

A TRANSEXUALIDADE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: AUTONOMIA E PATOLOGIZAÇÃO¹

*Elinaide Carvalho Levi
Évelin Ferreira
Ingra Rodrigues Rocha
João Marcos Monteiro Braga Lima
Leandro Dorneles dos Santos
Vailson Araújo*

1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEITO E DISTINÇÕES RELEVANTES. 3 CRITÉRIOS PARA AUTORIZAÇÃO DA REALIZAÇÃO DA CIRÚRGIA. 4 AUTONOMIA E LIBERDADE: DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E TRANSGENITALIZAÇÃO. 5 PATOLOGIZAÇÃO X AUTONOMIA. 6 EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES DA CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. 6.1 REGISTRO CIVIL 6.2 CASAMENTO E FILIAÇÃO. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Trabalho destinado à análise dos direitos dos transexuais frente ao atual ordenamento jurídico brasileiro, bem como seus efeitos jurídicos decorrentes da cirurgia de redesignação sexual, alteração de registro, casamento e filiação, analisados sob o viés das duas principais correntes sobre o assunto, a saber, a corrente autonomista e a da patologização do transexual.

Palavras-chave: Transexualidade; Autonomia; Patologização.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os efeitos jurídicos que tutelam os direitos dos transexuais frente à problemática da indisponibilidade dos direitos da personalidade e seus reflexos práticos no que tange à cirurgia de redesignação sexual.

Passando pela abordagem conceitual, bem como fazendo as necessárias distinções em face de termos conexos à temática ora em foco. Além de apresentar os requisitos exigidos atualmente para a realização da referida cirurgia, fazendo uma análise comparativa com o tratamento dispensado à questão por outros países.

Igualmente, propõe uma análise sobre as principais correntes doutrinárias que tratam do assunto, em polos antagônicos, discorrendo sobre os efeitos jurídicos gerados por cada uma delas.

¹ Artigo elaborado durante o curso da disciplina *Biodireito*, Curso de Direito, Universidade Salvador – UNIFACS.

Dispõe ainda sobre uma terceira opinião a respeito do assunto, buscando ao mesmo tempo proteger o texto constitucional como ferramenta que não pode sofrer tamanha relatividade na sua hermenêutica essencial e a dignidade humana que não pode ser medida individualmente senão de forma coletiva, mais condizente com o Estado Democrático de Direito, cuja força emana não de um, senão de todos, uma dignidade da humanidade, uma dignidade do “ser” enquanto “dever ser” humano.

2 CONCEITO E DISTINÇÕES RELEVANTES

A história da transexualidade pode ser considerada recente, da forma como se apresenta hoje em dia, porém baseando-se em lendas ouvidas ao longo dos séculos, ela passa a ser considerada muito antiga. Há cerca de 40 anos, quando passou a ter atenção da entidade médica, a transexualidade passou a ser bem caracterizada.

Entre os Imperadores Romanos encontram-se histórias de “mudança de sexo”. Talvez uma das mais antigas histórias de reajustamento sexual tenha sido ordenada por Cesar, Imperador Romano, o qual durante um acesso de raiva matou, com um pontapé no abdômen, sua esposa que se encontrava grávida. Esse ato causou-lhe tanto remorso que, mais tarde, ao encontrar um escravo jovem, muito parecido com sua esposa, ordenou que se realizasse uma operação de “mudança de sexo”, casando-se com ele em seguida (PINTO & BRUNS apud BULLIET, 1928, p. 14).

Acredita-se que a maior incidência de preconceitos em relação à transexualidade, se deu na Idade Média. Em tal época, os desvios de comportamento sexual eram vistos como “obras” do demônio, e a mudança de sexo só seria possível graças a sua intervenção.

Na Renascença tal comportamento ganhou outra roupagem, e passou a ser tratado como distúrbios mentais. Apenas no século XIX, os estados disfóricos psicosssexuais, deixaram de ser tratados como possessão demoníaca, vício, transgressão moral e religiosa e passaram a ser tratados como doenças ou simples desvios da normalidade (PINTO & BRUNS apud FARINA, 1982).

A origem da palavra transexualidade vem do inglês que por sua vez, tomou-a do latim *trans* e *sexualis*. Na língua francesa apareceu em 1956. O vocábulo dá noção de passagem de um sexo para o outro, mas designa um estado psíquico, pois é sobre o plano psíquico que buscam adequação sexual (PINTO & BRUNS apud VIEIRA, 1996, p. 17).

Pode-se dizer que os transexuais dividem-se em dois grupos, os transexuais primários ou puros e os transexuais secundários ou periféricos. Os primeiros, são aqueles indivíduos que

desde a infância sentem que algo destoa entre o seu corpo e a sua identidade. Ou seja, desde pequeno sentem-se como se estivesse em um corpo que não lhes pertence.

Os transexuais secundários ou periféricos são aqueles que por algum motivo comportam-se de acordo com o seu sexo biológico, ou seja, de acordo com o seu corpo. Na maioria das vezes só irão mostrar sua verdadeira identidade de gênero na vida adulta. Muitos chegam a se casar e até mesmo têm filhos.

A transexualidade em nada se confunde com a intersexualidade, homossexual, bissexualidade ou travestilidade. Na intersexualidade, o indivíduo possui diversos desequilíbrios de fatores que são responsáveis pela determinação do sexo que levam a uma ambiguidade biológica. A homossexualidade existe quando o indivíduo possui a sua orientação sexual voltada para uma pessoa do mesmo sexo que o seu. Os homossexuais em nenhum momento negam seu sexo biológico ou possuem aversão ao próprio corpo, como ocorre na transexualidade (FREIRE DE SÁ & NAVES, 2011, p. 255).

