. O que representa, desde já, esta tese a manutenção do "*paradigma corporal*", "*qua tale*", ao arrimo do critério de uma determinação do sexo fundado no sexo morfológico - biológico, para efeitos de rectificação superveniente das menções relativas ao sexo, no registo do estado civil das pessoas.

De resto, como informava STAUSS<sup>647</sup>, uma comissão Alemã - Federal, já na década de sessenta concluiu pela inexistência de razões poderosas para sujeitar os transexuais a intervenção cirúrgica, na medida em que cada operação sempre envolveria certa álea, seja do ponto de vista psicológico, tanto assim, que a experiência desenvolvida, até aí, no campo da cirurgia plástica mostrava, regra geral, resultados desapontadores. Além de que, conforme relatava, nunca se poderia operar uma verdadeira conversão sexual, particularmente no enfoque da função reprodutora da espécie humana<sup>648</sup>.

---

<sup>644</sup> Assim, MURAT, "*Droit de l'enfance, ...*", cit., nº2.

<sup>645</sup> Nestes termos, RASSAT, "*Sexe, médecine et droit*", cit., pág.670.

<sup>646</sup> RASSAT, ob cit., pág.664.

<sup>647</sup> STRAUSS, S.A., "*transsexualism and the law*", cit., pág.350.

Interessante parece, igualmente, ter sido o caso "*Richard San Martin*"<sup>649</sup>, em cujo parecer, o "*Fiscal de camera*" defende a inexistência de suficientes razões científicas para a remoção de um pênis saudável a um indivíduo psiquicamente doente, pois, tal desiderato haveria outrossim, de preencher o tipo legal do crime de ofensas corporais graves. Observa ainda que, sendo o acusado um médico, este não deveria destruir órgãos vitais de pessoas psiquicamente doentes, antes curar as suas mentes. Ou seja, o médico deveria saber que, "*in casu*", não poderia "*transformar*" um homem numa mulher, porquanto, por muito que avancem progressos científicos, nunca aqueles poderiam violar os segredos da natureza, isto é, a procriação e a morte.

Decorre, então, que não é estranhável, que em 1966, aquando do já recenseado caso "*Annonymous v. Weiner*", a "*comission of Public Health*", questionasse dubitativamente a utilidade da rectificação dos "*birth certificates*" e das leis, no sentido de constituírem meios de terapia a indivíduos psiquicamente doentes, no seu processo de adaptação á sociedade. J.P. HOLLOWAY<sup>650</sup> colocava, ademais, a questão de indagar se indivíduos psiquicamente doentes teriam capacidade para consentir, tanto a intervenção hormonal, como a cirúrgica, acabando louvalmente por concluir, ao tempo, que se deveria presumir "*iuris tantum*" a sanidade mental<sup>651</sup>.

---

648 "*Gezondheidsraad: Rapport betreffend Plastisch - chirurgische Geslachtstram formatie*" (1965).

649 in, *South African law Journal*, 1967, pág.217.

650 HOLLOWAY, J.P., "*transsexualism: some further considerations*", cit., pág.80, nota48.

651 Porém, esta questão parece não ter hoje sentido, pois, a tutela a existir, do reconhecimento judicial/administrativo da mudança de sexo, nos casos de transexualismo, não passa pela aferição dos pressupostos, natureza e efeitos privalísticos da contratação que ocorre no âmbito, do contrato de prestação de serviços, entre o transexual e o médico, pese embora sempre se deva exigir o consentimento do indivíduo maior de 14 anos (cfr., art.38º do CP 82; CARVALHO, O., "*teoria geral, ...*", cit., pág192) além da constatação de uma suficiente estabilidade psicológica para a

Assim, a presença de uma sexualidade psíquica "invertida", não deverá ser suficiente para, <sup>mudar</sup> legalmente, o sexo, ao derredor do qual, a vida psíquica do indivíduo gravita, sempre que esse sexo seja diverso daquele que consta do assento de nascimento. Ora, sendo a transexualidade, segundo alguns, uma doença mental, resulta que haveria tão só de ser combatida por intermédio da psiquiatria<sup>652</sup>.

Por outro lado poderá dizer-se, o senso comum, ao elaborar e estabelecer a diferenciação sexual, fá-lo mediante índices de cognoscibilidade natural, que não artificial. Daí que a exigência de tutelar a relação entre os dois sexos, maxime, em sede de casamento, não se compagine com o averbamento da mudança de sexo no assento de nascimento, (certidão de nascimento, bilhete de identidade, ...), mais não seja porque a prevalente exigência de certeza e segurança no tráfico jurídico - ao arrimo de uma concepção arqueológica de interesse público e bons costumes-nunca poderá convir o tribunal deixar-se tomar por uma qualquer "pietas", já que isso sempre transportaria a inadmissível faculdade de livre determinação do sexo, consoante fosse a inclinação psíquica dos indivíduos. A imutabilidade do registo do estado civil das pessoas a isso conduziria.

É, por conseguinte, ao arrimo dester "pontos de apoio", que se logra concluir, para as teses que aceitam acriticamente o clássico paradigma corporal, no tocante à determinação do sexo, que sómente a mudança de caracteres somáticos, que ocorra durante o desenvolvimento físico do indivíduo, contanto que se esteja na presença de caracteres gonadais-genitais ambíguos- é que pode justificar a rectificação da primária impotação do sexo, que, entretanto, se revelou errónea. Na verdade, para estas teses, só se poderá admitir a mudança (legal) de sexo nestoutras hipóteses: a) sempre que se verifique ter existido uma atestação errónea, por força de uma originária

---

consecução daquilo a que JOHN MONEY designa por terapia de reabilitação (cfr., entre nós, GOMES, A., in "Psiquiatria clínica", 2 (3), 1981, pág.199). Cfr., ainda MONEY, J./MUSAPH, H., "Handbook of Sexology", Excerpta médica, Amsterdam, 1977. GIESEN, D., "International Medical Malpractice Law", Dordrecht, Boston, London, 1988, pág.252 e ss.

652 Assim, SIGUSCH, in NJW, 1980, pág.2745; EHRARDT, H.E., "transsexualität: medizinische, ...", cit., pág.282 e ss.



ambiguidade sexual externa, com o ulterior desenvolvimento (natural ou não) e individualismo de um sexo genital bem definido, oposto à menção inicialmente lavrada; b) nos casos em que, aparentemente, o sexo morfológico-genital surja bem definido, no momento do nascimento e, todavia, se revele, ulteriormente, por evolução natural (ou não) do sexo oposto, o que, normalmente ocorre, nos casos de pseudo-hermafroditismo, que só é diagnosticado em altura superveniente; c) nas hipóteses de erro de transcrição ou inscrição, por parte do funcionário do registo civil ou pelas pessoas obrigadas à declaração de nascimento.

De facto, parece líquido que se admita a mudança (legal) de sexo, no pressuposto de que o cirurgião tão só pretendeu ajudar ao desenvolvimento normal do "*verdadero sexo*", corrigindo imperfeição ou eventuais equívocos e ambiguidades. É, por isso, óbvio, neste enfoque, negar relevância à mera "*aparência exterior*" criada artificialmente, por força de uma intervenção cirúrgica, em absoluto demolitória. E daí que, falar de um direito à tutela do desenvolvimento da personalidade (psíquica) das pessoas, ao arrepio dos elementos corporais, concernentes ao sexo, não haveria de quadrar ao carácter unitário da personalidade humana, atentos os princípios da inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade dos direitos de personalidade<sup>653</sup>.

---

<sup>653</sup> cfr., no direito espanhol, pontos de apoio nesta tese restritiva da mudança de sexo, MARTINEZ, J.V., "*Se incluye el cambio de sexo, ...*", cit., pág. 187 e ss, maxime 999 e ss.; CORRAL, D. del, "*La transsexualidad y el estado civil (En torno a la sentencia del tribunal Supremo de 7 de Marzo de 1980)*", in Anuario de Derecho civil, 1981, pág. 1077 e ss.; YAGÜEZ, R.A., "*transsexualidad y cambio de sexo*", cit., pág. 177 e ss.; GORDILLO, A., in cuadernos civitas de jurisprudência civil, 1987/14 (Abril - Agosto), pág.4721.

26. A fundamentação hermenéutica normativa da mudança de sexo.  
O direito fundamental/subjectivo à saúde

É sabido que o artigo 18º/1 da CRP, não deixa quaisquer dúvidas sobre a vinculação das entidades públicas pelas normas consagradas de direitos, liberdades e garantias e bem assim de direitos de natureza análoga. Ora, os tribunais, sendo eles próprias entidades públicas, hão-de, naturalmente vincular-se aos direitos fundamentais.

Vale isto por dizer, desde logo, que a vinculação afecta ou se há-de rever no conteúdo das próprias decisões judiciais. Se estes influenciam, de forma directa, a posição jurídico - material dos indivíduos perante os tribunais, eles também serão, de alguma maneira "*medidas de decisão judicial*". Da conjugação dos artigos 206º, 207 e 18º/1, da CRP, resulta que as normas atinentes aos direitos fundamentais, possuem uma natureza vinculativa, enquanto normas de decisão do juiz e materiais de quaisquer actos da "*jurisdictio*".

De facto, é a lei que normalmente, aponta, para o caso concreto, a dimensão do justo, enquanto elemento mediador primário da vinculação constitucional. Todavia, configuram-se hipóteses em que, só a vinculação imediata da jurisprudência pela constituição, ou seja, pelos direitos fundamentais, pode compensar o problema do "*déficit*" das leis ordinárias, que tocam direitos de personalidade. Isto ocorre, no caso de não existir legislação sobre a matéria, ou se esta fôr insuficiente, isto é, com um baixo estalão de densidade, vale dizer, nas situações equiparáveis aos casos de "*falta de lei*". É, pois, perfeitamente pensável que o juiz possa declarar o conteúdo e os limites do direito individual e até mesmo "*condenar*" o Estado à prática do acto omitido, indispensável à plena realização desse direito.

Do que vai dito, é propiciada a extracção do "*instrumentarium*" necessário e suficiente para a dilucidação do(s) critério(s) jurídico(s) da mudança de sexo: a) desenvolvimento do direito judicial a partir da própria constituição ou; b) interpretação da lei em conformidade com a constituição. Com o que também se pensa em impor a obrigação dos tribunais considerarem os "*standards da técnica médica*" como elementos normativo-concretizadores.

Já se vê que pretendemos ultrapassar a concepção dos direitos de personalidade como uma figura civil<sup>654</sup>, projectando a tutela da personalidade jurídica da pessoa humana, em círculos concêntricos, de mais alargada influência, para a sua realização, de forma a surpreender a penetração dogmática dos direitos fundamentais no Direito civil, em termos de submissão, aos direitos fundamentais, dos "tribunais que decidem segundo a medida do direito privado"<sup>655</sup>.

Assim, o núcleo do problema que nos move pressupõe uma específica hermenéutica, justamente, a que se decide entre a aplicação prático-judicativa-argumentativa do artigo 70º do código, interpretado em conformidade com a constituição dos direitos fundamentais<sup>656</sup> ou a aplicabilidade imediata do art. 64º da C.R.P, tangente ao direito à Saúde.

Pelo que, tudo passaria por dilucidar a dignidade material subjectiva do tipo de bens que nele se encerram, e bem assim do seu

---

654 Que OTTO VAN GIERKE, tão bem sedimentou. Cfr., HATTENHAVER, "Grundbegriffe des Bürgerlichen Recht", 1982, pág.13. Problema este que já se intui em civilistas como SOUSA, R.C. de, "A constituição e os direitos de personalidade", in Estudos Sobre a Constituição, 1978, pág.93 e ss. 178 e ss. MENDES, C., "Direitos, Liberdades e Garantias - Alguns aspectos gerais", ivi, I, 1977, pág.112. PINTO, M., "Teoria Geral, ...", cit., pág.71; CORDEIRO, M., "Teoria Geral, ...", cit., pág.313 e ss.; cfr., no entanto FERNANDES, L.A.C., "Teoria Geral, ...", cit., vol.I, t.1, pág.167, que inclui o direito à saúde adentro do "direitos de personalidade instrumentais", por que incidentes sobre bens afins da personalidade.

655 Aproveitamos, para este fim, a imprecisa formulação de CANOTILHO, J.J., "Tópicos de um curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, processo e Organização", in BFDC, vol.LXVI (1990), vide, separata, pág.51.

656 CANOTILHO, J.J., "Direito Constitucional", cit., pág.756; MIRANDA, J., "Manual de Direito Constitucional", II, pág.232; MÜLLER, F., "Juristische Methodik", Berlin, 2ª Ed., 1976, pág.168, e ss.; HESSE, K., "Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland", 13ª Ed., Karlsruhe/Heidelberg, 1982, pág.26 e ss.; CORDEIRO, M., "teoria geral, ...", cit., pág.316 e ss.; ANDRADE, J.C.V. de, "os Direitos Fundamentais, ...", cit., pág.254 e ss. MIRANDA, J., "Direitos Fundamentais na ordem Constitucional Portuguesa", in Revista Española de Derecho constitucional, 1986/6, pág.107 e ss.

eventual cabimento, concorrente ou não, no artigo 70º do cciv.66. Com a advertência do que fôr dito há-de valer, tanto nos casos de mudança (legal) de sexo, emergente de transexualidade, como de intersexualidade, ainda que, neste último caso de forma menos densa.

Na realidade, o direito à saúde não pode deixar de constituir posição jurídica relevante perante o fenómeno da mudança de sexo, na medida em que a circunstância de o transexual ou intersexual recorrerem a intervenção médica, de forma a harmonizar, seja os diversos componentes da sexualidade morfológico - biológica - intersexualidade - seja a compatibilização daqueles outros com o sexo psicológico - social - na transexualidade, é, de todo em todo, ancilar em relação ao supremo objectivo da recomposição do equilíbrio psico - físico completo. O que, sómente se alcança, de acordo com o hodierno conhecimento médico, também, através da mudança (legal) de sexo, subsequente aqueloutra "*mudança cirúrgica*". Até porque, os tratamentos e intervenções cirúrgicas, que visam modificar o sexo fenotípico<sup>657</sup>, deverão ser consideradas intervenções terapêuticas relevantes, para efeitos, de exclusão da ilicitude<sup>658</sup>, enquanto se considerem no enfoque do direito à saúde<sup>659</sup>. Não tememos, então,

---

<sup>657</sup> Já os casos de erro ou deficiência de inscrição ou transcrição no registo civil são patentemente, relevantes em sede de direito à identidade pessoal/sexual no quadro do critério biológico da mudança de sexo.

Já vimos que de todo em todo, impossível, alterar os elementos sexuais anagráficos, isto é, genético - cromossómicos.

<sup>658</sup> Cfr., arts. 38º, 39º, 149º, 150º, do CP82.

<sup>659</sup> MARC ORAISON já observou que "*...Dans sa situation singulière et si complexe, il ne s'agissait pas d'une contrainte pure et simple, mais d'une thérapeutique possible*" (ORAISON, M., "*La question homossexuelle*", Seuil, 1975, pág.40 - 41, apud, PETIT, J., "*L'ambiguïté du droit, ...*", cit. pág.276, nota 55; e já STRAUSS ("*transsexualism and the law*", in the comparative and International Law Journal Of Southern Africa, 1970, pág.348 e ss., 351) defendia que, "*...the therapeutic objective aimed at, in the light of the fully present day - knowledge of transsexualism, justifies this kind of surgery*", tendo em conta o consentimento livre e esclarecido da pessoa e as exigências das "*legis artis*"; cfr., também, CHERVBINI, M.C., ("*tutela della solute et atti di*

dizer que a mudança de sexo, ressalvadas as hipóteses de erro ou deficiência registrais, coetâneas ao nascimento é, essencialmente um problema de direito (constitucional ou civilístico, é o que veremos) à saúde.

Assim, para responder ao problema de qual o estalão - legal ou constitucional - normativo de onde extrair o critério médico da mudança de sexo, na tarefa de aplicação prático - normativa do Direito, é curial tentar descortinar um conceito normativo de saúde, enquanto bem unitário.

Poder-se-ia, "*prima facie*" operar com um conceito extensivo ou totalizante de saúde, enquanto expressão das condições envolventes da vida, que actuam sobre uma determinada unidade vital, quer se trate de um conjunto de seres vivos, quer apenas de um indivíduo isoladamente considerado. Este conceito, quase indistinto do de ambiente, serviria para salientar os complexos de relações do ecossistema humano, na sua específica envolvência. Com <sup>o</sup>que se percebe a imprestabilidade deste conceito (amplo) de saúde, para estruturar um consistente discurso jurídico, correndo-se o risco de se transformarem os problemas sociais - económicos e biológicos - ecológicos da qualidade de vida, em problemas jurídicos da saúde<sup>660</sup>.

---

*disposizione del corpo*", in tutela della salute e diritto privato, Milano, 1979, pág.87), MANTOVANI ("*I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*", Padova, 1974, pág.101) D'ÁDDINO SERRAVALLE/PERLINGIERI/STANZIONE ("*Problemi giuridici del transsexualismo*", camerino - Napoli, 1983, pág.31 e ss. 134 e ss., 168 - 173), que ligam esta questão ao direito à saúde; contra, na doutrina italiana, MACIOCE/GARUTTI, "*Il diritto della identità sensuale*", in Riv. Dc, 1981, II, pág.273, que embora retirem do artigo 32º da constituição italiana o fundamento da existência do direito à identidade sexual, tomam uma posição restritiva e confusa, perante o fenómeno do transexualismo, negando a relevância do sexo psíquico; o que também não impede que autores como BONIFACIO, A./MALANNINO, S. (in Giur. ital. 1983, pág.669), posteriormente, pois, à entrada em vigor da de 12 - 4 - 1983, nº164, continuem a desvalorizar a vertente psicológica do sexo, pois que, o "*caractere sexual - psicológico*", "*non é suscetibile di accertamento ma unicamente di studio e di valutazione meramente indicativa*".

<sup>660</sup> Nesta perspectiva, o direito à saúde seria atinente a todos os problemas conexos com a imposição homem/realidade ambiental, ou ambiente Social/ambiente natural; tocando indiferenciadamente questões como as condições de trabalho, o planeamento urbanístico, a habitação,

Uma outra possível abordagem conceitual, traduzir-se-ia num recurso a um conceito restritivo de saúde. Vale isto por afirmar que a saúde restringir-se-ia à saúde física do ser humano individual, isto é, o direito à saúde diluir-se-ia, integralmente, no direito à integridade física. A saúde seria, neste enfoque, um bem sob reserva de "conservação" ou, quanto muito, de "reintegração", que não de promoção<sup>661</sup>, o que é redutor, por duas ordens de razões. Em primeiro lugar, a saúde não respeita tão só à integridade física, mas também a estoutra psíquica, na medida em que a pessoa não pode deixar de se prespectivar como uma unidade psicofísica<sup>662</sup>.

Daí que nesta indagação só caiba perscrutar um conceito normativo de saúde, que atenda ao âmbito normativo e aos domínios de protecção das normas jurídicas que tangenciam os problemas da saúde. Interessa, pois, toda a plétora de medidas juridicamente vinculantes,

---

...cfr., SALVI, C., "Note sulla tutela civile della salute come interesse colectivo", in tutela della salute e diritto privato, cit., pág.476 e ss.; TORREGROSSA, G., "Profili della tutela dell ambiente", in Riv.TDC, 1980, pág.1404 e ss.; MONTUSCHI, L., "Dititto della salute ed organizzazione del lavoro", Milano, 1976, pág.183 e ss.; PERLINGIERI, P., "Il diritto alla salute quale diritto della personalitá", in Ras. DC., 1982/4 (vide, separata, pág.1033 e ss., MESSERSCHMIDT, "Umweltabgaben als Rechtsproblem", Bellin, 1986, pág.31.

<sup>661</sup> Privilegiando o conteúdo do direito à saúde à luz da integridade física, cfr., DE CUPIS, A., "I diritti della personalitá", in trattato di diretto civile e commerciale, org. por CICU e MESSINEO, Milano, 1959, pág.102 e ss.; ibidem, "Il corpo (Atti di disposizione del proprio)", in NDI, IV, torino, 1968, p'g.854 e ss.; PESANTE, M., "corpo umano (Atti di disposizione)", in, Enc. dir., X, Milano, 1962, pág.657.

<sup>662</sup> Cfr., PERLINGIERI, P., "La personalitá umana, ...", cit., pág.183; ibidem, "La tutela jurídica della integritá psichica (a proposito delle psicoterapie)", in Riv., TDPC, 1972, pág.768 e ss.; MANTOVANI, F., "I trapianti e la speramentazione umana nel diritto italiano, straniero", Padova, 1974, pág.82, ESSER, A., "Medizin und strafrecht. Ein Shutzgutorienterte Problemubersicht", in, Zeitschrift für die gesamte strafrechstwissenschaft, 1985, pág.18 (no quadro da criminalização das ofensas corporais, considerando que o aspecto do bem estar físico não pode determinar-se por critérios puramente objectivos); SCALISI, V., "Immissione di rumore e titella della salute", in Riv. DC, 1982, I, pág.159; D'ADDINO SERRAVALLE, "Atti di disposizione, ...", cit., pág.138

destinadas à protecção e conformação, de forma ora preventiva, consagradora, ora promocional da saúde humana.

Outra questão, consiste em saber se o direito da saúde se deve prespективar ao arrimo da tradição liberal do Estado de Direito, na óptica dos restrições e limitações da integridade física, sob o prisma do "ius in se ipsum" proprietarista (relevante, também, no direito penal, ao qualificar-se, invariavelmente, a intervenção médico - cirúrgica como lesão corporal típica), ou se se compreende, tão só como direito à saúde pública assistencial. Opção que, aliás, não é indiferente, pois, encarar o direito à saúde, como uma questão de limites de direitos e liberdades, pode conduzir a uma visão de "saúde mínima"; ver os problemas jurídicos da saúde como uma questão de mobilização de bens públicos, no quadro do Sistema Nacional de Saúde, comporta o risco de um dirigismo político - jurídico da saúde.

Devem, por isso, recusar-se os enfoques unidimensionais, sem prejuízo de existir domínios onde confluam as mencionadas dimensões. Por exemplo, a lei pode dispensar o acordo do indivíduo, nas situações em que a intervenção médica, com uma finalidade mais ou menos directa de terapia e diagnóstico, visa a promoção dos bens jurídicos supra - individuais, como a prevenção de epidemias, doenças contagiosas<sup>663</sup>, ou os tratamentos compulsivos impostos a indivíduos inseridos funcionalmente em determinada relação especial de poder, v.g., reclusos<sup>664</sup>.

---

<sup>663</sup> Cfr., DIAS, F./MONTEIRO, S., "Responsabilidade Médica em Portugal", Lisboa, 1984, pág.56; FERREIRA, C. "Direito Penal Português. Parte Geral", I, Lisboa, 1981, pág.313.

<sup>664</sup> Como é patente no art. 127º do Decreto - Lei nº265/79, de 1 - 8 - sobre a Reforma Presonal - que observa no seu nº1: "Só podem impor-se coercivamente aos reclusos exames médicos, tratamentos ou alimentação em caso de perigo para a sua vida ou grave perigo para a saúde". Regime esse cuja inconstitucionalidade tem sido recorrentemente agitada, em nome da liberdade de consciência, tutelada constitucionalmente; cfr., DIAS, F., "A relevância jurídico - penal das decisões de consciência", Coimbra, 1986 pág.130º e ss.; mais mitigadamente, DIAS, F./MONTEIRO, S., "Responsabilidade médica, ...", cit., pág.56; ANDRADE, C., "consentimento e Acordo, ...", cit. pág.410.. De facto, o direito de liberdade não pode ser absolutizado, devendo submeter-se à metódica interpretativa dos princípios da proporcionalidade, exigibilidade e subsidiariedade, donde resultam,

Do que vai dito, necessário se torna, <sup>necessário</sup> não só delimitar conceitualmente a saúde, mas também indagar se é apenas uma formula abrangente de bens privados ou públicos, individualmente santificados (v.g., integridade física - psíquica, assistência médico - medicamentosa, ...).

Assim, "*prima facie*", os problemas da saúde inserem-se na temática juscivilística da indemnização por danos, tanto nas situações reflexas da propriedade de imóveis - v.g., emissão de fumos e cheiros, obrigações do locador<sup>665</sup> - ou, do "*ius in se ipsum*", emergente de ofensas, não consentidas - no jogo do consentimento tolerante e autorizante<sup>666</sup>, à integridade física (psíquica), ou, ainda que o sejam, contrários aos bons costumes<sup>667</sup>. Ora, os limites de uma tal concepção são facilmente intuíveis. Com efeito, abrangem-se apenas as situações de propriedade (fundária) ou aquelas outras, ainda que de índole não proprietarista, em que está em causa uma relação entre privados (v.g., entre particulares, conquanto uma das partes possa exercer a medicina académica) ou entre um sujeito privado e um ente público, no exercício de actos de gestão privada [v.g., responsabilidade civil do Estado na pessoa do ente hospitalar]<sup>668</sup>. Vale dizer, coloca-se na "*penumbra civilista*" a relação, que intercorre entre o Estado, na veste do "*ius imperii*" e o particular a exigir prestações de saúde subjectivizadas, que se revêm e esgotam, "*ultima ratio*" - no "*terminus*"

---

naturalmente soluções diferenciadas, atenta à complexidade de interesses e direitos fundamentais em colisão, nomeadamente o facto de tanto o Estado querer preservar a propria imagem "*assistencial*". Como a decisão do recluso recusar qualquer assistência médica poder configurar um "*discurso perverso*" do direito de autodeterminação, tendo em <sup>conta</sup> a sua ressocialização, o que, no limite, só poderia consentir deixar desenrolar tão só o processo de "*morte natural*".

<sup>665</sup> Cfr., arts. 1346º do Cciv.66.

<sup>666</sup> Vide, arts. 335º, 280º, 340º, todos do Cciv 66.

<sup>667</sup> Cfr., CARVALHO, O., "*teoria geral, ...*", cit., pág.54 e ss.

<sup>668</sup> Cfr., FARIA, P.L., "*Etat actuel et perspectives d'avenir de la responsabilité civile en matière médicale des établissements publics de soins de Santé en droit portugais*" (Etude Comparee), thèse, Bordeaux, 1989, pág.39 e ss.



do "iter" da mudança de sexo, tanto na transexualidade, como na intersexualidade - no próprio acto jurisprudencial.

Uma via de escape desta aporia poderia consistir na tentativa de redimensionar a tutela individual da saúde, através da superlativização de uma tutela colectiva ou associativa, prespectivando a saúde prevalentemente como um interesse difuso<sup>669</sup>. Em primeiro lugar, dir-se-ia o interesse individual à saúde nem sempre exprimiria um interesse egoístico. Em segundo lugar, na falta de lei, o interesse difuso à saúde poderia fundar-se nos preceitos constitucionais<sup>670</sup>. Contudo, duas lógicas acabam por se confrontar: a da legitimidade individualística e aquela outra da legitimidade por "categorias" ou "grupos"<sup>671</sup>. Se a primeira via pode "isolar" o indivíduo, num conflito de interesses, comum a várias pessoas<sup>672</sup>, a segunda pode reduzir o grupo de interessados a um objecto activo ou passivo de instrumentalização<sup>673</sup>, ou esgotar a legitimidade processual num esquema formal pouco

---

<sup>669</sup> Assim, SALVI, C., "Note sulla tutela civile della salute come interesse collettivo", in tutela della salute e diritto privato, org. por BUSNELLI e BRECCIA, Milano, 1978, pág.476 e ss.; cfr., em geral ANTUNES, C., "A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo", Coimbra, 1989, pág.

<sup>670</sup> Cfr., arts. 60º, 66º da CRP.

<sup>671</sup> Cfr., o artigo 84º do Anteprojecto do Código de Processo Civil, que consigna uma "nova legitimidade" processual, nas acções de grupo ou colectivas ("class action"), mecanismo este que já se prevê, no quadro da defesa dos direitos dos consumidores (arts. 13º, 14º da lei nº29/81, de 22 - 8), do ambiente (arts. ... da lei nº...) e do Património Cultural (art. ... da lei ...).

<sup>672</sup> Que, porém, os mecanismos tradicionais do litisconsórcio e da coligação voluntária não conseguem absorver.

<sup>673</sup> Vide, TROCKER, N., "Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano", Milano, 1974, pág.213; GALGANO, F., "Libertà dei gruppi e libertà nei gruppi", in Il diritto privato fra codice e costituzione, Bologna, 1980, pág.112 e ss.; NAPOLITANO, G., "Contrattazione collettiva e interpretazione. Il procedimento", comerino - Napoli, 1981, pág.121.

prático<sup>674</sup>. Resta ainda o risco de as "acções de grupo" poderem degenerar num outro tipo de acção popular, não tipificada, ou que o fenómeno associativo se converta numa via de obnubilação da liberdade acção do indivíduo, adentro da oligarquia de alguns grupos<sup>675</sup>. Todavia, nesta impostação, o direito à saúde, converte-se na amálgama do direito ao ambiente salubre, inerente ao indivíduo, enquanto membro de formações sociais (v.g., dos consumidores, trabalhadores, ...) <sup>676</sup>. É verdade que o discurso "individual" e "colectivista" coexistem, pela combinação de um complexo e articulado sistema, accionável tanto nos tribunais judiciais, como administrativos, em função de valores individuais, no exercício de um direito próprio, em atenção a uma pluralidade de sujeitos, portadores, de per se, de um interesse individual ou difuso, da formação social se inserem. Só que, insistir na exclusiva legitimidade por "categorias" e na qualificação da saúde, ao menos, em termos processuais, como exclusivo interesse difuso, além de poder prejudicar outras formas de tutela individual, com base em legislação ordinária (v.g., art.70º do Cciv 66) ou constitucional<sup>677</sup>, poder-se-à traduzir num injustificado atraso no desenvolvimento de institutos clássicos do direito, (não só civil), à luz das novas exigências e mecanismos constitucionais (v.g., os mecanismos civilísticos - processuais, concernentes à cessação dos factos ilícitos ofensivos dos direitos de personalidade; a impostação das clássicas providências cautelares à luz, no direito administrativo, de um novo

---

<sup>674</sup> Cfr., as limitações plasmadas nos requisitos das class action, que desde os anos setenta se introduziram no ordenamento norte - americano, através do mecanismo da "fluid classrecovery"; vide, sobre isto ALMEIDA, C.F., "Os direitos dos consumidores", Coimbra 1982, pág. e ss.

<sup>675</sup> TROCKER, N., "Processo civile, ...", cit., pág.215; GALGANO, F., "Categorie del diritto privato: la persona giuridica", in Il diritto privato fra codice e costutuzione, cit., pág.102.

<sup>676</sup> O concebido "individualismo colectivista", de que fala SANTOS, B.S., "Estado e Direito At....

<sup>677</sup> Cfr., TORREGROSSA, G., "Profili della tutela dell'ambiente", cit., pág.1402 e ss.; PERLINGIERI, P., "Il diritto alla salute quale diritto della personalità", cit., pág.1035.

redimensionamento da "*suspensão da executoriedade*" dos actos administrativos). Além de que, visto neste enfoque, o direito à saúde, se confunde teleologicamente com o direito ao ambiente, e com o direito do consumo, na "*sub specie*" da qualidade dos produtos e serviços, sendo em absoluto inservível para a "*prestação jurídica*" da saúde, em que a mudança de sexo se pode rever.

Mas o direito à saúde pode ser configurado como um direito de personalidade, claramente autónomo em relação ao direito do ambiente, de propriedade, ou seja, direito personalisticamente caracterizado, já que a sua tutela representa uma condição essencial, para o pleno desenvolvimento da personalidade. A saúde será, tanto um bem unitário, a tutelar não só a integridade física, mas também a psíquica, quanto autónomo e promocional, a visar não só a eliminação da doença ou da malformação física, outrossim, num aspecto dinâmico - que não tão só de conservação ou ressarcimento patrimonial - enquanto situado equilíbrio reflexivo ou de bem - estar, que possa consentir um harmónico desenvolvimento da personalidade, nos termos da cláusula geral, consignada no art.70º/1, do Cciv 66. Contudo, por esta via, é bom de ver, que se não individualiza o conteúdo típico do direito que se quer proteger, sendo pouco rigorosa - o que exige a concretização casuística, daquele "*ius in se ipsum*" - a medida dos poderes e deveres do titular do direito à saúde, ao menos nos casos, em que está em causa a subjectivização de um comportamento positivo por parte do Estado, que se não confunde com a plétora da "*reserva do possível*", dos direitos económicos, sociais e culturais. De resto, é difícil identificar qual seja, no comum das hipóteses a utilidade atribuída, subjectivamente, aos indivíduos como pessoas, que seja diferente da utilidade dos restantes indivíduos, em relação à saúde.

Noutro segmento, abandonada a perspectiva da caracterização de um autónomo direito subjectivo individual à saúde, poder-se-à privilegiar uma via juspublicista, considerando unicamente a saúde como um interesse da colectividade, contanto que não existam interesses individuais, que não sejam, em simultâneo, interesses da colectividade. Daí que a saúde, também possa ser encarada como um bem público, reduzindo-se o direito à saúde, a um direito à prestação de saúde,

atinentes à conservação ou recuperação da saúde, mediante um serviço nacional de saúde, sujeito aos poderes de fiscalização e gestão dos poderes públicos. Daí também que o dano à saúde seja um dano público, tutelado "ex officio" pelo Estado, através da criminalização de condutas, em atenção ao bem jurídico protegido, e da tutela indemnizatória, perante os agentes causadores do dano<sup>678</sup>.

Do que vai dito, se alça, desde já, a qualificação da saúde como bem jurídico autónomo, na medida em que seja objecto de autónoma disciplina e cujo conteúdo se consiga distinguir do dos demais "direitos especiais de personalidade", ou dos diversos outros modos de ser do direito geral de personalidade. O que passará pela questão de indagar na lei e na constituição a "casa comum autónoma", do "quid" que pretende ser direito. Ora, o seu fundamento da tutela específica e autónoma reside, ao cabo e ao resto, na necessidade de reparação conservação, gozo e promoção daquele "equilibrium" de bem - estar físico - psíquico, tanto por parte de e para a colectividade - saúde

---

<sup>678</sup> Cfr., arts. do Decreto - lei nº28/84, de 18 - 1 (crimes anti - económicos e contra a saúde pública), sem prejuízo da consagração de um ilícito contra - ordenacional.

Em Itália, CASSETTA, ("Diritti pubblici subbiectivi", in Enc. dir., XII, Milano, 1964, pág.796), exclui que a saúde seja um direito subjectivo. Já para outros se trata de um "direito - dever". Cfr., MORTATI, "La tutela della salute nella costituzione italiana", in Problemi di diritto publico nell'attuale sperienza costituzionale repubblicana, Scritti III, Milano, 1972, pág.433; BENDINELLI, "trapianti di organi e trattamento sanitario alla luce del diritto positivo vigente", in Rassegna giuridica umbra, 1969, pág.380; PERLINGIERI, "La personalità, ...", cit., pág.313; CAPIZZANO, "Vita ed integrità fisica (diritto alla)", in NDI, XX, Torino, 1965, pág.1007; sobretudo à luz do princípio da solidariedade; o qu, já se vê, pode conflitar com a autonomia e autodeterminação da pessoa, a qual é, normalmente tutelada pela doutrina, face ao interesse da saúde colectiva; cfr., MANTOVANI, F., "I trapianti, ...", cit., pág.112; GEMMA, G., "Sterilizzazione e diritti di libertà", in Riv. TDPC, 1977, pág.254; KUNZ, K.L., "Die strafrechtliche problematik der freiwilligen Sterilisation", in JZ, 1982, pág.788 e ss. ; LAUFS, A., "Die Entwicklung des Arzrechts", in NJW, 1984, pág.1383 e ss.; BERGMANN, A., "Das unrecht der Nötigung (&240 STGB)", Berlin, 1983, pág.21 e ss., sem que, por exemplo, DE CUPIS, ("I diritti della personalità, ...", cit., pág.130), não deixe de observar que não é de excluir de um dever de vigilância com o fim de evitar a lesão dos bens da vida e da integridade física.

pública - quanto pelos particulares. E sem olvidar os limites e restrições que se colocam ao titular do direito sempre que ao abrigo dos valores da liberdade e autodeterminação pessoal, pretende esgrimir com esse título jurídico autónomo, que é a saúde, para o efeito de, mediante intervenção médico - cirúrgica, alterar aquele "status quo" de uma integridade físico - psíquica, que se não deseja<sup>679</sup>.

Ora, mais não restará do que confrontar o enquadramento normativo - constitucional com as prespectivas atrás expostas.

Em primeiro, pode, desde logo, afirmar-se que a CRP consagrou o direito à saúde como direito fundamental (art.64<sup>o</sup> da CRP). Daí que,

---

<sup>679</sup> O que comporta, aliás, a necessidade de distinguir, diversas situações, atenta a concorrência dos valores da liberdade e da saúde, como segue: a) conflito entre liberdade (autodeterminação pessoal) e saúde. Neste âmbito, pode distinguir-se o enfoque, no qual a saúde é intuitível como valor eminentemente pessoal, estoutro, em que a saúde se volve em bem público, de interesse para a colectividade. O primeiro (pseudo) conflito, desenvolve-se, regra geral, ao derredor dos actos de disposição da integridade física, em benefício próprio (v.g., cirurgia estética, intervenção cirúrgica de mudança de sexo) ou alheio [v.g., doação de órgãos]. O segundo coloca o problema, tanto da admissibilidade do sacrifício da vida ou da saúde, enquanto condições do exercício ou expressão da liberdade de consciência e de religião, quanto a questão da imposição ao indivíduo de tratamentos médicos, con o sacrifício da liberdade individual, no sentido de tutelar o interesse colectivo da saúde pública [v.g., esterilização forçada, imposição coercitiva de alimentação, experimentações científicas]; b) conflito entre liberdade individual e a tutela da saúde própria e de terceiro (v.g., interrupção voluntária da gravidez, que normalmente pretende tutelar a saúde da mulher, o que não significa se tutele uma abstracta liberdade da mãe, pois nesse caso seria mais ponderoso e injustificável o sacrifício do direito à vida do nascituro); c) conflito entre liberdade individual e a tutela da saúde de terceiros. É o caso da protecção dos menores ou das pessoas em situação de dependência ou inferioridade, em que a tutela da saúde do incapaz, interdito ou inabilitado pode conflitar com a sua liberdade individual, perante as exigências de uma tutela "ab externo", onde se pretende garantir a esses sujeitos, no seu próprio interesse, uma area de tutela ao menos, até ao amadurecimento da personalidade se fôr caso disso, como é patente no caso dos jovens. Relevante parece ser aqui a continuidade, no direito civil, da relevância do consentimento de maior de 14 anos, para efeitos de intervenção médica, talqualmente se consigna no art.38<sup>o</sup> do CP 82 (Assim, CARVALHO, O., "teoria Geral", cit., pág.191 - 192. Vide, também, GUALDI, A.R., "In tema di consenso del minore al trattamento medico - chirurgico", in Rivista Penale, 1980, pág.368.; GIESEN, D., "International Medical Malpractice Law", cit., pág.448 e ss. e bibliografia aí citada.

o direito à saúde não seja tão só um simples modo de ser do direito geral de personalidade, ou, como se queira, um "*direito especial de personalidade*", enquanto momento do "*ius in se ipsum*". Com efeito, não podem transpor-se, sem descontinuidade, tanto a doutrina civilística de direito de personalidade, como as tentativas que pretendem caracterizar a saúde como interesse público, no quadro da saúde pública, ainda que inscrito no "*programa*" dos Direitos Económicos Sociais e culturais. Igualmente parece não dever, ancorar-se em exclusivo a questão do direito à saúde, no problema dos interesses difusos, pois, estar-se-ia a dissolver as dimensões materiais do direito à saúde - num sentido amplo - num problema de legitimidade processual/procedimental. De resto, concernente aos Direitos Económicos, Sociais e culturais, seja um simples preceito-fim, que em caso algum poderia reclamar a tutela do artigo 18º da C R P, direito cujo conteúdo teria de ser em maior ou menor medida determinado ou densificado por opções do legislador ordinário<sup>680</sup>. Entre nós o direito à saúde têm o estalão de direito fundamental, formal e materialmente constitucional.

O que vai dito não exclui a existência de normas-fim e normas-tarefa sobre a saúde. É o caso das normas dos arts. 64º/2, 67º/2, b, 68º/3, 69º, 71º/2.

De resto, sugere-se, não só a consagração de imposições constitucionais de uma política de saúde, mas também a coexistência de um dever jurídico-constitucional do Estado de protecção da saúde.

No dizer de G. CANOTILHO<sup>681</sup>, o legislador encontra-se sinulado à "*Constituição Social*" - não remetendo para o legislador a criação dos pressupostos ou apenas as condições concretas do seu exercício - de tal modo que, nem alguns destes direitos sociais serão

---

<sup>680</sup> Como observa ANDRADE, J.C., V., de ("*os direitos fundamentais, ...*", cit., pág.200): "...certos direitos como, por exemplo, os direitos à habitação, saúde, assistência, cultura, etc., defendem na sua actualização, de determinadas condições de facto. Para que o Estado possa satisfazer as prestações a que os cidadãos têm direito é preciso que existam recursos materiais suficientes, e é preciso ainda que o Estado possa dispôr desses recursos".

<sup>681</sup> CANOTILHO, C., "*constituição Dirigente, ...*", cit., pág.369.

V

...práticas, normas de organização, ou garantias...  
...têm direitos subjectivos públicos, ou, ao menos,  
...de C. CANOTILHO<sup>682</sup> normas que garantem  
...direito subjectivo, ou seja, normas que fundamentam  
...mas que não têm obrigatoriamente como  
...individual, ou ainda normas que consigna um  
...constitutivas do "ambito normativo" de um direito  
...deve, "prima facie" efectivar<sup>683</sup>.

...que o direito à saúde é um direito subjectivo  
...reclama aquela intensidade de tutela que é  
... "direitos perfectos". O artigo 64º/1, da CRP  
...interpretativo - judicativos que se não  
...protecção da saúde pública ou consintam  
...direitos subjectivos, outrossim, assegurem,  
...imediatamente ao juiz o "acesso directo á  
...direito à saúde enquanto direito à remoção dos  
...harmonioso desenvolvimento psíquico -  
...através da tradição tanto das  
...genitais, como de contraste e  
...componente sexual biológica - morfológica e

...direito normativo de saúde erigido  
...P e Decreto - Lei nº48/90, de  
...para a existência de um  
...instinto de outros direitos

...direitos económicos sociais e culturais", in  
...RRER CORREIA), III, Coimbra, 1991,

...LEISTUNGSRICHTIGKEIT, B. FOHMANN, A., "Leistungsrechte im  
...113 e ss.

... "Le Diritto alla Salute nel Sistema Sanitario Italiano", 8ª Ed, Torino, 1971, pág.211.

...da Base IV da Lei nº48/90, de 24 - 8.

sómente normas programáticas, normas de organização, ou garantias institucionais, mas também direitos subjectivos públicos, ou, ao menos, na recente formulação de C. CANOTILHO<sup>682</sup> normas que garantem "*prima facie*" um direito subjectivo, ou seja, normas que fundamentam o direito a prestações mas que não têm obrigatoriamente como resultado uma decisão individual, ou ainda normas que consignam um direito a prestações constitutivas do "*ambito normativo*" de um direito fundamental, que o Estado deve, "*prima facie*" efectivar<sup>683</sup>.

Nem se diga que o direito à saúde é um direito subjectivo imperfeito<sup>684</sup>, que não reclama aquela intensidade de tutela que é conferida dos "*direitos subjectivos perfeitos*". O artigo 64º/1, da CRP deve, antes, acolher modelos interpretativo - judicativos que se não esgotem na imediata protecção da saúde pública ou consintam qualificações formalistas de direitos subjectivos, outrossim, assegurem, nalguns casos, actual e imediatamente ao juiz o "*acesso directo á constituição*", à luz do direito à saúde enquanto direito à remoção dos obstáculos que impedem o harmonioso desenvolvimento psíquico - físico do individuo, qual não seja, através da irradiação de tanto das ambiguidades morfológico - genitais, como de contraste e contraditoriedade entre a componente sexual biológica - morfológica e a psíquica - social.

Pode, pois, recortar-se um conceito normativo de saúde erigido sobre as normas dos artigos 64º/1, da CRP e Decreto - Lei nº48/90, de 24 - 8 (Lei de Bases da Saúde), a apontar para a existência de um direito subjectivo à saúde<sup>685</sup> distinto de outros direitos

---

682 CANOTILHO, C., "*tomemos a série os Direitos económicos sociais e culturais*", in BFDC, (Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. FERRER CORREIA), III, Coimbra, 1991, pág.463 e ss. maxime 492 e ss.

683 Cfr., MÜLLER, F./PIEROTH, B./FOHMANN, A., "*Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie*", Berlin, 1982, pág.113 e ss.

684 Assim, CERETI, "*Diritto costituzionale Italiano*", 8ªEd, Torino, 1971, pág.211.

685 Cfr., a 1ª parte do nº1 da Base I, e nº1 da Base IV da Lei nº48/90, de 24 - 8.



constitucionalmente protegidos como o direito ao ambiente, à identidade pessoal, de propriedade, ...

Dúvidas já se suscitam quanto a saber se se plasmou um conceito restritivo ou extensivo de saúde, este último a abranger a interacção de bem estar físico, mental e social do "*habitat*" humano. Parece-nos que se optou por um "*conceito restritivo maximalista*", a abranger a articulação de uma política de saúde com o bem estar físico e mental do indivíduo e qualidade de vida<sup>686</sup>, que não seja atinente, "*stricto sensu*" à habitação, ao urbanismo e ordenamento do território (isto é, à integração da expansão urbano - industrial na paisagem), aos transportes, ao ambiente sadio, ao escambo de bens e serviços, caso contrário estar-se-ia a invadir as dimensões jurídico constitucionais do direito ao ambiente do direito do urbanismo do direito do consumo<sup>687</sup>, ...

Assente-se, pois que o direito à saúde é, no seu núcleo um direito fundamental, no ordenamento jurídico português<sup>688</sup>, a aplicar directamente pelo juiz, ao menos naquelas relações entre os particulares e o Estado, sempre que se recorte a tutela jurídica de uma pretensão subjectiva à saúde que não em termos de prestações emergente de um qualquer serviço nacional de saúde que, de acordo com um critério médico só possa ser, em absoluto, satisfeita, através da emissão de acto jurisdicional/ administrativo, tendente a remover um dos obstáculos - o

---

<sup>686</sup> Cfr., art.66º da CRP e o nº1 da Base II, da Lei nº48/90, de 24 - 8.

<sup>687</sup> Para quem reclame a autonomia conceitual destoutro, para além dos quadros normais do direito das obrigações; cfr., dubitativamente SILVA, C., "*A responsabilidade civil do produtor*", cit., pág.65 e ss.; sobre isto vide, também MARQUES, R., "*Planeamento Urbanístico: considerações acerca do Regime e Natureza Jurídica dos seus instrumentos*", in tribuna da Justiça, 1990/3 - 4, (vide Separata existente no fundo bibliográfico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pág 12 - 15.

<sup>688</sup> semelhante observação valerá no ordenamento italiano, face à leitura do artigo 32º da "*costituzione*"; cfr., PRELINGIERI, P., "*Il diritto alla salute, ...*", cit., pag. 1024; BARBERA, A., "*Principi fondamentali*", in commentario della costituzione, org. por BRANCA, Bologna-Roma, 1975, pag.84 e ss.

último - à restauração - promoção do equilíbrio psíco - físico, justamente, o que contende à rectificação das menções relativas ao sexo, no registo do estado civil das pessoas. Neste sentido, ele será um direito subjectivo público. Já no que toca às relações entre particulares, quanto muito, far-se-á, uma "*interpretação conforme a constituição*" (da saúde) do art.70º do Cciv 66 se e quando se entender que nele se comporta o núcleo essencial da protecção civilista (patrimonialista) do direito á saúde, além da possibilidade de permitir fazer cessar, mediante as providências adequadas, as circunstancias lesivas da saúde. Ele valeria agora como um direito subjectivo privado<sup>689 690</sup>.

Vislumbramos, pois, a consagração de um direito fundamental à saúde operativo, directamente maxime, enquanto direito a pretensões jurídicas (se e quando subjectivadas), e que intercorrem nas relações entre o Estado e o cidadão; o que, naturalmente, como vimos, não

---

689 É claro que, neste âmbito (horizontal) sempre se colocará a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre entidades privadas, sendo prevalecente a doutrina da eficácia imediata - art.18º/1, da CRP-com soluções materiais diferenciadas, marmente nas situações de monopólio, quando exista um "*poder privado*", ou sempre que esteja emperigo a reserva de um mínimo de liberdade cfr., SILVA, P. da, "*A violação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*", in RDES, ano XXIX, nº2, pág.259 e ss. ANDRADE, J.C.V., de, "*Os direitos fundamentais, ...*", cit., pág. 270 e ss. ; MIRANDA, J., o regime dos direitos, liberdades e garantias", pág. 78.

690 Naturalmente que o direito à saúde é nuclearmente um direito subjectivo, independentemente do carácter público ou privado. Ora, também nada impede ele valha como direito subjectivo público, na sua aplicação ao direito civil, se desse modo adquirirem maior relevância prática, desde logo, se, por exemplo, através da consagração de mecanismos de legitimidade processual alargados, permitirem o acesso aos tribunais para a defesa de uma específica dimensão que se encerra no direito à saúde. Os direitos fundamentais, independentemente da forma que, classicamente se lhes assinala, podem por isso ser atendidos, no direito civil, mesmo que tendam tão só a reforçar posições já consagradas pelo direito de personalidade (v.g., interpretação conforme a constituição, concretização de conceitos indeterminados, ou noutras situações de "*filtragem*", ou eficácia mediata). Não é, pois, ocioso, lembrar o entendimento do Prof. PAULO CUNHA (cfr., CUNHA, P., "*Resumo, ...*", cit., pág.113), ao não excluir as situações de direitos de personalidade, que se configurem como direitos subjectivos públicos cívicos, isto é, como direitos a obter uma prestação do Estado.

exclui a existência de normas fins e normas tarefas, referentes à saúde, afastando, destarte, quanto à mudança de sexo, as concepções atomísticas ou meramente processuais e bem assim as noções que identificam a saúde, unicamente, como um bem publico ou as que "dissolvem" o direito à saúde num amplo conceito de "qualidade de vida", qual "direito à felicidade", em que todos os direitos subjectivos se revêem.

Do conjunto das considerações expendidas, resulta que a saúde se entrevê como um estado inseparável da pessoa, inservível em abstracto, como "situação optimizante", relativa à pessoa concreta e ao seu "habitat" físico e mental. Se a saúde não é pensável autonomamente, a não ser em relação a uma pessoa, a sua tutela há-de identificar-se com aquela outra do homem concreto e unitariamente considerado. À unidade dos valores da personalidade é possível reconduzir a tutela da saúde, correspondente, como se viu a uma pluralidade de técnicas jurídicas, de qualificações e posições subjectivas - processuais, que se não esgotam, tanto num direito, de personalidade, num direito - dever à saúde ou num interesse difuso. Com efeito, o valor da pessoalidade, escapa a uma rígida ou unitária caracterização assumindo as mais diversas configurações conforme a operador jurídico eleito. Nesta perspectiva, pouco ou nada serve agitar no velho catálogo dos direitos de personalidade um novo direito subjectivo<sup>691</sup>. Mas, doutra sorte, não pode, igualmente, significar um retorno à temática dos direitos sociais, num sentido abstractamente garantístico<sup>692</sup>.

---

<sup>691</sup> cfr, BIANCA, C.M., "Diritto civile", I, cit., pág. 148; LENER, A., "Violazione di norme di condotta", in Annali della facoltà giurisprudenza dell Università di Perugia, 1980, pág. 96.

<sup>692</sup> contra, por exemplo, LEGA, C., "Il diritto alla tutela della salute in un sistema di sicurezza sociale", Roma, 2ª Ed., 1970, pág. 32 e ss.; CHIAPELL, V., "Sono legittimi i trattamenti sanitari obbligatori previsti della leggi previdenziali?", in Rivista italiana di sicurezza sociale, 1960, pág. 646.; PASQUINI, M., "La sicurezza sociale", Roma, 1960, pág. 19 e ss.; ibidem, La tutela della salute nell ordinamento italiano, in Problemi di sicurezza sociale, 1966, pág. 256; porém, já no dizer de MONTUSCHI ("Rapparti etico-social", in commentario della costituzione, org. por BRANCA, Bologna-Roma, 1970, pág. 147.), o direito à saúde que "per molti, trappi anni é stato ridotto nei limiti angusti di una problema assicurativo (...) cessa (...) di essere un neutro diritto

Vem isto para significar o problema da adequação das técnicas jurídicas à realização dos valores do homem, sem o ónus de formalismos; classificações dogmáticas ou distinções doutrinárias e sem que se faça prevalecer uma perspectiva burocrática e publicizante, a qual seria redutora e incompleta. Neste enfoque também se considera o direito à saúde como um título jurídico autónomo subjectivo fundamental, fundado directamente na constituição por força do são e livre desenvolvimento da personalidade, qual "*despatrimonialização*" das relações jurídico-civilísticas, sempre que entre sujeitos privados, ou agindo como tal, se esgrime o direito à saúde, para efeitos de tutela indemnizatória ou eminentemente cautelar<sup>693</sup>.

Eis, pois, um exemplo, em que o direito fundamental, que é também direito de personalidade, alcança, na sua formulação constitucional, um estalão de pormenor, que, "*passa ao lado*" da formulação relevante, porém, genérica do artigo 70º do Cciv 66<sup>694</sup>, facultando um instrumento de análise e argumentos para modelos de decisão, que, em sede de mudança (legal) de sexo mais do que tangerem a uma interpretação conforme a constituição, implicam uma "*penetração*" directa e imediata dos direitos fundamentais no direito civil, ou melhor, nas decisões dos tribunais judiciais.

Está, pois, em causa, ao menos, no âmbito em que nos movemos, um problema de "*deficit*" das leis, a verificar pelos tribunais, no momento da criação da norma da decisão, para o caso concreto, o que deve conduzir, normalmente, ao "*desenvolvimento do Direito*", através da aplicação das normas constitucionais pelos órgãos de judicatura<sup>695</sup>.

