

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO – CENTRO DE ESTUDOS EUROPEUS E
ALEMÃES

Laércio Alves da Silva Neto

APORTES DO DIREITO COMPARADO PARA O RECONHECIMENTO DA
PERSONALIDADE INTERSEXO

Porto Alegre, 2021

Laércio Alves da Silva Neto

APORTES DO DIREITO COMPARADO PARA O RECONHECIMENTO DA
PERSONALIDADE INTERSEXO

Dissertação de mestrado apresentada como requisito
parcial para obtenção do grau de mestre em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul

Orientadora: Prof. Dra. Sandra Regina Martini

Porto Alegre, 2021

Alves da Silva Neto, Laércio

APORTES DO DIREITO COMPARADO PARA O RECONHECIMENTO DA
PERSONALIDADE INTERSEXO/ Laércio Alves da Silva Neto. --
2021.

116 f.

Orientadora: Sandra Regina Martini.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do Rio
Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação
em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2021.

1. aportes. 2. direito. 3. comparado. 4. personalidade.
5. intersexo. I. Regina Martini, Sandra, orient. II. Título.

Laércio Alves da Silva Neto

APORTES DO DIREITO COMPARADO PARA O RECONHECIMENTO DA
PERSONALIDADE INTERSEXO

Dissertação de mestrado apresentada como requisito
parcial para obtenção do grau de mestre em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul

Aprovada em de 2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Sandra Regina Martini

Orientadora

Prof. Dra. Vanessa Chiari

Prof. Dra. Patricia Gorisch

Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem

Dedico esta dissertação à comunidade LGBTI+, tão cotidianamente desafiada no mundo inteiro apenas pelo fato de existir.

Agradeço fortemente à professora Dra. dr. h. c Claudia Lima Marques pelo meu acolhimento no grupo de pesquisa “direito do direito do consumidor, MERCOSUL e globalização”, sob a sua coordenação, ademais por me incentivar ao mestrado em Direito no Centro de Estudos Europeus e Alemães - CDEA, algo previamente sequer cogitado por mim; À professora Dra. Sandra Regina Martini, minha orientadora, pela surpresa em me amparar na empreitada de pesquisa envolvendo os direitos LGBTI+, área com declarada dificuldade de encontrar orientadores compatíveis com a proposta, fortemente marcada por aspectos sociológicos.

Mas, no extremo oposto, encontra-se a atitude que consiste, ao contrário, em fixar o que se é, numa pura relação consigo: trata-se, então, de constituir-se e reconhecer-se enquanto sujeito de suas próprias ações, não por meio de um sistema de signos marcando poder sobre os outros, mas por meio de uma relação tanto quanto possível independente do *status* e de suas formas exteriores, já que ela se realiza na soberania que se exerce sobre si próprio (FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*, vol. 3, o cuidado de si)

RESUMO

SILVA NETO, Laércio Alves da. Aportes do direito comparado para o reconhecimento da personalidade intersexo. 126 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021.

Esta dissertação dedica-se ao estudo do reconhecimento do direito à personalidade intersexo, a partir de aportes do direito comparado, notadamente a decisão 1 BvR 2019/16 proferida pelo tribunal constitucional federal alemão. Durante o estudo, reflete-se sobre os desafios ocasionados pela presença das regras binárias de sexo (masculino ou feminino) na ordem jurídica vigente em relação ao contexto intersexo com o objetivo de que se permita o pleno desenvolvimento da personalidade intersexo. Utilizam-se os métodos hermenêutico e argumentativo em uma vertente jurídico-comparativa. São manejadas as técnicas de documentação indireta, notadamente a pesquisa documental e bibliográfica, em tipo de pesquisa exploratória e propositiva. O objetivo geral repousa, quanto ao contexto intersexo, no exame das possibilidades e dos limites de se retirar do campo da normatividade jurídica as regras binárias de sexo, divididas entre feminino e masculino, sendo objetivos específicos o estudo dos direitos de personalidade concernentes ao contexto intersexo, assim como os demais direitos humanos atinentes ao tema, a própria normatividade sobre o sexo de *per si* e, também, a identificação dos principais gargalos que impedem o reconhecimento da personalidade intersexo, com a finalidade de se propor políticas públicas para superá-los. No primeiro capítulo, estuda-se o intersexo em si mesmo, de tal modo que possa ser possível conhecer a realidade intersexo. O segundo capítulo debruça-se sobre o direito de personalidade à identidade individual. O terceiro e quarto capítulo dedicam-se, respectivamente, ao estudo do direito de personalidade ao corpo intersexo e o direito à própria imagem intersexo. À guisa de conclusão, serão evidenciados quais os desafios e possibilidades para assegurar o desenvolvimento da personalidade intersexo com a ordem jurídica vigente, desde o seu nascimento até a morte, bem como quais as políticas públicas são mais adequadas a esse contexto.