A bissexualidade nada mais é do que a prática sexual tanto com pessoas do mesmo sexo, quanto com pessoas do sexo oposto. A travestilidade se dá quando um indivíduo possui a compulsão em vestir roupas do sexo oposto. Tal ato os faz sentir um grande prazer. Tais indivíduos são também homossexuais. Porém, é preciso salientar que nem todos homossexuais são travestis. Por fim temos a transexualidade que é onde o indivíduo é biologicamente perfeito, porém acredita que pertence o sexo oposto. Seu sexo psicológico é incompatível com o sexo morfológico. Em geral possuem aversão ao próprio corpo, principalmente aos órgãos sexuais que não se constituem como fonte de prazer (FREIRE DE SÁ & NAVES, 2011, p. 255).

Transexualidade é a condição em que se refere a pessoas, que não se reconhecem no seu sexo biológico. Tendo o desejo de viver e ser aceito como sendo do sexo oposto. Para tal exclui-se a possibilidade de psicose e anomalias orgânicas (genitália ambígua e hermafroditismo). (MÁRCIA ARÁN, 2009).

Com o desenvolvimento da tecnologia no século XX a mudança de sexo passou a ser concreta, iniciando-se da década de 30 com o uso de hormônios e posteriormente com a realização da cirurgia. No mesmo século a transexualidade passa ser considerado um Transtorno de Identidade de Gênero sendo incluído pela OMS (Organização Mundial da Saúde) no Código Internacional de Doenças com o CID-10. Desde então a transexualidade

passou a ser tratada como transexualismo (PINTO & BRUNS, 2003; MÁRCIA ARÁN, 2009).

O sufixo “ismo” é geralmente empregado na medicina para designar doenças. Por isso o termo transexualismo está catalogado no CID como doença, ou problema relacionado à saúde psicológica do indivíduo. Porém em pleno século XXI é possível perceber que os indivíduos transexuais nada possuem de doentes e o termo transexualismo além de errôneo, pode ser considerado pejorativo, preconceituoso e ignorante (MÁRCIA ARÁN, 2009).

3 CRITÉRIOS PARA AUTORIZAÇÃO DA REALIZAÇÃO DA CIRURGIA

No Brasil, a Portaria 1.707/2008 do Ministério da Saúde instituiu o Processo Transexualizador, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Essa portaria assegura ao transexual o direito à realização da cirurgia de transgenitalização, atendidas as considerações da Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Inicialmente o Conselho Federal de Medicina publicou em 1997 a Resolução nº 1.482, regulamentando o projeto de redesignação de sexo, desde que realizadas em Hospitais Universitários, considerando-as Cirurgia Experimental.

Em 2002 foi publicada a Resolução nº 1.652 do Conselho Federal de Medicina, que também dispõe sobre a cirurgia da transgenitalização e revoga a Resolução nº 1.482/97. Ambas resoluções confirmam ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação, além de definirem os critérios de avaliação dos pacientes.

De acordo com a Resolução nº 1.652/2002 as cirurgias para adequação do fenótipo feminino para o masculino só poderão ser realizadas em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados para a pesquisa (a título experimental), enquanto as cirurgias para adequação do fenótipo masculino para o feminino poderão ser praticadas em hospitais públicos ou privados, independente da atividade de pesquisa.

A Resolução nº 1.482/97 não fazia esta distinção, sendo que todas as cirurgias para mudança de sexo deveriam ser feitas em hospitais universitários ou públicos adequados à pesquisa.

Na Resolução nº 1.652/2002 ficaram estabelecidos diversos critérios necessários para a realização da cirurgia de mudança de sexo. Os pacientes que desejam realizar a cirurgia

precisam se submeter a uma avaliação multidisciplinar através de psiquiatra, psicólogo, endocrinologista, cirurgião e assistente social, por no mínimo dois anos. É necessário que seja diagnosticado o transgenitalismo, que o paciente tenha mais de 21 anos de idade e que consinta formalmente com a cirurgia. Além disso, o paciente deve demonstrar ausência de transtornos mentais, ter características físicas adequadas para a cirurgia e ainda, o distúrbio sexual deve permanecer de forma contínua e consistente por no mínimo dois anos. O diagnóstico dos profissionais envolvidos deve ser bastante preciso, definindo as intervenções mais apropriadas.

Em 2010, foi publicada a Resolução nº 1.955 do Conselho Federal de Medicina, na qual deixa de ser considerada experimental, no caso de cirurgia de troca do sexo feminino para o masculino, a retirada de mamas, útero e ovários.

De acordo com a Cartilha sobre a organização do Sistema Único de Saúde, elaborada pelo Comitê Executivo Estadual da Saúde de Minas Gerais, vinculado ao Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde do CNJ, no Brasil a cirurgia de transgenitalização realizada pelo Sistema Único de Saúde – SUS está implantada somente em São Paulo, Porto Alegre, Rio de Janeiro e Goiânia. Como são poucos os lugares que oferecem este procedimento, as filas de espera estão cada vez maiores. Por este motivo, muitas pessoas buscam por outros países para realizar a cirurgia, já que em muitos deles o rigor exigido é menor e os preços em sua rede privada são mais baixos.

A Tailândia é um dos países mais procurados para a realização da cirurgia. Em reportagem realizada pela AFP (agência de notícias internacional) com a transexual Punlop Tongchai, verificou-se que há lugares na Tailândia que a cirurgia pode chegar a custar apenas o equivalente a R\$ 4.000,00. Além disso, exigem-se apenas certificados de dois psiquiatras e provas de que viveram como o outro sexo por pelo menos um ano. A cirurgia dura aproximadamente duas horas.