---

*"sociale", astratta quanto inutile concettualizzazione cara a certa dottrina costituzionalista, per calarsi finalmente nella realtà".*

693 Sobre o fenómeno da "*despatrimonializzazione*", cfr. DONISI, C., "*la despatrimonializzazione del diritto privato*", in *Rassegna di diritto civile*, 1980, pág. 649 e ss.

694 Não é, pois, por acaso que o prof. CASTRO MENDES (cfr., MENDES, C., "*Direito civil (Teoria Geral)*", Lisboa, 1978, vol. I, pág. 688 - 689) critica a ausência de enumeração dos direitos de personalidade, conducente a vaguides e infelicidade da relação do nº1 do artigo 70º, posto que seja redundante, ao afirmar que a lei protege os indivíduos contra ofensas ilícitas.

Temos assim que o alcance material da eficácia imediata do direito fundamental à saúde se prespectiva com um dúplice alcance:

a) O das pretensões contra terceiros - v.g., particulares - por acções desenvolvidas numa "*posição de domínio*"<sup>696</sup>.

b) O das pretensões contra o Estado por omissões deste que propiciam a violação dos direitos fundamentais á saúde, por parte do próprio Estado, sempre que a pretensão jurídica se apresente consistentemente densificada. É o caso do pedido de mudança legal de sexo, nas hipóteses de transexualismo e intersexualidade.

Já noutras situações, se postula tão só um alcance material com eficácia mediata:

a) Nas pretensões contra o Estado por acções deste, que conduzam à violação da saúde<sup>697</sup>.

---

<sup>695</sup> Com o que se convoca também a hermenêutica da teoria da decisão, no campo da mudança de sexo, a indicar uma "*reflexão jurídica da experiência médica*". Efectivamente, quando se mobilizam fundamentos orientadores da decisão, é claro que o juiz (o legislador, as comissões Éticas) deve submeter o caso decidendo a um "*teste diurético*", que permita revelar as diferenças do respectivo mérito material, à luz das possibilidades da técnica e das exigências de uma ética filtrada, e recebida através da valoração do "*bloco*" dos direitos fundamentais sobre a metodologia da decisão jurisdicional (paradigma do discurso prático - normativo da realização do Direito) reflexão, fundamentação e solução dos casos decidentes em termos dialógico - argumentativos e prático - analógicos, cfr., as interessantes propostas de BRONZE, P., "*A metodonomologia entre a semelhança e a diferença*", cit., pág.435 e ss., 125 e ss. (no que toca ao discorrer analógico, no quadro da bio - medicina).

<sup>696</sup> V.g., indemnização por perdas e danos esultantes dos ruídos provocados por uma "*indústria doméstica*" ao(s) proprietário(s) de andar(es) contíguo(s).

<sup>697</sup> V.g., a aplicação do Decreto lei nº48051, de 21 - 11 - 1967 aos danos causados por actos médico praticados em estabelecimentos de saúde, enquanto actos de gestão pública (cfr., DIAS, F.MONTEIRO, S., "*Responsabilidade Médica, ...*", cit., pág.33 - 36, defendem a existência de um contrato de adesão entre o paciente e o estabelecimento hospitalar; assim também CARNEIRO, S., "*Responsabilidade da Administração Hospitalar*", in RDES, XIX, 1972, pág.47; ALMEIDA, M., "*A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*", separata jurídica (Revista da Divisão Jurídica do Instituto do Açúcar e do Alcool), Rio de Janeiro, 1972, pág.30 - 31.

b) Nas pretensões contra o Estado por omissões deste, que toleram a violação do direito à saúde, por parte de terceiros, particulares.

Será, igualmente relevante referir que o direito fundamental à saúde terá ainda uma eficácia mediata, penetrando no direito civil e/ou penal através da concretização dos conceitos indeterminados dos "*bons costumes*" e "*ordem pública*"<sup>698</sup>, nos casos de limitações voluntárias à integridade física, com descontinuidades assinaláveis, tanto nas intervenções cirúrgicas de mudança de sexo, como nas intervenções cosméticas<sup>699</sup>.

Postular, pois, o direito à saúde como direito subjectivo/fundamental significa, no que à mudança de sexo concerne, aplicar directa e indirectamente o artigo 64º/1, da CRP<sup>700</sup>. O que, note-se, encontra ainda, tenaz<sup>701</sup> resistência<sup>702</sup>, se bem que, em tese geral, as posições

---

Ou, se quiser, por força da responsabilidade extra - contratual do Estado, por actos de "*gestão privada*", nos termos do artigo 501º do Cciv 66, pois a questão é controvertida (cfr., Base XIV, nº1, alínea g) da Lei nº48/90, de 24 - 8.

<sup>698</sup> V.g., a "*maternidade por empréstimo*" ("*surrogate motherhood*"), em que se cura considerar o compromisso de entregar a criança a quem a tiver encomendado como "*ofensivo dos bons costumes*" (cfr., entre nós, art. 280º, do Cciv 66)

<sup>699</sup> Vide, infra *pág. 323 e ss.*

<sup>700</sup> Ressalvando, já se vê, as hipóteses de rectificação dos menções relativos ao sexo, que derivem de erro material cometido na declaração de nascimento, ou na transcrição ou inscrição do assento de nascimento, seja pelas pessoas obrigadas à declaração (vide, nº1 do art. 118º, do CRC 78), do funcionário do registo civil (art. 126º/3, ivi), ou do juiz (nos casos de realização do registo por determinação judicial, cfr., 120º/1, ivi).

<sup>701</sup> Assim em tese geral, na Itália, cfr., ZANGHI, C., "*La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées (Italie)*", in *Révue cassim amicorum discipulorumque liber*", vol. III, Paris, 1971, pág.269 e ss.; QUADRI, "*Applicazione della legge in generale*", in comentário al codice civile, org. por SCIALOJA/BRANCA, Bologna - Roma, 1975, pág.260; RESCIGNO, P., "*Diritti civili e diritto privato*", in AA.VV., *Attualità ed*

favoráveis ou mitigada ou diferenciadamente concordantes<sup>703</sup>, logrem algum sucesso, designadamente as que propugnam soluções materias diferenciadas<sup>704</sup>.

A configuração do direito à saúde como direito subjectivo tem o mérito de haver erigido a saúde ao estalão de direito fundamental, plasmado na constituição como situação subjectiva individual e bem assim como valor objectivo garantido pelo ordenamento constitucional.

---

attuazione della costituzione; Basi, 1979, pág.242 e ss.; IRTI, "leggi speciali (dal mono - sistema al poli - sistema)", in Riv.DC, 1979, 1, pág.160; na Áustria, PAHR, W., "le systeme autrichien de protection des droits de l'homme", in Révue des Droits de l'homme, 1968, pág.397 e ss., maxime 400 - 401; na Alemanha, principalmente, o corifeu DURIG (MAUNZ/DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ, "Grundgesetz", anotação 95 ao art.1/III; entre nós, cfr., PINTO, M., "Teiroa Geral, ...", cit., pág.72 e ss.; FERNANDES, C., "Teoria Geral, ...", cit., vol. I, T.1, pág.27 e ss.; PIRES, L., "Uma constituição para Portugal", Coimbra, 1975, pág.88 - 90; LAMEGO, J., "Sociedade Aberta e Liberdade de Consciência", Lisboa, 1985, pág. 104, nota 112.

<sup>702</sup> Assim, CANOTILHO, C., "Direito Constitucional", cit., pág....; CANOTILHO, C./MOREIRA, V., "Constituição da República Portuguesa Anotada", 2ª ed., 1984, pág.166; PRATA, A., "A tutela constitucional da autonomia privada", Coimbra, 1982, pág.138; ABRANTES, J.J., "A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais", 1990, pág.94 e ss.

<sup>703</sup> Cfr., ANDRADE, J.C.V., de, "Os direitos fundamentais, ...", cit., pág.281 e ss.; SILVA, V.P., da, "A vinculação das entidades privadas pelos direitos liberdades e garantias", in RDES, Ano XXIX, nº2, pág.259 e ss.; CAUPERS, J., "Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição", Coimbra, 1985, pág.170 - 171, nota 256; CORDEIRO, M., "Direito do trabalho", vol.I, pág....

<sup>704</sup> Vide, AC. STJ, de 26/5/1988, in CJ, Ano XIII, 1988, T.3, pág.15 - 17. Note-se que, em tese geral, a imposição do problema refere-se à indagação sobre a aplicabilidade directa e imediata dos direitos fundamentais entre particulares, segundo a medida do direito privado. Ora, na questão "*sub iudice*" está em causa, outrossim, a aplicação imediata dos preceitos relativos aos direitos fundamentais, perante uma pretensão jurídica subjectivizada (de e de acordo com o direito à saúde) de uma pessoa humana dirigida ao Estado, segundo a medida do direito privado.

De facto, a saúde comporta a dúplice prespectiva de direito à saúde e tutela. Esta última já se vê em aparente conflito com a liberdade e a autodeterminação pessoal, prespectivadas numa dimensão exclusivamente individualista. Daí que só pela qualificação da saúde como um direito fundamental, auto - limitado pela instância da socialidade, que tem um dever inderrogável de a conservar e promover, é que se pode afirmar a prevalência de um critério médico, como "*background*" técnico - científico, do exercício do direito à saúde, que logre fundamentar a mudança (legal) de sexo, nos casos de transexualidade e intersexualidade. Não é pelo uso e invocação apriorístico de um direito à saúde, por parte do peticionante, que se há-de fazer despoletar, "*uno actu*", a consequência jurídica, traduzida na rectificação dos menções relativos ao sexo, no registo civil, emergente da mudança legal de sexo, "*constitutivamente declarada*" pelo juiz.

É que, a tutela da saúde não é incompatível com a auto - determinação pessoal, vista num enfoque solidarístico, na medida em que se reveja na indicação médica<sup>705</sup> e numa finalidade terapeutica<sup>706</sup>. Se no direito penal, a intervenção cosmética e os tratamentos médico - cirúrgicos vogam numa linha de quase continuidade<sup>707</sup>, no direito civil a

---

<sup>705</sup> O que revela para efeitos de desconsideração jurídico - constitucional da mudança de sexo, nos casos de tratamentos hormonais - cirúrgicos ainda não cientificamente convalidados ou com um grau acentuado de excentricidade em relação à medicina académica; ou ainda, as hipóteses em que a mudança de sexo comportasse intervenções, de todo em todo, de índole experimental - científica, ou puramente estética, ...

<sup>706</sup> Até mesmo nas hipóteses em que se recorra a um método (hormonal - cirúrgico) não suficientemente convalidado, mas que se afigura o único meio para preservar a vida, ou a integridade psico - física do, v.g., transexual, que, de outra forma se poderia auto - mutilar ou suicidar. Cfr., BOCKELMANN, P., "*Strafrecht des Arztes*", Stuttgart, 1968, pág.82; ANDRADE, C., "*Consentimento e Acordo*", cit., pág.470 - 471.

<sup>707</sup> Assim ANDRADE, C., "*Consentimento e Acordo*", cit., pág.471; contra, ENGISCH/HALLERMANN, "*Die ärztliche Aufklärungspflicht ans rechtlicher und arztlicher Sicht*", Köln, 1970, pág.35; HORN, E., "*Der medizinisch nich indizierte, ober vom patienten*"



mudança de sexo não esgota a totalidade da sua relevância no interior do sistema pessoal do sujeito passivo, seja pela identidade da pessoa "lesada" e "protegida", seja pelo bem que é sacrificado e protegido. Com efeito, o fundamento do fim que legitima a intervenção médica, tanto na fase da intervenção hormonal - cirúrgica como na fase judicial/administrativa que antecede uma eventual sentença/acto administrativo que declare constitutivamente a mudança de sexo, não pode deixar de ser inter - subjectivo, onde o médico e o peticionante participam necessariamente. Tanto é a partir do desejo irretratabel do transexual (ou do intersexual, ainda que em menor medida) que é possível determinar se o reconhecimento judicial/administrativo da mudança de sexo também é indicada segundo as regras da ciência médica - já para não falar da relevância penal da intervenção médica, ainda que tenha havido consentimento - como só o médico, que há-de decidir sobre a intervenção clínica apropriada, pode determinar o que é a saúde, como capacidade físico - psíquica de realização, iluminando, destarte, os modelos de decisão do juiz ou do administrador<sup>708</sup>.

Contrapor saúde e tutela da saúde a qualquer vínculo de incoercível liberdade e autodeterminação pessoal, representa aderir à apriorística ideia da prevalência dos direitos de liberdade, onde os direitos Económico - Sociais e culturais, enquanto direitos sociais, seriam tão só o instrumento que atribuiria concretização às liberdades.

Numa visão demo - liberal, os direitos sociais, nos quais emergiria o direito à saúde, contrapõem-se aos direitos de liberdade, com estalão normativo de direitos fundamentais. Ultrapassado o

---

verlangte arztliche Eingriff - strafbar?", in Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (1987), § 226 a, n°20.

<sup>708</sup> Fazemos aqui, igualmente, uma extrapolação da relevância das intervenções médico - cirúrgicas no direito penal, para a inter - textualidade discursiva do direito civil e constitucional, dizendo com ESSER (apud, ANDRADE, C., "Acordo e Consentimento", cit., pág.472) que deve prevalecer a indicação médica sempre que a cirurgia de reconstituição se destine á eliminação de deficiências e anomalias congénitas ou adquiridas (ainda que o sexo morfológico - biológico não apresente descontinuidades), cuja persistência signifique, pelo menos, uma perturbação espiritual. O que vale para os casos de intersexualidade, do foro morfológico - biológico e transexualidade, do foro físico - social.

equivoco da auto - suficiência da liberdade (negativa) como instrumento de actuação do indivíduo, deu-se conta que os direitos sociais, na veste dos direitos Económicos, Sociais e Culturais, não são, de todo em todo contraponíveis aos direitos de liberdade. Entre as duas categorias não só não é hipotizável um antagonismo latente, como entre elas se constata uma recíproca implicação. Do ponto de vista do livre desenvolvimento da personalidade, a posição do indivíduo há-de ser tal, a ponto de nela irem implicadas, conquanto em graus diversos todos os direitos idóneos a despoletar, conservar, reparar ou promover a sua actuação. Não se podem configurar direitos civis por contraposição a direitos políticos, económicos, sociais ou culturais. Assim, no quadro constitucional, a saúde não é mais o abstracto e programático direito social e nem os direitos de liberdade constituem o único operador onde se possa rever a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana. De modo que, liberdade e saúde se revelam como direitos "*funcionalizados*", no sentido do livre desenvolvimento da personalidade, num quadro de inter - subjectividade.

Porém, a relevância da liberdade e bem assim da saúde, em ordem à tutela da personalidade, impoe alguns desconfortos quando se trata de limitar a liberdade da pessoa, sobretudo, quando não está em causa a saúde de terceiros. Em tais hipóteses, mais do que eleger um critério de prevalência entre os referidos direitos subjectivos, importa fazê-los referir à tutela global da personalidade humana; ainda que nalgumas situações se deva sacrificar alguns direitos de liberdade, constitucionalmente santificados<sup>709</sup>. Só que tais limitações se justificam na medida do significado instrumental que a saúde se assinala em relação à actuação dos valores atinentes à personalidade e, sobretudo, é o interesse objectivo da pessoa que consente o sacrifício da liberdade, tanto que as limitações serão ilegítimas sempre que pretendam satisfazer valores transcendentés à pessoa.

A "*compressão*" da liberdade é melhor intuída a partir do momento em que se afastem as concepções para as quais a

---

<sup>709</sup> V.g., a possibilidade de limitar, por razões sanitárias, a liberdade de circulação, ou a liberdade religiosa, sempre que o seu exercício possa fazer perigar a vida humana, ou ainda, a liberdade pessoal, nos casos de internamento compulsivo, para efeitos de tratamento psiquiátrico.

personalidade se realiza através do reconhecimento da plena auto - disponibilidade das possibilidades adscritas a qualquer homem<sup>710</sup>. O ordenamento jurídico - constitucional não protege, na realidade, quaisquer motivos ou interesses da pessoa, isto é, não tutela o capricho ou remete para o seu arbítrio as decisões atinentes à disposição de quaisquer atributos existenciais. A liberdade funcionaliza-se, pois, no sentido da realização da personalidade. Só que a emergência deste "personalismo", não constitui um retorno aos dogmas da autonomia da vontade, da vontade individual egoística, pois que, a personalidade, no quadro constitucional, só pode densificar ou concretar-se mediante o apelo à socialidade (art. 2º da CRP). No centro do ordenamento constitucional está a pessoa, como valor a preservar e a realizar, em atenção ao respeito sobre si próprio. Daí que, neste enfoque, do núcleo duro do direito fundamental à saúde, incidível do livre desenvolvimento da personalidade, se reconheça à pessoa, o poder de dispor em exclusivo da própria integridade física em ordem à promoção da saúde que não de forma meramente voluntarística, antes através do respeito da dignidade e dos valores da pessoa humana, controláveis cientificamente, pelo médico.

As intervenções e tratamentos médicos cirúrgicos, que impliquem a disposição maior ou menor da integridade física do corpo sempre foram objecto de controvérsia, quanto a saber-se se ao sujeito haveria de atribuir-se, e em que grau um poder de dispôr do próprio corpo, considerado como objecto de um direito subjectivo absoluto.

Começou, então, por reconhecer-se um direito sobre si mesmo. A pessoa seria sujeito e objecto de direito. Tratar-se-ia de um "ius in se ipsum" radical<sup>711</sup>.

---

<sup>710</sup> A concepção da personalidade como plena e ilimitada auto - disponibilidade deve-se a MAIHOFFER, "Rechts staat und menschliche wurde", Frankfurt, 1968, pág.17; contra, por exemplo, STANZIONE, P., "Capacità e minore età nella problematica della persona umana", Camerino - Napoli, 1975, pág.122; PERLINGIERI, P., "Il diritto alla salute", cit., pág.1020.

Desde a primeira concepção do "*ius in ipsum*"<sup>712</sup>, assistiu-se, porém, à impostação de teses mais perfeitas. Com efeito, já se afirmou que o corpo humano é um bem, a coisa que constitui o objecto do direito do homem, considerado, simultaneamente como sujeito<sup>713</sup>. O homem seria uma coisa pessoa: como pessoa o homem deteria um direito sobre si mesmo, visto como coisa. Como pessoa seria sujeito de direito, como coisa objecto de direito. Isto é, o direito do homem sobre si mesmo seria um direito sobre coisas (bens) que constituíssem o ser objecto desse mesmo homem. O homem seria sujeito de um único direito sobre o próprio corpo: integridade físico - psíquica, honra, bom nome, mais não seriam do que relações de utilidade entre o homem e o corpo, não podendo considerar-se como objecto de outros tantos direitos de personalidade. Seria um direito que abrangeria todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade humana<sup>714</sup>.

Tal direito geral de personalidade ("*allgemeines Persönlichkeitsrecht*") apresentar-se-ia, estrutural e funcionalmente, no mesmo plano do direito de propriedade, porém, distinto, na medida em que o gozo do corpo seria garantido com maior intensidade e extensão, do que o gozo e fruição das coisas<sup>715</sup>. Nesta visão, objecto de tutela seria a

---

<sup>711</sup> Assim, CARVALHO, O., "*Teoria Geral do Direito Civil*", centelha, Coimbra, polic., 1981, pág.180 (fascículos policopiados em 1987), SERRA, V., "*Requisitos da responsabilidade civil*", B.M.J., 92º, pág.82 e ss.; DEGNI, "*Sulla transfusione obbligatoria del sangue*", in For. ital., 1938, IV, C, pág.129; CARNELUTTI, "*Il problema giuridico della transfusione del sangue*", ibi, IV, C, pág.89; CIFUENTES, S., "*Los derechos personalissimos*", Rivista del Notariado, Buenos Aires, 1973, 1307 e ss.

<sup>712</sup> Cfr., DE AMESCUA, "*Tractatus de potestate in se ipsum*", Milão, 1609, pág.12. (existente no acervo bibliográfico da Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra), concebendo os direitos de personalidade como "*ius hominis in se ipsum*".

<sup>713</sup> Cfr., CARNELUTTI, "*teoria geral del diritto*", Roma, 1951, pág.126, ibidem, "*Il problema giuridico, ...*", cit., C, pág.89.

<sup>714</sup> CARVALHO, O., "*Teoria Geral, ...*", pág.180 - 181.

<sup>715</sup> CARNELUTTI, "*Usucafone della proprietà industriale*", Milano, 1938, pág.59.

pessoa enquanto coisa: integridade física, honra ou nome, significariam o interesse de garantia de tais bens. Ora, sendo assim, existiria a faculdade de dispôr do próprio corpo. Só que, como o Estado protegeria também, o interesse à integridade física, independentemente da vontade do indivíduo, a ilicitude, não seria eliminável, "tout cour", com o consentimento. Resolvia-se então, a questão, através do critério da ponderação de interesses em causa<sup>716</sup>. O interesse do Estado à incolumidade física, imporia, para efeitos de licitude do acto de disposição uma valoração comparativa, no enfoque da utilidade da colectividade dos interesses subjacentes ao acto de disposição.

Resulta desta tese uma visão patrimonialista, onde a pessoa se tutela por causa da sua relação de utilidade com o corpo, objecto de um direito de quase proprietário<sup>717</sup>.

Tendência progressiva da legislação seria o reconhecimento de um direito geral de personalidade, independentemente das manifestações e utilidades que se pudessem convocar. Contrariamente, se postulou a tese de um "*círculo de direitos de personalidade sobre distintos modos do ser físico ou moral da pessoa*"<sup>718</sup>.

À tese do direito sobre o próprio corpo obtemperou-se, dizendo que, se não poderia reconduzir ao corpo do homem todos os valores e interesses a si inerentes e, nem tão pouco, se poderia aceitar a unificação dos vários direitos de personalidade num único direito sobre si mesmo, pois que, o homem apresenta várias qualidades ou modos de ser, os quais são, entretanto, bem, objecto de um correspondente e distinto direito de personalidade<sup>719</sup>. De facto, a soma complexiva dos

---

<sup>716</sup> Também assim, CARVALHO, O., "*Reoria Geral, ...*", cit., pág.181, ao interpretar o artigo 335º do Cívil 66.

<sup>717</sup> É óbvio que a objecção se coloca, com menor alcance para aqueles que aceitam a distinção entre direitos patrimoniais e não patrimoniais.

<sup>718</sup> Retomando a expressão de PINTO, M., "*Teoria Geral, ...*", cit., pág.87.

<sup>719</sup> A favor do direito geral de personalidade, cfr., as posições de STAUDINGER, LÖWEN FELD, LINCKELMANN, LHEMANN, HACHEN BURG, LARENZ e outros,

"especiais" direitos de personalidade não equivale a um único, quanto geral, "ius in se ipsum". Com o que tais modos de ser são bens, mas diversamente de outros bens, objecto de direitos, estoutros não são exteriores ao sujeito<sup>720</sup>.

Constatada a existência de "direitos especiais de personalidade", é já clássico o entendimento de que o interesse público relativo à integridade física é digno de tutela sempre que, a esta constitua condição de normal convivência de segurança e livre desenvolvimento da autonomia da pessoal, que não todos os aspectos da integridade física<sup>721</sup>.

---

in "Ständigers Kommentar", zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I, pág.58 e ss.; LHEMANN, H., "tratado de derecho civil", trad. esp. vol.I, parte general, 1956, pág.130 e 621 e ss.; LARENZ, K., "Allgemeiner teil des deutschen Bürgerlichen Rechts", 3ª ed., 1975, pág.101 e ss. Também já antes da entrada em vigor do "BGB", PUCHTA, G.F., "System unund Geschichte des romischen privatrechts", 1893, I, pág.31 e ss.; GIERKE, O., "Deutsches Privatrecht Allgemeiner teil und Personrecht - Unveränderter Neudruck der ersten Auflage", (Leipzig, 1895), 1936, pág.702 e ss.

Na Itália, cfr., CARNELUTTI, "teoria generale dell diritto", cit., pág.126 e ss., pág.164 e ss., vide para o direito suíço, NERSON, R., "Les droits extrapatrimoniaux", Thèse, Lyon, 1939, pág.349, e ss.

Entre nós, SERRA, V., "Requisitos da responsabilidade civil", cit., CARVALHO, O., "Teoria Geral", cit., pág.180 e ss.

<sup>720</sup> Nesta perspectiva, "I diritti della personalità", cit., pág.37 e ss.; GANGI, "Persone fisiche e persone giuridiche", Milano, 1984, pág.164 e ss.; MESSINEO, "Manuale di diritto civile e commerciale", II, Milano, 1965, pág.3; PESANTE, "corpo umano (atti di disposizione)", in Enc. dir., XI, Milano, 1962, pág.656; BARBERO, "Sistema istituzionale del diritto privato italiano", I, Torino, 1949, pág.200; BRITO, M. de, "Código Civil Anotado", I, 1968, pág.85; MENDES, C., "Direito Civil (Teoria Geral)", II, 1968, pág.73 e ss.; PINTO, M., "teoria, ...", cit., pág.87; MARQUES, D., "Noções elementares de direito civil", 1976, pág.63 e ss e 223 e ss.; FERNANDES, C., "teoria Geral, ...", cit., Vol.I, t.1, pág.156 - 157, estes últimos a extraírem do artigo 70º/1 do código civil, uma extensa gama de direitos especiais de personalidade. Note-se, desde logo, a redundância do referido artigo, quando se afirma que a lei protege os indivíduos contra ofensas ilícitas.

<sup>721</sup> ORLANDO DE CARVALHO (ob. cit., pág.188 - 189), considera, no entanto que no campo civilístico, qualquer agressão é, em principio ilícita, tudo se resolvendo no jogo do

Todavia, a doutrina parece tender, hoje, quanto aos actos de disposição da integridade física, perante a força normativa irradiante dos preceitos constitucionais, para a problematização da tutela do direito à saúde e da do direito à liberdade individual. Nesta nova perspectiva é que se afirma a existência de um direito de liberdade, que se revê como exclusivo do próprio ser físico, negando existência ao reconhecimento constitucional do princípio da indisponibilidade da integridade física<sup>722</sup>. No pressuposto de que a liberdade pessoal possibilita a disposição de modo exclusivo da próprio "*ser físico*", com os limites assinalados pelo ordenamento jurídico, por vezes, nega-se que a disponibilidade do próprio corpo seja limitada pelo princípio da protecção da integridade física. O direito de liberdade pessoal compreenderia a faculdade, absoluta, de dispôr do próprio corpo<sup>723</sup>.

Parece-nos no entanto, que o problema da disposição da integridade física, nos casos de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, se confronta no quadro do conflito entre o direito à saúde e o direito à liberdade, dirimido, afinal, por aquilo que se deva entender constituir um desenvolvimento otimizador da personalidade humana.

O que só se intui atenta e tradicional conceituação da integridade física. De facto, esta corresponde à ausência de consentimento e não contrariedade dos bons costumes, além do interesse à conservação dessa situação. A integridade física, ainda assim, um bem. A consideração da pessoa como bem e a sua redução a "*res*", é difícil de aceitar, para quem adere à impositação pela qual, na categoria do ser, não é hipotizável uma dualidade sujeito e objecto de direito. O corpo humano comunga da unidade do sujeito e da sua existência<sup>724</sup>.

---

consentimento e das exigências da vida em comum. Já no direito italiano se esgrime o princípio da diminuição permanente da integridade física.

<sup>722</sup> Cfr., GEMMA, "*Sterlizzazione e diritti di libertà*", in Riv. TDPC, 1977, pág.247.

Entre nós, o artigo 25º da CRP, protege a integridade psico-física.

<sup>723</sup> GEMMA, ob. cit., pág.256.

<sup>724</sup> A unidade da pessoa humana e a impossibilidade de cindir o sujeito ou a sua existência. Pode ver-se, em PERLINGIERI, P., "*La personalità, ...*", cit., pág.183.

## 27. A integridade psíco - física e a mudança de sexo. A ordem pública

O discurso sobre a tutela da integridade físico - mental ou acerca das intervenções médico - cirúrgicas, que importem a mudança de sexo, não pode prescindir do teste de licitude, que passará pela tutela da personalidade, aí onde a tutela da integridade física é tão só um aspecto de pormenor. O apelo à personalidade impõe, por tal, o recenseamento de alguns aspectos dessa problemática, à luz da doutrina mais relevante.

Superada a fase de alguma incerteza<sup>725</sup>, a tutela dos interesses essenciais da pessoa realizou-se através do reconhecimento de direitos subjectivos, atinentes à personalidade. Tradicionalmente ao menos noutros ordenamentos, a tutela da personalidade adscrevia-se ao campo juspublicístico e, em particular ao direito penal. Não se excluía a relevância civilística de algumas manifestações da personalidade, sem prejuízo da tutela dos interesses não patrimoniais ter sido competência exclusiva e funcional do legislador penal. Neste enfoque, a protecção não poderia deixar de ser negativa, na medida em que se protegia a pessoa de eventuais ofensas cometidas por terceiros. A pessoa humana surgia, assim, salvaguardar da contra ofensas de terceiros, mas não poderia reivindicar qualquer postura positiva tendente ao desenvolvimento da personalidade, posto que a tutela fosse limitada, isto é, adstrita a um "*numeros clausus*" de hipóteses típicas de violação

---

<sup>725</sup> Entendia-se de facto, que a tutela da personalidade conduzia, apenas, à consideração de bens jurídicos, que não a direitos subjectivos. Assim, VON TUHR, "*Der allgemeine teil des deutschen bürgerlichen rechts*", Leipzig, 1910, pág. 149; seguindo semelhante impositação, em Itália, cfr., BABBERO, "*Sistema istituzionale del diritto privato italiano*", I, Torino, 1949, pág. 533; BRANCA, "*Instituzione di diritto privato*", Bologna, 1975, pág. 119; SANTORO PASSARELLI, "*Dottrine generali del diritto civile*", Napoli, 1977, pág. 50. Entre nós, mitigadamente, cfr., MONCADA, C., "*Lições de Direito Civil*", vol. I, Coimbra, 1959, pág. 74 e ss., onde se afirma que "o que o homem traz consigo, ao nascer são certos interesses e fins, inerentes à natureza humana (...) Mas esses fins e interesses como a vida, a integridade da pessoa, a liberdade, a prioridade, a defesa, etc, não surgem na forma de direitos, mas sim de 'valores' que, reconhecidos, se tornam a essência de direitos".



da personalidade e integridade pessoais<sup>726</sup>. Diz-se ainda que algumas manifestações da personalidade assumem relevância civilística, o que origina, nas relações entre particulares, o ressarcimento dos danos patrimoniais emergentes da violação do bem jurídico protegido<sup>727</sup>.

A tutela da personalidade traduz-se, na perspectiva privalística clássica, no direito de personalidade, em particular através do direito subjectivo<sup>728</sup>, maxime, para qualificar situações subjectivas patrimoniais. A concretização desta tutela realiza-se, pois, pelo reconhecimento de direitos subjectivos, seja individualizados na pessoa enquanto objecto, seja num modo de ser da pessoa considerado como bem, seja enquanto satisfação de necessidades do homem, seja enquanto esfera de liberdade. É, pois, todo um esforço de individualização da incidência objectiva da tutela da personalidade, vale dizer, a sua construção em ordem aos bens jurídicos, protegidos. De facto, não se

---

<sup>726</sup> Com o que se descambava na afirmação da tipicidade dos direitos de personalidade. Vide, por todos, DE CUPIS, "I diritti della personalità", cit., passim. Em Itália, a propósito da rectificação do registo civil, nos casos de mudança de sexo, decorrente de intervenção cirurgica voluntária, anteriormente à lei de Abril de 1982, a "corte costituzional" já proclamara a tutela típica dos direitos fundamentais - sentença de 1-8-1979, n.º98 - ao fazer uma interpretação declarativa do art.2º da constituição Italiana, que remeteria para as liberdades e direitos fundamentais, expressamente, consagradas no texto constitucional. Orientação jurisprudencial esta que se já não estranhou, após as arestas de 9-7-1970 (sobre o direito a contrair casamento, ivi, 1969, pág.371) e 18-2-1975 (acerca do direito à vida do nascituro, ivi, 1975, pág.117). Sobre o aresto de 1-8-1979, cfr., D'ADDINO SERRAVALLE, P., "Le trasformazione chirurgiche del sesso nella sentenza n.º98 della corte costituzional", in Rass. diritto civile, 1980, pág.507 e ss.

<sup>727</sup> Cfr., DE CUPIS, cit., passim. Vide, no entanto, entre nós, a tutela dos danos não patrimoniais no art.º 496 do Cciv 66.

<sup>728</sup> Note-se que não foi líquido o problema de saber se, quanto à caracterização dos direitos de personalidade eles mereceriam a qualificação de direitos subjectivos ou se se tratariam tão só de meros efeitos reflexos do Direito objectivo, mediante os quais se concederia a certas irradiações da personalidade uma protecção jurídica, posição esta a que aderiu SAVIGNY e parte da doutrina alemã. Porém, hoje, a opinião dominante retira dos direitos de personalidade as características dos direitos subjectivos. Cfr., por exemplo, FERNANDES, C., "Teoria Geral, ...", cit.vol.I, t.1, pág.156 e ss.

renunciou, no afã de descortinar o objecto e o conteúdo da situação jurídica tutelada, ao recurso ao conceito de "bem"<sup>729</sup>. A caracterização dos direitos de personalidade substantiva-se, destarte, pelo reconhecimento à pessoa de um direito subjectivo, ou, em geral, mediante o reconhecimento de uma situação jurídica, considerada como instrumento de tutela de uma utilidade típica, na medida em que serão atributos da própria pessoa, tendo por objecto bens da sua personalidade física, moral e jurídica. O problema da tutela da personalidade passa, assim, pela consideração do problema da individualização dos bens jurídicos protegidos.

O corpo é um bem. O "direito de propriedade" sobre o próprio corpo, já vimos, é um axioma mais que evidente. Por isso que, a disputa, como recenseámos, se limita a dilucidar se existe um único direito de personalidade e, logo, um único bem, ou, mais do que um com os correspondentes direitos<sup>730</sup>. Concebem-se, na aporia desta alternativa, como bens, alguns atributos do homem, identificados e protegidos enquanto bens jurídicos (v.g., honra, bom nome, imagem, intimidade da vida privada,...). Daí que, o empenho desta tese se justifique no sentido em que pretende erigir à categoria de bem, o que quer que não seja exógeno ao homem (v.g., modos de ser da pessoa).

A consideração da v.g., integridade física, como bem justifica-se, neste enfoque, à luz de que em relação a ela a pessoa "tem" um interesse; vale dizer, a possibilidade de fruir da sua utilidade. Como afirma DE CUPIS<sup>731</sup> "Questi stessi beni in quando gli appartengono, si può dire che egli li ha".

Porém, é bom de ver que se esgrime o conceito de bem com evidente exagero, para o efeito de o identificar com situações jurídicas

---

<sup>729</sup> Cfr., PUGLIATTI, "Beni (teoria generale)", in Enc. Diritto, V, Milano, 1959, pág.174

<sup>730</sup> Na Alemanha, a personalidade é também considerada como objecto de um único direito por HUBMANN. "Das Persönlichkeitsrecht", 2. Aufl, Köln - Graz, 1967. Em Itália, além de CARNELUTTI, ("teoria general, ...", cit., pág.126 e ss.), também GIAMPICOLLO, "La tutela jurídica della persona umana e il c. do diritto alla riservatezza", in Riv. TDPC, 1958, pág.468.

<sup>731</sup> DE CUPIS, "I diritti della personalità", cit., pág.31, nota21

subjectivas que merecem a tutela do Direito. E nem se esqueça que esta metódica do bem jurídico é prenhe de consequências. De facto, os interesses atinentes à personalidadevolvem-se em bens que o sujeito detem e sobre os quais exercita uma função de gozo ou fruição e disposição. O interesse subjacente ao direito identifica-se, destarte, com o interesse da conservação do bem<sup>732</sup>, sendo que, a tutela, a existir é em regra sucessiva, "ex post", após a violação do dever de respeito e de não ingerência. Mesmo para quem aceite o carácter não patrimonial dos direitos de personalidade, não exclui que a sua violação possa envolver uma reparação de conteúdo patrimonial (artigo 484º, do Cciv 66), e, por isso, sempre uma "pseudo patrimonialização" dos direitos de personalidade, no quadro de uma tutela de tipo sancionatório<sup>733</sup>. Na realidade, a possibilidade de uma tutela "ex post" confiada à iniciativa privada e realizada através do recurso à via jurisdicional, propiciando, no âmbito jusprivatístico, a valoração, em termos económicos, da lesão infligida, afigura-se pouco consistente como instrumento de tutela da pessoa humana, sobretudo quando é patente o desnível económico entre lesante e lesado. Parece, pois, evidente que a clássica protecção conferida à personalidade é inidónia, ainda que maioritariamente sucessiva. Por isso, atenta a inerência de certos bens pessoais e os valores ínsitos na personalidade humana, não se estranhe ter o legislador vindo a conceber instrumentos mais adequados para prevenir as violações dos bens e valores da personalidade<sup>734</sup>. A tais exigências

---

732 Todavia, pode dizer-se que, se a teologia do ordenamento constitucional é a pessoa humana, na sua dignidade histórico - cultural, importa relevar, outrossim, o interesse positivo do livre desenvolvimento da personalidade, em atenção à sua função promocional. Não é tanto relevante garantir a sobrevivência ou a conservação do "minimum", no enfoque da integridade física, quanto promover as condições idóneas ao desenvolvimento físico e mental da personalidade do indivíduo. Cfr., no mesmo sentido, CAPIZZANO, "Vita ed integritá física (diritto alla)", in NDI, XX, torino, 1965, pág.1000. Sobre a "teoria negativa" do direito, cfr., BOBBIO, N., "Sulla funzione promoional del diritto", in Riv. TDPC, 1969, pág.1315 e ss.

733 Salvo, no que concerne ao recurso a específicas providências tendentes a fazer cessar as violações dos direitos de personalidade. Cfr., artigo 70º/2, do Cciv 66.

responde o discurso, que supera a tradicional impositação da protecção da personalidade, em termos de "tutela por sectores"<sup>735</sup>, privilegiando, outrossim, uma impositação unitária do problema. Vale dizer, a protecção dos direitos da personalidade através de v.g. normas penais ou civilísticas, não é mais do que um aspecto da tutela a pessoa humana, em derredor da qual gira o ordenamento jurídico. Maxime jurídico - constitucional, cujo fim último parece ser a tutela da dignidade da pessoa humana, onde os índices normativos exprimem o papel activo do Estado, na promoção e desenvolvimento da personalidade (cfr., art.2º da CRP), e onde os interesses inerentes à pessoa são protegidos "in se", que não tão só no "momento patológico da lesão" e da respectiva "patrimonialização", outrossim, em função da personalidade. Parece de todo em todo verosímil que a protecção da personalidade se exprima na perspectiva dos valores, nos quais se inspira o hodierno ordenamento jurídico. De resto, esses valores, recebidos pela constituição, justificam uma teoria das situações jurídicas subjectivas de natureza pessoal, que realize prevalentemente o desenvolvimento da personalidade, seja em termos de, se fôr caso disso, limitar a autonomia da vontade, seja como parâmetro de juízos de licitude, v.g., para efeitos de disposição da integridade física, seja como estalão da tutela das situações jurídicas subjectivas patrimoniais<sup>736</sup>. A personalidade humana é assim um valor

---

734 Ainda que, por exemplo, se transfigurem em técnicas de controlo social, como é o que ocorre em matéria de declaração de nulidade ou acção inibitoria de cláusulas contratuais gerais, adiquação funcional da denúncia dos contratos, por parte do contraente, presumivelmente mais débil, no quadro das vendas por correspondência, vendas ao domicílio, ou requisitos de contratação mais exigentes, v.g., nas vendas com redução de preços.

735 Veja-se a protecção penal dos direitos de personalidade, nos artigos 131º e ss.(homicídio), 142º e ss.(ofensas corporais), 104 e ss (calúnia, difamação e injúria), ...todos do CP82.

736 Aí onde será mais patente a radicação do direito subjectivo e da correspondente obrigação na dinâmica do poder de autodeterminação da pessoa, ordenando-os até como objectos de direito ou classificação (no problema dos direitos sobre direitos), fazendo daquele um mero mecanismo ao serviço, de outro - com o que se pacifica a questão dos direitos sem sujeito. Cfr., para a visão mais escurrita de direito subjectivo, ainda que neutral ou "amoral", CARVALHO, O., "teoria geral", cit., pág.28 e ss., maxime 32 - 33.

relevante juridicamente, não só no "momento processual", isto é nos "remédios" aos quais se recorre para a cessação da actividade lesiva, quanto no substancial sopesamento dos interesses que merecem a tutela do Direito, alterando se e quando fôr caso disso, a função dos institutos e figuras jurídicas pertinentes. A exigência do respeito pela pessoa, pelo seu livre desenvolvimento, "in casu", o respeito pela sua saúde, não pode deixar de tanger a noção de ordem pública, bons costumes, ou em geral os limites e a função da autonomia privada, a fronteira do ilícito.

Nesta perspectiva, que corresponde ao cabo e ao resto à superação das divisões entre público e privado, no que ao menos aos direitos de personalidade concerne<sup>737</sup>, e à tipicidade da tutela dos direitos de personalidade<sup>738</sup>, a protecção da personalidade humana é um problema jurídico unitário, sendo único o bem jurídico protegido. As normas penais e civilísticas pertinentes mais não são do que desenvolvimentos e concretizações dos principios constitucionais, em particular do princípio que coloca o valor da dignidade da pessoa humana no vértice do ordenamento jurídico<sup>739</sup>. A questão do objecto dos direitos de personalidade torna-se, assim, um falso problema, fruto de uma metodologia que não toma em consideração a circunstância de que na categoria do ser não é possível hipotisar em termos absolutos uma dualidade pessoa - corpo, e, conseqüentemente individualizar na pessoa - corpo, simultaneamente, o sujeito e o objecto do direito, lógica esta que, no fundo, também preside à do "paradigma corporal" da identificação sexual, para efeitos de registo civil.

---

<sup>737</sup> PERLINGIERI, P., "La personalità. ...", cit., pág.15 e ss.; D'ADDINO SERRAVALLE, P., "Atti di disposizione. ...", cit., pág.76 e ss.; VASSALI, "Il diritto alla libertà morale. Contributo alla teoria dei diritti della personalità", in Studi in memoria di F. VASSALLI, II, torino, 1960, pág.1634; STANZIONE, P., "Capacità. ...", cit., pág.93 e ss

<sup>738</sup> Assim, também, entre nós, CARVALHO, O., "teoria geral ...", cit., pág.180 - 181.

<sup>739</sup> Assim se resolvendo, desde logo, a aplicação mediata dos preceitos constitucionais, v.g., ao direito civil, através da interpretação de conceitos indeterminados (boa - fé, bom costumes, ...) conforme a constituição.

Facto é que a pessoa humana é, antes de mais, valor unitário, aí onde, também unitariamente se deve configurar para efeitos de tutela jurídica, ainda em que aspectos não previstos pela cláusula geral que reconhece os direitos de personalidade (art. 70º/1 Cciv66) ou garante os direitos do homem. Assim também, esta unicidade de tutela não há-de comportar ou traduzir uma mesma situação de vantagem ou desenvolver-se tão só através dos mecanismos do direito subjectivo<sup>740</sup>.

Aquilo que revela é o valor da pessoa, unitariamente considerado, o que fará atribuir relevo a todos os aspectos (modos de ser, ...) imediatamente atinentes à personalidade, que não já somente a individualização de um grupo de direitos subjectivos, enquanto direitos de personalidade que não comporte a protecção de outros aspectos da personalidade porque não previstos<sup>741</sup> e bem assim quaisquer outros que se não exercitem através do esquema do direito subjectivo.

Vem isto para dizer que numa linha metodológica, onde a protecção da pessoa humana se efective, não só através do reconhecimento típico de direito de personalidade, mas também como valor, em vista do qual deve ser conformado cada modo de ser do "viver cívil", a questão da disponibilidade da pessoa em função de si mesma, deve impostar-se de maneira diversa. Não se trata, assim, de pré - determinar uma área de disponibilidade do sujeito em relação ao seu próprio corpo, em consequência do reconhecimento de um direito subjectivo à integridade física, no qual se relaciona - como seu conteúdo ou como poder conexo ao seu exercício - um poder de disposição em sentido técnico. Outrossim, o interesse a dispor de si mesmo, à luz dos valores da pessoa humana, só merece a tutela do direito, na medida em que tende à realização da personalidade humana. Na tarefa de determinação dos limites da actividade da pessoa humana, que possa fazer perigar a saúde, a sua integridade pessoal, ou a dignidade humana, importa valorar, com referência ao caso concreto, o acto de disposição

---

<sup>740</sup> Pense-se, desde logo, na tutela do interesse difuso do "ambiente salubre" (ínsito num conceito lato de saúde), accionável através de "acções de grupo", por Associações de Defesa do Ambiente e/ou do Património histórico - cultural.

<sup>741</sup> v.g., a identidade sexual.

da integridade física, verificando se é ou pode tornar-se instrumento de um desenvolvimento otimizador da personalidade humana<sup>742</sup>.

Daí, também, que se devam superar os problemas emergentes da "angústia visual", para efeitos de determinação do sexo (legal) do recém - nascido, daquele "paradigma corporal" preocupado tão só em "dizer" qual o sexo a partir do qual o Direito conformará amplos espaços da biografia da pessoa. Assim, em ordem ao livre desenvolvimento da personalidade, o Direito deverá, mais do que "dizer", a partir dos dados corporais, o sexo das pessoas, privilegiar um "paradigma corporal" evolutivo, que se adapte aos desígnios de uma sexualidade emancipada, onde ao mesmo tempo que, se "ab initio" se serve do corpo para individualizar e identificar normativamente o sexo - ao menos até à altura em que o conhecimento científico possa (se pode) emitir juízos de prognose sobre aquilo é, corporalmente, ou irá ser (corporal - mentalmente) o sexo do concreto nascido (ou do nascituro) - possa supervenientemente fazer relevar não o sexo, mas o género ("gender"), para efeitos de rectificar as menções relativas ao sexo nos instrumentos do registo civil, contanto que, de acordo com os conhecimentos médicos, a manutenção do "statu quo", possa representar uma realização negativa da personalidade, tendente à auto - mutilação ou ao suicídio. Se o "paradigma corporal" do registo civil é, e deve ser, no entretanto, e no essencial o modelo - regra, a excepção, medicamente comprovável, só será admissível se e quando, supervenientemente houver necessidade de, tanto individualizar um aparato genital gonadal ambíguo - aí onde também revelará, se bem que deminutamente o "gender role" - como desenvolver, demolitória e construtivamente, um fenotipo adequado à vivência sexual psíco -

---

<sup>742</sup> Deve, pois, sair prejudicada a afirmação do Prof. ORLANDO DE CARVALHO, (cfr., CARVALHO, O., "teoria geral", cit., pág.188) de que "qualquer agressão é, em princípio, ilícita" (o sublinhado é nosso). Se bem que depois, este nosso Prof. coloque o direito à vida e as exigências da vida em comum, como limites do poder de disposição, no jogo do consentimento do ofendido. Restará, porém, densificar o referido "limite pelo baixo", que deriva das "exigências da vida em comum", o que passará, a nosso vêr por uma leitura "actualista" dos limites da "adequação social", feitos na cláusula geral de ordem pública e bons costumes (cfr., art.81º, 340º/2 do Cciv 66, e art.38º/1, do CP 82). Vide, infra, no texto.

social. Como se vê o "*paradigma corporal*" será um modelo tendencialmente, definitivo, a não ser nos casos em que solução diversa se imponha supervenientemente, por melhor corresponder ao melhor desenvolvimento desse aspecto da personalidade humana que é a sexualidade, "*rectius*", a identidade/identificação sexual<sup>743</sup>.

A circunstância de se haver constatado que a tutela jurídica da personalidade humana constitui o valor expoente do ordenamento jurídico e que tal valor conforma os limites da autonomia da vontade, a fronteira da ilicitude ou o conteúdo da cláusula geral de ordem pública, impõe<sup>4</sup> que se densifique, justamente, o conteúdo desta última.

A ordem pública constitui um critério de valoração de "*factis species*" consignadas, em normas de diversa ordem, produtoras de efeitos vários. No art.º do Cciv66, a ordem pública plasma-se como índice da licitude do negócio jurídico, mormente destoutros atinentes à disposição da integridade física, como é o caso das intervenções médico - cirúrgicas de medamça de sexo. A cláusula geral de ordem pública desempenha, em regra, a função de limite negativo à autonomia privada<sup>744</sup>. Problemática é, já se vê a densificação do conteúdo a que se deve adscrever. Com efeito o conceito de ordem pública é dificilmente "*penetrável*"<sup>745</sup>, atenta a plurisignificação que se lhe assinala<sup>746</sup>, e bem

---

<sup>743</sup> Note-se que já não é necessário, sequer, sair dos quadros do tradicional "*paradigma corporal*", para resolver todas as questões atinentes à rectificação das menções relativas ao sexo, nos de erro, deficiências ou omissões na declaração de nascimento ou, na feitura do assento de nascimento, na medida em que tais eventos sejam coetâneos ao nascimento.

<sup>744</sup> Cfr., FERRI, G.B., "*ordine publico, buon costume e la teoria del contratto*", Milano, 1970, pág.63.

<sup>745</sup> Há até quem lhe assinale um sentido dissolvente. Cfr., LONARDO, "*Meritevolezza della causa e ordine publico*", camerino - Napoli, 1978, pág.86.

<sup>746</sup> Vide, entre nós PINTO, M., "*Teoria Geral*", cit., pág.551, que toma a ordem pública como o "*conjunto de principios fundamentais (...) que o Estado e a Sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e têm uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções*



assim o seu relativismo, contingência e plasticidade como sede um "cripto - argumento" se tratasse, face às múltiplas e particulares concepções axiológico - morais presentes nas modernas sociedades plurais. Tradicionalmente, assinala-se à ordem pública a característica de reunir um conjunto complexo de princípios subjacentes ao ordenamento jurídico, cogentes às normas imperativas<sup>747</sup>, emergentes do ordenamento jurídico "in totum"<sup>748</sup>, ou referentes da realidade social, emergentes de princípios constitucionais<sup>749</sup>, operantes e prevaletentes no quadro da autonomia privada<sup>750</sup>, ou nas relações indivíduo - Estado<sup>751</sup>.

Na jurisprudência, o discurso sobre a ordem pública é usado com relativa parcimónia, assistindo-se, frequentemente à adesão. quanto ao conteúdo da cláusula, a formulações já bastante ensaiadas<sup>752</sup>.

---

privadas"; Cfr., SERRA, V., in B.M.J., nº74, pág.176. Ainda, GUANER, "L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile", Padova, 1974, pág.48 e ss; LONARDO, "Meritevolezza, ...", cit., pág.78 e ss.

<sup>747</sup> Cfr., DE CUPIS, "Leggi positive, norme imperative e ordine pubblico" (pode consultar-se em "Teoria e Pratica del Diritto Civile", Milano 1967, pág.83), que numa noção ampla fala de normas e princípios de ordem pública. Vide, ainda MESSINEO, "Manuale, ...", cit., pág.48; PASSARELLI, S., "Dottrine generali, ...", cit., pág.187 e ss.; PINTO, M., "teoria geral, ...", cit. pág.551

<sup>748</sup> GIORGIANNI, "Obbligazioni (dir. priv.)", in NDI, XI, torino, 1968, pág.602.

<sup>749</sup> Por exemplo, PERLINGIERI, P., "Profili istituzionali del diritto civile", camerino - Napoli, 1975, pág.45 e ss

<sup>750</sup> FERRI, G.B., "Ordine pubblico, buon costume", cit., pág.169 e ss.

<sup>751</sup> Cfr., GAZZONI, "Equità ed autonomia privata", Milano, 1970, pág.354.

<sup>752</sup> Cfr., sentença da "corte di cassazione", de 17 - 2 - 1966 (in, For. Ital., 1968, I, pág.2231; setença do T.G.I., de Paris, de 3 - 6 - 1969, (ivi, 1970, IV, pág.157, em matéria de actos de composição da integridade física; AcRP, de 20 - 2 - 1963, in Jurisprudência das Relações, 1963, pág.147; aC STJ, de 17 - 6 - 1966, in RLJ, 99º, pág.345 e ss.



necessidades, variáveis com o tempo<sup>755</sup>. As cláusulas gerais, mormente a cláusula de ordem pública, conquanto se lhe assinale um mutável referente, o seu conteúdo pode, constantemente ser conformado pelos princípios constitucionais, exercendo também simultaneamente a função de manter inalterada, no tempo, a vigência "real" das normas constitucionais, face à mutabilidade das circunstâncias que a convocam. A ordem pública representaria, destarte, a proposta de um modelo societário definido pelo direito, num certo momento histórico, aí onde seria suscitada a operar um constante nivelamento entre factos e valor, qual expressão de princípios estruturantes de um ordenamento jurídico, ao menos, o tradicionalmente concebido que tenta com afã peregrinar entre os escolhos do pensamento jurídico, pós - moderno<sup>756</sup>, servindo-se da constituição como o perene guia de um valor irrenunciável, qual seja o da tutela da pessoa humana. A realização dos valores que lhe vão ínsitos não pode deixar, assim, de passar pela convocação da cláusula de ordem pública - de adequação social - por forma a adaptá-los e actualizá-los a situações não previstas, porque incidentalmente emergentes do mundo da vida. De resto, esta reconstrução mais não visa do que superar, no que ao seu conteúdo e função concernem, a configuração "mínima" da ordem pública, talqualmente lhe é assinalado numa tradicional conceituação. Vale isto por dizer que a essa cláusula geral já se lhe não deverá assinalar um limite negativo, de conservação, outrossim de garantia prospectiva dos valores constitucionais e bem assim uma incidência tanto em sede de relações jurídicas civis patrimoniais, como extra - patrimoniais. Numa sugestiva formulação pode dizer-se que uma "norma de ordem pública" não é somente aquela que previne a "desordem"<sup>757</sup>, mas também aquela que impõe ao Estado

---

<sup>755</sup> Daí que se adira a uma compreensão material de constituição, enquanto regulamentação de relações de vida historicamente mutáveis, a convocar, destarte, um conteúdo temporalmente adequado e uma ideia de compromisso e tensão criada pelas forças político - sociais, plurais e antagónicas. Cfr., CANOTILHO, G., "constituição Dirigente, ...", cit., pág.90 e ss.; ibidem, "Direito Constitucional", cit., pág.230 e ss.

