

TRIBUNA da Justiça

Director e proprietário: RICARDO ANTÓNIO DA VELHA
Juiz Desembargador

PUBLICAÇÃO MENSAL ISSN 0870-8878

Determinação da unidade de conta de custas

Conselheiro AMÉRICO DE CAMPOS COSTA

1. O art. 1.º do Código das Custas, na redacção do Decreto-Lei n.º 387-D/87, de 29 de Dezembro, prescreve nos seus dois últimos números:

«3. Para efeitos do presente Código, entende-se por unidade de conta de custas (UCC) um quarto da remuneração mínima mensal mais elevada garantida aos trabalhadores por conta de outrém, com arredondamento dessa fracção para a centena de escudos imediatamente superior.»

«4. Trienalmente e com início em Janeiro de 1991, a UCC considera-se automaticamente actualizada nos termos prescritos no número anterior a partir de 1 de Janeiro, devendo para o efeito atender-se à remuneração mínima que tiver vigorado no dia 1 de Outubro do ano anterior.»

Norma idêntica também figura na alínea h) do n.º 1 do art. 1.º do Código de Processo Penal. Nela se declara efectivamente:

«1. Para efeitos do disposto no presente Código considera-se:

h) *Unidade de conta processual penal (UC)*: quantia em dinheiro equivalente a um quarto do salário mínimo nacional mais elevado, garantido no momento da aplicação da sanção respectiva, arredondado, quando necessário, para a centena de escudos imediatamente superior.

Consagra-se em ambas as disposições, pela primeira vez em leis de frequente aplicação nos tribunais, a regra da indexação dos valores.

Aliás, já na sessão da Comissão Revisora do Código de Processo Civil, realizada em 12 de Dezembro de 1984 (BMJ, n.º 360, pág. 160), eu sugerira a inserção, no diploma intercalar, do seguinte preceito:

«1. A alçada dos tribunais é igual ao produto do salário mínimo nacional da generalidade dos trabalhadores fixado em 15.600\$00 pelo Decreto-Lei n.º 24-A/84, de 16 de Janeiro, por 100 quanto aos tribunais, da relação, e por 20 quanto aos tribunais de comarca.»

«2. Com início no dia 1 de Janeiro de 1988, é trienalmente, as alçadas serão automaticamente consideradas elevadas nos termos prescritos no número anterior, a partir de 1 de Janeiro, tendo por factor o salário mínimo da generalidade dos trabalhadores que se encontrava em vigor no dia 1 de Outubro do ano anterior.»

Como autor do anteprojecto que deu origem ao Decreto-Lei n.º 387-D/87, bem como da proposta apresentada no seio da Comissão Revisora do Código de Processo Civil, parece-me chegado o momento de indicar as razões por que me afastei do texto, sem dúvida mais simples, do Código de Processo Penal.

Em todos os diplomas a que fui chamado a prestar o meu magro contributo, tive sempre a preocupação — quiça levada ao extremo — de simplificar a vida, bem



«Juicio Declarativo de Menor Cuantia»

Página 6

Facto Punível e Sanção. Sisa.

Art.º 116.º do Código da Sisa. Convolução

Página 7

O Processo Civil e os Direitos de Personalidade

Página 9

Transsexualidade:

O Reconhecimento Judicial da Mudança de Sexo

Página 11



tuais, nem pelas circunstâncias em que um indivíduo se possa encontrar, mas pelo facto de serem homens...» (Santiago Nino, op. cit., 417).

Entrando nessa categoria bens tão diversos como lençóis, cobertores, almofadas, roupeiros, máquinas de lavar loiça e roupa, fogões, esquentadores, livros de consulta e estudo, secadores de cabelo, candeeiros, aquecedores, sofás ou televisores — tese que de modo algum se pode considerar «de ponta» porquanto já em 1951 estava no pensamento de processualistas como Leo Rosengerg, ao defender a impenhorabilidade dos aparelhos de rádio (Tratado de Derecho Procesal Civil, III, 159) — do que se deixa escrito não deverá inferir-se que o exequente ficará assim impedido de obter o pagamento do seu crédito através de bens e equipamentos que, em si mesmos, sejam idóneos a satisfazer necessidades pessoais constitucionalmente protegidas.

Um critério de razoabilidade, e a fronteira posta pela figura do abuso do direito, sempre impedirão que a protecção adjectiva vá além do que, em cada caso concreto, se mostre suficiente para assegurar o pleno exercício dos aludidos direitos fundamentais. Assim, por exemplo, pelo seu carácter multidireccional (e independentemente de apreciações de outra ordem, v.g. qualitativa, que ao caso não vêm), satisfaz

a televisão necessidades básicas de informação, recreio e fruição cultural, tornando por isso «excessiva», neste contexto, uma eventual reserva quanto a aparelhagens de som, video ou, até, simples telefonias.

O equilíbrio das soluções, metodologicamente fundadas, há-de aliás resultar sempre da consideração de que...» é função dos tribunais a realização do direito, não podendo auto-atribuir-se a competência, havendo de se comportar dentro dos limites de competência estabelecidos pela lei, mas interpretando e aplicando esta com total independência e com respeito pelos valores superiores (filosóficos e políticos) que inspiram a sua ordem jurídica e social. Aplicando e definindo o direito no caso concreto, podem e devem os tribunais contribuir para o seu aperfeiçoamento (...) Importa que o juiz, ao fazer justiça real e concreta, tenha religioso respeito não só pelos direitos do Homem, reconhecidos pelos pactos, Constituição e leis ordinárias, e se inspire, empenhando-se apaixonadamente, na defesa dos Direitos do Homem, não julgando pelas aparências, julgando segundo a justiça...» (J.D. Pinheiro Farinha, o Poder Judicial e os Direitos do Homem, in Tribuna da Justiça, 28, 2-4-5). Para que da Justiça se não diga, como Marguerite Duras do «homem atlântico» (in Textos Secretos, 21): «Ficaste no estado de teres partido».

Transsexualidade: o reconhecimento judicial da mudança de sexo e o direito português. Alguns problemas (*)

JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES

— Aluno do 5.º Ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

I — Introdução; II — Definição e caracteres do Síndrome transsexual; III — Da etiologia do Transsexualismo: algumas hipóteses; IV — A aporia do problema; V — Tese que rejeita a admissibilidade do reconhecimento legal-judicial da mudança de sexo; VI — A solução Positiva; VII — Algumas soluções no Direito Comparado; VIII — O problema colocado à luz do direito português. As inferências de uma Constituição Dirigente. O fundamento da solução adoptada; IX — Proposta de «*iure condito*»; X — Uma solução de «*iure condendo*»; XI — Conclusão.

I — José Pedrosa, nascido em 12 de Dezembro de 1947, em Lisboa, tendo casado com Margarida Anjos, da qual se divorciou por sentença transitada em julgado, em 21 de Fevereiro de 1972, submeteu-se em Bruxelas, em 1971, a uma operação que consistiu na ablação dos seus órgãos genitais masculinos, sendo-lhe concomitantemente implantada uma neo-vagina (plastia neo-vaginal e uretrotomia perineal) e efectuada uma plastia mamária: Nestes termos, a pedido do autor, em via de recurso de apelação o Tribunal da Relação de Lisboa, ordenou que se procedesse à alteração do assento de nascimento do autor-apelante, eliminando-se todas as referências que daquele constassem quanto ao sexo e nome, substituindo-as no sentido de ficar a constar que o indivíduo é do sexo feminino e que terá o nome de Maria José Pedrosa (1).

Nesta «*fattispecie*» condensa-se, afinal, o problema a expender, o qual se traduz na questão de indagar se, perante o ordenamento jurídico português, deve ou não acolher-se a admissibilidade do reconhecimento judicial da mudança de sexo (e nome), a pedido de um transsexual que se tenha previamente submetido a intervenção cirúrgica de «adequação» dos caracteres sexuais externos ao sexo que verdadeiramente sente possuir e com o qual se identifica psicológico-socialmente.

II — O Síndrome Transsexual tem origens remotas que se entroncam na milenar história da civilização humana, aí onde os primeiros corifeus terão sido, provavelmente, aqueles outros parentes em segundo grau da linha recta: o Homem de Cro-Magnon. Na verdade, certas culturas primitivas toleravam, quando não incentivavam, a existência de uma «terra de ninguém» entre os dois sexos, qual fenómeno «normal» produzido culturalmente. Decerto é chamado à colação o eterno mito andrógino, ou a descrição de Ovídio, que narra a existência de um povo, onde as mulheres «encarnavam» nos homens (2). Ademais, por que não falar na papisa... ou papa João... ou Joana XXII (n.º 1360, m. 1416), em Catarina da Suécia ou em Henrique III da França (n.º 1551, m. 1589), como expoentes carismáticos de outras tantas ambiguidades sexuais? (3).

(*) Com um voto de sincero agradecimento ao docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dr. Mário Frota, pelo apoio que, de modo vário, me prestou neste estudo, mormente fornecendo indicações bibliográficas e efectuando a sempre penosa revisão de provas. (N. A.)

De resto, hodiernamente pode muito menos falar-se numa clara e rigorosa divisão entre os dois sexos, talqualmente ocorreu a partir do «século das luzes», o que faz lembrar a «pureza» do valor amizade (entenda-se no sentido filosófico do termo) entre indivíduos do mesmo sexo que soprava no universo helénico e romano e que posteriormente veio a ser idolatrada desde o século XVIII. E isto porque, com a subida do nível de vida da Sociedade Ocidental pós-guerra emergiu todo um conjunto de factores conducentes àquele outros fenómenos bem conhecidos: o movimento hippie, a explosão dos «media» propulsora do universo cultural Pop. Então, como não compreender a construção do imaginário «unisex»? Decididamente, no contemporâneo contexto sócio-cultural não é de estranhar o embevecimento sedutor das retornadas ambiguidades sexuais. Se os homossexuais já viram reconhecido, ou pelo menos não estigmatizado, o seu devir de personalidades tuteladas juridicamente (4), o calvário jurídico dos transsexuais é mais sombrio, acaso estes sejam nacionais dos inúmeros países que, como Portugal, permanecem tolhidos no que tange com uma mudança de sexo — ou sejam nacionais dos ordenamentos que consagram a ilicitude civil e criminal, tanto da cirurgia adequadora, como do ulterior reconhecimento judicial. Vogam, por isso, tais seres no limbo de uma casuística ora escandalosamente moralista, ora perigosamente subversiva. Na verdade, nos ordenamentos que não consagram explicitamente tal admissibilidade peticionante, a sorte dos «indivíduos das hormonas» não interessa senão àqueles com quem se relacionam, deparando-se-lhes, não raro, com a incompreensão, repulsa, ignorância ou jocosidade de uma sociedade que neles tão só prescruita narcisismo ou exibicionismo, e que os remete concomitantemente para uma atitude provocatória que mais não é do que o «output» da alcaiteia que desce da serra à procura de alimento.

Porém, a condição destes seres humanos deve merecer a atenção dos meios científicos e da comunidade jurídica, mais não seja por que se reclama uma intervenção pedagógica daquele direito que não se deve quedar sempre agrilhado ao *Ser* das instituições.

Não se estranhe, pois, que, como informa Jacqueline Petit (5), citando H. Anrys (6), se realizaram desde 1953 milhares de operações de adequação dos caracteres sexuais em Marrocos (Casablanca), Suíça, Reino Unido, Alemanha, Bélgica, U.S.A., Holanda, África do Sul e países escandinavos.

Com efeito, os transsexuais são indivíduos que estão dotados de uma global disposição psíquica e afectiva do sexo oposto, não se resignando, por isso, com a sua condição. Daí que o seu comportamento seja de todo peculiar: Repudiam o sexo para o qual estão «instrumentalmente» dotados, quer mediante o seu modo-de-estar quotidiano ou através da providência extrema da intervenção cirúrgica no sentido de assim viverem completamente integrados no seu sexo psíquico ao qual desejam e sentem pertencer; julgam íntima e autenticamente pertencer ao sexo oposto, mostrando uma verdadeira repulsa em relação aos seus órgãos genitais (7).

Como já observou Cauldwell, ao estudar em 1949, o estado psíquico do indivíduo cujo objectivo principal é a mudança de sexo, será de



designar tal fenómeno como o «Síndrome de psicopatía transsexual», expressão esta que H. Benjamin consagrou e que hoje os autores parecem aceitar (8).

Há 40 anos, este fenómeno era reduzido e assimilado à homossexualidade e ao travestismo, posto que só recentemente com os estudos de Caldwell, Franchini, Accard e outros, o síndrome transsexual foi valorizado autonomamente. Na realidade, o elemento individualizante reside no facto de que, se no travestismo (9), o facto de os travestis usarem roupas do sexo oposto proporciona satisfação erótica, ou se nos casos de homossexualidade ocorre uma aceitação do próprio sexo anatómico não fora a profunda disfunção do instinto sexual, orientada para os indivíduos do mesmo sexo, já — dizíamos — nas hipóteses de transsexualismo, o indivíduo rejeita o seu sexo anatómico, formando uma irrefragável convicção de pertencer ao sexo oposto, em função do qual interpreta, racionaliza e identifica toda a sua personalidade — mesmo retrospectivamente — porquanto adere a uma nova identidade sentida subjectivamente. Se nestes indivíduos se podem detectar tendências homossexuais, traduzidas na procura de «partners» do mesmo sexo legal-anatómico, tal facto é encarado como ulterior manifestação de pertença ao sexo oposto. E igualmente se diferenciam dos pseudo-hemafroditas e hemafroditas *stricto sensu*, pois se naqueles existe efectivamente uma situação de ambiguidade sexual, capaz de gerar o erro na atestação do sexo, posto que o tecido gonadal seja típico de um único sexo, pese embora possa conduzir a que o indivíduo seja tomado como pessoa do sexo oposto — v.g. presença de pequenos testículos num bebé «supostamente» do sexo feminino; ou se nos hemafroditas se observa a existência de órgãos genitais *externos* de ambos os sexos — v.g. pénis e vagina — já, pelo contrário, no transsexual, a imputação do sexo aquando do nascimento, é efectuada justamente na base de elementos *morfologicamente* certos e inconfundíveis — que nada tem a ver, segundo a generalidade da doutrina, com a adequação de sexo operada artificialmente apostada em exprimir a verdadeira orientação psico-comportamental-sexual do indivíduo, elemento este que — diz se — nunca poderá revelar para efeitos de atestação do sexo do recém-nascido no assento de nascimento, a menos que se entenda, como nós, que desse assento brotará somente uma presunção relativa, na medida em que será aí muito cedo para indagar das disfunções ocorridas entre os diferentes caracteres sexuais, já que o facto do nascimento não envolve a real e verdadeira «definição» sexual, a qual se terá que dilucidar após um prévio período de maturação da personalidade sexual «*in totum*», regra geral após a fase da adolescência.

III — Da literatura assaz rica, atinente a esta questão, emergia, há alguns anos a esta parte, um generalizado consenso acerca da natureza do transsexualismo: sendo um desvio sexual, era colocado, na 1.ª edição de 1952 do «Diagnostic and Statistical Manual, Mental Disorders» (DSM-1) na rubrica intitulada «perturbações sociopáticas da personalidade», considerando-se que as pessoas portadoras de tais desvios do comportamento sexual, apresentariam, concomitantemente graves alterações da sua personalidade, isto é, o transsexualismo poderia ser reduzido a uma manifestação patológica da sexualidade, que contenderia não só ao comportamento sexual, antes, envolveria toda a personalidade e o Ser-com-os-outros (9-A).

No imaginário destes indivíduos detectar-se-iam, segundo alguns autores, desequilíbrios psíquicos caracterizados por certas tendências esquizofrénicas, depressivas ou nefróides de tipo psicótico, que se traduziriam em relações anti-sociais de rejeição (10). No entanto, se, com a 2.ª edição do Manual atrás mencionado (DSM-2, de 1968), já se individualizam os desvios, definindo-os em relação ao objecto (sexo oposto) e ao objectivo (coito), topa-se com a 3.ª edição daquele Manual (DSM-3, de 1980) uma abordagem completamente inovadora: O transsexualismo surge absolutamente individualizado na rubrica «Psychosexual Disorders» (10-A) — a qual engloba ainda as disfunções sexuais, as parafilias e a homossexualidade egodistónica (está última ocorre quando o indivíduo não aceita o seu comportamento homossexual, ou se mostra profundamente perturbado com ele). De resto, ao se individualizar, deste modo, numa única rubrica, a vasta gama de problemas sexuais, melhor se responde à intenção de não os conotar com as perturbações da personalidade; além do que, considerando as Perturbações da Identidade do Género (Gender Disphoria) na sua individualidade (às quais se reduz o transsexualismo), melhor se extramará o transsexualismo do travestismo, este último já considerado como parafilia.

Vem isto para dizer que, no transsexualismo, os caracteres sexuais externos masculinos (ou femininos) são sentidos com profundo desgosto pelo indivíduo, emergindo daí o alucinante desejo de «mudar» morfologicamente de sexo — ou melhor, corrigi-los e adequá-los ao sexo, a que convictamente julga pertencer — corrigindo um defeito da Natureza, e aspirando, concomitantemente, a inserir-se e a ver reconhecido o seu estatuto de sujeito do sexo oposto àquele que, legalmente lhe foi imputado. Todavia, os autores divergem quanto à etiologia deste fenómeno.

De um lado colocam-se aqueles que, como ACCARD e COLL (11) afirmam que o transsexualismo não é expressão de uma psicose não orgânica, mas um sintoma psicopático de uma anomalia no desenvolvimento da estrutura nervosa central, aquando do estado embrio-

nário do feto. Nestes termos, o comportamento é determinado coetaneamente à formação anatómica sexual, por um ou vários factores que pré-determinam tal estrutura — de ordem ambivalente — aí onde o modelo feminino é potencialmente dominante. Logo, se a diferenciação sexual feminina é espontânea, as hormonas masculinas agem, no sentido de estruturar outros factores geneticamente pré-determinados do centro nervoso. Aventou-se, então, a hipótese de o elemento desencadeante masculino poder ser a testosterona (pelo menos prevalentemente) ou outras substância que intervêm a nível embrionário, maxime no período pré-natal, fornecendo aos centros nervosos centrais um «programa bem definido que condicionaria, de modo irreversível, o futuro comportamento sexual.

Esta é a tese comumente designada por *organicista* (revelando aí factores genéticos e neuroendócrinos). O que vale por dizer que, as perturbações do comportamento sexual humano podem basear-se, pelo menos em parte, numa divergência entre sexo genético e a taxa de hormonas sexuais que lhe correspondem, no período de diferenciação cerebral pré-natal. Porém, muito embora seja uma via explicativa promissora, tem subjacente uma base de suposições até hoje insuficientemente demonstradas, sendo as suas respostas escassamente atendíveis na doutrina médico-legal.

Mais aceitável parece configurar-se a teoria segundo a qual o transsexualismo deriva de estímulos extrínsecos, provenientes do ambiente familiar e social (12) *Teoria psicanalítica e Tese da Aprendizagem*. Tal opinião é sufragada no sentido em que, inúmeros casos de transsexualismo (de homem para mulher) revelaram que a génese de tal disfunção reside no processo de identificação do rapazinho com a mãe ou uma irmã: O indivíduo não consegue ultrapassar a fase de simbiose com a mãe, não se realizando, por tal, entre ela e este a clivagem que conduziria à sua individualização. Assim, no dizer de COTE (13), ao se atingir a fase edipiana, a fixação à mãe impede o indivíduo de completar a sua identificação. Ademais, se se defender que a identidade é adquirida nos primeiros três anos de vida — sendo aí importante a anatomia dos órgãos genitais externos, os factores biológicos e a relação pais-filhos — o facto de ser macho ou fêmea, isto é a identidade do género, adquire-se antes do estado fálico-edipiano, ou seja, antes do terceiro ou quarto ano de vida. Contudo, regra geral, sempre é possível detectar, em todos estes casos, a existência, v.g., de uma mãe falocrática, possuidora de fortes traços masculinos, a qual tenta modular a criança no sentido do sexo feminino, ou uma irmã extrovertida-carismática, e um pai «cinzento». Daí que ocorra, já se topa, uma maior «resistência, por parte do rapazinho a uma identificação masculina que lhe seria co-natural, e que se agrava na medida em que quando se intervém terapêuticamente já é tarde.

No dizer de PAOLELLA (14), a evolução do instinto sexual não se pode desligar da influência social-ambiental. O que vale por dizer que os instintos sexuais são a matéria-prima modelada pela influência sócio-cultural. No entanto, se a influência ambiental «*latu sensu*», a psicodinâmica das relações inter-pessoais, o jogo da identificação-interiorização-socialização, fornecidas no decorrer do processo educacional, são aspectos cuja importância deve necessariamente reconhecer-se no processo de diferenciação psico-sexual, o certo é que, a exacta e verdadeira etiologia do transsexualismo é ainda desconhecida. Segundo Ethel Grophier (15), tão-sómente se sabe que este fenómeno pode ser reduzido a um núcleo de três possíveis factores etiológicos: Genéticos, neuroendócrinos e psicológicos (16).

Decorre, então, que a maioria dos especialistas nega-se a reconhecer seguras virtualidades à psicoterapia desta disfunção sexual, pois, invariavelmente, a adaptação e integração sociais revelam-se impossíveis, assim como se agudizam os conflitos com a família e se coarctam relações afectivas; pelo que, não raro, estes indivíduos recorrem, em «*ultima ratio*» à auto-mutilação e ao suicídio.

De facto, parece não existir técnica psicoterápica que cure um transsexual adulto — aí quando o processo de inversão psico-sexual está profundamente enraizado na personalidade do indivíduo — ou seja, terapia que o leve a aceitar o seu sexo anatómico (16-A). A solução plasma-se por tal em «obedecer» à vontade do transsexual, efectuando uma terapia hormonal, tratamento cosmético, cirurgia adequadora dos elementos sexuais externos à sua vivência psicológica e mudança legal de sexo, nos termos de assim o indivíduo se poder comportar social e sexualmente.

Contudo, poderá obtemperar-se dizendo que, paradoxalmente, o objectivo daquelas terapias é difícil de determinar, porquanto os transsexuais, não apresentam, regra geral, qualquer anomalia física — o que já não ocorre, bem entendido, com os hermafroditas e pseudo-hemafroditas.

Tais divergências de pontos de vista é que nos fazem entender a hesitação dos juristas no que concerne à compatibilidade de tais tratamentos com os conceitos indeterminados de ordem pública e bons costumes; ou, quando se questiona a eventual responsabilidade criminal dos médicos, na ilicitude civil e criminal destas intervenções, ou ainda do escopo curativo ou não do tratamento, sem esquecer os problemas que emergem da validade do consentimento dos transsexuais para a feitura de tais terapias.



IV — O juízo que se efectua sobre tais problemas é sempre, *prima facies*, dubitativo e aporético-problemático.

com efeito, topa-se hodiernamente que os progressos da biologia contendem frontalmente com certas «realidades fundamentais» que enunciam aquelas noções: pessoa, sexo, vida, morte. A ponto de os estertores de toda esta revolução de conhecimentos e de técnicas, revelarem uma biologia arrivista que parece colocar em perigo a liberdade e a dignidade do homem (17), compelindo-o, outrossim, a colocar com acuidade a questão da necessidade de «arejar» as ideias que tem acerca de si. Paralelamente, a evolução das técnicas aplicadas — ou aplicáveis — ao corpo dos indivíduos é filha de uma evolução dos costumes e mentalidades, tanto assim que numa sociedade que se deseja — dizem — mais «permissiva», este processo despoletou inoavelmente a possibilidade de se reivindicarem nados direitos e acólitas liberdades, no que tange o corpo das pessoas. Ora, estes direitos-liberdades entroncam — natural e conflituosamente — com certos valores e bens jurídicos há muito ancorados e santificados pelas normas jurídicas. Daí que a relação do indivíduo com o Poder esteja no centro das preocupações que brotam de possíveis manipulações do sexo (18). Se a condição do transsexual é explorada caricatural ou escandalosamente pela imprensa — aí onde é dispiciendo o carácter exibicionista e narcisista remunerado comercialmente no «night club» ou na «boite» — o destino do transsexual deve ser necessariamente aferido no enfoque de uma reflexão — sensível e irradiante — sobre o devir das liberdades e garantias individuais. Por isso, acaso se entenda que a liberdade individual, perspectivada numa das suas ideias mestras, seja a qualificação da relação que intercede entre cada indivíduo e o seu corpo, decerto que o síndrome transsexual é logo aí atinente ao direito de dispor do corpo, que se exterioriza mediante a reivindicação de uma cirurgia que desemboque, ao fim e ao resto, — isto é, tendo em conta que são necessárias várias cirurgias para se atingir tal desiderato — no reconhecimento legal-judicial da mudança de sexo. Mas decerto, também, que os arautos deste pensamento individualista ultra-liberal logo afirmariam o primado da autonomia da pessoa sobre a colectividade, resolvendo por aí a questão que nos move, posto que, justamente, ninguém teria legitimidade para se opor à pretensão do transsexual.

De resto, na vertente oposta, já se vê, situam-se aqueles que expurgam de tal cirurgia e superveniente reconhecimento judicial, proscrevendo o insano labéu da esfera normativa dos *bons costumes e ordem pública*. Bom, só que estes são os representantes de uma concepção integralista e unitária dos referidos conceitos. Mas, bem pelo contrário, a ordem pública não deve ser configurada como um sistema que vai referido a normas elaboradas e formalizadas, mas outrossim, como um conjunto de critérios e princípios jurídicos, públicos, privados, políticos, económicos e morais, «representando pelos superiores interesses da comunidade» (19) queridos e salvaguardados pelo Estado e Sociedade no âmbito de uma interessada prognose de prevalência. É natural, ainda, que aquela noção, conforme diz Vaz Serra (20), varie com o tempo, no sentido em que traduz a existência de modelos diferentes e alternativas de projectos sociais, definindo-se consoante as relações de força de um certo momento historicamente situado.

Topamos, assim, que é relevante e é bastante o que medeia entre aqueles que repudiam liminarmente a licitude da intervenção tendente à adequação de sexo e ulterior reconhecimento judicial, ao arriño de um certo entendimento do conceito de ordem pública, *bons costumes* (21) e sexo (22), e aqueles outros que privilegiam a absolutividade de um poder de autodeterminação, que se plasma no poder dispor livremente do próprio corpo, como que mitigando, amplo sensu, princípios e elementos que tendem a prevenir a substituição da forma social, mediante a realização de objectivos — v.g., o direito, expresso na maior potencialidade irradiante possível, ao reconhecimento judicial de que o indivíduo é do sexo oposto ao constante no assento de nascimento, necessitando este de ser rectificado — que, por tocarem franjas minoritárias de uma sociedade que se sente bem distante de um qualquer estado anómico, ampliam a base de apoio do sistema, toinando-o mais «atractivo», com o que chega à polemizada concepção do Direito como subsistência social de defesa do sistema global, mediante a célebre generalização congruente de expectativas e redução da complexidades, de que fala NIKLAS LHUMAN (23).

Mas, então, como resolver a aporia que irretectavelmente toca com os direitos, liberdades e garantias das minorias, quais novas Tribos de que fala MICHEL MAFFESOLI (24)? Diga-se, porém, desde já, que foi justamente a partir de um recurso interposto perante a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, por um transsexual alemão, em 1974, que, alegando a violação do art.º 3 da Convenção Europeia — porque colocado numa situação degradante e humilhante, em virtude da recusa das autoridades alemãs federais na atestação da mudança de nome e sexo constante do assento de nascimento — o art.º 8 — já porque isso afectava a sua vida privada — o governo se comprometeu a apresentar ao Bundestag um projecto de lei que normasse favoravelmente a «questão transsexual», do qual resultou a «Transsexuellengesetz, de 10 de Setembro de 1980, e que entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 1981 (25).

V — Talqualmente ocorre, segundo alguns, entre nós (26), na Itália, França, Alemanha, no dealbar da década de setenta, a condição dominante (28) quedava-se na ilicitude civil (29) e por vezes criminal (30) das modificações voluntárias ou — como diziam — arbitrárias dos órgãos da cópula.

Substancialmente, segundo esta imposição, ao médico-cirurgião seria tão-só lícito corrigir o sexo do hermafrodita verdadeiro e do pseudo-hermafrodita, na medida em que se tratasse de uma condição que visasse potenciar as características do «verdadeiro» sexo, que não já de uma intervenção que fizesse descotinar um simulacro de sexo, posto que fosse aparente, e por tal, inexistente e irrelevante, para o Direito, com o que, justamente, sempre se faria repriminar, para efeitos de não reconhecimento, o sexo «natural» do indivíduo (31). De resto, como informava STRAUSS (32) em 1970, uma Comissão Alemã-Federal (33) concluiu que existiam razões insuficientes para sujeitar os transsexuais a tratamento cirúrgico, pois cada operação sempre envolveria uma certa álea, não somente do ponto de vista externo-morfológico, mas particularmente no enfoque psicológico, tanto assim que a experiência desenvolvida no campo da cirurgia plástica mostrava, regra geral, resultados desapontadores. Relatava, igualmente, esta Comissão que nunca poderia verificar-se uma verdadeira conversão sexual, particularmente no enfoque da função reprodutora da espécie humana (!).

Nestes termos, interessante parece ser o caso Ricardo San Martín (34) de cujas alegações, nomeadamente as do «Fiscal de Camera» — leia-se Ministério Público — se retira a inexistência de suficientes razões científicas para a remoção de um pénis saudável de um indivíduo psiquicamente doente, pois tal desiderato não logra a ilicitude e censurabilidade do facto, que se plasma, para o «Fiscal de Camera» no preenchimento do tipo legal de crime conducente às ofensas corporais graves. Adrede, observa ainda que, sendo o acusado um médico, este não deverá destruir órgãos vitais de pessoas psiquicamente doentes, mas outrossim curar as suas mentes, além do que, a sua acção desafia as leis da natureza: o médico deveria saber que não poderia transformar um homem numa mulher, porquanto, por muito que avancem os progressos científicos, nunca aqueles poderão violar os segredos da natureza, isto é a procriação e a morte.

Decorre, por tal, do exposto que não é estranhável que em 1966, aquando do caso «Anonymous v. Weiner» a Commission of Public Health (35) tenha questionado dubitativamente a utilidade da mudança dos assentos de nascimentos e das leis no sentido de constituírem meios de terapia de indivíduos psiquicamente doentes, no seu processo de adaptação-normalização à sociedade. J. P. Holloway colocava, ademais, a questão de se dilucidar se indivíduos psiquicamente doentes teriam idoneidade para consentir o tratamento hormonal e ulteriores intervenções cirúrgicas; acabando louvavelmente por concluir, nesses idos tempos, que se deveria presumir «*iuris tantum*» a sanidade mental; logo presumir-se-ia que qualquer indivíduo estaria apto para entender a natureza e os efeitos dos seus contratos (36).

Mais ponderosos são, todavia, estoutros argumentos no sentido da rejeição liminar do reconhecimento legal-judicial da mudança voluntária de sexo.

Pois, se a transformação somática se não limita aos órgãos sexuais externos — mediante uma penectomia, na hipótese do transsexual macho — mas também engloba adequado tratamento hormonal, excluindo-se, por tal, que a pretensão de mudar legalmente de sexo se refira à hipótese de um registo erróneo do sexo masculino, no momento do nascimento, considerando-se, a mais disto, o interessado como pertencente ao sexo masculino, não só em virtude da ausência de órgãos sexuais femininos internos, mas igualmente por causa da presença de uma estrutura cromossómica que indica o sexo masculino, então, estando as coisas desta sorte, não deve ser admissível o reconhecimento de um sexo diverso daquele que resultou do acto de nascimento, pese embora se tenha paulatinamente criado na personalidade do indivíduo, por facto voluntário ou não, uma oposta realidade sexual, emersa no seu substrato psico-patológico.

Sendo assim, a presença de uma sexualidade psíquica invertida, não deve ser suficiente para atribuir o sexo, pelo qual a vida psíquica se orienta, sempre que esse sexo seja diferente daquele que foi atestado pelo Conservador do Registo Civil. Na verdade, 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 se tutelar a relação entre os dois sexos, maxime em sede de casamento, não se compingia com o averbamento da mudança de sexo na certidão de nascimento e a consequente mudança de nome, no Bilhete de Identidade, mais não seja porque a prevalente exigência de certeza no tráfico jurídico, salvaguardada na imputação de um e um só sexo, de acordo com a necessidade de desenvolver uma ordenada vida social, inspirada nos superiores ditames do interesse público, nunca poderá convir o Tribunal a deixar-se tomar por uma qualquer «pietas» em relação à demanda do transsexual, atribuindo reconhecimento a um facto voluntário de mudança de sexo, que sempre transportaria a inadmíssível facultade de livre determinação do sexo, consoante fosse a inclinação psíquica dos indivíduos.