Segundo reportagem do *The New York Times*, publicada em 23 de julho de 2012, a Sérvia se tornou polo para cirurgia de mudança de sexo. Na Sérvia, as cirurgias são subsidiadas para os cidadãos pelo plano de saúde nacional. Antes da cirurgia são necessárias duas cartas de recomendação de especialistas psiquiátricos que comprovem que a pessoa está sofrendo de transtorno de identidade de gênero, de pelo menos um ano de aconselhamento e de um ano de terapia hormonal. A cirurgia dura aproximadamente 6 horas e na rede privada custa em média o equivalente a R\$ 20.000,00.

Na Argentina, foi aprovada em maio desse ano a Lei de Identidade de Gênero, a qual permite que travestis e transexuais alterem seus nomes nos documentos de identidade sem recorrer à justiça. Além disso, prevê tratamentos com hormônios e realização gratuita de cirurgias de mudança de sexo na rede pública hospitalar. Na rede privada a cirurgia custa em média o equivalente a R\$ 15.000,00.

4 AUTONOMIA E LIBERDADE: DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E TRANSGENITALIZAÇÃO

A princípio, parece-nos razoável aduzir, seguindo um dos parâmetros discursivos livremente assumidos neste trabalho, que, em um Estado Democrático de Direito, a liberdade, tanto aquela plasmada como garantia e direito fundamental em uma constituição, quanto esta outra sentida por todos nós como realidade fática, como qualidade intrínseca à natureza humana, manifesta-se clara e irresistivelmente em contextos de limitações de ordem pragmática e jurídica. Quer dizer, a norma contida no art. 5º, inc. II, CRFB/1988, *in verbis*: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, em vez de criar meras restrições impertinentes à matéria, antes visa a regular as relações sociais no campo da autonomia da vontade, ou melhor, nos dizeres de Buglione e Ventura (2010, p. 62), “o princípio “do que não está explicitamente proibido está implicitamente permitido” significa que todo cidadão pode agir livremente, desde que não cause prejuízo ou dano aos outros”.

Desta maneira, ao tratarmos das questões relativas às integridades física e psíquica voltadas à temática da Transexualidade, por vezes somente após concentrado labor interpretativo conseguimos êxito em estabelecer uma correspondência mais ajustada entre direitos e liberdades, entre regulação e autonomia.

No tocante à tutela da integridade física humana, o ordenamento jurídico brasileiro, através da Lei Penal, em seus arts. 121 a 128, tipifica criminalmente condutas como o homicídio, o auxílio, induzimento e instigação ao suicídio, o infanticídio e o aborto, bem como as lesões corporais. Aqui, a proteção dispensada à pessoa humana inicia-se desde a concepção até a morte, entendida esta como a paralisação da atividade cerebral. Nesse sentido, depreende-se o direito à vida digna, em convergência com a doutrina de CHAVES e ROSENVALD (2008), como pressuposto lógico dos próprios direitos da personalidade.

Adentrando-se mais especialmente às questões concernentes à problemática envolvendo a cirurgia de adequação de sexo do transexual, já de início depara-se frente a um dilema de caráter legal, uma vez que o direito civil, de um lado, tutela a inviolabilidade do corpo humano e, do outro, permite, ao menos sob algumas condições e parcialmente, o poder de disposição do próprio corpo. A controvérsia aqui verificada consiste justamente na perspectiva interpretativa que concebe o direito à integridade física como princípio indisponível, situação esta que inviabilizaria, ou criaria obstáculos jurídicos à realização da cirurgia.

Neste ponto, cabe mais uma vez conceituar aquilo a que denominamos de transexualidade. Nas palavras de Ferraz (2002), trata-se um evidente “drama jurídico-existencial, por haver uma cisão entre a identidade sexual, física e psíquica. De forma mais objetiva, mas seguindo este mesmo entendimento, Vieira (2003) falará em “convicção absoluta de uma pessoa, de sexo fisicamente determinado ao nascer, de pertencer psicologicamente ao outro”.

Infere-se do exposto acima que a realização da cirurgia de redesignação sexual (transgenitalização), em casos de transexualidade comprovada, associa-se menos a uma mera reparação estética que uma exigência imperativa em se adequar o sexo anatômico do indivíduo à sua identidade psíquica, com vista a um equilíbrio emocional e melhoria de sua saúde. Nesse sentido, a pessoa transexual “*queda entonces entregado plenamente a su voluntad el seguir o no dicho camino, abandonando aquel outro anterior, que atraía sobre ella el anátema de la sociedad*” (FREUD, 1973, p. 2547).

No plano normativo, já se manifestou a Comissão Europeia dos Direitos do Homem no sentido de atribuir a este tipo de intervenção cirúrgica o seu caráter de conversão curativa, fato que, segundo preleciona De cupis, exclui que possa falar-se de contrariedade à lei e à ordem.

Consequentemente, será afastada qualquer espécie de responsabilidade penal do médico, na medida em que a cirurgia de adequação sexual deve decorrer, no mais das vezes, de exercício regular da profissão (CP, art. 23, III), da qual a mutilação advinda destina-se a propósitos terapêuticos. Frise-se que por algum tempo este escopo terapêutico apenas era admitido nas operações de intersexuais físicos, a exemplo dos casos de hermafroditismo. Noutra sentido, “seria antijurídico o comportamento do médico que intervisse para provocar uma modificação numa pessoa de sexo unívoco e completamente sã” (VIEIRA *Apud* CHAVES, p. 111.).

Portanto, das questões trazidas à apreciação, conclui-se que o direito à integridade física, sem ser em si mesmo considerado uma verdade absoluta, e, logicamente indissociável do próprio direito à saúde, deve assegurar nos casos de transexualidade a autonomia do indivíduo em sua legítima persecução de uma vida social digna e o equilíbrio interior de sua existência.

5 TRANSEXUALIDADE: PATOLOGIZAÇÃO X AUTONOMIA

Como se sabe, o ordenamento pátrio atual adota a patologização da transexualidade em detrimento da autonomia. Isto significa que a transexualidade é tratada como distúrbio psíquico, sem causa/origem específica até então encontrada, e que geralmente inicia a produção dos seus efeitos no indivíduo logo na fase da infância.