<sup>756</sup> Vide, supra, Parte I, cap.I.

a realização dos princípios fundamentais recebidos no ordenamento jurídico - constitucional.

Nesta perspectiva, o direito à saúde e a tutela (objectiva) da saúde, o livre e sã desenvolvimento da personalidade e (dignidade) da pessoa - cidadão, integram um princípio de ordem pública. Relativamente ao artigo 81º/1, do Cciv, o critério dominante há-de ser a tutela da pessoa, aferindo-se a licitude da limitação voluntária da integridade física, nas hipóteses de intervenções médico - cirúrgicas de mudança de sexo, da existência ou não de uma lesão da saúde do disponente, aí onde se acaba, depois, por concluir que, nalgumas hipóteses, a não limitação voluntária ou a impositação que a considere ilícita é que, na realidade lesam a saúde e impedem o desenvolvimento da personalidade. Por conseguinte, se pela negativa, a cláusula de ordem pública fulmina com nulidade todo o acto que persegue interesse não harmonizáveis com a promoção da personalidade, por outro lado, num ordenamento jurídico constitucional promocional, que não meramente garantístico, o juízo de licitude exprime-se, iguamente, num segmento positivo, no sentido em que para a licitude do acto não basta a não contrariedade aos valores da personalidade, pois que, deverá ser necessário que o acto se adscreva à realização desse valores. O que é tanto mais verdade nos actos e negócios jurídicos, onde a licitude prevalece não só quando não constituem um obstáculo à realização dos princípios constitucionais pertinentes, mas também, se e quando se prespctivarem como instrumento de realização daqueloutros. De maneira que, sempre que tão só privilegie o ressarcimento do dano patrimonial, aponta-se, em regra, o perigo da "cisão" da pessoa<sup>758</sup>. Com efeito, do jogo dos artigos 25º e 64º da CRP, coloca-se a saúde, cujo conteúdo conceitual compreende a integridade psico - física, de entre os valores atinentes às relações ético - sociais, claramente distintas das relações jurídico - económicas. Pensar o contrário significa hipostaziar uma conceituação exclusivamente patrimonialista das relações jurídicas civis, incompatível com o sistema referencial plasmado na constituição, na medida em que privilegie a liberdade, a

---

<sup>757</sup> Assim, PERLINGIERI, P., "*Profili istituzionali, ...*", cit., pág.52 e ss.

<sup>758</sup> PERLINGIERI, P., "*La personalità, ...*", cit., pág.178 e ss.

dignidade humana, a integridade pessoal e a saúde, valores estes tutelados in sé, que não como reflexos patrimoniais. À teoria da integridade física como bem falta a consciência da unidade da pessoa. Daí que as possibilidades de tal extensão compreendem-se, desde logo, através da relevância que a constituição imputa aos interesses existenciais, no sentido em que a sua protecção seja uma expressão dos princípios gerais de tutela do ser humano, aí onde, se fosse caso disso, até as normas ordinárias não seriam jamais excepcionais para efeitos de susceptibilidade de aplicação analógica.

Neste enfoque, mais do que a protecção de uma utilidade típica emergente da reacção entre a pessoa e o bem, a integridade psíco - física vai considerada enquanto condição essencial da pessoa humana, protegida "in se" e "per se", como interesse do individuo à sua fruição do próprio organismo "in totum" - onde não cabe, já se topa, qualquer cartesianismo - para efeitos de uma melhor realização da personalidade e garantia da própria dignidade, que não já enquanto condição instrumental para a prossecução de interesses económicos, deveres públicos (v.g., defesa do Estado, através da prestação de serviço militar, procriação, ...)759. Daí que, as manifestações de autonomia e autodeterminação pessoal, que incidem sobre a integridade física - mental não devam ser subtraídas a um juízo de mérito acerca dos interesses concretamente visados.

Convirá, igualmente ganhar alguma perspectiva sobre o enquadramento jurídico - penal das intervenções e tratamentos médico - cirúrgicos de mudança de sexo, o que abarca, seja os casos de transexualidade, seja, conquanto mitigadamente, , os casos de

---

759 Tal é o que parece ocorrer no art.5º do "codice" de 1942, que joga com o princípio da limitação permanente da integridade física, transportando, no fundo uma visão liberal - individualista, perante a esfera de disponibilidade do próprio corpo é uma exigência racional - idealista, inspirada na ideologia fascista, da limitação da disponibilidade, por forma a salvaguardar a integridade do individuo e da sua estirpe) e que concomitantemente reforce o poder do Estado; Cfr., PESANTE, "corpo (atti e disposizione)", in Enc. Dir., X, Milano, 1962, pág.658. Todavia, entre nós, este princípio já não se aplica, em sede do Direito Civil (cfr., artigo 340º do Cciv66), o que não obsta a que, em matéria penal, essa doutrina possa ter reflexos na caracterização das ofensas corporais graves (cfr., art.143º, do CPP 2, CARVALHO, O., "Teoria Geral", cit., pág.189'

intersexualidade. A aporia entrechoca aqui os bens jurídicos da integridade física/saúde e da liberdade ou autodeterminação pessoal, para efeitos de tutela do crime de ofensas corporais, perante a plétora de construções doutrinárias <sup>760</sup> e arrimos jurisprudenciais.

Pode, pois, no que ao ordenamento português tange, começar por colocar-se sérias objecções à tradicional tese segundo a qual a intervenção cirúrgica de estirpação dos genitais externos (perfeitos ou ambíguos) se qualifica como lesão corporal típica. Ora, o artigo 150º do CP 82 coloca, "*ab initio*", as intervenções médico - cirúrgicas, em geral fora da área de tutela das ofensas corporais. Paradigmático é, pois, dizer que, na específica área de tutela do crime de Intervenção e tratamentos médico - cirúrgicos arbitrários (art.158º do CP 82), o bem jurídico protegido é, no dizer de F. DIAS<sup>761</sup>, a liberdade pessoal, ou seja a liberdade de dispôr do corpo e da própria vida, sempre que está em jogo uma intervenção contra a vontade do paciente, ou, noutros termos, haverá exclusão da punibilidade em todas as intervenções realizadas com o consentimento, ou a pedido do paciente<sup>762</sup>. Acresce que, se o artigo 360º/5 do Código Penal de 1886 assentava na imputação objectiva do resultado<sup>763</sup>, a incriminação geral do artigo 143º do CP82, maxime a sua alénea b), parece fundar-se numa imputação subjectiva, na medida em que se exige um dolo de dano ou de resultado<sup>764</sup>; no mais, não fora esta imputação, sempre os

---

<sup>760</sup> Cujas exposições se pode confrontar, in ANDRADE, C., "*Consentimento e acordo*", cit.pág.416 e ss.

<sup>761</sup> DIAS, F., "*o problema da Ortotanásia: Introdução à sua consideração jurídica*", in *As técnicas modernas de reanimação: conceito de Morte. Aspectos médicos, teológicos - Morais e Jurídicos*, Port., 1973, pág.29 e ss.

<sup>762</sup> também ESSER, A., "*Medizin und strafrecht. Eine schutzgutorienterte Problemübersicht*", in *Zeitschrift für die gesamte strafrechtswissenschaft*, 1985, pág.17 e ss.

<sup>763</sup> Conforme decorria da expressão "*se da ofensa resultar, ...*"

<sup>764</sup> Patente na asserção "*Quem ofender (...) de forma a ...*"

artigos 149º e 150º do CP82, acalmariam os espíritos. De facto, o nº2 do artigo 149º, ibidem, quando fala na atendibilidade desta causa de exclusão de ilicitude, não se esquece de referir os "*motivos do agente*" e os meios "*empregados*" - contanto que avaliados de forma objectiva - o que nos fará remeter para o inédito artigo 150º/1, na medida em que aí se entenderá o motivo pelo qual "*as intervenções e outros tratamentos, que segundo o estado dos conhecimentos se mostram indicados (...) com intenção de prevenir (...) debelar ou minorar uma doença*", não integram o ilícito típico das ofensas corporais, a não ser que resulte uma violação dolosa ou negligente dos "*leges artis*". Tudo a sugerir um conceito restritivo de tratamento médico cirurgico, que se analisa nas consabidas dimensões, subjectivas e objectivas, da indicação médica, da realização segundo as "*legis artis*" e a exigência - subjectivizante - da finalidade terapêutica.

Decorre daqui, a constatação de alguma descontinuidade direito penal/direito civil no quadro da constelação das intervenções médico - cirurgicas/poderes de disposição da integridade física, especificamente no tocante à estirpação dos genitais (ou mesmo da intervenção hormonal). Na verdade, o artigo 158º do CP82 parece privilegiar o primado da liberdade em relação à saúde, ou até à vida. Ora, o reconhecimento da liberdade e autodeterminação pessoal no dir. penal ao defenderem de uma construção social da realidade, recheada de avanços e recuos, tendem a reduzir, nos termos das ideias que supra deixámos expressados, a área de comunicabilidade entre o direito penal e o direito civil, na medida em que é, neste último que parece confluir a emergência e a gestão do hodierno Estado de Direito Social<sup>765</sup>, ao se reforçar constitucional - civilística - laboralmente os valores da saúde - e da vida - contrariando, destarte, o discurso penalístico, também hodierno, que tende a sobrevalorizar, neste domínio o direito à autodeterminação pessoal.

---

<sup>765</sup> Daí que, hoje, a atenção dos países desenvolvidos se dirija, de modo mais consciente para os problemas do seu próprio desenvolvimento, tais sejam, a abusiva juridicização, a burocratização, a tradução da carga moral e ética dos conflitos em questões de gestão de técnicas e estratégias ou procedimentos, quais efeitos secundários do hodierno Estado Social. Cfr., HABERMAS, J., "*Die Nachholende Revolution*", Surkamp, 1990, pág.197 e ss.

Avançando, assim, para o específico campo das operações de mudança de sexo, só pode afirmar-se numa resposta positiva, para efeitos de discriminação, havendo indicação médica<sup>766</sup>, ou seja, a intervenção cirúrgica de mudança de sexo só pode adscrever-se ao regime do artigo 150º do CP82, se fôr realizada por indicação médica, caso contrário redundará numa agressão à integridade física, limitando a pessoa enquanto unidade físico - psíquica. Com o que se expurga o exercício de uma sexualidade autonomizada dos dados corporais e deixada ao bel talante do desejo, evitando-se a intervenção - cirúrgica de mudança de sexo como exercício de uma liberdade pessoal subtraída ao controlo e às limitações decorrentes de uma tutela integral da personalidade humana.

E nem se diga que o respeito pelo "*bons costumes*" possa determinar a ilicitude indiscriminada de uma intervenção cirúrgica, com ou sem indicação médica. Isso só sucederia se a medicina utilizasse um método terapêutico, sem qualquer perspectiva de êxito, o que, como vimos, se revela em contradição com os recenseados sucessos da intervenção médica (diferenciada), tanto nos casos de transexualidade, quanto de intersexualidade. Pelo que, como F. DIAS assinala, para uma hipótese paralela - justamente, a da esterilização voluntária - "*recusando-se o Código Penal a arvorar-se em tutor da moral ou de uma qualquer moral, não se vê, na verdade, que o facto da esterilização possa constituir, pelo menos em regra, uma ofensa aos bons costumes*"<sup>767</sup>. De facto, no direito penal, através do correctivo dos bons costumes é que o ordenamento jurídico, talqualmente recenseámos a propósito da ordem pública, obtem a "*folga de apreciação*" no discurso incriminatório das lesões corporais. Se existem lesões de integridade física de potencial destruição, à sociedade caberá uma atitude de conformação conquanto que se verifique um fim susceptível de justificar a lesão. Em direito penal e nas intervenções

---

<sup>766</sup> Outrotanto não ocorrerá com a esterilização que não obdeça a quaisquer razões de índole médica, médico - social ou eugénica, que entre nós será punida, nos casos de menores de 25 anos (cfr., Lei nº3/84, de 24 - 3 - Educação sexual e Planeamento Familiar.

<sup>767</sup> DIAS, F./MONTEIRO, S., "*Responsabilidade Médica*", cit., pág.61.



médico - cirúrgicas os bons costumes parecem constituir uma cláusula de vinculação da própria natureza e intensidade da violação do bem jurídico protegido, em relação à ligeireza ou gravidade das lesões, apartando qualquer tipo de ordenação axiológica transcendente<sup>768</sup>, como pretendem, tanto **CAVALEIRO FERREIRA**<sup>769</sup> ou **EDUARDO CORREIA**<sup>770</sup>. Temos, pois, em direito penal uma noção racional e imanente de bons costumes, que parece não causar grande desconforto às intervenções médico - cirúrgicas de mudança de sexo, posto que se parte do princípio de que a sua actuação, eminentemente negativa e garantística também protege o bem jurídico individual da saúde e da integridade pessoal, no quadro da harmonização do valor da personalidade humana, no seu livre desenvolvimento, conquanto não se deixe de assinalar, também no direito civil, o carácter impreciso, supérfluo e, por vezes ineficaz da cláusula, face ao processo de

---

<sup>768</sup> Será esta a ideia que resulta do discurso jurídico - penal português, hodiernamente, esboçado. Cfr., **ANDRADE, C.**, "Acordo e consentimento", cit., pág.537 e ss., 546 e ss., *ibidem*, "O consentimento do ofendido no novo código Penal", Coimbra, 1983, pág.93 e ss.; **DIAS, F.**, "Pressupostos da Punição e causas que excluem a ilicitude, e a culpa", in Jornadas, pág.6; *ibidem*, "Direito Penal (adiamentos)" (lições policopiadas), Coimbra, 1975, pág.23.

<sup>769</sup> **FERREIRA, C.**, "Lições, ...", cit., pág.170, que fala no sentimento geral, sobre a moralidade.

<sup>770</sup> **CORREIA, E.**, "Direito criminal II", Coimbra, 1971, pág.27, que pretende punir certas lesões corporais consentidas, em nome da sua imoralidade, tal seja o sadismo, na esteira de **ROXIN, C.** ("Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht", in Juristische Schlung, 1964, pág.373 e ss.) ou **BERZ, V.**, "Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung", in **GOLTDAMMER'S Archiv für Strafrecht**, 1969, pág.145 e ss. Todavia, parece que hoje, mais ou menos consensual a ideia de os bons costumes já não revelam na ordem do transcendente, recheado de simbolizações compactas. Podemos, pois, falar de uma racionalização do direito penal e civil, em que a liberdade e a "dessacralização" do corpo, no direito penal, e o jogo da saúde e da liberdade inter - subjectiva na realização e desenvolvimento da personalidade, se adaptam a uma ordem jurídico - constitucional, plural, conflitual e tolerante.

secularização daqueloutra ordenação axiológico - moralista, transcendente ao sistema social<sup>771</sup>.

Mas a mudança de sexo, no que da integridade psíco - física possa decorrer, coloca ainda um problema de direito disciplinar.

Com efeito, o artigo 55º do código Deontológico, a que se refere o artigo 80º do Estatuto da Ordem dos Médicos proíbe as intervenções cirúrgicas, tendentes a mudar o sexo, em pessoas "*morfologicamente*" normais, cominando procedimento disciplinar e eventual expulsão da Ordem. Assim, excluídas as toleradas hipóteses de intervenções cirúrgicas nos casos de intersexualidade, a cirurgia transexual é, na prática, condenada a efectivar-se em país estrangeiro.

É sabido que o exercício da medicina académica fica dependente da inscrição na respectiva Ordem<sup>772</sup>. Esta abrange as licenciadas em medicina que exercem ou tenham exercido a profissão médica em qualquer regime de trabalho<sup>773</sup>, pertencendo exclusivamente à ordem dos Médicos o reconhecimento da individualização das especialidades e competências médicas e cirúrgicas e bem assim a correspondente qualificação profissional médica, de que dependem a atribuição do respectivo título de especialista.

---

<sup>771</sup> Em sentido diferente, PINTO, M., "*teoria geral*", cit., pág.552, que busca o seu sentido na "*contrariedade à moral pública*", enquanto "*conjunto de regras éticas aceites pelas pessoas honestas, correctas de boa - fé, num dado ambiente e num certo momento*", apelando, pois, para o sentimento ético daqueles que pensam com equidade e justiça. Porém, pertinente é saber como se acede ao sentimento ético de todas as pessoas honestas, ..., ou como se define pensar com equidade e justiça. Além do relativismo e permanente mutabilidade dos critérios de valor referenciáveis. Daí que, para evitar ao arbitrário critério do julgar se possa pensar novamente numa aplicação mediata dos direitos fundamentais, no nosso caso do direito à saúde (e da identidade pessoal /sexual), através da concretização de conceitos indeterminados. Vide, sobre a aplicação das normas que integram na sua formulação conceitos indeterminados, no discurso prático - analógico, BRONZE, F., "*A odontologia, ...*", cit., pág.411 - 413, maxime nota 1166.

<sup>772</sup> Sob pena, v.g., do cometimento do crime previsto e punido no artigo 400º/2, do CP82 (substituição de funções)

<sup>773</sup> Cfr., art.1º do Decreto - lei nº282/77, de 3 - 7.

A Ordem dos Médicos não é uma Associação de direito privado, pois nela se contêm especialidades e desvios aos princípios gerais, que enformam as associações privadas, fazendo com que se deva submeter ao Direito Administrativo. Ela é uma figura destinada a defender os interesses das suas associações e a disciplinar o exercício da actividade médica, tendo em vista, a tutela e o interesse público da saúde, seja controlando, destarte, o acesso à profissão, seja exercendo funções disciplinares, ora fixando o código deontológico da profissão<sup>774</sup>. Corresponde, no dizer de F. do AMARAL<sup>775</sup> à figura das associação pública de entidades privadas. É uma ordem profissional. De resto, já o Prof. M. de ANDRADE<sup>776</sup> collocava as ordens profissionais nos "*entes para - estaduais*", ou "*peçoas colectivas que são de Direito Público, porque lhes competem poderes de império, mas que não são, como os serviços públicos personalizados, disciplinados e regidos (...) como se a sua actividade e funções directamente exercidas pelo Estado*". Já M. CAETANO<sup>777</sup> se referia a uma administração corporativa, comentando que no Estado moderno seria corrente uma modalidade de administração corporativa, desenvolvida por associações profissionais ou, a outro titulo, representativos de interesses de grupos sociais primários, embora fortemente integrada no Estado.

Quanto ao regime são, pois, pessoas colectivas públicas; gozam do privilégio da unicidade; submetem-se ao princípio da inscrição obrigatória e imposição de quotização; controlam o acesso à profissão,

---

<sup>774</sup> Como discorre SOARES, E., "*Direito Público e Sociedade técnica*", cit., pág.40, há certas tarefas públicas assumidas como pertencentes à comunidade que o Estado entende cometer a um ente diferente de si, em administração mediata.

<sup>775</sup> AMARAL, F., do, "*Curso de Direito Administrativo*", vol.I, Coimbra, 1989, pág.373, ou melhor, uma associação pública formada pelos membros do corpo médico, com o fim de, por devolução de poderes de Estado, regular e disciplinar o exercício da medicina.

<sup>776</sup> ANDRADE, M., de, "*teoria geral da Relação jurídica*", vol.I, Coimbra, 1960, pág.76 -77.

<sup>777</sup> CAETANO, M., "*Manual de Direito Administrativo*", vol.I, pág384 e ss.

legal e deontologicamente; exercem poderes disciplinares sobre os seus membros.

O artigo 80º do Estatuto da Ordem dos Médicos (DL nº282/77, de 5 - 6), imputava a elaboração do código Deontológico ao conselho Nacional de Deontologia, um órgão da Ordem dos Médicos. Por outro lado, o artigo 104º do mesmo Estatuto determinava que, enquanto não entrasse em vigor esse "código", seria o Decreto - lei nº40651, de 21 - 6 - 1956, que aprovara o anterior Estatuto, que continuaria depositário das regras deontológicas dos médicos.

No entretanto, o "*código Deontológico da Ordem dos Médicos*" foi inicialmente publicado na "*Revista da Ordem dos Médicos*", nº6/81 e, posteriormente, na mesma revista, no nº3/85. Problemático é, pois, saber se o código Deontológico tem existência jurídica<sup>778</sup> na medida em que se lhe assinale ou não uma função de "*regulamento de execução*" do referido decreto - lei nº 282/77, de 5 - 6. Ora, esta questão passa por indagar acerca da natureza jurídica destas associações públicas.

A este propósito parece prevalecer, entre nós, a tese que adscreeve as associações públicas à administração indirecta do Estado<sup>779</sup>, em detrimento daqueloutra que entende pertencerem à administração autónoma<sup>780</sup>. O que, ainda assim não, permite compreender a tese que

---

<sup>778</sup> Cfr., a propósito, o parecer da P.G.R., Nº99/82 14 - 6 - 1882, in B.M.J., Nº321 (1982), pág.193 e ss., que sustentou a inexistência jurídica do referido código, na medida em que entendeu que necessitava de aprovação pelo Governo e de publicação no Diário da República, enquanto conjunto de normas regulamentares, vale dizer, regulamento de execução do Estado da Ordem dos Médicos. No entanto, como se sabe, o carácter vinculativo dos pareceres da P.G.R., confirma-se ao âmbito da Administração. Cfr., neste sentido, Pareceres nº24/82, de 1 - 4 - 1982 (in, D.R., II Série, nº161 de 15 - 7 - 1982, pág.5574), 20/83, de 21 - 7 - 83 (in, D.R., II Série, nº257, de 8 - 11 - 1983, pág.9257), 123/83, de 27 - 10 - 1983 (in, D.R., II Série, nº126, de 31 - 5 - 1984, pág.4855) e os acordãos do S.T.J., de 1 - 6 - 1988 (in, B.M.J., nº378, pág.728 e ss) e 27 - 11 - 1986 (in, B.M.J., nº361, pág.572).

<sup>779</sup> Assim SOARES, E., (em parecer inédito, de 17 - 4 - 1983, sobre a natureza jurídica da Ordem dos Advogados); AMARAL, F., do, "*curso, ...*", cit., pág.383

identifica o código Deontológico a um "regulamento de execução", de um Estatuto também aprovado por um decreto - lei, carecido, por, tal, de formação, a que não pode faltar a publicação em Diário da República.

Como quer que seja, de "*lege data*", os médicos, que exercem profissão em Portugal, devem obediência às prescrições código, ficando assim, vedada a sua intervenção, na mudança de sexo, nas hipóteses em que os genitais se apresentam normalmente conformados, vale dizer, quando quer que sejam solicitados a intervirem em hipóteses de transexualidade<sup>781</sup>. Restará, pois, em sede de procedimento disciplinar, suscitar a questão da declaração de inexistência do citado código, ao arrimo da tese que propugna a existência de um regulamento de execução, que não obedeceu aos requisitos de formação, constitucionalmente consagrados, ou suscitar, em sede de controlo concreto ou abstracto, o problema da constitucionalidade, pois que, não pode afatar-se o entendimento de que as Associações Públicas, mormente as que dispõe de "*Estatuto*" aprovado, quer as regras deontológicas se consignem dentro ou fora dele, produzem "*normas*", tais sejam as constantes do actual código Deontológico da Ordem dos Médicos, maxime o seu artigo 55º, isto é, traduzem "*padrões de comportamento*" e regras para dirimir conflitos, sujeitando-se, pois, ao controlo da constitucionalidade<sup>782</sup>, atento o disposto nos artigos 64º/1 e 26º/1 da CRP.

---

<sup>780</sup> Neste sentido, MIRANDA, J., "*As associações públicas no direito português*", Lisboa, 1985, pág.25 e ss. De facto a Administração Autónoma por intermédio das associações públicas seria, nesta perspectiva uma manifestação de auto - administração social, vale dizer, auto - administração pública de interesses sociais específicos, compenetrados com interesses públicos, o que, corresponderia a um fenómeno de associativização da organização administrativa.

<sup>781</sup> Assim, também, DIAS, F./MONTEIRO, ob. cit.

<sup>782</sup> CANOTILHO, G., "*Direito Constitucional*", cit., pág.890 e ss.; CANOTILHO, G./MOREIRA, V., "*constituição, ...*", cit., pág.475. E nem se diga que esta proibição dirigida à classe médica, constitui argumento, "*a latere*" para se defender a existência de "*norma legal*" que impeça o reconhecimento judicial da mudança de sexo, ao menos nos casos de transexualidade. Ponto é que se entenda que, essa proibição genérica, quanto muito vinculará os médicos e nunca os juízes. De resto,

---

como se viu, tal proibição parece contrariar as emanções, em matéria de direitos fundamentais, "*in casu*", também direitos de personalidade.

## 28. O problema à luz do Direito à identidade pessoal.

### A identidade sexual

Cada ser humano apresenta características sexuais objectivamente verificáveis e simultâneamente considera-se, legalmente pertencente a um sexo.

A pertença a um dos sexos caracteriza a existência da pessoa desde o nascimento, determinando, ainda no primeiro período de vida de relação, o modo de vestir, o tipo de educação, a participação gregária (v.g., na escola, no desporto, ...), o surgimento de especiais deveres (v.g., serviço militar obrigatório), a possibilidade de tão só contrair casamento com pessoas do sexo oposto, ...

Mesmo numa sociedade decisivamente apostada na completa parificação dos sexos (cfr., art.13º/2, da CRP), ser do sexo masculino ou feminino não é de todo indiferente<sup>783</sup>.

O princípio da igualdade jurídica do homem e da mulher, além de usufruir de consagração constitucional, foi continuado no código civil, através das alterações nele intruduzidas pelo Decreto - lei nº496/77, que veio pôr termo a situações de tratamento diferenciado. Porém, este princípio não há-de prejudicar a consideração de específicas situações inerentes ao sexo feminino, a envolver particularidades de regime quanto à mulher,<sup>784</sup> que, porém, em regra, se traduzem na atribuição de direitos específicos da mulher, que mais não correspondem do que a uma diferente maneira de ser dos individuos do sexo feminino, sempre que ponderosas razões materiais o justifiquem.

---

783 Como assevera BIANCA ("*Diritto civile*", I, La norma giuridica, i soggetti, Milano, 1978, pág.182), "*il sesso rileva come primo segno di identificazione della persona nel contesto sociale (...) influenza ancora largamente la vita della persona e i suoi rapporti con l'ambiente*".

784 Normas constitucionais conexas com a maternidade: art.68º/3; com trabalho: art.59º/2, art.118º/1/a/b, da lei do contrato individual de trabalho; Lei 4/84, de 5 - 4; Decreto - lei nº136/85, de 3 - 5; Decreto - lei nº154/88 de 29 - 4; art.25º da Declaração Universal dos Direitos do Homem; art.10º do Pacto Internacinal sobre os Direitos Económicos, Sociais e culturais, etc.

Mas, assente, a igualdade formal e substancial da pessoa humana, sem distinção quanto ao sexo, parece evidente a relevância de um elemento subjectivo da identidade sexual: excluía a possibilidade de se configurarem situações favoráveis, em razão de pertença a um dos sexos, o interesse da pessoa a ver afirmada e reconhecida a própria identidade sexual, releva como interesse de natureza subjectiva. Ele mais não exprime do que a exigência da pessoa em viver na sociedade e na família na forma correspondente ao sexo, ao qual sente pertencer. O conceito de identidade sexual indica, destarte, não só o interesse público da atestação legal do sexo, mas também o interesse do sujeito à correspondência entre o "*paradigma corporal*", da determinação do sexo traduzido nas características físicas - sexuais, sumária e visualmente observados e o convencimento do sujeito de pertencer ao sexo oposto.

Assim, os interesses público e individual da identidade pessoal, na vertente da identidade sexual relevam no ordenamento jurídico, desde logo, face às hipóteses de erro material na feitura do assento de nascimento e aqueloutros de superveniente contradição seja entre o sexo morfológico - genital, inicialmente ambíguo, mas que se desenvolveu através da cirurgia adequada corporalmente, para um dos pólos, seja entre o sexo morfológico - genital, aparentemente indefenido, mas que se desenvolve, naturalmente ou cirurgicamente, no sentido do sexo oposto<sup>785</sup>; seja ainda nas hipóteses de transexualismo.

Problemático é pois a relação entre identidade pessoal (art.26º da CRP), em sentido, ainda hoje prevalentemente objectivo e identidade psíquica, onde a identidade sexual se revê.

Com efeito, a determinação do sexo do indivíduo, opera-se logo após o nascimento, com base no exame das características sexuais externas. Nesse momento, a actuação do "*paradigma corporal*" impede, atentos os hodiernos conhecimentos médicos, que se determine a

---

<sup>785</sup> Na realidade, a actual terapêutica para as crianças pseudo - hermofroditas, consiste na adaptação a um dos mais sexos, para que no futuro se atinga um harmonioso enquadramento sexual psicológico - social. Assim, na prática, a questão de, v.g., nos casos de pseudo - hermofroditismo, se determinar o sexo mais "*apropriado*" reconduz-se a uma questão de mera funcionalidade. A meta a alcançar não defende, assim, da estrutura do aparelho cromossómico, antes do aspecto dos genitais.



personalidade psíquica. Daí que o problema da divergência entre o sexo que se atestou e aquele, ao qual o indivíduo julga pertencer - hipóteses que ocorre na transexualidade, mas cuja existência se não exclui nalgumas hipóteses de ambiguidade sexual, posto o conceito de identidade do gênero é, como vimos, mais lato que o de transexualidade - só pode sugerir, necessariamente em fase sucessiva da vida da pessoa, ainda que na infância<sup>786</sup> se possa, desde logo despoletar.

O contraste entre o corpo e a mente, na transexualidade, impõe ao menos, que o Direito atribua relevo ao convencimento, sob condição de se criar, conquanto "*artificialmente*", uma correspondência entre o corpo e a mente.

Sem pretender discutir os diversos "*graus de aproximação*" ao outro sexo (obtidos por via hormonal ou cirúrgica), parece - nos que o Direito deve acabar tão só por renunciar parcialmente ao tradicional modelo, qual "*paradigma corporal*", da determinação do sexo: só atribui importância ao elemento subjectivo da identidade pessoal/sexual, acaso, após renovada determinação externo - objectal, fôr possível obter (visualmente) conclusão diversa, daquela que inicialmente, marcou a determinação objectiva do sexo do indivíduo.

Vale isto por significar que o modelo da determinação sexual objectiva nunca é postergado, dado que a decisão de que depende a mudança (legal) de sexo, apoia-se na subsistência de determinados caracteres sexuais externos (v.g., órgãos genitais, voz, pilosidade, seios, ...). Ainda que o Direito deseje relevar o irrefragável desejo de adequar o sexo psíquico - social aos dados corporais, não pode prescindir dos elementos objectivos da identidade sexual.

Na intersexualidade, maxime no pseudo - hermofroditismo, e nos casos de ambiguidade dos genitais, ocorre, já vimos, uma divergência entre o sexo biológico - morfológico - genital - hormonal, determinado no momento do nascimento e o sexo físico, resultante do normal

---

<sup>786</sup> Como ocorreu no caso de "*Van Osterwijk*", hipótese transexualismo homem - mulher, sentida desde os 5 anos de idade. Como informa AUGSTEIN ("*Zwei Jahre transsexuellengesetz*", in STAZ, 1983, pág.339 e ss.), nos dois primeiros anos de vigência da lei alemã verificou-se a existência de uma percentagem de 35% da casos de mudança legal de nome mulher - homem e de 30,5%, no que concerne a mudança simultânea de mudança de sexo e nome.

desenvolvimento da pessoa (por efeito de intervenção cirúrgica). No plano subjectivo topa-se uma divergência concernente ao sexo determinando quando do nascimento, que não em relação ao efectivo sexo físico. O hermafrodita (imperfeito) não se sente "*prisioneiro*" de um corpo "*falhado*", aspirando juridicamente à rectificação das menções registrais, concernentes ao sexo, não correspondentes ao sexo físico efectivo, adquirido superveniente e que contraria, por tal a determinação efectuada na altura do nascimento. Não se coloca, pois, um problema de relevo específico do elemento subjectivo da identidade, visto que não subsiste divergência entre o (real) sexo físico e aqueloutro psíquico.

É certo que uma efectiva relevância do "*convencimento*" da pessoa não é estranha à experiência histórica a este propósito recenseada e que decorria da doutrina canonística nas hipóteses de hermafroditismo perfeito. Neste caso, conquanto raro<sup>787</sup>, a Igreja impunha ao indivíduo o dever de optar, em definitivo por um dos dois sexos, seguido do juramento de jamais "*usar*" os órgãos de outro sexo, conseguindo-se, destarte, uma equiparação destes hermafroditos aos indivíduos do sexo que fosse eleito, alé de se remover a falta de capacidade para contrair casamento<sup>788</sup>.

Estas vicissitudes, ao cabo e ao resto, mais não desvelam do que a circunstância de, na história do pensamento jurídico não faltaram ocasiões em que remetia a determinação do sexo para o exercício de uma "*preferência*".

Os hodiernos ordenamentos, no que à transexualidade concerne oferecem uma variedade de posições, conquanto se note, em geral, menor tolerância. Com efeito, topam-se, seja ordenamentos que privilegiam soluções relativamente liberais, que prescindem de uma rectificação de índole jurisdicional, ao resolver a questão em termos de

---

<sup>787</sup> Porém possível, contrariamente à opinião daqueles juristas que frustradamente interpretam os conhecimentos médicos. Cfr., por exemplo, a exposição de PATTI, S./WILL, M., "*Mutamento di sesso, ...*", cit., pág.114.

<sup>788</sup> Cfr., D'AVACK, "*Identità di sesso ed hermafroditismo*", in Enc. Dir., XIX, Milano, 1970, pág.962. Vide, supra, nota nº476 §19.

procedimento administrativo, seja sistemas fiéis a uma fecunda criação judicial, ora ordenamentos que revelam um acentuado interesse do Estado, em termos de intervirem legislativamente, ou fazerem defender a intervenção cirurgica de autorização judicial<sup>789</sup>.

Não interessa tanto individualizar as consequências extremamente relevantes, emergentes da mudança legal de sexo, quanto verificar quais as condições que o Direito coloca, para que o interesse do sujeito adquirirá relevância Jurídica, isto é, de que condições depende a identidade sexual no plano subjectivo, no quadro de um "*paradigma corporal*" renovado.

Em primeiro lugar, não é ocioso recordar, a tradicional opinião, segundo a qual o "*status*" da pessoa humana vem imperativamente determinado, também por causa do sexo assinalado<sup>790</sup>.

Em segundo lugar caberá, desde já, afastar aquelas teses que assinalam a contradição entre o desejo da pessoa, mormente do transsexual, com os "*desígnios de Deus ou da Natureza*"<sup>791</sup>.

A argumentação deve secularizar-se e, desde logo, mover-se, no quadro da constituição. Não falta parece, na CRP, uma disposição semelhante à previsão da "*Grundgesetz*" sobre a "*Entfaltung der Persönlichkeit*" (art.2º da G.G.) - cfr., arts.1º e 2º, da CRP. - e bem assim aquela que resulta do artigo 70º, elevado à dignidade de direito fundamental fora do catálogo<sup>792 793</sup>.

---

<sup>789</sup> Cfr., supra, §20 e ss.

<sup>790</sup> Sem prejuízo de não reconduzirmos, como se verá, o sexo ao conceito de "*status*". Assim, também FERRI, L., "*Atti dello stato civile*", in comentário del codice civile, org.por SCIALOJA e BRANCA, I (Persone e famiglia), arts.449 - 455, Bologna - Roma, 1973, pág.133; RESCIGNO, P., "*Manuale del diritto privato italiano*", Napoli, 1982, pág.151, para quem o "*status*" é um "*expediente lógico e strumento pratico disponibile per creare o mantenere diseguaglianze che versano in situazione di naturale o sociale inferiorità, come i minore e la donne ...*"; ainda dubitativamente CARNELUTTI, F., "*Rettificazione, ...*", cit., pág.492.

<sup>791</sup> Cfr., FERRI, L., "*Atti dello stato, ...*", cit., pág.128.

<sup>792</sup> Cfr., ANDRADE, J.C.V., de "*os direitos fundamentais, ...*", cit., pág.87

Não é aqui o lugar próprio para recensear o itinerário discursivo que, desse modo conduz à superação da concepção dos direitos fundamentais como "*categoria fechada*", no sentido de uma "*via pluralista*". De qualquer modo, quer seja enquanto direito geral de personalidade, ora identidade pessoal, entendida como identidade sexual, ora ainda, simplesmente, direito à identidade como identidade sexual, ora ainda, simplesmente, direito a identidade sexual, o certo é que os aspectos da personalidade atinentes à identidade sexual assumem relevo constitucional<sup>794</sup>. Descortina-se, pois, a consciência do jaez dos

---

<sup>793</sup> Que, talqualmente vimos ocorrer com o dir. fundamental à saúde, é transposto para o plano das relações indivíduo - Estado, campo, aliás específico de aplicação dos direitos fundamentais. Cfr., ANDRADE, J.C.V., de "*Os direitos fundamentais, ...*", cit., pág.87 - 88.

<sup>794</sup> Sobre o mérito da tutela das modificações voluntárias do sexo à luz da constituição italiana, maxime, art.3º/2, cfr., CHERUBINI, "*Atti di disposizione del proprio corpo*", in tutela della salute e diritto, privato, cit., pág.87 e ss.; PATTI, S./WILL, M., "*Mutamento di sesso, ...*", cit., pág.117 - 118.; BAVETTA, "*Identità (diritto alla)*", in Enc. Diritto, XIX, Milano, 1970, pág.955 - 956, 993 e ss.; ARCESE, G., "*Riflessione sulla autonomia del (diritto alla identità personale)*", in Rassegna de Diritti civile, 1985, pág.245. Pese embora CANOTILHO, G./MOREIRA, V., ("*constituição Anotada*", vol.I, cit., pág.194) afirmem que "*problemático é saber se o direito à identidade pessoal consiste apenas no direito de conservar e proteger ou também no direito de mudar de identidade (caso de mudança de sexo)*", conceda - se que, entre nós, sempre se colocará a questão de este específico direito fundamental não vir literalmente plasmado no arrazoado constitucional. Todavia, pode entender-se que nos quedamos perante o que se designa por uma lacuna constitucional autónoma (CANOTILHO, G., "*Direito Constitucional*", cit., pág.250 e ss., ou seja, a constituição não parece ter previsto o direito à identidade sexual, porém, a sua existência pode inferir-se da regulamentação do direito à identidade pessoal, pois sempre haveria um círculo de "*semelhança ou similitude*", que plasma uma coincidência axiológicamente significativa entre a identidade pessoal e a identidade sexual, nos aspectos determinantes da valoração jurídica actualizada do legislador constitucional. Se assim não se entender, sempre se poderá afirmar que o direito à identidade sexual é uma sub - espécie ou elemento do direito à identidade pessoal fazendo-se tão só aqui, uma interpretação declaretiva.

No sentido de que esta problemática se deva reconduzir à liberdade e autodeterminação individual, cfr., ROBERT, "*Rapport sur le corps humain et la liberté idividuelle en droit français*", in Le corps humain et le droit, travaux de l'association H. capitant, t.26, Paris, 1977, pág.463. Daí que,

interesses em causa, mormente nas hipóteses de simples "erro material", na declaração de nascimento, ou na feitura do respectivo assento, a transcenderem arbitrários desejos do indivíduo e, assim, a exprimirem momentos essenciais da realidade e do destino da pessoa<sup>795</sup>.

Prova da necessidade de indagar a nível constitucional estoutro fundamento da mudança de sexo, foram as vicissitudes ocorridas, na opinião pública e no mundo jurídico da, então R.F.A., e sobretudo, no tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Pode, neste sentido, recordar-se que o tribunal constitucional alemão, já anteriormente à "transsexuellengesetz", julgara inconstitucionais os dispositivos sobre a rectificação dos actos concernentes ao registo do estado civil das pessoas, por ofensa ao artigo 2º da "Grundgesetz", que consigna o direito ao livre desenvolvimento da personalidade<sup>796</sup>. Além de que se pode esgrimir com o artigo 8º da convenção Europeia dos Direitos do Homem, sobre o direito à intimidade da vida privada, o que tem servido de arrimo para alguns individualizarem textualmente a possibilidade de tutelar as exigências da mudança legal de sexo, nos casos de transexualidade<sup>797</sup>.

Com efeito, falar do livre desenvolvimento da personalidade, implica necessariamente exornar dos quadros objectivos do "paradigma

---

a transexualidade já tenha sido analisada à luz do problema das "manipulações" relativas ao respeito pela vida. Cfr., RENOARD, "Les droits de l'homme devant les manipulations de la vie et de la mort", in Rev. DP, 1981, pág.430 e ss.

<sup>795</sup> Cfr., BARTOLE, "transexualismo e diritti inviolabili dell'uomo", in Giurisprudenza costituzionale, 1979, I, pág.1184, que põe em relevo "l'anomalia della posizione assunta dalla nostra corte costituzionale che, da um lato, ammette l'esigenza di una specifica normativa di tutela dei transessuale e, dall'altro nega a costoro un diritto all'identità sessuale ricavabile dall'art.2º cost., che esplicitamente riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo".

<sup>796</sup> BVERFG, de 11 - 10 - 1978, in BVerfGE, 49, pág.286; in NJW, 1979, pág.595;For. ital., 1979, IV, c, pág.272 e ss.

<sup>797</sup> Cfr., PATTI, S./WILL, M., "La giurisprudenza italiana e ... l'Europa", cit., pág.1224 e ss.

*corporal*" da identidade sexual, vale dizer, atribuir relevo ao aspecto subjectivo. O ordenamento jurídico não pode, de facto, quedar-se insensivelmente ao "*modus vivendi*" societário e familiar, na conformação dos interesses - colectivos e individuais - eventualmente conflituantes, à luz destoutra exigência fundamental. Tanto mais que, nos casos em exame, não se trata tanto de ir ao arrimo de um arbitrário desejo, quanto de uma decisão emergente de uma situação objectiva da pessoa, unitariamente considerada.

Um regime jurídico que decorre dos pertinentes princípios constitucionais não pode deixar de atribuir relevância, ainda que decisiva, ao convencimento da pessoa. Neste sentido não andou, totalmente, a lei italiana sobre mudança de sexo, nos casos de transexualidade e, quanto a nós, também de intersexualidade, ao atribuir importância indirecta ao convencimento da pessoa pertencer a um determinado sexo. Mais precisa, afigura-se, no entanto, a "*transsexuellengesetz*" ao prever um "*período de prova*" (§1, B, da "*TSG*"), com a finalidade de verificar a estabilidade do convencimento. Daí que, só após a decorrência dessa duração é possível encetar as ultteriores etapas, para a consecução do fim desejado. Mais não se visa do que proteger a pessoa de decisões irreflectidas ou pouco ponderadas<sup>798</sup> e bem assim "*conter*" a repercussão numérica da recurso à via jurisdicional, maxime nos casos de transexualismo. O mesmo se diga da declaração de inconstitucionalidade do §8/1 da "*TSG*", ao exigir a idade mínima de 25 anos, para a obtenção da rectificação do nome e do sexo nos registos do estado civil, ora também a demonstrar a prevalência do interesse individual à própria identidade sexual, em relação a qualquer exigência sistémico - funcional, vagamente definida<sup>799</sup>.

---

<sup>798</sup> Sobre a relevância do conhecimento da pessoa, maxime, nos casos de transexualismo, Cfr., LINOSSIER, "*Le transsexualisme: esquisse pour un profil culturel et juridique*", in *Recueil Dalloz*, 1981, ch, pág.139 e ss.

<sup>799</sup> Note-se que a estipulação inicial do limite mínimo de 25 anos na "*TSG*" visou tão só seguir o regime da lei de castração de 1969. No entanto, hodiernamente, a situação é a inversa, no sentido de colmatar, nos trabalhos preparatórios de reforma destoutra, a grave discrepância que se lhe

Até porque, se num primeiro momento a "*corte costituzionale*" declarou que o direito à identidade sexual era alheio aos direitos invioláveis do homem, na medida em que uma coisa era a "*liberdade de agir*", qualquer que fosse o "*estado civil*", outra era a conformação do direito à multiplicidade dos "*estados de alma*", mantendo destarte, inalterado o "*paradigma corporal*", isto é, sustentando, no fundo, que não existiriam outros mecanismos de identificação/identidade sexual normativa, que não passassem pela dependência do sexo e da sexualidade dos dados corporais<sup>800</sup>, posteriormente, num segundo exame (sentença de 24 - 5 - 1985, nº161), já à luz da lei italiana de 1982, sobre mudança de sexo, descortina a exigência do acolhimento legal de um novo e diferente conceito de identidade sexual, dada a relevância atribuída aos caracteres sexuais psicológicos e sociais.

Quer-se com isto, simultaneamente, afirmar uma concepção de sexo e sexualidade como elemento e função complexivos da personalidade, determinados por um conjunto ou análise de factores, que não podem passar, para o desenvolvimento harmonioso da personalidade, sem a necessidade de manutenção, conservação ou repristinação de um constante equilíbrio, ao longo da vida de relação do sujeito e negar a tese, tradicionalmente agitada e, no entretanto, desmentida pela medicina<sup>801</sup> de que a identidade sexual seja tão só,

---

assinala, face ao regime das intervenções cirúrgicas de mudança de sexo, nos casos de transexualidade, mormente quanto a falta de previsão da idade mínima. Cfr., SCHÖNKE/SCHRORDER/ESER, "*Strafgesetzbuch*", §223, STGB, n. marg.64.

<sup>800</sup> Sentença de 1 - 8 - 1979, nº98, in For. ital., 1979/1, pág.199 e ss; Cfr., entre outros, DOGLIOTTI, M., "*L'identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionale*", in Giur. ital., 1981, pág.23 e ss. O que correspondeu, ao tempo, ao comprometimento, de todo um processo global de identificação sexual normativa. Polivalência erótica, intensidade libidinal, isto é, toda a variagada espécie de alternativas de libertação sexual, experimentadas na prática psicanalítica, psicológica e sociológica, eram, destarte, potencialmente neutralizadas, no futurum, pelo Direito.

<sup>801</sup> Cfr., entre outros, SCHWARZENBERG, C./SCHWARZENBERG, T.L., "*Spunti medico - legali in tema di volontaria modificazioni dei caratteri sessuali esterni e di psico - sessualità*", in Dir. Fam. Pers., 1973, pág.564 e ss; LORE/MARTINI, "*Aspetti e problemi medico*

também juridicamente, determinada pela conformação dos órgãos genitais, sendo, por tal, irrelevante a finalidade terapêutica que a medicina adscribe às intervenções médico - cirúrgicas, nos genitais, nos casos de intersexualidade e transexualidade.

O que vai dito tange, no fundo, à valoração jurídica concernente ao relevo dos elementos subjectivos e aspirações da pessoa, para efeitos de construção de um "*paradigma corporal*" renovado pela necessidade de considerar, ora no Direito, os elementos subjectivos da identidade sexual, os quais numa sociedade pluralista mais não implicam do que a relevância e tutela, por parte do Direito daquilo que o sujeito é e sente que é<sup>802</sup>.

---

- *legali del transsexualismo*", Milano, 1984, pág.35 e ss; WISE, "*transsexualism: A clininal Approach to Gender Dysphoria*", in *Medical trial technique Quarterly*, 1983, pág.167 e ss.

802 Parece, pois, difícil excluir do catálogo material dos direitos fundamentais o direito à identidade sexual, na medida em que o desenvolvimento da sexualidade, nas formas e conotações em que se pode rever, é momento essencial do desenvolvimento da pessoa humana. Neste sentido, cfr., por exemplo, BARTOLE, "*transsexualismo e diritti inviolabili dell'uomo*", cit., pág.1193; WILL, M., "*Geburt eines Menschenrechts - Geschlechtsidentität im europäischen Recht*", in *Gedächtnisschrift für L. constantinesco*, Köln - Berlin - Bonn - München, 1983, pág.911 e ss; BIANCA, "*Diritto civile*", I, cit., pág.183; CHERUBINI, "*tutela della salute e cosiddetti atti di disposizioni del proprio corpo*", in *tutela della salute*, cit., pág.87; D'ADDINO SERRAVALLE, "*Mutamento volontario di sesso e azione di rettificazione*", in *Rassegna di Diritto civile*, 1980, pág.220; GARRUTTI/MACIOCE, "*Il diritto alla identità sessuale*", in *Riv. DC*, 1981, I, pág.273 e ss; PATTI, SJWILL, M., "*Mutamento di sesso, ...*", cit., pág.122. Este aspecto da integridade, enquanto sub - espécie do direito à identidade pessoal é ainda abordado por DE CUPIS ("*I diritti della personalità*", cit., pág.414 e ss.) numa via meramente garantística, na medida em que o define como "*il diritto ad apparire esternamente uguale a se stesso, in relazione alla realtà (o sublinhado é nosso) del proprio sesso, maschile o femminile: il diritto, vale a dire, all'esato riconoscimento del proprio sesso reale, anzitutto nella documentazione contenuta nei registri dello stato civile*".

Na jurisprudência italiana, pode ver-se, a este propósito, sentença do "*tribunale*" de Milano, de 2 - 4 - 1974, in *Diritto di Famiglia e delle persone*, 1975, pág.1400, com nota de PUGLIS ("*Atti dispositivi del proprio corpo e consenso del l'avente deritto*"); do "*tribunale*" de Lucca, de 17 - 4 - 1972, in *Giur. ital.*, 1973, in *Giur. ital.*, 1973, I, 2, c, pág.374, com comentário de POGGI ("*Mutamento di sesso e domanda di rettificazione*"); "*tribunale*" de Napoli, de 9 - 11 - 1977, in *Dir.*



Com efeito, tradicionalmente assinala-se que, cada pessoa tem o interesse de ser representada, na vida de relação, com a sua verdadeira identidade, de acordo com critérios de normal diligência e boa - fé. Subsiste, assim, um interesse a não ver a sua externalização alterada, ofuscada ou falsificada, em termos de património intelectual, social, religioso, político, ideológico, profissional, ...<sup>803</sup>. Emerge, deste modo, a notável extensão a protecção da identidade pessoal, sempre que a pessoa seja infielmente representada, com a atribuição de caracteres, qualidades ou aspectos inexistentes ou diversos do real, ou ainda com a omissão de elementos intrínsecos à própria pessoa. Não revela tanto que a deformação atinga a honra, o decoro, ou outro direito pessoal (v.g., imagem). A identidade do sujeito caracteriza-se pela consideração de uma vertente interna, enquanto intrínseca qualidade do sujeito, e externa, como afirmação dessa qualidade na vida de relação<sup>804</sup>. O direito à identidade pessoal é, pois, o "*direito a ser sí próprio*", seja em absoluto, seja, em relação aos seus semelhantes, isto é, o direito de distinguir-se e ser distinto de todos os outros. A identidade é, pois, noção diversa dos singulares elementos diversos que concorrem à sua individualização (v.g., nome, pseudónimo, sexo, ...), na medida em que representa o complexo das peculiares características da personalidade da pessoa, correspondendo ao interesse em assegurar a fiel representação da pessoa. Identidade pessoal não se confunde com personalidade, mas é uma qualidade sem a qual se obteria uma

---

Fam. Pers., 1978, pág.540 e ss; cfr., ainda, CARUSO, "*Il cambiamento di sesso: orientamenti giurisprudenziali e dottrinali*", *ivi*, 1978, pág.692 e ss.

<sup>803</sup> Cfr., LETO, A.P., "*Il diritto ad essere se stessi*", in *Dir. Fam.Pers.*, 1990/2, pág.601 e ss.

<sup>804</sup> Cfr., BAVETTA, G., "*Identità (diritto alla)*", in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, pág.953 e ss; FIGNONE, A., "*Il diritto alla identità personale recente elaborazione di dottrina e giurisprudenza. A proposito degli atti di un recente convegno*", in *Responsabilità civile e previdenza*, 1980, pág.763; *ibidem*. "*Il diritto all'identità personale: spunti e riflessioni critich*", in *Giurisprudenza di merito*, 1982, I, pág.551; GIACOBBE, G., "*L'identità personale tra doutrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela*", in *Riv. TDPC*, 1983, pág.810 e ss; DE CUPIS, A., "*La verità nel diritto*", in *For. ital.*, 1952, IV, c, pág.223.

"*realidade fictícia*"<sup>805</sup>. Falar de identidade pessoal é colocar o acento tónico, também, sobre a situação social de ser si próprio, isto é, a tutela da identidade pessoal corresponde à necessidade de proteger o interesse da pessoa em ser conhecido e respeitado pelos outros por aquilo que realmente é e com todas as características, que individualizam a personalidade, sexo incluído, a qual, destarte, se solidifica na vida de relação. É, pois, importante e relevante que cada um possa sentir-se uma "*pessoa*" de entre os demais. Daqui a pretensão que a essência do "*eu*" não seja deformada por facto de terceiros, mediante uma representação inidónea. Não curamos aqui do direito à intimidade da vida privada, também relevante no problema da mudança de sexo, que tão só visa preservar as vivências pessoais, contanto que não configurem, em relação a terceiros a emergência de um interesse socialmente relevante. Existe uma dupla protecção: a tutela da verdade pessoal e contra a verdade pessoal; a primeira é atinente à identidade pessoal; a segunda protege o interesse subjacente à intimidade da vida privada, a não representação de si próprio.

