O TRANSTORNO DE IDENTIDADE DE GÊNERO E A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO: ANÁLISES SOBRE O PLENO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA FRENTE AO DIREITO DOS PAIS TRANSEXUAIS

THE IDENTIDY DESORDER AND GENDER REASSIGNMENT SURGERY: ANALYSIS OF THE FULL DEVELOPMENT OF THE CHILD IN RELATION TO PARENTAL RIGHTS TRANSSEXUALS

ROGÉRIO SATO CAPELARI1

GEALA GESLAINE FERRARI2

RESUMO: Em um Estado Democrático de Direitos, a família constitui a base de um sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, sendo maior do que a simples soma de suas partes. Sua estrutura e componentes são merecedores de proteção especial, conforme os ditames constitucionais do Art. 226 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Todos os membros da família são detentores de proteção, possuindo os filhos – crianças e adolescentes – atenção especial, consubstanciado na legislação infraconstitucional, através do Estatuto da Criança e do Adolescente. Os transtornos de identidade de gênero, termo utilizado na Classificação Internacional de Doenças (CID 10), dividem-se, conforme doutrina pátria, em transexuais primários e transexuais secundários. Por primários, entende-se como o indivíduo incapaz de se sentir bem com seu sexo físico, de forma permanente e contínua; por secundários, devido a pressões familiares e da sociedade, os indivíduos portadores do transtorno de identidade de gênero constituem família e geram filhos. Seu transtorno é mergulhado no silêncio de sua consciência, seja de forma consciente ou inconsciente. Estes, os portadores de transtorno de identidade de gênero de ordem secundária, refletem o objeto do presente questionamento: ao se descobrirem portadores de identidade de gênero ou, se de livre e espontânea vontade resolvem quebrar o silêncio de seus desejos e traços genéticos como detentores do seu direito à sua identidade sexual, podem se submeterem à cirurgia de transgenitalização, mesmo em detrimento de consequências desastrosas aos seus filhos, que não estariam aptos a compreender tal situação. Sendo assim se estaria diante de um conflito de direitos, o direito do transexual em realizar a cirurgia de transgenitalização e do filho em ser protegido através do melhor interesse da criança e do adolescente. E o que este ensaio busca é responder a esta questão bastante conflituosa, será possível um pai ou mãe transexual realizar uma cirurgia de mudança de sexo tendo estes filhos?

---

1 Docente do Programa de Graduação do Curso de Direito da Faculdade Catuaí – Cambé/PR; Mestre em Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. E-mail: rogerio@capelari.com.br.Lattes: http://lattes.cnpq.br/5400984720782747

2 Discente do 5º Ano de Direito da Faculdade Catuaí. Colaboradora dos Projetos de Pesquisas do Mestrado Negocial da Universidade Estadual de Londrina. gealaeneto@msn.com.Lattes: http://.cnpq.br/ 4726181643915483

PALAVRAS-CHAVES: Transtorno de identidade de gênero, cirurgia de transgenitalização, melhor interesse das crianças e adolescentes.

ABSTRACT: In a Democratic State Rights, the family is the basis of a fraternal, pluralistic and unprejudiced being greater than the sum of its parts . Its structure and components are deserving of special protection , according to the constitutional provisions of Article 226 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil . All family members are holders of protection, having children - children and adolescents - special attention embodied in constitutional legislation by the Statute of Children and Adolescents . Disorders of gender identity , a term used in the International Classification of Diseases (ICD 10), divided as doctrine homeland and transgender primary and secondary transsexuals . For primary, understood as the individual unable to feel good about their physical sex , permanently and continuously, for secondary, due to family pressures and society , individuals with the disorder of gender identity are family and bear children . His disorder is immersed in the quiet of his conscience , whether consciously or unconsciously . These, those with gender identity disorder of secondary order , reflect the object of this inquiry : to find out if people with gender identity, or you willingly decide to break the silence of their desires and genetic traits as holders their right to their sexual identity, may submit to the reassignment surgery, even at the expense of disastrous consequences to their children , they would not be able to understand the situation. So it would be in a conflict of rights, the right of transsexuals perform reassignment surgery and son to be protected by the best interests of the child and adolescent . And what this essay seeks to answer this question is quite confrontational, you can a parent performing surgery transexual sex change having these children?

KEYWORDS: Identity disorder gender reassignment surgery, the best interest of children and adolescents.

INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático de Direitos, a família constitui a base de um sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, sendo maior do que a simples soma de suas partes. Sua estrutura e componentes são merecedores de proteção especial, conforme os ditames constitucionais do Art. 226 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

Todos os membros da família são detentores de proteção, possuindo os filhos – crianças e adolescentes – atenção especial, consubstanciado na legislação infraconstitucional, através do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O problema de pesquisa ora levantando deita raízes na autorização da cirurgia de transgenitalização para pais transexuais quando estes possuem filhos.

Os transtornos de identidade de gênero, termo utilizado na Classificação Internacional de Doenças (CID 10), dividem-se, conforme doutrina pátria, em transexuais

primários e transexuais secundários. Por primários, entende-se como o indivíduo incapaz de se sentir bem com seu sexo físico, de forma permanente e contínua; por secundários, devido a pressões familiares e da sociedade, os indivíduos portadores do transtorno de identidade de gênero constituem família e geram filhos. Seu transtorno é mergulhado no silêncio de sua consciência, seja de forma consciente ou inconsciente.

Estes, os portadores de transtorno de identidade de gênero de ordem secundária, refletem o objeto do presente questionamento: ao se descobrirem portadores de identidade de gênero ou, se de livre e espontânea vontade resolvem quebrar o silêncio de seus desejos e traços genéticos como detentores do seu direito à sua identidade sexual, podem se submeterem à cirurgia de transgenitalização, mesmo em detrimento de consequências desastrosas aos seus filhos, que não estariam aptos a compreender tal situação.

O ordenamento pátrio e a doutrina discorrem sobre este assunto, trazendo à lume solução?

Estamos diante de um conflito entre dois princípios constitucionais; de um lado, o melhor interesse da criança e de outro, o direito à identidade do portador de transtorno de identidade de gênero, comumente denominado de transexual. O princípio da proporcionalidade será o caminho certo a ser percorrido para resolver tal problemática?

Para realização deste ensaio foi realizada pesquisa bibliográfica jurídica e amparada em outras ciências que trouxeram respostas importantes, como por exemplo, a medicina.

1 A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E O PRINCÍPIO DO SEU MELHOR INTERESSE

A família, dentro da ordem constitucional, constitui a base de uma sociedade, sendo maior do que a simples soma de suas partes. Por isso sua estrutura e componentes são merecedores de proteção especial, conforme os ensinamento do Art. 226 da Constituição Federal.

Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu Art. 16, inciso III, o conceito de família protegida pelo Estado foi estabelecido, quando determinou-se que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

Em 1969 a Convenção Americana sobre Direitos Humanos trouxe em seu bojo, precisamente no Art.17, que a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu Art. 226 caput, expressa que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, e define como tipos de entidades familiares a constituída pelo casamento civil ou religioso, com efeitos civis, a constituída pela união estável e a formada por qualquer dos pais e seus descendentes, denominada de família monoparental.

Maria Rita Kehl conceitua que "a família é a forma de organização social mais persistente, mesmo levando em consideração os diferentes históricos e culturas". (KEHL, 2003, p. 170).

Como um sistema dinâmico, que sofre evolução de geração para geração, a família possui como fundamento a construção de projetos e o exercício de papéis e funções, o que caracteriza a importância que a criança possui na perspectiva de constituição do futuro.

Desde a metade do século XX, as lutas pelos direitos da criança e do adolescente vêm se concretizando e os movimentos anteriormente idealizados se tornaram realidade. O Brasil, como exemplo, se mostra proeminente na garantia de direitos às crianças, participando de convenções internacionais e demonstrando grande avanço na legislação pátria, desde o surgimento da abordagem legal sobre a criança e o adolescente até os dias atuais.

A Convenção sobre Direitos da Criança e do Adolescente aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1989, teve papel fundamental na atual legislação pátria, ao influenciar e balizar o respeito à criança e ao adolescente, sendo traduzidos pela Lei 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Tal legislação possui caráter coercitivo e exige a tomada de decisão para cada Estado que a subscreve e ratifica, além de possuir mecanismos de controle para fiscalizar o cumprimento do mínimo de direitos que toda sociedade deve assegurar às suas crianças e adolescentes.

Referida lei surgiu justamente para atender o disposto no artigo 227 da Constituição Federal do Brasil, que assim prescreve:

"É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao laser, à

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, **além de colocá-lo à salvo de toda forma de** negligência, **discriminação**, exploração, violência, crueldade e opressão.” (**grifo nosso**).

O tratamento jurídico especial conferido à população infanto-juvenil e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente estão correlacionados com o princípio da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, o que significa dizer que a criança e o adolescente encontram-se em formação sob os aspectos físico, emocional e intelectual. Em razão dessa condição, esses sujeitos não conhecem ou compreendem totalmente os seus direitos e não são capazes de lutar por sua implementação, sendo justamente por essa condição de pessoas em desenvolvimento que são detentores de direitos especiais.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, aprovada em 1989, foi ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90, que em sua versão oficial prescreve em seu Art. 3, inciso I: "todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

Paulo Lobo (2011, p. 45) afirma que o princípio do melhor interesse da criança não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado.