É, por conseguinte, na base destes pressupostos que se logra concluir que somente a mudança dos caracteres sexuais somáticos que ocorra durante o desenvolvimento físico do indivíduo — conquanto se esteja na presença de caracteres sexuais cromossómicos e gonadaicos imperfeitos — é que poderá justificar a mudança da primária imputação do género sexual que, entretanto, se revelou errónea. Na verdade, só se poderá admitir a mudança de sexo nestas outras hipóteses: conquanto ocorra uma atestação errónea por vitude de uma originária ambiguidade sexual externa com o ulterior desenvolvimento e individualização de um sexo bem definido — e que será oposto àquele outro; e, no caso em que o sexo surja bem definido no momento do nascimento e, todavia, se revele ulteriormente, por evolução natural, de feição clara e individualizadamente o sexo oposto. De facto, parece líquido que se admita a mudança de sexo no pressuposto de que o cirurgião intente ajudar o desenvolvimento normal do verdadeiro sexo do indivíduo, corrigindo imperfeições ou eventuais equívocos e ambiguidades que decorram do sexo somático. É, então, óbvio negar relevância à mera aparência exterior criada artificialmente por força da intervenção cirúrgica voluntária — a qual revelaria a tutela jurídica da vontade e livre disponibilidade do transsexual no sentido de modificar os seus caracteres sexuais somáticos primários, que estão nele bem definidos e se acham naturalmente carecidos de ambiguidades ou imperfeições, como o mostra a regra geral. Falar de um direito à tutela do desenvolvimento da personalidade psíquica dos indivíduos ao arrepio da constituição somática não quadraria decerto ao carácter unitário da personalidade humana.

Cientificamente, os caracteres sexuais vão distinguidos entre os caracteres cromossómicos (37), gonadaicos (38), hormonais (39), genitais (40), anatómicos-secundários (41) e psicológico-sociais (42).

Vem isto para dizer que todos os caracteres sexuais são susceptíveis de mutação, ou pelo menos, passíveis de ser modificáveis, excepto o sexo cromossómico. Logo então, se dirá que, muito embora no mesmo sujeito se possam encontrar caracteres sexuais secundários de um e outro sexo, o certo é que, justamente, a distinção entre os dois sexos, decorre da natureza da organização sexual primária, especificamente diferenciável em função do papel que cada sexo desenvolve na reprodução. Bem se entende que é, nestes termos, impossível substituir, por acção humana, a organização sexual primária natural pela sua congénere oposta, no sentido em que, esta imodificabilidade substancial do sexo conduz a que a distinção entre os dois sexos se não possa fundar em condições criadas artificialmente, quais meras aparências contrastando com uma unívoca realidade natural coetânea com o nascimento (43). E, mesmo que se diga, para justificar uma solução favorável às pretensões do transsexual, que os ordenamentos jurídicos, na maioria dos sistemas de Direito, atribuem relevância à aparência, sempre se poderá replicar, observando que, se a relevância da aparência constitui uma derrogação ao princípio da certeza do direito, as normas que tutelam determinadas situações de aparência terão que revestir natureza taxativa. Logo, naquelas ordenamentos cuja legitimação interna não contempla semelhante reconhecimento legal-judicial, é concomitantemente vedado o recurso à «analogia legis», no sentido de considerar a situação do hermafrodita análoga à do transsexual, para daí se retirar a possibilidade de «rectificação» do sexo — agora no transsexual, pois, como vimos não há qualquer analogia substancial entre as hipóteses de hermafroditismo e transsexualismo. E igualmente, se se afirma que se deve adequar o sexo anagráfico ao sexo real do transsexual — de onde emerge a relevância do sexo psico-social — mesmo aí se poderá tolher tal inferência, esgrimindo com a possibilidade de se recorrer ao reconhecimento de um «tertius sexus» (44), com o qual se adequaria o estado de Direito ao «estado-de-facto», na medida em que, após a intervenção cirúrgica, o transsexual assemelhar-se-ia a um híbrido psico-somático.

De facto, a intervenção cirúrgica bem longe de determinar uma verdadeira transformação no sexo, provoca, outrossim, uma privação, no transsexual macho — de longe a hipótese maioritária — dos seus atributos sexuais externos masculinos, fornecendo-lhe, antes, um simulacro de órgãos genitais femininos. Mas há mais.

Se a intervenção cirúrgica, no transsexual macho, pode conduzir, de feição, a uma aparência de órgãos genitais femininos, a intervenção cirúrgica no transsexual fêmea, que implante um simulacro de pénis (45), nunca dotará o sujeito com órgãos genitais masculinos (46), pois, nem com a construção de um neo-escroto e a aplicação de um pénis postíco, lograremos estar perante um «aparato» genital masculino, susceptível de qualificar o sujeito como pertencente ao sexo masculino, na ulterior vida em sociedade. Ora, sempre se topará aqui uma disparidade de tratamento entre a «*factis specie*» transsexual macho versus transsexual fêmea, e a consequente violação do princípio da igualdade. Com efeito, até se poderá observar que, nunca se realizará uma verdadeira e real mudança de sexo: a persistência de próstata e de vesículas seminais, no transsexual macho, impede que se fale em órgãos sexuais masculinos ou femininos; a ambiguidade agrava-se. Afinal, triste ironia que se depara: quedamo-nos face a sujeitos mais anormais do que no início (47); «Io sono un uomo castrado, non una femina» (48) — afirmação que desnuda a dificuldade de estes indivíduos se inserirem no contexto social, já porque, v.g., transportam o

sempre particular receio de serem ulteriormente rejeitados pelos seus «partners».

Por outro lado, sempre se poderá constatar uma anti-socialidade específica do transsexual, projectada numa sempre previsível violação de bens jurídico-criminais — v.g. falsificação de documentos de identidade, tentativa de auto-mutilação, participação em rixas, injúrias, difamação — e a negativa valoração jurídica que, à luz de vários ordenamentos jurídicos, pode atribuir-se à intervenção cirúrgica (49) modificadora dos caracteres sexuais externos.

Enfim, sempre se poderá afirmar que a evolução psico-sexual do transsexual não é fisiológica, mas sim patológica ou, pelo menos, «desviada» daquela que corresponde a um desenvolvimento normal, nunca podendo, pois, este estado de coisas despoletar qualquer laxismo por parte do Direito, em termos de este vir a servir, ao fim e ao resto, como terapia reconstrutiva de uma identificação. Pode-se, sim, adoptar, uma profilaxia que vise estabilizar psicologicamente o sexo originário, a partir dos primeiros anos de vida do indivíduo, por forma a impedir que tal perversão se volva num estado irreversível.

Mas, os arautos da tese em análise logram descarnar outros estigmas.

Vale isto dizer que, a alteração artificial dos caracteres sexuais tratando-se de hipóteses de transsexualismo, podem determinar graves implicações numa sociedade, na qual a diversidade do sexo, corresponde a uma individualização polarizada de deveres e comportamentos. De resto, esta mudança artificial do sexo, sempre perturbará a ordem natural da sociedade familiar (50), de modo bem diverso do que faz o divórcio, pois neste enfoque pode existir uma sucessão de grupos familiares em que se respeitam os «papéis» de cada cônjuge — ou concubino.

A mais disto, se é irrazoável contemplar a possibilidade de um sujeito com mulher e filhos se transformar... em mulher, «*non ope naturae, sed artis*», na medida em que sempre se operará uma mudança artificial, ou uma «castração cirúrgica», um dos cônjuges altera e inverte o seu papel sexual natural, determinando um desequilíbrio e ambiguidade nos sujeitos que coenvolvem o poder paternal e um prejuízo irreparável na educação dos filhos. Ora, uma normal vida conjugal, já se topa, é impedida por tais intervenções médico-cirúrgicas, que, além de eliminarem a capacidade para cópula, na maioria dos casos, tolhem a capacidade de procriação, pois não conferem ao sujeito — antes retiram — os órgãos necessários para desenvolver com o outro cônjuge a função de cópula e reprodução. Relevante é ainda o facto de assim se criar mais uma causa de dissolução do matrimónio, que se vem juntar ao divórcio e lhe altera a harmonia interna, pois este é concebido na maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais como remédio extremo de situações objectivas e irreversíveis (51). Não deve ser, por isso, curial, segundo esta vertente, conceder a um sujeito a faculdade de legalmente pôr em causa um matrimónio, isto é, torná-lo «nulo» — ou como entre nós se diz, inexistente supervenientemente (52) — por facto voluntário e nunca contemporâneo ao momento do casamento, lesando-se assim os princípios constitucionais do instituto matrimonial e o respeito da pessoa do outro cônjuge (53). Além do que, sendo o matrimónio inválido, após o reconhecimento legal-judicial da mudança de sexo, parece que se está a potenciar uma nova invalidade, pois os terceiros de sexo anagráfico oposto ao transsexual, facilmente poderão ver a sua vontade viciada, conquanto contraíam matrimónio com um sujeito que em tempos já possuiu o mesmo sexo anagráfico (54).

No fundo, para esta tese, se a liberdade natural do indivíduo tem os limites que se assinalam na disciplina do aparelho coercitivo a ele exógeno, o qual visa a garantia de uma ordenada convivência social, assegurada pela certeza e segurança que o Direito deve revestir — mas sempre com a outra face de Jano perscrutando a justiça num mundo de homens — o fenómeno transsexual deve apreender-se sem a chama que aviva as emoções e as lutas justicialistas, pois é marginal e incapaz de, *per se*, modificar os fundamentos normativos que regulam a certeza das relações jurídicas.

(Continua no próximo número)

(1) Acórdão da Rel. de Lisboa de 17/1/84, in Col. Jur., 1984, t.I.p. 109.

(2) OVIDIO, «Metamorfose»

(3) R. Green, «*Mitological, historical and cross cultural aspect*», in H. Benjamin, «*The transsexual phenomenon*, N.Y., 1966, Appendix, p. 172.

(4) Veja-se a recente lei dinamarquesa que concede certos direitos sucessórios ao companheiro (a) homossexual do «*de cuius*», verificadas certas condições de concubinato duradouro.

(5) «*L'ambigüité du droit face au syndrome transsexuel*», in Revue Trim. Droit Civil, 1976, p. 265.

(6) «*Les professions médicales et paramédicales dans le marché commun*» Lancier, 1971, p. 433.

(7) Jacqueline Petit, opus cit. p. 266.

(8) C.f.r. porém Ferrio, «*Trattato di psichiatria clinica e forense*, II Torino, 1970, p. 1.647, onde se refere que os transsexuais são indivíduos afectados pelo





síndrome de Klinefelter, ou como observou Kraft-Ebing, tratar-se-ia de um síndrome de «Metamorfose sexual paranoica», in «Psychopathia sexualis», Ed. Schar Milano, 1931; todavia, Ferrio parece querer referir-se à transexualidade como anomalia cromossómica-somática, caracterizada por um hipogonadismo de origem testicular, atrofia testicular, ausência de pilosidade torácica — tratando-se de indivíduo do sexo masculino — pilosidade pubiana triangular de tipo feminino, aberração cromossómica sexual de tipo XXY. Ora, se é certo que esta sintomatologia pode originar o fenómeno transexual, não é menos certo que este reducionismo explicativo não capta a realidade psíquica de tal afectação, tanto mais ainda que os transexuais não padecem, regra geral de qualquer anomalia nos caracteres sexuais externos. C.f.r. «Manual de Endocrinologia», J. Hazard L. Perlemuter Toray — Masson, S.A., Barcelona, 1981, vol. II, 1.395, segs. (Tradução espanhola).

(9) Mesmó que se confunda com a 1.ª fase comportamental do transexual: Cfr. J. Desmarez, «Manuel de medicine legale à l'usage des juristes», Presse Universités de Bruxelles, 1967, p. 426.

(9-A) Cfr. ALLEN GOMES, F., «Os problemas sexuais na prática clínica», in Psiquiatria Clínica, 2 (3), pág. 192, 1981, o qual entende por desvio e variação do comportamento sexual, «toda a prática sexual em que o indivíduo, apesar de obter intensa gratificação, apresenta simultaneamente sofrimento psicológico, por ela entrar em conflito com o seu sistema de valores ou da sociedade em que está inserido».

(10) Cfr. DON, A.M., «Transvestism and transexualism. A report of 4 cases and problems associated with their management», South African Medicine Journal, 1963, p. 475; ALBY, J.M., «Le transexualisme», Revue neuropsych. inf., VII, 1965, p. 172 (Vide ainda, infra nota 47); PAULY, I.B., «Malepsychosexual inversion: transexualism, a review of 100 cases», Arch. Gen. Psych., XIII, 1965, p. 172.

(10-A) ALLEN GOMES, idem, ibidem.

(11) ACCARD, J., BRETON, J., CHARBANT, J., HIVERT, P., «Problèmes médico-legaux et déontologiques de l'hermaphroditisme et transexualisme», Relatoire XXXII, Congr. Intern. Med. Legaux, Génova 7-11 Mai, 1965, in Med. Leg. Ass. XVII, 1965, p. 47, apud CARUSSO, A., «Il cambiamento di sesso: orientamenti giurisprudenziali e dottrinali», in Il Diritto di Famiglia e delle Persone, 1978, p. 689.

(12) AUBERT, J., citado por CELESTI, R., «Il problema medico-legale della schizosessualità», Med. Leg. Ass., VI, 1968, p. 173; ibidem, XVII, 1969, p. 175.

(13) «Examen Psychiatric du transexuel», Cahiers de Sexologie Clinique, 4, 1978, p. 41-45.

(14) «Sulla diagnosi di sesso: aspetti medico-legali», in Giur. Penale, 1.ª parte, 1971, p. 228.

(15) «Le Corp Humain et les actes juridiques en droit Canadien», in Le Corp Humain et le Droit — Travaux de L'association Henry Capitant, Tomo XXVI, 1975, p. 206.

(16) ALLEN GOMES, ob. cit., pág. 198-199, mostra-se adverso a propostas de explicação que passem por uma teoria da aprendizagem, a não ser que se aceite o mecanismo descrito Supra, pois, a experiência clínica que até ao momento possui (2 casos) revela-lhe que, em nenhum dos casos estudados, a influência dos pais e familiares foi sequer relevante, na medida em que, opostamente, se estabeleceu, desde muito cedo, um conflito entre a criança e a família, posto que esta não aceitou o comportamento das crianças em causa. Não houve, pois qualquer tipo de aprendizagem traduzida em imitação ou modulação.

(16-A) Assim é que, no dizer de JAN WALINDER, «A Social-psychiatric follow-up study of 24 sex-reassigned transexuals», Report from the Psychiatric Research Centre, St. Jorgen's Hospital, University of Gotemborg, Sweden — 10, 1975, pág. 1-3 e 20-23 (Tradução inglesa), a maioria dos autores concorda com o facto de que, quando o síndrome transexual já está profundamente enraizado, tendo o indivíduo já ultrapassado a puberdade, a Identidade do Género é, então, af irreversível. Ademais, é igualmente certo que, o transexual — masculino ou feminino — nunca aceita de bom grado qualquer forma de tratamento no sentido de modificar a já experimentada e sentida «identidade do género». Neste sentido, os esforços que intentem fornecer uma efectiva ajuda a estes indivíduos, concentram-se, cada vez mais, no objectivo de atingir a harmonia entre, por um lado, a convicção de ser um indivíduo do sexo oposto e, por outro lado, a aparência morfológica-externa e estatuto sócio-legal.

No estudo de Jan Walinder, conclui-se, no que tange ao ponto de vista social-psiquiátrico do autor que ocorreram 11 casos bastantes satisfatórios, 7 satisfatórios, 3 menos satisfatórios, 1 caso que resultou num completo insucesso, 1 suicídio, 1 caso considerado perdido para o estudo em questão. Para o aspecto médico do problema, vide por todos, STEINER, Betty W., «Gender Disphoria» New York, cop. 1985.

(17) Para a influência da biologia e da medicina moderna no direito civil, vide NERSON, R. Revue Trim. Droit Civil, 1970, p. 231, e PACKARD, VANCE, «L'home remodelé», Calmann-Liny, 1978.

(18) Como salienta François SARDA, os novos poderes sobre a vida questionam e problematizam todos os poderes, «Les libertés publiques, P.U.F., tomo II, p. 89, Apud SERGE REGOURD, «Les droits de l'homme devant les manipulations de la vie et de la mort», Revue de Droit Public, 1981, p. 403.

(19) C.f.r. GALVÃO TELLES, Direito das Obrigações, p. 36, 4.ª Edição, 1982.

(20) Bol. Min. Just., n.º 54, p. 135.

(21) A boa interpretação do conceito de bons costumes, capta-o como referido unicamente ao conjunto de regras éticas — que não morais — aceites pelas pessoas honestas, correctas e de boa-fé, num dado ambiente e em certo momento, ou seja, quer essas pessoas transpirem espíritos conservadores, ou procedam com um espírito leal e desinteressado por forma a experimentarem na organização social esquemas dos quais possam emergir modificações radicais: C.f.r. a este propósito MOTA PINTO, «Teoria Geral do Direito Civil», 2.ª edição, p. 550; VAZ SERRA, Bol. Min. Just., n.º 74, p. 176.

(22) Dando prevalência, como veremos adiante, ao sexo cromossómico à morfologia sexual externa, e concomitantemente, à sua imutabilidade e imprescindibilidade.

(23) «Legitimation durch Verfahren», 1969, p. 16 segs.

(24) «La connaissance ordinaire», 1985.

(25) SERGE REGOURD, cit. pap. 434, nota n.º 103

(27) Vide o art.º 81.º do Estatuto da Ordem dos Médicos, aprovado pelo DL n.º 40651 de 21 de Junho de 1956, inalterado em vigor até ao dia 1.º de Maio de 1980, e o novo estatuto aprovado pelo DL 282/77 de 5 de Julho, que proíbe a prática de actos que conduzam à esterilização, enquanto acto médico, excepto quando a conservação da vida o imponha; e os arts. 54.º/1 e 55.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, nos termos do qual é vedada a mudança de sexo em pessoas morfológicamente normais.

(28) Salvo os casos da Noruega, Suíça, Dinamarca, que já desde os anos trinta prevêm normativos disciplinares da esterilização e castração voluntária: Cfr. JACQUELINE PETIT, opus cit. p. 273.

(29) Como o previa a hipótese legal do art.º 5.º do Codice Civile Italiano que proíbe os actos de disposição do próprio corpo, sempre que conduzissem a uma diminuição permanente da integridade física ou fossem contrários à lei, ordem pública e bons costumes.

(30) Ao arrimo v.g., de normativos, como o era o art. 336.º do Código Penal português de 1984.

(31) PALMIERI, «Sesso (diagnosi e mutamentó di)», in Novissimo Digesto Italiano, XVII, Torino, p. 226 segs.

(32) STRAUSS, S.A., «Transexualism and the law», in The Comparative and International Journal of Southern Africa, 1970, p. 350.

(33) A «Gezondheidsraad: Rapport betreffende Plastisch-chirurgische Gestachstransformatie», 1965.

(34) South African Law Journal, 1967, p. 217.

(35) Bul. N.Y. Academy of Medicine, 1966, p. 721, 723-724; Apud HOLLO-WAY, John P., «Transexualism: some further considerations», The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, 1972, p. 80, nota 48:

(36) Como veremos, porém, esta questão não tem hoje sentido, pois, a tutela a existir, do direito ao reconhecimento legal-judicial da mudança voluntária de sexo não passa pela aferição dos pressupostos, natureza e efeitos privatísticos da contratação que sempre intercorre entre o transexual e o cirurgião, pese embora sempre se deva exigir o consentimento do transexual maior de 18 anos e a presença de uma suficiente estabilidade psicológica do indivíduo em causa para a consecução daquilo que John Money designa por «terapia de reabilitação»; C.f.r. ALLEN GOMES, Francisco, in Psiquiatria Clínica, 2 (3), p. 199, 1981; MO-NEY, John e MUSAPH, H., «Handbook of sexology», Excerpta Medica, Amsterdam, 1977.

(37) O sexo cromossómico é constituído pelo património cromossómico das células do corpo humano, formadas no momento da concepção, do qual fazem parte 22 cromossomas que são comuns aos dois sexos, e dois cromossomas que diferem de sexo para sexo: no núcleo da célula feminina encontram-se, assim dois cromossomas semelhantes definidos com o símbolo XX, ao passo que na célula masculina se perscruta a presença do cromossoma feminino X e de um outro mais reduzido, designado por Y. Daí que o sexo feminino e masculino apresentem os seguintes cariotipos:

1) Feminino — 44 + XX 2) Masculino — 44 + XY

Como já assinalámos podem ocorrer anomalias cromossómicas que originam o síndrome de Klinefelter (cromossom sexual XXY) e estoutro síndrome de Turner, parecendo tratar-se de hipóteses que pouco parecem estar atinentes com a posterior vida psíquica do indivíduo no processo de interiorização-identificação do síndrome transexual, porquanto este topa-se, regra geral em indivíduos desprovidos de qualquer malformação orgânica.

(38) Constituídos pelos testículos ou ovários.

(39) Determinado pela actividade endócrina estimulada pela hipótese.

(40) Pénis e Vulva, como caracteres mais relevantes, muito embora existam outros: v.g. o escroto, o clítoris.

(41) Os quais compreendem o diferente desenvolvimento pélvico, piloso, etc.

(42) Estoutros definidos como caracteres sexuais terciários, que são o produto de vivências interiores do indivíduo, reflexo da forma como é identificado no círculo exterior de contactos, os quais no mais, condicionam a orientação do líbido perante o sexo oposto e demais manifestações sexuais: instinto maternal, na mulher, impulsos de agressividade e conquista, ...; C.F.R. BONIFACIO, Aldo e MALLANINO, Salvatore, «MUTamento di sesso e caratteri dominanti», Giurisprudenza Italiana, 1983, p. 665 seg.

(43) E a conclusão é então sempre idêntica: «... l'aspirazione del quale ad essere socialmente considerato como appartenente ad un sesso diverso da quello reale, se pure comprensibile sul piano umano, non può trovare protezione giuridica», Sent. Trib. Cas. de 7 de Abril. de 1975, in Foro Italiano, 1975, 1.ª parte, pág. 1687.

(44) Como propõe Ethel Gropier, ob. cit., pág.

(45) Faloplastia, vulgo, implantação de pénis postico.

(46) Cfr., porém, SCAFASSI, S., La Chirurgia plastica dei genitali» Torino, 1972 e KAPLAN/WESSER, «A rapid method for constructing a functional sensitive penis», in British Journal of Plastic Surgery, XXIV, 1971, p. 342, estes últimos defendendo que a técnica por eles utilizada pode servir para converter o transexual fêmea em «macho», conquanto, entre outras «nuances», se utilizem os lábios menores para reconstruir a uretra.

(47) CARUSO, «Il cambiamento di sesso», in Il Diritto di Famiglia e delle Persone, 1978, p. 706.

(48) CARUSO, opus, cit. p. 707.

(49) V.G. art. 146.º Cod. Pen. Port., art. 280.º/2 Cod. Civ. Port., art. 552.º e 282.º Cod. Pen. Itali. na interpretação anterior à lei de 14 de Abril de 1983, art. 5.º do Codice Civile Ital., arts. 316.º e 325.º do Cod. Pen. Francês, ...

(50) Pensa-se, aqui, nas hipóteses em que o transexual é casado ou tem filhos.

(51) COELHO, P., «Curso de Direito da Família», Coimbra, 1986, p. 551-552.

(52) COELHO, P., opus cit., p. 174.

(53) Pois, não se tratando daquelas hipóteses previstas, v.g. no art.º 1636.º do Cod. Civ. Port., em que o motivo da anulabilidade é anterior ou coincidente ao casamento, ou daquelas que regem os impedimentos ao casamento, a violação do dever de respeito e eventualidade de coabitação — art.º 1672.º do Cod. Civ. Port. — parece ser potenciada ope legis, acaso se permita a intervenção cirúrgica e ulterior reconhecimento legal-judicial da mudança operada neste último caso, o casamento se volve logo af, entre nos inexistente, na hipótese, mantendo-se obviamente os laços conjugais, há-de ser, licito, para os cônjuges, isto é, o ofendido, possá despoletar uma das vias tendentes à extinção do casamento: o divórcio, ou a separação judicial de pessoas e bens.

TRIBUNA da *Justiça*

Director e proprietário: RICARDO ANTÓNIO DA VELHA
Juiz Desembargador

PUBLICAÇÃO MENSAL ISSN 0870-8878

Editorial

Quarto ano de vida de "Tribuna da Justiça"

Com o seu número 37 "Tribuna da Justiça" entra no quarto ano de publicação, testemunhando um esforço continuado para dotar os juristas portugueses de um órgão de comunicação que seja um elo entre eles e sirva o combate pelo progresso do Direito, como fenómeno cultural, e das instituições judiciárias ao serviço da Justiça e do Homem na realização dos seus direitos fundamentais e na afirmação da dignidade da sua condição.

Muitas dificuldades têm sido vencidas, muitas incompreensões têm sido enfrentadas, muitas promessas não cumpridas têm sido ouvidas ao navegarmos neste mar proceloso, onde sentimentos contraditórios, quantas vezes mesquinhos, são barreiras a transpor na edificação de uma obra — que muitos continuam a fazer que ignoram — que a coragem e teimosia têm permitido prosseguir com a ajuda essencial de alguns bons companheiros — menos do que seria de esperar, mas melhores do que seria de exigir — que têm mais que compensado as defecções e aos quais aqui agradecemos emocionadamente a sua prestimosa e efectiva colaboração, confiantes de que podemos continuar a merecê-la, para podermos assegurar uma tribuna independente aos juristas portugueses responsáveis, sem teias de aranha nos seus horizontes mentais.

RICARDO VELHA

Normas meramente reprodutivas

Pág. 4 seg.

Reservado o Direito de Admissão

Pág. 6 seg.

Transexualidade

Pág. 10 seg.

**Interesses Difusos. Legitimação
Substantiva. Legitimidade**

Pág. 16 seg.

Competência (art.ºs. 4.º, no 1, e 7.º DL 328/86, 204.º a 208.º do Decreto n.º 61 / 70 e Portaria 768 / 74, de 31 de Dezembro).

(11) (A. Varela, Das obrigações em Geral, Vol. I, 5.ª ed., pág. 90).

(12) (Vide, por ex. às questões suscitadas na execução do direito à reintegração obtida pelo trabalhador à acção emergente do contrato de trabalho, onde essa reintegração não se efectiva dado o conflito existente entre a pretensão do credor ao trabalho e o devedor do trabalho — o proprietário do local e dos instrumentos de trabalho. Claro que o facto de não reintegrar o trabalhador não exime o empregador de pagar as retribuições devidas e, quiçá, da responsabilidade por danos não patrimoniais).

(13) Por todos vidé Estudo de Calvão da Silva, B.M.J., 359-39.

(14) De CUPIS, citado por Orlando de Carvalho, Teoria Geral da Relação Jurídica, pág. 36.

(15) Os direitos de personalidade, no dizer de Jacinto Rodrigues Bastos, em Notas ao Código Civil, vol I, 1987, pontos 3 e 5, são direitos subjectivos absolutos, que têm por fim tutelar a integridade física e moral do indivíduo, impondo a todos os componentes da Sociedade o dever negativo de se absterem de praticar actos que ofendam a

personalidade alheia. A nossa personalidade moral é constituída pelos nossos sentimentos, a nossa honra, a nossa reputação e goza de protecção legal semelhante à que a lei concede à personalidade física.

(16) As pessoas são, não apenas os destinatários, mas decisivamente sujeitos também do próprio Direito. Isto quer dizer que nós não somos apenas os sujeitos titulares de particulares direitos (os direitos subjectivos), nós somos os sujeitos do direito puro e simplesmente, do direito em si mesmo — Castanheira Nêves, Curso de Introdução ao Estudo do Direito, lições polic., 1971 / 72, Pág. 35.

(17) Ob. cit. pág. 39.

(18) Mari o Bigotte Chorão, em Enciclopédia Poliss, da Sociedade e do Estudo, vol. 2, pág. 295 — O Direito supõe relações sociais: Só existe onde houver vida social: ubi jus, ibi societas. A sociedade é, pois, da essência da ordem jurídica, realidade intrinsecamente relacional. Nela estão em jogo acções ou coisas exteriores (exterioridade) susceptíveis de ser exigidas por uma pessoa a outra e de constituir objectivo de um dever estrito importante por lei. (debitum legale) inclusivé sob coação.

Transsexualidade: o reconhecimento judicial da mudança de sexo e o direito português. Alguns problemas

JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES

— Aluno do 5.º Ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

VI — No que toca à a tese que propugna o acolhimento do reconhecimento legal-judicial da adequação dos caracteres sexuais externos, parte-se da inferência de que, para determinar o sexo dos indivíduos, é necessário examinar a sua posição, já no enfoque dos seus caracteres sexuais somáticos, já igualmente de acordo com a personalidade e a vida psíquica do indivíduo. Assim, se não existir regulamentação — acaso não se entenda, como é curial, que se opera uma interpretação analógica — que verse sobre esta questão, a qual se caracteriza por uma diversidade existente entre a situação atestada no momento do nascimento e a realidade adveniente, ou no decorrer da futura vida de relação do indivíduo — que não por força de um erro cometido na determinação do sexo aquando do nascimento — afigura-se indubitável o recurso ao princípio geral segundo o qual cada indivíduo tem o direito de ver reconhecida a sua verdadeira identidade e concomitantemente o reconhecimento do sexo, conforme a sua personalidade.

De facto, a aparência sexual externa não deve ser a única circunstância de que dependa a atribuição do sexo legal (55), pois, com esta vertente externa há-de concorrer o elemento psicológico e social — aí onde o primeiro verifique o segundo. De guisa que, face a caracteres somáticos atinentes a ambos os sexos, há-de ser acentuada a componente psicológico-social, que é sempre unidireccional, numa situação de estabilidade e normalidade afectivo-emocional, ou no sentido da masculinidade ou feminilidade, no âmbito de um juízo global acerca da personalidade bio-psico-somática. Conceda-se que, é óbvio, segundo a «natura rerum» que nunca a estirpação de um pénis e de um escroto seguida de «reconstrução» de órgãos sexuais femininos, podem atribuir ao indivíduo, com segurança, a pertinência ao sexo feminino. A via de escape a esta pré-compreensão é estoutra: deve-se, sim, recorrer à consideração global da personalidade do indivíduo, à síntese de todos os elementos que concorrem na determinação do sexo, dando-lhes a fisionomia que, no momento, lhe é própria.

É nem se diga que o sexo atribuído no momento de nascimento é imutável e imprescritível — agora as hipóteses de hermafroditismo e pseudo hermafroditismo, que para muitos ainda constituem as únicas excepções ao que vai dito. Bem pelo contrário, a circunstância de que a adequação dos caracteres sexuais externos, não está prevista na disciplina dos actos de atestação (averbamento, transcrição, inscrição, rectificação) do estado das pessoas, não assume decisivo relevo em favor da tese que vai criticada, pois, desta sorte, não haverá uma enumeração taxativa, na medida em que a situação em análise nunca se reconduz às *fatis species* formuladas nas leis civis (56). Mas, bem vistas as coisas, o apelo à exigência de segurança e certeza no tráfico jurídico, não é, nesta sede, pertinente, posto que a função certificativa dos actos do estado das pessoas nunca é posta em causa quando se pede ao tribunal para declarar que o indivíduo tem sexo diferente do que consta do registo e em consequência — art. 299.º/3 Cod. Reg. Civ. Port. — a rectificação por averbamento — idem, art. 86.º/1/n — do assento de nascimento em relação ao sexo e ao nome do registado

(Continuação do número anterior)

(57), porquanto, se certeza significa estabilidade no tempo das relações jurídicas, aí onde o sexo seja juridicamente relevante — v.g. serviço militar obrigatório, disposição testamentária a favor do sobrinho do «de cuius», que ao tempo da morte ainda era homem, acesso a sanitários públicos... — a perspectiva criticada revela-se tautológica: onde está a certeza da imputação perene do sexo; se no processo de maturação sexual, ocorrido na puberdade, o indivíduo venha a desenvolver características que o fazem actuar e parecer, na vida de relação, ao homem médio colocado em idêntico estrato sociológico, como se de um indivíduo do sexo oposto se tratasse? Indubitável é que a exigência de veracidade do conteúdo dos actos de atestação do estado das pessoas vai melhor consecutida mediante uma rectificação que assegure a coincidência, dentro dos limites acima expostos, (59) entre o sexo «actualizado» do sujeito — modelado pela componente sexual psíquico-social, que já desde os fins dos anos sessenta, e mesmo antes (CARNELUTTI, «Rectificazione del sesso», in Rivista Diritto Processuale, 1962, p. 492), vem acentuada pelos autores — e o sexo legal imputado no acto de nascimento, que se quer agora adaptar à realidade. Quanto à definitividade e imutabilidade do sexo, decorrente do acto de inscrição-atestação na certidão de nascimento — a qual seria sempre um escolho à admissibilidade da modificação legal do sexo sempre que se verificasse uma adequação voluntária — convenha-se, desde já, que a doutrina, hoje, já não arrima maioritariamente pela posição que atribui e reconhece um valor absoluto ao acto de inscrição do sexo, aquando do nascimento. Antes imputa a esta inscrição do estado do indivíduo (60) simples valor probatório, considerando, portanto, o sexo oficial, não como revestindo características de imutabilidade, antes o perspectivando como realidade jurídica objectiva-actualista, que contém tão só uma presunção relativa. Daí que, na presença da prova em contrário, se deva proceder à modificação das indicações anagráficas (sexo anagráfico), porquanto o ordenamento jurídico não pode ser insensível a uma superveniente modificação ou alteração da personalidade sexual do indivíduo (61).