O que se propõe aqui é a conceituação de cada uma das correntes, quais sejam, referente à patologização e à autonomia, suas fundamentações, bem como os efeitos práticos e jurídicos decorrentes da adoção de cada uma delas.

De início, há que se falar sobre a corrente já citada como a adotada no Brasil, assim como na grande maioria dos países, a da patologização da transexualidade.

De acordo com este pensamento, que é o dominante, sobretudo, no meio médico, como inferido pelo Conselho Federal de Medicina, a transexualidade pode ser conceituada como uma disforia de gênero, um distúrbio psicológico sofrido pelo indivíduo, que, comprovando a presença da patologia em destaque, terá o direito a cirurgia de redesignação sexual, adequando, deste modo, o seu sexo biológico ao sexo psíquico.

Como consequência desta conceituação, que insere a transexualidade em um contexto patologizante, extrai-se o dever que o Estado tem de tutelar os direitos desses indivíduos, notadamente o direito a saúde.

Ora, se a transexualidade é uma doença que aflige parcela da sociedade, nada mais natural que o Estado forneça o tratamento necessário para que seja sanada referida patologia, sendo este, inclusive, um dos deveres atribuídos pelo constituinte ao ente estatal.

Em verdade, o que se quer afirmar é que a adoção desta teoria justifica que o Estado realize, de forma gratuita, pelo Sistema Único de Saúde, a cirurgia de redesignação sexual no indivíduo que preencha os requisitos legalmente estabelecidos para tanto, em especial o acompanhamento psicológico pelo período ininterrupto de dois anos.

Não somente isso, justificar-se-ia, como consectário lógico, a alteração do sexo no registro sem quaisquer restrições, conferindo ao transexual em todas as esferas do direito pátrio os mesmos direitos e deveres daquele de sexo igual ao seu já redesignado.

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 13, assevera que "Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes". De acordo com a tese da patologização da transexualidade, levando-se em consideração o artigo supra, a cirurgia de redesignação sexual configura lesão de caráter permanente à integridade física do indivíduo, restando necessário, desta feita, o diagnóstico médico comprovador do distúrbio psíquico do sujeito, ou seja, a comprovação da lesão à integridade psíquica do mesmo, caracterizando este diagnóstico a "exigência médica" referida no artigo.

Um ponto em que se funda a corrente da patologização da transexualidade reside na possibilidade de arrependimento daquele que realiza a cirurgia de redesignação sexual. Tal procedimento médico é irreversível, caracterizando o tempo necessário ao preenchimento dos requisitos legalmente impostos um "reductor" da possibilidade de arrependimento posterior, tendo em vista que o sujeito teria um tempo maior para refletir sobre a sua real vontade de realizar a operação, bem como sopesar a questão dos riscos da cirurgia com a sobredita vontade.

Com relação à teoria que privilegia a autonomia da vontade, é mister afirmar que a mesma propugna uma superação do modelo patologizante construído no decorrer da história, sob o argumento de que este retira o indivíduo da condição de sujeito de direitos e o coloca muito mais como objeto da compaixão e solidariedade alheias. (PEREIRA, 2010).

A teoria em pauta possui como corolário a questão da dignidade da pessoa humana, afirmando que o indivíduo transexual só terá sua dignidade plena alcançada quando da despatologização aqui tratada, que faria com que o mesmo fosse considerado uma pessoa perfeitamente saudável, apenas com a ressalva de que o seu sexo biológico não corresponde ao psíquico, não configurando esta incompatibilidade, contudo, nenhuma doença.

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, outro fundamento crucial da corrente autonomista é justamente o direito a disposição sobre o próprio corpo.

Tendo como base os direitos da personalidade, como o direito a intimidade e o direito ao próprio corpo, e também o direito a liberdade, entendida neste caso como a livre orientação e exercício de sexualidade, restaria possível a adoção da autonomia da vontade, tendo em vista

possuir o indivíduo domínio sobre as partes do seu corpo, fazendo com este tudo aquilo que deseja. Se não se sente confortável e, mais do que isso, possui o sentimento de pertencimento a outro sexo, cabe ao indivíduo, e somente a este, a decisão a respeito da adequação ou não ao sexo desejado.

A cirurgia de redesignação sexual, na visão dos autonomistas mais radicais, entre os quais estão pesquisadores, psicólogos, psiquiatras e membros da comunidade LGBT, se equipararia, no que tange a tomada de decisão e conseqüente transcorrer do procedimento, ausente o estabelecimento de requisitos legais, a qualquer cirurgia estética comum.

Ainda com relação à teoria da autonomia da vontade, um ponto de suma importância foi levantado pelas pesquisadoras Márcia Arán, Daniela Murta e Tatiana Lionço (2009), em seu artigo "Transexualidade e saúde pública no Brasil", e se refere à utilização puramente estratégica do diagnóstico médico. Com isto, diz-se que muitos dos indivíduos transexuais terão que se adequar a um perfil previamente determinado pelo CFM para que tenham direito à cirurgia de redesignação sexual, qual seja, o perfil de doente. No tocante à teoria mencionada, não se afigura plausível, portanto, o enquadramento do sujeito em um único perfil, enquadramento este com o escopo prático de conseguir autorização para proceder à operação.

A situação se agrava quando é suscitada a possibilidade de internalização de alguns dos aspectos patológicos. Em outras palavras, o sujeito "transtornado" pode iniciar o procedimento, com vistas a obtenção do diagnóstico médico, perfeitamente saudável, mentalmente falando, mas, devido a submissão ao referido procedimento, trazer para si alguns sintomas patológicos, passando a acreditar que é detentor de doença, transtorno ou algo do gênero. (ARAN; MURTA; LIONCO, 2009).