Ora, é, necessário afirmar que, se é verdade que identificar uma pessoa significa a possibilidade de reter os caracteres que a contradistinguem de outra de outra, também é certo que a identidade decorre da exigência de se dever afirmar a intrínseca qualidade do sujeito, na vida de relação, para o que é necessário pressupôr uma complexa valoração dos valores espirituais e do sentir próprios. Não basta, por isso tão só conservar e proteger a identidade pessoal. Por isso que esta é igualmente a protecção promoção da pessoa na alteralidade. Não já, sómente, e somatório dos "*sinais distintivos*", que se referem ao individuo - já que aí, então, o não reconhecimento da mudança legal de sexo poderia representar a protecção de uma imutável identidade, materializada no clássico "*paradigma corporal*" da identificação sexual - mas também aquele "*quid*" juridicamente relevante, que assegura a determinação e descoberta da pessoa, com todos os seus atributos, qualidades e factos. Pessoa que transporta e fabrica ideias e

---

<sup>805</sup> BAVETTA, "*Identità, ...*", cit., pág.955 - 956. De facto, na génese do direito à identidade pessoal, encontra-se, o direito ao bom nome e reputação, o direito à imagem. Cfr., GIACOBBE, G., "*L'identità personale, ...*", cit., pág.842 e ss.

pensamentos que se corporizam em comportamentos e acções. Identidade significa história individual; origem da pessoa e a sua actualidade: O "ser só" perante os outros e simultaneamente pertencer a um grupo. Sincronia e diacronia enformam o discurso da identidade pessoal/ sexual, em termos de catapultar um novo "*paradigma corporal*". É que o discurso da identidade pessoal/sexual é bem mais complexo do que a simples consideração de que alguém é do sexo, v.g., masculino, sómente porque assim foi declarado e inscrito (ou transcrito) no seu assento de nascimento. De sorte, que a identidade sexual das pessoas, por vezes, só é assegurada se fôr representada de maneira fiel à "*realidade actualista*". Vale isto dizer que a infiel representação e da sua verdade histórico - individual, faz brotar o direito de o sujeito ver cessado o "*facto lesivo*" (ou melhor, ultrapassada omissão lesiva da personalidade), com o comitante (res)tabelecimento da complexidade, passe a metáfora, poder invocar o artigo 70º/2, do Cciv 66, por forma a requerer as "*providências adequadas*" às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação de mal maior: a auto - mutilação ou o suicídio, nas hipóteses latas de "*disfunção do género*", mais relevantes em sede de transexualismo.

O direito à identidade sexual - que não encontra, como se viu, expresso ou literal acolhimento na constituição ou no código civil - pode ser, por isso, avocado, através de um mecanismo interpretativo - integrativo da constituição, por forma a desvelar a sua capacidade de se adequar às solicitações de uma sociedade em rápida transformação, na qual devem assumir relevo jurídico as emergentes instâncias de garantia e protecção de direitos paulatinamente mais relevantes<sup>806</sup>. Com efeito,

---

<sup>806</sup> Importa, por isso, defender a existência de certos direitos, cuja necessidade de satisfação impõe a sua realização concreta, vale dizer, ter o direito à saúde ou à identidade sexual, e ter uma necessidade, cuja satisfação é exigida pelas normas do ordenamento jurídico, superando-se, destarte, o impasse das teorias voluntaristas, cuja idoneidade irradiante se fica pelos direitos subjectivos de crédito. Cfr., a útil illuminação utilitarista de MACCORMICK, "*Legal Rights and Social Democracy*", Oxford, 1982, pág.123 e ss. e jurídico - formal de SCHAPP ("*Das subjektive Rech im Process der Rechtsgewinnung*", 1977, pág.90. O problema consiste, pois, em configurar certos direitos cujo reconhecimento como válidos vai sendo exigido por um conjunto de normas dominantes, v.g., constituição ou por princípios éticos, em termos de garantir de que onde existe um direito se deva

na consciência axiológica - jurídica recebida e actualizada constituição e na aplicação do Direito aos casos da vida, é crescente a importância da sexualidade como aspecto essencial da personalidade. É o próprio artigo 70º/1, do Cciv66, elevado, como se viu a categoria de direito fundamental, por força do artigo 17º da CRP e o artigo 1º, ibidem, que reconhece a inviolabilidade dos direitos do homem e o pleno desenvolvimento da sua personalidade, a par do reconhecimento do

---

estabelecer o dever correspondente e a forma de o exigir, com o que vai implícito descortinar posições normativas básicas a que se deve atribuir jaez de direito subjectivo. Este não é só o "*Poder conferido e assegurado pelo Direito objectivo de realização de um interesse mediante uma vontade que o exerça*" (PAULO CUNHA, ajud. CORDEIRO, M., "*teoria geral ...*", cit., pág.198, nota 22) "*ou o poder concedido pela ordem jurídica para a tutela de um interesse ou de um núcleo de interesses de uma ou mais pessoas ...*" (MENDES, C., "*teoria geral, ...*", cit., Vol.I, pág.325); ou o "*interesse juridicamente garantido mediante o reconhecimento da vontade que o representa*" (MOREIRA, G., "*Instituições, ...*", Vol.I, pág.4; seja, a faculdade de cada um de nós tem, de, em harmonia com a lei, gozar e exigir dos outros o respeito de certos interesses (...) ou o poder concreto de exigir, também das outras o respeito das situações jurídicas (...) (MONCADA, C., "*Lições, ...*", cit., Vol.I, pág.62); ou, "*a faculdade ou o poder atribuído pela ordem jurídica a uma pessoa de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo (fazer) ou negativo (não fazer), ...*" (ANDRADE, M., de, "*teoria geral, ...*", cit. Vol.I, pág.3; ou "*o poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender um comportamento positivo (acção) ou negativo (omissão), ou, de por um acto de li-re vontade, só de per si ou integrado por um acto de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõe a outra pessoa"; (PINTO, M., "*teoria geral, ...*", cit., pág.169) ou a "*situação de poder a que estruturalmente se reduz a situação de prevalência de um interesse sobre outro que foi conseguida na composição dos interesses (...) instrumento da autonomia pessoal e mecanismo de tutela dessa autonomia*" (CARVALHO, O., "*teoria geral, ...*", cit., pág.33 e ss e 14) ou "*a permissão normativa específica de aproveitamento de um bem*" (CORDEIRO, M., "*teoria do geral, ...*", cit., pág.223).*

Com efeito, o direito subjectivo pode também ser uma posição normativa básica do sujeito a um acto (facto/jurídico) positivo dos poderes públicos, fundamento imediato para uma norma individual de decisão, transpondo-se, neste caso, o direito subjectivo, enquanto de personalidade, para o plano jurídico - constitucional, como direito fundamental (v.g., à saúde). O direito subjectivo não é, assim, tão só um expediente técnico jurídico (como bem mostra CARVALHO, O., "*teoria geral, ...*", cit., pág.33 e ss., mas também se lhe assinala um nível significativo -ideológico (v.g., dignidade, igualdade, liberdade), de participação, responsabilidade e cooperação, onde não faltará, bastas vezes a subordinação ao interesse colectivo.

"*poder de autodeterminação*" do indivíduo em ordem à consecução, responsabilizante, dos seus objectivos e finalidade, proficiado por um ordenamento jurídico - constitucional personalista<sup>807</sup>.

Ora, hodiernamente, a garantia constitucional fornecida pelo cardápio dos direitos fundamentais, maxime, na matriz comum do direito à inviolabilidade da pessoa humana (artigo 1º da CRP), não pode ir dissociada da tutela da identidade sexual, seja em atenção aos "*caracteres corporais originários*", seja após a superveniente modificação dos mesmos, de forma a adaptá-los, através de índices de cognoscibilidade também corporais, a uma complexiva evolução do sexo e da sexualidade, que, por vezes tende a contrariar os dados daquelo outro. Daí é que deriva a consideração de que o sexo reveste valor constitucionalmente relevante, enquanto momento do devir da personalidade, no qual se reúnem elementos vários, de entre os quais assume protagonismo particularmente relevante a orientação sexual psico - comportamental. Logo, a identificação - identidade sexual encontra-se em estreita conexão com o "*desenvolvimento relacional*" da pessoa<sup>808</sup>.

Ora, daqui resulta que, se, esta "*posição jurídica subjectiva de vantagem*", quadra em absoluto às hipóteses de erro ou deficiência da declaração de nascimento ou do respectivo assento, no tocante às

---

807 VIEIRA DE ANDRADE e JORGE MIRANDA, defendem que, entre nós, em matéria de direitos fundamentais se consagrou a concepção antropológica do humanismo ocidental - humanismo não marxista - que não uma concepção funcionalizante, como seja a matriz que o antigo artigo 50º da CRP conferia, ao considerar que apropriação colectiva dos meios de produção e a gestão colectiva da economia seriam condições materiais indispensáveis ao exercício dos direitos. CANOTILHO opta, agora, por uma multifuncionalidade aos direitos fundamentais, de maneira a captar cada um dos aspectos por que se analisam as várias teorias sobre direitos fundamentais. Cfr., CANOTILHO, G., "*Direito Constitucional*", cit., pág.539 e ss.; ANDRADE, J.C.W., "*Direitos Fundamentais, ...*", cit., pág.99 - 100.

808 Cfr., PIZZORUSSO, A., "*I profili costituzionali di un nuovo diritto della persone: il diritto alla identità personale*", Padova, 1981, pág.31, que fala, neste sentido da importância da constituição cultural. Igualmente a comissão Europeia dos Direitos do Homem já definiu a "*identité sexuelle*", como um elemento determinante da personalidade, no caso Van Oosterwijk

menções relativas ao sexo - além do interesse público da coincidência da verdade registral com a verdade material - a mesma já não pode explicar, totalmente, ou servir de arrimo à mudança legal de sexo, nos casos de intersexualidade, maxime, de transexualidade. É necessário que já nesta sede intervenha um critério médico de dilucidação e imputação de força normativa irradiante ao direito à saúde, pois que, aí onde está em causa um interesse terapêutico - que é também um interesse colectivo<sup>809</sup> - é porque se pretende prossecutir o pleno desenvolvimento da personalidade do homem. Só que, é aí que haveremos de enquadrar o espaço reservado à liberdade e autodeterminação pessoal. É assim o particular juízo de exigência e necessidade, formulando na base da ordem pública constitucional, realizado autónoma e sucessivamente pelo médico e pelo juiz, que verifica se a mudança - por força da intervenção médico - cirurgica ocorrida - efectuada e o ulterior pedido de reconhecimento jurídico e consequente rectificação nos instrumentos do registo do estado civil das pessoas, quadra a tutela dos meios civil e constitucionalmente adequados à promoção da personalidade.

---

<sup>809</sup> Lembre-se a distinção que fizemos, na situação jurídica complexa de vantagem do direito fundamental à saúde, entre direito à saúde e tutela da saúde.

## 29. O critério médico. O juiz e o médico

Sempre que se tange o problema do raciocínio médico, é fácil descortinar que os próprios médicos ao partirem do princípio de que os casos de mudança de sexo, atinentes à transexualidade e bem assim, ainda em que menor grau à intersexualidade, transportam múltiplas e importantes considerações de natureza psicológica, de admissibilidade legal<sup>810</sup>. Porém, talvez porque reconheçam a sua falta de competência nesse âmbito<sup>811</sup>, afirmam, no entretanto que o seu dever é tão só o de interferirem sobre o aspecto biológico - clínico de tal problemática, apartando-se, por outro lado, dos aspectos de jaez normativo e social.

A mudança de sexo, nos casos atrás assinalados comporta, "*prima facie*", um procedimento terapêutico, mediante o qual, ou se "*clarifica*" cirurgica e/ou psicologicamente uma situação corporal ambígua, ou se transforma o corpo, em termos de, fenotipicamente, o adequar a uma nova redefinição de um compósito sexual evolutivo.

Esta impositação é relevante, pois que, no momento em que as intervenções médico - cirúrgicas (voluntárias) se erigem a procedimento terapêutico, ao menos, abandona-se o plano descritivo, para afirmar uma precisa solução normativa.

Na realidade, na sociedade hodierna é corrente a ideia de que a medicina oferece o acesso definitivo à saúde<sup>812</sup> e daí, de um ponto de vista social existe um dever normal de debelar a doença, devendo assim reconhecer-se um "*dever prima facie*" de intervir em conformidade. A intensidade desse dever poderá, é certo ser discutida, porém, é difícil

---

<sup>810</sup> Também no caso paralelo da procriação assistida, cfr., PASETTO, N., "*Aspetti biologici e clinici della fecondazione artificiale*", in *Fecondazione artificiale e Embryotransfer*, org. por G.E. ZUANASSI, Verona, 1986, pág.50.

<sup>811</sup> Não tanto assim, em MERCADER, P., "*Le paradoxe transsexuelle*", cit., ao analisar os problemas comportamentais, emergentes de uma preocupação psico - clínica.

<sup>812</sup> Cfr., WRIGHT, W., "*the social Logic of health*", Rutgers University Press, New Brunswick, 1982, pág.XII.

negar uma presunção nesse sentido e, em qualquer caso o "*onus probandi*" recai sobre quem pretenda negar o acesso a tal procedimento. Antes de mais, se o direito à saúde deve ser considerado um direito fundamental da pessoa humana e se a intervenção médico - cirúrgica de "*adequação sexual*" é um "*procedimento terapêutico*", então, o problema ético - normativo estaria resolvido, a partir do momento em que é difícil crer que se hipozissassem razões opostas tão fortes, de maneira a negar o recurso a uma "*terapia*". Portanto, não só a forma como se coloca a reflexão médica não é "*inocente*" ou "*neutral*", como também já fornece uma solução ao problema. Resta, no entanto, precisar o conceito de "*terapia*" (ou "*cura*") e as correspondentes noções de "*doença*" e "*saúde*", isto é, a precisar com algum rigor aquilo que é o âmbito médico em sentido próprio.

Como é sabido, a discussão é, nesta sede, inabarcável, para implicar tão só a indicação de alguns pontos úteis<sup>813</sup>.

Em primeiro lugar, deve ter-se presente que nem tudo o que é indesejável e/ou doloroso é, de per se, "*doença*" e, vice - versa, nem tudo o que é desejável e/ou estado de bem - estar, constitui um "*estado de saúde*". Por exemplo, em certas circunstâncias (v.g., quando se deva concluir uma tese até um determinado prazo peremptório) é indesejável, por vezes, que a pessoa deva comer ou dormir com uma regularidade infalível, e nem por isso pode ser rotulado de doença ou estado doentio. Ao invés, ser bem sucedido, v.g., na lotaria ou no totoloto, representa um estado de bem - estar, mas exclui-se que possa tal circunstância ser considerada terapêutica.

Em segundo lugar, a doença só pode ser predicada ou incidir sobre um organismo determinado ou, sobre partes do mesmo, enquanto "*dado da natureza*". Só de organismo individualizáveis se pode afirmar

---

<sup>813</sup> Cfr., para mais desenvolvimento, "*concepts of Health and Disease. Interdisciplinary perspectives*", org. por A.L. CAPLAN, H.T. ENGELHARDT e J.J. McCARTNEY, Reading, MASSACHUSSETS, 1981; "*contemporary Issues in Bioethics. Second Edition*", org. por T.L. BEAUCHAMP e L. WALTERS, Belmont, California, 1982; BORSE, C., "*concepts of Health*", in *Health care Ethics. An Introduction*, org. por D.Van De VEER e T.REGAN, temple University Press, Philadelphia, 1987, pág.359 e ss.; ENGELHARD, T.H., "*Health and Disease: Philosophical Perspectives*", in *Encyclopedia of Bioethics*, pág.599 e ss.



que são doentes, o que exclui as pessoas colectivas e conjuntos de pessoas físicas<sup>814</sup>.

A transexualidade e a intersexualidade podem, "*hoc sensu*" ser consideradas como doenças na medida em que possam comportar um defeito ou uma conformação patológica dos genitais ou um sofrimento de uma identidade do género oposta aos genitais. Assim serão terapêuticas todas as intervenções que tendem seja a repristinar ou a fazer funcionar os caracteres sexuais disfuncionais, na intersexualidade, ou a restabelecer o equilíbrio sexual psíquico - físico. Tais repristinações podem efectuar-se, ora com intervenções meramente "defensivas", reparatórias, ora substitutivas. Porém, já o critério determinante da terapêuticidade de uma intervenção é fornecido pelo tipo de efeito que produz e sobretudo, onde incide esse efeito. Assim, para que seja terapêutico, o efeito da intervenção deve depender do alcance de um estado de bem - estar do indivíduo além de que é necessário que esse efeito se repercuta minimamente sobre o

---

<sup>814</sup> Sem olvidar a disputa que intercorre entre o normativismo e o naturalismo médico. No primeiro, o conceito de doença opera não só para efeitos de descrição, antes para incentivar e propiciar a acção curativa. Indica que um estado de coisas é indesejável e, por isso, deve ser superado. É um conceito que, destarte, incorpora critérios valorativos, ao indicar que certos estados físico - psíquicos são desejáveis ou não. Além de que, delinea e estabelece o papel social do médico e do doente, conectando-o com uma rede de direitos e deveres. Cfr., ENGELHART, T.H., "*The concepts of Health and Disease*", in *concepts of Health and Disease*, cit., pág.33. No fundo, o diagnóstico há-de incorporar, em si, um dever de curar.

No segundo, pese embora se reconheça que a cura possa ou deva ser considerada ainda de um ponto de vista moral ou valorativo e que a doença deva ser debelada, nega-se que a estrita noção de doença importe um juízo intrinsecamente valorativo ou moral. Tende assim a evitar aquilo que designa por confusão entre o "*uso teórico*" e o "*uso prático*" dos conceitos de saúde e doença, salientando um conceito a-valorativo enquanto referente de questões puramente biológicas de "*anormalidade*" e/ou patologia, noções que, de per se, não implicam um dever de curar. Uma coisa é dizer que uma pessoa está doente, coisa diversa é estabelecer um dever moral de cura. É que, há quem entenda que sem uma clara noção naturalista de saúde, a medicina pode correr o risco de se transformar num conjunto de artificios técnicos (ao serviço dos desejos da pessoa), e o médico um engenheiro do corpo, que vende os seus serviços a requerimento. Cfr., KASS, L., "*The end of medicine and the pursuit of Health*", in *concepts of Health and Disease*, cit., pág.4 - 5.

organismo, no qual se interveio. A terapia, uma qualquer terapia, procura modificar o estado da pessoa, por forma a eliminar alterações patológicas do seu funcionamento psico - físico. Terapia hormonal, cirúrgica, ...respondem a essa exigem. Como observa M. SBRISA<sup>815</sup> "*si tratta di aggiustare, mettere a punto un corpo, e dirli: v*à".

De facto, tradicionalmente o objecto da medicina é o corpo individual e, por isso, o "*problema médico*", em sentido próprio, limita-se a curar o corpo existente. A medicina é, para alguns, a ciência da administração do fenotipo humano<sup>816</sup>. Neste sentido, a tarefa (tradicional do médico), no nosso caso, circunscreve-se, ou, à atribuição de um sexo fenotípico difuso e ambíguo: o problema da sucessiva e eventual incapacidade de procriar exorna o âmbito médico. O problema do significado da vida ou da integridade física não deve penetrar no discurso médico. Se à medicina se interessa sem dúvida pela vida ou morte de um paciente, todavia, no seu sentido metafísico, a pergunta do "*ser ou não ser*" não é um problema médico<sup>817</sup>. Como não é um problema médico saber se é melhor viver ou morrer ou ter uma criança ou não ter.

Assim, no momento em que a medicina assume, no seu próprio âmbito um significado metafísico - existencial da vida ou da integridade física, desde logo se modifica o objecto e a tarefa, tradicionalmente assinalados: a intervenção médica não se há-de limitar à cura de partes de um corpo determinado, com vista ao bem - estar da totalidade, enquanto dado da natureza, mas visa abanger essa totalidade, que, "*prima facie*", se subtrai ao juízo.

---

815 SBRISA, M., "*Introduzione*", in I figli della scienza, Riflessioni sulla riproduzione artificiale". org. por M.BRISA, Milano 1985, pág.10

816 Assim, Theodosius Dobzhansky, ajud GEDDA, L., "*Problemi di frontiera della medicina*", Borla, Torino, 1963, pág.134.

817 Cfr., TEMKIN, O., "*The idea of respect for life in the History of Medicine*", in Respect for Life in Medicine, Philosophy and the Law, org. por S.F. Barker, John Hpkins University Press, London, 1977, pág.15.

Nem se diga que a intervenção cirúrgica de mudança de sexo constitua uma terapia tendente à modificação intencional do próprio corpo, adaptando-o à variabilidade do desejo humano, como pretendem algumas correntes ao arrimo de uma radical leitura da autonomização da Sexualidade. Isto é, em vez de se adaptar o desejo ao organismo, visto como "*dado da natureza*", pretender-se-ia alterar o corpo em função do desejo. O exercício da sexualidade e o prazer daí emergente seriam elementos secundários, pois, doutro modo, poderiam propiciar a manipulação do homem.

É que contra platonismos e cartesianismos, apoiados sobre o dualismo, seja da alma e do corpo, seja da consciência pensante e do corpo - extensão, pretende-se aqui também reafirmar a unidade do homem, enquanto corpo - sujeito. Logo, o Direito não pode ser imune à consideração da pessoa como um ser temporal em devir, que não já um estado que é ou não é. Ser pessoa e, detarte, ser sujeito de Direito implica uma conciliação entre o corpo e o agir livre, entendido como compreensão de si. Ora, o homem é pessoa, na medida em que se vai personificando. Daí que, tal dinamismo não cesse com o nascimento, em termos de se lhe assinalar, com base nesse dado pré - existente que é o corpo, uma certa identidade/sexual normativa. O dinamismo da personalização, não se identifica com o dinamismo bio - fisiológico do facto, que se torna criança. O devir da pessoa faz com que a pessoa, ora se preceda, ora se prospective a si própria.

A descrição do estado de saúde não se identifica com a soma dos funcionamentos parciais dos elementos que nele intervêm: a saúde ou o normal, a medida quantitativa dos comportamentos é que é o estalão a partir do qual o patológico surge como tal. O normal deve comparar-se com o "*optimum*", a ponto de o normal dever ser o perfeito, na sua dimensão.

Como ninguém é pessoa sózinho, ninguém se realiza só de modo voluntarista. Aí também o Direito deve tutelar, no âmbito da identidade sexual, o "*reconhecimento*" que os outros reservam à pessoa. Reconhecimento pelo qual cada ser humano pode ser um "*eu*" masculino ou feminino porque foi reconhecido enquanto tal. Está em causa, igualmente, a qualidade da vida, isto é, o que fazer para "ser mais".

Assim, afastada, desde logo, a relevância do costume ou da moda e o endeusamento do prazer, também no quadro da mudança de sexo urge afirmar seja o princípio terapêutico conducente ao não isolamento ou à absolutização das partes - v.g., do corpo - outrossim, manter a perspectiva do bem do todo, seja, o princípio da socialidade, a implicar restrições sistémico - sociais, com assento constitucional, que mais não são do que condições do exercício do livre desenvolvimento da personalidade.

Podem-se assim fundar-se no direito à saúde os casos de mudança de sexo concernentes ao transexualismo e intersexualidade. Já o direito à identidade pessoal, justamente, por força de exigências sistémico - sociais há-de ser convocado seja para fundar a rectificação das menções relativas ao sexo, no assento de nascimento, em casos de erro ou deficiência, ocorridos na altura do nascimento, seja para, concorrendo com o direito à saúde, legitimar, igualmente, a mudança legal de sexo, naquelas outras hipóteses.

Por outro lado, sempre o direito civil foi testemunha da árdua tentativa de procurar um ponto de equilíbrio entre a verdade material e a verdade jurídica. A dificuldade de traduzir no mundo do Direito a verdade material e sobretudo razões de conveniência social ou pré - filosóficas<sup>818</sup>, conduziram o Direito a privilegiar regras que simplificam a complexidade dos "*elementos reais*"<sup>819</sup>. A exigência de simplificação e a necessidade de recorrer a presunções nasceu da dificuldade ou da impossibilidade de definir o mistério da vida ou de reconstruir a verdade. O progresso científico ao propiciar o apuramento de circunstâncias até aí impensáveis enriquecem o discurso da verdade. Todavia, se por um lado, a evolução da ciência médica ajudou a superar as antigas incertezas, por outro, colocou o jurista face

---

818 Cfr., supra, nº4 e 8.

819 Cfr., LOUIS/LUCAS, "*Verité materielle et verité juridique*", in *Mélanges offerts à R. SAVATIER*, Paris, 1965, pág.583 e ss.; PATTI, S., "*Verità e stato giuridico della persona*", in *Riv. DC*, 1988/2, pág.231 e ss. Os exemplos são numerosos: basta recordar as presunções em matéria de comoriência (artigo 68º/2 do Cciv66), morte presumida (artigo 114º e ss, ibidem), em sede de filiação,

...

a novos problemas que por vezes, agitam os fantasmas passados. E, de facto, trata-se de eleger um parâmetro jurídico da verdade material, parâmetro este mais sensível e atento aos aspectos sociais do fenómeno a disciplinar.

No caso da mudança de sexo, ao direito não restará mais do que, nos termos da sua específica metodologia, "*seguir*" a evolução de um outro ramo da ciência: a medicina que já consente na realização daquilo que se julgava ultrapassar a fronteira das possibilidades humanas. Ao jurista caberá, pois, reflectir sobre os vários aspectos do fenómeno, por forma a sopesar a verdade material e a verdade jurídica, num sentido de contínua aproximação.

A mudança de sexo, excluindo os casos de erro material de inscrição, ou transcrição tende neste aspecto a aproximar a verdade material da verdade jurídica, na medida em que se entenda que houve na realidade, atento ao conceito e evolutivo de sexo, mudança (fenotípica) de sexo, por causa de um outro sopesamento do equilibrium dos caracteres sexuais, maxime, do sexo psicológico - social. Ora, ao Direito cabe "*santificar*" essa mudança real<sup>820</sup>, ao desvalorizar um "*paradigma corporal*" da identidade sexual, imutavelmente fundado nos dados do corpo<sup>821</sup>. Novos problemas estes que o Direito procura resolver não pela via da imposição da "*sua verdade*" aqueloutra material, outrossim tendo em conta uma realidade mais complexa, onde sobretudo relevam as necessidade e aspirações do ser humano, ao derredor do seu livre desenvolvimento, enquanto "*ser com os outros*".

Com efeito, o problema da conformação da verdade jurídica a real evolução do sexo e da sexualidade na pessoa humana, sempre se

---

<sup>820</sup> Que se topa após as intervenções médico - cirurgicas, como do "gender role" que o sujeito, (maxime, o transexual) vem adoptando com relativa estabilidade.

<sup>821</sup> Contra, PATTI, S., "*Verità e stato giuridico, ...*", cit., pág.232; ao afirmar que a mudança de sexo, nos casos de transexualidade representa tão só um "avvicinamento" - ainda que 'bastante' acentuado - às características do outro sexo, com o que entende se privilegiou a solução que identifica a verdade jurídica à mudança de efectuada, como se a realidade material continuasse vinculada ao omnisciente e imutável objecto de uma também imodificável identidade sexual normativa: o corpo.

colocou nos casos de intersexualidade. Aí - é comum afirmar-se - o Direito propicia a correcção de um diagnóstico sexual, realizado na altura do nascimento, que se revelou erróneo, atenta a evolução física da pessoa. Tratar-se-ia, pois, de corrigir um erro: não um erro de inscrição (ou transcrição), mas um erro ocorrido aquando da inicial determinação do sexo<sup>822</sup>. Já nos casos de transexualidade, a doutrina tende a apontar problemas diversos<sup>823</sup>. Ou seja, não se trata tanto de uma evolução física do sujeito na direcção oposta à que se individualizar num primeiro momento, como de uma contradição entre a realidade (sexual) física e a realidade (sexual) psíquica da pessoa. O problema jurídico consistiria, ou, numa aplicação analógica das normas do código de Registo cível, concernentes à rectificação de irregularidades, omissões ou deficiências do registo ou no forjar de novéis instrumentos legislativos, ou no recurso à jurisdição contenciosa, no âmbito do processo comum.

Todavia, salvaguardadas as diferenças médico - científicas estruturais que extremam a intersexualidade e a transexualidade verifica-se que em ambos os casos se reputa necessário efectuar uma superveniente determinação do sexo, conducente, porventura a diversa identidade sexual normativa. Certo, aceita-se como boa e presuntivamente definitiva, a inicial determinação do sexo realizada à luz do único critério que para o efeito se reputa, funcional e cientificamente: a observação externa dos genitais. Só que, a consolidação sexual complexiva - evolutiva, não exclui que venha a ser ingente realizar uma "nova" determinação do sexo<sup>824</sup>, adstrita à

---

822 Cfr., FERRI, L., "Atti dello stato civile", in commentario del codice civile, cit., pág.130 e ss.

823 Cfr., por exemplo, PATTI, S., "Mutamento di sesso, ...", cit., pág.105 e ss.

824 Até porque, nem nos casos de intersexualidade se poderia retardar a indicação do sexo até aquele momento em que se cure afirmar a estabilidade sexual ao indivíduo, isto é, de acordo com o "gender role" determinado pelos pais e só depois da realização das intervenções médico - cirúrgicas de correcção dos caracteres sexuais morfológico - genitais (ou até, por vezes, morfológico - genitais -

certificação do resultado daquela outra evolução. Se a medicina diagnóstica e intervém hodiernamente, nos casos de intersexualidade e transexualidade, procurando ali e aqui, quer a correcção da ambiguidade (física) sexual como adequação da contradição entre uma Sexualidade autonomizada dos tradicionais caracteres corporais, que marcam critério naquele primeiro momento de identidade) identificação sexual normativa, só pode ser a medicina a dizer o "como" o "onde" e o "porquê" da "santificação jurídica", que pretende tapar a fenda aberta pela superveniente constatação da existência de uma contradição entre a verdade material e a verdade jurídica da identidade /identificação sexual normativa. Ora, a pacificação da verdade só pode, destarte exigir uma "declaração judicial constitutiva da atribuição" de existência jurídica a um novo sujeito sexual de direito<sup>825</sup>, se e quando o princípio terapêutico o impuser, no quadro da selecção das "normas de decisão", por parte do juiz.

Ao se atribuir ao médico desde os séculos XVII e XVIII, uma função médico - legal, abriram-se as comportas a uma "ética do poder médico", sob tácito consentimento do juiz e da função judicial<sup>826</sup>.

A possível aplicação do saber médico no âmbito da ciência do Direito é, com efeito, expansiva, conquanto ainda indeterminada. E esta indeterminação se, por um lado ... autonomiza a definição da medicina

---

psicológicas, contanto que se associe uma história de "gender identity"): o que tão só ocorre passados alguns anos.

<sup>825</sup> o que até, como veremos, será mais consentâneo ao Direito à reserva da intimidade da vida privada, sempre que se discute o problema do conteúdo dos actos do registo civil, para efeitos de publicidade registral (v.g., certidões de nascimento)

<sup>826</sup> Cfr., PANSERI, G., "Il medico: note su un intellettuale scientifico italiano nell'ottocento", in *Annali*, torino, 1981/4, pág.1133 e ss; SUSSER, M.W./WATSON, W., "Sociology in Medicine", Oxford, 1963; FREIRE, R., "Sociologia da Medicina", Lisboa, 1967; TEMKIN, O., "Medicine and the Problem of Moral Responsibility", in *Bulletin of History of Medicine*, 1949, pág.1 e ss.; SPICKER, S.F./HEALEY, J.M./ENGELHARDT, H.T., "the law Medicine Relation: a Philosophical Exploration", Dordrecht, 1981; CULVER, C.M./GERT, B., "Philosophy in Medicine. Conceptual and Ethical Issues in Medicine and Psychiatry", Oxford, 1982.

legal como específica disciplina, por outro, faculta ao médico a possibilidade de "produzir", com a intermediação do juiz, regras relativas a todos os aspectos do viver cívil (e da repressão penal).

O perito (médico) transforma-se, assim, indirectamente num "quase legislador". Nesta prepectiva, o juiz, pode surgir como um mero exequente do discurso médico<sup>827</sup>. Cada acto ou acção humana implica consequências jurídicas, objecto de uma tarefa práctico - judicativo, por parte do juiz. Só que essa valoração pode ser determinada pela "opinião" do médico, maxime no direito penal. O próprio acto de nascimento, atenta a sua relevância no Direito das sucessões, é valorado de um ponto de vista médico, para efeitos de capacidade sucessória, em todas as espécies de sucessão<sup>828</sup>. Assim também quanto a algumas causas de anulabilidade do casamento civil (v.g., esterilidade).

Com efeito, o médico - legal não se define como "super - especialista", a partir do seu conhecimento, antes do uso que outrem possa dele fazer. Nascimento, morte, disfunções orgânicas, ... são factos biológicos e o interesse jurídico que podem revestir é tão só consequência acessória. No entanto, o médico reivindica um papel sócio - cultural hegemónico. Na relação que intercede entre a medicina e o Direito, maxime a jurisprudência, as relações de subordinação ou de parametricidade reveladora, parecem ser, no enfoque médico, aparentes: o médico sempre aspira à função de legislador. Todavia, poderá, quanto muito, ser "legislador" ou "administrador" de organismos totalizantes e não de pessoas, porque o seu saber é tão só médico. Ora, a edificação da medicina legal constitui tão só uma tentativa de alargar a "acção" deste saber.

---

<sup>827</sup> O que já se descortina em ZACCHIA, "Quaestiones medico - legales", Rome, 1621 - 35 (5ª Ed., 1660), pág.529 e ss.

<sup>828</sup> Cfr., artigo nº2033º/1, do Cciv 66, a não ser que se entenda possuir o nascituro plena vocação sucessória, não dependendo da condição suspensiva do nascimento. Assim, CAMPOS, D.L., de "Lições, ...", pág.509 e ss.; contra, COELHO, P., "Direito das sucessões", cit., Vol.II, pág.72 - 99, SOUSA, C. de, de "Lições, ...", cit.Vol.I, pág.241 e ss; cfr., ainda, COELHO, P., "Filiação" 1978, pág.39 e ss; SILVA, E.G. da, "Direito das Sucessões", 1978, pág.188; ASCENÇÃO, O., "Direito civil - Sucessões", Coimbra, 4ª ed., 1991, pág.174



Afinal, noutra enfoque, medicina e Direito estão condenados a tornarem-se concorrentes, na promocional tarefa de prossecução do livre desenvolvimento da personalidade<sup>829</sup>, sempre que se trate de avaliar as consequências (jurídicas) dos interesses cirúrgicos de mudança de sexo, nos casos de intersexualidade e fundamentalmente, de transexualidade. Os tribunais não dispõem de uma absoluta "*reserva de apreciação e interpretação*" dos dados médicos, quaisquer que sejam. As objecções que a isto se podem colocar, não residem tanto numa questão de "*vocação*" da medicina e do Direito, quanto a oposição em que se analisa entre o (poder) médico e o (poder do) jurista. Dizer o contrário é afirmar a convicção de os tribunais realizarem a sua própria análise médica, contra os médicos.

Por exemplo, é um silogismo dizer que a transexualidade não se pode analisar numa verdadeira mudança de sexo, na medida em que o transexual não tenha adquirido as características do sexo oposto ao seu sexo originário<sup>830</sup>: o transexual deseja mudar legalmente de sexo, mas como ele não mudou biologicamente de sexo, então, é-lhe vedado mudar (legalmente de sexo). Ora, este raciocínio silogístico é verdadeiro à luz do clássico "*paradigma corporal*" biológico da identidade sexual, ainda que o transexualismo, seja reconhecido pela ciência médica<sup>831</sup>. É evidente que seja concebível uma mudança de

---

829 Em sentido contrario, RASSAT, "*Sexe, médecine et droit*", cit., pág.663 - 665.

830 Assim o sumário das quatro sentenças da court de cassation de 21 - 5 - 1990, in *La Semaine Juridique*, 1990 (5 - 12 - 1990), nº49, nº21588.

831 Isto é, também pela circunstância de, para alguns o sexo ser um elemento objectivamente determinado do estado civil das pessoas e, no estado actual do conhecimento científico, intangível, no pressuposto. Com efeito, a partir do momento em que a determinação do sexo é fixada à luz do critério cromossómico, sendo certo que este é, hodiernamente, imutável, tudo o resto não passaria de ociosa discussão. Porém, bastam dois exemplos, para demonstrar que a natureza não é assim tão simples, nem o problema pode ser resolvido, como levemente, se pode fazer crer.

Em primeiro lugar, nos casos de efeminação testicular - em que se o fenotipo é feminino, o cariotipo já se apresenta como masculino (XY), onde em lugar dos ovários se topam testículos intra - abdominais - o indivíduo possui um "*gender identity*" feminino e normalmente, a medicina aconselha

sexo, se nos ativermos exclusivamente ao sexo cromossómico. Sobre este ponto todos concordam. Mas, como vimos, raciocinar, jurisprudencialmente, desta maneira, só conduz à identificação do sexo com o sexo cromossómico, descoberto pela ciência médica nos anos cinquenta<sup>832</sup>, menosprezando os demais componentes da sexualidade<sup>833</sup>. Valerá, mais, destarte, falar do género (masculino ou feminino), ou identidade sexual, do que de sexo (homem/mulher).

Em matéria de transexualidade, a ciência médica aconselha a adequação dos aspectos morfológico - sexuais do sujeito ao sentimento de identidade sexual, após um diagnóstico diferencial assaz restritivo, a implicar uma observação médica consecutiva durante alguns anos<sup>834</sup>.

---

intervenções médico - cirúrgicas que solidifiquem ainda mais a sua "*identidade do género*", construída, aliás através de um "*gender role*" amoldado pelos progenitores. E, no entanto, trata-se de homens ou de uma mulher? A crer na jurisprudência, tratar -se - ía de um homem, a partir do momento em que fosse descoberta âmbiguidade gonadal - genital, se bem que, na realidade, se trate de uma pessoa do sexo feminino, posto nesse sentido desenvolver a sua "*gender identity*".

Em segundo lugar, nas hipóteses de sujeitos que revelam o síndrome de turner, se o seu fenotipo é, normalmente, efeminado, cromossómicamente podem ser indetermináveis (XO): são desprovidos do cromossoma masculino Y - o que explica a morfologia efeminada dos genitais - e daqueloutro XX, especificamente do sexo feminino. Daí que sejam inscritos como sujeitos do sexo feminino, desenvolvendo-se, regra geral, um "*gender identity*" feminino, ainda que não possuam ovários. Mas, a sua identidade sexual é feminina.

Como é bom de ver, destes exemplos, se pode extrair a conclusão que de, acordo com um critério médico a análise sexual cromossómica não se adequa milimetricamente, mesmo nos casos de intersexualidade, a identidade sexual, isto é, o sexo cromossómico é tão só um dos elementos que concorrem na edificação da identidade sexual.

<sup>832</sup>Cfr., por exemplo, BARA, M./HOBBS, G., "*chromosomal sex in travestites*", Lancet, 1, 1954, pág.1109 e ss.

<sup>833</sup> Não se esqueça que de acordo o critério médico, hoje, o sexo é uma realidade biológica que compreende elementos fisiológicos (aspecto morfológico ou fenotipo, formula cromossómica, que permite estabelecer o sexo cromossómico - genético) e psicológicos emergentes de um sentimento e consciência íntima de se pretencer a um determinado sexo.

Mas, o homem necessita de certeza, segurança e estabilidade, ao menos, nas relações jurídicas, mesmo se as maiores descobertas se basearam em hipóteses. Ora aqui, tradicionalmente, a diferença é tal, entre a aparência visual e o sentimento de identidade, que, a simples constatação de que o transexual não sofre de qualquer psicopatia, é insuficiente para convencer. Para ultrapassar as dúvidas e incertezas do jurista, seria necessário uma prova tangível, tal fosse, por exemplo a exacta etiologia da transexualidade. Todavia, esta impostação deve-se mais a excesso de ignorância e desprezo jurídico - científico do que a um conhecimento efectivo.

Exigir do juiz - excluído o problema legislativo - a rectificação das menções relativas ao sexo, nos casos médicos de transexualidade, é exigir a admissão jurídica da transexualidade, talqualmente ocorreu com as hipóteses clássicas de intersexualidade. Só que, para enfrentar esse problema, o juiz deve recorrer à peritagem médica, ficando, pois, com uma liberdade de apreciação das provas sensivelmente limitada: aqui, o médico antecipa, ainda que parcialmente o diálogo entre o caso e os critérios da sua normativa adequada resolução, ao definir, (se definir), medicamente, o caso, objecto de apreciação judicial. E repare-se que, concretamente nestes casos não haverá uma verdadeira e completa subordinação do juiz às conclusões do perito. De facto, sendo o Direito aplicado de modo dialógico - argumentativo, as concretas experiências semelhantes já anteriormente foram testadas pelo juiz (por outros juizes) e além da particular faceta da extracção das consequências jurídicas de um estado de transexualidade, sempre virada para um novo problema que a convoca. O dado e o novo - reclamar uma decisão - não se alinham numa mera relação de causa - efeito, pois é sempre preciso situar e valorar juridicamente o lugar, o motivo, os meios, a pessoa. Ora, a justa decisão do caso repousa ainda numa dialógica - concreta mobilização de fundamentos argumentativamente convincentes (v.g., direito à sexual/saúde, direito à intimidade da vida privada, direito à identidade, principio da efectividade, ...) e não em qualquer referência abstracta a uma qualquer categoria "geral" (v.g.,

---

834 Para evitar situações como as que motivaram a sentença da "cour d'Appel", d'Aix - en - Provence, de 23 - 4 - 1990 (in, Gaz. Pal. 12/13, Outubro de 1990, pág.17), onde, entre a primeira consulta médica e a intervenção cirúrgica nos genitais, mediou uma dilação de dois meses.

valor ou conceito de ordem pública, bons costumes). Não só ao médico, mas também e fundamentalmente ao juiz caberá fazer, de acordo com os dados de que dispõe, uma antecipação das possibilidades realizáveis e juízos de probabilidade, a revelar já as consequências mais prováveis como as menos prováveis, para reduzir ao mínimo o risco, que, nestes casos se pretende eliminar: o suicídio ou a auto - mutilação. Além de que é ao juiz que cabe controlar a racionalidade prática do prognóstico, na medida em que a decisão, qualquer decisão por que enverede é, não obstante o "*critério médico prima facie*", em maior ou menor medida proferida num contexto de incerteza.

A problemática em causa é, de facto, uma daquelas situações em que se têm de arriscar, tanto pelo médico como pelo juiz, "*juízos de probabilidade*": o parecer do médico - perito é evidentemente, importante, para o juiz, desde logo, por estabelecer os parâmetros materiais de um direito à saúde, que nos casos de transexualidade conforma, dá sentido e é condição necessária e suficiente do concurso do direito à identidade sexual<sup>835</sup>. Porém, é tão só um dos elementos decisivos, pois, a respectiva valoração jurídica - a visualizar globalmente todos os factores normativamente pertinentes - só pode ser cumprida pela instância do Direito<sup>836</sup>. Por outro lado, não se esqueça que o Direito só deverá admitir a mudança de sexo, se e quando a rectificação das menções respeitantes ao sexo, no assento de nascimento, constituam, o "*terminus*" de uma terapia médica, maxime nas hipóteses de transexualismo, pois que, o que até aqui, ou se não entendido, ou se rejeita liminarmente, é que o direito, no âmbito das potencialidades de cada ordenamento jurídico concreto, possui uma importante e indefectível função, ou seja mediante a "*iurisdictio*", ou, se se preferir,

---

835 Mas já não a inversa, ao menos, nestes casos.

836 Por outro lado voltando ao plano inicial, o médico vê-se compelido a arriscar perante uma concreta situação contra a qual quer reagir, decisão esta que se projecta no futuro do doente. Ele não necessita só de diagnosticar o ("*verdadeiro*") transexualismo, antes prognosticar, isto é, emitir um juízo de probabilidade sobre um acontecimento futuro e relativamente incerto. Ao mesmo tempo o médico tem de actuar num espaço temporal relativamente de acordo com os dados actuais, a uma maior ou menor incerteza sobre o exito da terapeutica administrada.

o exercício da função judicial, é-lhe lícito contribuir, também ele, para a consecução de uma terapia médica a ponto de se transformar ele próprio, i.é., o seu produto, no "iter" final desse percurso. É, assim, bom de ver, que a rectificação do assento de nascimento - e demais documentos administrativos - consubstancia uma "exigência subjectiva à saúde" e uma "prestação jurídica de saúde", qual poder jurídico dirigido contra o Estado e judicialmente accionável<sup>837</sup>.

No caso concreto da transexualidade, já vimos que o Direito pode alhear-se do ulterior pedido de rectificação do assento de nascimento ao esgrimir com o argumento da "causa alheia à vontade do interessado", ou "dos elementos pré - existentes à intervenção cirurgica", para efeitos de concluir pela procedência da acção contanto que a transexualidade emergisse de facto ou circunstância totalmente alheios à vontade do indivíduo. Porém, é bom de ver que este síndrome é fruto de uma evolução irreversível dos caracteres, sexuais. De facto, nem se trata sequer de uma intervenção ditada pelas conveniências pessoais. Portanto, nas hipóteses de "transexualismo verdadeiro"<sup>838</sup>, jamais o Direito, neste enfoque, aceitará a consideração de que a vontade nunca é deliberada. É que não se concebe uma transexualidade repentina", na medida em que os indivíduos, mantêm desde há longa data a vontade de mudar de sexo, ou seja, colocar o seu fenotipo em concordância com a

---

<sup>837</sup> O reconhecimento à saúde situa-se em plano diverso do da imposição constitucional que exige a criação de um Serviço Nacional de Saúde, apto a fornecer prestações existênciais, decorrentes desse direito. Ora, as prestações têm simultaneamente uma dimensão subjectiva e objectiva, sendo que esta é, normalmente, o objecto da pretensão dos particulares e do dever concretamente imposto ao Estado. Só que, como essa pretensão não pode ser judicialmente exigida, segundo a visão tradicional, tende-se a salientar apenas o dever objectivo da prestação pelo Estado e demais pessoas colectivas de direito público minizando-se, destarte, o seu conteúdo subjectivo, enquanto direito fundamental, sujeito ao regime do artigo 18º da CRP e direito de personalidade, ora, a mudança legal de sexo, excluídas as hipóteses de erro material de atestação no assento, não consente esta inversão de planos.

<sup>838</sup> Contra esta expressão, cfr., p.ex., HERVET, "transexualisme. Actuaieté du problème, ...", cit., pág.350; RUBBELLIN - DEVICHI, J., "transsexualisme", Personnes et droits de la famille, cit., pág.725 - 726, ao previligarem uma distinção, outrossim, entre os transexuais e os "outros" (isto é, os transexuais secundários, travestis, psicóticos, ...).

única verdade, a saber: "*they want to be and function as members of the opposite sex, not only appear as much*" (HARRY BENJAMIN).

O jurista, habituado como está a utilizar imagens e presunções, que, podendo não reflectir a realidade, permite a aplicação de algumas regras de Direito, por vezes, pretende opôr a "*verdade sociológica*" à "*verdade biológica*"<sup>839</sup>. Só que aquela outra não é mais do que um "*abuso de linguagem*" para designar o meio, que, pode estar em flagrante contradição com a verdade. Ora, esta verdade, no quadro do clássico "*paradigma corporal*" é a verdade jurídica. Porém, dizer isto, é a mesma coisa que admitir, que as intervenções médico - cirúrgicas não transformam, realmente, um homem numa mulher (e vice - versa), conferindo-lhes apenas um "*simulacro*" ou, quanto muito, um "*simbolo*" de sexo, ao derredor da "*imagem*" do sexo psíquico. Contudo, a verdade jurídica é, nesta situação uma verdade material, posto não se pretende ficcionar ou presumir, atenta uma dada situação real ideterminada, a existência de uma mudança de sexo. O que só se compreenderia acaso se pudesse exigir, materialmente, uma modificação do sexo cromossómico - genético. Como ela não é possível, presumia-se, ao arrimo da verdade sociológica, que tudo se passaria, juridicamente, como se tivera ocorrido. Raciocinar deste modo, implica considerar o corpo como o único signo qual "*res extensa*", da identidade/identificação sexual normativa da pessoa, no fundo unir, fraccionado o ser humano, quando do nascimento. Ora, a isto opõe, também e fundamentalmente o Direito, face à reflexão bio - ética, das ciências da vida, o consabido Princípio terapeutico ou da totalidade. Mister é que o corpo continue a desempenhar função relevante, como depositário inicial e natural do encontro entre o sexo, a Sexualidade e o Direito, sem prejuizo de, acaso a verdade material da ciência médica assinala o emergir de outro(s) elementos, se possa tornar a equilibrar a saúde da pessoa ou o congénere direito fundamental/de personalidade à identidade sexual. Verdade sociológica são tão só índices, de igual estalão de cognoscibilidade jurídica do "*EU*" sexual, a operar em sincronia ou diacronia.

---

<sup>839</sup> Cfr., entre nós, OLIVEIRA, G., de, "*o critério Jurídico da Paternidade*", cit., pág.3 e ss. e XIX a XXIII.

O que vem para dizer que se o estado das pessoas é indisponível, ele não é, porém, imutável, porquanto, seja através de actos jurídicos, negócios jurídicos complexos ou sentenças declativas, de simples apreciação ou constitutivas, ele pode, no transcurso da vida dos indivíduos se modificar. Igualmente, o princípio da indisponibilidade do estado das pessoas, não obstacula que se tome em consideração uma alteração constatada na morfologia sexual da pessoa (na intersexualidade) ou no seu sentido de pertinência sexual (na transexualidade), em relação ao sexo declarado e atestado no assento de nascimento, contanto que a alteração ocorrida não seja fruto de uma vontade deliberada da pessoa, antes o resultado de uma evolução natural irrefragável, ou de intervenções médico - cirúrgicas efectuadas à luz de um escopo terapeutico. É essa a situação dos transexuais que, ao sofrerem seja na época pré - natal influência neuro - hormonal tão profunda, seja na fase pré - idipiana, constrangimento educacional inelutável, seguem uma evolução inerente à formação da sua identidade sexual, de tal forma que, as alterações verificadas, na "*Gender identity*" e bem assim as intervenções médico - cirúrgicas, não podem ser consideradas voluntárias. Contanto que se estabeleça, mediante um critério médico, que a divergência entre os componentes psicológicos - sociais do sexo ("*Gender identity*" e "*Gender role*") e os restantes caracteres sexuais é irreversível, resulta de um determinismo involuntário, ou não pode ser considerada como expressão de uma simples vontade de mudar de sexo, é de admitir a mudança legal de sexo, precedida da necessária peritagem médica e da "*prova interdisciplinar*" da impossibilidade de alterar o "*statu quo*", a não ser através das competentes intervenções - cirúrgicas, seguidas da mudança legal de sexo, como etapas de uma "*terapia de reabilitação*", único meio cientificamente provado de estabilizar, com relativo sucesso, a identidade sexual desses indivíduos.

Preocupações diversas, mas conectadas com a emergência de um critério médico na mudança legal de sexo, têm a ver com as dúvidas suscitadas a propósito da utilidade de plasmar médico - sociologicamente o Direito, isto é, saber se a jurisprudência desempenha ou não uma função de "*serviço de domínio*" (do poder médico).

A este propósito uma aporia se propõe, a saber: a) se a medicina (e a sociologia) é uma ciência útil para o Direito; b) se, em caso afirmativo, ela poderá ser utilizada no quotidiano jurisprudencial, já para não falar no ensino do Direito (medicina - legal).

Em primeiro lugar, parece necessário o contributo médico para o Direito. De facto, sempre se poderia dizer que a "neutralidade" do Direito ou a imparcialidade da decisão, mais não são do que um superficial arrimo para obnubilar a protecção da classe médica. Porém, o direito é um instrumento científico, que, nem na área do Direito constitucional transporta o seu discurso para a área da luta política, imiscuindo-se nela.

Em segundo lugar, os médicos e a medicina fornecem relevante material para a decisão prático - judicativa, sem que esta derive pura e simplesmente da medicina, como atrás se recenseou. O jurista deve poder - munir-se de um "background" científico - dogmático, por forma a propiciar resposta à crescente complexidade, para onde confluem numerosos canais.

Relevante, é por isso, aferir do grau de intensidade em que deve ser analisado o contributo da medicina, na avaliação dos factos e das regras da experiência, para efeitos de decisão judicial (administrativa/legislativa), maxime, na mudança legal de sexo.

Num primeiro momento, poder-se ía pensar numa simples utilização do material fornecido pelo médico, deixando-se, destarte, inalterada a dinâmica, na medida em que o processo interpretativo seria remetido, na sua totalidade, para a livre apreciação do juiz, no que toca a todos os factores da decisão<sup>840</sup>.

---

<sup>840</sup> E daí a orientação jurisprudencial, que independentemente do diagnóstico e prognóstico médico só concede a mudança legal de sexo, nos casos de verificação da existência de uma causa alheia a vontade do transexual ou de elementos pré - existentes à cirurgia, vale dizer, num sentido restritivo, uma alteração devida a um acidente ou uma causa externa fundada em ambiguidade morfológico genital. Ora, repare-se, que, a medicina vem afirmando justamente, que o sujeito transexual ("verdadeiro") nunca abandona a vontade de mudar de sexo, de adaptar o seu corpo à representação psíquica.

Idêntica posição se toma sempre que os tribunais proclamam que os caracteres físicos são sempre os predominantes, na determinação do sexo e, por isso, na identidade sexual normativa.



Numa segunda abordagem já o grau de "*penetração médica*" no Direito seria mais ou menos assinalável, em termos de exercer uma função de "*adviser*", que limita sensivelmente, o tradicional princípio jurídico - processual da livre apreciação da prova.

Por fim à medicina poderia ser reservada uma função de "*controlo total*", mediante a formulação de um "*programa final*", estritamente seguido pelo aplicador do Direito, em termos de anular totalmente a função interpretativa e/ou dialógico - prático, argumentativa - analógica do juiz, posto que a decisão jurídica de rectificar o assento de nascimento, fosse totalmente "*oferecida*" pelo médico.