Em suma, esse princípio irradia sua luz para determinar que em situações de conflito, os interesses da criança se sobrepõem aos de outras pessoas ou instituições.

Como exemplo, podemos citar o caso comum de dissolução do casamento, em que se observa prioritariamente o melhor interesse dos filhos do casal ante aos demais. Também no que se defende nesse ensaio quando um conflito surgir entre o direito a identidade sexual do pai ou mãe transexual e a autorização destes em realizar a cirurgia de transgenitalização. Neste momento, é de bom alvitre salientar que se a mudança de identidade trouxer prejuízos para os filhos, deve prevalecer, nesse momento, o melhor interesse da criança e do adolescente, para o caso concreto.

A prevalência ora argumentada considera as necessidades das crianças como prioritárias em detrimento dos interesses de seus pais, não obstante a realização de uma análise do caso concreto.

Doutrina outra importante é a da proteção integral da criança e do adolescente, que garante a ampla e irrestrita defesa dos seus direitos, devendo ser observadas medidas de proteção sempre que houver ameaça ou violação destes.

Sendo as crianças e adolescentes considerados em sua condição especial ou peculiar de desenvolvimento pela qual se encontram, seja por não terem ainda atingido o pleno amadurecimento físico e psíquico, necessitam de proteção especial e a aplicação de métodos capazes de resguardar o necessário cumprimento dos seus direitos. Este é o motivo pelo qual este ensaio se faz necessário: a defesa dos direitos dos filhos menores dos transexuais que pretendem fazer a cirurgia, que encontram-se em estágio de desenvolvimento enquanto criança e adolescente é uma forma de proteção integral, como preceitua a Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao efetivar os direitos de todo cidadão, o Poder Público deve contemplar que crianças e adolescentes são signatárias de cuidados especiais, os quais serão cumpridos juntamente com os demais.

Segundo o Princípio da Prioridade Absoluta, inserido na Constituição Federal, a criança e o adolescente devem figurar, obrigatoriamente, entre as prioridades das autoridades públicas, apesar da realidade do país estar em flagrante contradição com o citado princípio constitucional.

Além de garantir um conjunto de direitos, a doutrina da proteção integral elevou os direitos da criança e do adolescente à condição de prioridade absoluta, bem como uma ampla garantia de proteção. Desta forma, analisa Ronaldo Pamplona Costa:

> Afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade de seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos. (COSTA, 1992, p.19)

Como ser especial em desenvolvimento, portador de esperança na construção e perpetuação de uma sociedade mais justa e fraterna, deve a criança ser merecedora de especial atenção por parte dos intérpretes da Constituição.

2 O DIREITO A IDENTIDADE SEXUAL DO TRANSEXUAL E SEU AMPARO LEGAL

Transexual é o indivíduo portador de transtorno de identidade de gênero, que se identifica psicologicamente e socialmente com o sexo oposto. Possui todas as características físicas do sexo constante da sua certidão de nascimento porém se sente como pertencente ao sexo oposto. Segundo Maria Helena Diniz (2006, p. 966) "o transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação ou auto-extermínio".

É um indivíduo portador de um transtorno de identidade sexual que nasce com os caracteres biológicos de um sexo, mas comparta-se e identifica-se com o outro sexo. Tal transtorno é tratado e corrigido pela medicina através da cirurgia de transgenitalização.

De acordo com a Classificação Internacional de Doenças (CID 10), ele se caracteriza por um desejo de viver e ser aceito como um membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e um desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia para ser seu corpo congruente com o seu sexo. (CHOERI, 2004, p. 63).

Os transexuais masculinos são divididos em dois grupos: primários e secundários. Os primários desenvolvem a identidade de gênero feminina na infância, por volta de dois anos e meio e desde então se comportam e sentem-se mulheres e esta sensação os acompanha em todas as fases de seu desenvolvimento, o que os levam a procurar tratamento no início da juventude e diferenciá-los apenas pela aparência, gestos ou comportamento de uma mulher é quase impossível.

Já o transexual masculino secundário, apesar de desenvolver sua identidade de gênero feminina na primeira infância, comporta-se de modo masculino, por pressão familiar e social, e é este que muitas vezes pode se casar e ter filhos, gerando o problema levantado nesse trabalho. Ele só vai manifestar sua identidade na fase adulta quando não conseguirá mais conter sua natureza interna e deixará de imitar o comportamento masculino. Isto acontece também com as transexuais femininas.