Levando em consideração o acima explanado e o aspecto "sedutor" que possui a teoria da autonomia, surge um importante questionamento: No caso de o ordenamento brasileiro adotar a corrente autonomista em detrimento da patologização da transexualidade, qual seria o papel do Estado? Descaracterizando a transexualidade enquanto doença e entendendo a cirurgia de redesignação sexual como um desdobramento natural do direito a disposição sobre o próprio corpo teria o Estado o dever de subsidiar a operação daqueles que não tem condição de fazê-la com economia própria? Teria também o transexual o direito a alteração do seu registro, sem qualquer restrição ou indicativo, de ordem pública, que o qualifica como "redesignado"?

Este é um questionamento chave para que cheguemos a uma resposta conclusiva sobre qual corrente é a mais adequada e quais seriam os efeitos práticos de tal escolha, ou ainda, se não haveria uma terceira corrente, mitigação destas duas e quais os efeitos desta última, se tuteladas pelo direito privado sob a égide da autonomia privada.

6 EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES DA CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL

Uma vez admitida aos transexuais o direito à cirurgia de redesignação sexual, necessário se faz a análise dos efeitos jurídicos dela decorrentes. Principalmente no que tange à alteração do registro civil, as questões que envolvem o casamento e filiação.

Segundo Anderson Schreiber, o reconhecimento dos efeitos civis das cirurgias de transgenitalização encontrou forte resistência por parte da magistratura, sobretudo no que concerne à alteração do nome e do sexo no registro civil, o que pode ser visto na Ap. Cível 1993.001.06617, TJRJ. (2008, p.244).

As pessoas transexuais, embora autorizadas a submeter-se à cirurgia de redesignação sexual, ainda encontram diversas barreiras no que tange à obtenção da alteração de seu registro civil para adequá-lo ao sexo morfológico já adequado ao sexo psíquico. Nem tanto no que toca à mudança do prenome, mas, principalmente, no que se refere ao sexo que no registro civil vem indicado.

Do exposto, fica evidente o quanto ainda se precisa avançar em matéria envolvendo transexuais e as questões jurídicas a eles relacionadas. Não se podendo perder de vista a necessidade de se buscar sempre e prioritariamente a proteção aos direitos constitucionais assegurados a todas as pessoas, principalmente, a tutela à dignidade da pessoa humana, princípio maior constitucionalmente afirmado.

6.1. REGISTRO CIVIL

Segundo a doutrina, o nome como direito da personalidade, é o sinal exterior pelo qual são reconhecidas e designadas as pessoas. É o direito que todos possuem à identidade pessoal. No dizer de Francisco Amaral (2008, p.308) é espécie dos direitos da personalidade, integra-se no

gênero do direito à integridade moral, no sentido de que a pessoa deve ser reconhecida em sociedade por denominação própria, que a identifica e diferencia.

Assim, vê-se que o nome é mais que um acessório ou simples denominação que acompanha os indivíduos. O nome ele é de extrema relevância na vida social por ser parte intrínseca da própria personalidade. Por conta disso, só se permite alterá-lo excepcionalmente, em casos expressamente previstos em lei.

A Lei de Registros Públicos – 6.015/1973 - cuida dos casos de mudança de nome no registro civil, e uma hipótese nela prevista – parágrafo único do art.54 – é aquela em que nome da pessoa a expõe ao ridículo ou a situações vexatórias.

Quando a lei fala em expor a pessoa ao ridículo não se deve entender que esta exposição decorre apenas do nome enquanto sinal gráfico do qual decorre uma pronúncia vexatória, como ocorre p.ex. em Neide Navinda Navolta Pereira, Céu Azul do Sol Poente ou Oceano Atlântico Linhares, exemplos encontrados na doutrina. O nome pode também expor seu titular ao ridículo enquanto sinal designativo da pessoa em sociedade, enquanto elemento individualizador da pessoa que a diferencia dos demais.

Assim, quanto à alteração do prenome dos transexuais que tenham ou não realizado a cirurgia de redesignação sexual, não existe qualquer óbice, a própria lei assegura esse direito. É o direito à identidade pessoal, garantido pela própria Constituição ao trazer como princípio maior a dignidade da pessoa humana.

Todo ser humano tem direito a uma identidade social, ou seja, ser conhecido e reconhecido pela sociedade por um nome, característica essa que define sua individualidade. Homem e mulheres são indivíduos porque são únicos, possuem uma identidade que é definida pelo código genético, nome, experiências de vida, profissão e, também pelo sexo. Todos têm direito a ser reconhecido pelo sexo que lhes identifica. Portanto, todo cidadão tem direito à identidade sexual, de forma que se garanta o desenvolvimento pleno de sua personalidade. (VIEIRA, 2004, p.102)

Outra questão envolvendo a alteração jurídica do registro civil dos transexuais diz respeito à modificação do gênero dele constante. Questão esta que envolve maiores divergências de entendimento comparada à alteração do prenome, uma vez que, para alteração do gênero sexual, muitas decisões acabam por negar tal alteração sob o argumento de o transexual ainda não ter realizado a cirurgia de mudança de sexo. Situação esta que pode ser vista no teor da Apelação Cível nº 7004177642 TJ-RS.

Mesmo assim, apesar de ainda existirem entendimentos neste sentido, também aqui não existe óbice algum para que se proceda à alteração do gênero no registro civil para adequá-lo ao prenome já alterado. Pelo contrário, seria um contra-senso permitir que se altere o prenome e não permitir a alteração da designação sexual. Esse posicionamento anularia por completo o benefício trazido pela alteração do prenome, pois, se estaria afirmando no registro civil e demais documentos que uma pessoa com nome masculino pertence ao sexo feminino.

