

A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DA TRANSEXUALIDADE: UMA QUESTÃO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

THE NECESSITY OF LEGAL REGULATION OF TRANSSEXUALISM: A QUESTION OF
ENFORCEMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Karoline Coelho de Andrade e Souza*

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade apresentar a problemática do indivíduo transexual diante da ineficácia da tutela do Estado e apontar novas direções para efetivação dos direitos de personalidade destes indivíduos, como meio de afirmação da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito. Para tanto, pretende-se realizar uma análise da historicidade da síndrome de disforia do gênero, bem como da condição médica e psicológica dos indivíduos transexuais, para que se possa, com base nos direitos fundamentais que permeiam a temática, analisar como se encontra a situação dentro do ordenamento jurídico brasileiro frente à licitude da cirurgia de transgenitalização, a possível mudança de registro civil e constituição de uma família baseada em um vínculo afetivo.

PALAVRAS-CHAVE: transexualidade, direitos de personalidade, cirurgia de transgenitalização.

ABSTRACT

This research aims to present the issue of transsexual individuals in face of State inefficiency and point out new directions for human rights enforcement, as a means to affirm the human dignity and democratic state of right. For both we intend to perform an analysis of dysphoria gender syndrome, as well as medical and psychological condition of transsexual individuals, so that we can, based on human rights that underlie the subject analysis of the situation and as it stands within the brazilian legal system in opponency to the lawfulness of the sex reassignment, the possible change in civil records and the family constitution base on bonding.

KEYWORDS: transsexuality, personal rights, reassignment surgery.

Introdução

* Aluna do 3º (terceiro) ano de Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa e aluna de iniciação científica ano 2010-2011 com o projeto 'TECNOLOGIA MÉDICA E CIÊNCIA JURÍDICA: estudo sobre a transexualidade e suas implicações no âmbito dos direitos da personalidade' ligado ao projeto "Direito, tecnologia e transformações sociais – um olhar sobre os aspectos mais controversos e do delineamento jurídico dos direitos de personalidade", coordenado pela Professora Msc. Zilda Mara Consalte

O ordenamento jurídico brasileiro passou, nos últimos anos, por uma reviravolta muito grande com o advento da Constituição da República Federativa de 1988 - que reflete o fenômeno chamado neoconstitucionalismo - e do Código Civil de 2002 - diploma legal que retrata a postura atual de antropocentrismo do sistema legislativo nacional, conhecido como “repersonalização do direito privado” ou “constitucionalização do direito civil”.¹

Isso é explicado pela inserção de um amplo rol de direitos humanos (os chamados direitos fundamentais do homem), em especial os tocantes aos direitos da personalidade, no ordenamento jurídico, como é fácil perceber pela análise do artigo 1º, III da Magna Carta, que coloca a dignidade da pessoa como um dos fundamentos do Estado, deslocando o núcleo valorativo essencialmente patrimonialista de outrora para o antropocêntrico.²

Outros direitos fundamentais encontram-se dispersos tanto na Constituição como no próprio Código Civil de 2002, transparecendo a mencionada mudança de eixo da tutela do patrimônio para a tutela do indivíduo. Nesse sentido, pode-se falar nas garantias fundamentais por excelência, que interessam a este estudo: vida, liberdade, igualdade (art. 5º *caput*, CF) e de seus desdobramentos, como a intimidade, vida privada, honra, imagem, integridade psico-física, o segredo, entre outros.³ O mesmo se diga quanto à legislação ordinária: esses direitos restam albergados pelos artigos 11 a 21 do *Códex* e, de maneira indireta, por toda a principiologia que o sistema privatístico adota atualmente.

Portanto, o ponto mais marcante da repersonalização do Direito é exatamente a tutela do ser humano, como fim último do Estado. Este ser humano, dotado de deveres, mas principalmente de direitos, merece ser respeitado, pois é o núcleo e a razão principal da existência de um Estado Democrático de Direito. Para tanto, todo e qualquer indivíduo deve receber esta tutela, sem distinção de qualquer natureza, como sempre lembra o *caput* do artigo 5º da Constituição.

Entretanto, na prática, tal preceito muitas vezes é desrespeitado, como é o caso latente daqueles que carregam consigo o signo da diferença sexual: os transexuais. Estes indivíduos têm seus direitos constantemente feridos pelo preconceito de outros indivíduos e, muitas vezes, do próprio Estado. Deste modo, este estudo visa à afirmação de sua condição de indivíduos titulares de direitos, uma vez que em uma sociedade complexa como a brasileira, “[...] que insiste em apostas duais, reconhecer a pluralidade e a diversidade é condição indispensável para a promoção da dignidade”.⁴

1 SZANIAWSKI, E. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 124-127.

2 Id. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo, aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 25.

3 Id. p. 136 – 144.

4 SILVA FILHO, J.C. M.; SCHEIBE, E. Transexuais e direitos de personalidade sob o prisma da

Para tanto, e por meio da metodologia de abordagem preponderantemente dedutiva, far-se-á, em primeiro plano, um apontamento histórico e médico da condição do transexual, buscando entender a situação em que se encontram estes indivíduos na sociedade, conceituando-a e desmistificando-a, uma vez que são considerados seres patológicos, despertando não só a curiosidade – mas, muitas vezes, o ódio, a repulsa e o preconceito - daqueles que não convivem bem com as diferenças.

Posteriormente, seguirá uma análise da situação jurídica do transexual, com enfoque na Constituição, Código Civil, Código Penal e em Leis extravagantes, abordando-se a licitude da cirurgia de transgenitalização e seus desdobramentos, a possível mudança do Registro Civil do interessado e a possibilidade/direito subjetivo dos transexuais em constituir família.

1 O Transexual na História

As histórias e/ou lendas sobre homens vivendo como mulheres e vice-versa começam a ser registradas pela bibliografia a partir da Antiguidade Clássica. Filo, filósofo helenístico do Século I d. C. e morador de Alexandria, relata as personalidades históricas conhecidas como “eunucos”, que eram homens que se travestiam de mulheres e viviam como tais, muitas vezes chegando à extirpação do pênis, sendo responsáveis por guardar o leito das mulheres de seus senhores. Em Roma, há relatos do caso do Imperador Nero que, após matar a mulher grávida, arrepende-se e ordena que encontrem alguém parecido com ela. Encontrado é o escravo Sporus que, após cirurgia para ablação dos órgãos sexuais, passa a se portar como mulher, vindo a contrair núpcias com o Imperador.⁵

Outro imperador citado é Heliogábalos, que se casou com um escravo, tendo adotado o papel de sua esposa. Após o casamento, o mesmo ofereceu metade de seu império ao médico que lhe realizasse a cirurgia de retirada de seus órgãos e construção de uma genitália feminina.⁶

Durante a Renascença, encontra-se a figura do Rei Henrique III da França, conhecido como “Sa Majestade” (significando Sua Majestade em francês, só que no feminino). O rei queria ser considerado mulher por todos, travestindo-se com vestido curto e usando colar de pérolas.⁷

repersonalização do direito privado. **Argumenta Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI – UENP/ Centro de Pesquisa e Pós Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte do Paraná**, Jacarezinho, n. 12, p. 145-162, jan./fev., 2010. p. 146.

5 SAADEH, A. **Transtorno de Identidade Sexual: um estudo psicopatológico do transexualismo masculino e feminino**. 2004, 279 f. Tese (Doutorado em Psiquiatria) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-09082005-115642/>>. Acesso em: 18 mar. 2012. p. 28.

6 SAADEH, A. **Transtorno de Identidade Sexual: um estudo psicopatológico do transexualismo masculino e feminino**. 2004, 279 f. Tese (Doutorado em Psiquiatria) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-09082005-115642/>>. Acesso em: 18 mar. 2012. p. 28.

7 SAADEH, loc. cit.

Elisabeth Roudinesco e Michel Plon *apud* Alessandro Marques da Silveira⁸ explicitam as histórias do abade francês Choisy (1644-1704) que se vestia de mulher, passando-se por condessa de Barres; e de Charles de Beaumont, cavaleiro d'Éon (1728-1810), que serviu à diplomacia secreta do Rei Luis XV, vestindo-se de homem ou de mulher, conforme as circunstâncias – sua personalidade é que deu origem ao termo “eonismo”, que significa transexualismo em termos gerais.⁹

Ainda pode-se destacar as histórias do Palácio de Versalhes sobre Jenny Savalette de Lange, homem que, passando-se por mulher, casou-se seis vezes com outros homens, sendo que sua condição masculina só veio à tona quando da sua morte, no ano de 1598¹⁰; e de Henrique III da França que, em 1577, chegou a comparecer com trajas femininos na frente dos deputados.¹¹

Na literatura médica, Valdir Sznick aponta que o travestismo é relatado pela primeira vez em 1830 pelo alemão Carl J. Friedrich, sendo novamente pesquisada em 1839, por Jean-Etienne Esquirol. Por outro lado, os primeiros relatos de travestis com o desejo de mudar o seu sexo apareceram em 1880, nos estudos de Westphal.¹²

No entanto, apenas em 1910 é que o alemão Magnus Hirschfeld empregou, pela primeira vez, o termo travestismo como sinônimo de transexualismo¹³.

Anos mais tarde, em 1917, o cirurgião plástico Harold Gillies realizou as primeiras vaginoplastias em soldados mutilados que apresentavam comportamentos intersexuais e, em 1919, o mesmo cirurgião realizou uma faloplastia (cirurgia para o aumento peniano) em Laura Dillon, que se tornara, após a cirurgia, Michel.¹⁴

Voltando à nomenclatura, o transexualismo propriamente dito era, embrionariamente, denominado de várias maneiras, sendo confundido com o travestismo e o homossexualismo. A principal denominação foi *Psychopatia Transexualis*, (psicopata transexual¹⁵) termo cunhado pelo

8 SIQUEIRA, A. M. Transexualidade: a superação do conceito binário de sexo. **Conteúdo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28873>>. Acesso em: 05 abr. 2011. p. 8.