Ademais, deve sempre dizer-se que, a decisão de o transsexual se submeter a intervenção cirúrgica «adequadora», assume um preciso escopo terapêutico, tanto mais quanto se proclama a falácia da argumentação que sustenta a tese contrária: tratar-se-ia de um capricho o que desembocava na adequação dos caracteres sexuais externos. Na verdade esta adequação intenta uma finalidade diametralmente oposta — que nunca deve ser expressão de uma livre e arbitrária potestas do indivíduo, como veremos — que se traduz e é consequência de uma terapia conducente à intervenção cirúrgica, que mais não visa do que tutelar uma tendência natural, que não expressão de qualquer «moda», conciliando a realidade psico-social — daquele indivíduo que possui os caracteres, ou alguns caracteres sexuais, maxime secundários e terciários, do sexo oposto, ao do seu assento de nascimento, assim se comportando e actuando na vida de relação — com a «aparência»

jurídica da documentação, por forma a adequar o sexo legal ao seu sexo real (assim se evitando, bastas vezes, consequências negativas para a vida e saúde destes indivíduos, v.g., depressão, automutilação, suicídio). O grande erro que se comete, reside em pensar que o sexo se não modifica ou evolui, ao se enveredar continuamente pela adopção de um critério morfológico externo, quando se inscreve o sexo do recém-nascido, ou quando se realiza, v.g., um exame cromossómico. E então, perante uma situação de ambiguidade sexual tudo se reconduz à noção de impotência (62). Ora, se se diz que A, do sexo masculino, é totalmente impotente, não é menos verdade que A, possa na realidade ser e sentir-se mulher, porquanto poderão ter tido lugar modificações que, muito embora por influência de um só dos múltiplos caracteres sexuais — o carácter psicológico-social, que é um carácter, como se diz tradicionalmente, terciário — conduzam à gradual situação de impotência. E, não obstante, o sujeito em questão continuará a ser legalmente um homem, pois um simples exame ao sexo cromossómico, isso o atestará.

Vale isto por dizer que se, v.g., nos casos de pseudo-hermafroditismo masculino e hermafroditismo se admite a rectificação do sexo (63), pois acaso haja erro que se deva rectificar, de acordo com os parâmetros referidos *infra*, este é sempre coetâneo e irá, sempre referido ao momento do nascimento, já não parece, pelo contrário curial sancionar assim as hipóteses de transsexualismo. Para os adeptos da tese contrária, os transsexuais devem ver impedido o direito de reconhecerem o seu actual e real sexo, somente porque o seu sexo cromossómico não se adequa à sua aparência externa. Ora, isto significa uma violação do princípio da igualdade.

Do que vem de dizer-se, pode agora facilmente intuir-se a cada vez maior importância que se vem de atribuir ao sexo psicológico — que guia a orientação sexual psíquica do indivíduo — e social (que tutela o comportamento do indivíduo no «*approach*» social). Se até há alguns anos atrás se poderia proclamar impunemente uma concepção de sexo que, para além de estática, estava adstrita unicamente à finalidade reprodutora da espécie humana, onde a distinção entre sexo masculino e feminino se fundava na sua diferenciação no acto de reprodução, hoje admite-se e impõe-se que a definição da identidade sexual seja mutável, de guisa que se assuma uma concepção de sexo como elemento complexo da personalidade, determinado por um conjunto integrado de factores: património cromossómico, caracteres sexuais primários e secundários, a orientação psicológica e o comportamento social. De facto, todos estes elementos variam com o tempo. São condicionados por factores ambientais, familiares e sociais. Daí que a intervenção cirúrgica intente assegurar, em concreto, o real sexo do sujeito, sem que, contudo, fiquemos vinculados ao supremo axioma de que o sexo é fornecido unicamente pelo património cromossómico e tolhidos pela pré-compreensão que afirma que se não deve intervir cirurgicamente sobre os órgãos genitais externos no sentido de os modificar (65).

Se o sexo psicológico-social, regra geral se harmoniza com o sexo morfológico, aquele poderá vir a desenvolver-se em evidente contraste com este último. Sendo assim, se quando os caracteres somáticos primários contrariam notoriamente os caracteres psicológico-sociais, não é possível reconhecer legalmente o sexo, tão somente com base na orientação psico-social (65), já a inversa não deve valer. Nas hipóteses em que os caracteres sexuais se transformam mediante adequados tratamentos cirúrgicos e hormonais, que os harmonizam e pacificam com a personalidade psico-social-sexual, a solução favorável à mudança de sexo apenas tutela a prevalência das tendências psíquicas do indivíduo e o princípio geral do direito, segundo o qual cada um tem o direito a ver atribuído o sexo de acordo com a sua personalidade. Pois, se a orientação psico-sexual é normalmente o correlato dos caracteres físicos, pode, justamente, ocorrer um estabelecimento definitivo da personalidade sexual que antagonize por completo o diagnóstico sexual realizado no momento do nascimento — tanto mais que este é efectuado ao arrimo de uma caracteriologia morfológica-externa. De certo, então, que nada deverá obstaculizar a que o — ou um novo — diagnóstico do sexo se efectue somente quando presumivelmente — isto é, no fim da adolescência — se estabilize o quadro dos elementos que concorrem para a global determinação do sexo e Identidade do Género — seja biológica ou psicologicamente (66).

Vale, pois, isto por concluir que, reside, justamente, no apelo lançado pelo princípio do livre desenvolvimento da personalidade humana, no seu ser e devir (67), integrado pelo respeito da dignidade da pessoa humana, o facto de urgir reconhecer juridicamente a tutela plasmada no reconhecimento legal-judicial da adequação dos caracteres sexuais externos, no transexual operado, ao sexo real do indivíduo — a qual mais não é do que a prova de que o direito à identidade pessoal (como veremos, na sub-espécie identidade sexual), o direito ao nome e o direito à saúde, não são direitos fundamentais claudicantes ou precários, tendo outros sim uma idoneidade normativa «irradiante» que em muito deve extravasar o seu núcleo essencial.

VII — É possível, na literatura comparada, constatar a existência de inúmeras intervenções legislativas tendentes a normar o problema do reconhecimento legal-judicial da adequação dos caracteres sexuais externos, nos casos de transsexualismo — isto, é, no vulgo, a mudança

de sexo — ou, pelo menos, a licitude da intervenção cirúrgica. Tais normativos ou nascem de simples modificações de leis já existentes — assumindo a forma de rectificação de textos legislativos e mais raramente a forma de regulamentos administrativos ou mesmo excepcionalmente, praxes administrativas (68) — ou emergem de normativos autónomos e inovadores.

Assim, nos E.U.A., uma lei do Estado de Illinois (69) permite que o «*State Registrar*» possa rectificar a indicação do sexo no registo de nascimento, com base na existência de uma intervenção cirúrgica de adequação de sexo. Semelhante reforma legislativa ocorreu no Estado do Arizona, em 1967 (70), onde se adoptou um procedimento administrativo tutelador de tais rectificações. Já no Estado de Louisiana (71), em 1968 e na Califórnia, em 1971, se prevê um procedimento judicial, sob orientação do juiz «*a quo*» — ainda que com base numa anterior intervenção cirúrgica — o que, aliás significou uma reforma da legislação sobre o «*estado*» das pessoas. De resto, nos E.U.A., são treze os Estados (72) que, pese embora não prevejam ou consagrem normativos autónomos, já procederam a várias modificações das normas que regulam os actos do «*estado*» dos indivíduos. Por outro lado, no Canadá, a partir das reformas legislativas de 1973, permite-se a possibilidade do reconhecimento da mudança de sexo e nome, conquanto se recorra a um procedimento administrativo, no qual se atende a dois certificados médicos: na Província de Alberta (73), na Colúmbia Britânica (74) e no New Brunswick (75). No mais, uma lei de Reforma análoga rege hoje, estas questões, na África do Sul, segundo a qual a competência, nesta matéria, vai imputada ao ministro do Interior, que ordena a rectificação da indicação do sexo constante do assento de nascimento, no pressuposto da ocorrência prévia de intervenções cirúrgicas de «*adequação*» do sexo (76).

No que toca, porém, aos países europeus que já legislaram sobre esta questão, constata-se que, ao invés de consagrarem uma qualquer modificação de legislação do registo civil já existente, tendem justamente a introduzir normativos autónomos. Nestes termos, foi a Suécia o primeiro país da Europa a legislar especificamente no que tange à matéria *sub iudice*. De facto, uma lei de 1972 (77), permite a todos aqueles que, finda a adolescência, não se reconheçam como pertencentes ao sexo indicado no assento de nascimento, a possibilidade de apelar para que a autoridade administrativa competente — a «*Socialstyrelsen*» — ateste que são do sexo oposto — conquanto tais indivíduos se comportem e o venham invariavelmente a fazer, na sua vida de relação, como se pessoas do sexo oposto se tratassem. O peticionante deve ser estéril ou, então, deverá submeter-se a esterilização; não deve ser casado (art. 3.º), ficando a intervenção cirúrgica dependente de autorização, a qual certifica os pressupostos de, que depende a intervenção. É, por isso, possível recorrer da decisão de não provimento emanada da «*Socialstyrelsen*», recurso este interposto perante o Tribunal Administrativo (art. 6.º) — o «*Kammarrätten*». A mais disso, tutela-se a intimidade e vida privada do transexual a ponto de se cominarem sanções penais até um ano, para os médicos ou funcionários públicos e demais pessoas que tenham estado em contacto com todo o desenrolar do processo de «*adequação*» do sexo (art. 7.º); e sanções penais, até seis meses, para os médicos que praticarem, mesmo que por negligência, sem autorização, tal intervenção cirúrgica.

Com efeito, a singularidade desta lei reside, justamente, no facto de ela não prever qualquer solução «*diferenciada*» para os casos de transsexualismo, limitando-se unicamente a disciplinar as hipóteses que exigem uma qualquer adequação dos órgãos sexuais externos, o que, como se topa, abrange igualmente os casos de hermafroditismo e pseudo-hermafroditismo, quais ambiguidades sexuais que, de uma forma assaz natural e sensata, se vêem, desta sorte, colocadas no mesmo «*saco*».

Porém, mais rigorosa e complexa afigura-se-nos a lei Alemã Federal de 10 de Setembro de 1980 (78) que, além de sugerir uma interessante metodologia para o tratamento jurídico do problema que nos move, oferece ao jurista uma pluralidade de soluções. De facto, o legislador alemão federal parece ter querido relativizar aquele fenómeno, não somente porque apresentou vários instrumentos jurídicos — idóneos para caracterizar as diversas etapas em que se processa o «*caminho*» do transexual de um sexo para o outro — mas porque propiciou inclusivamente que o transexual pudesse «*retornar*» ao sexo, ao qual inicialmente não queria pertencer, na medida em que tutela um ulterior e mais consistente repensamento acerca da importância da questão. Daí que o transexual possa, «*prima facie*», enveredar pelo primeiro estágio de transformação do sexo, reclamando, justamente, a simples mudança de nome (§1.1. T.S.G.), ou pode decidir trilhar toda a estrada que conduz ao sexo eleito, obtendo — de acordo com a sua sólida representação psíquica e concomitante actualização no *Ser-com-os-Outros* — a atestação de que pertence ao sexo oposto e seus correlativos efeitos (§ 8.1, T.S.G.), desde que — além de lhe ser exigida a prova de que há já 3 anos vive de acordo com os padrões do sexo a que deseja pertencer e que tal presumivelmente não mudará, além de já dever ter completado 25 anos (no entanto, o Bundesverfassungsgericht, em 16 de Maio de 1982, já julgou este

requisito inconstitucional), ter a nacionalidade alemã, ser apátrida ou residir na Alemanha Federal, requisitos estes que se exigem para a 1.ª solução — não seja casado, seja permanentemente incapaz de procriar e se enha submetido a uma cirurgia modificadora dos caracteres sexuais externos (79).

Em face do exposto, a diferença que medeia entre esta lei e a legislação sueca plasma-se no facto de que a primeira — seja no caso de simples mudança de nome ou na hipótese de rectificação do género sexual — incumbe sempre o «ius dictum» à pessoa de um juiz, desenvolvendo-se a acção de feição com as regras da jurisdição voluntária (80). Parte necessária no processo é, então, aí, o Ministério Público. Interessante é ainda notar que a lei alemã federal não regula a operação cirúrgica de transformação dos caracteres sexuais, tendo-se, outrossim, de ela desinteressado ou dando a questão por resolvida. De guisa que, em vez de indicar os limites e modalidades da intervenção — como aliás decorre do §2 e 4 da lei sueca — pressupõe opostamente que a intervenção cirúrgica que se já realizou e que facultou a semelhança «externa» com o sexo oposto (81).

Poderia, todavia, o exposto servir para concluir que a 1.ª solução — mudança de nome — é supérflua, pois a 2.ª solução que prevê a pura e simples rectificação sexual anagráfica, marcará prevalentemente a diferença existente entre os dois sexos. Porém, sempre se replicará que a simples mudança de nome (82) constitui uma solução idónea para o transsexual que não queira ou não possa logo submeter-se à operação cirúrgica por forma a evitar logo aí os gestos mais incontrolláveis: suicídio, mutilação. Depois, porque ao prever esta primeira solução — mudança de nome — a lei alemã parece notoriamente preocupada em acautelar eventuais «arrepentimentos». Com efeito, quem optar pela segunda solução nunca poderá retornar ao sexo originário — posto que se colocam como vimos, rígidas condições objectivas e subjectivas, para que se proceda à mudança de sexo — sendo já a inversa falsa: a testação da mudança do nome é reversível. Já se vê a utilidade deste mecanismo dicotómico. De salientar ainda que o legislador alemão se preocupou com o facto de a diferenciação entre os sexos produzir diferentes efeitos jurídicos, assinalando unicamente e de forma casuística algumas hipóteses em que os efeitos jurídicos entre um e outro sexo não variam: nas relações entre pais e filhos (§11), as prestações de alimentos (§12); e, preferindo uma clausula geral (§10, clausula 1) de onde se despreendem os direitos e deveres que dependem do sexo atribuído (83). No que tange ao casamento, a 1.ª solução prevista na lei alemã não prejudica a persistência do vínculo matrimonial, desde que os conjuges assim o entendam (84); é claro que com ou sem a mudança de nome o transsexualismo também na lei alemã pode logo conduzir à anulação do casamento por erro (§32 E e G) ou dar lugar ao divórcio por inexistência de convivência (85).

Já no âmbito da 2.ª solução, o deferimento da pretensão do transsexual provoca uma união entre pessoas do mesmo sexo, o que faz emergir uma nova espécie de dissolução do casamento: a nulidade — inexistência do casamento (86).

Diverso do que ocorre com as normativas até aqui analisadas, na Holanda, no projecto de lei apresentado e posteriormente aprovado, as normas atinentes à rectificação, não se destinam a modificar a lei sobre o estado das pessoas ou a constituir qualquer lei especial, mas tão só visam integrar o Código Civil (87). Visa-se, aqui, simplesmente adequar o corpo ao sexo desejado na medida em que seja possível e conciliável no enfoque médico-psicológico. De notar que se concede legitimidade processual activa aos estrangeiros residentes na Holanda há pelo menos 3 anos (Art. 29.º/3 do Projecto) e se despreza todo o condicionalismo analisado acerca dos pressupostos e limitações da intervenção cirúrgica. Bastará unicamente apresentar a pretensão no tribunal de residência (88). Necessário, afigura-se, todavia, a incapacidade de procriar e o celibato do transsexual (89).

Mau grado os esforços daqueles que defendiam a desnecessidade de intervenção legislativa autónoma (90), veio à luz em Itália a lei de 14 de Abril de 1982, n.º 164 (91) que atribui relevância jurídica pela primeira vez ao transsexualismo (92), que deixou aí de constituir-se como elemento de «déviance» ou causa de discriminação social.

Segundo Albertó Figone, (93), a lei em referência enquadra-se coerentemente no amplo programa de tutela da personalidade humana, plasmado no art. 3.º/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 entre os indivíduos, atenta a não discriminação entre os sexos ou aquela que decorre de condições pessoais (94).

Logo no art. 1.º observa que a rectificação de que fala o art. 454.º do Codice Civile faz-se, nos casos em que se atribui a uma pessoa sexo diverso daquele que está consagrado no assento de nascimento, a seguir a uma intervenção que modifique os caracteres sexuais por força de uma sentença do tribunal. A demanda deve ser proposta no tribunal do lugar de residência do transsexual, designando o Presidente do tribunal um juiz de instrução e fixando a data em que se deverá apreciar a pretensão (95); sempre que o entender necessário (96), o juiz de instrução pode requerer a intervenção de peritos, de forma a determinar as condições psico-sexuais do interessado — desenvolvendo aí o

tribunal uma actividade de certificação daqueles factos que incumbem assim ao seu conhecimento officioso. A sentença que acolha a rectificação do sexo, segue-se a rectificação ordenada ao «ufficiale di stato civile». De notar, que tal sentença não tem efeito retroactivo; no entanto provoca a dissolução do casamento civil ou a cessação dos efeitos do casamento católico (art. 4.º). A tutela da reserva e intimidade da vida privada daqueles que se submeteram a mudança de sexo implica que nos termos do art. 9.º, da nova inscrição no assento de nascimento fique unicamente a constar o novo sexo e o novo nome.

No art. 6.º prevê-se uma disposição de carácter transitório, para os casos em que, à data da entrada em vigor da lei, o peticionante se tenha já submetido a intervenção médico-cirúrgica de «adeguamento del sesso»: aí, nos termos do art. 2.º, a pretensão deve ser interposta no prazo de 1 ano a partir da entrada em vigor da lei em análise. Esta lei recebeu pois os ensinamentos da ciência médico-legal, que considera a transexualidade um estado patológico reparável unicamente mediante uma intervenção cirúrgica (97), todavia, o legislador italiano talqualmente o sueco, previu uma autorização judicial apta a legitimar a intervenção médico-cirúrgica (98) por parte daqueles indivíduos que a ela não se tivessem submetido. Com ela, borbulhou no espírito do legislador a intenção de excluir o problema da transexualidade da exclusiva espera de decisão do indivíduo, fazendo-o também ancorar no tribunal — o qual sempre será composto, mesmo em sede de assessoria, por psiquiatras, sociólogos e demais especialistas — que sempre poderá recorrer às perícias que integrem a cognição técnica da matéria (99), não fora a talvez excessiva discricionariedade deixada ao juiz para autorizar a intervenção «quanto resulta necessário» (100). Esta solução mais liberal da lei sueca e italiana parece revelar-se preferível nas hipóteses em que a idade e as condições de saúde (físico-psíquicas) do indivíduo, mostrem a inutilidade e inoportunidade da intervenção cirúrgica.

É isto porque o juízo de necessidade tanto não deve circunscrever-se somente ao aspecto estritamente cirúrgico, quanto também abranger toda a particularidade do caso concreto — v.g., pense-se numa pessoa de idade avançada que recorre com suficiente êxito ao tratamento hormonal (101).

Mas afinal com o requisito da «necessidade» — em sede de autorização judicial — apenas exige uma situação pessoal que torne premente a mudança de sexo fenotípico, aí onde é impossível compaginar-se com qualquer «modo» ou irreflexão do peticionante, posto a autorização do art. 3.º da lei italiana também visará — além de controlar as motivações do transsexual e as condições psicopatológicas de que é portador — deve como todas as normas que tutelam a forma dos actos jurídicos e contratos, servir para tornar o transsexual responsável pelo rumo que irá tomar enquanto participante em tal solenidade.

EFEITOS DA MUDANÇA NA SITUAÇÃO MATRIMONIAL DO TRANSEXUAL: se o transsexual não é casado e se submete a intervenção cirúrgica da qual resultará a rectificação do sexo, este pode naturalmente contrair casamento, pese embora somente com pessoas de sexo anagráfico diferente: se já era casado e se submeter a intervenção cirúrgica, o seu cônjuge pode impugnar o matrimónio, invocando a existência de erro essencial sobre as qualidades do outro cônjuge, nos termos do art. 122.º/3/1 do Codice Civile, com base na «deviazione sessuale». Se o transsexual antes do casamento se submete a intervenção cirúrgica, mas não procede à demanda de rectificação, pode contrair casamento válido somente com pessoas de sexo anagráfico diferente; mas, de qualquer modo, o cônjuge pode invocar erro sobre a identidade sexual do seu parceiro, conforme o preceituado no art. 122.º/2 do Codice Civile, invocando o cônjuge de boa-fé o argumento de que contraiu casamento com pessoa aparentemente, mas não fisicamente de sexo oposto ao seu: se o transsexual, após o casamento se submete a intervenção cirúrgica, de duas uma: ou o transsexual obtém o acolhimento da pretensão de rectificação, verificando-se uma hipótese designada pela doutrina italiana, de «nulidade superveniente», por virtude da ulterior igualdade entre os sexos; ou não é acolhida a pretensão de rectificação, não se podendo aqui falar de nulidade superveniente (102), assim o outro cônjuge somente poderá invalidar o casamento invocando a existência de uma anomalia ou «desvio sexual» que consista numa anómala orientação psico-sexual, presente no momento do casamento, mas que se revela ulteriormente aquando da intervenção cirúrgica (103).

A sentença que ordene a rectificação do sexo anagráfico, não tem efeito retroactivo — somente possui efeitos «ex nunc» — o que, pese embora, a ausência de qualquer previsão sobre as suas consequências no casamento, poder paternal, dever de alimentos, etc., não impede que a doutrina venha dizer que, com base no art. 155.º do Codice Civile, se mantêm as eventuais obrigações de alimentos para com os filhos e o outro cônjuge; o transsexual continuará a ser um dos legítimos detentores do poder-dever paternal, com os correlativos deveres de educação e instrução, entendendo-se ainda que se aplica o art. 6.º

da lei n.º 898 de 1970, que estabelece a qual dos cônjuges deve ser entregue o menor, e prevê os demais procedimentos tutelares no exclusivo interesse dos filhos (104).

Porém, a jurisprudência italiana tem vindo a entender a prejudicialidade das relações entre o transsexual-pai e o menor (105), pois, haverá de prevalecer o interesse do filho menor que exige que se veja no pai, pelo menos, a aparência do ente paterno com todos os seus atributos de masculinidade, já que, sem isso, a maturação do adolescente será gravemente perturbada no sucessivo momento de identificação sexual e social, com dano irreversível na sua personalidade (106).

Não previu a lei italiana — talqualmente a alemã — um limite mínimo de idade para a rectificação do sexo, ou a existência de qualquer limitação que resida na impossibilidade de procriar ou no tempo de prova — três anos na lei alemã — período de tempo durante o qual se procurará garantir e medir o convencimento de pertença a outro sexo, de forma a supor, que não a irreversibilidade pelo menos a imprevisibilidade de ocorrência de um «arrepentimento»; é omissa igualmente no qual toca à nacionalidade do peticionante (107). Contudo, a doutrina italiana (108), parece resolver afirmativamente a possibilidade de um cidadão estrangeiro recorrer à tutela jurisdicional italiana, conforme os termos do art. 17.º/1 das disposições preliminares ao Codice Civile (109).

Vejam-se seguida e brevemente como se resolve o problema do reconhecimento da mudança de sexo nalguns daqueles países que não consagraram soluções legislativas autónomas ou sequer procedimentos administrativos e onde, pois, faltará regular toda a matéria consernente à transsexualidade. Partindo da ideia de que a legislação sobre estas matérias possa abranger muito poucos sujeitos e de que a exigência destas minorias nunca poderá ser satisfeita pelos legisladores, já se afirmou que seria preferível incumbir o juiz da tarefa de escolher a norma geral, em cada ordenamento, a aplicar (110).

No entanto, a jurisprudência, à falta de critérios normativos, tem procurado soluções adequadas. Numa decisão da Apelação do Estado de Oregon de 2 de Agosto de 1986 (111), já se observou que, muito embora, a lei desse Estado consentisse somente a mudança de nome, os juizes entenderam ir além da letra da lei, considerando necessária a intervenção cirúrgica — pesa embora o voto de vencido do Juiz-Presidente que referiu o obstáculo traduzido no princípio da separação de poderes.

Em França haverá de salientar-se as soluções positivas da jurisprudência desde que, em 25 de Maio de 1978, o tribunal de Grande Instância de Toulouse e, em 1981, a Grande Instância de Paris se pronunciaram. Na Suíça os tribunais vêm decidindo este problema da transsexualidade ao arrimo do art. 1.º do cod. civil suíço (112), encontrando-se deste modo uma solução simples, moldada à evitar todas as «artes humanas» que presidem, por vezes, às soluções que não acolhem o reconhecimento da mudança voluntária de sexo (113) (113-A).

Não é pois de estranhar que, seguindo o exemplo italiano, tenha em 1982 sido proposta no senado francês uma lei tendente a autorizar os tratamentos médico-cirúrgicos para os casos de transsexualidade e o reconhecimento da mudança de estado civil (...)

(continua no próximo número)

(54) É claro que sempre se poderia exigir do transsexual um especial dever de informação, que, a faltar, faria reverter favoravelmente para o outro cônjuge, mesmo que este não estivesse de boa-fé — vide art. 1648.º/1 do Cod. Civ. Port. — os efeitos patrimoniais do casamento putativo.

(55) A ideia que vem de ser criticada, como informa Roger Nerson, já tinha sido acolhida num Assento proferido pela Cour de Cassation francesa em 6 de Abril de 1903, segundo a qual pouco importaria a imperfeição ou ausência de alguns órgãos característicos de um sexo, v.g., os ovários, na medida em que para ser imputado o sexo aos indivíduos seria suficiente a existência de um sexo aparente, posto que o direito positivo deveria unicamente atender ao sexo morfológico, determinado essencialmente pelo recorte dos caracteres sexuais externos; Cfr. NERSON, R. in Revue Trim. Droit Civil, 1966, p. 75.

(56) Isto é, a rectificação do sexo anagnóico nos casos de evolução natural dos caracteres sexuais. Se o Cod. Reg. Civil Port., nem esta hipótese refere expressamente — vide arts. 299.º, 86.º/1/n, 309.º/1/2, 114.º/c/d, e 115.º/3/4 — já a mesma se infere do Estatuto da Ordem dos Médicos — art. 104.º do DL 282/77, de 5 de Julho, e art. 81.º do antigo Estatuto aprovado pelo DL n.º 40651, de 21 de Junho de 1956 — e do novo Código Deontológico, maxime no seu art. 54.º/1; Vide Revista da Ordem dos Médicos n.º 3/85.

(57) Art. 126.º/1/c/d Cod. Reg. Civ. Port.; nestes termos COELHO, P., opus cit., p. 173, nota 2.

(58) Sempre se rejeitará uma adequação voluntária dos caracteres sexuais externos seguida de reconhecimento judicial, ou reconhecida porque integrada por lei específica, preceito administrativo ou adenda às leis do registo civil, sempre que o escopo de tal intervenção resida num capricho do indivíduo — hipótese pouco provável e que sossegará aqueles que têm uma inflação de demandas acaso se permitisse tal reconhecimento — ou se funde abolutamente no seu livre arbítrio ou esfera de livre disponibilidade, v.g., corporal.

(59) SRAUSS, S. A., opus cit. p. 357.

(60) Contudo, sempre haverá, como nós, quem defenda que, o sexo é antes um facto, um critério de identificação ou uma qualidade da pessoa que não um status em sentido técnico, isto é uma qualidade que exprime a participação de um sujeito nas relações da vida social, ou um modo de ser da personalidade determi-

nada em função dos diversos estatutos que o homem assume na Sociedade, pois sempre se colocará com acuidade a questão da individualização do critério que diferencie o status, de outras situações ou qualidades do homem às quais a lei imputa efeitos jurídicos; FERRI, L., «Atti dello stato civile», in Commentario del Codice Civile, Bologna-Roma, 1973, p. 117, Apud D'ADDINO SERRAVALLE, Paola, «Mutamento volontario di sesso ed azione di rettificazione», Rassegna di Diritto Civile, 1980, p. 230. Além do que, só pensando assim, é que se pode defender, como nós, que, de iure constituendo, será preferível como veremos, usar de um processo especial, no âmbito da jurisdição voluntária, para prover a tais demandas — que não, como hoje é unicamente possível defender, entre nós uma acção de estado com processo ordinário.

(61) Entre nós, o assento de nascimento é um documento autêntico (art. 369.º C.C.) que somente pode ser ilidido mediante prova em contrário (art. 370.º/2 C.C.), traduzido no incidente de falsidade (art. 372.º/1 C.C.). Porém, verificada a não adequação da ilusão do assento de nascimento, porque unicamente fundada no incidente de falsidade, com um possível pedido de reconhecimento judicial da mudança de sexo — na medida em que não decorre de um facto que na realidade se não verificou ou da prática de acto que na realidade o não foi — é lícito defender que é possível e natural rectificar menções inexatas (mediante o processo de justificação administrativa; nas hipóteses dos arts. 114.º/1 e 115.º/3/4 do Cod. Reg. Civ., ou justificação judicial (art. 299.º/2), o que se parece ser pacificamente aceite nos casos de hermafroditismo, pode parecer duvidoso nas hipóteses de transsexualismo. Para estas, todavia, sempre haverá a válvula de escape do n.º 3 do art. 299 do Cod. Reg. Civ., para aqueles que consideram meio processual idóneo à tutela de tal pretensão, uma acção de estado com processo ordinário (art. 312.º que remete para o art. 362.º/1 do Cod. Proc. Civ.), pois, dizem que a modificação superveniente do estado e identidade nunca poderá configurar uma acção de rectificação, posto que esta implica a existência de um erro material acerca do sexo, no momento do nascimento. NERSON, R. Revue Trim. Droit Civil, 1970, p. 661; PETIT, Jacqueline, opus cit. p. 282.

Vem então que, se o transsexualismo não é congénito e coetâneo ao momento de nascimento, mas desenvolve-se posteriormente, segundo a opinião prevalente, na fase pré-ediariana do desenvolvimento da criança, é difícil perscrutar qualquer erro de atestação. A situação já é diversa nas hipóteses de hermafroditismo, pois aí sempre se dirá que foi cometido um erro na atestação do sexo do recém-nascido, curando-se aí, de rectificar o sexo atestado, plasmando eventualmente, o sexo dito «predominante». Assim GROPIER, Ethel, opus cit. p. 215. Tudo o que vai dito não tolhe, como se compreende, a afirmação da existência de uma presunção relativa, no que tange aos actos de registo do estado das pessoas. E, nem se diga que, permitindo-se a rectificação do registo, se acolhe a rectificação do registo nos casos de hermafroditismo, que não nos casos de transsexualismo, atenta à diferente materialidade que a esfera normativa de uns e outros pressupõem (no hermafroditismo há um erro que deve ser rectificado, no transsexualismo o registo não padece qualquer vício), pois, o que vai expandido apenas demonstra a relativa precaridade e mutabilidade que o registo revela; curar da admissibilidade ou inadmissibilidade da declaração que ateste sexo diferente e subsequente rectificação no assento de nascimento, nas hipóteses de transsexualismo, nada ou pouco tem a ver com esta questão. Com ela apenas se destrói um dos argumentos da tese que nega acolher o reconhecimento legal-judicial da adequação voluntária dos caracteres sexuais externos, isto é, o facto, amido repetido, da definitividade, imutabilidade, imprescritibilidade e indisponibilidade do registo. THOUVENIN, D., «Le transsexualisme, une question d'état méconue», Droit Sanitaire et Social, 1979, p. 291 — autor que nega o reconhecimento formal da mudança obtida — é o próprio a reconhecer que «... la rectification de la mention du sexe sur les registres de l'état civil en invoquant l'erreur, ne suppose pas reconnaissance de licite du changement de sexe». Se esse argumento vai assim refutado eficazmente, nada obsta a que a doutrina que se vem de criticar fique de pé, isto é, podendo continuar a negar a admissibilidade do reconhecimento da mudança de sexo nas hipóteses de transsexualismo, não consegue explicar a imutabilidade e imprescritibilidade do registo do estado das pessoas, porquanto acolhe que se mude o registo nos casos de hermafroditismo ou, regra geral, nos casos de ambiguidade sexual no momento do nascimento seguida de um desenvolvimento dos caracteres sexuais no sentido de um dos sexos, e ainda nas hipóteses em que não se topando qualquer ambiguidade o sexo se vem advinientemente a revelar oposto ao que foi inscrito no assento de nascimento.