Assim, vê-se que a alteração do prenome e do gênero deve ocorrer para beneficiar tanto os transexuais que já foram submetidos à cirurgia de redesignação sexual quanto àqueles que ainda não realizaram o ato cirúrgico, seja qual for o motivo, até porque, sabe-se dos riscos decorrentes de tal cirurgia.

Negar a modificação do gênero sexual sob o argumento da não realização da cirurgia de transgenitalização mostra-se contrário ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, de acordo com o disposto no art. 15 do Novo Código Civil, “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Valer-se de tal argumentação para negar a alteração do gênero constante do registro civil do transexual é o mesmo que impor-lhe a realização, com risco de vida, de uma intervenção cirúrgica, para que só assim possa vê o gênero sexual constante em seu registro condizente com o prenome ali presente.

Conduta desta ordem mostra-se contrária aos próprios direitos e garantias constitucionais, violadora do princípio basilar consagrado na Constituição brasileira, que é o da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, são válidas as palavras de Tereza Rodrigues Vieira (2004, p. 103) ao afirmar que a fundamentação jurídica para que o transexual possa realizar-se pessoalmente decorre do direito à identidade sexual, o qual é um direito variante de um direito maior e embaixador das sociedades democráticas modernas, que é o direito à dignidade da pessoa humana.

Por fim, outro ponto que deve ser analisado diz respeito à exigência imposta por alguns tribunais de que conste a averbação na certidão de nascimento a condição de transexual da pessoa que teve o registro modificado. Ou ainda, que seja feita anotação à margem do registro civil de que se trata de averbação feita por ordem de decisão judicial; ou que se proceda à anotação na certidão de nascimento de que a retificação do nome decorreu de decisão judicial em virtude de realização de cirurgia de transgenitalização. Tudo isso sob o argumento de

aplicação dos princípios da publicidade e veracidade dos registros públicos. Tal exigência deixa evidente a incapacidade do sistema jurídico de acompanhar os reclamos sociais e conformá-los com o disposto na nossa Carta Magna.

Neste ponto, levando-se em consideração a nossa Constituição e o que nela vem estabelecido, o entendimento mais acertado é aquele no sentido de que não deve ser feito qualquer anotação no assento de nascimento da pessoa transexual no sentido de indicar quais os motivos que levaram à alteração do seu registro civil, qualquer que seja a nomenclatura que se pretenda utilizar, tendo em vista a proteção da dignidade do transexual que é titular dos mesmos direitos e garantias conferidos a todos pela Constituição. É o chamado direito ao esquecimento (BORGES, 2007, p.193).

No entanto, não se pode esquecer que o transexual, assim como qualquer ser humano, ao mesmo tempo em que é detentor de direitos também é sujeito de deveres e obrigações. Assim, o transexual que teve seu registro civil alterado, tem o dever de informar àqueles que com ele venham a ter relações conjugais, a sua condição de transexual. Não no sentido de considerar o transexual inferior às demais pessoas com sexo biológico idêntico ao do transexual que se submeteu à cirurgia de transgenitalização. Mas no sentido de que existem direitos de terceiros que podem acabar sendo violados; o que poderia ocorrer com pessoa que sem saber, casa-se com mulher transexual e deseja ter filhos por procriação natural.

Dessa forma, para evitar a violação de direitos de terceiros, também constitucionalmente assegurados, é que se exige do transexual esse dever de informar, até mesmo sob pena de responder por eventuais danos que a sua omissão possa acarretar. Mas é só, a mais ninguém o transexual tem o dever de expor sua intimidade, salvo é claro, situações excepcionais que por ventura possam ocorrer e que pela relevância seja capaz de se sobrepor à intimidade do transexual, o que se poderia imaginar numa situação em que determinada pessoa alega ser filho biológico de homem que se quer deixou material biológico congelado e que já tenha submetido à cirurgia de redesignação sexual quando do nascimento do possível filho.

Isso porque, valendo mais uma vez das palavras de Tereza Rodrigues Vieira (2004, p.104) embora a Constituição brasileira não o diga de forma expressa, ao enunciar a defesa da dignidade da pessoa humana como um dos patamares da nossa sociedade, é certo que o desenvolvimento da personalidade humana – que se inicia com a identidade – é exercitável sempre que não vulnere os direitos de outro ou atente contra a ordem constitucional.

Sendo assim, a não ser em situações dessa monta, está o transexual no gozo do mesmo direito à intimidade conferido a todos pela Constituição.

Os próprios constituintes, no preâmbulo da Constituição brasileira, afirmam a necessidade desta para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, justa, pluralista e sem preconceitos (...). E, em seu art. 3º, está posto que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (VIEIRA, 2004, p.104)

Percebe-se com isto, a adoção pela Constituição brasileira de conceitos de direitos fundamentais gerias e amplos, de forma que permitam que sejam eles moldados ou aproveitados às novas exigências decorrentes da dinâmica social. (VIEIRA, 2004, p.104)

De tudo que foi dito, conclui-se que o transexual, assim como todos os brasileiros, tem assegurado constitucionalmente o direito à identidade pessoal, ou seja, o direito ao nome e gênero constantes do seu assento de nascimento condizentes com sua realidade pessoal e social, com a maneira pela qual é visto e reconhecido socialmente; o direito à intimidade, à integridade psíquica, a honra, dentre outros.

Direitos esses que ainda são frequentemente violados por aqueles que têm o dever de assegurá-los e efetivá-los. Nesse sentido afirma Maria de Fátima (2009, p.263), grande seria a afronta à dignidade se nos comportássemos de forma diversa. A manutenção de prenome e gênero antigos incentivaria a discriminação ou, no mínimo, a segregação do transexual.