9 SAADEH, A. **Transtorno de Identidade Sexual**: um estudo psicopatológico do transexualismo masculino e feminino. 2004, 279 f. Tese (Doutorado em Psiquiatria) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-09082005-115642/>>. Acesso em: 18 mar. 2012. p. 30.

10 SIQUEIRA, op. cit., p. 8.

11 DINIZ, M. H. **O Estado Atual da Bioética**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.284.

12 *Apud* YANAI, D. **O Direito do Transexual**. 2006, 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Apucarana, Apucarana, 2006. p. 38.

13 YANAI, D. loc cit.

14 SIQUEIRA, A. M. Transexualidade: a superação do conceito binário de sexo. **Conteúdo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28873>>. Acesso em: 05 abr. 2011. p. 7.

15 PERA-BAJO, F. J. MAROTE-GONZÁLEZ, M. BALADÍA-OLMEDO, C. Aspectos actuales de la transexualidad y su implicación medico-legal. *Medicina Clínica*, Madrid, Espanha, v. 126, n. 19, p. 750-753 maio 2006. Disponível em: <http://ac.els-cdn.com/S0025775306720796/1-s2.0-S0025775306720796-main.pdf?_tid=10fc866ad88ddf0f8b0c6df2f18e458&acdnat=1332105914_55c66e62ebde3a1b1911f405f90beb25>. Acesso em: 08 dez. 2011.

estadunidense David Candwel em 1949.¹⁶ O termo transexualismo ganhou notoriedade apenas em 1954, com a obra *O Fenômeno Transexual*, de Harry Benjamin.¹⁷

Quanto à primeira cirurgia para readequação de sexo, há controvérsias sobre qual tenha sido a pioneira: para Alexandre Marques da Siqueira, a primeira cirurgia de mudança de sexo ocorreu no ano de 1952 em Copenhague. Ela foi realizada no ex-militar Georges Jorgenson, que adotou, posteriormente, o nome de Christine. Para Francisco Javier Pera-Bajo *et al*, a primeira cirurgia aconteceu no ano de 1965, no hospital Johns Hopkins, sem mencionar o nome do paciente, muito menos se era um transexual feminino ou masculino.¹⁸ Entretanto, o que realmente importa são os fatos em si, não qual foi o primeiro...

Maior publicidade do tema deu-se na década de 1970, com os movimentos para a despatologização das anomalias sexuais como a homossexualidade, o travestismo, e o próprio transexualismo¹⁹. Desta maneira, é possível afirmar que as variantes sexuais sempre existiram na história da humanidade, sendo que a que é a bordada neste trabalho recebeu destaque apenas com os avanços da Medicina e da Psicologia, em especial nos séculos XVIII e XIX.

2 O Sexo

Para se entender a condição do transexual em todas as suas facetas, faz-se mister analisar o termo “sexo” que, em primeira análise, parece unívoco, mas que evoca uma multiplicidade de características que merecem ser esmiuçadas.

Segundo Miriam Ventura²⁰ o termo “sexo” tem ao menos quatro significados nos dicionários da língua portuguesa: “O primeiro é *biológico* – a distinção entre macho e fêmea; o segundo é *classificatório* – “o conjunto das pessoas que possuem o mesmo sexo”; o terceiro é sinônimo de sexualidade: “sensualidade, volúpia, lubricidade”; e, por fim, o último se refere aos órgãos genitais externos”.

Vale ressaltar, também, a definição de sexo considerada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que tem fito operacional e que é transcrita por Corrêa, Alves e Jannuzzi²¹:

[...] refere-se às características que definem humanos como mulheres e homens, [mas, considerando que] este conjunto de características biológicas não é naturalmente exclusivo, desde que há indivíduos que possuem ambas, [o termo sexo] tende a

16 YANAI, D. **O Direito do Transexual**. 2006, 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Apucarana, Apucarana, 2006. p. 38.

17 SIQUEIRA, A. M. Transexualidade: a superação do conceito binário de sexo. **Conteúdo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28873>>. Acesso em: 05 abril 2011. p. 7.

18 PERA-BAJO, F. J. MAROTE-GONZÁLEZ, M. BALADÍA-OLMEDO, C. loc. cit.

19 SIQUEIRA, op. cit. p. 8.

20 VENTURA, M. A **Transexualidade no Tribunal**: Saúde e Cidadania. Rio de Janeiro: UERJ, 2010. p. 19.

21 *Apud* VENTURA, M. A **Transexualidade no Tribunal: Saúde e Cidadania**. Rio de Janeiro: UERJ, 2010. p. 20-21

diferenciar os humanos como homens e mulheres. [O] termo 'sexo' é usualmente utilizado com o significado de 'atividade sexual', mas, para propósitos técnicos no contexto das discussões sobre a sexualidade a saúde sexual, dá-se preferência à definição anterior.

Desta maneira, percebe-se que o sexo é um importante standardizador e caracterizador social dos indivíduos, tornando-se indispensável atribuir um sexo a um indivíduo – homem ou mulher – a fim de reger suas relações sociais.

Entretanto, o sexo não pode ser unicamente constatado de acordo com as características físicas externas de indivíduo, uma vez que é formado por um conjunto de caracteres sociais, físicos e psíquicos. No caso dos transexuais, este fator mostra-se de extrema importância para que se possa realizar um diagnóstico preciso de transexualidade, bem como de adequação e tratamento da síndrome.

2.1 Das várias acepções do termo sexo

Na literatura médica encontra-se vários meios de se determinar o sexo de um indivíduo. Em monografia específica, Débora Yanai²² cita as várias classificações possíveis: a de Emílio Frederico Pablo Bonnet (sexo genético, endócrino, morfológico, psicológico e jurídico), a de Jean Claude Nahoum (sexo genético, somático, legal ou civil, de criação e psicossocial), a de Antônio Chaves (sexo genético, gonadal, fenóptico e de criação) e a de Matilde J. Sutter (sexo genético, endócrino-gonadal, morfológico, e psicológico).

Do apanhado de todas essas variáveis, elenca-se no subtópico abaixo um resumo das mais encontradas, ressaltando-se que, “[...] aportes relevantes da psicologia, sociologia e antropologia vêm demonstrando que o sexo é, antes de tudo, uma noção cultural”.²³

2.1.1 Sexo genético

O sexo genético é definido por meio da combinação dos cromossomos no seu par sexual em cada célula humana que, em geral, apresenta 22 pares mais um par sexual²⁴ e pode ser dividido em sexo cromossômico e sexo cromatínico.²⁵

O sexo cromossômico é determinado, então, pela alocação dos cromossomos no par sexual. Um indivíduo feminino, em regra, apresentará a combinação de dois cromossomos X

22 YANAI, D. **O Direito do Transexual**. 2006, 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Apucarana, Apucarana, 2006. p. 15.

23 SCHREIBER, A. **Direitos de Personalidade**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 201.

24 YANAI, D. **O Direito do Transexual**. 2006, 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Apucarana, Apucarana, 2006. p. 15.

25 SZANIAWSKI, E. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo, aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 36.

(XX), enquanto o masculino apresentará a combinação XY.²⁶ É desta combinação que surgem as síndromes genéticas como quando, por exemplo, um indivíduo apresenta três cromossomos no mesmo par (Síndrome de Klinefelter) ou apenas um (Síndrome de Turner).²⁷

Já “[...] o sexo cromatínico diz respeito a certas características que os cromossomos femininos apresentam, estando estes caracteres, quase sempre, ausentes nos cromossomos masculinos.²⁸” Desta forma, combinação dos cromossomos XX resulta em um pequeno triângulo, denominado de Crepúsculo de Baar, comprovando duplamente que o indivíduo que apresentar esta característica será do gênero feminino.²⁹

2.1.2 Sexo endócrino

O sexo endócrino pode ser dividido em sexo gonadal ou gonádico e sexo extragonadal. O sexo gonadal é identificado por meio da diferenciação das glândulas sexuais - que nos homens são os testículos e nas mulheres os ovários - destinadas a produção hormonal. O sexo extragonadal é constituído por outras glândulas, a tireóide e a hipófise, cuja função é atribuir ao indivíduo outras características masculinizadores ou feminizadoras.³⁰

2.1.3 Sexo morfológico, anatômico ou somático

Esta variante do sexo é identificada por intermédio das estruturas genitais externas e internas de um indivíduo, bem como dos caracteres secundários. Um indivíduo masculino apresentará pênis, escroto e testículos e um feminino terá a presença útero, trompas e ovários. Os caracteres secundários seriam a presença de mamas (em regra, caractere feminino), do tipo de pilosidade, o timbre de voz, entre outros.³¹

2.1.4 Sexo hormonal

O sexo hormonal é determinado por meio da presença dos hormônios no organismo humano, que seriam o estrogênio e a progesterona, responsáveis por produzir características masculinas ou femininas, respectivamente.³²

2.1.5 Sexo cerebral

26 VENTURA, M. **A Transexualidade no Tribunal**: Saúde e Cidadania. Rio de Janeiro: UERJ, 2010. p. 20.

27 YANAI, D. op. cit. p. 16.

28 SZANIAWSKI, op. cit. p. 37.

29 SZANIAWSKI, loc. cit.

30 SZANIAWSKI, loc. cit.

31 SZANIAWSKI, E. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo, aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 38.

32 VENTURA, M. **A Transexualidade no Tribunal**: Saúde e Cidadania. Rio de Janeiro: UERJ, 2010. p. 20.

O sexo cerebral refere-se à possibilidade do indivíduo “[...] compreender a diferença sexual a partir das diferenças de estrutura, ritmo e níveis químicos, identificados nos cérebros masculinos e femininos”.³³

2.1.6 Sexo psíquico

Segundo Matilde Josefina Sutter *apud* Elimar Szaniawski³⁴ o sexo psíquico baseia-se em várias características, que podem ser descritas como a reação psicológica do indivíduo diante de certos estímulos.

Assim, poder-se-ia dizer que cada sexo apresenta uma reação diferente, sendo que indivíduos do mesmo sexo apresentariam, de modo geral, reação semelhante.