(62) Que é instrumental: falta, mutilação ou conformação anormal dos órgãos sexuais; ou funcional: os órgãos sexuais existem e têm a sua conformação normal, pese embora não sejam aptos para a cópula: ou ainda impotência parcial ou total. Cfr. COELHO, P. opus cit. p. 238, nota 1.

(63) A questão é duvidosa no ordenamento português, mesmo para aqueles que negam a possibilidade de adequação voluntária dos caracteres sexuais externos, a não ser que se interprete «a contrario» o art. 55.º do actual Código Deontológico da Ordem dos Médicos, que proíbe a mudança de sexo em pessoas morfológicamente normais, por forma a discorrer que, nas hipóteses em que a morfologia não é normal, como ocorre, em parte, com os pseudo-hermafroditas é possível a mudança de sexo. Contudo, pensamos que, ao se esgrimir unicamente com o critério morfológico externo para as ambiguidades de ordem biológica — hermafroditismo e pseudo-hermafroditismo — e com o sexo cromossómico para as ambiguidades de ordem psíquica — transsexualismo — nem a hipótese de pseudo-hermafroditismo, em bom rigor, se poderia admitir, entre nós, a rectificação do sexo, pois o pseudo-hermafroditismo aparenta ser uma pessoa do sexo oposto, pese embora o seu tecido gonádico seja de um único sexo. Ora, o tecido gonadal não é decerto visível a «olho nu». Tudo dependerá, assim, de como se entender a «contrário sensu» ou, realizando uma interpretação correctiva, o art. 55.º do Código Deontológico dos Médicos, na parte em que refere pessoas morfológicamente normais. Será que quer significar pessoas morfológicamente externamente normais?

(64) Cfr. FERRI, L. opus cit. p. 128-129. «La concezione più ampia (de sexo) o integrale, che non lo separa dalla finalità primaria della procreazione, domina ancora da noi, e appunto per questo, si vieta il matrimonio tra persone dello stesso sesso, anche quando dette persone potrebero trovare in questo la soddisfazione dei loro appetiti sessuali».



Destarte, assim ajuizam os Juizes da Relação de Lisboa: «... sexo, que pode ser definido como a organização e uniformização do Ser vivo, que lhe permite uma função ou papel especial no acto de geração — Grande Dicionário da Moral e Grande Enciclopédia Portuguesa Brasileira», in Col. Jur., 1982, Vol. IV, p. 125.

(65) Cfr. FINOCHIARO, *Giurisprudenza Civile*, 1980, I, p. 1517 segs.
(66) Compreende-se agora por que referimos há pouco a existência de uma presunção relativa de imputação de sexo no momento do nascimento.

(67) CARVALHO, Orlando de, «Para uma Teoria Geral da Relação Jurídica — seu sentido e limites», *Centelha*, 1981, p.90 — 94, que acentua de *jure condendo*, o urgente e ingente esforço de «repersonalização» do Direito Civil.

(68) Como foi o caso da Resolução de 16 de Dezembro de 1971 que alterou o New York Health Code no seu §207.05.

(69) Vital Records Act, de 8 de Agosto de 1961, e que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1962.

(70) Laws 1967, Ch 77 § 2, modificada em 1973 sem grandes alterações: Laws 1973, Ch 51 e 158, in *Arizona Revised Statutes Annotated*, West, 1974, Vol. 11 A (Public Health and Safety Vital Statistics).

(71) Vital Statistics Law, Acts 1968, No. 611 §1, in *Louisiana Statutes Annotated*, *Revised Statutes*, West 1977, Vol. 22B (Public Health and Safety Vital Statistics: igualmente modificada de forma não relevante mediante os Acts 1979, No. 776 §1.

(72) Health and Safety Code, Statutes, 1971, Ch. 1086, p. 3493, §2, in *Annotated California Codes*, West, 1979, Vol. 40.

(73) Alabama, Hawai, Louisiana, Maryland, New Jersey, Carolina do Norte, Pensilvânia, Virgínia, Tennessee, Texas, Iowa, Colorado, Minnesota. Assim, SMITH, D. K., «Transsexualism, Sex Reassignment, Surgery and the Law», 1971, *Cornell Law Review*, p. 963 segs., apud Ethe Grophier, a opus cit. p. 215.

(74) Vital Statistics Amendment Act, de 30 de Outubro de 1973.

(75) Vital Statistics Amendment Act, de 7 de Novembro de 1973, in *Statute of British Columbia*, 1973, Ch. 160 §21 A, a qual se seguiu legislação complementar: Regulation 55/75, Order in Council 273, publicada na *British Columbia Gazette* de 18 de Fevereiro de 1975.

(76) Health Amendment Act, de 1973, plasmado nos «Statutes of New Brunswick», 1975, Ch. 27 §2-1.

(77) «Births, Marriages and Deaths Registration Amendment Act», de 1974.

(78) «Lag on fastställande av Könstillhörighet i rissa fall», de 21 de Abril de 1972.

(79) «Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in Besonderen Fällen» — vulgo, *Transsexuellengesetz* — TSG.

(80) Há autores que defendem que as duas soluções consagradas na lei alemã não representam um sistema dividido em duas fases, pois tratar-se-á de dois procedimentos independentes. Cfr. STANZIONE, «La soluzione normativa del transsexualismo: l'esperienza tedesco-occidentale», in *Rassegna di Diritto Civile*, 1980, pp. 1236, embora o indivíduo possa obviamente percorrer os dois tipos de soluções, como se de duas etapas sucessivas se tratasse.

(81) Não se olvide, porém, que contrariamente ao que acontece entre nós, na quase totalidade dos países a distinção entre processos de jurisdição voluntária e contenciosa é matéria revestida de acesa polémica, mais não seja porque se deixa ao arbítrio da doutrina e da jurisprudência a determinação dos processos que devem incluir-se na categoria da jurisdição voluntária. Ora, entre nós, eles foram especificamente disciplinados no Cap. XVII dos Processos Especiais; Cfr. REIS, Alberto dos, «O Novo Código de Processo Civil», in *Rev. Leg. Jur.*, 70.º pp. 117; CASTRO, A. Anselmo de, «Direito Processual Civil Declaratório», Vol. I, Coimbra 1981.

(82) Privilegia, assim, a orientação segundo a qual para a determinação do género sexual se deve recorrer ao critério morfológico-externo. Assim, STANZIONE, P., ob. cit., pp. 1236.

(83) Com as suas inúmeras complexidades do ponto de vista matrimonial.

(84) Se bem que, convenhamos, tal esforço seja, nos dias que correm, demeritório, atenta a parificação dos efeitos jurídicos, direitos e deveres que dependem de cada um dos sexos a ponto de se observar um reduzidíssimo espaço de diferenciação: obrigação do serviço militar obrigatório para os homens, nalguns países. Cfr. GRISCUOLI G., IL «Sex Discrimination Act», *Dir. de Famiglia e delle persone*, 1979, p. 1342 segs.

(85) Até porque parece que esta 1.ª solução — mudança de nome — é a única ponte que mantém com vida o matrimónio do transsexual: assim o entendeu a comissão de Assuntos Internos de Bundestag.

(86) §1565, cláusula 2 do BGB; A. Wolff, in *Münchener Kommentar, Familienrecht*, München, 1978, p. 665 segs., D. Müller-Gindulis, in *München Kommentar*, ob. cit. p. 2084.

(87) Disciplina transitória do §16, cláusula 2 de TSG. Entre nós, diz-se que ocorre uma situação de inexistência superveniente do casamento.

(88) Projecto de lei «Nadere legelen ten behoeve van transsexuelen ontrent het Wijzigen van de vermelding van de Kunne inde akte van geboorte», Apud SALVATORE PATTI; MICHAEL WILL, *Rivista di Diritto Civile*, 1982, p. 738.

(89) Prevê-se, aliás, que um cidadão holandês residente no estrangeiro possa apresentar a demanda no tribunal de distrito no qual foi realizado o assento de nascimento: art. 29.º/4.

(90) Vide Bulletin d'information sur les activités juridiques, Janvier, 1983.

(91) Diziam que sempre seria possível rectificar o assento de nascimento nos casos de mudança voluntária de sexo, pois o ordenamento italiano prevê no art. 165.º ord. Stato civile uma válvula de escape: incumbe ao M.P. rectificar não só os erros anteriores, mas também outros mais genéricos, tendo em conta o interesse público. Neste sentido, seria de seguro interesse público adequar a situação legal à «real» após a mudança de sexo, de forma a eliminar os obstáculos ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, conforme o preceituado no art. 3.º/2

da constituição. Assim, Perlingier, «Note Introductive ai problemi giuridici del mutamento di sesso», in *Diritto e Giurisprudenza*, 1970, p. 830; *ibidem*, «La personalità umana nell'ordinamento giuridico», Napoli, 1972, p. 174 segs.

(92) «Norme in materia di rettificazione di atribuzione di sesso».

(93) Muito embora da lei não resulte quais são os destinatários, pois nela não se fala nem de transsexuais, intersexuais, ou qualquer outra categoria de ambiguidades sexuais talqualmente na lei sueca. Certo é que podem-se delas excluir os transsexuais que não se tenham submetido a qualquer tratamento, pois não preenchem os requisitos do art. 1.º «... a seguito di intervenute modificazione dei suoi caratteri sessuale».

(94) Il Diritto di Famiglia e delle persone, 1983, p. 338.
(95) Ainda GALBIATI «transsexualismo e rettifica dell'atto di nascita in Giurisprudenza italiana», 1980, I, p. 1865.

(96) Na qual o M.P. é obrigado a intervir sempre que as questões decididas forem atinentes ao status do transsexual — v. g., se ele for casado — nos termos do art. 70.º do codice di procedure civile.

(97) Ou quando as declarações ou provas oferecidas pelo transsexual não demonstrarem uma marcante modificação dos caracteres sexuais externos, v. g., nos casos em que o sexo erraneamente indicado no assento de nascimento emerge paulatinamente na sua efectiva realidade.

(98) Assim, já desde os inícios dos anos 70, POGGI, «Mutamento di sesso e domanda di rettificazione», in *Giurisprudenza italiana*, 1973 I, 2, p. 373; ainda FINOCHIARO, in *Rassegna di diritto civile*, 1981 p. 703; ROGER NERSON, «Etat civile, rectification de l'acte de naissance, changement de sexe», in *Revue trim. droit civile*, 1974 p. 801.

(99) Ainda que a lei italiana faça recordar mais a lei sueca que a lei alemã, pois esta condiciona, porém, a mudança de sexo a uma intervenção cirúrgica; o facto é que a lei sueca apenas exige a prova da mudança de sexo omitindo «expressis verbis» a necessidade de uma intervenção cirúrgica. Cfr. § 8 I n.º 4 da lei alemã federal e art. 1.º da lei sueca.

(100) Assim T.L. Shwarzenberg, «Considerazione medico-legali sulla transsexualità e sindrome corelate», in *Diritto di Famiglia e dell persona*, 1975, p. 1496.

(101) Cfr. FIGNONE ob. cit. p. 346.
(102) Exemplo extraído de PATTI-WILL, *Rivista di Diritto Civile*, 1982, p. 742.

(103) Todavia, o erro releva acaso se manifeste ou for coetâneo do momento em que os cônjuges prestam o consentimento.

(104) Nesta hipótese será aplicável o instituto do casamento putativo, nos termos do art. 128.º Codice, ss.

(105) Segundo o §11 da lei alemã, as relações entre o transsexual que obtém uma sentença favorável, o conjugue e os filhos, permanecem imutáveis. Esta regra vale ainda para os filhos adoptivos do transsexual, conquanto tenham sido adoptados antes do trânsito em julgado da sentença. Idem no art. 29.º/2 do Projecto holandês.

(106) Cfr. Sentença do Tri. Min. Torino de 20 de Julho de 1982, in *Dir. di Famiglia e delle persone*, 1982, p. 979; note-se, porém, que não é a mudança de sexo o alvo do juízo negativo, mas a censurabilidade das relações entre o pai, que se tornou mulher e os filhos, conforme o espírito do art. 333.º do Codice.

(107) Lembre-se que a garantia juridicamente atribuída aos transsexuais é o na medida em que representa a terapêutica de uma patologia psico-sexual, e já não enquanto incentivadora de formas sociais de vivência transsexual.

(108) Lembre-se que a lei sueca é extremamente restritiva, prevendo apenas a tutela dos cidadãos suecos: menos restritiva é a lei alemã que tutela os apátridas, ao passo que o projecto holandês se refere a todos os holandeses, mesmo não residentes na Holanda, e ainda aos estrangeiros que residam na Holanda há mais de 3 anos: interessante é notar que os indivíduos não registados na Holanda podem fazer a sua inscrição na circunscrição territorial de Haia; 29.º/3.

(109) PATTI-WILL, ob. cit. p. 797; VITTA, corso di diritto internazionale privato e processuale, Torino, 1976, p. 7 ss.

(110) As questões que contendem com o estado das pessoas são reguladas pela lei nacional do autor. Porém, nos casos em que tal lei não disciplina a matéria — ou quando receie a possibilidade da rectificação de sexo nas hipóteses de intervenção cirúrgica por, v. g., ofensa à ordem pública internacional, pode aplicar-se a lei italiana sendo Roma o foro competente: art. 18.º cod. processuale civ.

(111) ESSER «Vorverständnis und methödenwahl in der Rechtsfindung», *Frankfurt 1972*; porém sempre se dirá com Fikentscher «Methodem des Rechts», vol. IV, 1977, p. 313 ss, que nos ordenamentos de vocação codificadora é sempre perigoso admitir uma «criação» aberta a soluções normativas por parte dos juizes, pois sempre se querará evitar um Estado-de-juizes; RESCIGNO «L'abuso dello diritto Rivista di Diritto Civile», 1965, I, p. 213 e 288.

(112) K. versus Health Div, Department of Human Resources.

(113) Se da lei não se pode extrair a solução, o juiz deve decidir baseando-se nos costumes ou, se estes faltarem, com base na regra que faria se fosse ele o legislador.

(114) Veja-se a sentença do tribunal civil do Cantão de Basileia de 8 de Maio de 1979, in *Rivista dello stato civile*, 1979, p. 281 ss.; ou a já longínqua decisão de Apelação de Zurique de 15 de Outubro de 1956.

(115-A) Contudo em França, os mais recentes arestos da cassação, Cfr. La Semaine Juridique, 20 de Maio de 1987 e La Semaine Juridique, *Table Semestrielle Provisoire* (1987), págs. 161 e 37, respectivamente, rogam'no sentido de que somente a existência de uma mudança de sexo por força de uma causa estranha à vontade do interessado pode conduzir ao reconhecimento judicial da mudança operada; Cass. civ. 1.º, C, 3 de Março 1987. Decisão recorrida do Tribunal de Apelação de Nimes; e, Cass. civ. 1.º, R, 31 de Março 1987, na medida em que doutro modo se violaria o art. 57.º do «Code Civil».

(continua)

TRIBUNA da *Justiça*

Director e proprietário: RICARDO ANTÓNIO DA VELHA
Juiz Desembargador

PUBLICAÇÃO MENSAL

ISSN 0870-8878

Representatividade e maior representatividade dos Sindicatos — a experiência portuguesa*

ANTÓNIO MENESES CORDEIRO

— Prof. da Fac. de Direito e da Universidade Católica. Doutor em Direito.

1. OS TERMOS GERAIS DO PROBLEMA

I. A representatividade e a maior representatividade dos sindicatos podem considerar-se, em termos europeus, como uma problemática própria dos países latinos democráticos. Na verdade, ela assenta em dois factores condicionantes:

- na liberdade sindical;
- no pluralismo sindical.

Nos sistemas político-laborais contrários à liberdade sindical, o problema não se põe, desde logo, sempre que os sindicatos seja proibidos. A presença de sindicatos clandestinos poderá colocar questões políticas, sociológicas ou mesmo constitucionais; na falta de espaço jurídico autónomo, contudo, não poderá surgir a dimensão

* Corresponde, com notas e aditamentos, à intervenção feita pelo seu autor nas V Jornadas Luso-Hispânico-Brasileiras de Direito do Trabalho, decorridas em Fortaleza, no Ceará, nos dias 14 a 16 de Março de 1988.

da «representatividade» e da «maior representatividade» sindical, enquanto tema juslaboral.

Também os sistemas em que a inexistência de liberdade sindical se traduza em sindicatos oficiais, subordinados ao Estado ou a organizações similares, em obrigatoriedade de inscrição, suprimem o tema aqui em estudo. Os sindicatos têm a representatividade que derive da lei ou dos seus estatutos, sem que chegue a arvorar-se em problema autónomo.

II. A liberdade sindical não é, porém, o único condicionalismo que o tema da representatividade dos sindicatos apresenta; há ainda, que referir a necessidade de **pluralismo sindical**.

Em países de forte organização social, como a Alemanha, os sindicatos tendem a constituir-se e a agrupar-se por indústrias, sem duplicações. Num determinado sector laboral surge assim, em cada momento, apenas um sindicato vocacionado para intervir. Dispensa-se qualquer particular regulação ou valoração para determinar a representatividade dos sindicatos envolvidos.



A responsabilidade Objectiva do Produtor pelos Danos Causados por Produtos Defeituosos

pág. 7

Transsexualidade: o Reconhecimento Judicial da Mudança de Sexo e o Direito Português: alguns problemas

pág. 9

Falta de Prestação de Alimentos a Menor. Fixação de Indemnização

pág. 14



causas de exclusão da responsabilidade, mas sim a pressupostos essenciais da responsabilidade. Em termos processuais, a vítima não é obrigada a provar que estas circunstâncias se não verificam, embora tenha todo o interesse em fazê-lo, se puder. O produtor é que terá que provar a não ocorrência de pressupostos.

As alíneas restantes do artigo 7.º contêm verdadeiras causas de exclusão da responsabilidade. A alínea d) exclui a responsabilidade quando «o defeito é devido à conformidade do produto com as normas imperativas emanadas dos poderes públicos». Esta disposição terá que ser aplicada em termos hábeis e bem merece uma formulação legislativa mais esclarecedora. Basta lembrar três questões das mais importantes:

— A expressão «emanadas de poderes públicos» deve interpretar-se como extensiva a todas e quaisquer normas que, mesmo emanadas de organismos não públicos, tenham carácter imperativo por efeito de acto público (homologação, etc.);

— As normas imperativas limitam-se, frequentemente, a especificações mínimas, nada impedindo que os produtores sejam mais exigentes. A obediência a normas mínimas não deve fundamentar a exclusão da responsabilidade.

— Só a conformidade material com as normas exclui a responsabilidade. Não basta a conformidade formal. Isto significa que, se uma entidade certificadora emite um certificado erróneo (caso em que há conformidade formal mas não conformidade material), não há exclusão da responsabilidade do produtor. Mas este deveria ter um especial direito de regresso contra o «certier».

A alínea e) permite excluir a responsabilidade do produtor se este provar que «o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento em que o produto foi posto em circulação não lhe permitia detectar a existência do defeito». Esta norma, que causou viva controvérsia nos trabalhos preparatórios, pode ser derogada pelos Estados membros. A sua interpretação e aplicação pode suscitar grandes problemas, cuja antevisão não cabe aqui explicar. Em qualquer caso, não pode esta circunstância fazer introduzir no regime a relevância da ausência de culpa do produtor. A inexigibilidade (da eliminação do efeito) é objectiva, pelo que não depende dos meios económicos de que o produtor disponha.

Finalmente, a alínea f) prevê a exclusão da responsabilidade do produtor de uma parte componente do produto acabado, quando provar que o defeito causador do dano é imputável não à parte componente mas à concepção do produto acabado, ou que, sendo a parte componente defeituosa, esse defeito se deve às instruções fornecidas pelo fabricante do produto acabado.

b) Defesa por Excepção

A excepção da ilegitimidade será eficaz sempre que a vítima não seja um consumidor privado, ou melhor, sempre que o dano tenha sido causado numa coisa destinada e utilizada a actividade profissional com fim económico. Será o caso de ilegitimidade activa. O demandado pode ainda alegar que não é parte legítima, se não for ele o produtor do produto causador do dano.

As excepções preempatórias — caso julgado e prescrição — são eficazes nos termos gerais. Anote-se o prazo de prescrição previsto no artigo 10.º. O direito da vítima só é exigível judicialmente nos três anos a contar da data em que o demandante «teve ou devia ter tido conhecimento do dano, do defeito e da identidade do produtor». Findo este prazo, a obrigação converte-se em natural e o cumprimento só pode ser exigido extrajudicialmente. O direito da vítima caduca findos 10 anos a contar do momento em que o produto foi posto em circulação(11).

(1) Para análise dos «trabalhos preparatórios» mais importantes, podem indicar-se: 1.ª Proposta da Comissão de 9/9/76, in *Joce* C241 de 14/10/76; Parecer do Conselho Económico e Social de 13/7/78, in *Joce* C 114 de 7/5/79; Resolução do Parlamento Europeu, in *Joce* C 127 de 21/5/79; 2.ª Proposta da Comissão, in *Joce* C 271 de 26/10/79.

(2) Por enquanto, a Directiva não é vasta nem exaustiva. Destacamos: Hans Claudius Taschner, la future responsabilité du fait des produits défectueux dans la Communauté Européenne, in *Révue du Marché Commun*, n.º 297, Mai 1986, pp. 257-263; Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Canu, La Responsabilidad de los Fabricants en la Directiva de las Comunidades Europeas, in *Ec-Estudios sobre Consumo*, n.º 7, Abril 1986, pp. 101-127; L. González-Vaque, La responsabilidad Civil del Productor, in *Alimentaria*, Abril 1981, p. 35 e seg. s; AEDA, La Directiva 85/374/CEE, in *Alimentaria*, N.º 172, Maio 1986, p. 57 e seg. s. De autores, portugueses, e excluindo as referências em obras de carácter geral, podem referir-se: Motinho de Almeida, a Responsabilidade Civil do Produtor e o seu seguro, Lisboa, 1973; Carlos Ferreira de Almeida, Responsabilidade objectiva pelos produtores, Lisboa Outubro, 1984; Maria Fernanda Borges, responsabilidade pelos produtos, Lisboa, Outubro, 1984; Maria do Céu Athaide Távares, a Directiva CEE sobre responsabilidade Civil, Lisboa, Janeiro de 1988; Carlos da Silva Campos, a responsabilidade do produtor pelos danos causados por produtos defeituosos, Lisboa, 1988.

(3) A Directiva não tem efeito horizontal (isto é, nas questões entre particulares) cfr. Robert Kovar, in *Trinta Anos de Direito Comunitário*, pp. 144-154; Jean Victor-Louis, a Ordem Jurídica Comunitária, pp. 69-87; João Mota de Campos, *Direito Comunitário*, Lisboa, 1983, pp. 214-235.

(4) Artigo 189.º do Tratado da CEE «A Directiva vinculará qualquer Estado membro destinatário quanto ao resultado a atingir, mas deixando às instâncias nacionais a competência quanto à forma e quanto aos meios».

(5) Cfr. Antunes Varela, *das Obrigações em geral*, I, Coimbra, 3.ª edição, 1986, pp. 752 e seg. s; Pereira Coelho, *o Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1950 (Sep. do B.F.D., vol. IX); Pereira Coelho, *a Causalidade na Responsabilidade Civil*, em *Direito Português*, in *Rev. de Direito e Estatutos Sociais*, ano XII, 3.ª edição, pp. 39 e seg. s- Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1979, pp. 514 e seg. s; Pessoa Jorge, *Ensaio sobre as Pressupostas da Responsabilidade Civil*, Lisboa, 1968, pp. 404 e seg. s.

(6) V. art. 13.º do DL n.º 89/84 de 28 de Março.

(7) Nesse sentido, a dr.ª Maria do Céu Athayde Távares, na Comunicação apresentada num Seminário realizado em Lisboa, em Janeiro de 1988 (v. nota 2).

(8) A este propósito, escreveu Taschner: «in n'etai politiquement pas acceptable d'exclure ces dommages dans tous les Etats membres au motif qu'ils n'ont pas leur place dans la responsabilité objective comme en droit allemand» (op. cit. na nota 2, p. 263).

(9) Neste sentido, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit. pp. 397-398.

(10) O preceito existia já na versão anterior do mesmo «Código», no artigo 10.º, n.º 3, do DL 421/80, de 30 de Setembro.

(11) Há todas as razões para qualificar o prazo previsto no artigo 11.º como de caducidade. Basta articular a redacção dos artigos 10.º e 11.º da Directiva com os artigos 298.º e seg.s do Código Civil.

Transsexualidade: o reconhecimento judicial da mudança de sexo e o direito português. Alguns problemas

JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES

— Aluno do 5.º Ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

X — Julgamos que se impõe a procura de uma solução legislativa que tenda a harmonizar o núcleo essencial das teses que acolhem a possibilidade do reconhecimento judicial da adequação dos caracteres sexuais, nos termos de assim se pacificar por completo, o tumulto jurisprudencial que por aí corre. De facto as decisões até hoje emitidas entre nós, sendo assaz escassas, já comprovaram o perigo de uma casuística ora moralista (157), ora demasiadamente preocupada, numa aderência seguidista e errada aos dados do direito comparado (158) impostas, sem mais e de maneira aleatória, diversos figurinos do direito comparado (159) de forma a só permitir a mudança voluntária de sexo, conquanto se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos: tratar-se de indivíduo maior e não casado; não estar em condições de procriar sendo inicialmente do sexo masculino (?); ter sofrido intervenção cirúrgica modificadora dos caracteres exteriores do sexo, aproximando-se fisicamente do sexo oposto; ser irreversível, ou pelo menos quase, o novo estado adquirido; haver a duração de 1 ano de vivência ao novo estado (160).

MARÇO/88

(Continuação do número anterior)

Nestes termos, ocorre formular um breve quadro de orientações, qual «leit motiv» do direito a constituir.

Deverá privilegiar-se uma solução que — afora o seu carácter de legiferação autónoma, inovadora, não dependente de qualquer modificação ou correcção do direito vigente — englobe a previsão de 3 tipos de situações: (161)

a) — As hipóteses de hermafroditismo em que o indivíduo, nascendo com os caracteres sexuais externos de ambos os sexos, viu operar em si uma evolução natural dos caracteres sexuais, nos termos de o sexo constante do assento de nascimento se revelar em total contradição com a evolução operada; ou, ainda, nas hipóteses em que se revele indispensável uma cirurgia correctiva dos caracteres sexuais externos, por virtude desta ambivalência; é ainda nos casos em que o sexo aparece bem definido no momento de nascimento e, por evolução natural, se mostre definitivamente atinente ao sexo oposto.





b) — Os casos de pseudo-hermafroditismo, nos quais o indivíduo é confundido como pessoa do sexo oposto — por força da aparência de caracteres sexuais externos bem definidos, pese embora a estrutura sexual interna de sinal contrário —, sendo em conformidade assim registado. Ou ainda nos casos em que, regra geral, a atestação do sexo no assento de nascimento se revela errônea, nos termos de uma superveniente análise morfológica ou externa.

c) — As hipóteses de transsexualismo que, não revelando qualquer anomalia, mal formação ou «incertitude externa», plasma uma contradição insanável entre os diversos caracteres sexuais, *maxime*, com a vertente psicológica-ambiental, exigindo concomitantemente a adequação do sexo imputado originariamente (162), com o «sexo real» descoberto na evolução de sexologia do indivíduo por intermédio do «carácter externo» que é agora o carácter comportamental e psicológico-social; o que, no mais, se fará através de intervenções cirúrgicas de base voluntária que adequem os caracteres sexuais externos à personalidade sexual do indivíduo (163).

De certo que, na linha do que vinhamos expondo, devem-se autonomizar, como bem se compreende dois quadros de soluções legais.

O primeiro, que conterá com as alíneas a) e b), concederá a possibilidade de rectificação do sexo constante no assento de nascimento com base no geral princípio de superveniente modificação dos caracteres sexuais. O segundo disciplinará, separadamente, a hipótese descrita em c), isto é os casos de transsexualismo; nos termos de o tribunal dever suprir a autorização, com sentença quando resulta necessário um adequamento dos caracteres sexuais a realizar mediante tratamento médico cirúrgico, sempre que ocorra o condicionalismo por nós descrito quando falamos da questão de «iure condito».

Somente haverá a acrescentar uma nota. Nos termos de uma «terapia de reabilitação», onde o transsexual iniciará o longo percurso que o levará ao sexo oposto, com um inicial tratamento hormonal (164) haverá que exigir a prova de que o transsexual já vive e age há suficiente tempo conformemente a sua ideia e que com razoável probabilidade não mudará o seu sentimento e modo-de-ser (165). Vale isto dizer que o conhecimento da matriz transsexual e presumível perenidade do sentimento de pertencer ao sexo oposto deve ser efectuado por dois peritos nomeados pelo tribunal, os quais deverão fazer perícias independentes. É óbvio que não podemos concordar com Allen Gomes (ob cit. p. 200) quando observa que, nos termos de uma «terapia de reabilitação», proposta por Money-Walker se deve fazer inicialmente tratamento hormonal e cosmético seguindo-se a mudança legal de sexo, e vivendo o indivíduo 2 anos no sexo que sempre desejou, operando-se no termo dese período, acaso o indivíduo consiga uma razoável estabilidade psicológica e social, o passo irreversível que consiste na intervenção cirúrgica.

Na verdade, como já deixamos notado, quando os caracteres sexuais externos contradizem notoriamente os caracteres psicológicos-ambientais, não é possível o reconhecimento jurídico da contradição constatada, sem que se opere consequentemente uma transformação dos caracteres sexuais externos, de maneira a adequá-los à verdadeira personalidade sexual, posto na vida de relação os sujeitos são identificados mediante as características sexuais típicas que ostentam, sendo aí a diversa orientação psico-sexual considerada como «déviance» e anomalia, de acordo aliás com um natural e objectivo conceito de harmonia psico-físico (166).

No pedido do transsexual deverá indicar-se o nome que o autor pretende adoptar. Todavia, não é possível, segundo curamos hipotisar no nosso sistema jurídico, o mecanismo de duas fases, talqualmente é previsto na «Transsexuellengetz» (art. 1.º a 8.º e 8.º a 12.º) que separa a fase da mudança do sexo, permitindo-se assim, v.g., que um indivíduo ainda do sexo masculino possua um nome feminino. Entre nós, deve defender-se que a eventual rectificação do sexo constante do assento de nascimento, há-de comportar necessariamente a modificação do nome — sendo óbvio que deva também comportar a mudança irreversível da matriz sexual. A este propósito, é o art. 128.º/2 do Cód. do registo Civil que nos vem dizer que, «os nomes próprios (...) não devem suscitar justificadas dúvidas sobre o sexo do registado», com o que já se topa o espírito de não contraditoriedade entre o sexo e o nome, já nestas hipóteses de primeira imputação do nome, o qual se deve, naturalmente, estender aos casos previstos no processo especial de alteração do nome (167). Bom, mas sempre se poderá colocar a questão de, atenta a presumível impossibilidade de tão só mudar o género do nome constante do assento de nascimento, posto alguns não terem um correspondente no género oposto (168), o transsexual aspira a um nome de todo diverso do originário. Se a solução é simples nos casos de simples mudança de género, nem por isso deixará de o ser quando o nome próprio originário não tem correspondente no género oposto. Por que se não pode menosprezar a tutela do interesse do transsexual em assumir um nome de todo diverso, nos casos de não correspondência do género oposto, ou nas hipóteses em que o transsexual aspira a um nome de todo diverso do originário — para o que sempre terá de indicar o novo nome próprio no pedido de autorização para a feitura da intervenção cirúrgica — será razoável recorrer ao procedimento previsto nos termos gerais, para a mudança de nome

(169), não sendo assim requisito obrigatório a indicação de nome próprio pretendido, correspondente ao seu congénere do sexo atribuído à data do nascimento.

O tribunal competente, quer para a instauração do pedido de rectificação nos casos das alíneas a) e b), quer para a autorização prevista nas hipóteses de transsexualismo, será o do domicílio do autor ou, na falta, o da sua residência habitual (170).

Se o cidadão português (171) tiver residência em país estrangeiro será competente a jurisdição de Lisboa (172); no que tange à legitimidade processual activa haverá que distinguir as hipóteses das alíneas a) e b) daquela outra da alínea c). No 1.º caso, deverá ser lícito que os representantes legais do menor de 18 anos intentem a acção de rectificação, exigindo-se porém a anuência do menor caso tenha mais de 14 anos, mesmo nas hipóteses em que é preciso efectuar previamente uma intervenção cirúrgica dita demolitória, poquanto se trate somente de uma hipótese de «hermafroditismo somático» (art. 38.º Cód. Penal). Já nas hipóteses da alínea c), porque se trate de transsexualidade, o autor deverá ter mais de 18 anos (173), porquanto anteriormente a essa idade não está minimamente completo o quadro dos elementos que concorrem na determinação da identificação sexual global, *maxime*, na sua vertente psicológica ambiental.