Palavras-chave: 1. aportes. 2. direito. 3. comparado. 4. personalidade. 5. intersexo

ABSTRACT

This master thesis is dedicated to the study of the recognition of the right to the intersex personality and has as parameter the comparative law, notably the decision 1 BvR 2019/16 issued by the German federal constitutional court. During the thesis, it is studied the challenges and possibilities of the presence of binary gender rules (male or female) in the current legal order in relation to the intersex context with the aim of allowing the full development of the intersex personality. Hermeneutic and argumentative methods are used in a legal-comparative aspect. Indirect document techniques are handled, notably documentary and bibliographic research, in a type of exploratory and purposeful research. The general objective rests on examining the possibilities and limits of removing binary gender rules from the field of legal norms, divided between female and male, and specific objectives are to study the personality rights in the intersex context, as well as other human rights related to the theme, the normativity about sex itself and, also, the identification of the main bottlenecks that prevent the recognition of the intersex personality in order to create social policies to overcome them. In the first chapter, we study the intersex itself, in such a way that it may be possible to know the intersex reality. The second chapter deals with the personality right to individual identity. The third and fourth chapters are dedicated, respectively, to the study of the right of personality to the intersex body and the right to one's own image and the honor of the intersex. As a conclusion, it will be highlighted which are the challenges and possibilities to ensure the development of the intersex personality with the current legal order, from its birth to death, as well as which public policies are more appropriate to this context.

Keywords: 1. contributions. 2. right. 3. compared. 4. personality. 5. intersex

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO	11
2.CONHECENDO A REALIDADE INTERSEXO	17
3.O DIREITO DE PERSONALIDADE À IDENTIDADE INTERSEXO	47
4.O DIREITO DE PERSONALIDADE AO CORPO INTERSEXO	70
5.O DIREITO DE PERSONALIDADE À PRÓPRIA IMAGEM INTERSEXO	90
6.CONCLUSÕES	113
REFERÊNCIAS	117
ANEXOS	120

1. INTRODUÇÃO

No estudo do reconhecimento da identidade intersexo e das repercussões jurídicas advindas, faz-se necessário a compreensão de alguns conceitos básicos para aclarar e guiar a dissertação sobre esse tema durante todo o trabalho. Ser intersexo¹ significa possuir, organicamente, uma mistura entre o sexo feminino e o sexo masculino, de tal modo que não é possível definir o sexo do ser humano de maneira clara dentro do espectro médico binário, é dizer, ou masculino ou feminino. Essa mistura pode decorrer tanto da genitália, ambígua entre os dois sexos, como também em razão da conformação genética, XX ou XY, ou, ainda, no que diz respeito às características hormonais, nas quais se pode verificar hormônios femininos em organismos masculinos, vice-versa.

Trata-se, portanto, de dissertação sobre o reconhecimento do direito à personalidade intersexo, em perspectiva de integração jurídica entre a República Federativa do Brasil e a República Federal da Alemanha. Por isto, intitula-se o presente trabalho “O direito à personalidade intersexo a partir da decisão 1 BvR 2019/16 proferida pelo tribunal constitucional federal da Alemanha - bundesverfassungsgericht (bverfg)”.

Note-se que intersexo diz respeito ao sexo de um indivíduo (masculino, feminino ou intersexo) e não ao gênero. Compreende-se que “por mais que o sexo seja intratável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído: conseqüentemente, não é nem o resultado casual do sexo, nem tampouco tão aparentemente fixo quanto o sexo”². Nesse sentido, constrói-se a ideia que de “homens usam azul, jogam futebol, não choram e precisam ser competitivos e fortes. A eles está mais do que liberado – e até incentivado – o pleno exercício da sexualidade”³. Em um polo diferente se encontram as mulheres⁴, estas “se vestem de cor rosa, precisam ser frágeis e dóceis. Seus qualificativos estão ligados à abstinência sexual e a virgindade é sinônimo de pureza e castidade”⁵. Registra-se, então, que a construção da compreensão sobre o que é gênero debruça-se sobre

¹ Disponível: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2003/1664>. Acesso em 9 jun. 2021.

² BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2003. p. 24.

³ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 42.

⁴ Sobre o tema, conhecer o trabalho desempenhado pela ONU mulheres. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/>. Acesso em 23 de jun. 2021.

⁵ Idem, p. 42.

parâmetros socialmente estabelecidos enquanto o sexo (masculino ou feminino) ou intersexo é apontado a partir de parâmetros médicos, biológicos.

Outro conceito relevante diz respeito à identidade de gênero. Registre-se, portanto, que “identidade de gênero está ligada ao gênero com o qual a pessoa se reconhece: como homem, como mulher, como ambos ou como nenhum”⁶, ou seja, “a identidade de gênero independe dos órgãos genitais e de qualquer outra característica anatômica já que a anatomia não define gênero”⁷. Nesse sentido, “supondo por um momento a estabilidade do sexo binário, não decorre daí que a construção de que homens se aplique exclusivamente a corpos masculinos”⁸, ou, também, que “o termo mulheres interprete somente corpos femininos”⁹.

É possível, exemplificativamente, que um intersexo (medicamente definido a partir de exames clínicos) tenha uma percepção de si não-binária¹⁰ (nem do gênero masculino, nem do gênero feminino), masculina ou, ainda, feminina. O intersexo, certamente, ao longo da sua jornada de vida, expressará a sua identidade individual a seu modo, reconhecendo-se como pertencente (ou não) às divisões binárias de gênero.

Veja-se que, no que diz respeito à orientação sexual¹¹, os intersexos podem se sentir erótica e afetivamente atraídos por outros intersexos, por corpos medicamente designados masculinos (e que podem se identificar com o gênero masculino ou feminino) ou por corpos medicamente designados femininos (e que podem se identificar com o gênero masculino ou feminino). Se o intersexo tem também uma compreensão não-binária de si mesmo, a sexualidade do intersexo padece de definição, tendo em vista que não poderia ser classificada nem como heterossexual, nem como homossexual ou bissexual, pois nenhuma delas abrange o relacionamento com um intersexo não-binário.

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 42.

⁷ Idem, p. 42.

⁸ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2003. p. 24.

⁹ Idem, p. 24.

¹⁰ Termo equivalente no Brasil ao *genderqueer*, do inglês. Segundo o Centro de Pesquisa em Equidade de Gênero da Universidade da Califórnia, refere-se à “pessoa cuja identidade de gênero não é nem homem nem mulher, está entre os gêneros ou além, ou é uma combinação de gêneros. Essa identidade é geralmente uma reação à construção social do gênero, aos estereótipos de gênero e ao sistema binário de gênero. Algumas pessoas não binárias se colocam sob o guarda-chuva dos transgêneros, enquanto outras não” (CADERNO Globo 12. Corpo: artigo indefinido. São Paulo: Globo Comunicação e Participantes S.A., 2017, p.113).

¹¹ A orientação sexual indica o impulso sexual de cada indivíduo, aponta para a forma como ele vai canalizar sua sexualidade. A orientação sexual tem com referência o gênero pelo qual a pessoa sente atração, desejo afetivo e sexual (DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 31).

O problema a que se dedica a estudar, aqui, cinge-se ao próprio fenômeno intersexo, os conflitos existentes com a normatividade binária (masculino ou feminino) presente no ordenamento jurídico e quais os principais direitos que necessitam ser assegurados ao intersexo. Veja-se que em todas as instâncias da justiça alemã, incluindo o Superior Tribunal de Justiça alemão (Bundesgerichtshof – BGH), a pretensão da autora foi negada, ao argumento de que o direito registral não permite o registro positivo de uma terceira categoria de gênero, diverso do masculino/feminino, salvaguardando a possibilidade de cancelar o registro feminino e deixar em branco o campo de indicação de gênero.

No decurso deste processo de pesquisa, utilizaram-se os métodos hermenêutico e argumentativo em uma vertente jurídico-comparativa. Foram manejadas as técnicas de documentação indireta, notadamente a pesquisa documental e bibliográfica, em tipo de pesquisa exploratória e propositiva. O objetivo geral repousa no exame das possibilidades e dos limites de se permitir o pleno desenvolvimento da personalidade intersexo fora das regras binárias de sexo, divididas entre feminino e masculino, sendo objetivos específicos o estudo dos direitos de personalidade do intersexo, assim como os direitos humanos presentes nesse contexto, a própria normatividade sobre o sexo de *per si* e, também, a identificação dos principais gargalos decorrentes do reconhecimento da personalidade intersexo com a finalidade de construção de políticas públicas.