Quando a constituição traz como princípio basilar a dignidade da pessoa humana e para que essa dignidade possa ser alcançada estabelece diversos mecanismos, ela, Constituição Federal, não faz qualquer distinção entre seus destinatários, indicando a quem esses direitos e garantias são direcionados. Pelo contrário, a nossa Carta Magna fala “todos”, sem qualquer distinção, cabendo aos operadores do direito ante o caso concreto em que haja conflitos entre direitos constitucionalmente garantidos, adotar a conduta que melhor assegure a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, não resta dúvida que, ante a imutabilidade do nome civil, o princípio da veracidade e publicidade dos registros públicos e; o direito à identidade pessoal, à integridade psíquica e à intimidade do transexual, estes prevalecem sobre aqueles e, somente estes são capazes de assegurar a dignidade do transexual enquanto pessoa humana.

6.2 CASAMENTO E FILIAÇÃO

No que tange a possibilidade de casamento, não há novidade, uma vez que a ADI nº 4277, julgada procedente pelo STF reconhece a união homoafetiva como união estável.

Alguns doutrinadores, como CARDOSO (2008) destacam duas hipóteses a ser considerada: 1) transexuais que enquanto mantém um estado de casado com pessoa de sexo biológico distinto ao seu, se submetem a cirurgia; 2) transexual solteiro, divorciado ou viúvo, desimpedido, que depois da cirurgia pretende contrair matrimônio com pessoa de sexo oposto ao seu, já redesignado.

Na primeira hipótese, o provável é a separação judicial uma vez que o redesignado tende a deixar de manter relações sexuais com o cônjuge e, este último, certamente sofrerá o abandono afetivo e reprovará a conduta do outro que possa a ter inclinação socioafetiva por indivíduos do mesmo sexo (CARDOSO, 2008).

Na segunda hipótese não nos parece haver qualquer implicação diversa, exceto se o cônjuge não souber da condição do transexual. Nestes casos, a solução mais apontada pela doutrina é pela nulidade do casamento (até dois do início do matrimônio) por erro sobre a pessoa. No entanto, há quem discorde de tal posicionamento entendendo, segundo doutrina de Marcos Bernardes de Melo (1991, p. 76), que a nulidade está intimamente ligada a “deficiência dos elementos complementares do suporte fático, relacionados ao sujeito, ao objeto ou a forma do ato jurídico”. Existe ainda a tese que prevê a possibilidade de extinção do casamento por injúria grave.

DIAS (2007, p. 4) defende a possibilidade do casamento como direito constitucional ao afirmar que

Não se pode negar, por uma questão de coerência, que é chegado o momento de reconhecer que o casamento é possível. Por maiores que possam ser os preconceitos, por mais acaloradas que sejam as discussões e as controvérsias que se travam sobre o tema, essa é a única solução que não afronta as garantias e os direitos individuais constitucionalmente assegurados.

Quanto à filiação, pouco há apontado pela doutrina. Entende-se que a mudança de sexo no registro civil não afeta a situação de filiação já existente, até porque a redesignação não deve constar na documentação referente aos filhos.

7 CONCLUSÃO

Entendemos que a transexualidade ora pode ser vista ora como patologia, ora como uma orientação proveniente da autonomia da vontade humana, imposta ou aprendida, podendo seu diagnóstico ser vislumbrado à luz do caso concreto. Há casos e experiências relatadas em que a pessoa diagnosticada como transexual não apresenta distúrbios psíquicos capazes de levá-la a automutilação, ao suicídio ou mesmo, à necessidade de cirurgia. Logo, não há sinonímia nos efeitos da disforia de gênero que tem definido o comportamento do indivíduo, frente à constatação de um sexo psíquico distinto daquele biofísico. Para estes casos, não se justificaria a tutela jurídica que visa a garantir a eficácia do direito à cirurgia de redesignação financiada pelo Estado, como que de ordem pública, mas competente unicamente à esfera privada. Constatando-se pela necessidade da cirurgia como garantidora do direito à vida e a saúde do transexual, os efeitos jurídicos decorrentes desta devem ser analisados caso a caso, não incorrendo em discursos generalistas sobre a dignidade da pessoa humana, uma vez que tal direito ou princípio, assim como os demais aqui explanados, podem sofrer certa relativização, visando proteger o direito de terceiros.

Quanto às alterações feitas no registro civil do transexual, tenha ele submetido ou não à cirurgia de redesignação sexual, o entendimento majoritário do presente trabalho é no sentido de sua total possibilidade, seja para mudança de prenome, seja para alteração do gênero nele constante. Isto porque, como já relatado, integra a própria dignidade da pessoa transexual, dignidade esta a todos assegurada pela Constituição. Deve-se, contudo, atentar para o dever de informar que cabe ao transexual em situações nas quais o seu silêncio, quanto à sua condição de transexualidade, possa causar danos a direitos de terceiros, posto que, estes também são constitucionalmente assegurados.

Com respeito ao casamento e filiação, já existe entendimento pacificado na Suprema Corte pela possibilidade jurídica do pedido, aplicando-se analogamente as decisões pertinentes ao casamento homoafetivo.

Entende-se, outrossim, que os direitos personalíssimos devem ser respeitados no que tange a sua indisponibilidade e intransmissibilidade, e tratados como uma liberdade mitigada do indivíduo sobre seu corpo, não tanto por isso, mas pelos reflexos e implicações jurídicas que afetam a esfera de terceiros nas suas interações.

Uma reflexão, no entanto, deve ser feita com seriedade a respeito dessa mitigação, qual seja, a tendência ao individualismo exacerbado, desmerecendo o fenômeno da vida em sociedade, dos limites da autonomia que devem ser respeitados para a boa e pacífica convivência em

comunidade, sob pena de insurgirmos contra a Carta Constitucional e quanto à manutenção da espécie humana que, entregue a si mesma em sua plena autonomia para dispor de si e sobre si, tal qual na antiguidade em que o cumprimento das relações jurídicas incidia sobre o corpo do devedor, resultaria afronta a dignidade, não somente da pessoa humana representando a si mesma, mas de toda a sua espécie, uma vez que cada indivíduo representa também, além de si, o outro, enquanto membros de um mesmo grupo e de uma mesma família a qual chamamos *humanidade*.