Coisa diversa consiste, juntamente, em curar do tipo de providência processual que, de «jure constituendo» deve ser chamada a intervir para reconhecer ou realizar em juízo o direito ora em análise.

Vale isto dizer que, se pode chamar à colação, no nosso ordenamento, vários tipos de providências adjectivas que, em abstrato, poderiam amoldar a conformação deste direito — e sem que se esqueça que ora estamos a tratar unitariamente as hipóteses descritas em a), b) e c).

Poderia, «prima facie», conceber-se o recurso a um processo comum de justificação judicial nos precisos termos do n.º 2 do art. 299.º do Cód. de Registo Civil se se entendesse que haveria lugar a uma rectificação da inexactidão do género sexual constante do assento de nascimento (sendo, pois, inexacta a menção do assento de nascimento de que o registando era do outro sexo, posto se considerasse que toda a ambiguidade sexual fosse constitucional ou congénita); ou, por lado, 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 (art. 299.º/3, Cód. Reg. Civil) a rectificação por averbamento (art. 86.º/1/n, ibidem) do assento de nascimento em relação ao sexo e ao nome do registado (art. 126.º/1/c/d, ibidem); ou, finalmente, recorrer a um processo desenvolvido no âmbito da jurisdição voluntária, que não aquele outro primeiramente referido.

Salvo o devido respeito, cremos que a razão há-de buscar-se ao arrimo desta última solução.

Com efeito, tradicionalmente entende-se que o género sexual do indivíduo deve resultar do acto do nascimento, isto é, a partir da denúncia do nascimento do registando, efectuada pelo declarante — normamente o pai ou a mãe — ao conservador do registo civil (cfr. arts. 117.º e 118.º/1/a do Cód. reg. Civil), a qual determina a identificação do sexo (posto o sexo se inclua nos requisitos gerais constantes do assento de nascimento: art. 126.º/1/c, do Cód. reg. Civil) que caracterizará a pessoa na sua futura vida de relação. Tal declaração fará fé nos precisos termos do art. 4.º/1 do Cód. Reg. Civil, isto é, não pode ser ilidida mediante prova do contrário, antes a sua eficácia probatória só será susceptível de ilisão através de acções de estado (174) e de registo (175) — estas divididas em processos comuns de justificação judicial e processos de justificação administrativos.

Em face do exposto, nada melhor há a fazer senão «colocar o dedo na ferida», afirmando claramente que, as normas da lei que disciplinam o diagnóstico do sexo no momento da atestação do nascimento, são, todavia, insuficientes e mesmo ambíguas para a realização de uma precisa determinação do género sexual, porquanto sempre haverá de concordar-se acerca da oportunidade de um diagnóstico sexual de carácter interno, não somente a geral e genérica observação externa que habitualmente se faz. O erro reside, justamente na tendência, intrínseca a todos os sistemas jurídicos, de se valorar e reconhecer o sexo dos registandos ao arrimo tão só da vertente hormonal, gonádico e somática, esquecendo, de preceito, o sexo psíquico, qual caractere importantíssimo para uma completa e global identificação sexual (176). Vale isto por dizer que existe a possibilidade de surgirem controvérsias acerca da atestação de um sexo diverso daquele que foi declarado no momento do nascimento, ou que posteriormente se reinvindica. De resto, suscitam-se várias hipóteses, a saber:

a) Existência de controvérsia emergente da declaração prestada pelas pessoas referidas nas alíneas do n.º 1 do art. 118.º do Cód. Reg. Civil, na medida em declararem o registando como pertencente a um sexo diverso daquele que é objectiva e indubitavelmente o real (posto não haja qualquer mal formação ou ambiguidade externamente perceptível);

b) Erro material cometido pelo conservador do registo civil, no sentido de atribuir ao registado no momento em que se procede à inscrição (art. 64.º/a/b/c Cód. Reg. Civil) ou transcrição (art. 65.º/a, idem), sexo diverso do real;





c) Controvérsia resultante do erro causado por uma originária ambiguidade sexual exterior, conquanto ulteriormente se desenvolva e individualize um sexo bem definido (e assim oposto ao que foi atestado);

d) Nas hipóteses em que o sexo, no momento do nascimento se apresente bem definido e, todavia, se desenvolva seguida e naturalmente (177) no sentido do sexo oposto, criando-se, de guisa um conflito entre o registo efectuado e o sexo ulteriormente revelado, v.g. nos casos de pseudo-hermafroditismo;

e) Nos casos de presença, no mesmo indivíduo dos caracteres sexuais de ambos os sexos (isto é, no hermafroditismo), a qual é posteriormente emendada através de intervenção cirúrgica «reconstrutiva» que revele um sexo oposto ao que foi declarado e atestado (178).

f) E, na «fattispecie» da transsexualidade, na qual, por facto humano, mediante uma operação cirúrgica «demolitrice» da realidade anatómica existente e, consequentemente «confeção» em via substitutiva e reconstrutiva de órgãos genitais e caracteres genotípicos próprios do sexo a que se julga profundamente pertencer, os sujeitos mudam de sexo para melhor adequar a sua personalidade sexual (179).

Flui do exposto que, 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 descritas somente haveria lugar a uma acção de rectificação do registo (e, desde que paulativamente se começou a aceitar a admissibilidade da mudança de sexo decorrente das hipóteses a), b), c), d) e e) (180)).

Na verdade, do ponto de vista médico-legal, até nos casos de transsexualismo se defendeu a ocorrência de um erro material no diagnóstico do sexo — por princípio, sempre rectificável (181) — que decorreria da insuficiência das regras que prescrevem a atestação (sumária) do sexo no acto de nascimento na medida em que impedem um diagnóstico suficientemente certo do género sexual, incorrendo-se, desta forma, num erro de facto, por inexacta consideração de uma realidade diversa já existente, no momento do nascimento, a ponto de se peticionar a rectificação do sexo que intente reconhecer um direito que sempre existiu, mas que se desconhecia (182); ou ainda a existência de um erro material ou «histórico» que assume relevância ulteriormente ao momento da atestação do assento de nascimento, por efeitos da tomada em atenção de elementos supervenientes (183).

Indo as coisas decididas neste enfoque não será estranhável que a Jurisprudência italiana tenha ampliado a esfera de actuação deste procedimento de rectificação, seja ampliado o seu âmbito de aplicação (184), seja reconduzindo todas as hipóteses à existência de um erro material ou de facto (185), no sentido em que se interpretava extensivamente a expressão «errori materiali di scrittura» do art. 165.º do decreto de 9 de Julho de 1939, n.º 1.238 (186); além do que, sempre se dizia que a rectificação que «santificasse» uma anterior mudança de sexo, operada cirurgicamente, seria realizado por vezes pelo Ministério Público, posto fosse do interesse público e na medida em que esta imponha que a realidade natural e Jurídica se harmonize e encontre correspondência nas atestações do registo do estado civil (187).

Todavia, estas imposições foram sendo paulatinamente criticadas por uma corrente jurisprudencial que, navegando vigorosamente na letra da lei, veio negar a aplicação do procedimento de rectificação (188), no que tange — e de acordo com o quadro de hipóteses por nós proposto — com as alíneas c), d), e) e f) pois em nenhum erro se incorreria e logo era possível experimentar o especial procedimento administrativo previsto nos arts. 165.º e segs. do citado decreto (189).

Ora, desta sorte, o pedido que visasse obter o reconhecimento da mudança de sexo nas hipóteses descritas, somente se accionaria mediante o recurso a uma acção do estado, pois entendia-se não ser curial aplicar tão «extensivamente» o processo de rectificação. Com efeito, do que se trataria não era do reconhecimento de um direito que sempre tivesse existido — e só por erro se desconhecia — mas antes da aplicação de um direito decorrente da modificação de um pré-existente dado de facto.

E, então, preferiu-se usar o procedimento contencioso, pois, dizia-se que, era imprescindível a presença dos sujeitos que tivessem interesse em contraditar a pretensão e que, no mais, a mudança de sexo configurava uma questão de estado do sujeito, (no sentido técnico jurídico) juntamente, o reconhecimento judicial da diversa personalidade jurídica que o indivíduo desejava desenvolver em sociedade nos termos da mudança efectuada (190). Acresce que, isto somente se intuirá acaso se diga — como o fazia — e ainda faz (191) a doutrina e Jurisprudência italiana — que, a mudança de sexo configura uma típica questão de estado e de capacidade do indivíduo. Daí que se dissesse que, a pretensão iria atinar com a futura capacidade jurídica do sujeito, v.g., uma mulher cuja capacidade jurídica, ao tempo, não primava pela idêntica parametricidade de direitos e deveres, em relação à do homem (nomeadamente em matéria de serviço militar, prazos inter-nupciais, acesso a cargos públicos (192); em que, comportava modificações do «status» do indivíduo, em relação à sua família. Valia isto dizer que se devia recorrer à jurisdição contenciosa (193), porquanto destarte, a pretensão de afirmar a própria personalidade jurídica confrontada com todas as demais, não pode deixar de interessar ao orga-

nismo social, do qual emana o ordenamento positivo que regula a capacidade das pessoas; organismo este, que pode ter interesse em contraditar tal pretensão. Claro é, por isso, que a accionalidade de tal demanda conduzi-se imediatamente às questões atinentes com o estado, e a capacidade das pessoas, previstas na lata formulação do n.º 3 do art. 70.º do «Codice di Procedure Civile», a qual se refere não somente às relações de família — na prática as mais frequentes — mas antes a outros «status personale», modo particular, dizia-se, de o indivíduo pertencer ao organismo social. E daí finalmente que se reivindicasse a tutela de uma acção de estado desenvolvida no âmbito da forma, modo e (maior) garantia do processo contencioso ordinário, aí onde o Min. Público tem papel de relevo (194), enquanto designado pela lei como depositário dos interesses da comunidade, em que cujo âmbito os sujeitos exercitam os poderes e deveres jurídicos, quais essências da personalidade e capacidade jurídica. Que não, pois, uma acção de rectificação — que, por essência na doutrina italiana é seguramente uma acção desenvolvida no âmbito da jurisdição voluntária — dos actos do estado civil, que se destinasse a eliminar os erros e omissões materiais dos «documentos» e que teria a função social de atestar os acontecimentos que marcariam a vida física da pessoa (195).

No que toca ao ordenamento português, o «pânico» e as alterações doutrinárias e jurisprudenciais assinaladas em Itália não passaram de um efêmero momento.

De facto, se com o Código do Registo Civil de 1911 a questão se poderia legitimamente colocar, isto é, defender a aplicabilidade do normal processo contencioso no caso de uma rectificação poder prejudicar interesses de terceiros, na redacção do art. 224.º/2 do Código de Reg. Civil de 1932 (ou mesmo na sua nova redacção por força do decreto-Lei 39.923 de 23 de Novembro de 1954, que modificou os parágrafos 1 e 4) visou-se tão-só curar da rectificação dos Registos (196) nos casos de erro, omissão de formalidades ou de actos, etc. Daí que se viesse posteriormente a defender (197) que, a mudança de sexo nestes casos, aos quais Pereira Coelho assimila as hipóteses de transsexualismo (198), se operasse procesualmente através de uma acção de estado com processo ordinário, intervindo de guisa, o Ministério Público, quer activa ou passivamente nos termos do art. 26.º do Cód. Proc. Civil, art. 3.º, n.º 1, alínea c) e h) do DL 39/78 de 5 de Julho (Estatutos do Min. Públ.), art. 4.º n.1 do Cód. Reg. Civil, art. 299.º idem, e art. 462.º do Cód. Processo Civil, entre outros, posto se considerasse não ser caso para rectificação de qualquer inexactidão, deficiência ou irregularidades constantes do registo, na medida em que não se curava de um facto desconhecido mas já existente à data da feitura do registo de nascimento mas sim, a uma acção de estado com processo ordinário destinada à modificação do estado que resulta do assento (199), por facto de ter havido uma posterior mudança de sexo.

(continua no próximo número)

(156) Vide por todos Paola D'Addino Serravalle, «atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana», Camerino — Napoli, 1983. Já se vê que não aceitamos uma ordem objectiva de valores de onde se retirarão as soluções constitucionais — aí onde os juízes seriam os «donos» da constituição e obedeceriam a uma ordem hierárquica de valores — posto, estando os valores plasmados no texto constitucional, sempre estes representarão ideias atinentes às mais variadas doutrinas. Logo, então, as soluções devem encontrar-se dentro da nossa Constituição — que, afinal é no entanto, compromissória. Isto é importante, pois impede que se separe o sistema dos direitos fundamentais da parte organizatória da constituição, para nós que fundamos, «prima facie» a possibilidade de reconhecimento judicial da adequação dos caracteres sexuais do direito «objectivo» e «subjectivo» — visto como pretensão jurídica subjectiva concretizada pelos juízes à saúde, conforme o disposto no art. 64.º da const. cfr. G. Canotilho, ob cit., p. 229-234.

(157) cfr. sentença de 11/2/85 do 8.º juízo civil de Lisboa, aí onde espantosamente se diz que. «...se tais desvios (refere-se aos desvios de normalidade que consiste em pertencer biologicamente a um sexo) atingirem o grau de patogenicidade, então que se tratem devidamente os seus portadores para se estabelecerem 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 transsexuais e mais condenar expressamente intervenções cirúrgicas destinadas a mudar o sexo das pessoas (...) uma coisa é o fenómeno da transsexualidade em si, e outra o de atribuir legalmente a identificação da mulher a quem antes era homem; incentivando-se desse modo aquela anomalia» in, col. jur., 1985, t. I, p. 351; ou, cfr. o acórdão da relação de Lisboa de 6 de Fevereiro de 1986, o qual na mesma linha observa que «o homem que mediante operações cirúrgicas e alterações no aspecto psicológico e social ganha a 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 com condições idênticas 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 corpo sexuado e uma função sexual normais a uma identificação errada e identidade falsa; trata-se de um psiquismo doente, deformado o corpo à doença», in col. jur., 1982, tomo IV, p. 123.

(158) Vide Oliveira Ascensão, «O Direito» — Introdução e Teoria Geral, 2.ª edição, p. 81, onde se observa que no direito comparado o dever — ser mais um objecto de estudo do que uma necessidade imperiosa de criação: «... a ordem jurídica que serve de base ao estudo é a ordem jurídica tal como é entendida e não realmente como deve ser entendida».



(159) Equipara-se, pois, a função desempenhada pelo art. 10.º/3 do Cód. Civil Português com aquela outra desenvolvida, desde há muito pelo art. 1.º do Cód Civil Suíço — no qual, aliás, a função criadora do juiz se afigura mais livre, pois este art. 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 iudice» é atinente à matéria direitos e liberdades fundamentais, posto imediatamente aplicáveis e exequíveis, nos casos de falta de lei, mesmo que na legislação ordinária se não vislumbrem casos analógicos, cfr. Vieira de Andrade, ob cit., p. 256.

(160) Vide acórdão da relação de Lisboa de 17/1/84, in col. jur., 1984 tomo I p. 109.

(161) Mais não seja porque se deseja respeitar o princípio da igualdade, insito no art. 13.º da Const., adaptando uma via legislativa, unitária, muito embora com soluções diferenciadas.

(162) Pressupondo-se que o direito disciplinando as relações sociais assume como dado de regulamentação «aquilo que parece» e não já «aquilo que é», conquanto se não entenda, equivocadamente que o direito descobre o ser das instituições. Cfr. Finochiaro, ob cit. p. 703; Perlingieri, ob cit. p. 200; Vigmo, «un problema de iure conteúdo: il cambiamento di sesso», in Temi, 1974, p. 175.

(163) Alguns autores entendem que se deve permitir a rectificação da «aparência sexual» constante do assento de nascimento sem que se atribua prevalência a qualquer carácter sexual, relevando, outrossim, a harmonização que se intenta na sexualidade global do indivíduo, para que é tão só necessário a «verossímil aparência ao sexo desejado», qual requisito de suficiência para modificação que é valorada. Vide Wille-Krohn-Eicher, «Sexualmedizinische Auncerkungen zum Transsexuellengesetz» in fam RZ, 1981 p. 418 ss; e Bonifácio e Malannino, ob cit. p. 669, que criticam o legislador italiano por, na sua opinião, ter privilegiado o aspecto psicológico do sujeito que dizem, é de origem conflitual e não se compagina com a adopção de soluções definitivas e irreversíveis como pretende ser a rectificação normada.

(164) que deve ser um dos pressupostos atendíveis para a concepção da competente autorização.

(165) Art. 1.º/2, 8.º/1 da Transsexuellengesetz e art. 1.º da lei sueca.

(166) Assim também Garutti-Macioce, in Rivista di diritto Civile, 1981 p. 286.

(167) Art. 347.º ss. Cód. Registo civil.

(168) V. g. Pedro, Nuno, Ana, Lurdes, a menos que se defenda um ilógico neologismo onomástico.

(169) Arts. 347.º ss. Cód. Reg. Civil.

(170) Decisivo para a fixação da competência há-de ser o momento em que se apresenta o pedido.

(171) É duvidoso que, havendo algum elemento de conexão com a legislação portuguesa, um cidadão estrangeiro possa ver acolhida a autorização da alínea c), atento o art. 27.º/1 do c.c. e a valoração in concreto que se impõe, nos termos do art. 15.º, vide F. Correia, «Direito Internacional Privado», Coimbra, 1985, págs. 159 e segs; e Baptista Machado, «Lições de Direito Internacional Privado», 3.ª Edição, Coimbra, 1985, para os critérios gerais de resolução do «concurso de qualificação» e «conflito de qualificações».

A este propósito, suponha-se que, v.g., um cidadão sueco, domiciliado em Portugal se submete, em França a uma intervenção cirúrgica de estirpação de órgãos sexuais masculinos, tendo o cirurgião que efectuou a operação divulgado, posteriormente, numa publicação médico-científica, todo o «iter» psicológico-psicanalítico do paciente, sabendo-se, ademais que tudo o que foi publicitado e imputado corresponde à verdade, além do que realiza o interesse público legítimo do dever de informação — formação cultural.

Indaga-se, pois, que direitos pode o transsexual sueco fazer valer em virtude da divulgação pública de pormenores da sua vida privada. Então se a questão se levantar em Portugal, as disposições da lei sueca de 21 de abril de 1972 — maxime o seu art. 7.º — pertencem sem qualquer dúvida, ao âmbito dos direitos de personalidade (e lembre-se que este art. 7.º prevê uma pena de prisão até um ano para aqueles que, sem autorização, remetem ou divulgam factos da vida privada do transsexual, mesmo que a título de negligência); logo pertence à esfera do estudo pessoal, mandando a regra de conflitos do art. 27.º/1, conjugada com o art. 31.º, aplicar, na espécie, o direito sueco.

No entretanto, dir-se-á que se pode, por outro lado aplicar, as regras do direito francês (nomeadamente o art. 1382.º do Cód. Civil) e o tipo legal de crime traduzido na difamação por força da regra de conflitos do art. 45.º/1 do Cód civil, na medida em que, em França a transsexualidade não é ainda objecto de regulamentação especial e que, sendo assim, a ofensa à honra e intimidade da vida privada só poderá assumir aí relevo enquanto facto ilícito extracontratual do qual pode brotar responsabilidade civil e criminal.

Naturalmente o juiz português não poderá admitir e considerar cumulativamente aplicáveis as referidas disposições francesas e suecas. E, nem sequer, poderá, usar a alternativa, aplicando indiscriminadamente umas ou outras disposições, pois sempre há uma diferença de tratamento jurídico: em França, a responsabilidade criminal do cirurgião seria eliminada, pois este facilmente provaria a verdade dos factos imputados ou à sua crença objectivamente séria e fundada nos mesmos.

Em face, por tal, de concurso (cúmulo jurídico) de preceitos materiais que originam uma divergência das leis interessadas quanto à natureza desses preceitos, há-de, no dizer de Ferrer Correia (ob. cit., pág. 169), definir-se uma relação de hierarquia entre as qualificações conflituantes, por forma a determinar a regra de conflitos que deverá ser sacrificada. Tal desiderato obtém-se na medida em que se olhem os fins visados pelas normas de conflitos em presença e aos interesses que intentam prosseguir. Daí que, na hipótese vertente, é a lei sueca que o juiz português irá aplicar, posto se trate de um normativo especial criado expressamente para prover o tipo de situação em causa. Tudo se passa como se se aplicasse a regra «lex specialis, legi generali derogat».

Veja-se, agora, uma hipótese de **vácuo jurídico**.

Hipoteze-se que, um cidadão do estado de New York, domiciliado em Portugal, interpõe em Portugal acção destinada ao reconhecimento judicial da mudança de sexo. A lei do estado de New York — ou melhor a «Resolution» de 16 de Dezembro de 1971 (vide infra, nota 68), que instituiu uma praxe administrativa, mera «norma técnica», enxertada no New York city Health Code — é, de facto, a competente para reger o reconhecimento do sexo peticionado. Mas pertencerá aquela «regra técnica» do estado de New York da norma de conflitos do art. 27.º/1 do Cód. Civil? Parece que não, dada a sua origem e objectivos. Com

efeito, se é necessário determinar se dado preceito do ordenamento designado por certa regra de conflitos (no nosso caso o art. 27.º/1 Cód. Civil) pode ser submetido à categoria definida pelo conceito — quadro dessa regra, competindo, desta sorte, à «lex fori», decidir se o preceito considerado corresponde, atentas as suas características, ao tipo visado na regra de conflitos de que se parte, aí onde é no quadro da «lex causae» que se colhem as características do preceito potencialmente aplicável ao caso (art. 15 Cód. Civil), sendo assim — dizíamos — fácil é de intuir que a «praxe» introduzida pela «Resolution» de 16 de Dezembro de 1971, não reveste natureza pessoal mas antes a de um **direito público** atinente com a Saúde, contendo-se aí uma directiva de carácter geral idónea a tutela — a Saúde Pública — mais não seja porque se «enxerte» num «Public Health Code» — mediante adequadas formas de assistência sanitária pública.

Mas, e estamos sempre a hipotizar se, face ao nosso ordenamento jurídico, é possível, mais não seja jurisprudencialmente, tutelar o reconhecimento da mudança de sexo, dado a lei federal do transsexual não pode ser aplicada (a referida praxe administrativa não pertence ao capítulo dos direitos da personalidade cfr., a este propósito Ferrer Correia, ob. cit. pág. 160), não segue que se possa aplicar a tutela reconhecida no ordenamento português, porquanto, de «iure constituendo» — talqualmente de «iure constituto» na orientação jurisprudencial que aplique directamente os preceitos constitucionais — a lei que venha a regular o transsexualismo há-de ter natureza pessoal enquanto expressão dos aludidos dir. fundamentais — dir. de personalidade. Ora é bom de ver que não é uma lei portuguesa a aplicável aos direitos de personalidade. Topa-se, então que nem no estatuto pessoal nem na lex fori existe norma que resolva a situação sub iudice; a qual vem a ser pacificada mediante integração da «lex fori» e construção de uma norma que permita, nestes casos, reconhecer legalmente a mudança de sexo, acaso se preencham os requisitos exigidos na lei portuguesa (cfr. Ferrer Correia «Lições de Direito Internacional Privado», poli., Univ. de Coimbra, 1973, pág. 352).

Acree que, regra geral, excluídos desde já as referidas hipóteses de «concurso de qualificações» e de conflitos negativos de qualificações (vácuo jurídico), estando a acção a decorrer no foro português — e posto a lei portuguesa admita o reconhecimento da mudança de sexo, o que é importante para efeitos do art. 27.º/2 do Cód. civil — no que tange com a existência e tutela do dir. ao reconhecimento judicial da mudança de sexo (e nome), bem como as limitações impostas ao seu exercício, a lei competente é a lei pessoal — isto é, a da nacionalidade: art. 31.º/1 do Cód. Civil — do transsexual. Assim, a lei pessoal decide quanto à existência deste direito, formas de tutela que o exercitem e restrições que tolham o seu exercício. No mais, parece transparecer do sistema de Dir. Internacional Privado Português que, acaso nele se reconheça o dir. ao reconhecimento da mudança de sexo, não estando o mesmo previsto na lei pessoal competente do transsexual estrangeiro (porque v.g., não reconheça tal direito), este não poderá em Portugal ver acolhida a sua pretensão (cfr. Baptista Machado, ob. cit. pág. 343); pelo contrário, v.g., em Itália, nos casos em que a lei pessoal do transsexual estrangeiro não discipline tal matéria, ou mesmo exclua expressamente a possibilidade do reconhecimento, pode aplicar-se a lei italiana, na medida em que se utilize o limite da ordem pública internacional, vazado no art. 31.º das «disposições preliminares do Codice Civile» (cfr. vitta, ob. cit. pág. 7 e segs. e Morelli, «Diritto Processuale Civile Internazionale», Padova, 1954, pág. 104 e segs.); todavia esta posição somente é defensável na medida em que se entenda — conforme é doutrina dominante no estrangeiro — que se deve proceder liminarmente a uma qualificação «lege fori» do «quid» a caracterizar (a situação da vida, a pretensão jurídica concreta): como a qualificação (primária) é necessária para determinar a lei aplicável, a qualificação precede a escolha da lei; logo se aquela não estiver resolvida, o juiz italiano só pode raciocinar senão de acordo com a lei italiana de 1982, resolvendo a questão segundo essa lei, pois, resolvê-la logo segundo a lei pessoal do transsexual estrangeiro é supô-la resolvida para a resolver, e, então seria contrário à ordem pública internacional italiana aplicar uma lei estrangeira, quando, se se recorrer ao sistema de regras materiais do foro italiano, tal pretensão é constitucionalmente defendida (art. 2.º, 32.º, etc. da Constituição Italiana) a ponto de ter sido conformada em lei ordinária.

(172) Art. 85.º/3, in fine do Cód. Proc. civil.

(173) Não se segue, pois, a solução da lei alemã que, «prima facie» só se entendia o pedido a indivíduos que tivessem pelo menos 25 anos: § 8.º cláusula 1 da TSG, pois não é despicando permitir tal pedido quer, v.g., quando se complete 18 ou 25 anos.

(174) As quais correspondem o processo comum, aí onde se pretende alterar o estado que o registo reflecte com fundamento num vício ou inexactidão do acto ou facto registado, cfr. Pereira Coelho, ob. cit., pág. 314; ou, no dizer de Pires Lima, in Rev. Leg. Jur., 1957-58, Ano 90.º, pág. 25, acções destinadas à modificação do estado que resulta do assento.

(175) As quais supõem um vício ou inexactidão do próprio registo, visando, desta forma, a alteração do registo incompleto ou errado; aplicáveis, portanto nos casos de erro sobre o sexo, a ortografia do nome ou do apelido e da data de nascimento (cfr. Cunha Gonçalves, «Tratado», vol. XVI, pág. 41) e ainda nas hipóteses de omissão (v.g., não se ter lavrado o registo, omitirem-se formalidades, registar-se um óbito de pessoa viva ou um nascimento suposto,...

(176) Cfr. Antignani, ob. cit., pág. 513.

(177) Ou, mediante intervenção cirúrgica «auxiliar». Neste sentido, Figone, ob. cit., pág. 341.

(178) Na verdade, nas hipóteses descritas já a jurisprudência italiana e mais recentemente a «Suprema Corte», admitia que os interessados o pleno reconhecimento legal da própria identidade psico-sexual. Cfr. Finochiaro, ob. cit., pág. 1515; vide ainda a «cassazione» de 9 de Março de 1981, in II Dir. Fam. e delle PERSONE, 1981, pág. 703.

(179) Na medida, como vimos, em que se acolha um novo conceito de identidade sexual que confira relevo não só exclusivamente aos órgãos genitais externos mas, outrossim, aos elementos de índole psicológico-ambiental. Cfr. BESSONE e Ferrando, «Persona física (diritto privato)», in Enc. Dir., XXXIII, Milano, 1983, 1.196, ou conquanto não se esqueça o supremo objectivo, aspirado pelos transsexuais, de lograrem uma recomposição do equilíbrio psico-físico completo, isto é, a saúde, a que, a nosso ver constitui o fundamento último do reconhecimento judicial da mudança de sexo. Também neste sentido. CFR. PEZZINI, Bárbara, «Transsexualismo, salute e identità sessuale», in RASSE-

←
GNA DI DIRITTO CIVILE, 1984, pág. 469; e, mais mitigadamente M. C. CHERUBINI, ob. cit., pág. 87; D'ADDINO SERRAVALLE/PERLINGIERI (STANZIONE, ob. cit., pág. 42).

(180) Cfr. Il Diritto di Famiglia e delle persone, 1981, 1.703; Foro italiano, 1975, I, pág. 1.688. No que toca à mudança de sexo nos casos de transsexualidade a tendência para a admissibilidade começou a esboçar-se frouxamente nos inícios dos anos sessenta. A este respeito vide Sentença do Tribunal de Milão, 1965, n.º 1.030 e Sentença do Tribunal de Torino, 1965, n.º 2.330, citadas por ANTIGNANI, ob. cit.

(181) ANTIGNANI, ob. cit. pág. 513.

(182) Ibidem, pág. 517.

(183) F. CARNELUTTI, «Rectificazione di sesso», in Rivista di Diritto Processuale, 1962, II, 1.995.

(184) Não se restringindo tão-só à correcção de erros materiais, omissões e irregularidades involuntárias na atestação dos actos do estado civil, mas igualmente reforma e reconstrução de registos perdidos ou omissos; cfr. Foro Italiano, 1962, I, 1.1034, o que levou a aplicar este procedimento aos casos que no momento já se mostrassem disconformes com a realidade natural e jurídica.

(185) Considerando, v.g., que certo indivíduo sempre teria sido do sexo masculino e, somente por erro causado por certa ambiguidade de constituição dos órgãos sexuais externos teria sido declarado ser do sexo feminino. Daí que, evidenciando-se o verdadeiro sexo, dever-se-ia proceder à rectificação na medida em que se corrigisse o erro.

(186) CARNELUTTI, ob. cit., pág. 495.

(187) PERLINGIERI, «Note Introduttive...», ob. cit., pág. 205.

(188) Vide Foro italiano, 1962, I, 1.033; Giurisprudenza Italiana, 1969, I, 2, pág. 474; Rivista dir. Proc., 1962, II, pág. 492.

(189) Mais não seja porque se temia que a rectificação prejudicasse direitos ou interesses de terceiros, v.g. da pessoa a cujo estado civil respeita o assento, na medida em que ela não fosse citada para contestar, nos casos em que a justificação fosse requerida por terceiro. Neste sentido, como veremos e tentando tranpor tal doutrina para o dir. português, cfr. CUNHA GONÇALVES, ob. cit., pág. 44 do vol. XIV.

(190) Vide Foro Italiano, 1962, I, pág. 1.033; Rivista di Diritto e Procedure Civile, 1962, pág. 493.

(191) Pois na lei italiana sobre a transsexualidade, tanto se prevê um «procedimento contencioso» nos termos do seu art. 2.º, com a participação obrigatória do M.P., nos termos do art. 70.º do Codice Civile «a séguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali» como um procedimento «in camera di consiglio», isto é, no âmbito da jurisdição voluntária nos termos do 3.º para as hipóteses de autorização de tratamento médico-cirúrgico («quando risulta necessario») e ulterior rectificação da mudança operada; cfr. Patti-Will, in Rivista di Diritto Civile, 1982, pág. 749. Para o que quer que se entenda das expressões «quando risulta necessario» e «a séguito di intervenute modificazioni dei caratteri sessuali», cfr. Dogliotti M., in IL DIRITTO DI FAMIGLIA E DELLE PERSO-

NE, 1984, pág. 423 e 424. Na «transsexuellengesetz» alemã-federal, a competência e o procedimento processual, movem-se no quadro das leis sobre o estado civil («Personenstandsgesetz»), isto é, recorrendo-se a uma acção de estado, no que toca com a atestação da nova matriz sexual, nos termos do seu 9, alínea 1 e 2, e, no âmbito da jurisdição voluntária («Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit»), se se recorrer primeiramente a uma tão-só mudança de nome, disciplina no § 4, alínea 1 da TSG; além de se remeter, para o ordenamento processual civil, («Zivilprozessordnung») sobretudo em matéria de capacidade.

(192) CFR. Foro italiano, 1962, I, pág. 1.035.

(193) Todavia, dúvidas, igualmente, surgirão no que toca ao problema da legitimidade processual passiva: uma corrente jurisprudencial atribuiu ao Min. Público tal legitimidade (cfr. por exemplo, TEMI, 1969, pág. 596; outra imputava tais funções ao «Officiale di Stato civile» (Giur. Italiana, 1968, I, 2, pág. 474) ou ao «Ministero dell'Interno» (Giur. Penale, 1968, III, pág. 81).