Ao cabo e ao resto parece que se deve assinalar um outro "*quid*" à medicina. Se, por um lado, se afirma a necessidade do contributo médico no Direito Penal (v.g., na dilucidação prática do conceito indeterminado, "*intenção de matar*", na verificação da existência de defloração, na violação, de acto análogo, na graduação das ofensas corporais, ...) e no Direito civil<sup>841</sup>, enquanto se não poder dispor de todo o conhecimento, no que respeita aos casos de transexualidade e intersexualidade, há-de preferir-se uma via de especialização entre a norma e as ciências da vida. Em virtude da particular composição social e complexidade técnica da vida hodierna, não pode deixar-se que o juiz decida sobre esta "*therapeutic integration*"<sup>842</sup>, sem que lhe seja facultado um conhecimento profundo do tema médico envolvente; ao mesmo tempo que adquire, por si, a experiência para uma decisão justa e racional, ainda que tomada na incerteza. Deve, pois apontar-se para um condicionamento relativo e flexível do Direito pela medicina, acautelando-se sempre a autonomia da função judicial. Um exemplo: o médico poderá diagnosticar um caso de transexualismo, sem que o juiz cure entender mandar proceder à rectificação do assento de nascimento, já porque entende ter sido relativamente pequeno o período durante o

---

841 Cfr., supra, em texto.

842 Note-se, aliás, como veremos, que, in casu, inexistente controvérsia, contrariamente ao que normalmente se verifica na resolução (processual) de conflitos de interesses jurídico - patrimoniais, ou a estes indirectamente reconduzíveis (v.g., idemenização por danos não patrimoniais).

qual o sujeito manifestou a vontade de adequar que o seu entendimento seja sufragado por uma outra corrente médica, minimamente consistente.

Podemos, assim, afirmar que, nos casos de mudança legal de sexo, por força de erros ou deficiências materiais na declaração de nascimento ou na inscrição/transcrição do assento de nascimento, o critério jurídico da mudança de sexo é um critério biológico, no direito fundamental/de personalidade da identidade sexual.

Já, por seu turno, nas hipóteses de transexualidade e intersexualidade, o critério jurídico da mudança de sexo é um critério médico/social, mediatizado pelas ponderações axiológico - jurídicas, na constituição, segundo os quais - através subjectivização do direito à saúde e à identidade sexual - se realiza, tanto o prático - problemático "concretum" decidendo judicial da mudança de sexo, como a decisão de sobre ele legisferar.

### 30. O problema procedimental/processual da mudança de sexo. A mudança de nome. Os efeitos "ex tunc"/"ex nunc"

Analisar o relevo da mudança de sexo no direito processual civil ou nos procedimentos administrativos/judiciais especiais, ínsitos no código de Registo Civil, não pode deixar de passar pela questão prévia da "conformação processual" dos direitos subjectivos, que sejam, simultaneamente direitos de personalidade, e, também, materialmente direitos de personalidade. O que vale por propor a velha questão do fim do processo (declaratório), em relação ao direito substantivo.

Com efeito, é líquido que a atribuição de direitos subjectivos pressupõe a possibilidade do seu exercício. Porém, a eficácia das normas jurídicas, que judicialmente tutelam os direitos subjectivos pode ser ameaçada, o que conduz, regra geral, não a um desinteresse por parte do ordenamento jurídico, mas a impositação de instrumentos processuais que disciplinem a composição dos interesses conflitantes.

Ora, adentro da diversa tipologia de meios de resolução de conflitos de interesses, ao longo da experiência histórica, avultam a heterotutela e a heterocomposição<sup>843</sup>, isto é, formas de intervenção do processo (declarativo), quando o direito subjectivo não comporta os meios adequados a garantia das posições subjectivas privadas.

Assim, é comum afirmar-se a instrumentalidade do direito processual, em termos da acção ser um meio, no plano de tutela dos direitos subjectivos, e demais posições subjectivas, de conteúdo positivo ou negativo<sup>844</sup>. Ou seja, as normas processuais, em vez de estatuirem acerca de quais sejam os bens ou direitos de cada um, consignam o modo de os defender em juízo. O processo civil (declaratório) seria,

---

<sup>843</sup> Cfr., a classificação de MARTINS, S., "Direito processual", vol. I, Coimbra, 1987, pág.213 e ss., vol. II, pág.7 e ss.

<sup>844</sup> Cfr., ANDRADE, M., de, "Noções Elementares de Processo Civil", 1ª ed., pág.41 - 42; CASTRO, A.A., de, "Direito Processual Civil Declaratório", Coimbra, 1981, vol. I pág.37 - 38; VARELA, A./BEZERRA, M./NORA, S., "Manual de Processo Civil", pág. 7 e ss.

pois, um direito - meio, dirigido, já se vê, à tutela do direito material. Logo, o direito à acção seria tão só uma situação subjectiva, idónea a despoletar as condições necessárias para o órgão jurisdicional se ponha em movimento<sup>845</sup>, um direito, pois, meramente processual, com estrutura diversa dos direitos subjectivos (materiais).

Logo, ainda, o fim do processo (declaratório) plasmar-se-ia numa, ora instrumentalidade normativa, já que o processo seria instrumental face ao ordenamento jurídico privado, ora subjectiva, face às situações subjectivas por este outorgadas<sup>846 847</sup>. Não se justificando por si, outrossim à contingência do uso das vias processuais, para a defesa da ordem jurídica privada contra ameaças dirigidas às situações subjectivas privadas, o processo declarativo não possuiria valor processual autónomo<sup>848</sup>, além de que só se extrairia o seu valor dogmático da relevância processual dos institutos que enformasse<sup>849</sup>.

---

<sup>845</sup> CASTRO, A.A., de, "*Direito Processual Civil, ...*", cit., pág.95; ou uma faculdade de pôr em movimento os órgãos estaduais de resolução de conflitos de interesses, por forma a que estes se pronunciem sobre o fundamento da pretensão; ou, sobre a regularidade da instância (cfr., REIS, A., dos, "*processo Ordinário e Sumário*", vol. I, 2ª ed., Coimbra, 1928, pág.138 e ss.); ou, um direito potestativo dirigido contra o demandado (cfr., CHIOVENDA, "*Instituzione de diritto processuale civile*", vol. I, 4ª ed., 1950, nº 6 e 7; ou, mesmo um direito subjectivo à tutela jurídica, o que exclui a pretensão à tutela jurídica como realidade objectiva, sendo o processo um fim em si mesmo (assim, GOLD CHMIDT, WACH, STEIN, HELWIG; cfr. a exposição de LIEBMANN, E.T., "*L'azione nella teoria del processo civile*", in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, 1950, pág.425 e ss.; PEKELIS, "*Azione*" (teoria moderna, in NDI, II, 1950); ou, ainda, como mero direito subjectivo, talqualmente ocorria no direito romano, critério ainda hoje privilegiado por SATTA ("*Diritto processuale civile*", 5ª ed., Padova, 1957, pág.95).

<sup>846</sup> Instrumentalidade subjectiva que poderá ser primária, no âmbito dos direitos subjectivos, ou acessória, para as demais situações subjectivas.

<sup>847</sup> Assim SOUSA, M.T., de, "*Metodologia do Processo Civil*", Lisboa, 1979, pág.29 - 30; ibidem, "*O fim do processo declarativo*", in RDES, Ano XXV, nº3 - 4, pág.251 e ss., maxime, pág.271 e ss.; no mesmo sentido, MENDES, C., "*Direito Porcessual Civil*", I, Lisboa, 1978 - 79, pág.144 e ss.

Se o que antecede é verdadeiro, a exposta posição (dominante) sobre o fim do processo declaratório e a natureza do direito á acção, não passa definitiva e globalmente pela tese da instrumentalidade.

Vale isto por significar que uma "*concepção justa*" dos direitos subjectivos, sempre que sejam direitos de personalidade, com assento jurídico - material na constituição, não pode orientar-se, em forma redutora, seja para as teses extra - processuais ou substantivas (SAUER), seja as unilaterais teses intraprocessuais (GOLDSCHMIT), extra - processuais instrumentais (WACH, NIKISCH, SIMSHÄUSER, GAUL CHIOVENDA, MICHELI)<sup>850</sup> ou extra - processuais instrumentais normativas/subjectivas (primárias ou acessórias) (TEIXEIRA DE SOUSA, ANSELMO DE CASTRO, CASTRO MENDES).

Em primeiro lugar, esses direitos subjectivos, alguns deles, como antecedentemente se registou, conformadores das hipóteses de mudança legal de sexo, não necessitam apenas de uma normação intrinsecamente densificadora, outrossim, de formas de regulamentação adequadas, posto que influem de várias maneiras na própria conformação do direito processual e da acção. Deve-se isto à impossibilidade de continuar a manter no direito processual civil, ao menos nestes casos, a incomunicabilidade entre o direito substantivo (material), onde têm assento os direitos subjectivos e o direito processual (civil, adjectivo), na medida em que a acção se concebesse tecnicamente como elemento constitutivo do processo, um direito meramente processual.

Em segundo lugar, a pessoa, ao disfrutar dos instrumentos jurídico - processuais idóneos a conformar, nos termos do princípio do dispositivo (cfr., artigo 264º/1, CPC) a resolução dos conflitos de

---

848 Valor processual autónomo este que, aliás, é reivindicado por SAUER ("*Allgemeine Prozeßrecht*", Berlin, Detmold/Köln/München, 1951, pág1 e ss.) e PAWLOWSKI, "*Aufgabe des zivilprozeßes*", in ZZP, 80, 1967, pág.363 e ss., apud, SOUSA, M.T., de, "*O fim do processo declarativo*", cit., pág.256 - 257.

849 SOUSA, M.T., de, "*O fim do processo declarativo*", cit., pág.276.

850 Vide, por todos, SOUSA, M.T., de, "*O fim do processo declarativo*", cit., pág.262 e ss.

interesses de direito privado, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de autodeterminação, para o livre desenvolvimento da sua personalidade, com o "*background*" afirmativo da dignidade da pessoa humana. Nega-se, pois, no campo do direito processual da mudança de sexo, quer um puro modelo de "*legitimidade processual*", em que a justeza dos resultados dependeria tão só do processo, enquanto meio orientado para a obtenção do caso julgado, quer um modelo de "*justiça material*", onde o processo seria apenas um meio, um instrumento para se alcançarem resultado justo, na medida em que se intuissem os direitos subjectivos como dimensões subjectivas autónomas, alheias dos instrumentos processuais.

Queremos com isto afirmar a existência de uma interdependência relacional entre o direito material, onde vêm definidos esses direitos de personalidade/direitos fundamentais e o processo, posto que este, nas repercussões que dele se podem assinalar no direito material, deve ser prespectivado à luz dos direitos de personalidade, além de que o "*due process of law*" deve conformar a irradiação do direito material sobre o processo civil, por forma a melhor proteger os direitos de personalidade.

Decorre daqui que, ao menos, no âmbito da mudança de sexo - ainda que não nos olvidemos de outros campos<sup>851</sup>, o direito processual não deva ser apenas um meio adequado para atingir os fins da ordem jurídica, em si, ou através da concessão de situações subjectivas, maxime direitos subjectivos, porquanto a lógica do direito processual não se reduz a uma relação meio - fim, antes plasma uma relação de integração. Isto é, a dimensão jurídico processual civil não constitui um mero instrumento da realização do direito material, pois que, ela deve ser, nalgumas situações, parte integrante do mesmo. Ademais, o direito não é, apenas o que se obtém através do processo civil.

Podemos assim já adiantar que a mudança legal de sexo, configura um conjunto de direitos, que carecem de um processo intrínseca e necessariamente conformador da sua própria eficácia subjectiva. O direito "*hoc sensu*", à rectificação das menções

---

<sup>851</sup> V.g., no estabelecimento da paternidade e da maternidade e na plétora de processo que daí brotam, entroncando, por vezes o problema da procriação assistida.

relativas ao sexo no assento de nascimento, configura, um direito (ou direitos) processualmente dependente, na medida em que, à falta de via processual explícita, sempre pairará o risco de situações de quase "*non liquet*"<sup>852</sup>.

Por outro lado, o Processo Civil pode constituir um "*pré - efeito*" da garantia dos direitos de personalidade subjacentes ao pedido de mudança legal de sexo. Vale dizer, os direitos de personalidade aqui implicados irradiam sobre o processo - a forma de processo - devendo este ser conformado de maneira a assegurar a efectividade optimizante do direito à saúde, à identidade sexual ou noutra enfoque, à intimidade da vida privada<sup>853</sup>, além de que a conformação processual (civil) da mudança de sexo, ao ser enformada por princípios constitucionais materiais, projecta-se sobre o âmbito de protecção dos direitos de personalidade, que fundamentam o pedido de rectificação das menções respeitantes ao sexo, no assento de nascimento.

O processo, a forma de processo a eleger - ou, se se preferir a vertente procedimental administrativa - não pode aniquilar e subalternizar a apreciação do mérito do pedido de mudança legal de sexo, devendo, outrossim, lograr a sua efectividade óptima. Daí, o processo (civil) de mudança de sexo justo, é pré - efeito de vários direitos de personalidade/ fundamentais, materialmente fundados. De resto, a dimensão material reclama que o processo se conforme de forma restringir o menos possível os direitos fundamentais à saúde, à identidade pessoal e à intimidade da vida privada.

---

<sup>852</sup> Que, julgamos, mitigadamente, terá ocorrido no acordão do S.T.J., de 16/12/88, in B.M.J., nº381 (1988), pág.579 e ss.

<sup>853</sup> De facto, se do conteúdo da decisão judicial, que conheceu o mérito da causa, exorna, a declaração de que o autor tem outro sexo e nome, ordenando-se, em conformidade, o seu avermamento no assento de nascimento, é claro que, deste jogo de mecanismos processuais, não é indiferente impôr que o juiz da causa ordene, em caso de procedência da acção, a feitura de um novo assento de nascimento (mantendo-se o registo, arquivado do antecedente), onde deva tão só constar o (novo) sexo e nome, designadamente à luz da tutela do direito à intimidade da vida privada, nos casos de emissão de certidões, por ou para terceiros.

Por fim, as condições reais em que se desenvolve a eficácia destes direitos de personalidade, no quadro da mudança de sexo, podem exigir estruturas processuais funcionalmente efectivantes desses mesmos direitos, visto que, v.g., não é dispiciendo exigir a consagração de uma fase processual autónoma dirigida à autorização, por parte do tribunal (ou v.g., de uma entidade competente, no âmbito do Ministério da Saúde, sob parecer do Instituto de Medicina Legal de Lisboa), da intervenção cirúrgica de mudança de sexo, julgando-se que só, dessa maneira se descriminalizaria o crime de ofensas corporais, atenta a tutela do direito à integridade física. O mesmo é dizer, para alcançar uma ordem jurídico - positiva que garanta um direito à saúde e identidade sexual, suficientemente amplos e compreensivos, não deve operar, apenas, uma garantia negativa, protegendo o titular das ingerências do Estado e dos particulares - antes, proteger jurídico - processualmente o seu processo de concretização, através de regulações materiais e processuais, orientadas para tornar eficaz as garantias pretendidas pelos artigos 26º e 64º da CRP e 70º do código civil, ainda que o processo sirva para resolver conflitos ou colisão de direitos (v.g., o aparente conflito com o direito à integridade física, nos casos de intersexualidade e transexualidade).

Não se pense, no entanto, que, igualmente, em sede de direito processual, não se antolha o vertiginoso "*calendoscópio*", em que se tende a dissolver cada pretensão subjectiva de conformação, em absoluta liberdade, dos limites do próprio ser. Note-se que, é sempre necessário um marco, uma fronteira, ainda que fictícia, no sentido de consolidar exteriormente a "*consistência*" de si. Qualquer forma de subjectivização dos esquemas de percepção jurídica da sexualidade, tende a dissolver cada desejo de "*autodeterminação sexual*" na questão da procura de legitimidade, chamando o Direito a desenvolver uma função constitutiva de cada identidade individual, tanto nos casos de transexualidade como de intersexualidade. Através da inscrição/transcrição no registo do estado civil das pessoas, confirma-se e consolida-se, como registámos, a praticabilidade de cada modelo existencial, no fundo, a possibilidade de um "*contexto comum*". E o advento da lei, aí onde uma subjectividade espartilhada na multiplicidade de formas de desejo e, totalmente livre e autodeterminada, sempre acabaria por dissolver-se, no confronto com



os "outros". E a lei, neste caso, mais não faz do que "fixar" um "Contexto comum", com fronteiras facilmente balizáveis - o sexo, o nome - ainda que, tão só, presuntivamente definitivas, susceptíveis, pois, de "revogação", à luz do global processo de identidade sexual.

Do ponto de vista da técnica normativa, não é difícil indicar a fronteira deste eventual modelo de encontro dinâmico, onde a indeterminabilidade subjectiva, afastada da ameaça dos definitivos e imutáveis "vínculos corporais", que presidem ao registo anagráfico do sexo, podem subordinar-se à exigência de determinação jurídica.

Ora, facto é que cada vez tendem a ser mais frequentes a possibilidade de recurso à via judicial, para efeitos de "investigar" uma situação existencial. Desde as formas de recurso aos tribunais, no âmbito das providências relativas aos filhos e ao cônjuge, até à conformação processual da mudança de sexo, nos casos de transexualidade, naqueles ordenamentos que sobre ela já legiferaram, o problema é sempre o de redefinir unitária e sistematicamente estas formas de intervenção, no quadro do direito processual (civil) <sup>854</sup>, posto essa exigência constitua mais uma prova em quanto o abandono do "paradigma corporal" naturalístico, isto é, também, a dissociação entre corpo e sexualidade, toca o Direito na sua globalidade.

Uma sugestiva tentativa pode descortinar-se em GOLDING<sup>855</sup>, que configura, através de uma espécie de "idealização" do desenvolvimento do direito norte - americano, as paradigmáticas formas de "dispute settling": "adjudication", "conciliation", "therapeutic

---

<sup>854</sup> Até porque, nos tradicionais processos (especiais) tendentes à declaração de interdição ou inabilitação, conquanto apresentem uma estrutura contenciosa, mais não visam do que verificar constitutivamente uma situação existencial. Daí que, não se possa facilmente perceber o alcance aquilo que chamaríamos a "crise do sujeito", que é, essencialmente sua, com repercussão adentro da sua esfera jurídica. Ora, manter a natureza contenciosa deste processo pode significar a obnubilação do sujeito, vale dizer a crise do ordenamento jurídico processual, superlativamente patrimonialista. Também, neste sentido, SATTA, S., "Commentário al codice di procedura civile. Procedimenti speciali", Milano, 1969, IV, parte I, pág. 326.

<sup>855</sup> GOLDING, M.P., "Philosophy of Law", cit., pág.106 e ss.

*integration*"<sup>856</sup>. Quanto a esta última, normalmente utilizada no seio das relações jurídico - familiares<sup>857</sup>, parece corresponder a outra exigência de "*definição de si próprio*", ao redor do desenvolvimento normativo irradiante da "*privacy*" e da emancipação das fronteiras naturalísticas do corpóreo. As suas características levam-na, destarte, a intervir, sempre que o indivíduo, "*may not be able to formulate what the conflict is or where it lies*"<sup>858</sup>. Noutros termos, a parte não visa resolver uma controvérsia ou a afirmação de um direito, mas a determinação/verificação do próprio pressuposto da sua pretensão jurídica, isto é, uma clarificação subjectiva. Um modelo, pois, de sistematização normativa que, postergando a mera função declarativa, pela qual o estado civil faz registrar as pré - determinações naturalísticas da tradicional relação entre identidade sexual e identificação jurídica, move-se no quadro de uma absoluta indeterminação sexual subjectiva do sujeito, que se vai construindo, ao circunscrever jurisdicionalmente o âmbito de determinabilidade sexual, como se de um "*use of himself*" médica e normativamente enquadrado se tratasse.

Vale isto por chamar à colação, no nosso ordenamento, de "*iure condito*" os vários tipos de providências adjectivas, que, em abstracto podem amoldar a conformação legal da mudança de sexo, quer nas hipóteses de transexualidade, intersexualidade, quer nos casos de erro material de declaração, de inscrição ou transcrição.

Poderá, "*prima facie*", conceber-se o recurso a um processo de justificação administrativa, aplicável nas condições previstas do artigo

---

<sup>856</sup> Sem aprofundar o problema das funções impostas ao juízes, nalgumas matérias de direito da família, poder-se-ia conceber a imposição de uma tentativa de conciliação extra - judicial, como condição de procedência da acção, como em termos análogos ocorre na resolução de conflitos de interesses jurídico - laborais.

<sup>857</sup> Cfr., sobre as diversas formas de composição de conflitos familiares, na experiência norte - americana, HALEY, J./HOFFMAN, L., "*techniques of family therapy*", New York, basic Books, 1986.

<sup>858</sup> GOLDING, M.P., "*Philosophy of Law*", cit., pág.115.

309º do CRC , "ex vi" do nº3 do artigo 115º, do mesmo código, se se entendesse que em todas as hipóteses de mudança de sexo, haveria lugar a uma rectificação da inexactidão do género sexual, constante do assento de nascimento, não porque o registo não correspondesse à verdade ao tempo da sua feitura, antes porque o estivesse mal feito, mencionando-se erradamente o sexo do registando.

Ou, configurar a possibilidade de intentar um processo de justificação judicial<sup>859</sup> já porque se tratasse de rectificar inexactidões do registo, contanto que não fossem sanáveis pelo processo de justificação administrativa<sup>860</sup>, na medida em que se suscitem dúvidas acerca da identidade das pessoas a quem o registo respeita (ou esteja me causa o estabelecimento da filiação)<sup>861</sup>.

Ou, ainda despoletar uma acção de estado com processo ordinário, pedindo-se ao tribunal que declare que o indivíduo tem sexo diferente do que consta do registo e, em conformidade<sup>862</sup>, a rectificação por averbamento do assento de nascimento em relação ao

---

<sup>859</sup> Cfr., artigo 299º/2, do CRC.

<sup>860</sup> Ou não tomem o registo juridicamente inexistente ou nulo. Normalmente e este o processo aplicável para suprir omissões no registo (arts. 105º, 42º/1, 205º, 103º, do CRC e artigo 1659º do Cciv 66), a reconstituição avulsa do registo (cfr., arts. 34º, 35º, 42º/3, 107º, do CRC), a declaração de inexistência do registo (cfr., artigo 108º, do CRC e 1628º do Cciv 66), a declaração de nulidade jurídica do registo (artigo 110º e ss., do CRC e arts. 369º/2, 1657º, do Cciv 66) e a rectificação das inexactidões, deficiências ou irregularidades do registo, insanáveis por via administrativa.

<sup>861</sup> De facto, se neste caso, a rectificação incidir sobre um registo lavrado só por inscrições, haverá que dispensar todo o cuidado á decisão, de modo a não só ordenar a rectificação, quando se não suscitem dúvidas sobre a identidade da pessoa a quem o registo respeita, caso em que se deve seguir o processo de justificação judicial. Cfr., sobre isto, FARIA, F.L., de, "*Factos e Actos de Registo Civil*", Porto 1986, pág.180 e ss.

<sup>862</sup> Cfr., artigo 299º/3 e 86º/1/n do CRC.

sexo e ao nome do registado, na medida em que fosse inexacto o facto (sexo) registado)<sup>863</sup>.

Noutros ordenamentos jurídicos, que nos são bastante permeáveis, como é o caso do sistema italiano, à falta de marcantes correntes jurisprudenciais, começou, primeiramente por dizer-se que, em todas as hipóteses de mudança legal de sexo, sómente haveria lugar a uma acção de rectificação do registo<sup>864</sup>.

Na realidade, do ponto de vista médico legal, até nos casos de transexualismo se defendeu a ocorrência de um erro material, coetâneo ao nascimento, quando do diagnóstico do sexo - por princípio, sempre rectificável<sup>865</sup> - que decorria da insuficiência das regras que disciplinam a atestação (sumária) do sexo, no assento de nascimento, na medida em que impedem um diagnóstico suficientemente preciso do sexo, incorrendo-se, desta forma, num erro de facto, por inexacta consideração de uma realidade diversa já existente, a ponto de se peticionar a rectificação do sexo, que vise reconhecer um facto que sempre existiu mas que se desconhecia<sup>866</sup>; ou, ainda, um erro "histórico", que assume relevô tão só, ulteriormente, em relação ao momento da atestação no assento, por força da concideração de elementos supervenientes<sup>867</sup>.

---

<sup>863</sup> O que, no âmbito do clássico "*paradigma corporal*" naturalístico só aproveitaria à mudança legal de sexo, em caso de transexualidade ou intersexualidade, se se provasse que toda a ambiguidade sexual morfológica ou morfológica psicológica fosse constitucional ou congénita.

<sup>864</sup> E, desde que, paulativamente se começou a aceitar a admissibilidade da mudança legal de sexo, nos casos de intersexualidade e transexualidade. Quanto a esta última, a tendência para a admissibilidade começou a esboçar-se, frouxamente, nos inícios dos anos sessenta, cfr., sentença do tribunal de Milão nº1030, de 1965 e do tribunal de Torino, nº2330, do mesmo ano, citados por ANTIGNANI, "*Sulla natura della diagnosi, ...*", cit., pág.414 e ss.

<sup>865</sup> ANTIGNANI, "*Sulla diagnosi, ...*", cit., pág.515.

<sup>866</sup> ANTIGNANI, "*Sulla diagnosi, ...*", cit., pág.517.

Indo as coisas decididas neste enfoque, não foi estranhável que a jurisprudência italiana tivesse ampliado a esfera de actuação deste procedimento de rectificação, seja alargando o seu âmbito de conformação<sup>868</sup>, seja reconduzindo todas as hipóteses à existência de um erro material ou de facto<sup>869</sup>, no sentido em que se interpretava extensivamente a expressão "*errori materiali di scrittura*", do artigo 165º do decreto de 9 - 7 - 1939, nº1238; além de que, sempre se dizia que a rectificação que "*santificasse*" uma anterior mudança de sexo, operada cirurgicamente, seria realizada, por vezes, pelo Ministério Público, posto fosse do interesse público e na medida em que este impusesse que a "*realidade natural*" sexual se harmonizasse com o registo dos factos e actos do estado civil<sup>870</sup>.

Todavia estas impositões foram sendo paulativamente criticadas por uma corrente jurisprudencial que, navegando vigorosamente na letra da lei, veio negar a aplicabilidade do procedimento de rectificação, nos casos de intersexualidade e transexualidade, pois, dizia-se, em nenhum erro se teria incorrido<sup>871</sup>. Ora, desta sorte, o

---

<sup>867</sup> CARNELUTTI, F., "*Rettificazione di sesso*", in *Rivista di diritto processuale*, 1962, II, pág. 1995.

<sup>868</sup> Considerando, v.g., que certo indivíduo sempre teria sido do sexo masculino e, somente, por erro causado, por certa ambiguidade de constituição morfológica dos genitais teria sido declarado pertencer ao sexo feminino. Daí que, evidenciando-se supervenientemente, o "*verdadeiro*" sexo, se devesse proceder à respectiva rectificação.

<sup>869</sup> Não se restringindo tão só à correcção de erros materiais, omissões e irregularidades involuntárias, no registo dos factos e actos do estado civil das pessoas, mas, igualmente, reforma a reconstrução de registos perdidos ou omissos. Cfr., *For. ital.* 1962, I, 1, pág.1034, o que levou à aplicação deste procedimento aos casos que, no momento, já se mostrassem desconformes com a "*realidade natural*" e jurídica, quer fossem do foro sexual morfológico ou sexual psicológico.

<sup>870</sup> Cfr., PERLINGIERI, P., "*Note introdutiva, ...*", cit., pág.205.

<sup>871</sup> Mais não seja porque se temia que a rectificação prejudicasse direitos ou interesses de terceiros, v.g., da pessoa a cujo o estado civil respeita o assento, na medida em que não fossem citada para contestar, nos casos em que a rectificação fosse requerida por terceiro. Neste sentido, tentando

pedido que visasse obter o reconhecimento da mudança de sexo, sómente se accionaria através de uma acção de estado, pois que, entendia-se não ser curial aplicar tão "*extensivamente*" o processo de rectificação. Com efeito, do que se tratava não era do reconhecimento de uma situação que sempre tinha existido - e só por erro se desconhecia - antes da rectificação de um facto, decorrente da ulterior modificação de um pré - existente dado facto.

E, então, preferiu-se usar o procedimento contencioso, pois, afirmava-se a imprescindibilidade da presença e participação processual dos sujeitos que tivessem interesse em contraditar a pretensão e que, no mais, a mudança de sexo, configurava uma questão de estado da pessoa - no sentido técnico - jurídico - justamente, o reconhecimento judicial da diversa personalidade jurídica que o indivíduo desejava desenvolver em sociedade, nos termos da mudança fenotípica efectuada<sup>872</sup>. Acresce que isto apenas se intuirá, acaso se diga - como o fazia e ainda faz a doutrina e jurisprudência italiana<sup>873</sup> - que a mudança de sexo configura

---

transpor tal doutrina para o direito português, cfr., GONÇALVES, C., "*tratado, ...*", cit., vol. XIV, pág.44.

<sup>872</sup> Vide, For. ital., 1962, I, pág.1033.

<sup>873</sup> Pois, na italiana sobre a mudança de sexo, nos casos de transexualidade e intersexualidade, tanto se prevê um "*procedimento contencioso*", nos termos do seu artigo nº2, com a participação obrigatória do M.P., à luz do artigo 70º do codice, "*a seguito di intevenute modificazione dei suoi caratteri sessuali*", como um procedimento "*in camera di consiglio*", isto é, um processo sumário, no âmbito da jurisdição voluntária, "ex vi" do artigo 3º da referida lei, nas hipóteses de autorização judicial prévia, para tratamento médico - cirúrgico ("*quando risulta necessário*") cfr., PATTI, S./WILL, M., in Riv. DC, 1982, pág.749. Para o que quer se entenda das expressões "*quando risulta necessário*" e "*a seguito di intervenute modificazione dei caratteri sessuali*", cfr., DOGLIOTI, M., in Dir Fam. Pers., 1984, pág.423 - 424.

Na "TSG" alemã, a competência e o procedimento, movem-se no quadro das leis sobre o registo do estado civil das pessoas (Personenstandsgesetz - PStG), isto é, recorrendo-se a uma acção de estado, no que toca à atestação da nova matriz sexual, nos termos do seu §9, alíneas 1 e 2, no âmbito da jurisdição voluntária ("*Gestez über die Angelegenheiten der freiwilligem Gerichtsbarkeit*"), se se recorrer primeiro á mudança de nome, nos termos do §4, alínea 1; além de se remeter para o ordenamento processual civil ("*Zivilprozessordnung*") sobretudo em matéria de capacidade e

uma típica questão de estado e de capacidade do indivíduo; e que comportava modificações do "status" do indivíduo, em relação à sua família. Valia isto dizer que se devia recorrer à jurisdição contenciosa, porquanto, destarte, a pretensão de afirmar a própria personalidade jurídica, na vida de relação, não pode deixar de interessar ao organismo social, do qual emana o sub - sistema jurídico positivo, que regula a capacidade das pessoas; organismo este, que se pode interessar em contraditar tal pretensão. Claro é, por isso, que a accionabilidade de tal demanda condizisse, imediatamente, a questões atinentes ao estado e à capacidade das pessoas, previstas na lata formulação do nº3 do artigo 70º do "*Codice di Procedura Civile*", o qual se refere, não apenas às relações de família - na prática as mais frequentes - mas também a outros "*status personae*", modo particular, dizia-se, de o indivíduo pertencer ao organismo social. E daí finalmente, a reivindicação a tutela de uma acção de estado, na forma do processo contencioso ordinário, aí onde o Ministério Público tem papel de relevo<sup>874</sup>, enquanto designado pela lei como depositário de interesses da comunidade. Que não, pois, uma acção de rectificação - que, por essência, na doutrina italiana é, seguramente, uma acção desenvolvida no âmbito da jurisdição voluntária - dos factos e actos do registo civil, que se destinasse a eliminar os erros e omissões materiais dos "documentos".

No que toca ao ordenamento português, o pânico e as alterações doutrinárias e jurisprudenciais assinaladas em Itália, não passaram de efémero momento.

Com efeito, se com o Código do Registo Civil de 1911, a questão se poderia legitimamente colocar, isto é, defender a aplicabilidade do

---

legitimidade. Já, nos casos de intersexualidade e erros materiais de declaração/inscrição ou transcrição, segue-se o §47 da PStG, conquanto nada se estabeleça no que respeita às condições de procedência da acção. Sobre isto, cfr., Amtsgericht (tribunal da 1ª instância) Freiburg, in StAZ, 1983, pág.16 e ss.; AUGSTEIN, *ivi*, 1982; *ibidem*, *ivi* 1983, pág.339 e ss.

<sup>874</sup> Por força do artigo 73º do Decreto de 30 - 1 - 1941, nº12, que reformulou a organização jurídica. Cfr., SATTA, "In tema di legittimazione del Pubblico Ministero nel processo civile", in Giur. ital., 1951, I, 2, C, pág.384 e ss.; CARNELUTTI, F., "Mettere il pubblico ministero al suo posto", in Riv. DPC, 1953, I, pág.257 e ss.

normal processo contencioso, no caso da rectificação poder prejudicar interesses de terceiros, na redacção do artigo 224º/2, do Código do Registo Civil de 1932 (ou mesmo na sua nova redacção, por força do Decreto - lei nº39923, de 23 - 11 - 1954, que modificou os §1 e 2), visou-se tão só curar da rectificação dos Registos<sup>875</sup>, nos casos de erro, omissão de formalidades ou actos, ...Daí que viesse, posteriormente, a defender<sup>876</sup> que a mudança de sexo nos casos de transexualidade se operava adjectivamente, mediante uma acção de estado com processo ordinário<sup>877</sup>, intervindo, de guisa, o Ministério Público, nos termos do artigo 26º e 462º do CPC e artigo 5º/1/c da Lei nº47/86, de 15 - 10 (Lei orgânica do Ministério Público), posto se considerasse não ser caso para rectificação de qualquer inexactidão, deficiência ou irregularidade constantes do registo, na medida em que não se curava de um facto desconhecido mas já existente à data da feitura do assento de nascimento, mas uma acção de estado com processo ordinário, destinada à modificação do estado que resulta do assento<sup>878</sup>, por facto de ter havido uma posterior mudança de sexo.

---

<sup>875</sup> E não já, dentro do âmbito da rectificação dos registos distinguir entre acções que admitem oposição por força do preceituado no artigo 122º/1, da Lei nº2049, de 6 - 8 - 1951 (que mandava o M.P. promover as acções necessárias à rectificação ou cancelamento dos registos, sempre que fosse solicitado Director - Geral dos Registos e do Notário) e o simples processo de justificação regulado no artigo 224º/2, do código de registo civil de 1983.

<sup>876</sup> Cfr., AcRE, de 25 - 10 - 1979, in C.J., 1979, t. IV; ibidem, de 31 - 1 - 1980, ivi, t. I, pág.166.

<sup>877</sup> PEREIRA COELHO, "*Curso...*", cit., pág. 173, nota 2. Porém, pensamos que, num dos citados arestos não se trata de uma hipótese de transexualidade, pois como se diz na "*factis species*", "*Palmira do Nascimento (...) tinha, nessa altura, as características correspondentes a tal sexo (feminino) embora defeituosas*". Taratar-se-à, outrossim, de um caso em que o sexo, na altura do nascimento se apresenta claudicamente definido e, todavia, se desenvolva, seguida e naturalmente (ou através da intervenção cirúrgica "*auxiliar*", que o "*defina*"), no sentido oposto, na medida a que a esse também corresponda a "*gender Identity*".



É certo que, como opina o prof. PEREIRA COELHO<sup>879</sup>, a acção do estado com processo ordinário, tão só se há-de reservar para as hipóteses de transexualidade, sendo que à mudança legal de sexo, nos casos de intersexualidade e bem assim de erro na declaração de nascimento ou na inscrição/transcrição no assento de nascimento, haveria de quadrar, normalmente uma acção de justificação administrativa ou judicial, contanto que neste último caso esteja em causa a identidade da pessoa a quem o registo respeita. Porém, salvo o devido respeito, entendemos tratar unitariamente, para efeitos jurídico-processuais, as hipóteses de transexualidade e intersexualidade, aí onde, ao arrimo de um "*paradigma corporal renovado*", onde o corpo seja tão só o "*intermediário inicial*" da concatenação entre o sexo, a sexualidade e o Direito, se trata de "*declarar constitutivamente*" uma "*nova*" identidade sexual, atento o evoluir morfológico ou psicológico da sexualidade, santificado pelo critério médico, na veste do direito à saúde, em derredor do qual se há-de mover o direito à identidade pessoal. Sendo assim, até nas hipóteses de intersexualidade (hermafroditismo, pseudo-hermafroditismo e demais ambiguidades externo-genitais) não se cura de rectificar um erro (de observação) cometido na época do nascimento, antes certificar constitutivamente a emergência de um quadro sexual morfológico já estabilizado, posto que até, nestas hipóteses não é despicienda a influência da "*Identidade do Género*", marcada pelo "*Gender Role*", os quais mesmo nesta sede, determinam o sentido morfológico da "*definição*" cirúrgica a efectuar. O que, note-se, não quer dizer que, concedamos de barato, de "*iure constituendo*", o recurso invariavelmente a uma acção de estado nestoutras hipóteses.

Se, de "*iure condito*", a mudança de sexo, em hipóteses de transexualidade e intersexualidade, à falta de melhor propriedade do meio processual, devem ser resolvidas mediante uma acção declarativa (constitutiva), na esfera da jurisdição contenciosa, à luz do que deixámos dito sobre o fim do processo declarativo, parece-nos dever

---

878 Idênticas conclusões se colhem dos arestos que já decidiram, entre nós, casos de transexualidade.

879 COELHO, P., "*Curso, ...*", pág.173 - 174, nota 2.

seguir, de "*iure constituendo*", outros pontos de apoio jurídico - processuais.

Neste sentido, a questão gira desde logo, em indagar da procedência da afirmação que assimila o sexo dos indivíduos a um "*status*"<sup>880 881</sup>.

Do que quer que seja "*status*", reina na doutrina a rarefacção daquilo que se exigiria ser uma teoria validamente fundada, prenhe de certezas, ou conceitualmente harmónica.

Com efeito, os "*estado*" consignados na tradição, uma tradição que se diz romanista<sup>882</sup>, são os três, "*status libertatis*" (que separava,

---

<sup>880</sup> E, sem que as coisas tivessem mudado com as alterações ocorridas no código de Registo Civil, na redacção do DL nº51/78, de 30 - 3, 379/82, de 14 - 9.

<sup>881</sup> Em França, nas hipóteses de "*erro grosseiro*" na declaração, seja do declarante, seja do "*officier de l'état civil*", há lugar à simples rectificação do assento de nascimento. Cfr., NERSON, R., in *Revue de Droit Public*, 1966, pág.74; *ibidem*, *ivi*, 1976, pág.801. Se o erro não fôr "*manifesto*" recorre-se a uma acção de estado, que o autor designa por "*l'action en réclamation de sexe*"; *ibidem*, 1966, pág.77, que se funda nas disposições do artigo 99º do "*code civil*", sobre a rectificação dos actos do estado civil.

Na Suíça, a acção que pretenda modificar a inscrição do sexo no registo não se condensa num pedido de simple rectificação, antes numa acção de estado, corrigindo-se uma inscrição que já não corresponde à situação de facto real. Para os casos de erro material que afecta a inscrição desde o nascimento, deve usar-se a rectificação judicial consignada no artigo 45º/1, do "*code civil Suisse*". Cfr., GROSSEN, M./GROSSEN, J., in *Revue de Droit Public*, 1967, pág.916, nº1.

Igualmente na Bélgica se acciona a mudança de sexo, na intersexualidade (com dúvidas) e na transexualidade, através de "*l'action d'état*", em prejuízo de "*l'action en rectification d'acte de l'état civil*", que visa tão apreciar a regularidade do registo, qual instrumento de prova, que não a verdade do facto registado. Cfr., sentença de "*casstion*" de Bruxelas, de 16 - 4 - 1986, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 1987/3, 4, (*Jurisprudence*).

<sup>882</sup> Contra o conceito técnico - jurídico de "*status*" em direito romano, pronunciou-se um dos corifeus da Escola Histórica - Gustavo Hugo, ajud PINTO, N., "*Lo status professionale*", Milano, 1941. Este último, tentava - como, aliás o fazia toda a doutrina jurídica fascista italiana - ambigualmente pôr em causa toda esta tradição, por forma a descobrir, impulsionado pelas tendências nacionalistas, apostadas a reforçar a autoridade das corporações, como via para um controlo social total,

por um lado os escravos dos homens livres), "*status civitatis*" (que atribuía os direitos políticos, marginalizando, nos primeiros tempos da República, os "*peregrinus*", que ainda não dispunham do "*praetor perigrunus*", criado pelo "*ius gentium*") e "*status familiae*" (traduzindo a plenitude da capacidade jurídica, requerida pela qualidade "*sui iuris*", sómente detida pelo "*paterfamilias*") surgindo, depois, o status de "*filius familiae*", um "*alieni iuris*", submetido à "*patria potestas*"<sup>883</sup>.

Nesta esteira, situam-se toda uma gama, de autores que consideram o "*status*" no direito civil em paralelo, fundamentalmente com a concepção romana, isto é, o "*status*" seria hoje, como em Roma a posição jurídica do indivíduo perante a comunidade política e a família<sup>884</sup>.

---

um novo "*status*", justamente, o "*status professionale*", na medida em que teria sido, indirectamente, influenciado por FERRARA ("*trattato di diritto civile italiano*", 1921, vol. I, pág. 337 e ss.), que dilui completamente a noção de "*estado*", sinónimo, aí, de qualidade jurídica, conceito largo e simples, que convém a qualquer qualidade jurídica; o que, aliás GRAVESSON ("*Status in the common Law*", London, 1953, pág. 2 e ss. e 7) qualificava como expediente lógico e instrumento prático para criar ou manter desigualdades (assim, também, RESCIGNO, P., "*Manuale, ...*", cit., pág.151), na medida em que se supõem situações de privação ou limitação da capacidade de exercício, ou o ódio a grupos étnicos ou religiosos; ou ainda para assegurar uma tranquila convivência do ordenamento estadual com outros ordenamentos soberanos (v.g., a Igreja, nos termos de se atribuir o "*status*" de "*Ministro da Igreja Católica*"). Esta herança foi, aliás recebida por BARBERO ("*Sistema istituzionale del diritto privato italiano*", I, Torino, 1950, pág.135 e 153), que fala num "*status*" religioso "*in ragione della gerarchia nella chiesa*". Já se vê que são mais razões históricas do que considerações actualistas, que explicam a manutenção do conceito de "*estado*".

<sup>883</sup> Sobre a origem histórica da noção e a experiência romana, cfr., RASELLI, "*Del concetto di status e delle sue applicazione nel diritto processuale*", in Studi Senesi, 1921, pág.229 e ss.; ibidem *ivi*, 1924, pág.1 e ss.

<sup>884</sup> A doutrina que, com efeito, estuda o problema da unidade conceitual do "*status familiae*", desenvolve, no fundo a doutrina de CICU, A. ("*Il concetto di status*", in scritti minori de A. CICU, I, Milano, 1985, pág.181 e ss.), que distingue a colectividade necessária e voluntária, comunidade política, a excluir o arbítrio individual e comunidade familiar, que resulta da livre determinação do indivíduo. Na primeira, o indivíduo é membro, parte um todo; na segunda é indivíduo, unidade "*a se stante*", o que dá, logo, lugar a uma estrutura radicalmente diversa de relações jurídicas. "*Status*" é,

Por aqui voga **JOSSERAND**<sup>885</sup>, que considera o estado das pessoas um dos atributos da personalidade (os outros seriam o nome, domicílio, capacidade e património), reconduzindo-se à posição da pessoa em relação à nação e à família. Para **CAPITANT**<sup>886</sup> é a posição do indivíduo considerado como membro dum grupo político chamado nação e dum grupo mais estreito constituído pelo casamento, ou, pelo menos, pela filiação, situando a idade, a demência e outras qualidades, na matéria da capacidade, que, tal como **JOSSERAND** distingue do estado. Este é apenas o conjunto de determinadas qualidades jurídicas, que não de todas, sendo aquelas qualidades fontes de direitos e obrigações. **COVIELLO**<sup>887</sup> determina mais incisivamente o vínculo que cria essa posição que a pessoa disfruta relativamente à sociedade política ou à família distinguindo relações permanentes e necessárias, entendendo, igualmente, que a "capacidade" é uma noção distinta de "estado", quanto às qualidades de facto como o sexo, na medida em que a modificam, além de que o estado também alteraria a capacidade. Vê-se, igualmente, **PLANIOL**<sup>888</sup> a afirmar que o "status" é um conjunto de qualidades, quais circunstâncias que a lei tomaria em consideração para aí fazer derivar consequências jurídicas

---

nesta medida, para **CICU** a relação ou vínculo jurídico que prende o indivíduo á "comunidade dos outros", isto é, um vínculo único. "Non in ogni collettività organizzata si riscontra il concetto di status, ma solo in quelle in cui l'individuo entra como membro, anziché come unità a sé stante; non dunque nelle associazioni volontariamente costituite" (**CICU**, ob. cit., pág.196). Cfr., **CRISCUOLI, G.**, "Variazione e scete in tema di status", in Riv DC, 1984, I, pág.158; **PERLINGIERI, P.**, "I diritti del singolo quale appartenente al nucleo familiare", Ras. Dir. civ., 1982, pág.72 e ss.; **RESCIGNO, P.**, "Situazione e status nell'esperienza del diritto", in Riv. DC, 1973, I, pág.219; **MAINE, H.J.S./PASSARELLI, S.**, "Status familial, in saggi di diritto civile", Napoli, 1961, pág.421.

<sup>885</sup> **JOSSERAND**, "cours de droit civile Français", pág.129 e ss.

<sup>886</sup> **CAPITANT, H.**, "Introduction à l'étude du droit civil", 4ª ed., 1921, pág.158 e ss.

<sup>887</sup> **COVIELLO, N.**, "Manuale di diritto civile italiano", 1ª ed., 1915, pág.148 - 149.

<sup>888</sup> **PLANIOL, M.**, "traité élémentaire de droit civil", 6ª ed., 1911, pág.257 e ss.

sobre a capacidade jurídica. Porém, estas qualidades são para ele meras qualificações da pessoa, ponto de partida para se lhe imputar um maior ou menor número de direitos e obrigações, seguindo daí que "estado" seria a própria qualidade pura e simples, com o que se desemboca na afirmação de um outro: estado pessoal, como a conjunto de qualidades que definem a situação física da pessoa (v.g., profissão, características físicas, ...)

Mas, é FERRARA<sup>889</sup> que, imbuído por uma pré - compreensão jusnaturalista, não só desarticula, para no "estado" integrar qualidades atinentes ao estado físico da pessoa - o "estado físico individual" de PLANIOL - suprimindo o próprio problema do "status", pois, para ele, estado é sinónimo de qualidade jurídica, um conceito tão lato que convem a toda a qualidade (sendo esta v.g., a idade, a posição na família, o sexo, a qualidade de comerciante, herdeiro<sup>890</sup>, falido, militar, trabalhador, ...).

No entanto, a doutrina dominante coloca-se claramente ao arrimo da doutrina romanista. Seja assimilando o "status" a uma relação ou vínculo jurídico, que liga o indivíduo ao agregado social ou familiar<sup>891</sup>; ou um pressuposto de uma série de direitos, poderes e obrigações que vêm a ser objecto de uma consideração autónoma e que derivam dessa pertinência com a colectividade (ASCARELLI)<sup>892</sup>; seja, a relação do indivíduo com o grupo, que, na sua generalidade compreende todos as possíveis relações jurídicas particulares do indivíduo com os demais membros do grupo e, portanto, todos os direitos e deveres nos quais se analisa tal relação (NICOLAS

---

<sup>889</sup> FERRARA, "trattato di diritto civile italiano", vol.I, 1921, pág.337 e ss.

<sup>890</sup> GRASSHOF, "Die mängel des heut. Status - rechts", in Festschrift für A. PINNER, Berlin. Leipzig, 1932, pág.30 e ss., que considera acção de estado uma acção de oetição de herança.

<sup>891</sup> Vide, supra, nota 3, (da página anterior)

<sup>892</sup> Ajud., MOLINA, M., "Sobre el concepto di status", in Revista de la Facultad de derecho del Mexico, nº29, 1958, pág.20.

PINTO)<sup>893</sup>, ou uma posição jurídica assumida por um sujeito em relação a uma certa colectividade de pessoas organizada juridicamente (GASPERONI)<sup>894</sup>; ou, a relação que liga o indivíduo ao agregado social, relação esta onde aquele não surge como ente independente, antes se encontra subordinado ás normas ditadas pelo poder desse agregado (RODRIGUES ARIAS)<sup>895</sup>; quer, concebendo-o como critério de classificação para ordenar as relações em que o indivíduo se revela face ao Estado ou, perante qualquer colectividade organizada (JELLINEK)<sup>896</sup> ou, uma qualidade que exprime a participação do sujeito numa relação da vida social relevante na ordem (D'ANGELO)<sup>897</sup>; síntese ideal de relações jurídicas (RETENDI)<sup>898</sup>; modo de ser da personalidade, determinado em função das diversas posições que o homem assume na Sociedade (RASELLI); ou, algo que integre "*un rapporto, una relazione*" (FERRI)<sup>899</sup>; "*the aggregate of person's capacities and incapacities, as determined by that person's membership of a class or group in society, second, the sum of legal conditions imposed by the operation of law, as distinct from rights and acquired by the operation of the voluntary act of a person*"

---

893 PINTO, N., "*Lo status professionale*", cit., pág.87.

894 Ajud, MOLINA, M., "*Sobre el concepto, ...*", cit. pág.20 e ss.

895 ARIAS, R., "*concepto y fuentes del derecho civil español*", Barcelona, 1956, cap.VI, nº5, pág.146.

896 JELLINEK, "*Sistema dei diritto pubblici subietive*", Milano, 1912, pág.97 e ss.

897 D'ANGELO, A., "*Il concetto giuridico di status*", *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 1938.

898 RETENDI, E., "*Il giudizio civile com pluralità di parti*", Milano, 1911.

899 FERRI, L., "*Atti dello stato civile*", in *commentario del codice*, org. por Scialoja e Branca, *Livro I (Persone e Famiglia)*, arts.449º - 455, Roma - Bologna, 1973, pág.133.

(W.C.FRIEDMANN)<sup>900</sup>; ou, ainda, a condição especial de carácter duradouro e institucional, diversa da posição jurídica da pessoa, atribuída pela lei, contanto que a pessoa ocupe uma posição tal que abranja matéria com suficiente interesse público e social (GRAVESSON)<sup>901</sup>.

Mas, é igualmente mister analisar, sumariamente, a doutrina que entre nós curou da questão. No dizer de GOMES DA SILVA<sup>902</sup> é reduzida a bibliografia sobre o assunto, sendo o problema tratado sucintamente na obra de Direito civil de alguns Mestres.

Neste sentido, JOSÉ TAVARES<sup>903</sup> observava que o "*status*" constituía o conjunto de qualidades jurídicas" que, caracterizando o indivíduo, particularizavam essa idoneidade para ser sujeito de direitos e que preexistindo a tudo, diferenciaria de indivíduo para indivíduo a capacidade civil. Tal como FERRARA, já se vê, dilui o conceito institucional de "*status*", dizendo também que basta ser homem para ser pessoa (enquanto, no direito romano era condição para ter personalidade jurídica ou capacidade jurídica), tornando-o numa qualidade jurídica indiferenciável de qualquer outra. Já GUILHERME MOREIRA<sup>904</sup> partindo do artigo 1º do código civil de 1867 via-o como fundamento da determinação, "*in concretum*", da personalidade e capacidade de contraír direitos e assumir obrigações. Ponto é que fosse

---

900 FRIEDMANN, W.C., "*Some reflections on Status and Freedom*", in *Essay in jurisprudence, in Honor of R.Pound*, Indianapolis - New York, 1962, pág.222.

901 Ob. cit., pág.2. Note-se que já em Mortati ("*Instituzione di diritto publico*", I, Padova, 1969, pág.16 e GIANINNI, M.S. ("*Diritto Amministrativo*", I, Milano, 1970, pág.118 e ss.) se nota a preocupação formalista e técnico - jurídica de alargar o conceito de "*status*".

902 SILVA, G., da, "*A noção de estado civil na doutrina portuguesa*", in *Scientia iuridica*, pág.261 e ss.

903 TAVARES, J., "*Princípios Fundamentais de Direito Civil*", pág.25 e ss.

904 MOREIRA, G., "*Instituições de Direito Civil Português*", Vol.I, pág.168 e ss.

um conjunto de qualidades jurídicas<sup>905</sup>, das quais, necessariamente, resultaria uma massa, de direitos e obrigações, para cada pessoa em concreto. Para CUNHA GONÇALVES<sup>906</sup>, pese embora a sua noção se encontre mais próxima do direito romano, segue GUILHERME MOREIRA, quando observa que o "*status*" é o conjunto das "*qualidades*", que a lei toma em consideração para atribuir efeito à personalidade e capacidade jurídicas. Contudo, outrotanto, já se não topa em MANUEL DE ANDRADE<sup>907</sup> e MOTA PINTO<sup>908</sup>, que, talqualmente ocorre em JOSÉ TAVARES, aderem explicitamente à doutrina de FERRARA, que, como vimos, jusnaturalisticamente, identificava a personalidade jurídica (posto se tenha extinguido a escravidão e concedido aos estrangeiros o gozo de direitos civis, ideias estas inspiradas no jusnaturalismo) ao "*status*" (jurídico), enquanto fundamento e pré - condição de todo o Direito e, expurga o conceito de "*status*" de todo o seu sentido institucional, a ponto de suprimir o próprio problema do "*status*", o que, no limite poderá impedir o estabelecimento de fronteiras claras, em abstracto, entre as acções de estado e as de rectificação, naqueloutra ampla formulação dos "*errori materiali di scitura*".

O que vem de dizer-se, leva-nos, porém, a intuir que o discurso do jurista contemporâneo deve libertar-se, outrossim, da preocupação de aclarar o sentido das fórmulas romanas. Antes, cada um dos "*status*" corresponde a um particular modo de ser da personalidade, de acordo com a estratégia legislativa de satisfação e garantia das finalidades humanas. Mas, transferido para os dias de hoje, este discurso torna-se ainda mais simples. Pois, abolida a escravidão é ocioso construir um "*status libertatis*". Já, porém, na família releva a posição que se adquire com o matrimónio ou por efeito da procriação.