No entanto, não há como negar casos em que a transexualidade se manifesta de tal forma a causar certos transtornos de ordem psíquica ao indivíduo, capazes de levá-lo as últimas consequências, em busca de uma identidade psicológica que não condiz com a realidade de seu fenótipo e de sua genética. Para estes casos, e somente nestes casos, entendemos necessária a relativização da indisponibilidade de certos direitos, sob pena de alcançar o fim a que eles se propõem proteger: a dignidade humana. Dignidade, porém, como já dito, não do “indivíduo”, visto que este não existe por si ou só para si, mas a dignidade da coletividade da qual cada um pertence.

Sobre o discurso da despatologização da transexualidade, ora, se é a sua condição patológica o móbil da discussão jurídica que entende ser um problema de saúde e, por isso, dever do Estado no custeio da cirurgia de transgenitalização, a despatologização colocaria fim ao discurso, devendo ser financiada pelo particular. Tal discurso, porém, põe em voga as constatações científicas que deveriam dar lugar às ideologias políticas, o que parece ser muito perigoso.

Não se pode negar as verdades científicas que se dedicam ao estudo dos transtornos psíquicos na vida humana, suas implicações, suas consequências e suas constatações oriundas da experimentação e da observação, sob pena de invalidar a ciência, o saber científico, uma das maiores conquistas da racionalidade humana, e reduzi-la a manobras políticas pressionadas por grupos minoritários e de interesse, cuja verdade, de longe se enxerga, senão a verdade que “quer ser dita”. Neste sentido, o Estado brasileiro deveria rever alguns posicionamentos, como a Resolução nº 01/1999 do Conselho Federal de Psicologia que impõe limites proibitórios na atuação do profissional de psicologia no que tange às questões envolvendo a homossexualidade, visto que tanto esta quanto a transexualidade em certo ponto se confundem e podem e devem ser analisadas sob todas as formas do saber, se é patologia ou se comportamento imposto ou aprendido pelo indivíduo em conflito consigo mesmo e com seu corpo.

Torna-se perigoso, pois, simplesmente despatologizar os transtornos e distúrbios que comumente afetam a vida humana, principalmente a vida moderna, onde inúmeras enfermidades têm surgido relacionadas à condição mental, emocional e espiritual do ser humano, cada vez mais preocupado consigo mesmo, cada vez mais individualista, cada vez mais egocêntrico, cada vez mais sofrível de traumas e conflitos em suas relações, tudo para atender a consciência daquele que simplesmente não se aceita ou ainda, em última instância, visando atender ideologias e movimentos políticos que de alguma forma lucram com o sofrimento alheio.

REFERÊNCIAS

BILEFSKY, Dan. **Sérvia se torna pólo para cirurgia de mudança de sexo**. IG, 27 jul. 2012. <<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/nyt/2012-07-27/servia-se-torna-polo-para-cirurgia-de-mudanca-de-sexo.html>>. Acesso em: 19 set. 2012.

BILEFSKY, Dan. **Serbia Becomes a Hub for Sex-Change Surgery**. The New York Times, 23 jul. 2012. <http://www.nytimes.com/2012/07/24/world/europe/serbia-becomes-a-hub-for-sex-change-surgery.html?_r=0>. Acesso em: 19 set. 2012.

BUGLIONE, Samanta; VENTURA, Miriam. *Direito à Reprodução e à Sexualidade*. Org. Lumen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2010.

CARDOSO, Patricia Pires. **O transexual e as repercussões jurídicas da mudança de sexo**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 51, mar 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2623>. Acesso em set 2012.

CARMO, Marcia. **Lei sobre mudança de sexo beneficiará 'até 60 mil argentinos'**. BBC Brasil, em 15 de maio de 2012. <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120514_identidade_genero_mc.shtml>. Acesso em: 19 set. 2012.

Comitê Executivo Estadual da Saúde de Minas Gerais, vinculado ao Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde do CNJ. **Cartilha sobre a organização do Sistema Único de Saúde**. Belo Horizonte, dezembro/ 2011.

Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 01/1999**. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2013.

Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.652/2002**. Disposição sobre a cirurgia de transgenitalismo. <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.955/2010**. Disposição sobre a cirurgia de transgenitalismo. Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Transexualidade e o direito de casar**. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_transexualidade_e_o_direito_de_casar.pdf>. Acesso em 30 jul. 2013.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1991.

Ministério da Saúde. **Portaria nº 457**, de 19 de agosto de 2008. Regulamentação no âmbito do SUS, o Processo Transexualizador. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457_19_08_2008.html>. Acesso em: 18 set. 2012.

Ministério da Saúde. **Portaria GM nº 1.707**, de 18 de agosto de 2008. Instituição no âmbito do SUS, o Processo Transexualizador. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html>. Acesso em: 18 set. 2012.

PEREIRA, Carolina Grant. **Bioética e Transexualidade: para além da patologização, uma questão de identidade de gênero**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza-CE, nos dias 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010.

SARGENT, R.. **Tailândia - A Busca da Perfeição dos Transexuais**. AFP. <<http://www.youtube.com/watch?v=baI3B0S4U7k>>. Acesso em: 19 set. 2012.

SILVA, Miriam Ventura. **Transexualismo e respeito à autonomia: um estudo bioético dos aspectos jurídicos e de saúde da “terapia para mudança de sexo”**. Rio de Janeiro. Março de 2007. Disponível em: <<http://arca.icict.fiocruz.br/bitstream/icict/5338/2/897.pdf>>.