(194) Por força do art. 73.º do decreto de 30 de Janeiro de 1941, n.º 12, que reformou a organização judiciária.

(195) Se não se enveredava por uma acção de estado, tal decorria do facto de, por vezes, casuisticamente se observar que o «status» de X ou Y não vinha alterado em relação à sua família e porque v.g. se tratasse de um caso de pseudohermafroditismo de mulher para homem. Vide Foro italiano, 1962, I, pág. 1.036-1.037.

(196) E não já, dentro do âmbito da rectificação dos registos, distinguir entre acções que admitem oposição, por força do preceituado no art. 122.º n.º 1 da Lei n.º 2.049, de 6 de Agosto de 1951 (que manda o M. P. promover as acções necessárias para a rectificação ou cancelamento dos Registos, sempre que seja solicitada pelo Director-Geral dos registos e do Notariado) e o simples processo de justificação regulado no art. 224.º § 2 do Cód. Reg. Civil de 1932.

(197) Acórdãos da relação de Évora de 25 de Outubro de 1979 e 31 de Janeiro in Col. jur., 1979, tomo IV, pág. 1980, tomo I, pág. 166, respectivamente.

(198) Ob. cit., pág. 173, nota n.º 2. Porém, pensamos que não se assimilam aos casos de transsexualismo, pois, como se diz na «factis specie», «Palмира do Nascimento (...) tinha, nessa altura, as características correspondentes a tal sexo (feminino), embora defeituosas». Tratar-se-á, outrossim, de uma hipótese em que o sexo no momento de nascimento se apresente bem definido e, todavia, se desenvolva seguida e naturalmente (ou através de intervenção cirúrgica «auxiliar» no sentido do sexo oposto).

(199) A idênticas conclusões chegaram os relatores dos Acórdãos que já decidiram entre nós verdadeiros casos de transsexualidade. Vide Acórdão de 11 de Fevereiro de 1985, in Col. Jur. tomo I, 1985, pág. 350 ss; Acórdão da Rel. Lisboa 6 de Fevereiro de 1986, Col. jur., 1986, T. I, pág. 123 ss; Acórdão da Rel. de Lisboa de 5 de Abril de 1984, Col. jur. 1984, tomo 2, pág. 124 ss; Acórdão da Rel. de Lisboa de 17 de Janeiro de 1984, in Col. Jur. tomo I, 1984, pág. 109 ss.

JURISPRUDÊNCIA DAS RELAÇÕES

Arresto. Justo receio do credor

O perigo da perda da garantia patrimonial do crédito é objectivo quando resulta do comportamento do devedor avaliado à luz dos seus deveres de lealdade, correcção e probidade.

O receio do credor deve considerar-se justificado, ainda que o devedor tenha uma consistência patrimonial relevante mas não aparente, se o comportamento deste fundamenta a convicção de que pretende subtrair-se a todo o custo ao cumprimento da sua obrigação.

(Ac. Rel. Lisboa, de 13-10-87)

O património do devedor constitui a garantia geral dos credores respondendo pelo cumprimento das obrigações com todos os bens susceptíveis de penhora, garantia essa que se torna efectiva por meio da execução — Art.º 601 e 817 do Código Civil.

Para conservação da garantia os credores que tenham justo receio de a perder podem requerer o arresto de bens do devedor, deduzindo os factos que tornam provável a existência do seu crédito e justificam o receio invocado — Art.ºs 619 n.º 1 do C. Civil e 403 n.º 1 do C.P. Civil.

Sendo a providência decretada sem audiência da parte contrária — Art.º 404 do C.P. Civil — é óbvio que o ónus da prova recai sobre o requerente. Basta para o efeito uma prova perfunctória, de simples justificação.

Não discute o agravante a existência do crédito da requerente, crédito esse que, com os juros, era em Janeiro de 1986 de 1.577.102\$20 (doc. de fls. 40 e depoimento da testemunha Maria do Presépio, que justificaram a convicção do Mmo. Juiz). O que

ele discute e não aceita é que se considere provado o justo receio da requerente de perder a garantia patrimonial do seu crédito.

No arresto dois interesses estão em conflito: o do credor em conseguir em tempo a providência que o tranquilize quanto à satisfação do seu crédito; o do devedor em não ser antes de tempo sujeito a uma medida que se traduz numa antecipação da execução.

Sustenta o agravante que o despacho recorrido deu como provado o justo receio sem dados concretos e reais, pois nada se provou quer quanto à existência de outro passivo. Assim, o justo receio é subjectivo e como tal insuficiente.

A requerente alegou que o requerido tem outras dívidas de valor considerável e se lhe não conhecem outros bens.

Não fez a respectiva prova, como se vê dos depoimentos das testemunhas. Nem de resto o Mmo Juiz «considerou justificados os respectivos factos».

Não há assim fundamento para entender que a requerente possa ter justo receio de perder a garantia patrimonial do seu crédito,

podendo aguardar tranquilamente até ao momento em que a execução se mostre necessária?

Como se vê do documento de fls. 40 o passivo do agravante era em Julho de 1984 de 510.174\$50, e foi aumentando sempre até atingir em Janeiro de 1986 1.577.102\$00.

Foi aquele alegando dificuldades e a crise económica da farmácia, prometendo pagar logo que a situação estivesse superada.

Prometeu pagar com o dinheiro proveniente da venda da farmácia.

Procedeu ao trespassado da farmácia em 16-1-86 recebendo de imediato 5.000 contos e ficando credor do restante preço, 2.500 contos, dos quais 1.000 contos seriam pagos no prazo de 3 meses e 1.500 contos no prazo de 2 anos — doc. de fls. 41 e seg. invocado pelo Mmo. Juiz.

Continuou apesar disso a não pagar à requerente que, só em 17-3-86, promoveu o arresto.

TRIBUNA da *Justiça*

Director e proprietário: RICARDO ANTÓNIO DA VELHA
Juiz Desembargador

PUBLICAÇÃO MENSAL ISSN 0870-8878

Indemnização por acidente de viação — Ampliação do pedido — Juros de mora e correcção da desvalorização monetária — Seu conhecimento pelo Tribunal

RICARDO VELHA

Dispõe o art.º 273, n.º 2 do C.P.C. que «o pedido pode também ser alterado ou ampliado na réplica; pode, além disso, o autor, em qualquer altura, reduzir o pedido e pode ampliá-lo até ao encerramento da discussão em 1.ª instância se a aplicação for o desenvolvimento ou a consequência do pedido primitivo».

Por desenvolvimento ou consequência do pedido primitivo deve considerar-se um pedido que esteja contido no âmbito do pedido primeiramente deduzido, por forma que pudesse tê-lo sido também à face da petição inicial, sem necessidade de dedução de novos factos, segundo nos parece.

Ora, nos termos do art.º 805, n.º 3, do C. Civil, segundo a redacção do Dec.-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, «Se o crédito for ilíquido, não há mora enquanto se não tornar líquido, salvo se a falta de liquidez for

imputável ao devedor; tratando-se, porém, de *responsabilidade por facto ilícito* ou pelo risco, o devedor constitui-se em mora desde a citação, a menos que já haja então mora, nos termos da primeira parte deste número».

Se um processo tem por base um acidente de viação com culpa do réu, trata-se de um caso de *responsabilidade por facto ilícito*, pelo que o devedor constitui-se em mora desde a citação.

Embora a indemnização consista em primeiro lugar na reconstituição da situação que existia antes do evento que obriga a reparação, nos termos do art.º 562 do C. Civil, o certo é que a mesma é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor, nos termos do art.º 566, n.º 1, do mesmo diploma.



Em torno da questão do Forum Arresti

PÁGINA 5

•
Transsexualidade: o reconhecimento judicial da mudança de sexo e o direito português. Alguns problemas

PÁGINA 11

•
Inexistência de crime de emissão de cheque sem cobertura por falta de data no cheque

PÁGINA 20



- (2) B.M.J. 351, págs. 318 e segts.
- (3) Neste sentido Sergio Carbone e Ricardo Luzatto «... o direito uniforme recebe (e encontra garantida) tal aplicação enquanto *lex fori*» mais do que pela existência de efectivos elementos de coligação com a relação regular... I. *Contratti del commercio internazionale* in *trattato de Diritto Privato, diretto da Pietro Rescino, Turim, 1984, vol. 11 pág. 137.* Trata-se de aspecto maioritariamente aceite na doutrina (v.g., no campo do direito dos transportes, Malintoppi, «Les rapports entre le droit uniforme et droit international privé», *Recueil des Cours, Tome 116, passim*) mas que, como procurei mostrar em *Jurisprudência e Direito Marítimo, Coimbra, 1987*, os tribunais portugueses têm quase sistematicamente ignorado.
- (4) *Colectânea de Jurisprudência, ano X, Tomo... 1985, págs. 125 e segts.*
- (5) Nesse sentido cfr. René Rodière, Emmanuel du Pontavice que ensinam que «...por uma disposição muito original da Convenção a mesma aplica-se mesmo aos navios dos Estados não contraentes, pelo só facto do arresto ter lugar perante o tribunal dum Estado contraente», *Droit Maritime, Deloz, 10.ª Edição, Paris — 1986.*
- (6) Neste sentido, ao que se afigura, embora de forma indirecta F. Mann, *The doctrine of jurisdiction in international law, in Studies in International Law, págs. 68 e 69, London 1973.*
- (7) B.M.J. 351, págs. 338 e segts. e *Colectânea de Jurisprudência, ano IX, Tomo..., págs. 234 e segts., respectivamente.*
- (8) Baptista Machado, *La compétence internationale en droit portugais, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol. XLI, 1985, pág. 106.*
- (9) A conveniência do «*forum arresti*» em matéria de direito marítimo é algo controversa. Sobre as suas desvantagens cfr. v.g. Martine Rémond — Gouilloud, em anotação do Tribunal de Apelação de Poitiers, de 13 de Fevereiro de 1980, *Revue Critique de Droit International Trivé, 1982, págs. 362 e segts.* Sobre as vantagens ver, muito recentemente, René Rodière — Emmanuel du Pontavice, *Droit Maritime, 10.ª Edição, Paris, 1986, pág.*
- (10) Ferrer Correia, *Direito Internacional Privado, alguns problemas, Coimbra — 1981, págs. 118 e segts.* e Paul Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, Recueil des Cours, Vol. 196, págs. 25 e 26.*
- (11) Paul Lagarde, «Le principe de proximité...» cit., pág. 132.
- (12) No sentido de que o princípio da maior proximidade implica, directamente, a aceitação do «*forum arresti*», Paul Lagarde, «Le principe de proximité...», cit., págs. 135 e segts., a propósito do caso Nassibian.

- (13) Paul Lagarde, «Le principe de proximité...», cit., pág. 29.º s
- (14) Sobre «*forum non conveniens*», cfr. v.g. Cheshire & North's, *Private International Law, London, 1987, págs. 222 e segts.*
- (15) Comité Maritime International, 1985, Lisboa II artigo 3 § 3, pág. 49. Para a respectiva justificação de motivos cfr. a mesma publicação, págs. 145 e segts.
- (16) Cfr. Mário Raposo, «O Direito Marítimo e a sua interpretação», que ensina, a este respeito: «Será então uma responsabilidade objectiva firmada na circunstância de o navio ser, na sua actividade, um caracterizado criador de *risco de mar*. O que afinal vem a coincidir com a razão de ser do art.º 28.º do DL 352/86», *Diário de Notícias, 2 de Novembro de 1987 (Suplemento Economia pág. 11).*
- (17) A nosso ver, o facto da Convenção de Bruxelas de 1968 sobre competência judiciária e a execução das decisões em matéria civil e comercial na Comunidade Económica Europeia, não ter considerado, minimamente, o «*forum arresti*» e de o n.º 7 do artigo 5.º dessa Convenção limitar-se a considerar as hipóteses de arresto para garantia de pagamentos decorrentes de assistência ou de salvação não tem, a nosso ver, o significado das observações respeitantes ao papel que presentemente, se tende a atribuir ao «*forum arresti*». Dois autores fornecem-nos a explicação para a razão de ser da redacção, particularmente limitativa, do citado n.º 7 do artigo 5.º da Convenção citada: A adopção duma regra assim reside no facto de que a apreensão de navios constitui objecto da Convenção de Bruxelas de 10 de Maio de 1952 para a unificação de certas regras sobre a apreensão conservatória de navios de mar na qual os Estados da Comunidade são partes, salvo a Dinamarca e a Irlanda, e cujo artigo 7 permite, em certas condições, levar os processos relativos a *créditos marítimos* que a Convenção enumera, designadamente os que resultam de assistência, perante os tribunais do país onde navio foi apreendido, Pierre Gathot, Dominique Halleaux, *La Convention de Bruxelles du 27.9.1968, Paris, págs. 59 e segts., esp. pág. 60.*
- (18) Pierre Bonassies, *La loi du pavillon et les conflits de droit maritime, Recueil des Cours, Vol. 128, págs. 511 e segts., esp. págs. 519 a 526.* Por isso mesmo deverão ser relativizadas as críticas feitas ao «*forum arresti*» por se entender que o mesmo pode destruir a unidade do estatuto do navio cuja lei do pavilhão permite assegurar. Neste último sentido Martine Rémond-Gouilloud, ob. e lug. cit., que justamente, com esse fundamento, tece várias críticas ao «*forum arresti*».
- (19) Para uma exaustiva enumeração cfr. Rui Manuel Moura Ramos, *Aspectos recentes de Direito Internacional Privado, Coimbra, 1987, págs. 35 e segts.*
- (20) Rui Manuel Moura Ramos, ob. e lug. cit.

Transsexualidade: o reconhecimento judicial da mudança de sexo e o direito português. Alguns problemas

JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES

— Aluno do 5.º Ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

(Continuação do número anterior)

Resulta do expedito que, talqualmente com em Itália (e na generalidade dos países que têm uma estrutura processual idêntica à nossa) as hipóteses das alíneas c), d), e), «maxime» a alínea f) — pois trata a hipótese da transsexualidade — são hodiernamente resolvidas mediante uma acção (declarativa, na espera da jurisdição contenciosa), de estado com processo ordinário, na medida em que, em última análise, o sexo dos indivíduos é assimilado a um «status» (200) (200-A).

Todavia, salvo melhor opinião, cremos que esta doutrina e respectivos arestos jurisprudenciais, navegam num profundo erro, senão vejamos.

Do que quer que seja «status» reina na doutrina a rarefacção daquilo que se exigiria ser uma teoria geral validamente baseada, preñhe de certezas ou conceitualmente harmónica.

Na verdade, os «estados» consignados na tradição, uma tradição que se diz romanista (201), são os três «*status libertatis*» (que separava, por uma parte os escravos, que deste não disfrutavam e, como tal, não eram pessoas, daqueles que possuíam este status e logo a qualidade jurídica de pessoa), «*status civitatis*» (que atribuía os direitos políticos, marginalizando no primeiros tempos da República, os «peregrinus» que ainda não dispunham do praetor peregrinus, criado pelos «*ius gentium*») e «*status familiar*» (traduzindo a plenitude da capacidade jurídica, requerida pela qualidade «*sui iuris*»), somente detida pelo paterfamilias, surgindo mais tarde o status de «*filii familiae*», um «*alieni iuris*» submetido à pátria potestas (202).

Nesta esteira, situam-se toda uma gama de autores que consideram o «status» no dir. civil, em paralelo fundamentalmente, com a concepção romana, isto é, o «status» (ou estado) seria hoje, como em Roma a posição jurídica do indivíduo perante a comunidade política e a família.

Por aqui voga Josserand (203) que considera o estado das pessoas um dos atributos da personalidade (os outros seriam o nome, domicílio, capacidade e património) que guia inclusivamente a capacidade e reconduzindo-se à posição de pessoa em relação à nação e à família. Para CAPITANT (204) 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 v.g., a idade e a demência, e outra qualidades, na matéria da capacidade, que, tal como Josserand distingue do estado. Este é somente o conjunto de determinadas qualidades jurídicas, que não de todas. Sendo aquelas qualidades fontes de direito e obrigações, na ordem política e privada, para o indivíduo (205). Coviello (206) determina mais incisivamente o vínculo que cria essa posição que a pessoa tem relativamente à sociedade política ou à família, distinguindo relações permanentes e necessárias, entendendo igualmente que «capacidade» é uma noção distinta de «estado» quanto às qualidades de facto, como o sexo, idade, na medida em que a modificam e que o estado modifica



a capacidade, já que personalidade e capacidade se identificam. Vê-se igualmente PLANIOL (207) afirmar que o «status» é um conjunto de qualidades, quais circunstâncias que a lei toma em consideração para daí fazer derivar consequências jurídicas, 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» é a própria qualidade pura e simples, com o que desemboca na afirmação de um outro estado: o estado pessoal como conjunto de qualidades que definem a situação física da pessoa (v.g., profissões, funções, características físicas, tudo ele coloca no mesmo saco).

Mas, é com Ferrara (207) que, imbuido por uma pré-compreensão jusnaturalista, não só desarticula a noção tradicional, para no «estado» integrar qualidades atinentes ao estado físico da pessoa — o «estado físico individual» de PLANIOL, como suprime o próprio problema do «status», pois, para ele, «estado» é um completo sinónimo de qualidade jurídica, um conceito tão lato que convém a toda a qualidade (sendo esta v.g., a idade, a posição na família, o sexo, a qualidade de comerciante herdeiro (208), a relação com um domicílio, a qualidade de falido, de empregado, de militar, etc.

No entretanto, a esmagadora maioria da doutrina coloca-se claramente ao arrimo da herança romanista. Seja, assimilando o «status» a uma relação ou vínculo jurídico que liga o indivíduo com o agregado social e só aquele em que o indivíduo é levado a ingressar como membro de uma colectividade organizada e não já como unidade (CI-CU) (209), aí onde a família — uma comunidade, no sentido que lhe deu TONNIES — forma um status familiar; 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) (210); ou, uma posição jurídica assumida por um sujeito em relação a uma determinada colectividade de pessoas organizada juridicamente (GASPERONI) (211); seja a relação do indivíduo com o grupo que, na sua generalidade, compreende todas as possíveis relações jurídicas particulares do indivíduo com os demais membros do próprio grupo e, portanto, todos os direitos e deveres dos quais se analisa tal relação (NICOLAS PINTO) (212); ou, a relação que liga o indivíduo a um agregado social, relação esta onde aquele não surge como ente independente, mas, está subordinado às normas detidas pelo poder do agregado social (RODRIGUEZ ARIAS) (213); quer, concebendo-o como critério de classificação para ordenar as relações em que o indivíduo se mostra face ao Estado de modo principal, e, por extensão, frente a qualquer colectividade organizada (JELLINEK) (214); ou, uma qualidade que exprime a participação do sujeito numa relação da vida social relevante na ordem moral (A. D'ANGELO) (215); síntese ideal de relações jurídicas (E. Retenti) (216); modo de ser da personalidade determinado em relação às diversas posições que o homem assume na sociedade (A. RASELLI); ou, algo que integre «un rapporto, una relazione» (L. FERRI) (218); «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 duties acquired by the voluntary act of a person» (W. C. Friedmann) (219); ou a condição especial de carácter duradouro e institucional, diversa da posição jurídica da pessoa normal, atribuída pela lei (...) conquanto uma pessoa ocupe uma posição da qual a criação, a persistência, o abandono e os factos relativos, é matéria com suficiente interesse social e público (220) (GRAVESSON).

Mas, é igualmente mister analisar sumariamente a bibliografia que, em Portugal curou da questão. No dizer de GOMES DOS SANTOS (221) é reduzida a bibliografia sobre o assunto, sendo o problema tratado sumariamente nas obras de Direito Civil de alguns Mestres.

Neste sentido, José Tavares (222) observava que o «status» era o conjunto de «qualidades jurídicas» que, caracterizando o indivíduo, particularizam essa idoneidade para ser sujeito de direitos e que pre-existindo a tudo, diferenciam de indivíduo para indivíduo a capacidade civil: tal como Ferrara, dilui o conceito institucional de status, dizendo também que basta ser homem para ser pessoa (enquanto no dir. romano era condição para ter personalidade ou capacidade), tornando-o uma qualidade jurídica indiferenciável de qualquer outra. Já GUILHERME MOREIRA (223), partindo do art. 1.º do Cód. Civil de 1867 via-ocorre base da determinação «in concreto» da personalidade e capacidade de direitos e obrigações. Ponto é que seja um conjunto de qualidades jurídicas (224) das quais necessariamente resulta uma massa diversa de direitos e obrigações para cada pessoa jurídica em concreto. Para Cunha Gonçalves (225), pese embora esteja a sua noção 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 efeitos à personalidade e capacidade jurídica. Contudo, outro tanto já se não topa em Manuel de Andrade (226) e Mota Pinto (227) que, talqualmente ocorre em José Tavares, aderem explicitamente à doutrina de Ferrara que, como vimos, jusnaturalisticamente, identifica a personalidade jurídica (posto se tenha extinguido a escravidão e concedido aos estrangeiros o gozo de direitos civis, ideias inspiradas no jusnaturalismo) ao «status» (Jur-

dico), enquanto fundamento e pré-condição de todo o direito (228), e dilui o conceito de estado de todo o seu sentido institucional, a ponto de suprimir o próprio problema do «status», o que, no limite poderia não vincar satisfatoriamente a fronteira entre as acções de estado e as de rectificação, na ampla formulação dos «errori materiali di scrittura».

O que vem de dizer-se far-nos-à, porém intuir o seguinte: é que, o discurso do jurista contemporâneo deve libertar-se outrossim, da preocupação de aclarar o sentido das fórmulas romanas «status libertatis», «civilitatis», «familiar» e sua relação com a capacidade jurídica da pessoa. Antes, cada um dos «status» corresponde a um particular modo de ser da personalidade de acordo com a estratégia legislativa de satisfazer e garantir as finalidades humanas, métodos estes que determinam funções diversas do indivíduo na sociedade (230). 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 o sujeito adquire com o matrimónio ou por efeito da procriação.

Fonte de relações, direitos, pretensões e obrigações, o «status» não é apto a 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 característica dos poderes-deveres (231), exclusão dos interesses egoísticos, a subordinação a um fim,...

A noção de status assim compilada (no enfoque de «contacto», «relação» com os outros, condição jurídica de pertença a grupo e fonte de direitos e obrigações) — ou melhor, reencontrada, porquanto alimentam-na ainda ilusões à fidelidade e 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 (232). De facto, desde logo do conceito se haverá de excluir a qualidade das coisas (v.g., o forum rei sitae do art.º 46.º do Cod. Civil e art.º 65.º/a-A do Cod. Proc. Civil), as qualidades pessoais que são um simples modo de exprimir os direitos subjectivos ou instrumento para a realização de certas «factis species» (v.g., a qualidade de comerciante do art.º 13.º do Cód. Comercial, de sócio, de herdeiro) ou ainda aquelas que prescindem da relação do seu titular para com sujeitos determinados (v.g., um título nobiliárquico, a qualidade de Ministro do culto,...) as que nem sequer constituem bens (no sentido de serem aptas a satisfazerem necessidades, v.g., as ideias — que por vezes também são formas — desligadas de qualquer sentido útil, (233) ou que não recebem do ordenamento qualquer protecção (v.g., a irrelevância do dolo, in se, no casamento, enquanto dolo e não já enquanto erro (234)).

Flui do exposto a estraneidade que para nós assume a opinião daqueles que arrimam no pressuposto de que a mudança de sexo (seja por efeitos do transsexualismo ou por qualquer outro que se não destine unicamente a rectificar o assento de nascimento nos termos do art.º 229.º do Cód. Reg. Civil Português, art.º 165.º e segs. do decreto de 9 de Julho de 1939 da República Italiana art.º 45.º alínea 1 do Code Civil Suisse (235), ou art.º 99.º do «Code Civil» francês (236)) configura processualmente uma acção de estado na medida em que comporta uma modificação no estado da pessoa: vem-se admitindo que, com a mudança de sexo surge uma típica questão de estado e capacidade dos indivíduos, porquanto os direitos e obrigações jurídicas são atribuídos ou negados tendo em consideração particulares situações, entre elas o sexo, cuja modificação determina invariavelmente uma modificação na idoneidade de a pessoa ser titular de direitos e obrigações.

Mas, justamente, no momento em que se «relembra» que «estado» e capacidade são conceitos distintos (237) ou que o art.º 13.º/2 da Constituição Portuguesa da República declara explicitamente que a capacidade jurídica (e é ocioso aqui distinguir entre capacidade de gozo e capacidade de exercício de direitos) não é diferente em razão do sexo ou surge alterada decorrente da modificação daquele outro (238), o que se pode é dilucidar se afinal o sexo constitui ou não um «status», por forma a afirmar-se, caso a resposta seja positiva, que a mudança daquele implica a modificação deste outro.

De resto, bem se sabe que o discurso sobre o status é um dos mais incertos e complexos na doutrina civilista. Porém, do que vai dito, parece dúbio dizer-se que o sexo integra um «status», mais não seja porque — e enquanto se quiser continuar a ver no status uma questão ívris autónoma nos seus conteúdos e fronteiras — há que distinguir e autonomizar o «status» (jurídico, nem se vê) de outras «situações» ou qualidades do homem, às quais a lei também imputa efeitos jurídicos. Além do que, o fio condutor do discurso sobre o «status» define-o em ordem a «relações», síntese de «relações jurídicas», que não relações de facto. Ora, se o «estado» é um conteúdo relacional — relação com uma colectividade — deve excluir-se que o sexo, que é, «prima facie», um facto, um critério de identificação (cfr. art. 126.º/c, Cód. Reg. Civil), possa ser considerado e assimilado a um «status» em sentido técnico (239). É que, para aqueles que prospectavam o conceito de «status» no sentido de qualidade jurídica da pessoa (240), deve



invariavelmente colocar-se o problema da individualização do critério que diferencia o status em relação ao «género» mais vasto das qualidades jurídicas. Parece, pois, excluído que o sexo assuma a qualificação de status «de Per se», a qual afinará, outrossim, com as situações que o indivíduo assume no âmbito da comunidade estadual e da família. Se isto é verdade deve excluir-se que a mudança de sexo e concomitante rectificação das indicações constantes do assento de nascimento, configure uma acção de estado (ou o exercício do direito à identificação do próprio sexo).

Todavia, nas hipóteses em que o status do indivíduo em relação à sua família, vem modificado, por efeito da mudança de sexo (242), poderá defender-se — embora para nós seja duvidoso, mais não seja por razões de unidade processual, aí onde se não deve superlativizar a segurança que a proposição de uma acção de estado confere ao possível contraditório oferecido pela mulher do transsexual, posto se ache uma solução compromissória, consagrando em sede de jurisdição voluntária uma solução análoga à do art.º 301.º/1/b do Cód. Reg. Civil, que regula os processos, também de jurisdição voluntária (243) — a oportunidade da propositura da acção de estado.

Propendemos, pois, de «ivre constituendo», para a admissibilidade, da criação de um iter processual que accione o dir. fundamental traduzido, se for caso disso, no reconhecimento judicial da mudança de sexo e nome, e que haverá de situar-se na área da jurisdição voluntária (enxertado no Código de Processo Civil ou assim caracterizado em virtude de reunir as características, como veremos, desta área objectiva).

É claro que se poderia seguir no encaixe do já disciplinado processo comum de justificação judicial (244) (245). Todavia, embora se situe na área da jurisdição voluntária (246), a função do juiz ao dilucidar questões no âmbito do art.º 299.º e segs. consiste em unicamente apreciar a veracidade de um facto ou a regularidade de um registo e nunca para derimir uma situação anómala de interesses (247) — como é a vertente, casos em que o objecto do processo é um grupo de interesses independentes que recaem sobre bens autónomos do transsexual (248). Por isso é que a justificação tem lugar perante o respectivo conservador — que a recebe, realiza a instrução do processo, nele lançando informação final sobre a atendibilidade da pretensão do requerente, nos termos dos art.ºs 300.º e 303.º do Cod. reg. civil — e não perante o tribunal que, realiza uma função meramente formal de fiscalização e apreciação declarativa — construtiva de uma legalidade autotutelar que quase lhe não pertence. Dá que os interesses em jogo — entre outros, o direito à saúde, na vertente subjectiva e objectiva, esta última sujeita à «reserva do possível», e a miríade dos direitos fundamentais (de personalidade) já analisados — desaconselham que se enverede por tal caminho, deixando-se ao conservador tão amplo campo de manobra, decisões que haverá de ser material e ponderosamente dilucidadas em sede heterocompositiva (249).

Perante o exposto-é, pois curial sugerir o seguinte:

— Nas hipóteses de transsexualismo, em que seja necessária prévia autorização judicial para a realização da intervenção cirúrgica, ou acaso assim se venha a entender, naqueles casos das alíneas supra c) d) e e) (vide art.º 152) em que também haja necessidade de intervir cirurgicamente, mais não seja para somaticamente corrigir e «ajudar» uma ou outra ambiguidade sexual externa (250), a autorização deve ser pedida ao juiz «a quo», seguindo-se o ritual da jurisdição voluntária. Ou seja, na hipótese que nos move — a transsexualidade — o interessado dirigindo-se ao tribunal pedirá que lhe seja concedida autorização para mudar cirurgicamente os seus caracteres sexuais externos completos e perfeitos em ordem a ser-lhe implantado um fenotipo do sexo oposto, para o que deverá produzir, se quiser, exaustiva certificação médica (art.º 302.º, Cód. Proc. Civil). Porém, o tribunal pode investigar livremente os factos trazidos a juízo, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações que reputar convenientes para ajuizar acerca da viabilidade do pedido (art.º 1409.º/2, Cód. proc. civil) (251), vigorando assim o princípio da actividade inquisitória do juiz numa matéria de tão profundo interesse público, além do que o juiz só admitirá as provas que julgue necessárias. A mais ditoso, o tribunal, não estando sujeito a critérios de legalidade estrita; maxime, como é o caso, quando esteja determinado por conceitos amplos e gerais (v.g. a necessidade de suficiente perenidade da íntima convicção de se pertencer ao sexo oposto, ou a vivência por tempo razoável talqualmente fosse um sujeito do sexo oposto), o juiz adapta em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna (252).

A resolução do juiz poderá ser, por outro lado, alterada se v.g. tendo o juiz indeferido o pedido de autorização para a realização de intervenção cirúrgica, o transsexual tenha, posteriormente tentado automutilar-se, o que aliás corrobora a regra do art.º 1411.º/1 do Cód. Proc. Civil. Não será curial, tal como se prevê na lei italiana no seu art.º 2.º, notificar logo nesta fase o cônjuge e os filhos do transsexual casado, pois, podendo o juízo autorizativo concluir-se de modo desfavorável para o transsexual, o conhecimento da aspiração do transsexual, pode turbar um possível e já precário equilíbrio familiar.

O M.P. terá nesta sede, como no ulterior processo rectificação do sexo intervenção a não menosprezar, a ele lhe cabendo defender, pri-

macialmente o dir. à saúde, entendida como «saúde pública» — directiva de carácter geral, tutelador da saúde mediante adequadas formas de assistência sanitária, já definidas na Lei de Bases do Serviço Nacional de Saúde (253). Ademais, poderá disfrutar inclusivamente de legitimidade processual activa, propondo em juízo tal pedido se v.g., o interessado for incapaz, ninguém tendo para o representar, nos termos gerais do art.º 15.º do Cód. Proc. Civil.

Já, no que toca com as hipóteses referidas supra nas alíneas c), d) e e), sempre que não seja necessário (254) tratamento médico-cirúrgico ou, nos casos de transsexualismo da alínea f), quando esses tratamentos já se tiverem realizado antes da entrada em vigor da lei que ora se analisa de ivre constituendo — e, afastado que está o recurso a uma acção de estado com processo ordinário, na qual se peça também a rectificação de sexo e nome, salvo, se se aprouver, nos casos em que se está em face a um transsexual casado — ou ainda quando o tribunal já tenha previamente autorizado o sujeito a tratamento médico-cirúrgico (255), na medida em que se esteja em presença de uma provada dissociação entre a inclinação psicológica e os elementos sexuais externos e cromossómicos, também elas deverão quadrar-se com a área da jurisdição voluntária no que tange pelo menos, com os pressupostos e todo o «iter» decisório que conduza à «resolução», v.g., quando o tribunal «inquisitoriamente» verifica que o transsexual é incapaz de procriar, que se submeteu a intervenção cirúrgica, da qual resultou clara similitude com o quadro morfológico do outro sexo (256), ou quando se averigua da profundidade e perenidade da convicção de o transsexual se identificar psicológica-sexualmente com o sexo oposto.

Por outro lado, as hipóteses referidas SUPRA nas alíneas a) e b), mesmo de «ivre constituto», deverão ser resolvidas em sede de processo comum de justificação judicial.