---

<sup>905</sup> V.g., nacional, estrangeiro, filho legítimo, filho ilegítimo, solteiro, casado, ...

<sup>906</sup> GONÇALVES, C. "*tratado, ...*", pág.211 e ss.

<sup>907</sup> ANDRADE, M., de, "*teoria geral, ...*", cit., Vol.I, pág.30, nota 2.

<sup>908</sup> PINTO, M., "*teoria Geral, ...*", cit., 192, nota 1.



Fonte de relações, direitos, pretensões e obrigações, o "status" não pode ser definido com base no seu conteúdo. Reconhece-se nele, contudo, algumas notas constantes, maxime, na comunidade familiar: veja-se o conceito de solidariedade, a características dos poderes - deveres<sup>909</sup>, a subordinação a um fim, ...

A noção de "status" assim compilada (no enfoque de "contacto", "relação" com os outros, condições jurídicas de pertença a um grupo e fonte de direitos e obrigações - ou melhor, reencontrada, porquanto alimentam-na ainda ilusões à fidelidade a esquemas antigos) esquece, ou não comporta, uma larguíssima série de qualidades e de condições, posto se considere que, "qualidade jurídica" representa um género e o "status" uma espécie<sup>910</sup>. De facto, desde logo, do conceito se haverá de excluir a qualidade das coisas (v.g., o "forum rei sitae", dos artigos 46º e 65ºA/a, do CPC), as qualidades pessoais que sejam um simples modo de exprimir os direitos subjectivos ou instrumento para a realização de certos "factis species" (v.g., a qualidade de comerciante, herdeiro<sup>911</sup>, de sócio), ou ainda aquelas que prescindem da relação do seu titular par

---

<sup>909</sup> Cfr., COELHO, P., "curso, ...", cit., pág.105 e ss.

<sup>910</sup> Neste sentido RESCIGNO, P., "Situazione e status, ...", cit., pág.216. Se situação é um forma de relação do homem com o mundo, enquanto limita, condiciona, fundamenta e determina as possibilidades humanas, existem as designadas "situações de facto" (cfr., TRavaux de L'Association Henry capitant, XI, Paris, 1950, pág.55 e ss), às quais haverá que reconhecer uma particular dignidade social e conteúdo de verdade, não inferior aquele que é próprio das situações jurídicas. Daí que se fale em "filiação natural", como causa ou elemento essencial de factos jurídicos e "status", os quais representariam a perfeição daqueloutros no plano jurídico. Ora, não é isto que ocorre com o sexo?

Também se diz que a situação tem caracter episódico ou efémero: um fragmento de vida confinado a uma relação de um ou mais sujeitos ou entre estes e os bens do mundo externo; ora, o status clama pela ideia de uma condição pessoal destinada a durar, dando vida a prerrogativas e deveres (cfr., RESCIGNO, P., "Situazione, ...", cit., pág.212). Porém, não tem o "status" um carácter contingente e excepcional em relação a determinadas situações pessoais, tais sejam o "estado de necessidade" (art.339º do CCiv.66), o "estado de abandono" (art.1978º, ivi)?

<sup>911</sup> Cfr., TELLES, G., "Direito da Sucessões (Noções Fundamentais)", 6ªEd., 1991, pág.48 e ss.

com sujeitos determinados (v.g., um título mobiliárquico,<sup>912</sup> a qualidade de ministro do culto), ou, igualmente, aquelas que nem sequer constituem bens<sup>913</sup> ou que não recebem do ordenamento jurídico qualquer protecção<sup>914</sup>.

Flui do que antecede, a estraneidade que, para nós, assume a opinião daqueles que arrimam no pressuposto de que, a mudança de sexo, nos casos de transexualidade - e, intersexualidade, para aqueles que, como nós, curamos constituir a melhor posição de "*lege data*" - configura processualmente uma acção de estado, na medida em que importe, necessariamente, uma modificação no ( do) estado da pessoa. Com efeito, vem-se admitindo que, com a mudança legal de sexo, exceptuados os casos de erro na declaração de nascimento e inscrição/transcrição no assento de nascimento, surge uma típica questão de estado e capacidade dos indivíduos, porquanto os direitos e obrigações jurídicas seriam atribuídos ou negados, tendo em consideração particulares situações, entre elas o sexo, cuja modificação determinaria, invariavelmente uma modificação na idoneidade da pessoa ser titular de direitos e obrigações.

Mas, justamente, no momento em que se "*relembre*" que "*estado*" e capacidade são, necessariamente, conceitos distintos<sup>915</sup>, ou que o

---

<sup>912</sup> Cfr., CARVALHO, M.V., de "*O nome das pessoas e o Direito*", Coimbra, 1989, pág.51 - 53. Pese embora a nobreza tenha deixado de constituir um elemento de estado, a lei ainda reconhece; "*honoris causa*", que os títulos nobiliárquicos funcionem como modos acessórios de designação e individualização das pessoas. Vide, artigo 50º do Código de Registo Civil e circular nº47, de 26 - 7 - 1952, da Direcção - Geral dos Registos e Notariado.

<sup>913</sup> No sentido de serem aptas a satisfazer necessidades. V.g., as ideações - que, por vezes, também são formas - desligadas de qualquer sentido útil (CARVALHO, O., de "*Direito dos casos*", Coimbra, pol., 1977, pág.205, nota 4.

<sup>914</sup> A irrelevância do dolo, in se, no casamento, enquanto dolo e não já enquanto erro. COELHO, P., "*curso, ...*", cit., pág.232, nota 2

<sup>915</sup> Cfr., JOSSERAND, ob., cit., pág.149; CAPITANT, ob., cit., pág.152 e ss; RESCIGNO, ob., cit., pág.214; PERLIGIERI, ob. cit., pág.842.

artigo 13º/2, da CRP declara explicitamente que a capacidade de exercício de direitos), não é diferente em razão do sexo<sup>916</sup>, o que se pode é dilucidar se, afinal o sexo constitui ou não um "estado", por forma a afirmar-se, caso a resposta seja positiva, que a mudança daquele implica a mudança deste.

De resto, bem se sabe que o discurso sobre o "status" é um dos mais controversos e nublados na doutrina civilista. Porém, do que vai dito, parece dúbio afirmar-se que o sexo seja um "status", mais não seja porque - e, enquanto se quiser continuar a ver no "status" uma "quaestio iuris" autónoma no seu conteúdo e fronteira - há que distinguir e autonomizar o "status" de outras "situações" ou qualidades do homem, às quais as leis também pode atribuir efeitos jurídicos. Além de que, o fio condutor do discurso acerca do "status" define-o em ordem a "relações", síntese de relações jurídicas, que não relações de factos. Ora, se o "estado" exprime um conteúdo relacional - relação com uma colectividade - deve excluir-se que o sexo, que é, "prima facie", um facto, um critério de identificação (sexual/normativa) - Cfr., artigo 126º/c do código de Registo Cível), possa ser assimilado a um "status", em sentido técnico<sup>917</sup>. Com efeito, para aqueles que prespectivam o conceito de "status", no sentido de qualidade jurídica da pessoa, deve, invariavelmente colocar-se o problema da individualização do critério que diferencia o "status" do género mais vasto das qualidades jurídicas. Parece, pois, excluído que o sexo - que é, quanto muito, um dos elementos do chamado estado das pessoas - assuma a qualificação de "status" de per se, qualificação esta que tangenciará, outrossim, às situações que o indivíduo possa assumir no

---

<sup>916</sup> A mais disto, é o próprio artigo 276º da constituição a impôr o serviço militar obrigatório virtualmente a todos os portugueses, se bem que nos termos prescritos pela legislação ordinária que prevê unicamente um serviço militar voluntário para os "portugueses" do sexo feminino. Cfr., Lei nº30/87, de 7 - 7 (Lei do Serviço Militar) e DL 463/88, de 15 - 12 (Regulamento do Serviço Militar).

<sup>917</sup> Até porque é o artigo 86º/1/n, do código de Registo Civil, que distingue entre os factos jurídicos que modificam os elementos de identificação (v.g., sexo) e aqueles outros que modificam o estado civil.

âmbito da família. Se isto é verdade, deve excluir-se que a mudança de sexo e concomitante rectificação das menções relativas ao sexo, no assento de nascimento, configure uma acção de estado. Todavia, nas hipóteses em que o status do indivíduo, em relação à sua família, vem modificado, por efeito da mudança de sexo<sup>918</sup>, poderá defender-se - embora para nós seja duvidoso - fazer depender a propriedade do meio processual, tão só, do simples facto de o indivíduo ser casado.

Como se sabe o processo (civil, laboral) pode ser comum ou especial (cfr., artigos 46º do Cod. Proc. trabalho e 460º/1, do Cod. Proc. civil). Relativamente ao campo de aplicação de cada um deles, dispõe o nº2 do artigo 460º. Deste modo de aplicação do processo comum determina-se, não directamente, mas por exclusão de partes. Depois de nos certificarmos de que para dirimir certo tipo de litígio não há lei processo especial, poderemos daí concluir pela aplicabilidade de processo comum.

Logo, o processo o processo comum é o processo - regra, aplicável a todos os casos não submetidos a processo especial. Por seu turno, o processo especial constitui o processo - excepção, tão só aplicável nas situações para que foi criado, isto é, no seu espírito, de maneira a ajustar a forma de processo à natureza do direito a tutelar. Houve assim que criar formas especiais, adequadas à configuração particular da relação jurídica substancial<sup>919</sup>. Já outros direitos subsistem que não podem tornar-se efectivos senão segundo as formas do processo comum. Ao se definir o âmbito de aplicação de cada um dos processos especiais, lança-se mão da designação do fim a que o processo se destina. Ora, o processo especial aplica-se, correctamente, quando é usado para o fim prescrito na lei. Mas, é o pedido formulado pelo autor que define o fim a que o processo se destina. Assim, se houver coincidência entre o fim que a lei assinalar, quando criou o processo especial e o fim do pedido formulado, deve empregar-se processo especial.

---

918 Se, v.g., o transexual fôr casado, o que implica, imediatamente a inexistência superveniente do matrimónio.

919 REIS, A., dos, "código de Processo civil Anotado", Vol.II, 3ªEd., pág.286.

É, pois, bom de ver que o processo (especial) de justificação administrativa (artigo 302º e ss., do código de Registo civil) só pode quadrar às hipóteses de mudança de sexo, em caso de erro quanto ao sexo, na declaração de nascimento, ... pois, o fim que lhe subjaz tem a ver com a possibilidade de rectificar deficiências ou irregularidades concernentes ao registo em si, que não aos factos registados. O mesmo se diga do processo (especial de justificação judicial), que se aplica subsidiariamente, contanto que estejam em causa dúvidas acerca da identidade da pessoa a quem o registo respeita (artigo 115º/3, ivi), ou o estabelecimento da filiação. Todavia, embora este processo se situe na área da jurisdição voluntária<sup>920</sup>, a função do juiz ao dilucidar questões no âmbito deste processo, consiste unicamente em apreciar a regularidade de um registo<sup>921</sup> e nunca dirimir uma situação anómala de interesses<sup>922</sup> independentes, que recaiem sobre bens autónomos do intersexual ou do transexual, reconduzíveis, como se defendeu, ao direito à saúde e identidade pessoal/sexual. Por isso é que a justificação tem lugar perante o respectivo conservador - que recebe a petição<sup>923</sup>, que a autua, cita os requeridos, fixa editais, inquire testemunhas, informa sobre a atendibilidade da pretensão, ordena a remessa do processo a juízo<sup>924</sup> e não, "*stricto sensu*", perante o tribunal, que realiza apenas uma função meramente formal de fiscalização e apreciação declarativa de uma legalidade autotutelar que quase lhe não

---

<sup>920</sup> LIMA, P., de, ob.cit., pág.26, muito embora coloquemos algumas reservas, face ao desleixo jurídico - sistemático, atento o artigo 306º do código de Registo civil, que faculta a possibilidade de recurso até ao S.T.J., como regime, sob a forma de agrávo, em processo civil.

<sup>921</sup> Isto é, suprir omissões, reconstituir avulsamente um registo, declaração de inexistência ou nulidade dos registos e rectificação de inexactidões, deficiências ou irregularidades.

<sup>922</sup> Cfr., MENDES, C., "*Direito Processual civil*", Vol.I, Lisboa, 1980, pág.83.

<sup>923</sup> A não ser que o processo seja dependente de processo ordinário a correr no tribunal (art.299º/3, código Registo Civil)

<sup>924</sup> Cfr., arts.30º e ss., do código Registo civil.

pertence<sup>925</sup>. Daí que, o jaez dos interesses em jogo, e, atenta a finalidade do processo, desaconselham que se enverede por essa via, deixando-se ao conservador tão ampla margem inquisitória para o apuramento de decisões que devem ser material e ponderosamente dilucidadas em sede heterocompositiva<sup>926</sup>. Além trata-se, como deixámos exposto, não de rectificar um erro registral, ocorrido na altura da verificação do facto também sujeito a registo - "*rectius*", o sexo do registando recé - nascido, outrossim de declarar constitutivamente uma nova identidade sexual, na medida em que se tenha verificado a condição resolutiva, (que, afinal, é suspensiva da realidade da primária atstação) da anterior, verificando o acontecimento futuro e incerto, em relação ao momento do nascimento, seja o desenvolvimento natural de um ténue ambiguidade sexual no sentido da morfologia do sexo oposto, seja a definição cirúrgica de um sexo morfológico - genital ambíguo, seja ainda a conclusão de um quadro de "*gender identity*" oposto ao sexo morfológico - genital, ambíguo ou não. Vale dizer, em vez de se falar em sexo, convirá esgrimir com o conceito de género, circunstância bio - psíco sexual mais lata, que, curamos, deverá marcar indelevelmente o "*paradigma corporal*", da identidade/identificação sexual normativa, no direito e registo civil.

Por outro lado, sendo certo que a aplicação de "*iure condito*" da acção de estado com processo ordinário se revela, ainda assim, o "*meio processual*" mais adequado, tendo em conta os fins da mudança de sexo, nos casos de transexualidade e intersexualidade, não podemos deixar de reverberar algumas insuficiências que se lhe devem assinalar, atenta a

---

<sup>925</sup> Cfr., porém, o artigo 305º, do código Registo civil, ao autorizar o juiz a ordenar as diligências que entender, mesmo aquelas, parece que o conservador não considerou úteis.

<sup>926</sup> Tanto assim que, mesmo de "*iure condito*" se deverão respeitar os princípios da oralidade e da imediação, onde a prova de que v.g., será presumivelmente a vontade de o transexual mudar de sexo, ou que nesse sentido se comporta e age com suficiente perenidade deva ser assumida pelos juizes do tribunal colectivo, numa relação de "*proximidade comunicante*", de tal modo que estes possam obter uma percepção própria do material que haverá de ter como base da sua decisão. Ora, tal desiderato não se atinge se se recorrer, tanto ao Processo de Justificação Administrativa, como, subsidiariamente ao processo de justificação judicial.

disfuncionalidade material desse processo, onde se revêm, processualmente dependentes, o direito à saúde e à identidade pessoal, designadamente a falta de concatenação, neste caso, entre os fins "deste" processo de declaração e a seu reflexo nos mecanismos do registo civil.

Com efeito, o "deficit" processual prende-se ora, seja com a eficácia do caso julgado material, ora com requerimento de certidões do assento de nascimento, donde conste o averbamento respeitante à atribuição de novo sexo, seja ainda a simultanea mudança de nome..

Desde logo julga-se inapropriada a imodificabilidade da sentença, logo que se conforme caso julgado material(art.677º, do CPC), visto que não é seguro que à data do encerramento da discussão e julgamento da matéria de facto estejam (ainda) reunidos os requisitos que, de acordo com um critério médico, plasmado nas respostas aos pertinentes quesitos<sup>927</sup>, facultem a ponderação práctico - judicativa da necessidade e

---

<sup>927</sup> Quesitos estes que nos casos de mudança legal de sexo, por efeito de transexualidade, serão respondidas pelos outros quesitos cuja prova é assumida pelos peritos, em sede de prova pericial, por exame (art.568º, CPC), relativas a factos do questionário - ou instrumentais. Sendo que a perícia pode ser determinada "ex officio" (artigos 572º/3, 576º/2, CPC), ou aditada por novos quesitos, em relação aos formulados pelo Ministério Público, ela é feita nos Institutos de Medicina Legal (art.600º/2, CPC), excepto os que exigem conhecimentos particulares de Psiquiatria e Sexologia, que, ou serão ordenados pelo juiz a pedido dos Institutos de Medicina, ou, directamente por novo requerimento das partes, e serão realizados nas clínicas das especialidades respectivas ou nas Faculdades de Medicina.

Os factos controvertidos, traduzidos em perguntas concretas, relativas a factos do questionário ou factos instrumentais, devem suscitar os peritos a: a) descrever o estado físico, ao tempo da perícia, na medida em que possa relacionar-se com o objecto da acção, a fim de constatar nomeadamente a presença ou ausência de todos (ou parte) dos genitais externos e internos; b) despistar a hipótese de erro sobre o sexo físico na declaração de nascimento, ou, nos casos de transexualidade, verificar a existência ou não de desenvolvimento morfológico - genital, orgânico - biológico ulterior; c) constatar os vestígios de eventuais intervenções cirúrgicas praticadas para provocar ou completar uma transformação dos genitais ou dos designados caracteres sexuais secundários; d) atestar se o examinando sofreu

adequação de erigir uma nova identificação sexual normativa, quer enquanto "iter" final do "processo de reabilitação" do "transexualizado", como "pacificação" morfológica - sexual normativa constitutiva da anterior "sexualidade difusa" do intersexual.

Por outro lado, também não se apresenta adequada a disciplina do registo da rectificação das menções relativas ao sexo no assento de nascimento.

Entre nós, mesmo de "iure condito" deve entender-se<sup>928</sup> que, por força da procedência da acção de estado de mudança de sexo, a rectificação das menções relativas ao sexo no assento de nascimento são realizadas através de um registo por averbamento lançado na coluna a margem do assento, do qual constará o número de ordem, o texto concreto do averbamento - isto é, a referência à sentença judicial que ordenou a rectificação do sexo e do nome - a cota de referência, a data e a assinatura do funcionário competente. No caso, por economia de procedimento, deve lavrar-se tão só um averbamento que os contenha. Nos termos do artigo 262º do CRC, podem ser extraídas certidões de narrativa ou de cópia integral, não havendo dúvida de que qualquer pessoa tem legitimidade, em regra, <sup>929</sup> para pedir certidões de

---

tratamento hormonal; e) constatar se as intervenções cirúrgicas e os tratamentos hormonais são motivados por anomalias físicas preexistentes, ou pelo estado psicológico do sujeito; f) Descrever o estado psíquico e o comportamento da pessoa relativamente ao sexo legal e, na medida do possível indicar a origem e esboçar a evolução; g) Dar conta de toda a eventual psicoterapia efectuada e bem assim determinar a sua duração e os resultados atingidos; h) Atestar o estado mental do indivíduo, confirmando, se for caso disso, a existência de alguma psicopatia; i) Pronunciarem-se acerca da existência do síndrome da transexualidade, precisando as razões que justificam ou afastam a sua existência; j) verificar, no caso da transexualidade as razões que justificam ou afastam a sua existência; l) Dizer se, em vista de todos os elementos (de ordem psicológica, biológica e fisiológica) recolhidas o indivíduo deve ser medicamente considerado do sexo feminino ou masculino.

<sup>928</sup> Cfr., artigo 86º/1, que, embora não preveja o averbamento da mudança de nome, pode a permissão extrair-se extensivamente da expressão "são especialmente averbados".

<sup>929</sup> Todavia, a certidão não poderá ser passada, contanto que se trate de assento secreto ou, quando se trate de assento respeitante a filho nascido fora do casamento ou, de pessoa adoptada, se for pedida uma certidão de cópia integral (fotocópia). Cfr., 265º/2, do CRP. Vide, também, o Acordo



nascimento /artigo 265º/1, CRP). Ora, é bom de ver que a passagem da certidão pode brigar com direitos e interesses legítimos do indivíduo, cujas menções relativas ao sexo e ao nome foram rectificadas. Ou seja, a publicidade do registo, "*in casu*" lesa o direito ao respeito pela reserva intimidade da vida privada e familiar (26º/1, da CRP)<sup>930</sup><sup>931</sup>. Poderá afirmar-se, no entanto, que ao indivíduo, que ainda não viu totalmente "*cancelado o passado*", sempre aproveita a possibilidade de providenciar no sentido de que seja feito um novo assento de nascimento, conforme o disposto no artigo 116º/1, do código de Registo Civil. Dispositivo este que deve aproveitar tanto às hipóteses de erro material de declaração ou atestação como às de intersexualidade e transexualidade, ainda que a norma tenha natureza excepcional dada a disciplina permissiva do nº3 do artigo 299º do código de Registo civil, aquele artigo deve valer, igualmente, não só como base no pressuposto que o registo originário tinha erros ou deficiências já rectificáveis, mas também nos casos em que não obstante a "*perfeição histórica*" do acto, houve necessidade de constituir um novo facto - o sexo - a integrar no lugar respectivo do originário assento de nascimento.

Só que, a circunstância do interessado não ter requerido a feitura de novo assento, não lhe pode ser imputável em termos de para si ser transferido o ónus de protecção da reserva da intimidade da vida privada.

Por isso que, de "*iure constituendo*" seria conveniente permitir o "*cancelamento do passado*", ao menos, nas situações mais melindrosas de transexualidade e intersexualidade. Ou seja privilegiar-se um regime que preveja a emissão de certidões (narrativas e de cópia integral) com a indicação do novo sexo e nome, conquanto se mantenham uma parte dos inconvenientes que se pretenderam evitar com a mudança de sexo e

---

Internacional sobre certidões multilingues dos actos do Registo civil (convenção Internacional do Estado Civil, de 8 - 9 - 1976), aprovada pelo Decreto do Governo nº35/83, de 12 - 5.

<sup>930</sup> Em virtude, também, do disposto na alínea primeira do artigo 8º da convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, de 4 - 11 - 1950.

<sup>931</sup> Todavia, em Itália, a lei nº164, de 14 - 4 - 1982, refere que as certidões dos actos sujeitos a registo civil são extraídas unicamente com a menção do novo sexo e nome (artigo 5º).

semelhante regime registral. Isto é, se por um lado esta orientação tutela eficazmente o direito à reserva da intimidade da vida privada, por outro favorece o surgimento de uma presunção de correspondência em relação a terceiros, entre aquilo que resulta do assento e o passado. A exigência de protecção de terceiros é relevante, sobre tudo, em matéria de casamento celebrado após o trânsito em julgado da sentença que declarou a mudança de sexo. Em particular ocorre estabelecer se aquele que celebrou casamento ignorando as vicissitudes da mudança de sexo possa obter a anulabilidade do casamento, com base nos normativos concernentes ao erro sobre as qualidades essenciais do outro cônjuge (artigo 1636º, do Cciv66). Todavia, do sopesamento dos interesses em jogo, nada obsta a uma tutela registral civil alargada, concernente ao direito à reserva da intimidade da vida; visto que já se garante, igualmente de uma forma irradiante a possibilidade de anular um casamento fundado num consentimento viciado. Até porque, é sabido que logo esteja feito o novo registo, imediatamente deve ser cancelado o primitivo assento, por forma a impossibilitar haver uma duplicação do registo, sendo que o cancelamento é feito por meio de averbamento do primitivo aí onde, também, se indicará o número e ano do novo registo, por forma a não perder ou não dispistar a origem biológica do registado, para efeitos de prova da existência do impedimento de parentesco. Daí que se não exclua, mesmo de "*iure condito*"<sup>932</sup>, a possibilidade do sujeito a quem o registo diga respeito, requerer certidões do assento primitivo, mesmo à luz dos valores que presidem à realização do novo assento, não só para se poder provar o impedimento do parentesco, mas também para efeitos colaterais, nomeadamente para provar v.g., a qualidade de herdeiro testamentário, contemplando ainda antes da mudança de sexo, ou a de herdeiro, que, nos termos do nº1 do artigo 2078º, pode pedir separadamente a totalidade dos bens em poder do demandado, para provar a qualidade de parte legítima a um irmão que pretende anular o seu casamento, ... Além de que seria conveniente passar a certidão do assento primitivo, sempre que se destinasse a instruir a declaração para casamento (cfr., artigo 167º/1, a, do CRP).

---

<sup>932</sup> Cfr., OLIVEIRA, G., de, "*o critério Jurídico, ...*", cit., pág.488, no âmbito da opção.

No que respeita à mudança de nome, na petição inicial deve indicar-se o nome que o autor pretende adoptar. Todavia, não é possível hipotisar, entre nós, o dúplice mecanismo da "transsexuellengesetz (§1 - 8 e 8 - 12), que permite criar um nome feminino, num indivíduo legalmente do sexo masculino. No nosso ordenamento a rectificação do sexo tem que comportar necessariamente a modificação do nome. Neste sentido o artigo 128º/2, do CRC, preceitua que os nomes próprios não devem suscitar dúvidas sobre o sexo do registado, com o que já se topa o espírito de não contraditoriedade entre o sexo e o nome, <sup>933</sup><sup>934</sup> o qual se deve, naturalmente, aplicar ao processo (especial) de alteração de nome (arts. 347º e ss., do CRP).

Com efeito o princípio da imutabilidade do nome não é um princípio absoluto existindo situações de alteração, por efeito de posterior estabelecimento da filiação, adopção, casamento, divórcio, nacionalidade. Assim, ao lado do processo de justificação administrativa, judicial, nos casos de erro, antes de serem lançadas as assinaturas no registo, pelo processo especial previsto nos art. 347º e ss. do CRC e numa acção de estado, em que cumulativamente com o pedido principal se faça um pedido de rectificação do registo do nome (arts.299º/3 CRC). Assim, deve usar-se quer este processo, quer aqueloutro especial - "*rectius*", procedimento administrativo - sempre que se pretenda alterar o nome próprio<sup>935</sup>, que foi fixado correctamente no assento de nascimento, isto é, ou, quando a

---

<sup>933</sup>Em França já se sugeriu, nos casos de transexualidade o paliativo da mudança de nome, para efeitos de publicidade em certos documentos administrativos. Cfr., GOUBEAUX, G., "*Droit civil. Les Personnes*", nº267, nota 542; RUBELLIN - DEVICH, J., in Rev. TDC, 1989, pág.731; MASSIL, in La semaine Juridique (Jurisprudence) 1990, nº21588. Porém a questão vem perdendo sentido com a menção do sexo nos novos bilhentes de identidade franceses e/bem assim nos documentos da segurança social.

<sup>934</sup> No mesmo sentido o art.192º do Regulamento do Registo civil espanhol.

<sup>935</sup> Já se reserva, apenas, o processo especial para a alteração simultâneo do nome próprio e apelidos ou tão só dos apelidos.

composição fixada está de acordo com a lei em vigor no momento do registo, desejando-se, agora, alterá-la, quer quando a composição pode deixar de estar de acordo com a lei em vigor, por razões que se não prendem directa e principalmente com a alteração de nome. Isto é, neste último caso a alteração do nome depende jurídico - geneticamente da fixação de um outro elemento da identidade pessoal, cuja alteração está sujeita à condição suspensiva, pois, de se verificar uma mudança de sexo.

De resto os problemas no Direito constituído podem logo, começar verificada que seja a impossibilidade de tão só mudar o género do nome próprio, posto que alguns não têm uma correspondente no sexo oposto. Como na acção de estado, haverá uma cumulação de pedidos, o demandante (transexual ou intersexual) além de pedir se declare que ele é do sexo oposto, requererá que o juiz ordene rectificar as menções relativas ao sexo, e bem assim os concernentes ao nome, indicando para o efeito o nome que lhe apouver. Ora, pode acontecer que seja impossível fixar o mesmo nome próprio, conquanto no género oposto, já porque se há nomes que se distinguem como masculinos ou femininos, outros há que apresentam apenas uma única forma, isto é, são nomes epícenos, isto é, o nome próprio originário pode não ter correspondência no género oposto (v.g., Gentil). Além de que, sempre a pessoa pode requerer que o juiz constitua um nome (próprio de todo o diverso do primitivo). Daí que, houvesse todo o interesse em certificar a inexistência de prejuízos de terceiros, que pode resultar da harmoníia decorrente da alteração requerida, v.g., para efeitos de concorrência profissional, confusão familiar, ... Porém, bem se vê que a acção de estado de mudança de sexo, a que corresponde processo daclaratório, na forma ordinária, não contempla a possibilidade de oposição ao eventual pedido de (simultânea) mudança de nome, talqualmente ocorre no processo especial de alteração de nome, que faculta a dedução de oposição pelos interessados perante a conservatória dos Registos Centrais, no prazo de trinta dias a contar da publicação dos anuncios<sup>936937</sup> previstos no nº1 do artigo350º do CPC. Além disso,

---

<sup>936</sup> Se o interessado não requerer a mudança de nome ou o juiz nada disser, organiza-se processo de justificação administrativa, com base em auto de notícia, levantado pelo conservador,

pode acontecer que o registo de nascimento seja rectificado, sem que se tenha requerido a alteração do nome próprio. É que, na maioria dos casos é o juiz, que na sentença estabelece o novo nome do registado, conquanto lhe tenha sido pedida a necessária alteração de nome, o artigo 129º/2, b. do CRP, permite que o conservador autorize (ou o faça officiosamente)<sup>938</sup>, após a rectificação do registo, a alteração do nome, sem haver necessidade de recorrer ao processo especial de alteração de nome.

Já se descortina por que, de "*lege ferenda*" entendemos dever a mudança legal de sexo, tanto nos casos de transexualidade como de intersexualidade ser accionada através de processo especial, no quadro da jurisdição voluntária. Isto é, deve prever-se que o tribunal investigue livremente<sup>939</sup> os factos trazidos a juízo, colher as provas, ordenar os inquérios e recolher as informações que repute convenientemente, para ajufzar acerca da viabilidade do pedido

---

exemplo se o interessado o sequerer, que o organiza e instrui-lo-à, nos termos do artigo 310º (ex. ivi do artigo 309º/2 e 1115º/3, do CRC)

<sup>937</sup> Mesmo que se proponha a acção contra o Estado incertos, parece que nenhum dos incidentes da instância previstos nos arts. 305º e ss. do CPC, maxime o incidente da opposição (arts. 342º e ss. do CPC) não quadraria na perfeição do caso. Note-se que, além de não estar assegurada a conveniente publicidade, posto que nunca se fixam anúncios nos jornais mais lidos no concelho da residência do autor da acção de estado, o escopo desse incidente dificilmente se adequa ao jaez da acção principal. É que, nestes casos, como refere, A. dos REIS (cfr., REIS, A., dos, "*código de processo civil Anotado*", Vol. I, pág. 485), a lei concede tal faculdade ao opoente porque entende poder o direito pertencer-lhe a ele, exclusiva ou principalmente. Ora, o direito do opoente na estrutura processual do processo ordinário em questão parece não ser incompatível com a pretensão do autor, entender existir uma cumulação de pedidos, em que a alteração do nome, depende do pedido principal. Todavia, note-se a inadequação funcional - teleológica da posição do opoente e da marcha do processo resultante do confronto com o artigo 344º do CPC.

<sup>938</sup> Vide, supra, nota anterior.

<sup>939</sup> Assim, se v.g., um transexual não tiver sido previamente tratado hormonalmente, suspeitando o juiz do facto, pode este último investigá-lo livremente e tomá-lo em conta para deferir a pretensão.

(Cfr., artigo 1409º/2, do CPC). Pedido este que, não envolvendo qualquer tipo de contraditório, cura, como vimos, certificar constitutivamente uma nova situação existencial do peticionante. Há-de, assim, vigorar o princípio da actividade inquisitória do juiz, numa matéria, igualmente, de tão profundo interesse público. No mais, o tribunal <sup>mas</sup> deverá estar sujeito a critérios de legalidade estrita, maxime, no que toca à interpretação do conceito de suficiente perenidade e íntima convicção de pertencer ao seu oposto, ou a vivência por "*tempo razoável*" na vida de relação como se fora pessoa de sexo oposto, tratando-se de transexualidade, adaptando o magistrado, em cada caso, a solução que, de acordo com um critério médico ponderando prático - normativamente os direitos à saúde e identidade sexual, julgue mais conveniente e oportuna<sup>940</sup>, à luz da constituição e do direito geral de personalidade.

A resolução do juiz poderia ser, por outro lado, alterada, se, v.g., tendo o juiz primeiramente indeferido o pedido, o transexual tenha posteriormente provado, através dos peritos médicos a pertinência a um estado de "transexualismo verdadeiro" e a necessidade premente de completar o excursus da mudança de sexo com a mudança legal (de sexo).

O Ministério Público terá nesta fase, como aliás é notório, de "iure condito", intervenção não despicienda, a ele lhe cabendo defender, primacialmente, a tutela sistémico - social da saúde, considerada em sentido objectivo<sup>941</sup>.

---

<sup>940</sup> O que nunca pode é decidir aplicando critérios de conveniência e utilidade "*stricto sensu*", mesmo que se aperceba, excepcionalmente que o indivíduo se dirige ao tribunal por mero "*capricho*" ou "*moda*", tal como CASTRO MENDES (cfr., MENDES, C., ob.cit., pág.95 - 98) entendemos interpretar restritivamente, nestes casos, o art.1410º do CPC.

Por outro lado, nos casos de intersexualidade, tal como na lei sueca de 1972, o pedido de mudança legal de sexo, deverá sem que se deva consignar idade mínima, ser apresentado pelas representantes legais do menor, contanto que já tenha completado 12 anos, ou então seguir a regra do artigo 380 do CP82, que exige a idade mínima de 14 anos.

<sup>941</sup> Até porque, nos processos desenvolvidos no âmbito da jurisdição, não deixamos de observar uma activa participação do Ministério Público, seja o visto na conversão da separação em

Decorre, por conseguinte, apontados algumas disfuncionalidades processuais - materiais de recurso à acção de estado com processo ordinário, que, de "*lege ferenda*" deve preferir-se um processo especial, situado no âmbito da jurisdição voluntária, tanto assim que é o mais adequado, numa perspectiva constitucional para tutelar este específico campo dos direitos fundamentais, direitos de perssualidade<sup>942</sup>.

Nem se deve entender, de "*iure constituendo*" que o reconhecimento judicial da mudança de sexo, deva envolver a autorização judicial prévia das intervenções e tratamentos médico - cirúrgicos, mesmo nos casos de transexualidade. Com efeito, essa cominação, prevista na lei italiana (e bem assim, na lei sueca, se bem que no quadro de um procedimento pertinente), não se adequa aos normativos do direito civil e penal<sup>943</sup> português, se neste o bem jurídico é a liberdade e a autodeterminação individual, naquele é a saúde, colorada pelas exigências da vida em comum<sup>944</sup>.

---

div<sup>o</sup>rcio (artigo 1417<sup>o</sup>/5 do CPC), a citação do M.P. nos processos de suprimento do consentimento (artigo 1426<sup>o</sup>/1 idem), a sua contestação, nos processos de alimentação ou oneração de bens dotais e sujeitos a fideicomisso (artigo 1432<sup>o</sup>/2 e 1440<sup>o</sup>/1) na constituição do conselho de Família (artigo 1442<sup>o</sup>, 1443<sup>o</sup>/1 idem), na nomeação dos peritos, no processo de verificação da gravidez (artigo 1447<sup>o</sup>, in fine, idem), na contestação, pretendendo-se instituir a curadoria provisória dos bens do ausente (artigo 1451<sup>o</sup>/2, idem, ou a sua audição sobre o montante da caução que o curador deve prestar - art. 1453<sup>o</sup>, idem), ou quando é o requerente para a notificação do herdeiro na declaração de aceitação ou repúdio de herança jacente (artigo 1467<sup>o</sup>/7, idem).

<sup>942</sup> Note-se, que, o reconhecimento judicial da mudança de sexo não pressupõe, necessariamente um contraditório, com constituição de partes, na medida em que se aceite a premissa de que, por vezes, as formas processuais não têm só um fim instrumental, em relação ao direito substantivo, antes devem igualmente tutelar e adequar-se ao direito de personalidade.

<sup>943</sup> Cfr, artigos 149<sup>o</sup>, 150<sup>o</sup>, 143<sup>o</sup>, do CP82 e 81<sup>o</sup>, 280<sup>o</sup>;335<sup>o</sup> e 340<sup>o</sup>, do Cciv66

<sup>944</sup> E bem assim, o limite, pelo alto que ORLANDO DE CARVALHO (CARVALHO, O., "*teoria geral, ...*", cit., pág.189) identifica com a proibição da disposição da integridade física "*in totum*".

Deve igualmente defender-se, mesmo de "iure constituendo", que a sentença que declare ser o indivíduo do sexo oposto e ordene a rectificação do sexo é do nome, no assento de nascimento, não deva possuir efeito retroactivo, inclusivamente nos casos de intersexualidade<sup>945</sup>. Haverá, pois, <sup>de</sup> considerar-se imutável relação entre o peticionamento da mudança de sexo e os seus filhos<sup>946</sup>, nomeadamente a obrigação de alimentos, os direitos expectativas sucessórias legais e voluntárias em que espera vir a ser investido, matendo-se pois inalterado o curso normal do chamamento e vocação sucessórios.

Assim, a sentença deve revestir a eficácia "ex nunc", não sendo, pois, possível defender que os efeitos do reconhecimento da mudança de sexo possam retrotrair, seja ao momento da propositura da acção, seja ao momento do nascimento. Ora, se a mudança legal e consequente

---

<sup>945</sup> Contra implicitamente COELHO, P., "*curso, ...*", cit., pág.173, nota 2, considerando que nas hipóteses descritas, o registo enferma, de inexactidões, posto a disfunção morfológica constitucional é coetânea ao nascimento, curando-se unicamente de rectificar o assento, na medida em que se venha a mostrar inexata a menção constante do assento relativa ao sexo, por môr de intervenção cirúrgica superveniente. Essa é também a posição da maioria da doutrina. Cfr., por exemplo, PATTI, S./WILL, M., "*Mutamento di sesso, ...*", cit., pág.34, 58 - 60. Contudo, afirmar isto corresponde a esquecer e repudiar a concepção que vê no sexo legal e na sexualidade, um conceito compósito, evolutivo e tendencialmente estabilizante, seja, logo, na altura do nascimento, seja após a puberdade, aí onde não se trata de declarar a existência de um erro de atestação, comprovado pela evolução (natural ou "cirúrgica", definitiva) dos caracteres sexuais, antes proferir sentença de natureza constitutiva, que não pretende ficcionar legalmente o sexo, ao arrimo de um critério naturalista - biologista, ou erigir juridicamente uma "aparência" ou um símbolo (de sexo). Pese embora, de etiologia e características clínicas diversas, as disfunções morfológico - gonadais intersexuais e psíco - sociais transexuais, exprimem uma unívoca forma de o Direito encontrar o Sexo e a Sexualidade: o homem enquanto natureza biológica e pessoa, que concilia conscientemente o substracto da expressão corpo - mente - e agir livre, como realização de si.

<sup>946</sup> No registo de nascimento de um filho próprio ou adoptado, que tenha nascido ou sido adoptado (plenamente), antes do trânsito em julgado da sentença (ou, de "iure condendo", da resolução), que tenha declarado constitutivamente a mudança de sexo inscrever-se o nome constante das originárias do assento de nascimento do transexual ou do intersexual.



rectificação, operam por força da sentença do tribunal, os seus efeitos igualmente devem decorrer a partir do momento do trânsito em julgado, que não após o momento de ulterior averbamento no assento de nascimento. O que, aliás, não é despiciendo, pois, o momento, em que se inicia a produção dos efeitos do reconhecimento judicial da mudança de sexo, tanto relevará em matéria matrimonial como naqueloutra extritamente conexa: a sucessória. Pense-se, v.g., na hipótese em que o testador dispõe dos bens que fazem parte da sua quota disponível a favor dos seus filhos varões. Sabendo-se que a sucessão se abre no momento da morte do seu autor (artigo 2031º, Cciv66) é decisivo saber quem são os chamados, titulares da vocação sucessória testamentária e estabelecer se, naquele momento já se tinham produzido os efeitos decorrentes da mudança de sexo de um seu filho, originária e legalmente barão.

Problema análogo é o do eventual "conflitos de direitos" entre terceiros e o intersexual ou transexual, ou entre este e o seu cônjuge e terceiros.

Tudo gira em saber se deve ser ~~devida~~ alguma protecção à boa fé de terceiros ou do cônjuge "iludidos" pela publicidade dada pelo registo a um facto, que foi no entretanto, "apagado" do mundo do Direito.

Em primeiro <sup>lugar</sup> ~~seria~~ possível negar qualquer protecção aos terceiros, isto é, estes não usufruiriam de uma protecção específica, antes seriam os institutos do erro, do dolo, ou do enriquecimento sem causa que iriam obstar a uma eventual falta de cumprimento das obrigações assumidas pelo transexual ou intersexual. Ora, já afastámos este condicionalismo, a partir do momento em que defendemos a natureza constitutiva da sentença, com, efeitos ex "nunc", Em segundo lugar, já se vê, poderíamos propiciar uma protecção específica à situação desses terceiros. Note-se, aqui, nem sequer estaria em causa proteger a boa - fé, iludida pelo diverso sexo e nome anteriores, pois que negar retroactividade à mudança de legal de sexo, significa considerar existente e eficaz, nas relações con terceiros, o facto e a identidade sexual anteriores. Nem haveria sequer uma eficácia putativa da

sentença. Ela seria constitutiva, sem que, simultaneamente, tivesse que sanar qualquer vício de que enfermava o facto registado<sup>947</sup>.

Todavia, relevante é já indagar a partir de que momento decorrem os efeitos da mudança de sexo, em relação a terceiros<sup>948</sup>, que não as pessoas em cujo grau reservavam relações jurídico familiares. Se desde o trânsito em julgado da sentença; se desde a data do averbamento da mudança de sexo (e nome no assento de nascimento). Note-se que só estarão em causa, efeitos patrimoniais dependentes do sexo e da identidade sexual (v.g., atribuições patrimoniais sucessórias). Assim, parece dever aplicar-se o regime, de protecção dos terceiros, traduzido na produção de efeitos a partir da data do averbamento da mudança de sexo e nome, por forma a salvaguardar o princípio da publicidade do registo. Já entre os cônjuges, os efeitos patrimoniais e pessoais terão um alcance diverso.

---

<sup>947</sup> Por isso, igualmente, não deve considerar-se ineficaz a identidade sexual anterior, não sendo, pois, necessário estabelecer regras específicas de protecção aos interesses de terceiros, iludidos pela aparência legal/registral criada.

<sup>948</sup> Sendo o hermofrodita, pseudo - hermofrodita, transexual, solteiros.

### 31. O casamento e a mudança de sexo

Pelo que respeita ao relevo da mudança legal de sexo, no direito matrimonial, é mister dividir o discurso em duas fases, a saber: a) o relevo para efeitos de contrair casamento cível; b) os efeitos do reconhecimento judicial da mudança de sexo no estado de casado.

Quanto ao primeiro ponto, é comum afirmarem-se reservas acerca da possibilidade de o transexual poder, pressupondo a mudança legal de sexo, contrair casamento com indivíduos do mesmo sexo biológico. O sopesamento do jurista, normalmente, conclui pela inadequação do seu futuro casamento aos fins da instituição matrimonial, em regra assinalados nos ordenamentos jurídicos: o débito sexual e a procriação. De resto, como os elementos sexuais genéticos e cromossómicos permanecem imutáveis, as intervenções cirúrgicas suprimem a função procriativa.

Entre nós, o discurso biologista - naturalista poderá ter algum acolhimento, na medida em que o artigo 1628º/1, do Cciv 66, fulmina com a *inexistência* a identidade dos sexos dos contraentes, isto é, faltaria o "substractum" morfológico - corpóreo, essencial à plena comunhão da vida<sup>949</sup>.

Porém, facto é que, ao invés do que ocorre em zonas marginais do Direito canónico, o direito civil não "liga a menor importância ao corpo" quando se trata de estabelecer a capacidade para contrair casamento. Numa sugestiva formulação de CARBONNIER, "o direito (da família) não conhece copúla carnal, a não ser pelo sentimento"<sup>950</sup>.

---

<sup>949</sup> Mitigadamente, sem desenvolver, VARELA, A., "Direito da família", cit., pág.274 - 275. O Prof. PEREIRA COELHO, (cfr., COELHO, P., "Curso, ...", cit., pág.172, nota 1) também não explica o entendimento que faz do vocábulo "mesmo sexo". Assim, ao citar a doutrina do AcSTJ, de 3 - 11 - 1961 (que decidiu que o casamento não podia celebrar-se, visto que um dos nubentes carecia de órgãos sexuais masculinos), considerando-a, e bem, desacertada, não se percebe o que pretende significar com a afirmação "...caso em que apenas se provou". Querirá o Mestre significar que a celebração do casamento depende também da prova da inexistência de igualdade física dos sexos?

Por isso que se admitem os casamentos civis (art. 1662º, do Cciv 66, e 190º do CRC) ou católicos urgentes (artigo 1599º, do Cciv 66, artigo 203º/1, do CRC) o casamento civil de indivíduos impotentes e estéreis, os casamentos "pos - mortem", noutros ordenamentos. Ou seja, os defeitos, a defeituosa ou anormal conformação dos órgãos genitais em nada influenciam a validade do casamento<sup>951</sup>, além de que a procriação não é uma finalidade, no casamento civil. Há, de facto, um erro discursivo a denunciar, a não ser que se pretenda criar uma "humanidade de segundo grau", um "terceiro sexo", com carácter discriminatório. O casamento civil não se reserva apenas aos indivíduos, aos quais a natureza distinguiu morfológica - sexualmente. Assim, considerar vedado o casamento v.g., aos transexuais constituiria violar um direito fundamental, justamente o direito de celebrar

---

<sup>950</sup> Cfr., CARBONIER, J., "terre et ciel dans le droit du mariage", inÉtudes offertes à Gerges Ripert, t. 1, pág.332.

<sup>951</sup> O que podem é despoletar em fase sucessiva, o pedido de anulabilidade do casamento civil, com base v.g., em impotência. Já no direito canónico a impotência é impedimento dirimente (cânone 1084, do Código de Direito canónico de 1983). A este propósito fala-se de "*potentia coeundi*". E é um impedimento que, tradicionalmente, tem sido considerado muito importante, não só porque é um impedimento de direito natural cuja configuração se funda naquilo que vem sendo considerado o fimprimário do casamento canónico: a procriação.

Com efeito, o codex não delimita claramente o conceito jurídico de cópula, cuja impossibilidade de realização supõe a existência de impotência legal. O cânone 1084 limita-se a mencioná-lo e o cânone 1061/1, igualmente não acaba por descrever os seus elementos essenciais. Daí que, qual seja o conceito de cópula, não pode prescindir da existência de uma vontade humana, isto é, a cópula, no direito canónico pressupõe a relação sexual completa com ejaculação (cfr., ALARCÓN, M.L./VALLS, R.N., "*curso de derecho matrimonial canonico y concordatório*", 1984, Madrid, pág.99 e ss.; GIL, F.R.A., "*El nuevo derecho matrimonial canónico*", 1983, pág.155 e ss.). No entanto, o Decreto Pontifício de 13 - 5 - 1979 não exige necessariamente a ejaculação. O cânone 1055/1, fala da "*prolem generationem*", como um dos fins do casamento. Porém, tal afirmação não pode entender-se como procriação efectiva, antes "*spes prolis*". De modo que, para a validade do casamento tão só o fim da "*generationem*", na sua potencialidade é que tem que estar presente ("*in suis principiis*"). Basta, portanto, potência sexual em sentido técnico, independentemente de no transcurso da comunhão conjugal haja ou não filhos. Vide também, COELHO, P., "*Curso, ...*", cit., pág.128 - 129. Subvalorizando este aspecto, cfr., CAMPOS, D.L., de "*Lições, ...*", cit., pág.151 e ss.

casamento, isto é, o direito de casar e de constituir família "em condições de plena igualdade" (artigo 36º/1, 2ª parte, da CRC)<sup>952</sup>.

Com efeito, por vezes, esquece-se uma circunstância óbvia, mas decisiva. As menções constantes do assento de nascimento, fazem prova plena quanto aos factos a que respeitam, só podendo essa prova ser ilidida nas acções de estado ou registo<sup>953</sup>. Apenas numa visão oitocentista "corporal", se pode pensar que a ausência ou impossibilidade de identificar o sexo de um dos nubentes, deva ser assimilada à unidade de sexos, importando a inexistência do casamento. Na verdade, hoje, já se pode dizer que a pessoa pertence a um ou ao outro sexo. Não é concebível o conceito de sexo indeterminado. E isto porque se, na altura do nascimento o sexo genital é ambíguo, nem por isso deixará de se lhe atribuir um sexo legal, seja à luz do critério cromossómico ou dos elementos genitais preponderantes. Funciona aí, pois, um critério estritamente biológico/naturalístico de identidade sexual/normativa, cujo entreposto é o corpo. Só que em fase posterior do desenvolvimento da sexualidade, quando o "Gender" integra o sexo naturalisticamente assinalado, pode surgir a necessidade, medicamente certificada e prático - judicativamente ponderada, de integrar o direito da identidade sexual, mediante a relevância de factores sexuais psico - sexuais, por forma a harmonizar o desequilíbrio, pouco a pouco constatado, emergente de uma inicial determinação e identidade sexual, colocada sob a "reserva do possível".

Pode dizer-se que existe, no estado actual da ciência, a impossibilidade de reconhecer o sexo (integrado ou não pelo Gender, inicial ou supervenientemente) de qualquer indivíduo.

E, repare-se, a certeza e estabilidade do Direito, neste quadro acompanham o erigir da personalidade sexual, de forma a que, em cada momento se possa extrair consequências jurídicas irrefragáveis, sempre

---

<sup>952</sup> Cfr., COELHO, P., "Curso, ...", cit., pág.63 - 65; CAMPOS, D.L., de "Lições, ...", cit., pág.97 - 98; VARELA, A., "Direito da Família", cit., pág.147 e ss.

<sup>953</sup> O mesmo ocorre noutros ordenamentos; cfr., WEILL/TERRÉ, "Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités", nº131).

que a lei exiga a diversidade dos sexos como requisito para contrair casamento. Dizer que o casamento é um estado e um contrato é circunstância que vale o mesmo, que afirmar constituir o sexo um facto juridicamente relevante. Logo, é errado desprezar qual seja o sexo legal da pessoa<sup>954</sup>, aqui e agora, curando, contraditoriamente, em indagar o sexo para - legal das pessoas, ao arrimo de um não autorizado critério naturalístico. Assim, onde se lê "casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo", deve ler-se "casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo legal". Pensar doutro modo importa fazer extrair as consequências que, no limite, se poderão hipotisar, a saber: não podemos impedir o casamento de um transexual com uma pessoa do sexo oposto ao seu sexo cromossómico. Certo, trata-se de uma hipótese de escola, cujo resultado constituiria a negação do transexualismo. Mas é preciso hipotisá-la para questionar qual seja o que fere mais a ordem pública: um casamento de duas pessoas de "aparência" diferente, porém, de sexo cromossómico idêntico, ou o casamento de duas pessoas de "aparência" semelhante, mas de sexo cromossómico diverso?

Já se vê, então, por que, se a demanda de mudança de sexo fôr procedente, o sujeito pode, naturalmente, contrair casamento válido com pessoas de sexo anagráfico (legal) diverso do seu.

Depois da celebração do casamento importa distinguir várias hipóteses:

a) Quando o tribunal não acolha o pedido de mudança de sexo, o outro conjugue pode, neste caso, intentar acção de divórcio litigioso, com fundamento na violação do dever de respeito. Como afirma LEITE DE CAMPOS<sup>955</sup> não é causa de divórcio unicamente o desrespeito traduzido em graves ofensas físicas e morais, bastando a

---

<sup>954</sup> Contra WACKE, A., "*Zum hermaphroditen, ...*", cit., pág.900 e ss.; MARINEZ, J.V., "*Se incluye el cambio de sexo, ...*", cit., pág. 1010 e ss.; YAGÜEZ, R.A., "*transexualidad e cambio de sexo, ...*", cit., pág.183 e ss.; RASSAT, "*Propos critique sur la loi du 3 Janvier 1972 portant reforme du droit de la filiation*", in Rev. DC, 1973, pág.207.

<sup>955</sup> CAMPOS, D.L., de, "*Lições, ...*", cit., pág.260.

mera incompatibilidade, em termos de impossibilidade de convivência feliz. As características pessoais (no transexual), ou físicas (no intersexual) podem não permitir a realização do direito à felicidade do outro.

aa) Na pendência da acção de mudança de sexo, o outro cônjuge pode intentar acção de divórcio litigioso, com base na violação do dever de respeito, a qual poderá vir a ser "consumida" pela procedência daqueloutra, na medida em que implique a inexistência sucessiva do casamento .

b) No caso de pendência da acção de mudança de sexo ou após o seu trânsito em julgado, acaso julgue a acção improcedente, o outro cônjuge pode requerer a anulabilidade do casamento civil, em virtude de erro sobre as qualidades físicas e/ou morais do outro cônjuge e reuna demais requisitos do artigo 1436º do Cciv 66, contanto que não deixe decorrer mais de 6 meses desde a data do conhecimento dos factos, para si desonrosos, ou porque a causa de anulação não é contemporânea ao casamento originária<sup>956</sup>.

Tratando-se de casamento católico o outro cônjuge poderá pedir a nulidade, se fôr caso disso, nos competentes tribunais e repartições eclesiásticas (art. 1625º do Cciv 66; Base XXIV concordada), fundado em impedimento dirimente de impotência (canône 1084) ou em erro sobre as qualidades da pessoa, que tenha sido directa e principalmente pretendida<sup>957</sup>, ou ainda em incapacidade para assumir as obrigações

---

<sup>956</sup> Em Itália, GARUTTI/MACIOCE, ob. cit., pág.293, entendem que o outro cônjuge pode invocar erro sobre a identidade (sexual) do seu "partner", nos termos do artigo 122º/2 do codice, na medida em que não se estaria na presença de um fenómeno sexual patológico, mas de uma mudança radical do sujeito, no sentido de pertencer "*in totum*" ao sexo ignorado pelo cônjuge de boa - fé.