No primeiro capítulo, estuda-se o intersexo em si mesmo, apresentando-se, principalmente, dados estatísticos e informações relevantes sobre esse segmento populacional. Busca-se compreender a realidade intersexo, as dificuldades experimentadas e quais são as principais pautas e reivindicações perante a situação vivenciada de constante violação de direitos. É necessário compreender com mais proximidade a específica carência de direitos experimentadas para que, nos capítulos seguintes, o desenvolvimento desta dissertação de mestrado seja bem construído.

Ao segundo capítulo, estuda-se o direito de personalidade à identidade individual. Busca-se compreender, aqui, em que consiste o direito individual de desenvolvimento da própria personalidade, contextualizando-o na realidade intersexo. Como, em regra, a ordem jurídica é binária com relação ao sexo, desenvolver a identidade individual fora desse espectro é uma experiência truncada, pois, além de ordenamento jurídico não estabelecer taxativamente a conformação de diversos direitos para os intersexos, a vida em sociedade também está imbuída das etiquetas binárias quanto ao sexo e quanto ao gênero.

No terceiro capítulo, debruça-se sobre o direito de personalidade ao corpo, dissertando-se sobre a possibilidade de manutenção do corpo em seu estado intersexo. O corpo é um dos bens jurídicos tutelados pelo direito e protegido por diversas normas jurídicas para as quais se estabelece sanção nos casos de violação. No entanto, nos casos dos intersexos, busca-se evidenciar até que ponto a existência dos seus corpos é permitida e se e em que medida as proibições do livre exercício do direito ao próprio corpo desencadeia violações de direitos da personalidade.

O último capítulo dedica-se ao estudo do direito à própria imagem intersexo. A imagem detém, também, proteções taxativas no ordenamento jurídico. Em diversas passagens, tanto o Código Civil como a Constituição Federal protegem a imagem das pessoas naturais, proibindo a comercialização não autorizada, o uso indevido e o escárnio. No caso dos intersexos, a imagem é um direito de personalidade especialmente mais relevante, pois diz respeito a sua representação física na realidade, a percepção que tem de si na interação com o mundo e com o outro.

Em 08 de novembro 2017, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (Bundesverfassungsgericht - BVerfG), no bojo dos autos do processo 1 BvR 2019/16, proferiu decisão judicial reconhecendo a possibilidade de se autodenominar intersexo perante os assentamentos de registros públicos da República Federal da Alemanha. No processo judicial em comento, relata-se que “Vanja nasceu em 1989 e foi registrada pelos pais como pertencente ao gênero feminino, mas se considera intersexual, porque não possui características definidas nem como masculinas, nem como femininas”¹².

No decurso do seu processo, “mediante a apresentação de uma análise cromossômica, a pessoa que apresentou a queixa constitucional requereu a correção de seu registro de nascimento perante o registro competente”¹³, de tal maneira que haja “a anulação da indicação de gênero feminino e a averbação como inter/diverso ou, alternativamente, apenas diverso”¹⁴. Assim, “segundo a análise cromossômica apresentada, ela (pessoa) possui uma acentuada sequência cromossômica numérica com um cromossomo x, com a ausência de um segundo genossomo”¹⁵.

¹² FRITZ, Karina Nunes. Tribunal Constitucional Alemão admite a existência de um terceiro gênero (comentário e tradução). Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/tribunal-constitucional-alemao-admite/>>. Acesso em 29 de jun. de 2020. p. 2.

¹³ Idem, p. 10.

¹⁴ Idem, p. 10.

¹⁵ Idem, p. 10.

Atente-se que, em seu julgamento, destacou o Tribunal Constitucional Alemão que “a lógica binária do direito registral, que só reconhece positivamente duas categorias de gênero – masculino e feminino – viola a Lei Fundamental alemã”¹⁶ tendo em vista que não permite que pessoas intergênero indiquem positivamente seu gênero, mas apenas omitam essa informação no registro civil. Ou seja, a lei registral alemã que acolhe apenas o sexo masculino ou feminino nos documentos para identificação pessoal é discriminatória, e atenta contra a Lei fundamental alemã, porque nega a possibilidade de um intersexo ser assim identificado, obrigando-o ou a omitir a sua identidade sexual ou se adaptar a uma identidade definitivamente masculina ou feminina. Veja-se que um registro em branco não é o mesmo que a indicação positiva de um terceiro sexo, mas sugere, ao contrário, uma ausência de sexo.