2.1.7 Sexo psicossocial

Para Peres *apud* Miriam Ventura, o sexo psicossocial consiste no resultado de interações psicológicas, fisiológicas e genéticas que se formam no seio de uma determinada atmosfera sociocultural, do qual o produto final mostra-se como a percepção do indivíduo dele mesmo, como homem ou mulher.

Aponta-se, ainda, que há na literatura a utilização de expressões como sexo psicológico e de criação como sinônimos do sexo psicossocial.³⁵

2.1.8 Sexo civil ou jurídico

Por último, tem-se o sexo jurídico, que se mostra com a maior relevância para o reconhecimento do transexual como sujeito de direitos e que também é denominado de sexo legal³⁶.

Ele diz respeito à vida civil do cidadão e que deve constar obrigatoriamente no seu assento de nascimento, a ser lavrado no Registro Civil de Pessoas Físicas (Lei 6.015/1973).³⁷

O sexo civil é determinado quando do nascimento do indivíduo e embasa-se no sexo morfológico externo, sendo este o que o indivíduo levará para toda a sua vida, possuindo vários reflexos jurídicos, especialmente na seara do Direito de Família, Militar, Penal e outros³⁸.

É nesse sentido que se mostra o mérito do estudo de todas as variáveis do sexo, uma vez

33 VENTURA, loc. cit.

34 SZANIAWSKI, E. op. cit, p. 38.

35 VENTURA, op. cit., p. 20.

36 SZANIAWSKI, E. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual:** estudo sobre o transexualismo, aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 39.

37 VENTURA, M. **A Transexualidade no Tribunal:** Saúde e Cidadania. Rio de Janeiro: UERJ, 2010. p. 21.

38 SZANIAWSKI, E. op. cit. p. 39-40.

que a aparência externa de um indivíduo não é suficiente para determinar seu verdadeiro sexo.³⁹ E, havendo desarmonia entre os componentes definidores do sexo, o que sempre apresentará maior relevância será o sexo psicológico.⁴⁰

3 O Transexualismo

Vários são os aspectos do transexualismo que merecem comentário neste estudo. Para mais compreensão do tema, entendeu-se pertinente a subdivisão do mesmo em vários subtópicos, conforme será adiante explanado:

3.1. Conceito

Maria Helena Diniz conceitua a transexualidade como sendo a “[...] condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia do seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto.”⁴¹

Entretanto, é o conceito de Roberto Farina o considerado mais completo, uma vez abarca a raiz psiquiátrica (pseudo-síndrome psiquiátrica) e cultural (inversão psicossocial/noção cultural de gênero) do fenômeno, sem esquecer as manifestações fáticas que implicam em um extremo sofrimento para o indivíduo:

[...] pseudo-síndrome psiquiátrica, profundamente dramática e desconcertante, na qual o indivíduo se identifica com o gênero oposto. Constitui um dos mais controvertidos dilemas da Medicina moderna, em cujo recinto poucos médicos ousam adentrar. Trata-se de manifestação extrema de inversão psicossocial, em que o indivíduo nega o seu sexo biológico e exige a operação de reajustamento sexual a fim de poder assumir a identidade do seu verdadeiro gênero, que não condiz com o seu sexo anatômico.⁴²

Nesse sentido, para a Medicina, a transexualidade seria uma anomalia sexual, sendo que a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, Edição Número Dez (CID-10), da Organização Mundial da Saúde⁴³ classifica a transexualidade, ou síndrome de disforia do gênero⁴⁴ como um transtorno mental de identidade sexual, definido da

39 Ibid., p. 39-42.

40 CHIARINI JR., E. C. O Transexual e a cirurgia de redesignação de sexo. In: MAGNO, A. GUERRA, S. **Biodireito e bioética: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 196.

41 DINIZ, M. H. **O Estado Atual da Bioética**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 284.

42 *Apud* SZANIAWSKI, E. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual: estudo sobre o transexualismo, aspectos médicos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. . 49.

43 DATASUS. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID-10**. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm>>. Acesso em: 08 mar. 2012.

44 A expressão “síndrome de disforia do gênero apesar de ser comumente utilizada como sinônimo de transexualismo, devido à publicação em 1994 do DSM IV (Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais), dentro da psiquiatria poderá ter conceito diferente, com a possibilidade ou não, de acordo com a teoria empregada, englobar a transexualidade, como sendo esta espécie e aquela gênero. É possível ler mais sobre tal separação em: ARÁN, M. MURTA, D. LIONÇO, T. Transexualidade e Saúde Pública no Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, vol. 14, n.4, p. 1141-1149, jul./ago. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000400020&lng=en&nrm=iso>.

seguinte maneira:

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

No Brasil, a Resolução n. 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que regulamenta a cirurgia de transgenitalização no âmbito médico, entende o indivíduo transexual como “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou auto-extermínio”.⁴⁵

Ressalta-se que tais conceitos firmam-se na patologização da transexualidade, a fim de estabelecer o caráter terapêutico da cirurgia de mudança de sexo. Entretanto, atualmente vem se questionando esse caráter de patologia da síndrome⁴⁶ frente ao sistema sexo-gênero, que normatiza apenas o binômio feminino-masculino, deixando à margem qualquer forma de sexualidade que não se encaixe no padrão, uma vez que, apesar da sua importância para a regulação social, não dão conta do fenômeno social da transexualidade.⁴⁷

Quanto à questão, Miriam Ventura esclarece⁴⁸:

O sistema sexo-gênero, como modelo explicativo, permite perceber o efeito prescritivo da linguagem e compreender a transexualidade não só como uma doença psiquiátrica – transexualismo –, mas, possivelmente, com uma condição de sofrimento em virtude da percepção de não pertencimento a seu sexo biológico e, sobretudo, pela não aceitação dessa condição pela norma social vigente.

Tal entendimento mostra-se tão forte como o que ocorreu há anos atrás a respeito da homossexualidade. Tanto isto é fato, que em 2010, a França,⁴⁹ por Decreto do Ministério da Saúde - e avançando em matéria médica - retirou a transexualidade do seu rol de doenças psiquiátricas. Outro país a seguir o mesmo exemplo foi a Suécia, que realizou semelhante ato em 2011.⁵⁰

Desta forma, sugere-se que não se trata a síndrome como uma doença propriamente dita,

Acesso em: 02 mar. 2012 e em SAADEH, A. **Transtorno de identidade sexual: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino.** 2004. Tese (Doutorado em Psiquiatria) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-09082005-115642/>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

45 RESOLUÇÃO CFM nº 1.955/2010. **Portal Médico.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 05 abril 2011.

46 BUTLER, J. RIOS A. (trad.). ARÁN, M. (rev. técnica). Diagnosticando o Gênero. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 95-126. abr. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 mar. 2012.

47 ARÁN, M. Zaidhaft, S. Murta, D. Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva. **Psicologia e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 70-79, abr. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v20n1/a08v20n1.pdf>> Acesso em: 02 mar. 2012.

48 VENTURA, M. **A Transexualidade no Tribunal:** Saúde e Cidadania. Rio de Janeiro: UERJ, 2010. p. 25.

49 TRANSEXUALISMO é retirado de lista de doenças mentais na França. **Folha.com.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/equilibrio/noticias/ult263u693920.shtml>>. Acesso em: 05 mar. 2011.

50 VIAGEM Solitária extrai lições humanas da mudança de sexo. **Folha.com.** Disponível em:

até porque os transexuais são pessoas normais sob todos os aspectos, tendo uma identidade de gênero muito bem definida. A cirurgia apenas aperfeiçoaria o entrosamento entre corpo e alma do indivíduo.⁵¹

Portanto, como ensina Enéas Castilho Chiarini Júnior⁵² ao citar Harry Benjamin, um dos precursores do estudo da síndrome, “[...] os transexuais não são doentes, mas são normais sob todos os aspectos, além do que a sua identidade de gênero é bem definida e normal”.

Finalmente, faz-se necessário lembrar que, dentro do âmbito jurídico, não há qualquer conceituação e/ou classificação do transexual havendo, portanto, um *vacuum legem* a ser preenchido no futuro.

3.2 Características físicas e psicológicas

O transexual apresenta-se não somente como aquele que deseja submeter-se a cirurgia de mudança de sexo.

Fisicamente, o transexual apresenta-se como indivíduo considerado dentro do padrão de normalidade aceito.⁵³ O transexual masculino pode apresentar o pênis, frequentemente, subdividido ou, nas hipóteses de aparente desenvolvimento, não exercer este a sua funcionalidade, bem como apresentar uma redução da produção de espermatozoides e até a total ausência de produção, caracterizada como azoospermia. Ainda o transexual pode apresentar a distribuição de pilosidade diversa da encontrada em indivíduos do mesmo sexo biológico e a ginecomastia, em que o indivíduo masculino apresenta voz feminina e biótipo mais delicado e imberbe.⁵⁴

Psicologicamente, o transexual apresentará uma tendência à depressão, ansiedade crônica⁵⁵, baixa tolerância ao stresse, narcisismo⁵⁶, nível de libido abaixo do normal, rejeição às

<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrada/21092-quotviagem-solitariaquot-extra-licoes-humanas-da-mudanca-de-sexo.shtml>>. Acesso em: 05 mar. 2012.

51 SZANIAWSKI, E. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo, aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.63.

52 CHIARINI JR., E. C. O Transexual e a cirurgia de redesignação de sexo. In: MAGNO, A. GUERRA, S. **Biodireito e bioética: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 196.

53 PERA-BAJO, F. J. MAROTE-GONZÁLEZ, M. BALADÍA-OLMEDO, C. Aspectos actuales de la transexualidad y su implicación medico-legal. **Medicina Clínica**, Madrid, Espanha, v. 126, n. 19, p. 750-753 maio 2006. Disponível em: <http://ac.els-cdn.com/S0025775306720796/1-s2.0-S0025775306720796-main.pdf?_tid=10fc866ad88ddf0f8b0c6df2f18e458&acdnat=1332105914_55c66e62ebde3a1b1911f405f90beb25>.

Acesso em: 08 dez. 2011.

54 SZANIAWSKI, E. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo, aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.62-68.