<sup>957</sup> Isto é, a qualidade pode estar subjacente ao propósito de contrair casamento, contanto que se converta em parte específica do mesmo acto de contrair e o contraente (querendo directa e principalmente essa qualidade), determina com a sua vontade actual que só consente, na medida em que existe tal qualidade. Não é tanto a importância objectiva da qualidade, mas que tenha sido, directa e principalmente pretendida, contrariamente ao que ocorre no casamento civil, em que se exige a

essenciais do casamento (cânone 1095/2), emergente de causas de natureza psíquica, que sem o privar do uso da razão, nem impedir directa e claramente a discricção e o juízo, impede o cumprimento das obrigações mútuas, permanentes, contínuas, exclusivas e irrenunciáveis.

c) Na hipótese de procedência do reconhecimento judicial da mudança de sexo, ocorre o que o Prof. PEREIRA COELHO<sup>958</sup> designa por inexistência superviniente ou sucessiva. De facto, se assim não fosse, pouco sentido faria fazer depender a dissolução do casamento da vontade dos cônjuges em intentar acção de divórcio<sup>959</sup>. Isto é, não parece que a "ratio legis" imponha um secessivo procedimento, meramente eventual, deixando à livre disponibilidade das partes a

---

essencialidade objectiva e subjectiva do erro, ainda que com algumas dúvidas, no que concerne à atendibilidade das circunstâncias, no juízo de essencialidade objectiva. Cfr., também COELHO, P., "Curso, ...", cit., pág.240, nota 2; VARELA, A., "Direito da Família", cit., pág.263; resulta daqui o maior grau de dificuldade na prova da essencialidade do erro, no casamento canónico, atenta a dificuldade de a distinguir dos supostos de mera vontade interpretativa, ainda que desde a sentença "Coram CANALS", de 21 - 4 - 1970 se tenha vindo a fazer emergir critérios objectivos de essencialidade. Cfr., MOSTAZA, A., "Curso de Derecho Matrimonial y Processual Canónico", 5ª ed., Salamanca, 1982, pág. 139 e ss.; ALARCÓN, M.L./VALLS, R.N., "curso, ...", cit., pág.189 e ss.; GIL, R.A., "El nuevo derecho, ...", cit., pág.279 e ss.; CAPIZZANO, E., "L'errore sulle qualità dell'altro coniuge come causa di nullità di matrimonio", in Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle persone, 1960/3, pág.167 e ss.; DEL VALLE, M., "Rilevanza delle qualità personali dei contraenti nel consenso matrimoniale canónico", in Ras. Dir. Civ., 1988/2.

<sup>958</sup> COELHO, P., "curso, ...", pág.174.

<sup>959</sup> Estranha e contraditóriamente o art.7º da Lei italiana, nº 74, de 1987 (Reforma do Regime sobre a dissolução do casamento) adicionou uma nova causa de divórcio aquelas outras consignadas no artigo 3º da lei nº898, de 1970, pela qual a dissolução do casamento civil ou a cessação dos efeitos civis do casamento canónico, pode ser requerida por um dos cônjuges, desde que transite em julgada sentença de mudança de sexo, conforme o regime considerado na citada lei de 1982. Se assim é, "pior o remédio que a doença", pois, em abstracto seria possível conceber a subsistência de um casamento entre pessoas do mesmo sexo (legal). Todavia, só pode entender-se que essa lei tem eficácia meramente declarativa.



"aquisição processual" do divórcio, "provocado" pela mudança de sexo de um dos cônjuges<sup>960</sup>.

Com efeito, a doutrina da autonomia da figura inexistência jurídica nunca foi unanimemente assumida<sup>961</sup>, quer com valor autónomo negativo, enquanto forma de invalidade mais grave que as demais<sup>962</sup> ou desligada das situações clássicas de invalidade. O certo é que, qualitativa e/ou quantitativamente, o negócio jurídico inexistente não produz qualquer efeito, sendo que a inexistência pode ser invocada a todo o tempo e por qualquer pessoa. O Cciv 66 não tomou posição clara quanto à inexistência jurídica, fazendo-lhe referência expressa, apenas em relação ao casamento civil (arts. 1628º, 1630º, do Cciv 66), embora implicitamente queira fazer aflorar o mesmo instituto, no regime definido nos arts. 245º e 246º, ou seja, hipóteses em que há declaração não séria, coacção física ou falta de consciência da declaração.

A inexistência, tanto como categoria autónoma, quanto subespécie das invalidades implica, assim, que: a) o acto não seja, sequer, admitido a produzir efeitos jurídicos secundários, subsistindo uma situação de absoluta irrelevância negocial<sup>963</sup>; b) quem esteja

---

<sup>960</sup> Noutros ordenamentos faz-se depender a possibilidade de mudança de sexo da ausência de vínculo matrimonial, fazendo com que, implicitamente as pessoas se divorciem, se quiserem mudar de sexo, cfr., art. 3º da Lei sueca, § 8/1, 2, da TSG.

<sup>961</sup> Em sentido afirmativo, ANDRADE, M., "Teoria geral, ...", vol. II, pág.414 e ss.; PINTO, M., "teoria geral, ...", cit., pág.608 - 610; ALARCÃO, R., de, "Aconfirmação dos negócios anuláveis", pág.37; FERNANDES, C., "Teoria Geral, ...", cit., , vol. II, pág.480 e ss.; MENDES, C., "Direito Civil", vol III, pág.667 e ss., contra, TOMASINI, R., "Nullità (dir. privato)", Enc. Dir., vol. XXXVIII, 1978, pág.866 e ss.

<sup>962</sup> PINTO, M., "Teoria Geral, ...", cit., pág.608.

<sup>963</sup> Além de não lhe serem aplicáveis os institutos da conversão e redução dos negócios jurídicos. Cfr., ALARCÃO, R., de, "A confirmação, ...", cit., pág.35. E de nele não se poder fundar a posse que conduz à usucapião. PINTO, M., "Teoria Geral", cit., pág.609.

interessado a fazer valer um negócio inexistente é que deverá convencer os demais da sua inexistência<sup>964</sup>.

Como se sabe, no casamento (civil), não se distingue, adentro das invalidades, a nulidade da anulabilidade: não há casamentos nulos, mas, apenas, anuláveis<sup>965</sup>. Assim, como a figura da inexistência é expressamente admitida em Direito da família, temos que, seja a inexistência jurídica uma espécie de invalidade, ou outra figura paralela que exprime uma outra modalidade de valor negativo do negócio jurídico, em direito português só há casamentos anuláveis e inexistentes<sup>966</sup>. Resta, por isso, saber a que figura se assimila a situação

---

<sup>964</sup> Cfr., FERNANDES, C., "Teoria Geral, ...", cit., vol. II, pág.483.

<sup>965</sup> COELHO, P., "Curso, ...", pág.332.

<sup>966</sup> No ordenamento italiano, se a lei só fala na nulidade do casamento, a doutrina prefere falar em anulabilidade, visto que, tanto a legitimidade para invalidar o negócio é atribuída a pessoas determinadas - normalmente o cônjuge - como a acção está sujeita a um prazo de caducidade, relativamente curto, como ainda a invalidade, no consentimento, é sanável mediante coabitação. Daí que, quando o codice fala de nulidade, seria preferível falar de anulabilidade. Cfr., RESCIGNO, P., "Manuale del diritto privato italiano", Napoli, 1985, pág.409; ZATTI, P./COLUSSI, V., "Lineamenti di diritto privato", Padova, 1987, pág.357. Já a figura da inexistência tem causado alguns sobressaltos, no direito matrimonial. JEMOLO (cfr., JEMOLO, A.C., "Lezioni di diritto ecclesiastico", Milano, 1975, pág.48 e ss.) considera inválido, que não inexistente, o casamento contraído entre pessoas do mesmo sexo, com a consequência de que, nesse caso, o negócio poderia ser convalidado e ao qual, assim, se estenderia o regime do casamento putativo. Daí que, para declarar a inexistência seria próprio intentar uma acção de verificação, portanto, uma acção declarativa de simples apreciação. Outros identificam a "nulidade absoluta" à inexistência, defendendo que o codice teria tão só consagrado, no casamento, hipóteses de anulabilidade, conquanto a nulidade decorresse dos princípios gerais (cfr., GANGI, C., "Il matrimonio", Milano, 1953, pág.181 e ss.). Autores há, por fim, a sustentarem, em sede de casamento, a distinção entre nulidade e inexistência (cfr., GERI, L.B./BRECCIA, U./BUSNELLI, F./NATOLTI, U., "Diritto civile, 1.2. Fatti e atti giuridici", Torino, 1986, pág.823). Seria inexistente, por exemplo, o casamento celebrado por pessoas do mesmo sexo, ou em que se verificasse falta de celebração. A nulidade cominar-se-ia, v.g., no caso dos impedimentos de casamento anterior não dissolvido o vínculo de parentesco na linha recta.

e o valor do casamento, após o trânsito em julgado da sentença da sentença que reconheça judicialmente a mudança de sexo, de um dos cônjuges, num casamento até aí válido e, logo, existente.

Com efeito, poder-se-à, "prima facie", como opina o Prof. PEREIRA COELHO<sup>967</sup>, conceber uma situação de "inexistência superveniente" - que não, "inexistência originária" - do casamento, em virtude de, depois da celebração do casamento, os cônjuges virem a ficar com o mesmo sexo (legal). Porém salvo o devido respeito, curamos discordar da construção perfilhada pelos Mestres, senão vejamos.

Afirmar que nos quedamos face a uma inexistência superveniente só pode querer significar que se está ainda a falar da figura da inexistência, "in totum", isto é, sob pena de dissolvermos a figura da inexistência, claramente destilada pela doutrina jurídico - civilística e vítreamente plasmada em sede de negócio jurídico familiar, tal seja o casamento, essa "inexistência superveniente ou sucessiva" será uma

---

Por seu turno, no casamento canónico, não se fala, hoje, em inexistência ou de anulabilidade, outrossim, de nulidade, visto que os efeitos invalidantes são formalmente idênticos (cfr., FINOCCIARO, F., "Il matrimonio nel diritto canonico", Bologna, 1989, pág.7, e ss.; D'AVACK, P.A., "Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico", vol. I, Firenze, 1952, pág.1 e ss.; JEMOLO, A.C., "Lezioni, ...", cit., pág.232 e ss.; BERTOLA, A., "Il matrimonio religioso nel diritto canonico e nell'ordinamento concordatario italiano"; Torino, 1966, pág.162 e ss.). O "codex", com efeito, usa promiscuamente os vocábulos, nulidade, anulabilidade e inexistência, porém, revê-se numa única figura, justamente, a da invalidade, ou da nulidade, usada como sinónimo. Depois, prevê, com a "convalidatio simplex" e a "sanatio in radice" - com a renovação do consentimento - possibilidades de convalidação, no sentido canonico, um casamento originariamente nulo (cfr., BERTOLA, A., "Il matrimonio, ...", cit., pág.162 e ss.; CANCELIER, G., "Les nullités de mariage par exclusion de l'indissolubilité dans la jurisprudence rotale", in Revue de droit canonique - colloque 1987 - "Evolution du principe de l'indissolubilité du mariage", t. XXXVIII, nº1 - 2 (março -junho, de 1988), pág.146 e ss.; ALARCÓN, M.L./VALLS, R.N., "Curso, ...", cit., pág.254 e ss.; BAMBERG, A., "L'indissolubilité du mariage au regard de la jurisprudence récente de la Rote romaine ou protection du mariage et de ses naufragés", *ivi*, pág.169 e ss.

<sup>967</sup> COELHO, P., "Curso, ...", cit., pág.173; hoje também, CAMPOS, D.L., de, "Lições, ...", cit., pág.177 - 178.

subespécie do género inexistência, portanto, uma sub - figura atípica, merecedora de identico desvalor jurídico. Se isto é assim, deveremos equiparar o regime desta inexistência ao regime geral da "inexistência - mãe", vale dizer saber:

a) quem pode arguir; b) quando pode arguir; c) como pode arguir; d) efeitos da sua arguição. Isto é, acaso o (des)valor jurídico do casamento seja tal, nessa circunstância, a "inexistência superveniente" pode ser arguida por qualquer pessoa, a todo o tempo<sup>968</sup>, não produzindo quaisquer efeitos, seja como negócio, seja como facto jurídico. Não lhe aproveitariam sequer, os efeitos do casamento putativo, mesmo que ambos os cônjuges estivessem de boa - fé (cfr., artigo 1630º, Cciv 66)

Só que, repugna admitir, se desrespeitem os efeitos jurídicos, jurídico pessoais e patrimoniais produzidos até aí, por um casamento civil válido e perfeito. Os eventuais filhos nascidos<sup>969</sup> do casamento passariam a ser considerados nascidos fora do casamento. Os actos e negócios, jurídicos que o cônjuge administrador dos bens do outro praticasse seriam inválidos, com eventual prejuízo de terceiros que com ele contrataram, etc. Repugna, pois, conceber que não devam ser respeitados os efeitos jurídicos produzidos pelo casamento, até ao trânsito em julgado da sentença que reconheça a mudança de sexo, independentemente do estado psicológico dos cônjuges<sup>970</sup>. Todavia, considerar o casamento inexistente (sucessivamente) e a ele estender o

---

<sup>968</sup> Inclusivamente, pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal (art. 1630º/2), ou acaso crie uma aparência de facto ser destruída, por uma acção declaratória de inexistência do casamento e processo de justificação judicial (arts. 114º/1, CRC). Cfr., VARELA, A., "Direito da Família", cit., pág.275.

<sup>969</sup> O que seria improvável, ao menos, nas hipóteses de transexualidade, a não ser nos casos medicamente aceites, mas raríssimos de transexualismo tardio.

<sup>970</sup> O que só relevará, em fase anterior do casamento "*in fieri*" quando v.g., ainda nem tivesse sido proposta acção de mudança de sexo e nunca, após os cônjuges serem supervenientemente pessoas do mesmo sexo legal.

regime do casamento putativo<sup>971</sup> significa, ao cabo e ao resto identificar, nalguns pontos, a anulabilidade do casamento com a inexistência (superveniente). Mas, também não se pode considerar anulável um casamento, em que por força de sentença judicial, se faz cessar a diversidade dos sexos, quando é a própria lei que comina com a inexistência do negócio jurídico a existência inicial de unidade de sexos legais, por parte dos nubentes. Por isso que, não se pode deixar à vontade dos cônjuges a dissolução do vínculo conjugal, por divórcio ou a iniciativa de promover se e quando quiserem a declaração da anulabilidade desse casamento. Além das razões emergentes do interesse público, verifica-se uma situação de impossibilidade legal.

Vale isto por dizer que, aceitar a existência da figura da inexistência superveniente do casamento, por efeito de mudança legal de sexo, significa subverter, quanto aos efeitos, o esquema legal do desvalor negativo (autónomo ou não) da inexistência em direito matrimonial.

Quer isto significar que esta questão, há-de, salvo o devido respeito, resolver-se à luz da teoria geral do negócio jurídico, em sede de eficácia, que não de invalidade dos negócios jurídicos - "rectius", do negócio jurídico, isto é, do "contrato outro" (PEREIRA COELHO) que é o casamento. Ou seja, se um acto inválido tem em si todo o germe da ineficácia, não é, porém, esta ineficácia (em sentido amplo) que curamos<sup>972</sup>. Se o acto inválido, pode, normalmente ser sanado ou confirmado, o acto ineficaz, embora válido é apto a produzir efeitos jurídicos, pode analisar-se, numa qualquer vicissitude que obstacula ao desenvolvimento da produção desses efeitos<sup>973</sup>. Vale dizer, o casamento

---

<sup>971</sup> Como ocorre, com JEMOLO, "*Lezione, ...*", pág.48 e ss., o que até, certo ponto se compreende, visto que a lei só fala em nulidade do casamento talqualmente o direito canónico quando a realidade jurídica da invalidade do casamento é bem mais complexa.

<sup>972</sup> Sobre ela, vide, PINTO, M., "*teoria geral, ...*", cit. 605.

<sup>973</sup> Igualmente, não faz sentido falar, quanto à inexistência, de eficácia ou ineficácia do negócio jurídico. Cfr., ALARCÃO, R., de, "*A confirmação, ...*", pág.33, 41; FERNANDES, C., "*teoria geral, ...*", vol. II, pág.520.

pese embora seja válido e perfeito cessa os seus efeitos pela verificação de um obstáculo exterior que se opõe à sua produção. A cessação dos efeitos resulta de factores estranhos, isto é, da sentença que reconhece a mudança de sexo, ao "cumprimento de negócio".

Subsiste, pois, uma situação de "ineficácia superveniente definitiva"<sup>974</sup>. Só que essa eficácia cessativa anormal, obedece a um esquema que contempla diversas situações: resolução, revogação, denúncia e caducidade<sup>975</sup>.

Bem se vê que, na situação "sub indice" não se considera o valor do negócio jurídico casamento em si mesmo, analisado sob o ponto de vista interno, visto que nenhum valor negativo atinente a vícios que podem interferir com os seus elementos constitutivos se detectou: o casamento revelou-se apto a subsistir na ordem jurídica. Mesmo que tal não acontecesse ainda assim poderia produzir interinamente aqueles seus efeitos, ou passar a produzi-los, como se fossem válidos. Só que, deslocada a impositação do problema para as circunstâncias extrínsecas que integram a "factis specie" produtiva de efeitos jurídicos, não podemos falar em inexistência ou inexistência superveniente, pois esse desvalor só pode ser assacado a vícios ou deficiências do negócio, contemporâneos da sua formação<sup>976</sup>.

Ora, pensar doutro modo, é destruir o desvalor jurídico da inexistência, em direito matrimonial, confundindo-o com a anulabilidade, sob o prisma da produção de efeitos jurídicos, qual anulabilidade - inexistência, desconhecida nos negócios jurídicos familiares e bem assim na teoria geral das invalidades negociais.

---

<sup>974</sup> Adapta-se a formulação, noutra enfoque, de MENDES, C. "Direito Civil", vol. III, pág.501, nota 1.

<sup>975</sup> PINTO, M., "Teoria Geral, ...", cit., pág.618 e ss.; MENDES, C., Ob. cit., vol. III, pág.595 e ss.; FERNANDES, C., "Teoria Geral, ...", vol. II, pág.515 e ss. Poderíamos, destarte, "hoc sensu", identificar o divórcio litigioso à resolução (ainda que, excepcionalmente, sem efeito retroactivo) e por mútuo consentimento à revogação ("contrarius sensus").

<sup>976</sup> É certo também, que não estão aqui em causa as hipóteses de ineficácia relativa, em que o negócio, constitucionalmente, é ineficaz em face de terceiro.

Pensamos, por isso, que, a sentença que reconheça a mudança de sexo (e nome) só pode operar a cessação dos efeitos negociais, na medida em que seja um acto jurisdicional, que despoleta a eficácia cessativa "ope legis" (artigo 1628º/e, Cciv 66), sem necessidade de qualquer manifestação de vontade tendente a esse resultado. Isto é, as relações jurídico - matrimoniais cessam, sem carácter retroactivo, por efeito de caducidade do contrato. As relações matrimoniais extinguem-se para o futuro, por força do trânsito em julgado de sentença que reconheça judicialmente a mudança de sexo, por efeito de transexualidade ou intersexualidade<sup>977</sup>, acto este a que o artigo 1628º/e, do Cciv 66, atribui efeito extintivo "ex tunc", da relação matrimonial. E, repare-se que a sua causa não deixa, pois, de ser objectiva (não depende directamente da vontade dos cônjuges), actua automaticamente e recobre o interesse público de, talqualmente a medieval instituição da putatividade do casamento, proteger (se bem que sem relevar o estado psicológico dos cônjuges) as relações jurídicas pessoais e patrimoniais que cresceram à sua sombra. Além de se manter intocável a autonomia conceitual da inexistência jurídica, cujo princípio geral e regime parecem resultar dos artigos 1628º e 1630º do Cciv 66, correspondendo, pois, ao ensino doutrinal de MANUEL DE ANDRADE<sup>978</sup>

Outrotanto já se não afirma no que ~~respeita~~ à sorte do casamento canónico, transitada em julgada sentença que tenha reconhecido a mudança de sexo a um dos cônjuges.

Como à extinção da relação matrimonial concordatária se aplica também a disciplina do Código de Direito Canónico, pese embora, se deva entender que cessam os efeitos civis do casamento canónico<sup>979</sup>,

---

<sup>977</sup> Dificilmente seria hipotísável o caso de um dos cônjuges ter requerido, celebrado o casamento, a rectificação de algum erro material na declaração de nascimento ou na inscrição/transcrição, no assento de nascimento.

<sup>978</sup> ANDRADE, M., "*Teoria Geral, ...*", vol. II, pág.414 e ss. E, note-se, também de PAULO CUNHA, nas suas lições orais, como informa FERNANDES, C., ("*Teoria Geral, ...*", cit., vol. II, pág.482, nota 646.

podendo o transexual ou intersexual voltar a casar civilmente com pessoa de sexo legal diverso do seu, parece que, sem mais, o casamento em causa continuará a ser válido no ordenamento concordatório, ao menos até que seja proferida sentença que definitivamente declare a invalidade, isto é, a nulidade deste casamento, visto que se assimila a pretensa inexistência (superveniente) - para os que perfilhem tal entendimento - ao interesse de certeza e clareza, sendo que a invalidade<sup>980</sup> é declarada em acção especialmente intentada no foro eclesiástico<sup>981</sup>.

Assim, se o direito da família surpreende a questão em termos de cessação superveniente da eficácia, por caducidade, o direito canónico prespectiva - o, (só o pode prespectivar) em termos de invalidade (nulidade). De resto se o nubente pretende de novo casar canonicamente, sem precedência do recurso à declaração de nulidade do anterior, mesmo que obtenha na repartição do registo civil competente o certificado de capacidade matrimonial, por já não haver impedimento na lei civil (isto é, casamento civil anterior não dissolvido), obviamente o casamento não deverá celebrar-se.

Em todo o caso, os efeitos (civis), entre os cônjuges, patrimoniais e pessoais da sentença de mudança de sexo, relevantes no e por causa do casamento civil ou canónico, decorrem desde o trânsito em julgado daquela sentença e não do seu averbamento à margem do assento de nascimento.

---

979 Sendo necessário se fôr caso disso, pedir o cancelamento do registo, pois este é a única prova legalmente admitida do casamento.

980 De facto, no direito canónico só podemos conceber o desvalor da instituição e do estado matrimonial, em termos de invalidade ("rectius", nulidade) ou de dispensa potifícia do casamento rato e não consumado, que não em termos de eficácia do casamento canónico.

981 Não se poderia conceber que os efeitos civis cessativos do casamento canónico se pudessem manter, ou defender do recurso, com maior ou menor celeridade, ao foro eclesiástico. E, lembre-se Portugal tão só abdicou da sua soberania jurisdicional substantiva quanto à nulidade do casamento canónico - e ao conhecimento das causas de dispensa do casamento rato e não consumado.



Relevante é, igualmente, indagar da sorte do poder paternal, proferida sentença que reconheça sexo diverso a um dos titulares (ou, ao titular) do exercício do poder paternal.

Queremos salientar a (im)procedência de uma inibição judicial do exercício do poder paternal, fundada no facto de um dos progenitores ter mudado (legalmente) de sexo.

É sabido que a inibição pode ser decretada sempre que ocorra violação culposa dos deveres dos pais para com os filhos, com grave prejuízo para estes, ou, por falta de condições daqueles para o exercício do poder paternal, por qualquer causa, enumerando exemplificadamente o código a inexperiência ou doença do progenitor e a sua ausência. Igualmente, do regime fixado nos artigos 1918º a 1920º do Cciv 66 se pode deduzir que existem situações (risco para a segurança, saúde, formação moral, educação, ...) que justificam o decretamento da inibição, contanto que as circunstâncias referidas tenham o carácter de gravidade.

Idênticos problemas surgem ao *derredor* da questão da regulamentação do exercício do poder paternal, após a cessação dos efeitos do casamento, por força do trânsito em julgado da sentença de reconhecimento da mudança de sexo de um dos progenitores.

Em ambas as hipóteses, não estabelecendo a lei critérios rígidos ou "modelos de decisão" densificados, incumbe ao prudente arbítrio do julgador a resolução casuística do problema. Na realidade, a lei limita-se a definir um princípio geral plasmado na protecção dos interesses do menor.

Numa primeira observação, não convem, seja substar o princípio da protecção dos interesses do menor, seja exagerar a importância de um conceito, cujo papel essencial é o de fazer atribuir uma boa consciência a quem o invoca, no sentido de justificar decisões tomadas sobre um ineliminável horizonte de risco. Os "interesses do menor", noção - chave, bastamente invocada, porém, escassamente estudada é, por vezes, impossível de apreender<sup>982</sup>.

---

982 Como refere CARBONNIER, J., "Droit Civil. La Famille", 13ª ed., nº192, pág.276, "la clef ouvre sur un terrain vague".

Tradicionalmente, os interesses do menor eram necessariamente iguais aos de todos os menores, identificando-se com o amor e gratificação dos pais, entre si, e para com o menor. Porém, não é estranhável que tal impostação sobre a concorrência de estruturas e modelos fáctico familiares, que ultrapassam a linearidade do tradicional e ideal discurso do bem - estar do menor. De facto, variegado número de menores desenvolvem-se, física e espiritualmente em estruturas familiares comportamentais de geometria variável. A partir do momento em que o menor se orgulha de possuir duas mães ou oito avós, podemos-nos interrogar acerca do interesse do menor face a "orgia" de "leiloar" o menor, a troco de prestações materiais<sup>983</sup>.

De igual modo é impensável deixar de invocar um qualquer interesse do menor que se desenvolva no quadro de uma relação homossexual, v.g., cujo único progenitor, pessoa solteira, viva com pessoa do mesmo sexo, O que só se compreende, na medida em que a regulamentação do exercício do poder paternal ou a sua inibição pouco ou nada terão a ver com a moral<sup>984</sup>. Dada a relatividade do conceito, pode significar-se que os "interesses do menor" não devem ser invocados, explícita ou implicitamente, para justificar ou condenar qualquer modelo de decisão. Vale isto por dizer que apenas deve poder ser útil em específicas hipóteses, onde os elementos de facto são consistentes, em termos de propiciarem concluir na medida do possível qual deva ser o interesse de um menor determinado.

O que vem de dizer-se não importa a ideia de que qualquer progenitor transexualizado será o indicado para exercitar o poder paternal. Mas, o facto de ter mudado legalmente de sexo, em nada pode contender, em abstracto, com um tratamento diferenciado, igualmente, em sede de poder paternal, o que significaria incomportável discriminação em função da orientação sexual.

---

<sup>983</sup> Neste sentido, GOBERT, M., "*Le transsexualisme ou de la difficulté d'exister*", in *La Semaine Juridique*, doctrine, 1990, nº49, 3475.

<sup>984</sup> Cfr., DEVICHI, J.R., in *Rev TDC*, 1990, pág.57; BEARGIE, R.A., "*custody Determination Involving the Homosexual Parent*", in, *Family Law Quarterly*, 1988/1, pág.71 e ss.

O problema nem está tanto em afirmar que não é a mera transexualidade que torna o progenitor indesejável, fazendo-o obedecer a um comportamento normalizado ("standarts of beahviour"), ao menos, na presença do menor, ou decidir ao arrimo de uma qualquer "presunção de inadequação" do poder paternal, tomada enquanto "standart" prévio de decisão, como em focar a criança concreta. O exercício do poder paternal, por parte do "transexualizado" pode merecer tanto desvalor médico - jurídico pelas mesmas razões que o sofrerá um progenitor heterossexual. Ademais, quer o exercício como a inibição do poder paternal, não autorizam denegação com base apenas na orientação sexual dos progenitores<sup>985</sup>.

Porém, se o menor é perturbado emocionalmente pela circunstância existencial do progenitor, ou enfrenta traumas psicológicos atinentes ao "gender role", daqueloutro, o tribunal não deverá ter dúvidas em limitar e inibir o exercício do seu poder paternal ou atribuí-lo ao ex - cônjuge. Afinal, em concreto, a orientação sexual e os específicos efeitos da casuística do menor real, será o factor decisivo.

---

<sup>985</sup> Contra, cfr., sentença do Tribunal de Menores de Torino (in, Dir. Fam. Pers. , 1982, pág.979 e ss.) que numa situação de transexualidade não reconhecida judicialmente, atribuiu o exercício do poder paternal do emnor à mãe divorciada po progenitor transexual, sustentando que este não está em condições de, em qualquer circunstância, desempenhar o papel paterno, até porque, a sua própria orientação sexual pode causar graves e irreparáveis danos ao equilíbrio psico - físico do menor. Porém, a psicologia comportamental ainda não determinou quais os aspectos do desenvolvimento da criança, que possam relacionar-se directamente com a sexualidade dos pais. Vide "*Sexual Identity of 37 children raised by Homosexual Parents*", in American Journal of Psiquiatry, 1978, pág.646, 692, ajud, BEARGIE, R.A., "*Custody Determination, ...*", cit., pág.73.

### 32. O direito internacional privado da mudança de sexo, nos casos de transexualidade

Sem embargo dos processos legislativos consagradores da mudança de sexo (em casos de transexualidade, ou, também, de intersexualidade terem sido, por vezes coincidentes (v.g., Alemanha, Itália, Holanda) a comunicação e a troca de notícias tem sido pouco mais do que evanescente ou esporádica. De certo, tal estado de coisas em nada ajuda futuras legislações internas ou a harmonização das diversas leis nacionais já existentes, antes, favorece o surgimento de novos problemas de direito internacional privado. Ora, o reconhecimento judicial da mudança de sexo (e nome) não deve constituir uma noção estranha e anódina ao espaço jurídico europeu em que nos integramos.

O direito internacional privado português em matéria de mudança de sexo, só pode, por ora, ser um direito de origem judicial.

Daí que, resultando a mudança de sexo, em Portugal, de uma decisão judicial, ao menos de "iure condito", pode começar por recensear-se os casos em que os tribunais portugueses podem, em matéria de mudança legal de sexo internacional ou transexualidade, considerar-se competentes.

Note-se, desde já que não existem na ordem jurídica portuguesa, normas especiais de competência internacional directa relativa à mudança de sexo.

O quadro geral da competência internacional dos tribunais portugueses contem-se no artigo 65º do CPC<sup>986</sup>, cujas condições plasmam quatro princípios fundamentais.

O primeiro (art65º/1, a, CPC) é o princípio da coincidência, segundo o qual, e de acordo com a influência germânica, os tribunais portugueses serão competentes, sempre que se situem em Portugal factor ou circunstâncias que a lei portuguesa, nas suas normas de competência interna, considere como factores atributivos desta

---

986 "Ex vi" do artigo 61º

competência<sup>987</sup>. Logo, os tribunais portugueses serão competentes todas as vezes que o intersexual ou transexual tenha a sua residência em Portugal. O elemento - residência do petecionante - há-de ser o critério de competência territorial retido pela lei portuguesa nas situações internas de mudança de sexo, em sede de acção de estado.

Em segundo lugar a alínea b) do nº1 do artigo 65º, do CPC consagra o princípio da causalidade. Assim, os tribunais portugueses serão internacionalmente competentes, desde que a "causa petendi", ou seja, o facto que serve de base ao pedido, tenha tido lugar em território português. Todavia, parece que este critério deve ser dificilmente aplicável a estes casos, ao menos na transexualidade, em que, dificilmente se pode falar de uma "causa petendi", mas de um conjunto de condições, certificadas medicamente que devem existir, nesse momento, para que se possa mudar legalmente de sexo.

Nos termos do princípio da reciprocidade (artigo 65º/1, c., idem) pretende proteger-se o cidadão português na medida em que se lhe faculta a propositura de uma acção num tribunal do seu país contra um estrangeiro, nos casos em que este esteja em condições de a propôr no seu país, numa situação semelhante, procurando-se, destarte, evita uma situação que seria desvantajosa para o cidadão português nas relações bilaterais com estrangeiros, a qual se traduziria no plano do recurso ao tribunal do seu próprio país. Porém, como nesta acção não se pode, verdadeiramente falar de um demandado -- talqualmente nos conflitos de interesses patrimoniais - além de uma ideia de equilíbrio e reciprocidade, visto que a acção, é proposta contra o Estado (e incertos), este princípio não se adapta aos casos de estados de pessoas.

Por fim, para impedir a denegação <sup>de justiça</sup> a alínea d) do nº1 do artigo 65º do CPC prevê que os tribunais portugueses serão, ainda, competentes nos casos em que o direito não possa tornar-se efectivo a não ser através de uma acção intentada perante um tribunal português,

---

<sup>987</sup>Cfr., MACHADO, B., "La competence internationale en droit portugais", in BFDC, Vol.XLI (1964), pág.22; VARELA, A./BEZERRA, M./NORA, S. "Manual, ...", cit., pág.189 e ss; CASTRO, A.A. de, "Lições de Processo Civil", Vol.II, Coimbra, 1970, pág.401 - 402; REIS, A. dos "comentário ao Código de Processo Civil", Vol.I, Coimbra, 1944, pág.119 e ss; MENDES, C. "Direito Processual civil" Vol.I, Lisboa 1980, pág.408 e ss.

com a condição de existir uma ligação ponderosa de natureza pessoal ou real entre a acção a propôr e o território português.

Deve, pois, incluir-se aí a hipótese de uma verdadeira impossibilidade, isto é, o caso de um conflito negativo entre as normas de diversos Estados envolvidos pela situação. Mas, também se poderia questionar o problema da impossibilidade prática de apresentar o pedido numa Jurisdição estrangeira<sup>988</sup>. Porém, é preciso não confundir a impossibilidade absoluta, até por razões práticas, com a extrema dificuldade de uma solução favorável quanto ao mérito. Daí, parece que o facto das normas de conflitos de leis de um Estado, em que as jurisdições se julgam internacionalmente competentes não reconhecerem o pedido de mudança de sexo, v.g., na transexualidade, que seria reconhecido pelo sistema de conflitos português, no caso em que este fosse aplicável, não é suficiente para permitir a aplicação de princípio da necessidade<sup>989</sup>.

Vem isto para concluir que em matéria de mudança de sexo, a competência internacional dos tribunais portugueses, salvo as situações de necessidade, emergentes de denegação de justiça e da aplicação do princípio da reciprocidade, depende da residência do transexual no nosso território, ou da verificação, no nosso território, da causa petendi, nos casos de intersexualidade, que não envolvam problemas marcantes de "Gender Identity".

No que diz respeito à escolha da lei aplicável à mudança de sexo, o regime da competência legislativa, em sede de mudança de sexo, cabe no domínio das normas sobre direitos de personalidade (artigo 27º, Cciv66), quer no que concerne à sua existência, protecção e restrições ao seu exercício.

Todavia, a competência da lei aplicável pode ser afastada pelo reenvio. Este é admitido, em primeiro grau, se a lei designada pela norma de conflitos portuguesa retorna a competência ao direito interno

---

<sup>988</sup> Em sentido afirmativo, MENDES, C., "*Direito Processual civil I*", cit., pág.22; REIS, A., "*comentário, ...*", cit., pág.142 e ss.

<sup>989</sup> Dizer o contrário conduziria a uma dependência da competência dos tribunais em relação a competência legislativa ou à solução material.

português (artigo 18º/1, Cciv66). Como a mudança de sexo é atinente ao estatuto pessoal - porque este último inclui em Portugal os direitos de personalidade - é preciso ainda, que o petecionante tenha o seu domicílio em Portugal, ou que a lei do domicílio considere como competente o direito interno português (artigo 18º/2 Cciv66).

Quanto a reenvio de segundo grau já será necessário que uma terceira lei, designada a competência, a aceite<sup>990</sup>. Além de que, nestes casos de estatuto pessoal, é necessário que a lei do domicílio não seja a lei portuguesa - questão que nem sequer se coloca - nem uma lei que designe o direito interno do Estado da nacionalidade<sup>991</sup>.

Só que pode ocorrer que a lei designada como competente para a mudança de sexo pela norma de conflitos da lei portuguesa deva ser afastada, nos casos em que a aplicação das suas disposições contrarie os princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português<sup>992</sup>, caso em que serão aplicáveis as norma mais apropriadas da legislação estrangeira competente ou, subsidiariamente as normas de direito interno português.

De facto, os tribunais portugueses podem ser tentados a recorrer a esta noção para impedir a constituição de uma nova situação existencial - legal, emergente da mudança de sexo, na medida em que possa exprimir uma concepção fundamental e dominante da sociedade portuguesa, repugnando à sensibilidade da grande maioria dos portugueses. Todavia, como a ordem pública deve ser apreciada e concretizada "in concreto", julgamos<sup>993</sup> concretizar o conceito de ordem pública, em conformidade com a constituição, se e quando o

---

<sup>990</sup> Cfr., artigo 17º/1, do Cciv66

<sup>991</sup> Cfr., artigo 17º/2, do Cciv 66. Vide, CORREIA, F., "*Lições de Direito Internacional Privado*", Coimbra, 1973, pág.407 e ss; MACHADO, B., "*Lições de Direito Internacional Privado*", 2ªEd., Coimbra, 1982, pág.190 e ss.

<sup>992</sup> Cfr., artigo 22º/1, Cciv66.

<sup>993</sup> Cfr., supra, nº25.

colocarmos ao serviço de uma função promocional dos direitos fundamentais e de personalidade, que destas hipóteses exornam.

Resulta do domínio da lei aplicável à mudança de sexo que ela regula a existência, a tutela e as restrições ao seu exercício. Isto é, por exemplo, deve reger as suas condições essenciais: idade mínima, incapacidade de procriação, celibato,

a eficácia *ex tunc/ex nunc* ... Já quanto aos seus efeitos, será, normalmente a lei aplicável que regulamentará os efeitos da mudança de sexo: O poder paternal, a obrigação de *alimentos*, a dissolução do casamento. Sem que se olvide a existência de certos efeitos emergentes da mudança de sexo cuja regulamentação não há-de pertencer à lei aplicável aos seus efeitos: a dissolução do casamento concordatório, se fôr caso disso, os efeitos sucessórios, cabendo estes à lei da sucessão (artigo 62º a 64º).

Pelo que concerne ao problema da eficácia, entre nós, da mudança de sexo, reconhecida judicialmente no estrangeiro, importa, desde logo, considerar a questão do "exequatur". O artigo 1094º, do CPC refere que as decisões<sup>994</sup> sobre direitos privados, proferidos por tribunais estrangeiros ou por árbitros no estrangeiro, não produzirão nenhum efeito, em Portugal, se não forem revistos ou confirmados, a não ser que sejam invocadas perante os tribunais portugueses como simples meio de prova, sujeito ao princípio da livre apreciação da prova (v.g., para a concessão de objectar de consciência). Mas é o artigo 1096º do CPC, que estabelece as condições a preencher por uma sentença de mudança de sexo, para poder ser reconhecida e ter efeitos civis em Portugal. "Prima facie" é preciso que a decisão tenha transitado em julgado, segundo a lei do país em que foi proferida e que não haja dúvidas sobre a autenticidade do documento que faz a sua prova, sob pena de se tornar necessária ~~requer~~ a legislação do mesmo, mediante assinatura do funcionário estrangeiro, pelo agente

---

<sup>994</sup> Ou, de "*iure constituendo*", uma eventual resolução, no âmbito da jurisdição voluntária, pois esta deve ser considerada como sentença, para efeitos de exigência de "*exequatur*". Em tese geral, positivamente, CORREIA, F., "*Lições de Direito Internacional Privado. Aditamentos. Do Reconhecimento e Execução das Sentenças Estrangeiras*", Coimbra, 1975, pág.29 e ss; REIS, A. dos "*Processos Especiais*", Vol.II, Coimbra, 1946.



diplomático ou consular português<sup>995</sup>. Ademais exige-se que o tribunal estrangeiro seja competente, à luz da alínea c) do artigo 1094 a inexistência de litispendência ou mesmo que o tribunal português não tenha já decidido definitivamente a questão. Porém, já não fará sentido a exigência da alínea e), a propósito da citação do demandado, visto que não pode falar-se aqui, em rigor, de demandado. Novamente de exige a não contrariedade à ordem pública o que, no caso, como vimos, não pode obstar à concessão do exequatur. Tão pouco poderão relevar nestas hipóteses o critério da revisão de mérito da alínea g) do artigo 1096º, CPC, pela falta de um verdadeiro demandado. Por conseguinte, como as condições impostas ao "exquatur" de sentenças estrangeiras, não são exigentes, o reconhecimento de sentenças, ou actos com essa amplitude, proferidos por entidades administrativas - veja - se o caso sueco - são relativamente fáceis. Veja-se, por exemplo, o caso do cidadão português, residente na Holanda há, pelo menos três anos, que, obtendo aí o reconhecimento judicial da mudança de sexo (artigo 29, a, 3, da lei holandesa), requer no tribunal da Relação competente o reconhecimento da sentença.

Questões diversas são, por último, agitadas a propósito do "concurso de qualificação" e "conflito de qualificações"<sup>996</sup>.

A este propósito suponha-se que v.g., um cidadão sueco, domiciliado em Portugal se submete, em França, a uma intervenção cirúrgica de mudança de sexo, sendo que o cirúrgião divulga, em publicação médico - científica, todo o "iter" psicológico" do indivíduo, sabendo-se, ademais que tudo o que foi publicitado e imputado corresponde à verdade. Idaga-se, pois, que direitos pode o sujeito (v.g., transexual) fazer valer, em virtude da divulgação pública de pormenores de intimidade da sua vida privada. É que, se a questão se levantar em Portugal, as disposições da lei sueca pertencem sem qual quer dúvida ao âmbito dos direitos de personalidade (e lembre-se que o seu artigo 7º comina pena de prisão até um ano, por aqueles, que, sem

---

995 Artigo 540º do CPC.

996 Sobre isto, Cfr., MACHADO, B., "Lições, ..." (veja-se a 3ª Ed., de 1985); CORREIA, F., PÁG.352.

autorização divulguem factos de semelhante jaez). Logo, pertence à esfera do estatuto pessoal, mandando a regra de conflitos do artigo 31º/1, do Cciv 66, aplicar, na espécie, o direito sueco. No entanto, dir-se-à que se pode, por outro lado, aplicar as regras do direito francês - nomeadamente o artigo 1382º do "code civil", por força da regra de conflitos do artigo 45º/1 do Cciv 66, na medida em que em França, a transexualidade não é objecto de regulamentação específica e que, sendo assim, a ofensa à reserva da intimidade da vida privada só poderá assumir relevo enquanto facto ilícito extra - contratual, do qual pode brotar responsabilidade civil (e criminal). Naturalmente, o juiz português não poderá admitir e considerar cumulativamente aplicáveis as referidas regras, francesa e sueca. Em face, por tal, de concurso (cúmulo jurídico) de preceitos materiais que originam uma divergência das leis interessadas quanto à natureza desses preceitos deverá definir-se uma relação de hierarquia entre as qualificações conflitantes ("exvi" do artigo 15º do Cciv 66), por forma a determinar a regra de conflitos, que deverá ser sacrificada. Ora, tal desiderato só se obtém, na medida em que se perscrutem os fins visados pelas normas de conflitos em presença e aos interesses que prosseguem. Daí que, na hipótese vertente, é a lei sueca, que o juiz português irá aplicar, posto se trate de um normativo especial, criada expressamente para prover o tipo de situação em causa.

Veja-se agora uma hipótese de aparente vácuo jurídico.

Pense-se que um cidadão do Estado de New York, domiciliado em Portugal, aqui propõe acção, destinada ao reconhecimento da mudança de sexo. A lei do Estado de New York - ou melhor, a "Resolution" de 16 - 12 - 1971, que instituiu uma praxe administrativa, enxertada no "New York city health code" - é, de facto, a competente para prover ao problema. Mas, pertencerá aquela regra do Estado de New York à norma de conflitos do artigo 27º/1 do Cciv 66? Parece que não, dada a sua génese e teleologia. Com efeito, se é necessário determinar se dado preceito do ordenamento designado por certa regra, de conflitos, <sup>deve ser aplicado, tal sendo</sup> desta sorte, à "lex fori" decidir se o preceito considerado corresponde<sup>997</sup> deve ser efectivamente aplicado, parece que se deve

intuir não revestir a citada "Resolution" natureza pessoal, outrossim, a de um direito público - se bem que, no direito anglo - saxónico a distinção direito público/direito privado seja evanescente - atinente à saúde, contendo-se aí uma directiva de carácter geral idónea a tutelar a Saúde Pública, mais não seja porque que se exercem num "Public Health Code".

Mas, e estamos a hipotisar face ao nosso ordenamento jurídico parece ser possível, como demonstrámos, tutelar juridicamente de sexo mesmo nos casos de transexualismo dado a lei federal do transexual não dever ser aplicada, pois não pertence ao estatuto pessoal, (dos; "in casu", direitos de personalidade). Porém não segue que se possa aplicar a tutela reconhecida pelo ordenamento português, ainda a questão já tivesse sido objecto de legislação. Topa-se, então que, nem o estatuto pessoal, nem na "lex fori" existe norma que resolva o caso "sub indice". A solução passará, então, pela integração da "lex fori", construindo uma norma que permita, nestes casos, reconhecer legalmente, a mudança de sexo. No mais, parece transparecer do Sistema de Direito Internacional Privado Português que, acaso nele possa ser reconhecida judicialmente a mudança de sexo, não estando o mesmo previsto na lei pessoal competente do peticionamento estrangeiro - já que, v.g., não reconheça tal direito - este não poderá ver acolhida a sua pretensão em Portugal<sup>998</sup>.

---

<sup>997</sup> Atentas as suas características, ao tipo visado na regra de conflitos de que se parte, aí onde é no quadro as suas características, ao tipo visado na regra de conflitos de que se parte, no quadro da "lex causae" que se colhem as características do preceito potencialmente aplicável ao caso, nos termos do código do artigo 15º do Cciv 66.

<sup>998</sup> MACHADO, B., "Lições, ...", cit., 3ª Ed., pág.343.

## **BIBLIOGRAFIA**

## BIBLIOGRAFIA (\*)

- " Genfer Dysphoria", org. por B. W: Steiner, Plenum Press, New York , Baltimore, 1985.
- " Le transsexualisme. Droit et éthique medicale", vol. I e II, Masson, Paris, 1984
- " Transsexualism and Sex Reassignment", The John Hopkins University Press, Baltimore( 1969),  
3ª reimpressão(xerografia), 1990, org. por R Green
- , "Identità di sesso e ermafroditismo", in Enc. Dir., XIX, Milano , 1970, pag. 961 e ss..
- AARNIO, A., "the rational as reasonable. A treatise on legal justification", Dordrecht, Reidel, 1987.
- ABRANTES, J.J., "A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais", Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990
- AGAZZI, E., "La filosofia di fronte al problema delle manipolazione genetiche", in Iustitia, 1985, pág.180.
- ALARCÓN, M.L./VALLS, R.N., "Curso de derecho matrimonial canónico y concordatário", 1984, Madrid
- ALBANESE, " Le persone nel Diritto privato romano", Palermo, 1979.
- ALBY, J.M., "Une demande de changement de sexe: le transexualisme", in L'encephale, 1956, pág.41 e ss
- ALEXY, R., "theorie des juristischen Argumentation", Frankfurt, 1978; "Problems of Discourse theory", in critica, nº20, pág.43 e ss.; "theorie of Legal Argumentation", Oxford, 1989 (trad. de R. ADLER e N. MACCORMIK; "On necessary relations between law and moralist", in Ratio. Juris. nº2, 1989, 1, 167 e ss.
- ALLORIO, " Giudizio divisorio e sentenza nella giurisdizione volontaria" , in Giur. Ital., 1946, I, 1, pag. 79 e ss.
- ALLWOOD, J., "AN analysis of communicative action", in the Structure of Action, org. por M. BRENNER, Oxford, 1980, pág.168 e ss.
- AMARAL, F., "Curso de Direito Administrativo", vol.I, Coimbra, 1989
- AMATO, S., "Sessualità e corporeità. I limiti dell'identificazione giuridica, Milano, 1985.
- ANDRADE, C., "Consentimento e Acordo em Direito Penal - contributo para a Fundação de um paradigma dualista", Coimbra, 1990.
- ANDRADE, J.C.V., de, "os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976", Coimbra 1987 (reimpressão)
- ANTIGNANI, "Sulla natura della diagnosi di sesso", in Diritto e Giurisprudenza, 1970, pág.513

\* Deliberadamente optámos por não incluir todas as obras citadas e consultadas, ainda que a título acidental, outrossim, as que podem iluminar o "núcleo duro" da investigação, incluindo alguma "literatura paralela", isto é, não especificamente jurídica, mas, Iguualmente, essencial

- ARCESE, G., "Riflessine sulla autonomia del diritto alla identità personale", in *Ras. Dir. Civ.*, 1985, pág.245.
- ARCHER, L., "Engenharia genética: uma tecnologia nas fronteiras do homem", in *Ação médica*, 1988/4
- ARIÉS, A., "Sulla stória dell'omosessualità", in *I comportamenti sessuali*, cit., pág.90
- ATIAS, C., "Une crise de légitimité second", in *Droits, Revue Française de theorie*, n°4, Paris, 1986.
- AUBENFELD, J., "the right of Privacy", in *Harvard Law Review*, 1984/4, pág.738 e ss
- AUGE, M., "Persona", in *Enciclopedia*, torino, Einaudi, 1980, Vol.X, opág.651 e ss.
- AUGSTEIN, in *StAZ*, 1983, pag. 339 e ss.  
 in *StAZ*, 1982, pag. 241 e ss.  
 "Zwei Jahre transsexuellengesetz", in *StAZ*, 1983, pág.339 e ss.
- AXELOS, K., "Vers la pensée planétaire", Paris, 1964
- BALDASSARRE, A., "privacy e costituzione", Roma, 1974
- BALESTRO, P., "Legge e libertà sessuale", Milano, Rusconi, 1982
- BALIBAR, E., "Il marxismo é all'origine di una nuova pratica dell poitica?", in *Fenomenologia e Societa*, 1982/18, pág.197 e ss.
- BANCROFT, J., "The relationship between gender identity and sexual behaviour. Some clinica aspects", in *Gender Differences: Their ontogeny and significance*, org. por C Ounsted e C.D. Taylor, 1972.
- BARBERA, A., "Principi fondamentali", in *commentario della costituzione*, org. por Branca, Bologna - Roma, 1975, pág.84 e ss
- BARCELLONA, P., "Isoggetti e le norme", Milano, 1984
- BAUDRILLARD, "A Sociedade de Consumo, (trad.port.), Edições 70.
- BAUMANN, J., "Strafrecht. Allgemeiner teil", 8ªEd., 1977
- BAVETTA, G., "Identità (diritto alla)", in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, pág.953 e ss.
- BAYLES, M.D., "Legislating morality", in *wayne Law Review*, 1973/22 pág.759 e ss.
- BEARGIE, R.A., "Custody determination Involving the Homosexual Parent", in *Family Law Quarterly*, 1988/1, pág.71 e ss.
- BELLENI, A., "Aspetti civilistici della sperimentazione umana", Padova, 1983
- BENJAMIN, H., "the transsexual Phenomenon", New York, Julian Press, 1966.
- BENJAMIN, H., "Tranvestism and transsexualism in the male and female", in *Journal of Sexual Research*, 1967/3, pap. 107 e ss.
- BENLLOCH, E.F., in *Boletin de Información del Ministerio de Justicia*, 1987( 15-12-1987).