A Lei fundamental alemã, em seu art.2º, inciso I, dispõe que todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. É nesse sentido que a lei de maior hierarquia na Alemanha prevê o direito ao livre desenvolvimento de personalidade, sediando-o em letra de lei fundamental, para que detenha alto grau de influência sobre o ordenamento jurídico vigente. Não se cogita de lei de hierarquia inferior, assim, impor regramento diverso do previsto em lei fundamental, em evidente inobservância do comando emanado do vértice, do ápice, do ordenamento jurídico alemão.

No tocante ao Brasil, embora não haja decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal garantindo o direito à identidade intersexo até o mês de junho de 2021, o código civil, entre os seus artigos 11 e 21, dispõe sobre a existência dos direitos de personalidade, indicando-se que são direitos intransmissíveis e irrenunciáveis, devendo toda pessoa ter direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome, sendo assegurado que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, podendo-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Além disso, a legislação apontada é protetiva ao ser humano, proibindo o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física. Importa aos intersexos essa parte da legislação brasileira, na medida em que

¹⁶ FRITZ, Karina Nunes. Tribunal Constitucional Alemão admite a existência de um terceiro gênero (comentário e tradução). *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/tribunal-constitucional-alemao-admite/>>. Acesso em 29 de jun. de 2020. p. 2.

garante direitos basilares de personalidade como um nome intersexo e um corpo intersexo com integridade física, por exemplo.

Por outro lado, veja-se que a Lei de registros públicos brasileira, em seus art. 50 e 54, dispõe acerca da obrigatoriedade do registro do sexo das pessoas naturais nos assentamentos públicos, nada dispondo, em específico, acerca do intersexo e de como precisamente deveria ser realizado o seu registro – dentro do espectro de masculino/feminino ou de uma outra maneira. O vácuo deixado pelo legislador, nesse sentido, problematiza o livre desenvolvimento de personalidade do intersexo e o assentamento nos registros públicos de sua real identidade dentro da República Federativa do Brasil.

Anote-se, também, que o Conselho Federal de Medicina do Brasil elaborou a Resolução de nº 1.664/2003, versando sobre as normas técnicas necessárias para o tratamento de pessoas que nasceram no estado intersexo. No referido documento, indica-se que são consideradas anomalias da diferenciação sexual as situações clínicas conhecidas no meio médico como genitália ambígua, ambigüidade genital, intersexo, hermafroditismo, indicando também outros elementos caracterizadores.

Ademais, dispõe a resolução em comento que pacientes com anomalia de diferenciação sexual devem ter assegurada uma conduta de investigação precoce com vistas a uma definição adequada do gênero, pontuando também que para a definição final e adoção do sexo dos pacientes com anomalias de diferenciação faz-se obrigatória a existência de uma equipe multidisciplinar. Nada se dispõe, contudo, sobre a manutenção do intersexo em seu estado de indefinição sexual, no sentido de qual seria a conduta médica mais adequada para os indivíduos que pretendem se manter sob o espectro intersexo.

Veja-se que o documento padrão que deve ser preenchido pela equipe médica após o nascimento da pessoa natural é a declaração de nascido vivo (DNV), indicado pelo Ministério da Saúde para uso nas esferas estaduais, municipais e federal, no qual se verifica três hipóteses de preenchimento sobre o sexo do ser humano: a) masculino; b) feminino; c) ignorado. É dizer, nos casos em que o recém-nascido não esteja enquadrado no sexo masculino e nem no feminino, o médico responsável pelo parto deverá assinalar o campo ignorado, de modo a que se entenda que não é possível classificar como feminino

ou masculino. Reforce-se que a Lei nº 12.662/2012 regulamenta a expedição do DNV e indica ser este o documento válido para fins de registro público do recém-nascido.

Evidentemente, as intervenções realizadas nos organismos dos intersexos, chanceladas pelo Conselho Federal de Medicina, são problematizadoras, com possibilidade de promover prejuízo à vida, à saúde e ao bem-estar deles, que se veem impedidos de exercer o livre desenvolvimento de personalidade do modo imune à violência ocasionada pelas regras binárias de sexo, rigidamente classificadas entre masculino ou feminino. Esta dissertação de mestrado, portanto, debruçar-se-á sobre o desenvolvimento da personalidade intersexo e a normatividade sobre o sexo presente no ordenamento jurídico, comparativamente entre o Brasil e a Alemanha, tangenciando principalmente questões como direitos de personalidade, direitos humanos, sociologia e filosofia e dimensionamento de políticas públicas para a questão.