55 RODRÍGUEZ-MOLINA, J. M. ANSEJO-ARAQUE, N. LUCIO-PÉREZ, M. J. BECERRA-FERNÁNDEZ, A. Elaboración de un instrumento de diagnóstico y diagnóstico diferencial en transexualidad. **SEMERGEN - Medicina de Família**, Madrid, Espanha, v. 37, n. 2, p. 61-68, fev. 2011. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1138359310004041>>. Acesso em: 08 dez. 2011.

56 SAADEH, A. **Transtorno de identidade sexual**: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino. 2004. Tese (Doutorado em Psiquiatria) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-09082005-115642/>>.

genitálias externas, com tendência a automutilação, rejeição às práticas homossexuais e muitas vezes a qualquer prática sexual antes da cirurgia, apresentando comportamento solitário e introspectivo⁵⁷, bem como, em regra, apresenta Quociente de Inteligência (QI) superior à média.⁵⁸

3.3 Diferença da transexualidade para com outras orientações e anomalias sexuais

Também se torna importante conceituar outras variáveis sexuais a fim de deixar o tema esclarecido, uma vez que é corriqueira a confusão do transexual com outras variáveis como o travestismo e a homossexualidade, dentre outros.

3.3.1 Homossexualidade

O homossexual pode ser caracterizado como o indivíduo que prefere manter relações sexuais com pessoas do mesmo sexo⁵⁹ e que percebe seus órgãos sexuais como centro de erotismo. Estes, uma vez manipulados corretamente, alcançam a plenitude erótica.⁶⁰

3.3.2 Travestismo

O travestismo é também conhecido como eonismo e é reconhecido como uma doença psiquiátrica. Ele pode ser conceituado como a entidade na qual certo indivíduo apresentará inclinação a vestir trajes típicos do sexo oposto.⁶¹

Tomando-se por base essa definição, pode-se, então, afirmar que o travesti poderá ser um indivíduo homossexual e/ou heterossexual vez que, enquanto indivíduo nessa condição, o é figura transitória, ora comportando-se como homem, ora como mulher.⁶²

3.3.3 Hermafroditismo

Os hermafroditas são aqueles que possuem fisicamente dois sexos, por consequência de uma má formação nos seus primeiros dias de vida, quando os embriões, apesar de serem masculinos (XY) ou femininos (XX), apresentam um desenvolvimento hormonal do sexo oposto.⁶³ Por causa dessa formação hermafrodita, surgem más formações genitais nos indivíduos,

Acesso em: 18 mar. 2012. p. 70.

57 SZANIAWSKI, E. op. cit. p. 55-58.

58 DINIZ, M. H. **O Estado Atual da Bioética**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 286.

59 SZANIAWSKI, op. cit, p. 47.

60 YANAI, D. **O Direito do Transexual**, 2006, 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Apucarana, Apucarana, 2006. p. 43-44.

61 SZANIAWSKI, E. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo, aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 49.

62 YANAI, D. **O Direito do Transexual**, 2006, 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Apucarana, Apucarana, 2006. p. 44-45.

63 YANAI, D. *ibid.* p.45.

com predominância de um dos sexos.⁶⁴

Elimar Szaniawski⁶⁵ acentua que existem três espécies de hermafroditismo: os bilaterais, os unilaterais e os alternos ou laterais. Os hermafroditas bilaterais possuem em ambas as gônadas, tecido testicular e ovariano; já os unilaterais apresentam em uma das gônadas esse tecido testicular e ovariano e na outra um testículo ou um ovário; por último, os laterais apresentam em uma das gônadas os testículos e na outra um ovário.

3 A Cirurgia de Redesignação de Sexo

A cirurgia de redesignação de sexo se mostra como o ponto mais crucial da vida de um indivíduo transexual, pois é a única possibilidade de adequação dos caracteres sexuais a sua psique, bem como de inclusão do mesmo na sociedade, garantindo-se-lhe o direito à saúde, (artigo 6º CF⁶⁶) e, principalmente, de reconhecimento como sujeito de direitos, uma vez que é com ela que os princípios da dignidade da pessoa e liberdade concretizam-se nas suas mais variadas formas.

3.1 A cirurgia como única possibilidade de adequação sexual e social

Primeiramente, salienta-se, como já dito acima, ser a cirurgia, no entender do Conselho Federal de Medicina, a única alternativa para o transexual, pois, muitas vezes, outras formas de acompanhamento como o psiquiátrico, psicoterapêutico e/ou terapêutico não alcança a efetividade desejada.⁶⁷ Uma vez que não há uma 'doença mental' propriamente dita, apenas um desconforto com o próprio corpo, a cirurgia fará a adequação física à condição mental do indivíduo.

Lembre-se que a cirurgia alcança um nível estável de saúde psíquica do indivíduo que, como já visto, é um direito constitucionalmente tutelado, sendo a própria Organização Mundial da Saúde a concebê-la como veículo de bem-estar físico, psíquico ou social⁶⁸ do paciente.

Outro aspecto de importância é o de que a cirurgia não é regulamentada no ordenamento jurídico pátrio e, à luz de uma interpretação gramatical de dispositivos legais como o artigo 13 do

64 SZANIAWSKI, op. cit. p.46.

65 SZANIAWSKI, loc. cit.

66 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

67 VIEIRA, T. R. Direito à Adequação de Sexo do Transexual. **UNOPAR Científica: Ciências Jurídicas e Empresariais**. Coordenadoria de Pesquisa, Universidade do Norte do Paraná. v.1, n.1, mar. 2000, Londrina, UNOPAR. p. 48

68 MOTA, S. Transexualidade. **Centro de Pesquisa Jurídica Silvia Mota**. Disponível em: <<http://www.silviamota.com.br/>>. Acesso em: 05 abril 2011.

Código Civil⁶⁹ e o artigo 129, § 2º, II do Código Penal⁷⁰, ter-se-ia a ideia de ser a mesma completamente vedada e criminosa, pois é ato de disposição do próprio corpo (que implica em diminuição permanente da integridade física, resultando em lesão corporal grave). Entretanto, deve-se sempre olhar as normas a partir dos princípios constitucionais e levar-se em conta a utilidade terapêutica do ato cirúrgico.

A disposição do próprio corpo para a cirurgia, nesses casos, não se enquadra nos mencionados artigos que, em tese, tipificariam-na como conduta criminosa, por importar em uma diminuição permanente do corpo. A cirurgia visa a assegurar a integridade psíquica do paciente - direito de personalidade implícito no ordenamento⁷¹, englobando o direito à vida e à saúde (artigo 6º *caput* e art. 196 CF⁷²) - embasado no direito à liberdade em sentido amplo (que engloba o direito a autodeterminação, liberdade sexual, intimidade, liberdade de vida familiar etc⁷³), como direito individual e coletivo e, novamente, no princípio da dignidade da pessoa, como cláusula geral de direito de personalidade.⁷⁴

Da mesma maneira não implica em lesão corporal, uma vez que tem caráter terapêutico e corretivo, tendo como fundamento o livre consentimento do paciente (direito a autodeterminação pessoal) e no direito ao próprio corpo⁷⁵, que, segundo Elimar Szaniawski⁷⁶ consiste mais em uma atividade lícita do que no exercício de um direito, portanto, não constituindo um ato contrário ao Direito.⁷⁷

Outro argumento que ressalta o caráter não mutilador (afastando a concepção de lesão corporal) do ato cirúrgico, é o fato de que o mesmo não implica em dolo por parte do cirurgião⁷⁸, bem como que este estaria no exercício regular de sua profissão.⁷⁹

A Resolução n. 1.955 de 2010 do Conselho Federal de Medicina esclarece tais pontos

69 Art. 13. 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. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

70 Lesão corporal. Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. [...] § 2º Se resulta: [...] III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função.

71 SZANIAWSKI, E. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 39-40.

72 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

73 CHIARINI JR., E. C. O Transexual e a cirurgia de redesignação de sexo. In: MAGNO, A. GUERRA, S. **Biodireito e bioética: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 196.

74 SZANIAWSKI, E. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 p. 75-81.

75 ARÁN, M. MURTA, D. LIONÇO, T. Transexualidade e Saúde Pública no Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, vol. 14, n.4, p. 1141-1149, jul./ago. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000400020&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 mar. 2012.

76 SZANIAWSKI, op. cit. p. 71.

77 Id., p. 104-105.

78 SZANIAWSKI, op. cit. p. 77.

79 DINIZ, M. H. **O Estado Atual da Bioética**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 294.

obscuros em suas considerações⁸⁰:

CONSIDERANDO que a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal brasileiro, haja vista que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico;

CONSIDERANDO a viabilidade técnica para as cirurgias de neocolpovulvoplastia e/ou neofaloplastia;

CONSIDERANDO o que dispõe o parágrafo 4º do artigo 199 da Constituição Federal, que trata da remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como o fato de que a transformação da genitália constitui a etapa mais importante no tratamento de pacientes com transexualismo;

CONSIDERANDO que o artigo 14 do Código de Ética Médica veda os procedimentos médicos proibidos em lei, e o fato de não haver lei que defina a transformação terapêutica da genitália *in anima nobili* como crime.

Desta forma, fica clara a completa licitude da cirurgia de transgenitalização, pois se constitui ela no principal meio de trazer conforto ao transexual, sendo que sempre deverá ser acompanhada de tratamento psicoterapêutico e hormonal.⁸¹

3.2 A realização da cirurgia

Atualmente, a única regulamentação da cirurgia de transgenitalização é a Resolução n. 1.955/2010 do CFM, que apenas a regula dentro do âmbito da atividade médica. Esta Resolução já é a terceira a ser editada pelo órgão de classe, sendo que a primeira ocorreu no ano de 1997⁸², autorizando a cirurgia para fins de pesquisa e a segunda, no ano de 2002, que não divergiu muito da primeira.⁸³

A Resolução de 2010 autoriza a cirurgia com fins terapêuticos, podendo ser realizada em qualquer hospital, desde que contemple integralmente os seus pré-requisitos. Como se verá a seguir, são eles: que esteja presente a equipe multidisciplinar regularmente prevista no regimento interno dos hospitais (artigo 4º), um corpo clínico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina (artigo 5º § 1º⁸⁴) e, por fim, uma comissão de ética hospitalar constituída e

80 RESOLUÇÃO CFM nº 1.955/2010. **Portal Médico.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 05 abril 2011.

81 ARÁN, M. MURTA, D. Do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero às redescrições da experiência da transexualidade: uma reflexão sobre gênero, tecnologia e saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v.19, n.1, p. 15-41, abr. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v19n1/v19n1a03.pdf>>. Acesso em: 02. mar. 2012. p. 19-24.