- BENTHAM, J., "a fragment of government", London, Basil Blackwell, 1948
- BERGER, P., "the homeless mind. Modernization and consciouness", Middlesex, 1981, apud ANDRADE, C. ("consentimento e Acordo, ...", cit., pág.19.
- BERTOLA, A., "Il matrimonio religioso nel diritto canonico e nell'ordinamento concordatário italiano", Torino, 1966
- BESSONE / FERRANDO, " Persona fisica ( diritto privato), in Enc. Dir., XXXIII, 1983, pag. 196.
- BIANCA, "Diritto civile", I.la norma giuridica, i soggetti, Milano, 1978
- BIOMPIANI, A., "Lenorme in materia di rettificazione dell atribuzione di sesso ed il problema del transsexualismo", in Medicina e Morale Università cattolica del S. cuore di Roma, 1982/3, pág.275
- BISCARDI, A., "Stato civile (presso i greci)", in NDI, torino, 1971, Vol.XVII, pág.301 e ss.
- BLANCHARD, R., "Research methods for the typological study of gender disorders in males", in Gender Dysphoria, org. por B.W. Steiner, pág.227 e ss.
- BLEICHER, J., "contemporary bermeneutics: hermeneutics and methode, philosophy and critic", Lomdon, 1980.
- BLÜHDORN, "Zum Problemendenken und seiver funktion in der Rechtsfindungslehre" in Jahebuch fur Rechtssoziologie und Rechtsstheorie 2, 1972.
- BOBBIO, N., "Il positivismo giuridico", torino, 1979
- "Publico e privato. Introduzione a un dibattito", in Fenomenologia e società, 1982/18, pág.172; "Publico/privato", in Enciclopedia, torino, Einaudi, 1980., Vol.XI, pág.401 e ss.
- BOCKELMAN, P."Strafrecht des Artez", Stuttgart, 1968
- "Zur Reform des sexual strafrechts", in Fest. für Reinart Mauracht zum 70. Geb., kKarlsruhe, Müller, 1972, pág.391 e ss.
- BORSE, C., "Concepts of health", in Health care Ethics. An Introduction, org. por D. VAN DE VEER e T. REGAN, temple University Press, Philadelphia, 1987, pág.359 e ss.
- BOTTIROL, "Eros", in Enciclopedia, torino, Einaudi, 1978, Vol.V, pág.671
- BÖCKLE, F., "Sittengesetz und Strafgesetz in Katholischer Sicht", in zur Strafrechreform
- BRADLEY, S.J., "Gender disorders in childwood: a formulation", in Gender Dysphoria; pág.175 e ss
- "Genger disorders in childwood: A formulation", in gender Dysphoria, org. por B.W. Steiner, pag.175 e ss.
- BRANT, "Last rights: an analysis of Refusal and Withholding of treatment cases", in Modern law review, 1981, pág.337 e ss.
- BRAUDRILLARD, J., "A sociedade de consumeo", trad, pot,
- BRETON, " Le transsexualisme. Étude nosographique et médico-legal", Paris, Masson, 1985.
- BRITO, M. de, "código civil Anotado", I, 1968

- BROEKMAN, J.M., "Law, antropology and epistemology", in *Man Law and Modern Forms of live*, org. por E. Bulygin/niinilvotg, Dordrecht, Reidel, 1985
- BRONZE, P., "A metodonomia entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz amáloga do discurso jurídico)", Coimbra, 1990.
- BRUNDAGE, J. " Adultery and Fornication: A study in legal theology" in *Sexual Practises and Medicine church*, org. por J. A. BULLOUG/ J.B. BRUNTAGE, Buffalo-New York, 1982, pag. 129 e ss.
- BUHRICH, N./MACONAGHI, N., "three clinically discrete categories of fetishistic transvestism", in *Archives of Sexual Behaviour*, 1979/8, pág.151 e ss.
- BURDEAU, G., "Le depassement de la loi", in *Archives de Philosophie du droit*, 1963, pág.35 e ss.
- CAETANO, M., "Manuale de Direito Administrativo", vol. I, 1972
- CALDERONE, "the challenge of our sexual future", in *Sexual Medicine today*, 1978
- CAMPOS, D.L. de, "Lições de Direito de Família e das Sucessões", Coimbra, 1991; "A invenção do Direito matrimonial", Coimbra, 1989; "A vida, a morte e a sua indemnização", Lisboa, 1987 (sepatrato i BMJ, n°365)
- CANARIS, "Systemdenken und Systembegrif in der Jurisprudenz", 1983.
- CANOTILHO, J.J. " Topicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais. Procedimento, Processo e Organizaçã, in BFDC, vol. LXVI, 1990
- "constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas", Coimbra, 1982; "Direito constitucional", Coimbra, 1911.
- "Tomemos a sério os Direitos Económicos, Sociais, e Culturais", in BFDC, (Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. FERRER CORREIA), IICoimbra, 1991, pag 463 e ss.
- CANOVA, A. "Per la chiarezza delle idee im tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria", in *Riv. DC*, 1987, pag.431 e ss.
- CAPPELETTI, "Il significato della sessualità umana", in *Sessuologia*, 1970, pág.19
- CAPUTO, G., "Introduzione allo studio del diritto canonico moderno", Vol,II, Padova, 1984.
- CARBONNIER, J., "L'hypothèse du non - droit", in *Archives de Philosophie du droit*, n°8, Paris, Sirey, 1963; "Droit civil", I, Paris, 1955.
- "Terre et ciel dans de droit do mariage", in *Études offerts à Georges Riport*, vol.I, pág.485
- CARCHIA, G., "La modernità come fascinazione. Georg Simme e la filosofia del denaro", in *legittimazione dell'arte - studi sull'intelligibile estetico*, Napoli, 1982, pág.97 e ss.
- CARNEIRO, S., "Responsabilidade da Administração Hospitalar", in *RDES*, XIX, 1972, pág 47
- CARNELUTTI, F., " Rettificazione del sesso", in *Rivista di Diritto Processuale*, 1962, pag. 492 e ss.
- "teoria general del diritto", Padova, cedam, 1933



- CARUSO, " Il cambiamento di sesso : orientamenti giurisprudenziali e dottrinali", in Dir. Fam . Per., 1978, pag. 694.
- "Il cambiamento di sesso: orientamenti giurisprudenziali e dottrinali", in Giur. ital., 1978, pág.692 e ss.
- CARVALHO, M.V. de, "o nome da pessoa e o direito", Coimbra, 1989
- CARVALHO, O. "Para uma teoria da relação jurídica. Sem sentido e limites", Centelha, 1981.; "os direitos da Homem no direito civil português", Coimbra, 1972; "critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial", Coimbra, 1967.
- "Teoria geral do Direito civil", centelha, coimbra (pol.), 1981, pág.180 (fascículos policopiados em 1987)
- CASTRO, F., "compendio de Derecho civil", 3ª Ed., Madrid, 1966, Vol.I e II.
- CAULDWELL, D., "Psychopatia Transsexualis", in Sexology, 1949/16, pag. 274 e ss.
- CERETI, "Diritto costituzionale italiano", 8ª ed., Torino, 1972, pág.211
- CHAVES, A. " Il Diritto alla identità sessuale", in Rassegna di Diritto Civile, 1981, pag. 60 e ss.
- CHERUBINI, "Atti dispositivi del proprio corpo ", in Tutela della Salute e diritto privato, org. por Brescia e Busnelli, milano, 1978, pag. 87 e ss.
- CHILAND, C., "Enfance et transsexualisme", Revue Psychiatrie de l'enfant, XXXI, 1988, pág.313 e ss.
- CIACCARESE/MASSARI/GUANTI, "Sexual behaviour is independent of H - Y antigen constitution", in Human Genetic, 1982/60, pág.371 e ss
- CICU, "Il conceto di status", in Scriti minori di A. CICU, I, Milano, 1965, pág.181 e ss.
- CIFUENTES, S., "Los derechos personalissimos", in Revista del Notariado, Buenos Aires, 1973, pág.1307 e ss.
- COELHO, P., "curso de Direito da Familia", Coimbra", 1986 (polic.); "Direito das Sucessões", Coimbra, 1974 (policopiado)
- COESTE, D./WALTJEN, "Die Künstlichen Ber fruchtung beim Menschen. Zivilrechtliche Problem", in Verhandlungendes56. Deutschen juristentags Bd. I, Berlin, 1986, pág.92 e ss.
- COHN, G., "Das Burgerliche recht in Sprüchen", apud ENNECERUS/NYPPERDEY", Allgemeiner teil des BGB, Vol.I, 1959, 484, § 84
- COING, H., "Geschichte und Bedeutung des System gedanks in der Rechtswissenschaft", 1956.
- "Concepts of Health and Disease. Interdisciplinary prespectives", org. por A. L.CAPLAN, H.T., ENGELHARDT E J.J. MACCARTNEY, Reading, Masschussets, 1981
- "Contemporary Issues in Bioethics". Second Edition, org. por T.L. BEAUCHAMP E L. WALTERS, Belmont, California, 1982
- CORDEIRO, M., "Da boa - fé no Direito civil", Vol.I, 1984; "teoria Geral do Direito civil", Vol.I, 2ª Ed.1987.
- "teoria do geral do Direito Civil", Vol.I, 2ªEd., Lisboa 1987/88

- CORNAVIN, T., "théorie des droits de l'homme et progrès de la biologie", in *Droits*, P.V.F., 1985/2, pág.99 e ss.
- CORNU, G., "Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens", § 458 e 459
- CORRAL, d. del, "La transexualidad y el estado civil ( En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Marzo de 1980 )", in *Anuario de Derecho Civil*, 1981, pag 1077 e ss.
- CORREIA, F., "Lições de Direito Internacional Privado", Coimbra, 1973
- COTE, G., "Exame Psychiatric du transsexuel", in *cahiers de Sexologie clinique*, 1978/4, pág.41 - 45.
- COTTA, S., "Diritto e tempo - Linee di un'interpretazione fenomenologica, in *La Responsabilità politica - Diritto e tempo*, Atti del XIII congresso Nazionale - Pavia - Solice - terme, 28 - 31, de Maio de 1981, Milano, 1982, pág.147
- "Il corpo tra moralità e transfigurazione", In *il corpo perché?*, Brescia, 1979, pág.75
- CRISCUOLI, G., "Variazione e scelte in tema di status", in *Riv. DC*, 1984, I, pág.158
- CRUS, S. " *Direito Romano*", 2ª ed. Coimbra, 1984.
- D'ADDINO SERRAVALLE, P., "Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana", Camerino, Napoli, 1983
- "Le trasformazione chirurgiche del sesso nella sentenza n°98 della corte costituzionale", in *Ras. Dir. Civ.* 1980, pág. 507 e ss.
- D'ADDINO SERRAVALLE/PERLINGIERI, P./STANZIONE, P., "Problemi giuridici del transexualismo", Napoli, 1981
- D'AVACK, "Identità di sesso ed ermafroditismo", in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, pág.692
- "L'impotenza generativa nelle fonti e nella dottrina matrimoniale classica della chiesa", in *Studi in onore di V. del Giudice*, Milano, 1953
- DALLA, D. " *Ubi venus mutatur. Omosessualità e diritto nel mondo romano*", Milano, 1987.
- DE CUPIS, A. " A proposito di codice e decodificazione", in *Riv. DC*, 1979, II, pag. 47 e ss..
- "I diritti della personalità", Milano, 1982
- "La verità nel diritto ", in *For. ital.*, 1952, IV, c, pág.223.
- "Leggi positive, norme imperative e ordine pubblico (pode consultar-se em "Teoria e prática del diritto civile", Milano, 1967)
- DE GENNARO, A., "Modelli e storia nella scienze sociali", Milano, 1983.
- DECOCO, A., "Essai d'une théorie generale des droits sur la personne", Paris, libraire générale de droit et de jurisprudenz, 1960, pág7
- DECOURT, J./GUINET, P., "Les états intersexuelles", Paris, 1962
- DELMAS, M./MARTY, "Un nouvelle usage des droits de l'homme", in *Ethique medical et droits de l'homme*, Arles, 1988, pág.314.

- DEVLIN, P., "the enforcement of morals", Maccabaen Lecture, in jurisprudence of the British Academy, 1959, (reeditado sob o título, "Morals and the criminal Law", in P. DEVLIN", the enforcement of morals", Oxford University Press, Oxford, 8ªEd., 1981
- DI TULLIO, " Ermafroditismo", in NDI VI, 1960, pag. 659.
- DIAS, F., "Direito Penal e Estado material. Sobre o método e construção e o Sentido da Doutrina Geral do crime", in Revista de Direito Penal, 1982, pág.38 e ss.; "Os novos rumos da política criminal e o Direito Penal Português do Futuro", Lisboa, 1983.
- DIAS, F./MONTEIRO, S., "Responsabilidade médica em Portugal", Lisboa, 1984
- DIECKE, W., " die antiken hermaphoditen", in Zentralblatt für Gynakologie, 1956/78, pag. 889 e ss.
- DINWIDDY, J.R., "Betham on private ethics", in Revue International de philosophie, 1982/3, pág.141 e ss.
- DIXON,X., "Le sujet de droit et sans corps, une mise a l'épreuve du droit subjectif", Namur, Societé d'études Morales, Sociales e Juridiques, 1982
- DO NISI, C., "La depatrimonilizzazione del diritto privato", in Ras. Dir. Civ., 1980, pág.649 e ss.
- DOGLIOTTI, M., "L'identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali", in Giur. ital. 1981, pág.23 e ss.
- DOVER, K.J. § "Il comportamento sessuale dei greci in età clássica", in L'amore in Grecia, org. por C. CALAMANE, Bari, 1983
- DREHER, E., "Die Neuregelung des Sexualstrafrechts eine geglückte Reform?", in Juristische Rundschau, 1974, pág.45 e ss
- DRLIKA, K., L'ingegneria genetica, Milano, 1985.
- DURUS, S., "L'espressione tragica del desiderio umano", in L'amore in Grecia, pág.156.
- DWORKIN, R., "Justice and Rights", in taking Rights Seriously, Cambridge, 1977.
- EBERLE, in NJW, 1972, pag. 370.
- in FamRZ, 1972, pag. 82.
- EDELMAN, E., "Nature et sujet de droit", in Droits (Revue française de theorie juridique), 1985, I, pág.125
- EHRHARDT, H.E., "transsexualität: medizinische, rechtliche und ethische aspekte", in G. BUCHOLZ et alü, Fest. für J.F. Vobrad Deneke, 1985, pág272 e ss.
- EICHBAUM, J.A."towards an Autonomy based theory of constitutional Privacy
- EICHE, W./ BORRUTO", I transsexualismi#, Cortina, Verona, 1983.
- EICHER, W., "transexualismus: möglichkeit und grenzen der geschlecht sumwandlung", Stuttgart/New York, 1984
- ELDBACHER, " Die Transsexualität im zivil und im personenstandsrecht", in ÖJZ, 1981, pag. 173 e ss.

- "Körperliche, besonders ärztliche Eingriff an Minderjöringen aus zivilrechtlicher seicht", in ÖJZ, 1982, pág.365 e ss.
- ELIAS, N., "Über den Prozess der Ziviltazion. Soziogenetische und psychogenetische unterschungen", Vol.I, 1980.
- ENGELHARDT, H.T."Health and Disease: Philosophical prespectives", in Enciclopedia of Bioethics, pag. 599 e ss.
- ENGISCH, K., "Einführung in das juristische denken, 1983.
- ERICSSON, L.O., "charges against prostitution", in Iustitia, 1980/3, , pág.337 e ss.
- ESSER, A., "Medizin und Strafrech. Eine Schutzgutorienterte Problemüberscht", in Zeitschrift für die gesante Strafrechtswissenschaft", in Juristische Schumlung, 1964, pág.373 e ss.
- ESSER, J., "Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfidung", 2ª Ed., Frankfurt, 1972.
- FARIA, F.L., "Factos e actos de Registo Civil", porto, 1986
- FARINA, R./ FRIER, E. G. " Total reconstruction of the penis", in Plastic anf Reconstructive Surgery", 1954/14, pag. 351 e ss.
- FAURÉ, G.M. " Transsexualisme et indisponibilité de l'etat des personnes", in Rev. Trimestrielle de Droit Sanitaire et Social, 1989, 1.
- FERNANDES, C., "teoria Geral do Direito civil", Vol.I, tomo1, Vol.II
- FERRI, G.B., "Persona e Privacy", in Rivista di diritto commerciale", 1982/1, pág.738 e ss
- FERRI, L., " Atti dello stato civile", in Commentario del codice civile, org. por Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1973, pag. 133.
- FERRI; G.B., "Ordine publico, buon costume e la teoria del contratto", Milano, 1970
- FERRY, J.M., "Téthique de la communication", Paris, 1987.
- FIGNONE, " Il diritto alla identità personale nelle recenti elaborazioni di dottrina e giurisprudenza", in Responsabilità Civile e Previdenza, 1980, pag. 763
- FIGNONE, "Il diritto all'identità personale: spunti e riflessioni critiche", in Giurisprudenza di merito, 1982, I, pág.551
- FIKENTSCHER, "Synephtik und sunepische defenition des rechts, Entstehung und wandel rechtstlicjher traditionem", 1980.
- FORNARI, F., "Genitalità e cultura", Milano, 1975
- FOUCOULT, M., "História da Sexualidade. 1. A vontade de saber", (trad. port.), Ed. António Ramos, 1977.
- FREUD, K./BLANCHARD, R."Is the distant relationship of fathers and homosexual sons related to the son's erotic preference for male partners, or to the son's artificial gender identity, or to both?", in Journal of Homosexuality, 1983/9, pág.7 e ss
- FREUD, S., "El malestar en la cultura", (trad, espanhola), Alianza Editorial, Madrid, 8ª Ed., 1981.

- FRIEDMANN, W.C., "Some reflections on status and freedom", in Essays in Jurisprudence, in Honor of R.Pound, Indianapolis, New York, 1962
- FROTA, M., "contrato de trabalho", Coimbra, 1978
- GADAMER, "Warheit und method: gundztüge einer philosophischen Hermeneutik", 4ª Ed., túbigen, 1975
- GALBIATI, "Transexualismo e rettifica dell'atto di nascita", in Giur. Ital., 1980, I, pag. 1865.
- GALGANO, F. "libertà dei privati. Libertà dei gruppi e libertà nei gruppi.", in Il Diritto privato fra Codice e costituzione, pag. 102
- GALIMBERT, O., Psichiatria e fenomenologia", Milano, Feltrinelli, 1979
- GARUTTI / MACIOCE, " Il diritto alla identità sessuale", in Riv DC, 1981/2, pag.273 e ss.
- GEHLEN, A., "Der mensch", 7 Aufl. Bomm, 1962.
- GEMMA, G., "La procurata impotenza non é sempre reato", in Giurisprudenza di merito, 1476/2, pág.54 e ss.; "Sterilizzazione e diritti di libertà", in Riv. TDPC, 1977, pág.247 e ss.  
 "Sterilizzazione e diritti di libertà", in Riv. TDPC, 1977, pág.247
- GERI, L.B./BRESCIA, U./BUSNELLI, F./NATOLI, U., "Diritto civile, 1.2. Fatti e atti giuridici", Torino, 1986, pág.823
- GIAMPICOLLO, "La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riserva", in Riv. TDPC, 1958, pág.468.
- GIESEN, D., "Internation Medical Law", túbigen, Dordrecht, Boston, London, 1988
- GIL, F., 1096 "corpo", in Enciclopedia, torino, Einandi, 1978, Vol.III, pág.1096
- GIL, F., "Provas", Lisboa, 1986.
- GIL, F.R.A., "El nuevo derecho matrimonial canonico", 1983
- GIORGI, R., "Warhrheit und und legitimation in Recht", Berlin, 1980.
- GOBERT, M., "Le transsexualisme, fin ou commencement ?", in Juris Classeur Periodique, 1988, I, pag. 3361  
 "Le transsexualisme ou la difficulté d'exister", in La Semaine Jurique, I, 1990, nº 3475
- GOFFMAN, E., "Expressione e identità", trd. ital., Milano, 1979
- GOLDING, M.P., "Philosophy of Law", England cliffs, Prentice.- Hall, 1975
- GOLDMANN, A.H., "Plain sex", in Philosophy and Public Affairs, 1977/3
- GOMES, F.A., "os problemas sexuais na prática clínica" V, in Psiquiatria clínica, 1981, 2 (3), pág.191 e ss
- GOMES, O., "O contrato", 2ªEd., Rio de Janeiro, 1966
- GONÇALVES, C., "tratado de direito civil", vol.VII

- GONÇALVES, P., "Direito de Personalidade e sua tutela", 1974
- GONZALES, F.R., "Sexual Aberration and problems of Identity in Schizophrenia", Sexual behaviour and the law, cit., pág.578 e ss
- GORGILLO, A., in Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 14 (Abril- Agosto)
- GOUBEAUX, "Traité de droit civil. Les Personnes", L.G.D.I., 1989, nº266
- GOYET, F., "Droit Pénal spécial", Paris, Sirey, 1972.
- GREEN, R., "Childwood cross - gender behaviou and subsequent sexual preference", in American Journal of Psychiatry 1979/136, pág.106 e ss.
- GROBSTEIN, C., "From change to Purpose. An appraisal of external human fertilization", London, 1981.
- GROFFIER, E., "De certains aspects juridiques du transsexualisme dans le droit quele cois", in Le corp humaine et le droit, travaux de l'Association Henri Capitant
- GRUNTER, M./REHBINDER, M. (org.) "Der beitrage der biologie zu fragen von recht und ethick", Berlin, 1983.
- GUALDI, A.R., "In tema di consenso del minore al trattamento medico - chirurgico", Rivista Penale, 1980, pág.368
- GUARDINI, R., "La fine dell'epoca moderna", Brescia, 1960.
- GUARNERI, "Lordine publico e il sistema delle fonti del dirrito civile", Padova, 1974
- HAAG, J./SULLINGER, T.L., "Is he or isn't she? transsexualisme: Legal impediments to integrating a product of medical definiton and tecnologie", in washburn law journal, 1982/21, pág.342 e ss.
- HABERMAS, J., "theori des Kommunikativen Handelns", Vol.I e II; "Wahrheitstheorien", in Wirklichkeit und reflexion; Neske, 1973, pág.211 e ss.; zur logik der socialwissenschaften", Frankfurt, Surkamp, 1970.
- HALEY, J./HOFFMAN, L., "Tchniques of family therapy", New York, Basic Books, 1968
- HALLE, E./SCMIT, c.w./MEYER, J.K., "The role of grandmothers in transxualisme", in American Journal of Psychiatry, 1980/137, pág.196 ess.
- HAMBURGER, "the desire for change of sex as shown by personal letters from 165 men and women, in Acta Endocrinologica, 1953, pág.361
- HART, "Law, liberty, morality", Oxford, University Press, 1982
- HART, "Positivism and the separation lf Law and Morals", in Harvard Law Review, nº593, pág105; "Essay in jurisprudenz and Philosophy", Oxford, 1982; "o conceito de Direito", (trad, port.), Lisboa, 1986.
- HERSCH, J., "L'universalité des droits de l'homme, défi pour le monde de demain", in colóquio L'universalité des droits de l'homme dans um monde pluraliste, Conselho da Europa (org.).
- HERVET, "Transsexualisme.Actualité du Probleme medico-legal#", in Journal de Medicine Legale, 1980, pag. 350 .

- HOFFER, G., " Das phänomenon Geschlechtswelchel dargestellt an ethonographischen Beispielen", in *Geschlechtsunterschiede : Entstehung und Entwicklung*, org. por Bishop/Dreuschoft, München, 1980, pag. 202 e ss.
- HOLLOWAY, J.P., " Transsexuals and their legal Sex", in *Transsexualism and*
- HUBMANN, "Das persönlichkeitsrecht", 2 Aufl, Koln - Graz, 1967
- HUSS, A./SCILTZ, L. "Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit luxembourgeois", in *Le corp humain et le droit, travaux de l'Association Henri capitant*
- HUSSERL, E., "Idee per una fenomenologia pura e una filosofia fenomenológica (trad. ital.)", torino, 1950.
- HUTCHENSON, "the judgement intuitive: the function of the hunch in judicial decision", 14, cornell Law University, 1924.
- HÜCKER, S.J., "Medical - legal issues", in *Gender Dysphoria*, org. por B.M. STEINER, Plenum Press, 1985, pag.393 e ss.
- IMBERT, P.H., "L'universalité des droits de l'homme", Institut International des droits de l'homme, Recueil des cours - textes et sommaires, Julho, 1982.
- IRTI, N., "L'età della decodificazione", Milano, Giufre, 1979; "Le leggi speciali", Milano, 1983.
- JACOCOBS, G., "Strafrecht. Allgemeiner teil", Berlin, 1983
- JAGGER, W., "Paideia: the ideals of Greek culture", Oxford University Press, New York, 1945, Vol.II.
- JEMOLO; A.C. "Lezione di diritto ecclesiastico", Milano, 1975,
- JENKINS, I, "Social order and limits of law", New Jersey, 1980
- JHUNANN, N., "Die Lebenswelt - mach Rücksprache mit Phänomenologen", in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie und Rechtstheo*, Frankfurt, 1981.; "Die Einheit des Rechtssystem", in *Rechtstheorie*, n°14, 1983, pag.129 e ss.; *Soziale System. Grundriss einer allgemeiner theori*", Frankfurt, 1984.
- JONAS, H., "contemporary Problems in ethics from a jewish perspective in *Philosophy Essays*, org. por H. JONAS, Englewood cliffs, 1974, pag.11 e ss.
- KAISER, P., "Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle", in *Recueil Dalloz*, Sirey, 1987, pag.189
- KASER, M., "Das Romische Privatrecht", 1971.
- KAUFMANN, A./HASSEMER, W., "Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der gegenwart (org.)", Heidelberg, Karlsruhe, 1977.
- KELLER, P., "Verstehen und Erklären menschlichen Handelns und das Problem der Rationalität", in *ARSP*, 1979, pag.59 e ss.
- KINSEY, A.C./POMEROY, W.B./MARTIN, C.E., "Ocomportamento sexual do homem", trd. port.), Lisboa, 1972
- KITSCHOLT, H., "Moralisches argumentatieren und sozialtheorie", in *ARSP*, 1980, pag.391 e ss.

- KLAMI A.T., "Legal justification and control: sociological aspects of Philosophy", in *Law and Philosophy*, 4, 1985, pág.199 e ss.
- KOCH, "Medizinrecht", 1986.
- KOGAN, T.S., "the limits of state intervention: Personal identity and ultra risk actions", in *yale law Journal*, 1976, nº85, pág.826 e ss. PINTO, M., "teoria Geral do Direito Civil", Coimbra, 3ªEd., 1989 (reimpressão)
- KONING, M.P., "transsexualismus", in *Schweizerisch Medizinisch Wochenschrift*, 1978/12, pág.437 e ss.
- KOTJEVE, A., "Esquisse d'une phénoménologie du droit", Paris, Galinard, 1981
- KRAWIETZ, W., "Razionalità de diritto e teoria dei sistemi", in *teoria dei sistemi e razionalità sociale*, org. por E.M. FORNI, Bolognà, 1986.; "Identität oder Einheit des Rechtssystem?"
- KRIELE, M., "RECHT UND PRAKTISCHE VERNUNFT", Gottingen, 1978.
- LABROUSSE/RIOU, C., "La verité dans le droit des personnes", in AA.VV: *L'homme, la nature et le droit*, Paris, 1988
- LADUR, K.H., "Perspeckiven einer post modern Rechtstheorie", in *Rechtstheorie*, 1985, nº16, pág.383 e ss.
- LAGO, M.J., "Cambio de sexo: balance jurisprudencial", in *Poder judicial*, nº16, 1989 (Dezembro), pág.167 e ss.
- LAMBERT, C., "Pederastia na Idade Imperial. Sobre o amor de Adriano e Antínoo", (trad. port.), Assírio & Alvim, 1990
- LAMEGO, J., "Fundação material e justiça da Decisão. A meta das decisões materialmente justas e os seus limites", in *Revista critica nº8 (Outubro/Dezembro)*, 1986 - nova série, pág.90; "Sociedade Aberta e Liberdade de Consciência", Lisboa, 1985.
- LAMMERS, H.J., "Neue Perspec+ktivenin der intersexualitätsforschung", in *Beitra"ge zum Problem der Intersexualität*, org. por H.J. LAMMERS E W. RASCH, Stuttgart, 1959....
- LAUWE, P.H.C. "Les sociétés en proie au désir", in *cahiers internationaux de Sociologie*, 1975, LVIII, pág.7
- LEACH, E., "Natura/cultura", in *Enciclopedia*, torino, Einandi, 1980, Vol.IX, pág.757 e ss.
- LEGA, C., "Il diritto alla tutela della salute in un sistema di sicurezza sociale", Roma, 2ª ed., 1970
- LEONE, S., "Per una organica volutazione della fecondazione artificiale", in *Rivista di teologia Morale*, 1986/18, pág.97 e ss.
- LETO, A.P., "Il diritto ad essere se stessi", in *Dir. Farm. Pers.*, 1990/2, pág.601 e ss.
- LHEMAN, H., "Tratado de derecho civile" (trad. espanhola), vol. I, parte generale
- LIMA, P., de, in *RLJ*, Ano 74, pág.360
- LIMA, P./VARELLA, A. "código civil Anotado", Vol.I, 1979, 2ªEd.
- LINHARES, A., "Habermas e a Universalidade do Direito", in *BFDC*, 1984, II, (número especial).



- LINOSSIER, "Le transsexualisme: esquisse pour un profil culturel et juridique", in *Recueil Dalloz*, 1981, ch., pág.139 e ss
- LOEB, L./SHANE, M., "The resolution of a transexual wish in a five - yers - old boy", in *Journal of the American Psychoanalyse Association*, 1982/10, pág.419 e ss.
- LORÉ/MARTINI, "Aspetti e problemi medico legali del transsexualismo", Milano 1985
- LOTHSTEIN, L.M., "Sex reassignment surgery: Historical, bioethical and theoretical issues", in *American Journal of Psychiatry*, 1982, pag. 417 e ss.
- LOUIS, P., "Monstres et monstruosités dans la biologie d'Aristote", in *Le Monde Grec*, homage a Cl. Preaux, Bruxelles, 1975, pag. 277 e ss.
- LOUREIRO, J.P., "tratado da Locação", Vol.I, Coimbra, 1046
- LYOTARD, J.F., "L'economia libidinal", trad.ital., Firenze, 1978
- MACCORMIC, N./WEINBERGER, O., "An institucional theory of law. New Aproaches to legal positivism", Dordrecht, Reidel, 1986
- MACCORMICK, N., "Legal Reasoning and Legal theory", Oxford, 1978.
- MACHADO, B., "Antropologia, Existencialismo e Direito", Coimbra, 1965; "Participação, Descentralização e Neutralidade na constituição de 1976", Coimbra, 1982; "Introdução do Direito e ao Discurso legitimidor", Coimbra, 1983.
- MACHADO, B., "La competence internationale en droit portugais", in *BFDC*, vol. XLI (1964), pág.22
- "Lições de Direito Internacional Privado", 3ª Ed., 1985
- MAIHOFER, "Die gesellschaftliche function des Rechts", in *Jarbuch für Rechtssoziologie und Rechtheorie*, 1970, pág.11 e ss.
- MANTOVANI, F., "I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero", Padova, cedam, 1975
- Mantovani, " I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero ", Padova, 1974
- MARANON, G., "L'evoluzione della dexualità e gli stati interessuali", trad. ital., Bologna, 1934
- MARCUSE, "Eros and civilization", 2ªEd., Beacon Press, Boston, 1966
- MARINI, G., "Sui tema dei confliti di valore in Max Weber", in *Studi in Onore di A. CARACCIOLO*, Napoli, 1988.
- MARITIER, F., "Famiglia", in *Enciclopedia*, torino, Einaudi, 1979, Vol.IV, pág.4 e ss.
- MARKLAND, C., "Transsexual Surgery", in *Obstetrics and Ginecology Annual*, ed. por R.M. Wynn, New York, 1975
- MARQUES, R., "Transexualidade: o reconhecimento judicial da mudança de sexo e o Direito Português", in *tribuna da justiça*, nº36 a 40 (Dez/87 a Abril/88)
- MARTINEZ, J.U., "Se incluye el cambio de sexo (transexualidad) en el libre desarrollo de la personalidad, al que se refire el artículo 10º/1 de la constitución Espanõla?", in *Revista Generale de Derecho*, nº534, 1989, pág.897 e ss.

- MARTY, G./RAYNAUD, P., "Droit civil. Les successions et les liberalités", Paris, 1983; "Droit civil. Les Perzsonnes", n°12
- MASSIP, in *La Semaine Jurique*, 1990, I, (5-12-1990), n°21588
- MATHIEW, V., "Prefazione a Il pubblico e il Privato", in *Archivo di Filosofia*, Padova 1979
- MATURANA/VARELA, "Antopoesis and cognition. The realization of the living", Boston, London 1980.
- MCLAREN, A., "Some Secular Attitudes toward sexual Behaviour i France", in *French Historical Studies*, 1973/3, pág.604 e ss.
- MELO, B. de, "Democracia e Utopia", Porto, 1980
- MENDES, C., "Direito Civil - Teoria Geral", Lisboa, 1978, vol.I  
"Direito processual", vol. I, Lisboa, 1980
- MENGHI, C., "Interpretazione dell'anomia. Intenzionalità e diritto", Milano, 1982  
"Interpretazioni dell'anomia. Intencionalità e diritto", Milano, 1982.
- MERCADER, P., "Le paradoxe transsexuelle" (thése), Lyon, 1990 (visualizada em micro - ficha)
- MEULDERS, M.T. / KLEIN, " La verité et le droit". in *Travaux de L'Association Henri Capitant, Journées Canadiennes*, t. XXXVIII, 1987, pag. 46
- MIAILLE, "Une Introduction critique au droit", Paris, Maspero, 1976.
- MILL, J.S., "On liberty" (1859), in *John Stuart Mill. A selection of his work*, org.por J.M.ROBSON, MAcmillan of Canada, toronto 1966
- MOCK, E., "Menschliche normativität. Die Frage des menschen an sich selbst", in *Dimensione des recht*, Berlin, 1983
- MONCADA, C., "Lições de Direito civil", Vol.I, 2ª Ed., Coimbra, 1954.
- MONEY, J., "Sex reassignment ad related to hermaphroditism and transsexualism and Sex Reassignment", org. por. Richard green/johon Money, The Johon Hopkins University Press, 1969 (2ªEd., 1975), reprodução xerográfica (1990), pág.91 e ss.
- MOREIRA, G., "Lições de Direito Civil Português", 1903
- MORI, M., "La fecondazione artificia: questioni morali nell esoeienza giuridica", Milano, 1988; *Eutanasia: un'analisi. Chiarificatrice e una proposta ética*, in *Quaderni della sicietà di letture e conservazione scientifiche* fase especial, n°7, 1986, pág.7 e ss.; "Nuone tecnologie riproduttive ed etica della vista", in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, org. G. FERRANDO, cedam, Padova, 1989, pág.246 e ss.; "Aborto e trapianto: un'analisi, filosofica degli argomenti adottati nell'etica medica cattolica recente sull'inizio e sulla fine della vita", in *qaestioni di biblioteca*, org. por M. MORI, ROMA, 1988, pág.103 e ss.
- MUELDERS, M.T./KLEIN, "Les incidences de la verté biologique en droit de familie", in *Le corps humaine et le droit, travaux de l'association Henri capitant*

- MURAT, "Droit de l'enface et de la famille", C.F.E.E.S.. 1989, nº2
- NAIM,U."L'omossexualità maschile", in Annali Ravasini, 15-12-1972, pag.10 e ss.
- NATSCHERADETZ, K.P., "Direito Penal Sexual: conteúdo e limites", Coimbra, 1985.
- NERSON, R., "Etat civil, rectification de l'acte de naissance, changement de sexe", in Riv.TDC, 1974, pag.801
- NERSON, R., "L'influence de la biologie et de la medicine mesernes sur le droit", in Études de Droit contemporaine, Paris, 1970
- NEVES, C., "Questão - de - facto. Questão - de - direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade", Coimbra, 1967; "Justiça é Direito", in BFDC, Vol.LI; "A Revolução e o Direito". A situação actual da crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário", Lisboa, 1976; A unidade do sistema Jurídico: sem problema e sentido (Diálogo com Kelsen", in Estudos em Homenagem ao Prof. Teixeira Ribeiro, Vol.II, Coimbra, 1991 (número especial), pág.11 e ss.: "SOARES, R.E., "Direito Público e Sociedade técnica", Coimbra, 1969; "o instituto dos Assentos e a função jurídica dos supremos tribunais", Coimbra, 1983.
- NIEBUHR, R. "the responsible self", Harper & Row, New York, 1963.
- O'DONOVAN, O., "Bergotten or Made?", clarendon Press, Oxford, 1984.
- OLIVEIRA, G., "Estabelecimento da filiação - notas aos artigos 1796º a 1873º do código civil", Coimbra, 1979; "Impugnação da Paternidade", Coimbra, 1979"; "o critério jurídico da Paternidade", Coimbra, 1983
- OPPETTT, B., "L'Hypothèse du déclin du droit", in Droits, Revue Française de theorie Juridique, nº4, Paris, 1986.
- OPPO, G., "L'inizio della vita humana", in Riv. DC, 1982/1, pág.512.; "Notte sull'instituzione de non concepti", in Riv. TDPC, 1948, pág.2 e ss.
- OTZÁN / WILL, M., " Das neue türkische transsexuellengesetze", in Fest. für Geck, 1989.
- PALLIN, in wiener kommentar zum strafgesetzbuch, 1984, § 210, nº1.
- PALMIERI, "Omossessualità", in NDI, Torino, 1965,XI, pag. 913
- PALMIERI, V.M., "Sesso (Diagnosi e mutamento di), in NDI, torino, 1970, Vol.XVII, pág.226 e ss.
- PAOLELLA, "Sulla diagnosi di sesso: aspetti medico legale", in Giurisprudenza penale, I, 1, 1971, pág.228
- PARFIT, D., "Reasons and Persons", Oxford, 1986
- PASUKANIS, "La théorie général du droit et le marxisme", Paris, 1970.
- PATEMNAN, C., "Defending Prodtitution: charges agains Ericcson", in Iustitia, 1983/3, pág.561 e ss.

PATTI, S./WILL, M. "Mutamento di sesso e tutela della persona", Padova, 1986.

"I destinatari della legge 14 Aprile 1982, n° 164 ed il mutamento di nome", in Giur. ital., 1984, I, 2, c, pag. 113 e ss.

"La rettificazione di attribuzione di sesso. Prime considerazioni", in Riv. DC, 1982, II, pag. 729 e ss.

"La giurisprudenza italiana e...L'europa( A proposito della rettificazioni nei registri dello stato civile), in Dir. Fam Pers., 1982

PAULY, I.B., "Male psychossexual inversion: transsexualism. A review of 100 cases", in Archives of Genetic and Psychology, 1965 XIII, pag.172

PEREIRA, B., "Iluminismo e Secularização", in o Marquês de Pombal e o seu tempo, Coimbra, 1982.

PERELMAN, C., "Justice and justification", in Justice, Law and Arguments, org. por Perelman (Essay on Moral and Legal Reasoning), Dordrecht, Reidel, 1980, pag.55 e ss.; "Essay de critique phenomonologique du droit", Paris, 1972.

PERICO, G., "Problemi di etica sanitaria", Milano, 1985

PERLINGIERI, P., "La tutela giuridica della integrità psichica ( a proposito della psicoterapie) \ in Riv. TDPC, 1972, pag. 768 e ss

"Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso", in Problemi giuridici del transexualismo; também, in Diritto e giurisprudenza, 1970, pag.830 e ss.

"Profili istituzionale del diritto civile", camerino, Napoli, 1975

" Il diritto alla salute quale diritto dell personalità", in Rassegna di diritto civile. 1983/4, pag. 1033 e ss.

"La Personalita umana nell'ordinamento giuridico", Napoli, 1972.

PERSON, E./ovesey, I., "the transexual syndrom in males.II. Secondary transexualism", in American Journal of Psychoterapie, 1974/24, pag.174 e ss.

PETTT, J., "L'ambiguité du droit face au syndrome transexuel", in Rev. TDC, 1976, pag. 263 e ss.

PFÄFFLIN, F., "Psychiatric and legal implications of the new law for transsexuals in the Federal Republic of Germany", in International Journal of of law and Psychiatry, 1981/4, pag.191 e ss.

PIRES, F.L., "yteoria da Constituição de 1976. A transição Dualista", Coimbra, 1988.

POGGI, "Mutamento di sesso e domanda di rettificazione", in Giur. ital., 1973, I, 2, C, pag.374.

POLANI, P.E./ADINOLFI, "the H - Y antigen and its functions: a review and a hypothesis", in Journal of Immunology, 1983/10, pag.85 e ss

POLLAK, M., "L'omosessualité machile", in Il comportamenti sessuali, pag.68

PORTY, R., "the linguistic turn"(org.), 2ªEd., Chigago, London, 1968

POUND, R., "Mechanical jurisprudence", in Columbia Law Review, 1980/8

- PRATA, A., "A tutela da autonomia privada", Coimbra, 1982
- PUGLIATI "Beni (teoria generale)", in Enc.Dir, V, Milano, 1959, pag.174.
- PUGLIESE, " Diritto Penale Romano", in Il Diritto Romano, org. por Arangio Ruiz, Guarino, Pugliese , Roma, 1980
- PUGLISI, "Atti dispositivi del proprio e consenso dell'avente diritto", in Dir. Fam. Pers., 1975, pag. 1400 e ss.
- RADZINOVICZ, N./LIECHTENSTEINK (org.) "Sexual offences. A Report of the Cambridge of the criminal Science", 1968
- RASSA, "Sexe, médecine et droit", in Mélanges a Raynaud, 1985
- RASSELLI, "Del concetto di status e delle sue applicazioni nel diritto processuale", in Studi Senesi, 1921, pag.229 e ss.
- RESCIGNO, P., "Diritti civili e diritto privato", AA.VV. Attualità ed Attuazione della costituzione, Basi, 1979, pag.242 e ss; Manuale del diritto privato italiano", napoli, 1982
- RAZ, J., "the Institutional nature of law", in the authority of Law, org. porRAZ, Oxford, 1979, pag.103 e ss.
- REGOURD, S., Les droits, s., "Les droits de l'homme devant les manipulations de la vie et de la mort", in Revue de droit Public, 1981/2, pag.403.
- REICH, W., "I concetti di pulsione e di libido da Forel a Jung" (trad. ital.), in Il coito e i sessi, Milano, 1969; "La rivoluzione sessuale", trad. ital., Feltrinelli, 1978, 12ªEd.
- REIS, A. dos,"Código de Processo Civil Anotado", vol.I, pag.485
- REKERS, G.A./MEAD, S. "Earlyinterventions for female sexual identity disturbance :self monitoring of play behaviour",in Journal of abnormal child Psychology, 1979/7, pag. 405 e ss.
- RELLA, F., "Il mito dell'altro. Lacan, Deleuze, Foucault", Milano, Feltrinelli, 1978.
- RESCIGNO, P. "La fine della vita umana", in Riv. DC., 1982/1, pag.638
- RESCIGNO, P., "Situazione e status nell'esperienza del diritto", in Riv. DC, 1973, I, pag.219; Maine, H.J.S./PASSARELLI, S., "Status familiae", in saggi di diritto civile, Napoli, 1961, pag.421
- RIGAUX, F., "Introduction à la science du droit", Bruxelles, 1975.
- RIGAUX, M.N., "Rapport general sur le corp humain , personnalité juridique et famille", in AA.VV, Le corps humaine et le droit, travaux de l'Association Henri capitant 1975, XXVI, pag.13.
- RIPERT, G., "Le déclin du droit", in Études sur la legislation contemporaine, Paris, L.J.D.J., 1947.
- RITCHLIN, " The garden of Priapus", New Haven, London, 1983
- RIVAS, J.D., in Actualidad civil, vol. 2, n° 36, 1987 ( 28-9 a 4-10).

- ROBERT, J., "La Revolution biologique et génétique face aux exigences du droit", in *Revue de Droit Publique*, 1984, pág.1255 e ss.
- ROBINSON, D., "Psychology and the law: can justice survive the social sciences?", New York, Oxford University Press, 1980.
- RODRIGUEZ, M.P., "El transexualismo en el derecho español", in *Actualidad civil*, 1989/16 (17 a 23 de Abril).
- ROMANO, B., "Soggetto, libertà e diritto nel pensiero contemporaneo. Da Nietzsche verso Lacan", Roma, 1983
- ROMANO, "Il riconoscimento como relazione giuridica fondamentale", Roma, 1984
- ROTH/WILD, "When the Patients refuses treatment: some observation and Proposal for handling the difficult case", in *St. Louis University Law Journal*, 1979, pág.429 e ss.
- ROXIN, C., "Problemas básicos del derecho penal", Madrid, 1976.
- ROY, J., "Science ethics and law", in *IJB*, 1990, Vol.I, n°1, pág.19 e ss.
- RAWLS, J., "A theory of Justice", Cambridge, 1977.
- RUBBELLIN-DEVICHI, J., "Personnes et droit de la famille" (Jurisprudence française en matière de droit civil), in *Revue Trimestrielle de droit Civil*, 1989/4, pag. 271 e ss.
- RUBELLIN - DEVICHI, J., in *Rev. TDC*, 1181, pág.843
- SANTOS, B.S., "o Estado na transição Pós - Moderna: para um novo senso comum sobre o Poder e o Direito", in *Revista critica de ciências Sociais*, 1990, n°3, pág.13 e ss.
- SANTOS, BELEZA DA, in *RLJ*, 1926/7, pág.178.
- SATTA, S., "Commentario al codice di Procedura civile. Procedimenti speciale", Milano, 1969, IV
- SAVIGNY, "Vom beruf unserer zeit für gasetzebung und Rechtswissenschaft" (1814), Hildesheim, 1967.
- SBRISA, M., "Introduzione", in *I figli della Scienza, Rifflessioni sulla riproduzione artificiale*, org. por M. Srisa, Milano, 1985.
- SCARPELLI, U., "La biblioteca. Alla ricerca dei principi", in *Biblioteca della libertà*, Milano, 1987.
- SCHERER, M., "Padova e sentimento del pudore", (trad. ital.), Napoli, 1979
- SCHESKY, "Systemfunktionaler, antropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie", in *Funktion des Rechts*, pág.37 e ss.
- SCHMITT, C., "Il custode della costituzione" (trad.ital.), Milano, 1981.
- SCHNEIDER, A. "Rechtsprobleme der transsexualität", Köln, 1975.
- SCHNEIDER, "Rechtsprobleme der transsexualität", Frankfurt, Bern, 1977.
- SCHÜTZ, T./LUCKMANN, "Structuren der bebenswelt", Frankfurt, 1979.

- SCHWARZENBERG, C./SCHWARZENBERG, T.L., "Spunti medico - legali in tema di volontaria modificazioni dei caratteri sessuali esterni e di psico - sessualità in, Dis. Farm. Pers., 1973, pág.564 e ss.
- SCOZZAFAVA, O.T., "Nuovi e vecchi problemi in tema di diritti della personalit ", in Rivista critica del diritto privato 1983/1, pág.207 e ss
- SEGAL, C., "Matrimonio e Sacrificio nelle "trachini " di Sofocle", in L'amore in Grecia, pág.171 e ss.
- SEMIZZI, C., "Rilievi giuridici sull'inseminazione artificial", in Giur. ital., 1984, IV, pág.41 e ss.
- SERR O, D., " tica no mundo da saúde", in A  o Médica, 1988/4.
- sex reassignment, The John Hopkins University Press, Baltimore (1969), reimpressão xerografica., 1990, pag. 436.
- SHAPIRO, R.S., "Medical treatment of defective new borns: an answer to the "body doe" Dilema", in Harvard Law Journal on leg., 1983/26, pág.139.
- SILVA, C., "A responsabilidade civil do produto", Coimbra, 1990.
- SILVA, V.M., "competência linguística e competência liter ria", Coimbra, 1977
- SINGER, P., "Ethics and Sociology", in Philosophy & Public Affairs", 1982/2, pág.60 e ss.
- SMITH, D.K. " Transsexualism, Sex reassignment and the law", in Cornell Law Review, 1971, pag. 963 e ss.
- SMITH, "transsexualism, sex reassignment and the law", in cornell Law Review, 1971/56, pág.963 e ss
- SOLOMON, M., "Grundlegung zur Rechtsphilosophie", 1925, apud, CANARIS, "Systemdenken und Systembegrif in der Jurisprudenz", 1983
- SOMMAVILLA, G., "Il corpo como linguaggio", in Il corpo, "communio", 1980/54, pág.53 e ss.
- SOUSA, M.T., " O fim do Processo Declarativo, Lisboa , 1979
- SOUSA, R. C. de , " Li es de Direito das Sucess es", vol. I e II, 3  ed. 1990
- SPENGLER, "transsexualit t eine krankheit und der RVO", in NJM, 1978, pág.1192
- SPISANTI, S, "Problemi antropologico - morali dell identit  seessuale", in Medicina e Moral, Universit  cattolica del S. cuore di Roma, 1982/3, pág.226
- St. JOHN/SLEVAS, N., "Live death and law", Indiana University Press, Blomington, 1961, pág.39.
- STANZIONE, P., " La soluzione normativa del transsexualismo : l'esperienza tedesco occidentale", in Riv. DC, 1983, pag. 1231.
- STANZIONE, P., "Capacit  e minore et  della problematica della persona umana", Camerino - Napoli, 1975, pág.122
- STANZIONE, P., "Prensa ad un studio giuridico del ytransexualismo", in Annali della facolt  giuridica dell'Universit  di camerino, 1972, pág.433 e ss

- STARCK, C., "Die Künstliche befruchtung beim mensch. Verfassungsrechtliche Probleme", in Verhandlungen des 56. Deutschen juristentags, Bd. I, Berlin, 1986, pag.13 e ss.
- STAROBINZKY, J., "Breve storia della coscienza del corpo", in Intersezioni, 1981/1, pag.41
- STEINER, B.W./BLANCHARD, R./ZUCKER, K.J. "INTRODUCTION", in GENDER DYSPHORIA, org. por B.W. STEINER, pag.3 e ss.
- STEINER, B.W., "The management of patients with gender disorders", in Gender Dysphoria, org. por B.W. Steiner, pag. 325 e ss.
- STEPHENS, J./HÜCKER, "Medical - legal issues", in Gender Dysphoria org. por Betty W. Steiner, New York and London Plenum Press, 1985, pag.395
- STOLLER, R.J., "Sex and Gender: the development of masculinity and femininity", New York; 1968; "the transsexual boy: mother's feminized phallus", in British Journal of Medicine and Psychology, 1970/43, pag.117 e ss.
- STOYANOVITCH, K., "Lathéorie marxiste du dépérissement de l'état e du droit", in Archives de Philosophie du droit, n°8, Paris, Sirey, 1963.
- SUTTON, "transsexualisme e changement juridique d'état, nécessité et object de l'expertise judiciaire", in Le transsexualisme. Droit et ethique medicale, Vol.I, Masson, Paris, 1984, pag.107 e ss.
- SWARZENBERG, T., "Considerazioni medico-legali sulla transsexualità e sindrome correlate", in Dir. Fam. Pers., 1975, pag.1496.
- SZASZ, T., "Serbo a tutti i costi", trad, ital., Milano, 1982
- TELLES, G., "Exposição de motivos", B.M.J., n83, pag.142 e ss.
- TEMKIN, "The idea of respect for life in the history of Medicine", in Respect for life in Medicine, Philosophy and the law, org. por S.F. Barker, John Hopkins University Press, London, 1977
- TERRÉ, F., "La crise de la loi", in Archives de Philosophie di droit, 1980, pag.67 e ss.
- TEUBNER, G., "Evoluzione giuridica e antopoiesi" (trad. ital.), in Sociologia del Diritto, 1986, n°1, pag.209 e ss.
- TOURAINÉ, A., "Les deux faces de l'identité", in Quaderni di Sociologia, 1979/4, pag.407 e ss.
- TRABICCHI, "La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità", in Riv. DC., 1982/1, pag.608
- TRIBE, L., "American constitutional Law", 2ªEd., 1988
- UNGER, R.M., "Law in Modern Society. Towards a criticism in Social theory", New York, 1977.
- VALLAURI, L.L., "corso di filosofia del diritto", cedam, Padova.
- VARELA, A. / BEZERRA, M. / NORA, S., "Manual de processo Civil", Coimbra, 1985
- VARELA, A. "Direito da Família", 1987, Livraria Petrony
- VASSALI, F., "Lezioni di diritto matrimoniale", vol. I, Padova, 1932.



- VASSALI, "Il diritto alla libertà morale. Contributo alla teoria dei diritti della personalità", in Studi in Memoria di F.Vassali, II, Torino, 1960, pag.1634
- VENTURA, P., "La psicoanalisi collettiva", Milano, 1984; "FREUD e la giuridicità della coesistenza. La psicoanalisi individuale", Roma, 1979
- VENTURA, P., "Normalità e normatività; Prospettive filosofico - giuridiche per una fenomenologia del anormalità", Milano, 1982
- VEYNE, "La famille e l'amour sous le haut-empire romain", in Annales Economiques sociétés civilisations, 1978/3, pag. 39 e ss.
- VIDA, M., "Bioética: estudios de bioética racional", Madrid, 1989, pag.239
- VIEHWEG, T., "topik und Jurisprudenz (Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung), Aufl. München, C.H. Beck, 1974.
- VIGNOLO, " Un problema de iure condendo : il cosiddetto cambiamento di sesso", in Temi, 1974, pag. 178.
- VIOLA, F., "Autorità e ordine del diritto", 2ªEd., torino, 1987.
- WACKE, A. / SCHMITZ, " Schwangerschaft", in HRG, IV, 1989, pag. 1557 e ss.
- WACKE, A., " Zum hermaphroditen und transsexuellen", in Fest. für Pro. Kurt Rebmann, pag.861 e ss.
- WALLINDER. J./THUWE, I, "A law concerning sex reassignment transsexuals in Sweden", in Archives of Sexual Behaviour, 1976/5, pag.255 e ss.
- WALZ, " Transsexuals and the law", in Journal of Contemporary Law, 1979, pag. 181 e ss.
- WEBER, M., "Economy and Society", org. por G. ROTH e C. WITISCH, Berkley, 1978, pag.656.
- WESTERMARCK, E., "the history of human marriage"
- WIEACKER, F., "Nutzen und Nachteil des Szientismus in der Rechtswissenschaft", in Festschrift für H. SHELKY, Berlin, 1978; "zur praktischen leistung der Rechtsdogmatik", in Hermeneutik und dialektik, II Fest. für GADAMAR, Tülingen, 1970, pag.311 e ss.
- WILL, M., "Geburt eines Menschenrechts - Geschlechtsidentität im europäischen Recht", in Gedächtnisschrift für L. constantinesco, Köln - Berlin - Bonn - München, 1988, pag.911 e ss.
- WILLE / KRÖHN / EICHER, " Sexual medizinische Anmerkungen zum transsexuelengesetze", in Familienrecht, 1981, pag. 418 e ss.
- WISE, "Transsexualism: A clinical approach to Gender Dysphoria; in Medical Lrial technique Quarterly, 1983, pag.167 e ss.
- WITTGENSTEIN, L., "Über Gewissheit - on certainty" ed. por G.E.M. ANSCOMBE/G.H. von WRIGHT, Oxford, Blackwell, 1969.
- WOLFF, A. , inMünchener Kommentar, Familienrecht, München, 1978, pag. 665 e ss.
- WOLFF, E., " Les lacunes du droit et leur solution en droit suisse", in Le Probleme des Lacunes en Droit, org. por C. Perelman, Bruxelles , 1968, 105

- WOZLEY, A.D., "the tendency to deprave and corrupt", in Law, Morality and Rights, org. por M.A. STEWART, Dordrecht - Boston - Lancaster, Reidel, 1983.
- WORKIN, "Lord Devlin and the enforcement of morals", in Yale Law Journal, 1966/77, pág.986 e ss.
- WRIGHT, G.H., von, "Humanism and the humanities", in Philosophy and Grammar. org. por STIG KANGER/SUEN ÖHMAN, Dordrecht, Reidel, 1981.
- WRIGHT, W, "The social Logic of health", Rutgers University Press, New Brunswick, 1982
- YOUNG, T.Z., "An Introduction to the study of man", Oxford, 1976, pág.498.
- ZANGHI, C., "La protection des droits d l'homme dans les rapports entre personnes privées", in Revue cassin amicorum discipulorumque liber, vol. III, Paris, 1971, pág.269 e ss.
- ZENKER, R., "Ethische und rechtsliche Problem der Organtransplantation", in Fest. für P. Bockelmann zum 70. Geb. München, 1979, pág.481 e ss.
- ZONARDO, "Miritevolezza della causa e ordine publico", camerino, Napoli, 1978