E isto é assim, na medida em que a jurisdição voluntária é, entre outras características:

- função estadual de natureza tutelar,
 - relação processual que tem lugar, por vezes, no interesse único do demandante (257)
 - provimento requerido que se não dirige contra adversários (réus), mas apenas a favor do interessado, da pessoa protegida por lei (258)
 - inexistência de vencedores ou de vencidos (e, por isso, é irrelevante a sucumbência)
 - interesses ou grupos de interesses independentes, que recaem sobre bens autónomos de certa pessoa; interesse cuja forma de prossecução se submete às determinações do Tribunal (259)
- ou
- um interesse fundamental tutelado pelo direito, acerca do qual se podem formar posições divergentes (260)
 - gestão de negócios que a lei coloca sob a fiscalização do estado, mediante o Poder Judicial (261), etc.

Decorre, por conseguinte, que o processo na área da jurisdição voluntária deve preferir-se ao contencioso, na questão que nos move. Tanto mais que, é o mais adequado numa perspectiva constitucional, na qual os poderes públicos desempenham um papel activo na tutela da personalidade e, sobretudo, é o mais adequado instrumento para a protecção e desenvolvimento dos direitos, liberdades e garantias fundamentais. Com efeito, a estrutura processual voluntária protagoniza este papel, na medida em que garante, de forma imediata a tutela daquelas situações, as quais se fossem accionadas em sede de Processo Comum Ordinário — processo moroso, mais solene e dispendioso — poderiam conduzir, por vezes a prejuízos irreparáveis (v.g., a automutilação do transsexual). Se se visa, com estes processos, tutelar, entre outros direitos, v.g., a intimidade da vida privada, a adequação da jurisdição voluntária a este direito é bem visível, posto se entenda que o reconhecimento judicial da mudança de sexo (e nome), não pressuponha adjectivamente um verdadeiro contraditório, com constituição de partes. E isto é assim, na medida em que se deva aceitar a premissa de que as formas processuais devem adequar-se ao direito tutelado substancialmente (262), «maxime», são indispensáveis formas de tutela urgente em certas situações, entre as quais ressalta a protecção dos direitos de personalidade.

No que respeita aos demais efeitos e consequências do juízo que ordene a rectificação do sexo e nome haverá que acrescentar o seguinte: (De notar que, algumas propostas podem ser já acolhidas, de «ivre constituto»).

— O juiz acaso autorize a rectificação do sexo e nome, haverá de ordenar, concomitantemente, a rectificação do assento de nascimento, isto é, ordenando que v.g., onde se leia «sexo masculino» (art.º 126.º/c, Cód. Reg. Civil) se deva escrever «sexo feminino» e onde esteja escrito, ... Mário dos Santos, se escreva, ... Maria dos Santos (art.º 126.º/d, do Cód. Reg. Civil) e, mandando averbar, por transcrição, a respectiva sentença ao assento de nascimento, nos precisos termos do art.º 86.º/n do Cód. Reg. Civil (262).

Outra questão consiste em dilucidar que tipo de menções deverão apor-se nas certidões dos actos de registo civil atinentes com indivi-



que tenham mudado de sexo e nome (próprio, entenda-se). Em Itália, a lei de 14 de Abril de 1982, n.º 164, no seu art.º 5.º refere que as certidões dos actos sujeitos a registo civil são extraídos unicamente com a menção do novo sexo e nome. Todavia (263), tal como ocorre em Itália (de acordo com o preceituado no art.º 450.º do Código Civil e art.º 184.º ss do Ordenamento dello stato civile, isto é, o decreto de 9 de Julho de 1939), entre nós e conforme resulta do art.º 262.º/a/b e 275.º/1/4 dos actos de registo podem extrair-se certidões de narrativa (onde se mencionam os respectivos elementos) de cópia integral (transcrevendo-se integralmente o texto dos assentos a que respeitam os seus averbamentos), ou fotocópias dos assentos. daí que, adaptar-se o preceituado da lei italiana (264) não seria curial, pois, as certidões por cópia integral jamais poderiam conter somente a indicação do novo sexo e nome. Pelo que, deverá restringir-se, entre nós, o âmbito de aplicação daquela directiva do art.º 5.º da lei italiana, por forma a tão-só permitir a menção do novo sexo e nome nas certidões narrativas (de modo a tutelar o núcleo essencial do dir. ao bom nome e intimidade da vida privada: art.ºs 26.º/1 e 65.º da Constituição da República). Até porque, numa interpretação extensiva do art.º 263.º/2 do Cód. Reg. Civil, esse resultado lograríamos, na medida em que «Nas certidões narrativas são mencionados os respectivos elementos (...) exceptuados os secretos (v.g. os registos secretos de perflilhação, nos termos do art.º 265.º/3 do Cód. Reg. civil). No entanto, no que concerne às certidões por cópia integral e nas fotocópias do assento de nascimento já os dados legislativos actuais obrigarão à menção do incluso averbamento da sentença que decretou a mudança de sexo e nome ou da descrição a ela respeitante; a não ser que, «de iure constituendo» se alargue o âmbito de secretismo das referidas menções, contudo, sempre restaria o argumento de que a publicidade emergente do «iter» processual da rectificação da atribuição do sexo e nome não constitui título para limitar a força probatória e publicista dos actos do registo civil.

— Deve vedar-se que o mesmo indivíduo possa reverter ao sexo originariamente atribuído no acto de nascimento. Não é outra a razão porque, de «ivre constituendo», se defende, nos casos em que resulta necessário, a prévia autorização judicial para a realização de intervenção cirúrgica, qual aviso solene da responsabilidade que se assume.

É certo que, em rede de processo de jurisdição voluntária, «as resoluções podem ser alteradas, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, com fundamento em circunstâncias supervenientes...» (art.º 1411.º, 1.ª parte do Cód. de Processo Civil), porém, cair-se-ia em grave equívoco jurisprudencial no sentido em que, segundo os dados hodiernos da medicina, a intervenção cirúrgica é irreversível. A não ser que viesse a considerar a existência legal de um terceiro sexo (265). de resto dever-se-á sempre evitar uma supérflua instrumentalização das normas jurídicas para fins exclusivamente subjectivos.

— A sentença que rectifique a atribuição originária do sexo e nome não deve possuir efeito retroactivo. Haverá de considerar-se imutável a relação entre v.g. o transsexual e os seus filhos (266), ou a de alimentos a que estiver por lei obrigado a prestar dever ao antigo cônjuge ou outro familiar, os direitos sucessórios que proficia a ascendentes, descendentes, adoptados e cônjuges, ou que destes espera vir a ser investido, etc.

Ademais, a resolução (267) há-de possuir eficácia «ex nunc» não sendo, pois, possível defender que os efeitos do reconhecimento da mudança de sexo e nome possam retrotrair ao momento da propositura do pedido (268). Ora, se a rectificação opera por força da resolução do tribunal, os seus efeitos decorrem a partir do momento em que é proferida; e, tão pouco decorrerão após o momento em que o Conservador do Registo Civil rectifica no Livro de Assentos de nascimento (art.º 21.º/d, Cód. Reg. Civil) as menções do assento de nascimento referentes ao sexo e nome.

O que, aliás não é dispiciendo pois o momento em que começam a produzir-se os efeitos do reconhecimento judicial da mudança de sexo e nome tanto revelará em matéria matrimonial (270), como naquela estreitamente 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, sabendo-se que a sucessão se abre no momento da morte do seu autor (art.º 2031.º Código Civil), é decisivo saber quem são os chamados e estabelecer se naquele momento já tinham sido produzidos os efeitos decorrentes da mudança de sexo (cfr. porém os art.ºs 2187.º, onde, no seu n.º 2 se traduz o princípio geral do art.º 238.º, Cód. Civil — teoria da manifestação — e 2203.º do Código Civil).

Por outro lado nada impedirá que se estabeleça corrente jurisprudencial que tenha como prejudicial as relações estabelecidas entre o pai ou a mãe que mudou de sexo e o filho(s) menor(es), a ponto de mais facilmente poder ser requerida a inibição do exercício do poder paternal (art.º 1915.º, Cód. Civil) ou, se for caso disso as providências previstas no art.º 1918.º do Código Civil.

Pois, certo se compreenderá que a maturação psíquica da criança ou do adolescente poderá ser gravemente afectada perante o quotidiano convívio com v.g., um «pai-mulher». Na verdade haverá de intuir-se que, a afirmação e protecção de uma «subjectividade sexual» jamais poderá comprometer aquela «subjectividade» atinente com a realiza-

ção da personalidade do menor, a qual, sendo assim, reclamará uma tutela jurídica preferencial. Se é certo que o comportamento do transsexual é a consequência lógica de um direito juridicamente tutelado, nem por isso a sensibilidade do jurista deve impermeabilizar soluções que decorram da adequação das exigências do sujeito interessado com os interesses de outros e com ele entram em contacto (v.g., nestas situações de sujeitos a cargo de outrem) (271).

— Se se entender que, de «ivre constituendo», o reconhecimento judicial da mudança de sexo e nome, que envolva a necessidade de uma intervenção cirúrgica «demolitória», «reconstrutiva» ou meramente «auxiliar», deva ser precedida de uma autorização judicial (272), exigir-se-á, de guisa, a previsão legal de sanções aplicáveis a todos aqueles que realizem — ou se sotoponham a — intervenções cirúrgicas de adequação dos órgãos sexuais ao sexo (psíquico, no caso dos transsexuais, ou morfológico, nos restantes casos) prevalente. De facto, o temor de que a autorização não seja concedida, e daí a consequente imprudência, naquele momento, do processo de rectificação da atribuição do sexo, pode induzir a que os interessados somente iniciem este último processo após se terem previamente submetido a intervenção cirúrgica — sem autorização do Tribunal. De resto, o procedimento de rectificação poder-se-ia duplicar na hipótese de as demandas serem interpostas após a intervenção cirúrgica — ilícita porque não autorizada; ou, estranhamente, e pelo contrário, o juiz não poderia deixar de conhecer as «operadas modificações sexuais», mandando rectificar no acto o assento de nascimento. Nestes termos, a autorização concedida pelo Tribunal não seria mais do que uma «praxe» de carácter facultativo.

Assim, as sanções a prever, ou terão carácter criminal (o que parece difícil de aceitar, face à causa de exclusão da ilicitude e da culpa prevista no art.º do Código Penal, isto é, acaso se respeitem as «leges artis» e o fim terapêutico da intervenção), ^{CONTRA A OBRIGACÃO} (traduzidas na aplicação de coimas ao médico e ao paciente) ou disciplinar (incidente na pessoa do médico e traduzida em v.g., repreensão escrita, suspensão do exercício da medicina por certo tempo, etc., que não, em qualquer caso, proibição definitiva de exercer a profissão) (273). Ajuizado já não seria, porém, prever a preclusão definitiva do êxito da acção de rectificação, tanto mais que poderia estar perante situações que, de todo em todo, mereceriam provimento favorável. Afinal, tal desiderato representaria uma autêntica «condenação à vida». (274).

— Por último ocorre considerar as consequências do fenómeno transsexual no que tange ~~ao~~ casamento. Daí que, para se fornecer uma solução completa acerca da situação matrimonial do transsexual, é necessário distinguir diversas hipóteses:

a) No caso em que o transsexual, tanto antes do casamento como depois dele não se submeta a intervenção cirúrgica.

Nesta hipótese, o sujeito pode naturalmente contrair casamento válido com pessoas de sexo anagráfico diverso do seu (art.º 1628.º/e, a contrário, do Código Civil); se porém, já é casado, o outro cônjuge pode eventualmente propor acção de anulação do casamento em virtude de erro que viciou a sua vontade, incidente sobre as qualidades (naturais) do outro cônjuge (e, conquanto se reunam os demais requisitos do art.º 1436.º do Cód. Civil)

b) Quando o transsexual antes do casamento se tenha submetido a intervenção cirúrgica «adequadora» dos órgãos sexuais externos (no pressuposto de que ulteriormente tenha casado).

Se a demanda de rectificação da atribuição do sexo (que ele tenha proposto antes do casamento) tenha merecido provimento, o transsexual pode validamente contrair casamento com pessoas de sexo anagráfico diferente daquele que lhe foi imputado por virtude da procedência da sua acção de rectificação. De resto, o outro cônjuge poderá, naturalmente anular o casamento desta forma.

Se se tratar de casamento civil, não sendo a impotência ou a esterilidade de um dos cônjuges, entre nós, impedimento matrimonial, só o poderá fazer com base na regra geral do art.º 1436.º do Cód. Civil.

Se se tratar de casamento católico pode o outro cônjuge pedir a nulidade, se for caso disso, nos competentes tribunais e repartições eclesiásticas (art. 1625.º, Cód. Civil) com base no impedimento dirimente do direito canónico de impotência (Canõne 1142, do Código de Direito Canónico de 1983), no erro acerca de qualidades da pessoa (Canõne 1097, §2), este último tornado inválido o matrimónio, desde que directa e principalmente se pretenda essa qualidade (v.g., a não esterilidade do transsexual macho-fêmea), ou peticionar a dispensa do casamento nato e não consumado (276) dissolvendo-se o casamento por graça ou dispensa pontifícia.

No caso em que o tribunal não acolha o pedido de mudança de sexo, o transsexual só poderá contrair válido casamento com pessoas do sexo anagráfico diverso do seu (277)

— Sempre que, depois do casamento, o transsexual se submeta a intervenção cirúrgica. (278)

• Ou, na pendência da acção de rectificação, o cônjuge propõe acção de divórcio nos termos do art.º 1672.º (v.g., por ofensa ao dever de respeito, isto é, os direitos conjugais que a lei atribui ao outro cônjuge ou os seus direitos individuais, atendendo ao grau de educação e sensibilidade moral do cônjuge ofendido), que poderá vir a ser «consumida», acaso aquela acção proceda, pela inexistência superveniente ou sucessiva do casamento.

• Ou, caso a acção de rectificação não proceda o outro cônjuge intentar acção de divórcio ou nela continuar. (E, conquanto já não possa intentar acção de anulação do casamento v.g., porque já deixou de correr mais de 6 meses desde o conhecimento do facto, para si desonroso: art.º 1645.º, Cód. Civil; ou porque a causa da anulação não é contemporânea ao momento do casamento (279) na medida em que v.g., o irreprimível de mudar de sexo surgiu tardiamente já quando o indivíduo é casado).

• Ou, caso a acção de rectificação proceda verifica-se a hipótese de cessação do vínculo conjugal por força de inexistência superveniente do casamento, dada a igualdade de sexos verificada.

• Do que foi dito será mister salientar algumas notas em tom de conclusão.

Neste sentido se é meritório o facto de cada vez mais se notar a atenção dos juristas e a sua crescente sensibilidade no que toca com a atenção que dispensam ao texto constitucional — e, como nós, nele se fundam para aplicarem directamente aos casos da vida as normas constitucionais, como o exige de ivre constituto a questão ora em análise — será curial que não pactuem com uma perigosa confusão de linguagem e que se traduz na referência que se pode tornar obrigatória à Constituição, perdendo-se, desse modo, de vista o «específico» significado das normas constitucionais e relegando para as «kalendas» a «vontade da Constituição».

Na verdade certas disposições legais (v.g. art. 25.º/1, 26.º/1 da Constituição, art.º 70.º/1 do Código Civil, 126.º/1/c, 128.º do Código do Registo Civil, art.ºs 6.º, 12.º, 18.º e 29.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, art.ºs 6.º/1, 8.º, 12.º e 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) são citadas a propósito e a despropósito, sem por vezes se expender qualquer discurso sobre o seu mérito (280). Ora, se v.g., a identidade é como vimos (281) exigência de ser si mesmo, na perspectiva de uma completa representação da personalidade do indivíduo em todas as suas facetas, implicações, qualidades e atribuições (e logo também na esfera sexual), porque vêm alguns dos nossos arestos jurisprudenciais dizer que é contra os bons costumes a automutilação e esterilização operadas, que se procura adaptar um corpo sexuado uma função sexual normais a uma identificação errada e identidade falsa, deformando-se o corpo à doença, etc.? Ou, como em Itália já se disse que, identidade significaria sobretudo pôr limites à disponibilidade do próprio corpo, no sentido da norma do art. 5.º do Codice (282)?

E, no entanto, sempre se esquece que, desta forma fica por tutelar a afirmação da personalidade dos transsexuais. Mister é ajudá-los a superar o isolamento, a hostilidade e a humilhação que sempre acompanhavam o drama da sua existência no quadro de uma «civilização jurídica» evolutiva e mais atenta aos valores da liberdade e dignidade da pessoa humana que, mesmo em situações «anómalas» ou (e) em áreas minoritárias do espectro social, clamam protecção. (283)

No quadro de uma valoração da não indiferente actividade legislativa e jurisprudencial, depara-se-nos, não raro, um panorama pouco encorajante (284), pois, somente em esporádicos casos se tem atendido «construtivamente» à experiência daqueles países europeus que já legiferaram sobre a questão.

Por outro lado, sem embargo destes processos legislativos terem sido, por vezes, coincidentes (no caso da R.F.A., Itália e Holanda), a comunicação e a troca de notícias tem sido pouco mais que evanescentes e esporádica. De certo, tal «estado de coisas» em nada ajuda futuras legiferações internas ou a harmonização das diversas leis nacionais já existentes — ou a constituir — antes, favorece o aparecimento de novos problemas de direito internacional privado (Vide infra, nota 171).

Com efeito, a diversa técnica legislativa dos Estados, mormente a experiência retirada dos processos de elaboração das várias leis nacionais em matéria de condições gerais dos contratos, evidenciou flagrantemente o facto de a escassa capacidade de diálogo inter-estadual, temperada por um tímido provincianismo, ter prevalecido em relação às exigências de harmonização. Não tanto pela falta de regulamentação similar — tarefa impossível, por força das diferentes «tradições» jurídicas-culturais nacionais — senão pela carência de harmonização processual e metodológica. Daí que, o reconhecimento judicial da mudança de sexo (e nome) — tutelado legalmente ou assim decidido em via jurisprudencial — não deva constituir uma noção estranha e anódina no «espaço jurídico europeu» em que nos integramos.

(200) E, sem que as coisas tivessem mudado com as alterações ocorridas no Cód. Reg. Civil, na redacção do DL 51/78 de 30 de Março e DL 379/82 de 14 de Setembro, (vide art.ºs 110.º a 112.º, 115.º/2, 299.º/2/3) as quais alteraram a redacção do Cód. Reg. civil de 1958 e de 1967.

(200-A) Em França para as hipóteses de «erro grosseiro» na declaração seja do declarante, seja do «officier de l'état civil» há lugar à simples «rectificação do acto de nascimento», cfr. Roger Nerson, in *Revue de Droit Public*, 1966, pág. 74; idem, *ibidem*, 1976, pág. 801. Se o erro não for «manifesto» recorre-se a uma acção de estado à qual o autor chama «l'action en réclamation de sexe», idem, *ibidem*, 1966, pág. 77 e que se fundamenta nas disposições do art.º 99.º do Code Civil, sobre a rectificação dos actos do estado civil.

Na Suíça, a acção que vise modificar a inscrição do sexo nos registos do estado civil — agora a hipótese da rectificação judicial prevista art.º 45.º/1 do Code Civil Suisse para os casos de erro material que afecta a inscrição desde o momento em que se efectuou, ou a rectificação de inscrições que, exacta na origem já o não sejam virtude de o estado da pessoa se modificar — não deve resumir-se, assim, após a intervenção de mudança de sexo, num simples pedido de rectificação, mas numa acção de estado, corrigindo-se uma inscrição que já não corresponde à situação de facto real; cfr. JACQUES-MICHEL GROSSEN, in *Revue de Droit Public*, 1967, pág. 916, n.º 1.

(201) Contra o conceito técnico-jurídico de «status» um direito romano pronunciavam-se um dos corifeus da Escola História — Gustavo Hugo —, citado por Nicolas Pinto, «Lo status professionale», Milano, 1941, este último, tentando, como aliás o fazia toda a doutrina jurídica fascista italiana, ambigüamente pôr em causa toda esta tradição, por forma a descobrir, impulsionado pelas tendências nacionalistas tendentes a reforçar a autoridade dos grupos, como via para um controlo social total, que a doutrina corporativa — católica paternalisticamente visava — um novo status, justamente o «status profesional», na medida em que terá ido, julgamos, para aí encaminhado por obra de Ferrara (*trattato di diritto Civile italiano*, 1921, vol. I, pág. 337 ss.), que dilui completamente a noção de «estado» — sinónimo de qualidade jurídica, conceito largo e simples que convém a qualquer qualidade jurídica, abrindo caminho a toda aquela doutrina que, Gravesson («Status in de Common Law», London, 1953, pág. 2 ss e 7) qualificava como expediente lógico e instrumento prático para criar ou manter desigualdades na medida em que se supunham situações de privações ou limitação da capacidade de exercício — v.g., nas situações de natural ou social inferioridade (menores, mulheres, inimputáveis) — ou o ódio a grupos étnicos ou religiosos, marginalizados pela comunidade, com o foram os v.g., judeus, franciscanos, 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. E esta herança foi recebida por BARBERO («sistema institucional del diritto privato italiano», I, Torino, 1950, 135, 153) que fala num «status religioso in ragione della gerarchia nella chiesa».

(202) Sobre a origem histórica da noção e a experiência romana, cfr. RASELLI, «del concetto di status e delle sue applicazioni nel diritto processuale», in *Studi Senesi*, 14921, pág. 229 ss., ivi, 1924, pág. 1 ss. *ibidem*, 1925, pág. 128 ss.

(203) «Cours de Droit Civile Français», cit. pág. 129 ss.

(204) HENRY CAPITANT, «Introduction à l'étude du droit civil», 4.ª ed., 1921, pág. 158 ss.

(205) E, enumera algumas qualidades: nacional, estrangeiro, esposo, pai, mãe, filho legítimo, filho natural, ilegítimo.

(206) NICOLA COVIELLO, «Manuale di diritto civile italiano», 1.ª ed., 1915, pág. 148-149.

(207) MARCEL PLANIOL, «Traité, élémentaire de droit civil», 6.ª ed., 1911, pág. 257 segs.

(208) F. FERRARA, «Trattato di diritto civile italiano», 1921, vol. I, pág. 337 ss.

(208) Cfr. GRASSHOFF, «Die Mängel des heut. Status-rechts», in *Festschrift A. Pinner*, Berlin — Leipzig, 1932, pág. 30 ss. que, considera acção de estado, uma acção de petição de herança.

(209) «Azione di stato», in *Enc. dir.*, IV, MILANO, 1959, pág. 937. Já não formará um status o exemplo de um sócio de uma sociedade comercial, pois estas formam agrupamentos voluntários, requisito não fundamental — para este autor — para a imputabilidade de um «status». Porém sempre se obterá dizendo que, o estado de viúvo, divorciado, supõe a desagregação de uma comunidade — a conjugal.

(210) AJUD MANTILLA MOLINA, «Sobre el concepto de status», in *Revista de la Facultad de derecho de Mexico*, n.º 29, 1958, pág. 20

(211) Idem, *ibidem*.

(212) Ob. cit., pág. 87.

(213) «Concepto y fuentes del derecho civil español», Barcelona, 1956, cap. VI, n.º 5, pág. 146.

(214) «Sistema dei diritto pubblici subietive», Milano, 1912, pág. 97 ss.

(215) «Il concepto giuridico di status», in *Riv. it. sc. giur.*, 1938.

(216) «Il giudizio civile com pluralità di parti», MILANO, 1911.

(217) «Del concepto di status e delle sue applicazioni...»

(218) Ob. cit. pág. 32.

(219) «Some Reflections on Status and Freedom», in *Essays in Jurisprudence in Honor of R. Pound*, Indianapolis-New York, 1962, pág. 222.

(220) Ob. cit. pág. 2. Note-se que já em Mortati («Instituzioni di diritto pubblico», I, Padova, 1969, pág. 161) e M.S. GIANNINI («Diritto Amministrativo», I, Milano, 1970, pág. 118 ss.) se nota a preocupação formalista e técnico-jurídica de alargar o conceito de análise.

(221) «A noção de estado civil na doutrina portuguesa», in *Scientia IURIDICA*, pág. 261 ss.

(222) «Princípios Fundamentais de Direito Civil», pág. 25 ss.

(223) «Instituições do Direito Civil Português», vol. I, pág. 168 ss.

(224) V.g. nacional, estrangeiro, filho legítimo, ilegítimo, solteiro, casado,...

(225) «Tratado de Direito Civil», pág. 211 ss.

(226) «Teoria Geral da Relação Jurídica», vol. I, pág. 30, nota 2.

(227) «Teoria Geral do Direito Civil», 2.ª edição, 1983, pág. 190, nota 1.

(228) Exemplificando como condições ou estados naturais ou civis das pessoas, justamente, o sexo: «Estes estados ou qualidades caracterizam juridicamente o sujeito, dando-lhe uma diversa esfera e medida de direitos e obrigações», ob. cit., pág. 337, nota 3.

(229) CARNELUTTI, ob. cit. pág. 495.

(230) RASELLI, in *Studi Senesi*, 1924, pág. 33

(231) Pereira Coelho, ob. cit., pág. 105 e ss.

(232) Neste sentido, PIETRO RESCIGNO «Situazione e status nell'esperienza del diritto», in Rivista di Diritto Civile, 1973, pág. 216. Se situação é uma forma de relação do homem com o mundo, enquanto limita, condiciona, fundamenta e determina as possibilidades humanas (cfr. ABBAGNANO, D Dicionário de Filosofia), existem as designadas «situações de facto» (cfr. TRAVAUUX DE L'Association Henri Capitant, XI (1957), Paris, 1950, pág. 55 ss.) às quais haverá que reconhecer uma particular dignidade social e conteúdo de verdade não inferior aquele que é próprio das situações jurídicas. De isto se falou a propósito da «filiação natural», prevista nos ordenamentos jurídicos como elemento essencial de factos jurídicos e «status jurídicos» os quais representariam a perfeição daqueles no plano legislativo. Ora, não é isto que ocorre com o sexo?

Também se diz que a «situação» tem carácter episódico e efémero; um fragmento de vida confinado a uma relação de um ou mais sujeitos ou entre estes e bens do mundo externo; e o status clama pela ideia de uma condição pessoal destinada a durar, dando vida a prerrogativas e deveres (Rescigno, ob. 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.º 339.º, Cód. Civil), «estado de abandono» (art.º 1978.º, idem)?

(233) cfr. Orlando de Carvalho, «Direitos das Coisas», Coimbra 1977, pág. 205, nota 4.

(234) Cfr. Pereira Coelho, ob. cit. pág. 232, nota 2.

(235) Cfr. JACQUES-MICHEL GROSSEN, in Revue Trimestrielle de droit Civil (Cronique de Droit Suisse), 1967, pág. 916.

(236) Roger Nerson, idem, 1976, pág. 802.

(237) Cfr. JOSSERAND, ob. cit., pág. 149, CAPITANT, ob. cit., pág. 152 ss, etc., ainda Rescigno, ob. cit., pág. 214, PERLINGIERI, ob. cit., pág. 842 e outros. O mesmo já não se entende o art.º 20.º/1/f do C. Reg. ou o art.º 7.º/1, idem.

(238) A mais disto, é o próprio art.º 276.º/1 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 cidadãos do sexo feminino).

Além do que, vemos o art.º 36.º/3 da Constituição da República e 1671.º do Cód. Civil a enunciar o princípio da igualdade de direito e deveres dos cônjuges e da direcção conjunta da família. Paralelamente aboliu-se o poder concedido ao marido de se opor com motivos ponderosos aos contratos que a mulher visasse celebrar (art. 117.º da Lei do contrato de trabalho, isto é o DL 49408 de 24 de Novembro de 1969), o art.º 1686.º, na antiga redacção, que proibia a mulher de exercer o comércio sem o consentimento do marido, o art.º 1674.º plasmava o poder marital, o art.º 1677.º/1 que imputava o governo doméstico à mulher, o art.º 1672.º/1 que atribuía ao marido a fixação da residência da família, etc. Até porque, nem se diga que há discriminação no art.º 1911.º/1/2 do Cód. Civil ao atribuir à mãe em princípio o exercício do poder paternal em relação ao filho nascido fora do casamento, pois aí o que se visa é antes favorecer estes últimos (atente-se ainda na revogação da norma, por inconstitucionalidade superveniente que imputava o poder paternal ao pai, devendo a mãe ser tão só ouvida: art.º 1882.º C.C. na antiga redacção, na acção de impugnação da paternidade que antes de 1977 era tão só concedida ao marido da mãe) ou no art.º 160.º relativamente às diferenças existentes em matéria de prazos interruptivos pois aí também é lícito à mulher, nos termos do art.º 1605.º/2, 1.ª parte contrair novas núpcias decorridos 180 dias sobre a data da dissolução, declaração de nulidade ou anulação do casamento anterior, desde que, conforme preceitua o art.º 1446.º e segs. do Cód. Proc. Civil, obtiver declaração judicial de que não está grávida, tiver tido algum filho depois daquela data, interromper voluntariamente a gravidez acaso o feto tenha mais de 20 semanas — na medida em que este é registável: art.º 242.º Cód. Reg. Civil, provar-se que o marido, este fisicamente impedido de coabitar com a mulher nos 300 dias anteriores à dissolução, declaração de nulidade ou anulação do casamento, ou ter-se anulado o casamento com fundamento em impotência do marido nos termos do art.º 1436.º cfr. Pereira Coelho, ob. cit. pág. 287, nota 1; e isto é assim porquanto, não haverá assim perigo de um «turbatio sanguinis».

(239) Assim também PERLINGIERI, ob. cit., pág. 842, até porque é o art.º 86.º/1/n que distingue entre os factos jurídicos que modificam os elementos de identificação (v.g. o sexo) e aqueles outros que modificam o estado civil...

(240) A. D'Angelo, «Il concetto giuridico di status», in Rivista it. sc. giur., 1938, pág. 261, sem embargo de observar que o status funciona como facto, qualidade jurídica, chama porém a atenção de que, aquele não deve ser o pressuposto dos efeitos jurídicos — como o será para nós o sexo — mas antes «l'appartenance ad un rapport sociale».

(241) Contra as posições «dissolventes» do conceito institucional de «status» — assumida por Ferrara e entre nós, pensamos, pelos Profs. Manuel de Andrade e Mota Pinto — nem sempre se poderia dizer que v.g. o processo de investidura em cargos sociais paradoxalmente surge, entre nós, no âmbito das providências da jurisdição voluntária (cfr. art.ºs 1502.º a 1507.º do Cód. Proc. Civil., e posto que seja para Ferrara a única posição jurídica ao lado da qualidade de representante, funcionário público que difere da noção de qualidade jurídica) assim com o exame de escrituração e documentos (art.º 1497.º segs, idem), mesmo que esteja em causa o exercício de direitos que brotam do «status» e sócio, ou os embargos de falido 9art.º 1184.º, idem) no âmbito do processo especial de Declaração de Falência e oposição por embargos art.º 1174.º, ibidem). Ora a ser aceite a tese de Ferrara todos estes litígios haveriam de diminuir-se em rede de acção de estado com processo ordinário (cfr. arts. 312.º e 462.º/1 do Cód. proc. Civil).

(242) Se g.v., o transsexual é casado, o que implica imediatamente a inexistência superveniente do matrimónio.

(243) Pires de Lima, ob. cit., ou ANSELMO DE CASTRO «direito Processual Civil Declaratório», Vol. I, 1981, pág. 147 e implicitamente CASTRO MENDES, «Dir. Processual Civil», Vol. I, Lisboa, 1980, pág. 90-91.

(244) Como o fez o Juiz da Comarca de Vila Real de Santo António, ao indeferir liminarmente a petição inicial, por erro na forma de processo, nos termos do art.º 474.º do Cód. Proc. Civil; Vide Acórdão de Rel. de Évora de 25-10-1979, in Col. Jur. Tomo IV, pág. 1329.

(245) Mais não seja porque se entenda — o que ainda está categoricamente por demonstrar — que, a etiologia do transsexualismo reside na designada tese organicista (vide infra, nota 11), desenvolvendo-se a psicopatia ainda no período pré-natal, isto é, antes do nascimento. Sendo assim o transsexualismo seria coetâneo ao momento do nascimento, intervindo, de guisa, o juiz unicamente para apreciar a regularidade do registo efectuado e rectificá-lo, se for caso disso.