82 RESOLUÇÃO CFM nº 1.482/97. **Portal Médico.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 05 abril 2011.

83 RESOLUÇÃO CFM nº 1.652/2002. **Portal Médico.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 05 abril 2011.

84 Art. 5º O tratamento do transgenitalismo deve ser realizado apenas em estabelecimentos que contemplem integralmente os pré-requisitos estabelecidos nesta resolução, bem como a equipe multidisciplinar estabelecida no artigo 4º. § 1º O corpo clínico destes hospitais, devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina, deve ter em sua constituição os profissionais previstos na equipe citada no artigo 4º, aos quais caberá o diagnóstico e a indicação terapêutica.

funcionando (artigo 5º § 4º⁸⁵).

3.2.1 Requisitos da Resolução do Conselho Federal de Medicina

Para a realização da cirurgia devem se seguir os critérios enumerados no artigo 3º da Resolução 1.955/2010, quer sejam: a) deve o transexual possuir desconforto com o sexo anatômico (como sensação de inadequação no papel de gênero deste sexo, muitas vezes expresso em completa aversão); b) desejo de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto (anatomicamente falando); c) permanência dos itens 'a' e 'b' por no mínimo dois anos (para que se assegure estar se tratando de um transexual verdadeiro); e, d) ausência de transtornos mentais (pois poderiam acarretar em prejuízo a capacidade civil).

A Resolução também prevê outros cuidados, tais como o diagnóstico médico de transexualismo (ou transgenitalismo) por uma equipe multidisciplinar composta por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social; ser o paciente maior de 21 (vinte e um) anos e que este não possua características físicas inapropriadas para a realização da cirurgia, como a hiperplasia adrenal congênita⁸⁶ (artigo 4º⁸⁷).

O artigo 5º, § 3º⁸⁸ ainda ressalva que a falta de qualquer um dos membros da equipe ensejará a paralisação da permissão para a execução dos tratamentos.

De modo especial prevê, ainda, tal norma administrativa, que o ato cirúrgico seja praticado com o consentimento livre e esclarecido do paciente (artigo 6º⁸⁹), manifestado mediante assinatura de termo.

3.2.2 A Cirurgia no Sistema Único de Saúde (SUS)

No ano de 2008, o Ministério da Saúde, de modo bastante inovador, publicou a Portaria n.

85 Art. 5º O tratamento do transgenitalismo deve ser realizado apenas em estabelecimentos que contemplem integralmente os pré-requisitos estabelecidos nesta resolução, bem como a equipe multidisciplinar estabelecida no artigo 4º. [...] § 4º Os hospitais deverão ter comissão ética constituída e funcionando dentro do previsto na legislação pertinente.

86 CHIARINI JR., E. C. O Transexual e a cirurgia de redesignação de sexo. In: MAGNO, A. GUERRA, S. **Biodireito e bioética: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 195-206.

87 Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá à avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto: 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo; 2) Maior de 21 (vinte e um) anos; 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

88 Art. 5º O tratamento do transgenitalismo deve ser realizado apenas em estabelecimentos que contemplem integralmente os pré-requisitos estabelecidos nesta resolução, bem como a equipe multidisciplinar estabelecida no artigo 4º. [...] § 3º Em qualquer ocasião, a falta de um dos membros da equipe ensejará a paralisação de permissão para a execução dos tratamentos.

89 Art. 6º Deve ser praticado o consentimento livre e esclarecido.

1.707⁹⁰, que instituiu e regulamentou a possibilidade de a cirurgia de adequação de sexo ser realizada no âmbito do Sistema Único de Saúde. Tal regulamentação se instituiu após o Ministério Público Federal ter ingressado com Ação Civil Pública⁹¹ contra a União, no ano de 2001, com o intuito de que o Ministério da Saúde regulamentasse a situação.⁹²

Essa Portaria é um importante passo para a efetivação da dignidade da pessoa, uma vez que garante o direito à saúde, de maneira livre de discriminações e gratuitamente para os transexuais.

Um dos pontos mais marcantes é que na mesma prevalece a noção de saúde integral, entendida não apenas como a ausência de patologia, mas também como uma maneira de proporcionar atendimento necessário e desejado ao paciente, permitindo a construção de uma rede de conhecimentos e inclusão social para estas pessoas.⁹³

Gisseli Giovana Pereira de Moraes⁹⁴ ainda ressalta a importância de uma adequação integral, compreendida como um direito fundamental e, como um,

[...] sistema composto por diversos atos que objetivam um elemento apenas: atender [sic] às necessidades específicas do transexual, uma vez que devido à peculiaridade apresentada, não possibilita a aplicação de outros meios de interpretação legalmente previstos quando da falta de norma que legitime a questão, ou seja, a analogia.

É nesse sentido, portanto, que rumam as duas normas editadas pelo Ministério da Saúde, uma vez que este sistema é heterogêneo, ou seja, composto por várias adequações de diversas naturezas e não simplesmente a realização da cirurgia.

No cuidado com o transexual pela saúde pública materializa-se no acompanhamento psicológico, cirúrgico, pós-cirúrgico, assistência social e jurídica, como meios de tratamento e integração do transexual na sociedade, antes e após a cirurgia de transgenitalização, o que, na prática, resume-se na consolidação dos seus direitos humanos⁹⁵ mais elementares.

90 PORTARIA do Ministério da Saúde nº. 1.707/2008. **Ministério da Saúde**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html>. Acesso em 02 mar. 2012.

91 BRASIL. PRSP. **Ação Civil Pública nº 2001.71.00.026279-9/RS**. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/dsexuaisreprod/Acordao%20-%20transgenitalizacao%20transexuais%20TRF4.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

92 INCLUSÃO de cirurgia para mudança de sexo no SUS – Entenda o caso. **Divulga Ministério Público Federal**. Disponível em: <<http://www.divulga-mpf.pgr.mpf.gov.br/conteudo/mpf-atuante/direitos-humanos/transexuais/inclusao-de-cirurgia-para-mudanca-de-sexo-no-sus-2013-entenda-o-caso>>. Acesso em: 02 mar. 2012.

93 ARÁN, M. MURTA, D. Do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero às redescições da experiência da transexualidade: uma reflexão sobre gênero, tecnologia e saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v.19, n.1, p. 15-41, abr. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v19n1/v19n1a03.pdf>>. Acesso em: 02. mar. 2012.

94 MORAES, G. G. P. Adequação Integral: Perspectiva para Inclusão Social do Transexual. **Estudos sobre Direitos Fundamentais e Inclusão Social** – da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigüi, São Paulo: Boreal, 2010.

95 ARÁN, M. MURTA, D. loc. cit.

3.3 A capacidade do paciente

Para dar o caráter de completude ao estudo, faz-se ainda necessária a discussão acerca da capacidade de discernimento do indivíduo transexual para consentir com a realização da cirurgia, uma vez que pela Medicina, a transexualidade é considerada uma doença de cunho psicológico (o que se poderia levar a entender como incapacitante).

Primeiramente, pode-se presumir que ela não implica em exclusão e/ou diminuição da capacidade do paciente⁹⁶, uma vez que, apenas indica um desencaixe entre os caracteres do sexo, quer sejam, o sexo cerebral, psíquico e psicossocial em face do somático, gonadal e o genético. Entretanto, quase não se encontra na literatura discussões acerca do tema.

Ressalve-se que parte das características que ocasionam o sofrimento psíquico do transexual são originárias na não aceitação de sua condição na vida social (família, trabalho, relações amorosas etc...) e pelas situações vexatórias que passa durante todos os períodos de sua vida, seja antes ou após a cirurgia de transgenitalização, fazendo-se, assim, necessária não apenas a cirurgia, mas também fazendo parte do processo de amparo ao mesmo, a inclusão do transexual no âmbito social.

3.4 A responsabilidade médica

Segundo Maria Helena Diniz⁹⁷, em regra, não há responsabilidade penal médica na cirurgia de readequação de sexo, posto que ela decorre do exercício regular da profissão (art. 23, III do Código Penal), baseada no pressuposto do interesse terapêutico.

Entretanto - e uma vez que a cirurgia destina-se à adequação sexual do paciente com o diagnóstico de transexualismo - pode-se afirmar que a obrigação do médico é de meio, já que este não poderá garantir a cura do paciente (até porque a cirurgia não implica na solução de todos os problemas vivenciados por um transexual e muito menos pode a sua genitália ser completamente e perfeitamente transformada na genitália do sexo biológico oposto), comprometendo-se, então, a apenas agir com diligência e prudência, de acordo com as técnicas usuais deste tipo de cirurgia.⁹⁸

Tomando estes argumentos como diapasão, caso haja eventual dano experimentado pelo paciente, será a responsabilidade médica subjetiva em relação à obrigação, uma vez que não está o médico obrigado a um resultado perfeito, cabendo àquele comprovar que este agiu com dolo ou com culpa *strictu sensu* (imperícia, negligência e imprudência) quando da realização da cirurgia

96 ARÁN, M. Zaidhaft, S. Murta, D. Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva. **Psicologia e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 70-79, abr. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v20n1/a08v20n1.pdf>> Acesso em: 02 mar. 2012.