De mais, pode ocorrer que, o estabelecimento definitivo da personalidade sexual contraste com o diagnóstico do sexo, efectuado no momento do nascimento e com base nos caracteres sexuais externos, isto é; no fenotipo. Consequentemente o diagnóstico sexual assim realizado é tão só parcial, movendo-se no princípio «quid quod plerumque accidit», tendo o valor de presunção «ivris tantum», susceptível de prova em contrário e podendo ser efectuado somente quando esteja completo o quadro dos elementos que ocorrem na determinação da identidade do género (GENDER Identity), sejam biológicos ou psicológicos. Daí que, se aplique à hipótese o procedimento de rectificação. Pois, afastada que está a questão de o sexo ser um «status», não se trata de rectificar um registo por força de superveniente disparidade do auto registado com a realidade actual, no qual o sujeito já formou a sua identificação-sexual (auxiliado por uma terapia cirúrgica de adequação dos perfeitos caracteres sexuais externos ao sexo psíquico)? Neste sentido Antignam, ob. cit., pág. 513, que faz uma aplicação analógica ao citado art.º 165.º e segs. do ord. stato civile, e Perlingieri, ob. cit., pág. 839 ss. que o aplica directamente; assim também GARUTTI-MACIOCE, ob. cit. pág. 286.

(246) Cfr. Pires de Lima, ob. cit. pág. 26, muito embora ponhamos grandes reservas à afirmação atenta o art.º 306.º do Cód. Reg. Civil e o preceituado no art.º 1411.º/e do Cód. Reg. Civil que afirma que, «Das resoluções não é admissível recurso para o Supremo Tribunal de Justiça».

(247) Castro Mendes, ob. cit. pág. 83.

(248) Idem, ibidem.

(249) Tanto assim se deverá respeitar os princípios da oralidade e imediação devendo v.g. a prova de que será presumivelmente irreversível a vontade de o transsexual mudar de sexo, ou que nesse sentido se comporta e age com suficiente perenidade, ser assumida pelo juiz «a quo» numa relação de «proximidade comunicante», de modo tal que este possa obter uma percepção própria do material que haverá de ter como base da sua decisão. Ora, tal desiderato não se atinge se se recorrer ao Processo Comum de Justificação Judicial, nos termos prescritos.

(250) Note-se que, nestas hipóteses não se afronta a proibição cominada no art.º 55.º do actual Código Deontológico dos Médicos (vide infra nota 145) da realização de operações tendentes a mudar de sexo em pessoas morfologicamente normais, que apenas visa tutelar as hipóteses de transsexualidade (o que aliás é de duvidosa constitucionalidade, como se viu). De facto, apenas se exige, v.g. numa hipótese de desenvolvimento natural, na altura do nascimento, no sentido do sexo oposto, de uma prévia autorização judicial, para a realização de intervenção cirúrgica «reconstrutiva», se for caso disso.

(251) Assim se v.g., o transsexual não referir o facto de já ter sido previamente tratado hormonalmente, suspeitando o juiz do facto, pode este último investigá-lo livremente e tomá-lo em conta para deferir a pretensão.

(252) O que nunca pode é decidir aplicando critérios de conveniência e utilidade mesmo que se perceba, excepcionalmente que o indivíduo se dirige ao tribunal por mero «capricho» ou «moda», ou se violar a previsão da norma que exige, a idade mínima de 18 anos para se submeter a intervenção cirúrgica nos casos de transsexualidade. Tal como Castro Mendes, cit. pág. 95-98, interpreta-nos restritamente o art.º 1410.º do Cód. Reg. Civil. Por outro lado nos casos da alínea c), d) e e) supra, vemos que, tal como na lei suéca de 21 de Abril de 1972 (§ 2), o pedido de rectificação do sexo, nos casos de malformação em que seja possível uma intervenção cirúrgica consecutiva, poderá ser apresentado pelos representantes legais de um menor de mais de 12 anos, conquanto este assim consinta, ou então seguir a regra do art.º 38.º, Cód. Penal que exige a idade mínima de 14 anos.

(253) Até porque, nos processos de jurisdição voluntária não deixamos de observar uma activa participação do M.P.: seja o «visto» do M.P. na Conversão da Separação em divórcio (art.º 1417.º/5 do Cód. Proc. Civil), a citação do M.P. nos processos de suprimento do consentimento (1426.º/1, idem), a sua contestação nos processos de alienação ou oneração de bens dotais e de sujeitos a fideicomisso (art.º 1432.º/2 e 1440.º/1) na Constituição do Conselho de Família (art.º 1442.º, idem e 1443.º/1), na nomeação dos peritos, tratando-se do processo de verificação de gravidez (art.º 1447.º, in fine, idem), na contestação pretendendo-se instituir a curadoria provisória dos bens do ausente (art.º 1451.º/2, idem, ou a sua audição sobre o montante da caução que o curador deve prestar: art.º 1453.º, idem), quando é o requerente para a notificação do herdeiro na Declaração de aceitação ou repúdio de herança jacente (art.º 1467.º/7 idem),...

(254) Sem curar de saber a quem pertence a valoração da «necessidade» de realização de tratamento médico-cirúrgico — se ao interessado, se ao tribunal — a concretização prática desta valoração é que é relevante. Assim o tribunal pode aferir da necessidade destes tratamentos, indeferindo liminarmente a pretensão de rectificação e obrigando o interessado a pedir a autorização para a sua realização, assim como, podendo o interessado supor que, no seu caso, seria exigível o controlo autorizativo, o tribunal não se achar competente para tal, posto somente se exija o pedido de rectificação (são as hipóteses em que v.g. o transsexual já se tenha previamente submetido a tratamento médico-cirúrgico antes da entrada em vigor de uma lei que viesse disciplinar a rectificação da atribuição do sexo. Neste sentido em Itália aos indivíduos que se encontrem nesta situação, foi-lhes concedido o prazo de uma ano a partir da entrada em vigor da lei de 14 de Abril de 1982, para fazerem uso do procedimento de jurisdição voluntária previsto no art.º 3.º/2, ao passo que se demanda por proposta posteriormente, aplica-se o «procedimento» contencioso do art.º 2.º, «procedimento» menos célere e informal).

(255) Hipótese em que o juiz pode ordenar que se proceda à rectificação após ter simplesmente constatado que o tratamento autorizado foi efectuado e do qual resultou uma aparência sexual externa inequívoca do sexo oposto. No transsexualismo fêmea-macho não deve ser essencial a regular e completa funcionalidade dos órgãos sexuais para efeitos de atribuição de sexo, atentos que são os limites até aos quais a conversão é tecnicamente possível e, prescindindo dos eventuais defeitos de carácter funcional que relevem «ex post» no concreto exercício da actividade sexual. Neste sentido, a Sentença do Tribunal de Monza de 25 de Outubro de 1983, in Foro Italiano, 1984, I, pág. 585.

(256) É claro que sempre se poderia defender de «ivre constituendo» a existência de um processo especial para uma lei que normasse a rectificação da atribuição de sexo e nome e que se não incluísse na área dos processos, também



especiais, aos quais se aplicam as regras da jurisdição voluntária. Não é que não seja defensável, se se atender ao facto de que entre a jurisdição voluntária e contenciosa se não pode falar de distinção de natureza substancial, sendo meras razões de facto e de conveniência de que depende a inclusão dos processos na jurisdição voluntária ou contenciosa (cfr. Anselmo de Castro, ob. cit., pág. 153). O que há, a mais do problema da distinção doutrinal, (cfr. DARCILO MELO COSTA, «o carácter jurisdiccional do Procedimento de Jurisdição Voluntária», in revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Vol. 15, Dezembro de 1986, pág. 87 ss.), é que a classificação do legislador português obedeceu tão só a um critério formal-legal. No capítulo da jurisdição voluntária há inequívocos processos de jurisdição contenciosa e, fora dele, processos de jurisdição voluntária (cfr. Castro Mendes, ob. cit., pág. 90-91). Se mais importante é analisar a regulamentação e o confronto entre as características das decisões graciosas e as sentenças proferidas em acções de jurisdição contenciosa, maior ponderação se há-de exigir na escolha do processo especial adequado ao problema em análise (visto que se afastou liminarmente o recurso ao processo comum «ab initio»), mais não seja porque os processos especiais podem subsidiariamente ser regulados pelas disposições do processo comum (art. 463.º, Cód. Proc. Civil) e possuir natureza contenciosa.

Ora, o que se quer é tão-só aplicar o espírito, características e regulamentação da jurisdição voluntária a este processo, sem curar de indagar se tal tarefa foi bem feita, na distribuição dos processos pelos tipos de jurisdição admitidos, pelo legislador do Código do Processo Civil.

(257) JORGE A. BOLLINI, «La funcion Notarial y La Jurisdiccion Voluntaria», in Revista Internacional del Notariado, n.º 80, Buenos Aires, 1984, pág. 86, citando, a este propósito LINO PALÁCIO, «Derecho Processual», Tomo I, pág. 310.

(258) DARCILO MELO COSTA, ob. cit., pág. 95.

(259) CASTRO MENDES, ob. cit., pág. 83.

(260) ANTUNES VARELA, «Manual de Processo Civil», 2.ª Ed., 1985, pág. 69-70.

(261) Não fora este facto, o reconhecimento da mudança de sexo e nome seria tutelado pelos órgãos do executivo, como ocorre na África do Sul (vide, infra, nota 76 e o respectivo texto Supra).

(262) A. PROTO PISANI, «Due interventoi sue processo civile», in Diritto e Giur., 1957, pág. 170, ss.

Assim como ordenar que a mesma se averbe ao assento de casamento, v-conforme o preceituado no art.º 87.º/6 do Cód. Reg. Civil. Vide ainda a excepção, quanto ao nome, do art.º 129.º/2/b.

(263) Cfr. Critica de FRANCESCO SALVO, in Rassegna de Diritto Civile, 1983, pág. 1246-1247.

(264) Se a lei sueca de 21 de Abril de 1972 nada refere sobre esta questão, já a TRASSEXUELLENGESETZ alemã federal de 10 de Setembro de 1980 se afigura bastante minuciosa. Vide, o §5, 1 e 2 em que, no caso de se ter optado pela simples mudança de nome, a partir do trânsito em julgado da respectiva sentença não se deve divulgar o nome que o transsexual detinha na altura em que propôs a acção, a menos que este o queira ou por força de «particulares motivos de interesse público». O cônjuge, ascendentes e descendentes devem declarar o novo nome do transsexual sempre que tal seja pedido para a testação dos «livros de família» e registos públicos, excepto do adoptados depois do transitio em julgado daquela sentença. Porém, de acordo com o §10, 2 este §5 vale igualmente para o processo de mudança de sexo. Já quanto à legitimidades para requerer certidões dos «livros de família» e demais registos públicos, o §5 da TSG modificou a «PERSONENSTANDSGESETZ» (leis sobre o estado civil) no seu art.º 61.º no sentido de permitir tão-só ao transsexual e autoridades públicas o pedido de certidões ou a consulta de tais livros, salvo se aquele morrer, terminando aí as limitações impostas. Entre nós, o preceituado que mais se aproxima deste regime é, justamente o do art.º 265.º/2 do Cód. Reg. Civil que, mesmo assim faculta acesso às informações (dos assentos de nascimento dos filhos nascidos fora do casamento e filhos adoptivos) por parte dos ascendentes, descendentes das pessoas a quem o registo respeita.

(265) Jacqueline Pettit, ob. cit., pág. 294.

(266) No registo do nascimento de um filho próprio ou adoptado, que tenha nascido ou sido adoptado respectivamente antes da data da emissão da «resolução» que reconheça a mudança de sexo e nome, o transsexual deve declarar o nome constante das originárias indicações do assento de nascimento. É no entanto, uma hipótese pouco provável, pois a convicção íntima de pertencer ao sexo oposto, conduzirá a que, regra geral, o v.g., o transsexual não «use» o sexo com que foi originária e instrumentalmente dotado, a não ser que proceda, outrossim, a uma adopção.

(267) Ou a sentença v.g. se se tratar de um indivíduo casado e na medida em que se entenda nesta hipótese deva ser proposta a acção de estado.

(268) Conforme o preceituado do §10 da transsexuellengesetz, os efeitos decorrem do momento do transitio em julgado da sentença. Não deverá ser, pois, curial defender que os efeitos da mudança de sexo e nome possam retrotrair-se à data da proposição da acção, quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges, conforme ocorre entre nós, em sede de divórcio no art.º 1789.º/1, do Cód. Civil, in fine.

(269) Além do que o Conservador deve anotar no Livro Diário (art.º 23.º/1, do Cód. Reg. Civil) a anotação da ordem de rectificação emitida pelo tribunal — o qual há-de enviar concomitantemente a cópia da respectiva resolução — conforme decorre do n.º 2 do art.º 23.º do Cód. Reg. Civil.

Pode ainda o interessado requerer que a sua cédula pessoal seja actualizada pela Conservatória que a tñha emitido nos termos do art.º 279.º/3 do Cód. Reg. Civil.

(270) Se os efeitos da inexistência superveniente do matrimónio se produzem logo após o transitio em julgado — se se entender que neste caso o meio processual mais idóneo é a acção de estado em processo ordinário — da sentença que declara que o indivíduo é do outro sexo e mande rectificar as menções constantes do assento de nascimento, haverão de ressaltar-se os efeitos do casamento produzidos até ao transitio em julgado daquela sentença. Porém, já os efeitos patrimoniais somente deverão ser opostos a terceiros a partir da data do registo da sentença que reconheceu a mudança de sexo e nome (art.ºs 87.º/b e 2.º, do Cód. Reg. Civil), por forma a harmonizar esta matéria com aquela outra do divórcio (cfr. art.º 1789.º/3).

Neste sentido P. PERLINGIERI, ob. cit. pág. 836 e Francesco Salvo, in RASSEGNA DI DIRITTO CIVILE, 1983, pág. 1248.

(272) Pelo menos, no que toca com as hipóteses de transsexualismo (vide, porém o que dissemos SUPRA). Quanto aos restantes casos — e, excluídas as hipóteses do clássico erro material da declaração ou transcrição do sexo, as quais são supridas mediante o processo comum de justificação judicial — atento o disposto no art.º 54.º do Código Deontológico dos Médicos que, ao contrário, permite a intervenção cirúrgica adequada dos órgãos sexuais externos em pessoas não morfologicamente normais, poder-se-á arguir a desnecessidade, nestas hipóteses, da existência de prévio controlo autorizativo judicial, posto isso represente uma clara violação da proibição constitucional do «retrocesso social». Mas se se intuir que isso não coarta a a essencialidade de uma faculdade já concedida antes, disciplina o seu melhor uso (v.g., atento o direito à saúde como posição jurídica que «interessa» à comunidade e o «bom» entendimento decorrente das exigências da ordem pública e dos bons costumes; e, sempre se faça claudicar ou dissolver, o núcleo essencial dos direitos em questão), então, o controlo não é minimamente «beliscável».

(273) É porém, igualmente certa a existência de disparidade de tratamento entre aquelas situações legais e aquelas outras em que o médico realiza a intervenção cirúrgica não precedida de autorização. Se, num dado momento, o tribunal não dá provimento ao pedido de rectificação, esboroa-se gravemente a relação entre médico e paciente, dada a necessária exigência pós-operatória, pois o dir. constitucional à saúde não haveria de permitir tamanha interferência. Além do que, a decisão autorizativa do Tribunal pode constituir fonte séria de pressões estas últimas relacionadas com a incerteza do colhimento da referida autorização; e, sempre o médico verá pairar sobre si a «espada de Dâmocles» decorrente de uma possível punição v.g. disciplinar. Todavia, o melindre da questão parece reduzir-se à luz da consideração de que grande parte das intervenções cirúrgicas continuarão a ser realizadas no estrangeiro.

Por outro lado, haverá de cominar-se o interessado, que tenha no estrangeiro sido submetido a intervenção cirúrgica não precedida de autorização judicial, como v.g., a aplicação de coimas, acaso intente, em conformidade, a respectiva acção de rectificação, ou, com a imposição de preparos e imposto de justiça bastante mais onerosos.

(274) Assim, Patti-Will, «La Rettificazione di attribuzione di sesso: Prime considerazioni», in rivista di Diritto Civile, 1982, pág. 752.

(275) Cfr. Pereira Coelho, ob. cit., pág. 126, nota 1.

(276) A qual será concedida se houver justa causa e conquanto não tenha havido consumação do casamento (Canhões 1142 e 1697-1706, Cód. de Dir. Canónico).

(277) Em Itália Garutti-Macioce, ob. cit. pág. 293 já defenderam que nesta hipótese o outro cônjuge pode invocar o erro sobre a identidade (sexual) do seu «partner», conforme o art.º 122.º, 2.º do Codice civile, na medida em que não se estaria em presença de um fenómeno sexual patológico, v.g. deviance sexual, mas de uma mudança radical do sujeito no sentido de pertencer in totum ao sexo ignorado pelo cônjuge de boa-fé; englobar-se-ia, pois, na identidade anagráfica a espécie identidade sexual.

(278) No §3 da lei sueca estabelece-se que o pedido de rectificação de atribuição do sexo só pode obter provimento, desde que, entre outros requisitos o indivíduo não seja casado.

(279) E desde que se entenda que, as circunstâncias atendíveis no juízo da «essencialidade objectiva» do art.º 1436.º se reportam ou são coisas ao momento do casamento. Assim, P. Coelho, cit. pág. 240, nota 2.

(280) Assim o Acórdão da Rel. de Lisboa, in col. Jur., 1986, tomo 1, pág. 123, observa que: «... o não acolhimento da pretensão do A., em nada contende com qualquer preceito da Constituição da República Portuguesa, (...) uma vez que alguns dos indicados preceitos nada têm a ver com o tema que é objecto do presente processo e as restantes visam assegurar o respeito do direito à identidade pessoal, que a sentença impediu que fosse afectado». Ou, noutros termos: «... o autor deveria ter antes demais tentado corrigir o seu sexo psicológico de modo a identificá-lo com o seu sexo biológico, dado que é inalterável; se porventura o não conseguisse que se assumisse como tal (...) porque os tribunais cá estariam para se necessário, obrigar os outros a respeitá-lo, actuando conforme o art.º 26.º n.º 1 da Constituição da República», Acórdão da Rel. de Lisboa, in Col. Jur., 1985, t. 1, pág. 354.

(281) Cfr. ainda DE CUPIS, «I diritto della personalità, 2, Milano, 1982.

(282) Assim, sentença da Corte di Cassazione de 20 de Julho de 1983. Porém, o sentido do art.º 5.º leva iníto uma perspectiva liberal — individualista, garantidora da esfera de disponibilidade do próprio corpo e uma exigência inspirada na ideologia fascista, de limitação da disponibilidade que salvaguarde a integridade do indivíduo — e da sua estirpe — e que, concomitantemente reforce o Poder do Estado, Cfr. PESANTE, «Corpo (attididispozione)», in Enc. Dir., X, Milano, 1962, pág. 658. Já porém entre nós, como observa ORLANDO DE CARVALHO, «Teoria Geral do Direito Civil» (sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º ano, do Curso Jurídico de 1980/81), Centelha, Coimbra, 1981, pág. 189 (últimos fascículos policopiados em 1987), não joga, em sede de Direito Civil, o princípio da «diminuição permanente» da integridade física — v.g., art.º 340.º do Código Civil — o que não obsta a que em matéria penal — v.g., art.º 143.º/a — essa doutrina tenha reflexos na caracterização do tipo ilícito ofensas corporais graves.

(283) Para a crescente atenção da imprensa sobre o «drama» dos transsexuais, Cfr. «Ele quer ser ela», in «Tal & Qual», de 18-12-87.

(284) Notável é, neste sentido, o Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no Processo 2/1985/88/135, no qual se considerou não existir violação dos art.ºs 8.º e 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, pelo facto do Reino Unido não reconhecer juridicamente a nova identidade sexual de um transsexual (fêmea) que havia sido submetido a uma intervenção cirúrgica para tal feito; em particular, a recusa em emitir a favor do interessado um certificado de nascimento correspondente ao seu novo «estado», derivando daí a impossibilidade de casamento com uma mulher, Cfr. Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 1/87.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

ALLORIO — «L'ordinamento giuridico nel prisma del accertamento giudiciale in problemi di Diritto, I, Milano, 1957, p. 200.



- ALPA — «Dano biologico e diritto alla salute. Un' ipotesi d'applicazione diretta dell' art. 32.º Const.», in *Giurisprudenza Italiana*, 1976, I, 2, p. 433.
- ANTIGNANI — «Sulla natura della diagnosi di sesso», in *Dir. e Giurisprudenza*, 1970, p. 514.
- AUGSTEIN — «Zum transsexuellengesetz», in *das Standesamt*, 1981, p. 13.
- BARBERA, A. — «I principi fondamentali», in *Commentario della costituzione a cura di Banca, Bologna-Roma*, 1975, p. 102 ss.
- BIANCA — «Diritto Civile», I, Milano, 1979, p. 182 ss.
- BENJAMIN, H. — «The transsexual phenomenon», New York, The Julian Press Inc., 1966.
- BONIFACIO e MALANNINO — «mutamento di sesso e caratteri dominanti» in *Giurisprudenza Italiana*, 1983, I, II, p. 665 ss.
- BRENT G. — «Some legal problems of the postoperative transsexual», 1972-73, 12, *Journal of Family Law*, p. 405-411.
- CARNELUTTI — «Rettificazione del sesso», in *Rivista Dir. Proc.*, 1962 p. 492 ss.
- BUSNELLI e F.D. e BRECCIA — «Premessa a tutela della salute e diritto privato», Milano, 1978, p. 4 ss.
- CHERUBINI — «Atti di disposizione del proprio corpo e consenso dell'avente diritto», in *Diritto di Famiglia e delle persone*, 1975, pag. 1.400 ss.
- SCHNEIDER, A. — «Rechtsprobleme der transsexualität», Frankfurt/M.-Bern, 1977.
- CHERRUTI, M. — «Cambiamento di sesso ed azione per il suo riconoscimento», in *Stato Civile Italiano*, 1978, I, p. 82.
- CAULDWELL, D.O. — «Psychopatia transsexualis», in *Sexology Corp.*, New York, I, 1956.
- D'ADDINO SERRAVALLE, P. — «Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana», Camerino-Napoli, 1983.
- D'ADDINO SERRAVALLE, P./PERLINGIERI/STANZIONE — «Problemi giuridici del transsexualismo», Napoli, 1981.
- CÔTE, G. — «Examen psychiatrie du transsexuel», in *Chaiers deSexologie Clinique*, 4 (19), p. 41-45, 1978.
- DON, A.M. — «Travestism and transsexualism. A report of 4 cases and problems associated with their management», in *South Africa Medicine Journal*, XXXVII, 1963, p. 479.
- DOGLIOTTI, M. — «La Corte Costituzionale riconosce il diritto alla identità sessuale», in *Giurisprudenza Italiana*, 1987, p. 235.
- «Un nuovo diritto: all'identità personale», in *Giurisprudenza Italiana*, 1981, IV, p. 145.
- DE CUPIS — «Il diritto della personalità», Milano, 1982.
- CARUSO — «Il cambiamento di sesso: orientamenti giurisprudenziali e dottrinali», in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1978, p. 694.
- FRANCISCO ALLEN GOMES — «Os problemas sexuais na prática clínica», in *Psiquiatria Clínica*, 2 (3), p. 191-206, 1981.
- FERRI, L. — «Atti dello stato civile», in *Commentario del Codice Civile*, a cura di Scialoja e Branca, Libro Primo, Persone e Famiglia (art.ºs 449-455), Bologna-Roma, 1973, p. 133.
- D'ADDINO SERRAVALLE, P. — «Mutamento volontario di sesso ed azione di rettificazione», in *Rassegna di Diritto Civile*, 1980, p. 220 ss.
- FIGNONE — «Il diritto all'identità personale dovantoi alla Corte di Cassazione», in *Diritto informazione*, 1985, p. 965.
- «Il Diritto all'identità sessuale e la libera esplicazione della propria individualità», in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1983, p. 338.
- FINOCHIARO, M. — «Eu fu» (qualche considerazione sugli interventi chirurgici c.d. demolitori degli genitali esterni), in *Giurisprudenza Civile*, 1980, I, p. 1517 ss.
- FUGLSANG/PETERSEN — «Vornemenänderung von transsexuellen», in *standesamt*, 1971, p. 129 ss.
- FOGH, P.-ANDERSEN — «Transsexualism, an attempt at cirurgical management», in *Scandinavian Journal of Plastic Reconstruction Surgery*, 1969, fascicolo 3, p. 63-64.
- FORNARI — «Identità psicosessuale e transsexualismo: problemi, diagnostici clini e giuridici», in *Rivista Med. Leg.*, 1982, p. 595.
- GARUTTI/MACIOCE — «Il diritto alla identità sessuale», in *Rivista di Diritto Civile*, 1981, II, p. 285.
- GALBIATI — «Transsexualismo e rettifica dell'atto di nascita», in *Giur. Italiana*, 1980, I, p. 1866.
- GREEN, R. — «Transsexualism: mythological, historical, and cross cultural aspects», in H. Benjamin: *The transsexuel phenomenon*, cit. p. 172.
- GABRIELA BRANCA, M. — «Rettificazione di attribuzione del sesso. La rilevanza del fattore psicosessuale: tutela giuridica di inclinazioni morbosi?», in *Il Dir. Fam. e delle Pers.*, 1984, p. 584 ss.
- GILBERT/DREYFUS — «Les intersexualités», *Que sais-je?*, P.U.F., 1972, p. 123.
- GERARDO ARCESE — «Riflessioni sulla autonomia del diritto alla identità personale», in *Rassegna di Diritto Civile*, 1985, p. 243.
- GROPHIER, Ethel — «De certains aspects juridiques du transsexualisme dans le droit Quebecois», in *Le Corp Humain et le droit*, t. XXVI, *Travaux de L'Association Henri Capitant*, 1975.
- HALLOWAY, J.P. — «Transsexuals — Their legal sex», 1968, *University of Colorado Law Review*.
- FERRATO — «Il mutamento artificiale del sesso», in *Rivista Penale*, 1970, p. 327.
- HALLOWAY, J.P. — «Transsexuals — some further legal considerations», in *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 1972, p. 71.
- HAVELOK-ELLIS — «Studies in the psychology of sex», London, 1950.
- HAMBURGER, C. — «Desire for change of sex as shownby personal letters from 465 men and women», in *Acta Endocrinologica*, 1953, Vol. 14, p. 361.
- KAPLAN, I./WESSER, D. — «Arapid method for constructing a functional sensitive penis», in *British Journal of Plastic Surgery*, XXIV, 1971, p. 342.
- KRAFT/EBING, von R. — *Psychopatia transsexualis*, Ed. Schör Milano, 1931.
- LORE/MARTINI — «Aspetti e problemi medico-legali del transsexualismo», Milano, 1984.
- LUPO, N. — «Procedimento per rettificazione o giudizio di stato?», in *Diritto e Giurisprudenza*, 1957, p. 228.
- MOCCIA — in *foro Italiano*, 1984, I, p. 582.
- MANTOVANI — «Rettificazioni di attribuzione di sesso», in *Nuova Giur. Civile Comm.*, 1985, II, p. 1 ss.
- NERSON, Roger — «Rectification de l'acte de naissance, changement de sexe», in *Revue Trim. Droit Civil*, 1974, p. 74.
- «Jurisprudence française en matière de droit civil», in *revue Trim. Droit Civil* 1976, p. 119 ss.
- MAYRAND, A. — «L'inviolabilité de la persone humain», Montréal, Wilson et Lafleur, 1975.
- ORAISSON, Marc — «La question homosexuelle», Seuil, 1975, p. 40-41.
- PAULY, I.B. — «Male psychosexual inversion: transsexualism, a review of 100 cases», in *Arch. Gen. Psych.*, XIII, 1965, p. 172.
- PAOLELLA — «Sulla diagnosi di sesso: aspetti medico-legali», in *Giur. Penale*, 1971, p. 234.
- PELEGRINO — «Osservazione relative alla legge 14 Aprile 1982, n.º 164, in materia di rettificazione di attribuzione di sesso», in *Stato Civile*, 1982, p. 338.
- PALMIERI — «Sesso (diagnosi e mutamento)», in *Novissimo Digesto italiano XXIII*, Torino, 1970, p. 230 ss.
- PATTI/WILL — «La giurisprudenza italiana e... l'Europa (a proposito delle rettificazioni nei registri dello stato civile)», in *Il Diritto di fam. e delle Persone*, 1981, p. 1237.
- «la rettificazione di attribuzione di sesso: prime considerazioni», in *Riv. Dir. Civile*, 1982, p. 739.
- LA FARINA — «Alcune osservazioni riguardo alla legge sul mutamento di sesso», in *Rivista It. Med. Legali*, 1983, p. 815.
- PETIT, Jacqueline — «L'ambigüité du droit face au syndrome transsexuel» in *Revue Trim. Droit Civil*, 1976, p. 295 ss.
- PERLINGIERI — «Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso», in *Diritto e Giur.*, 1970, p. 831 ss.
- «La tutela giuridica dell'integrità psichica», in *Rivista trimestrale di Diritto Civile*, 1972, p. 768.
- POGGI — «Mutamento di sesso e domanda di rettificazione», in *Giur. Italiana*, 1973, I, p. 373 ss.
- PUGLISI — «Atti dispositivi del proprio corpo e consenso del avente diritto», in *Il Dir. Fam. E delle Persone*, 1975, p. 1400 ss.
- ROSS, M.W. — «Cross cultural approaches to transsexualism. A comparison between sweden and australia», in *Acta Psychiat. Scand.*, 63/1, 1981 p. 75.
- SCATAFASSI, S. — «La chirurgia plastica dei genitali», Ed. Min. Med. Torino, 1972.
- SMITH, D.K. — «Transsexualims, sex reassignment, surgery and the law» 56 *Cornell Law Review*, 1971.
- STANZIONE — «La soluzione normativa del transsexualismo: l'esperienza tedesco-occidentale», in *Rassegna di Diritto Civile*, 1980, p. 1233.
- SCHARZENBERG, Claudio — «Considerazioni medico-legali sulla transsexualità e sindromi correlate», in *Dir. Fam. e delle Pers.*, 1975, p. 1464.
- STEINER, Betty W. — «Gender Disphoria», New York Plenum, Cop. 1985.
- SCHARZENBERG, Canibus — «La perizia medico-legale nel transsexualismo», in *Dritto di famiglia e delle Persone*, 1979, p. 978.
- STRAUSS, S.A. — «Transsexualism and the law», in *The Comarative and International Law Journal of Southern Africa*, 1970, p. 348.
- PAULY, I.B. — «The current status of Sex operations», *Journal of Nervous andMental Diseases*, 1968.
- SELLAROLI — «La regolamentazioni giurida del c. d. cambiamento di sesso», in *Rivista penale*, 1968, III, p. 81.
- WALINDER, Jan — «A Social-Psychiatric follow-up study of 24 sex-reassigned transsexuals», Report from the Psychiatric Research Centre, ST. Jörgen's Hospital, University of Göteborg, Sweden-10 1975, p. 1-3 e 20-23.
- REGOURD, Serge — «Les droits de l'home devant les manipulations de la vie et de la mort», in *Revue de Droit Public*, 1981, p. 403.
- VIGNOLO — «un problema de iure condendo: il cambiamento di sesso» in *Temi*, 1974, p. 175.
- VAN NIEKERY, B.V.D. — «Sex change operations and the law», in *The south Africa Law Journal*, N.º 87, 1970, p. 241.
- WILLE-KHOHN-EICHER — «Sexualmedizinische Anmerkungen zum transsexuellen gesetz», in *Famrz*, 1981, p. 418 ss.
- THOUVENIN, D. — «le transsexualisme, une question d'etat méconue», *Droit Sanitaire et Soociale*, 1979, p. 291.
- LA SEMAINE JURIDIQUE — 20 Mai, 1987, n.º 21, p. 161.
- SENTENÇA BGH — De 21 de Setembro de 1971, in *famRZ*, 1972, p. 82, com nota de BOSCH; e *FORO ITALIANO*, 1979, IV, p. 272 ss.
- SENTENÇA BGH de 14 de Março, in *FamRZ*, 1979.
- CARSTEN — «Zur Geschlechtszugehörigkeit von intersexuellen», in *STAZ*, 1970, p. 107.
- PETER/PETERSEN — «Vornamensänderung von Transexuellen», in *STAZ*, 1971, p. 121.
- EBERLE — «Ausfüllung einer Gesetzeslücke bei transsexualismus durch progressive Rechtsfindung oder gesetzliche Fiktion?», in *N.J.W.*, 1971, p. 220.
- BECKER — «Mann oder Frau?», *Rechtsprobleme der intersexualität*, in *STAZ*, 1965, p. 189.
- WALTON, T. — «When is a woman not a woman?», in *New Law Journal*, 1974, p. 501.
- IAN McCOLL/KENNEDY — «Transsexualism and single sex marriage», in *Anglo American Law Review*, 1973, p. 112.
- BARTOLE, S. — «Transsexualismo e diritti inviolabili dell'uomo», in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1979, I, pag. 1178.
- NEVINJ/STICKEL/HAMMERSTEIN — «Medizinischjuristische Aspekte der menschlichen Transsexualität», in *N.J.W.*, 1967, p. 663.