97 DINIZ, M. H. **O Estado Atual da Bioética**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.294.

98 SOUZA, N. T. C. **Responsabilidade Civil e Penal do Médico**. Campinas: LZN, 2003. p. 58.

que não atendeu aos fins desejados.^{99,100}

Entretanto, a obrigação poderá ser considerada de resultado no que tange à preservação das realizações de necessidade fisiológicas do paciente, uma vez que aqui o médico se compromete a um resultado específico.¹⁰¹

Melhor explicando: será objetiva a responsabilidade por esse aspecto pois, caso não sejam preservadas as funções de realização de necessidades fisiológicas - obrigação a que o médico se dedica especificamente - terá o mesmo cometido ação ou omissão que ocasionará grave dano ao paciente,¹⁰² cabendo àquele o ônus de provar a inverdade que lhe é reputada, vez que se concebe a sua culpa como presumida.¹⁰³

4 A Lei de Registros Públicos e a possibilidade de mudança do Registro Civil

Este capítulo destina-se à discussão acerca da possibilidade da mudança do nome civil dos transexuais, seja antes da realização da cirurgia de adequação de sexo, uma vez que muitos já utilizam e são reconhecidos por apelidos (utilizam o chamado “nome social”) por eles mesmos escolhidos, pleiteando a alteração face ao Poder Judiciário; seja após o ato cirúrgico, já que o transexual apresentará fisicamente sexo desconexo ao seu registro civil.

O registro civil é regulamentado pela Lei n. 6.015 de 1973 que, em regra, tem como pressuposto a imutabilidade¹⁰⁴ dos registros, salvo casos excepcionais basicamente fundados na proteção dos indivíduos contra situações vexatórias em razão de seus nomes. E é exatamente este o caso dos transexuais: a manutenção de seu assento e certidão de registro civil com o nome originalmente a si atribuído, em muito lhe causará constrangimentos e situações de vexame. Daí a justificativa da alteração do nome inicialmente registrado para o adotado posteriormente pelo interessado.

Neste sentido, e em mais uma postura isolada, o Ministério da Educação, mediante a Portaria no. 1612, de 18 de novembro de 2011, determinou que todos os procedimentos que envolvam o órgão seja respeitado e usado o chamado nome social, independentemente de ter havido ou não alteração registral.¹⁰⁵

99 SOUZA, op. cit., p. 58-59.

100 GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 12. ed., 2010. p. 426-427.

101 DINIZ, M. H op. cit. p.294.

102 SEBASTIÃO, J. **Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética**: legislação positiva aplicável. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 21-25

103 N. T. C. **Responsabilidade Civil e Penal do Médico**. Campinas: LZN, 2003. p. 43 e 59.

104 **Lei 6015, de 31 de dezembro de 1973**. [...] Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. ([Redação dada pela Lei nº 12.100, de 2009](#)). [...].

105 **Portaria nº 1.612, de 18 de novembro de 2011**. Art. 1º - Fica assegurado às pessoas transexuais e travestis, nos termos desta Portaria, o direito à escolha de tratamento nominal nos atos e procedimentos

Importante lembrar que igual postura já havia sido tomada pela União para com os servidores públicos em geral¹⁰⁶, tudo em prol da preservação dos direitos humanos desta categoria.

4.1 Lei n. 6.015 de 1973 – a Lei de Registros Públicos sob um enfoque constitucional

A Lei 6.015 entrou em vigor em 31 de dezembro de 1973, regulamentando: a) registro civil de pessoas naturais e jurídicas; b) registro de títulos e documentos; e, c) registro de imóveis (artigo. 1º, §1º). O que interessa à temática é o registro civil de pessoas naturais, bem como de títulos e documentos.

De acordo com a supracitada Lei, é possível, em casos excepcionais, a mudança dos registros, obedecendo-se a alguns critérios. As alterações ou abreviaturas de nomes deverão ser averbados no próprio assento (artigo 29, §1º, 'f').

O mais importante dos registros públicos de uma pessoa natural é o seu registro de nascimento, no qual deve constar não só seu nome, como também o seu sexo, que é determinado com base nos seus caracteres físicos externos (artigo 54). É segundo ele que todos os seus outros documentos serão feitos. Nesse sentido, o interessado, no prazo de 1 (um) ano após atingir a maioridade civil, poderá mudar seu nome, desde que não prejudique os apelidos de família (artigo 56).

O artigo 55 põe em salvaguarda o nome da pessoa registrada quando do nascimento, determinando aos oficiais de registro civil não registrarem os prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Em contrapartida, o artigo 57 prescreve que qualquer alteração posterior do nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença de juiz a que estiver sujeito o registro. E, o artigo 58 da citada Lei

promovidos no âmbito do Ministério da Educação. § 1º - Entende-se por nome social aquele pelo qual essas pessoas se identificam e são identificadas pela sociedade. § 2º - Os direitos aqui assegurados abrangem os agentes públicos do Ministério da Educação, cabendo às autarquias vinculadas a esta Pasta a regulamentação da matéria dentro da sua esfera de competência. Art. 2º - Fica assegurada a utilização do nome social, mediante requerimento da pessoa interessada, nas seguintes situações: I - cadastro de dados e informações de uso social; II - comunicações internas de uso social; III - endereço de correio eletrônico; IV - identificação funcional de uso interno do órgão (crachá); V - lista de ramais do órgão; e VI - nome de usuário em sistemas de informática. § 1º - No caso do inciso IV, o nome social deverá ser anotado no anverso, e o nome civil no verso da identificação funcional. § 2º - A pessoa interessada indicará, no momento do preenchimento do cadastro ou ao se apresentar para o atendimento, o prenome que corresponda à forma pela qual se reconheça, é identificada, reconhecida e denominada por sua comunidade e em sua inserção social. § 3º - Os agentes públicos deverão tratar a pessoa pelo prenome indicado, que constará dos atos escritos. [...] § 4º - O prenome anotado no registro civil deve ser utilizado para os atos que ensejarão a emissão de documentos oficiais, acompanhado do prenome escolhido. 5º - Em 90 (noventa) dias devem ser tomadas as medidas cabíveis para que o nome social passe a ser utilizado em todas as situações previstas nesta Portaria. (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Portaria no. 1612 e 2012. Disponível em www.mec.gov.br. Acesso em 05 abr. 2012.)

106 Portaria 233, de 18 de maio de 2010, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MpoG, que estabelece o uso do nome social adotado por travestis e transexuais às/aos servidoras/es públicas/os, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. (N. das A.)

(com nova redação dada pela Lei nº 9.708, de 1998) é o que prevê a imutabilidade do prenome, admitindo-se, entretanto, a substituição por apelidos públicos e notórios.

É embasando seu pedido nesses artigos que poderá o transexual pleitear perante o Poder Judiciário, a mudança de seu nome e sexo no registro civil, uma vez que, como salienta Tereza Rodrigues Vieira¹⁰⁷, os prenomes suscetíveis de expor ao ridículo seus portadores não necessitam ser grotescos por si mesmos, mas podem, quando atribuídos a determinadas pessoas com determinadas características, tornarem-se vexatórios, como é o caso dos transexuais.

Por isso, nestes casos devem prevalecer a honra e a imagem do transexual perante o princípio da inalterabilidade de nome (que visa à segurança jurídica), uma vez que aqueles são invioláveis e a sua violação acarreta direito à indenização.¹⁰⁸ Salvaguarda-se, assim, a dignidade dos indivíduos que são fim último do sistema e seu principal alicerce. E ainda, de uma maneira mais ampla, pode ser invocado um dos objetivos fundamentais do Estado, quer seja, construir uma sociedade justa e solidária e promover o bem de todos, sem distinções de qualquer natureza.¹⁰⁹

Para tanto, deverá sempre ser aplicada uma interpretação extensiva do que poderia ser reconhecida como situação ridicularizante, para que se possa encaixar a posição do transexual. Parece que não há dúvidas de que um indivíduo que possui um nome masculino em seu registro civil, mas tenha aparência e comportamento feminino (e vice-versa) seja diariamente exposto ao ridículo, tornando-se, na maioria dos casos, motivo de chacota e humilhação, sendo atingindo de maneira grave o seu âmago.¹¹⁰

Se, nesse caso, a posição da inalterabilidade fosse mantida de acordo com uma interpretação restritiva da norma, correria o indivíduo o risco de, por um legalismo exagerado, a Lei de Registros Públicos (LRP) ser considerada inconstitucional, pois estaria contrariando e ferindo preceitos fundamentais previstos na Carta Magna. Isso seria completamente ilógico já que a própria LRP regulamenta exceções ao princípio da imutabilidade, como meio de preservação da honra e imagem contra situações vexatórias.

Ressalta-se que da retificação do registro civil deva constar como sexo, apenas homem ou mulher, uma vez que, em muitos julgados encontra-se no campo sexo a designação de transexual,

107 VIEIRA, T. R. **Nome e Sexo**: mudanças no registro civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 256-257.

108 CF, art. 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando, o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

109 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

110 VIEIRA, T. R. **Nome e Sexo**: mudanças no registro civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 257.

fazendo com que se perpetue o preconceito que o transexual sofre por causa de sua condição.

E por fim, atente-se para o fato de que sobre qualquer pendência existente em relação ao nome anterior, o indivíduo continuará respondendo, uma vez que terceiros não podem ser prejudicados pela mudança e, muito menos este pode beneficiar-se ilicitamente com a mudança.¹¹¹

4.1.2 A mudança mediante requisição judicial

É importante deixar clara a possibilidade de retificação do nome, com base nos já mencionados princípios constitucionais. Saliente-se que esta só poderá ser feita mediante pleito judicial, o que se torna, em muitos casos, um problema, pois fica à sorte do magistrado o deferimento do pedido de mudança.

A jurisprudência nacional tem sido totalmente vacilante nessa seara tão obscura, uma vez que muitos magistrados insistem na prevalência do sexo biológico sobre o psíquico, sob o argumento de que a cirurgia de transgenitalização apenas altera a aparência do indivíduo e não seu sexo. Tal argumento é, em parte, verdadeiro, mas não é este o cerne da questão, e sim, a proteção do transexual frente a situações humilhantes, como já visto.

É o que mostra Elimar Szaniawski, exemplificando com julgados negatórios da retificação dos Estados de São Paulo (SJSP) e Rio de Janeiro (SJRJ), como também do Paraná (SJPR). Entretanto o mesmo autor ainda transcreve julgados deferindo a retificação do nome e sexo no Registro Civil, por estes mesmos tribunais. O mesmo autor ainda analisa o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na matéria (posicionamento não muito diferenciado do das instâncias inferiores).¹¹²

Mediante a controvérsia havida, reside a importância na elaboração de uma Lei mais específica regulamentando a matéria, a fim de que se torne evidente a possibilidade de retificação do nome e sexo, bem como para que o indivíduo transexual não necessite mais recorrer ao Poder Judiciário, tendo que esperar por um processo longo e desgastante, em que, muitas vezes, seus direitos não são reconhecidos.

O Poder Legislativo, desta maneira, vem sendo até mais retrógrado que o Poder Judiciário, vetando projetos de Lei que regulamentam a matéria, como é o caso do Projeto de Lei n. 1.909-A de 1979, que propunha a regulamentação da cirurgia, vetado pelo então Presidente da República João Figueiredo. Ou, então, do PL n. 5.789 de 1985, que propunha regulamentação penal em relação à cirurgia de transgenitalização, evitando a confusão com o crime de lesão corporal, bem como editava a Lei de Registros Públicos, regulamentando a mudança do registro

¹¹¹ Ibid., p. 262-263.

¹¹² SZANIAWSKI, E. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo, aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 166-191.

nos casos dos transexuais.¹¹³

Atualmente estão tramitando no Congresso Nacional vários Projetos de Lei específicos em relação à mudança de nome e sexo, tanto antes como após a realização da cirurgia de transgenitalização¹¹⁴. São eles: Projeto de Lei n. 70/1995, n. 3.727/97, n. 6.655/2006 e mais recentemente o de n. 1.281/2011, estando todos literalmente parados no Poder Legislativo, o que se pode visivelmente comprovar pelas datas em que estes PL foram apresentados (por exemplo, 1995) e pelo acompanhamento eletrônico dos mesmos.¹¹⁵

5 A Possibilidade da Construção de uma Família

Ainda mais controversa é a questão atinente ao Direito de Família. Entretanto, como se verá a seguir, de maneira geral, e sempre com base em princípios constitucionais, poderá, sim, o indivíduo transexual construir família sem prejuízos de qualquer natureza.

5.1 O casamento e a união estável

Tanto a Constituição, no artigo 226¹¹⁶, como o Código Civil, nos artigos 1.514 e 1.723¹¹⁷, prescrevem que tanto o casamento como a união estável se estabelecem entre homem e mulher. Assim, é possível perceber como o transexual encontra-se frente a uma grande problemática, visto a indeterminação de seu sexo na seara registral.

Nesse sentido, é preciso estar atento não só ao sexo prevalecente no transexual (independentemente se este já se submeteu a cirurgia de redesignação de sexo), bem como a sua orientação, que poderá ser hetero ou homossexual. Outra questão que deve ser necessariamente abordada é o caso de o transexual já estar casado e se submeter à cirurgia, tendo libido homossexual ou não.

Primeiramente, levando-se em conta seu sexo biológico, sua orientação sexual poderá ser de homossexual, podendo encontrar uma barreira nas suas uniões afetivas, uma vez que, à primeira vista, casais homossexuais não poderiam contrair núpcias ou união estável. Entretanto,

113 Ibid., p. 196-197.

114 PROJETOS de Lei. **Direito Homoafetivo.** Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/ProjetoLeiList.php?page=1&>>. Acesso em: 18 dez. 2011.

115 Acompanhamento disponível através do endereço eletrônico: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/projetos-de-lei-e-outras-proposicoes>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

116 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

117 Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados." E ainda: "Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

neste sentido, pode-se invocar a recente e brilhante decisão do Supremo Tribunal Federal¹¹⁸, em que se decidiu pela aceitação da união homoafetiva pelo ordenamento jurídico pátrio, louvando, como principais fundamentos jurídicos, a tutela, valorização e salvaguarda do direito fundamental da dignidade humana e dos direitos de personalidade vida, integridade, liberdade, intimidade e autonomia.

Em contrapartida, e mais acertadamente, o sexo prevalecente do transexual, na maioria dos casos, é o psíquico, e sua orientação sexual é de heterossexual, não configurando, portanto, uma união homoafetiva. Desta maneira, não encontra o transexual óbice jurídico ao seu casamento ou união estável¹¹⁹, a não ser a discriminação pela sua condição (que, lembre-se, é vedada pelo ordenamento jurídico, uma vez que atenta contra a dignidade da pessoa).

Ainda, é importante lembrar que o transexual poderá ter orientação homossexual (de acordo com seu sexo psíquico) e que, da mesma maneira, poderá ser invocada a decisão do STF. E mais além, com uma interpretação sistemática embasada nos princípios constitucionais, a possibilidade de um casamento é, indelevelmente, permitida. Tal possibilidade se firma frente ao direito de constituir família, que é constitucionalmente protegido pelo *caput* do artigo 226 já invocado, bem como em outros direitos, como a liberdade, podendo ser definida como de autodeterminação.¹²⁰

A questão é mais delicada, entretanto, quando já existe um casamento anterior a cirurgia de redesignação de sexo. Nos estudos de Harry Benjamin¹²¹, esta situação é mais comum do que parece. Muitos transexuais casam e têm filhos, no intuito de ter uma vida comum, porém a transexualidade manifesta-se de forma latente, levando o indivíduo à cirurgia, o que em muitos casos, é a ruína para o casamento.

Nesses casos, a doutrina firma-se no sentido de ser vedada a realização da cirurgia, a não ser pelo consentimento do outro cônjuge. Caso não haja, será causa da dissolução do vínculo conjugal por consistir em injúria grave. Outro motivo dado para a proibição é que ambos os cônjuges seriam do mesmo sexo, o que faria desaparecer um dos pressupostos da existência do matrimônio, tornando o casamento nulo¹²², o que não parece correto, uma vez que o casamento,

118 BRASIL. STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132/RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=homossexual%20uni%E3o%20est%E1vel&processo=4277>>. Acesso em: 04.ago.2011.

119 YANAI, D. **O Direito do Transexual**, 2006, 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Apucarana, Apucarana, 2006, p.62.

120 MORAES, G. G. P. Adequação Integral: Perspectiva para Inclusão Social do Transexual. **Estudos sobre Direitos Fundamentais e Inclusão Social** – da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea, 1ª ed. Birigüi, São Paulo: Boreal ed., 2010.

121 *Apud* SZANIAWSKI, E. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo, aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 122-123.

122 *Ibid.* p. 124-126.

de acordo com a moderna principiologia adotada pela Constituição, é uma entidade baseada no afeto entre as partes, em que o vínculo afetivo se mostra como o principal pressuposto.

Desta maneira, entende-se que o casamento não será nulo e que deve ficar à escolha dos cônjuges a continuação do vínculo conjugal ou não, uma vez que só será inviável e indesejável um casamento quando não houver respeito e aceitação entre as partes, tornando-se aí legítimo o pleito de dissolução do matrimônio.¹²³

Por fim, há a hipótese de o casamento poder ser anulado quando o transexual já se submeteu a cirurgia de redesignação de sexo e não compartilhou tal informação sobre sua identidade com o parceiro ao qual viria a se casar. Essa situação configura-se em erro essencial sobre a pessoa, (falsa noção acerca de determinada pessoa) sendo o agente levado a praticar um ato (o de contrair núpcias) que, em circunstância de total esclarecimento, não praticaria. A situação é possível de acordo com a teoria dos vícios do consentimento do matrimônio, à luz dos artigos 1.550¹²⁴, 1.556¹²⁵ e 1.557¹²⁶ do *Codex*, devendo o cônjuge que alegar erro prová-lo, bem como, que se conhecesse a situação, não teria contraído núpcias.¹²⁷

5.2 Filiação e adoção

Também neste aspecto encontra-se controversa a situação do transexual, sendo de extrema importância averiguar-se a situação dos seus filhos após a operação, bem como a possibilidade de uma posterior adoção, uma vez que o indivíduo com sexo redesignado perde sua capacidade de procriação.¹²⁸

5.2.1 Os reflexos da operação na filiação

No tocante a relação de filiação, caso o transexual operado já tenha filhos, não existe qualquer razão para classificá-lo como pai ou mãe inadequado. Entende-se, em princípio, que nada mudará, afinal, a mudança de estado é irretroativa¹²⁹ e os filhos continuarão com seus assentos de nascimento nos termos como foram registrados, ou seja, com o estado civil e sexo originário de seus pais.¹³⁰

123 VIEIRA, T. R. **Nome e Sexo**: mudanças no registro civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 305.

124 Art. 1.550. É anulável o casamento: [...] III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558.

125 Art. 1.556. O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

126 Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado; [...].

127 VIEIRA, T. R. op. cit., p. 299 – 310.

128 SZANIAWSKI, E. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo, aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 139.

129 VIEIRA, op. cit., p. 299 – 316.

130 SZANIAWSKI, op. cit., p. 136-138.

Em relação a possíveis danos psicológicos, que possam advir da nova condição de um dos pais da criança ou adolescente, a doutrina vem esclarecendo que se necessita de uma análise concreta caso a caso, lembrando que o melhor para os filhos sempre é permanecer com o vínculo jurídico – e principalmente afetivo – com os pais, sendo aconselhável aos mesmos que procurem orientação psicológica para saber o momento certo de revelar a transexualidade aos filhos.¹³¹

Entretanto, no caso de divórcio em que a guarda dos filhos permaneça com o outro cônjuge, o transexual não estará isento de prestar alimentos ao ex-cônjuge, caso necessite¹³², e muito menos aos filhos, uma vez que os deveres de educação e instrução (art. 1634 do Código Civil¹³³) para com os filhos não se modificam com o divórcio (art. 1.579 Códex¹³⁴), situação que não se altera com a eventual mudança de sexo.

5.2.2 O direito à adoção

Em relação à adoção, há que se entender que a transexualidade, *per si*, não retira a capacidade e idoneidade do indivíduo para instruir e educar uma criança, assim como não há óbice jurídico para tal feito. Levando-se em consideração o melhor interesse do adotando, sempre será preferível a constituição de uma família, do que o mesmo permanecer a infância e adolescência inteiras em abrigos e sem nenhum vínculo familiar afetivo.¹³⁵

Basta apenas que o indivíduo preencha os requisitos necessários para a adoção, previstos tanto no Código Civil quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990 - ECA).

O Código Civil apenas estabelece regulamentação para a adoção de maiores de 18 anos, no artigo 1.619¹³⁶; já o ECA estabelece para os adotantes as seguintes condições, de acordo com o artigo 42: a) maioria civil (artigo 42, *caput*); b) não ser ascendente e nem irmão do adotando; c) nos casos de adoção conjunta devem ser adotantes casados, ou manterem união estável; d) o adotante deve ser, no mínimo 16 (dezesesseis) anos mais velho que o adotando; e, e) divorciados,

131VIEIRA, T. R. **Nome e Sexo**: mudanças no registro civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 299-319.

132 Id. Direito à Adequação de Sexo do Transexual. **UNOPAR Científica: Ciências Jurídicas e Empresariais**. Coordenadoria de Pesquisa, Universidade do Norte do Paraná. v.1, n.1, mar. 2000, Londrina, UNOPAR. p. 51.

133Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

134Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

135VIEIRA, T. R. op. cit. p. 299- 319.

136Art. 1.619: A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá de assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei. n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

separados e ex-companheiros podem adotar, desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado da constância do período de convivência dos adotantes.

A adoção ainda depende do consentimento dos pais ou do representante legal (caso haja) do adotando (artigo 45, ECA) e deve ser precedida de estágio de convivência pelo prazo fixado por autoridade judiciária (artigo 46, ECA).

Conclusão

As constatações acima discutidas contribuem para a efetivação dos direitos fundamentais de uma parcela considerável da população brasileira e contribuem para ampliação e aceitação da temática em questão, sob a ótica principiológica da Constituição, buscando minimizar, ou ao menos alertar, sobre os riscos médicos, jurídicos e sociais que os transexuais sofrem na atualidade.

Essa situação ganha mais gravidade se for considerado que a transexualidade sequer tem definida a sua causa: existem inúmeras teorias para tal, como a genética e fatores psicológicos durante o crescimento e desenvolvimento do indivíduo nas primeiras fases de gestação ou de sua vida extrauterina. Porém, nada está comprovado, aceitando-se mundialmente (com ressalvas de França e Suécia, como visto), a transexualidade como uma patologia de nível psicológico.

Soma-se a isto, a premente necessidade de regulação pelo ordenamento jurídico brasileiro da condição do transexual, especialmente em relação aos aspectos práticos e primários, como a questão registral acima citada e a forma que adquirirão as suas relações pessoais após a efetuação da cirurgia de readequação de gênero.

O que não se pode esquecer é que os direitos subjetivos destes indivíduos são merecedores – como qualquer outro – da tutela estatal, assim como eles próprios. E a efetividades desses direitos somente poderá ser alcançada por meio de políticas públicas e atividade eficaz dos Poderes Estatais direcionados a tal mister.

Ainda é certo afirmar que a postura acima cobrada somente será possível e praticada quando todos olharem de frente (e despidos de preconceitos e pré-concepções) o problema enfrentado por estes seres humanos diferentes, mas nem por isso, desmerecedores de consideração e respeito a sua dignidade.

O fato é que tudo o que envolve a sexualidade humana causa polêmica, ainda mais quando se trata de indivíduos que fogem do “padrão” aceito moral e socialmente como correto.

Entretanto, esse fato não é subsídio para a prática de atos preconceituosos, omissos e do cometimento de injustiças sociais, que devem ser, necessariamente combatidas por intermédio de uma eficaz tutela dos direitos fundamentais pelo Estado, dando-se o devido cumprimento aos valores constitucionalmente estabelecidos.

Referências

ARÁN, M; Zaidhaft, S; Murta, D. Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva. **Psicologia e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 70-79, abr. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v20n1/a08v20n1.pdf>> Acesso em: 02 mar. 2012.

_____; Murta, D. Do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero às redescrições da experiência da transexualidade: uma reflexão sobre gênero, tecnologia e saúde. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.19, n.1, p. 15-41, abr. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v19n1/v19n1a03.pdf>>. Acesso em: 02. mar. 2012.

_____; Murta, D. LIONÇO, T. Transexualidade e Saúde Pública no Brasil. **Physis: Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, vol. 14, n.4, p. 1141-1149, jul./ago. 2009. Disponível em: <http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000400020&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 mar. 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial de 05.10.1988**, Brasília, DF.

_____. Decreto-Lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial de 31.12.1940**, Brasília, DF.

_____. Lei n. 10.246 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial de 11.01.2002**, Brasília, DF.

_____. Lei n. 6015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial de 31.12.1973**, Brasília, DF.

_____. PRSP. **Ação Civil Pública nº 2001.71.00.026279-9/RS**. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/dsexuaisreprod/Acordao%20-%20transgenitalizacao%20transsexuais%20TRF4.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

_____. RESOLUÇÃO CFM nº 1.482 /97. **Portal Médico**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 05 abril 2011.

_____. RESOLUÇÃO CFM nº 1.652/2002. **Portal Médico**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 05 abril 2011.

_____. RESOLUÇÃO CFM nº 1.955/2010. **Portal Médico**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 05 abril 2011.

_____. STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132/RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=homossexual%20uni%E3o%20est%E1vel&processo=4277>>. Acesso em: 04.ago.2011.

BUTLER, J. RIOS A. (trad.). ARÁN, M. (rev. técnica). Diagnosticando o Gênero. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 95-126. abr. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 mar.

2012.

CHIARINI JR., E. C. O Transexual e a cirurgia de redesignação de sexo. In: MAGNO, A. GUERRA, S. **Biodireito e bioética: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

DATASUS. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID-10**. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm>>. Acesso em: 08 mar. 2012.

DINIZ, M. H. **O Estado Atual da Bioética**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 12. ed. 2010.

INCLUSÃO de cirurgia para mudança de sexo no SUS – Entenda o caso. **Divulga Ministério Público Federal**. Disponível em: <<http://www.divulga-mpf.pgr.mpf.gov.br/conteudo/mpf-atuante/direitos-humanos/transexuais/inclusao-de-cirurgia-para-mudanca-de-sexo-no-sus-2013-entenda-o-caso>>. Acesso em: 02 mar. 2012.

MORAES, G. G. P. Adequação Integral: Perspectiva para Inclusão Social do Transexual. **Estudos sobre Direitos Fundamentais e Inclusão Social – da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea**. Birigüi, São Paulo: Boreal, 2010.

MOTA, S. Transexualidade. **Centro de Pesquisa Jurídica Silvia Mota**. Disponível em: <<http://www.silviamota.com.br/>>. Acesso em: 05 abr. 2011.

PERA-BAJO, F. J. MAROTE-GONZÁLEZ, M. BALADÍA-OLMEDO, C. Aspectos actuales de la transexualidad y su implicación medico-legal. **Medicina Clínica**, Madrid, Espanha, v. 126, n. 19, p. 750-753, maio 2006. Disponível em: <http://ac.els-cdn.com/S0025775306720796/1-s2.0-S0025775306720796-main.pdf?_tid=10fc866ad88ddfe0f8b0c6df2f18e458&acdnat=1332105914_55c66e62ebde3a1b1911f405f90beb25>. Acesso em: 08 dez. 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 1.707/2008**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html>. Acesso em 02 mar. 2012.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Portaria no. 1612/2011. Disponível em: Disponível em www.mec.gov.br. Acesso em: 05 abr. 2012.

PROJETOS de Lei. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/ProjetoLeiList.php?page=1&>>. Acesso em: 18 dez. 2011.

RODRÍGUEZ-MOLINA, J. M. ANSEJO-ARAQUE, N. LUCIO-PÉREZ, M. J. BECERRA-FERNÁNDEZ, A. Elaboración de un instrumento de diagnóstico y diagnóstico diferencial en transexualidad. **SEMERGEN - Medicina de Família**, Madrid, Espanha, v. 37, n. 2, p. 61-68, fev. 2011. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1138359310004041>>. Acesso em: 08 dez. 2011.

SAADEH, A. **Transtorno de Identidade Sexual: um estudo psicopatológico do transexualismo masculino e feminino**. 2004, 279 f. Tese (Doutorado em Ciências Psiquiátricas) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

SCHREIBER, A. **Direitos de Personalidade**. São Paulo: Atlas. 2010.

SEBASTIÃO, J. **Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética: legislação positiva aplicável**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA FILHO, J.C. M.; SCHEIBE, E. Transexuais e direitos de personalidade sob o prisma da

repersonalização do direito privado. **Argumenta Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI – UENP/ Centro de Pesquisa e Pós Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte do Paraná, Jacarezinho, n. 12, p. 145-162, jan./fev., 2010.**

SIQUEIRA, A. M. Transexualidade: a superação do conceito binário de sexo. **Conteúdo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28873>>. Acesso em: 05 abril 2011.

SOUZA, N. T. C. **Responsabilidade Civil e Penal do Médico**. Campinas: LZN Editora, 2003.

SZANIAWSKI, E. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

TRANSEXUALISMO é retirado de lista de doenças mentais na França. **Folha.com**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/equilibrio/noticias/ult263u693920.shtml>>. Acesso em: 05 mar. 2011.

VIEIRA, T. R. Direito à Adequação de Sexo do Transexual. **UNOPAR Científica: Ciências Jurídicas e Empresariais**. Coordenadoria de Pesquisa, Universidade do Norte do Paraná. v.1, n.1 (mar. 2000). Londrina, UNOPAR.

VIEIRA, T. R. **Nome e Sexo: mudanças no registro civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VENTURA, M. **A Transexualidade no Tribunal: Saúde e Cidadania**. Rio de Janeiro: UERJ, 2010.

VIAGEM Solitária extrai lições humanas da mudança de sexo. **Folha.com**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrada/21092-quotviagem-solitariaquot-extrai-licoes-humanas-da-mudanca-de-sexo.shtml>>. Acesso em: 05 mar. 2012.

YANAI, D. **O Direito do Transexual**. 2006, 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Apucarana, Apucarana, 2006.