Afirma Ronaldo Pamplona da Costa (1994, p. 205) que "é possível que elas estejam em nosso meio vivendo como mulheres heterossexuais conflituosas, solteironas, religiosas, travestis ou lésbicas mal-resolvidas".

Ser conhecido e identificado como ele realmente é, é o que almeja o transexual e no que se funda Tereza Rodrigues Vieira (2008, p. 227) é também no direito à identidade pessoal, integrante dos direitos da personalidade. Além disso, diz que o direito à saúde é "o elemento incentivador primordial dos interesses do transexual em ver reconhecido seu direito à adequação de sexo e à adequação do prenome".

O direito à identidade sexual além de ser um direito constitucional e objetivo fundamental da República Federativa do Brasil na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme ditames do Art. 3º, inciso IV da Constituição Federal, faz parte do rol dos direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade são um conjunto de direitos pertencentes à pessoa humana, que se apóiam sobre o terreno de um princípio que os acolhe e defende: a dignidade humana.

Elimar Szaniawski (1993, p. 56) apregoa que "os direitos da personalidade são desdobramentos do princípio da dignidade humana e ambos integram a teoria geral da personalidade".

Os direitos da personalidade para Carlos Alberto Bittar (2003, p. 1), são aqueles reconhecidos ao homem, tomados em si mesmo, e em sua projeção na sociedade, e que visam à defesa de valores inatos, como a vida, a intimidade, a honra e a higidez física, jamais podendo ser um rol taxativo de direitos.

São direitos supralegais, inatos ao ser humano. Adriano de Cupis (1961, p. 23) ensina há tempos que os direitos da personalidade são "os bens mais preciosos relativos às pessoas".

Maria Berenice Dias (2011, p. 142) diz que a proteção do transexual inicia-se no direito a intimidade, quando constatada sua situação e a dificuldade de vivenciá-la.

Não se pode olvidar que o ordenamento pátrio contempla lacuna legal no que diz respeito aos transtornos de identidade de gênero. O que se apresenta como medida de balizamento são a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1955/2010 que trata do conceito e da cirurgia de transgenitalização e suas regras e o Projeto de Lei 6.655/06. Tal projeto foi apresentado pelo Deputado José Coimbra do PTB/SP sob o nº 70/1995 e o PL 6.655/06 do Deputado Luciano Zica do PT/SP, cuja redação final foi aprovada em 16 de Agosto de 2007 na Câmara e atualmente tramita no Senado Federal, prevendo a alteração do

artigo 58 da Lei 6.015/73. Sem regramento legislativo permaneceriam ainda as questões relativas à filiação e adoção.

No dia 27 de Agosto de 2007 em Vallparaiso no Chile, foi proposto um Projeto de Lei pela professora Ximena Gauche Marquetti, que visa, amparada nos Direitos Humanos, estabelecer direitos aos transexuais em seu país. O Art. 1º do projeto de lei contempla: Toda persona tiene derecho: AL reconocimiento y protección de sua identidad.

O Chile garante, diferentemente da posição adotada pelo Brasil, que independente da cirurgia de transgenitalização, os transexuais possuem direitos como mudança de nome e sexo na certidão de nascimento, casamento e outros direitos de pessoas heterossexuais que foram equiparados aos homoafetivos, mesmo não sendo esses homossexuais.

No Chile alguns juízes, como relata a Professora Ximena Gauche Marquetti: "estiman necesario exigir intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales, on son obligados a mutilar seus curpos contra su voluntad em muchos casos". Não sendo, portanto, decisões livres, esclarecidas e soberanas pelos transexuais, o Estado acaba por estabelecer que para ter reconhecidos direitos deve-se realizar a cirurgia de transgenitalização3.

Uma verdadeira afronta ao princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade.

3 A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

A cirurgia de transgenitalização é regulada pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1955/2010.

Partindo do princípio que o transexual "é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação ou auto-extermínio", o Conselho Federal de Medicina do Brasil através da Resolução nº 1.482 de 6 de novembro de 2002, passou a legalizar a cirurgia de transgenitalismo no país e balizou o entendimento do Judiciário ao rever sua posição sobre o tema, que até então era de negar a alteração do nome e sexo.

---

3 INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.BOLETÍN Nº 8.924-07. Vallparaiso, 27 de Agosto de 2013.

A Comissão Européia dos Direitos dos Homens, como informa Maria Helena Diniz (2006, p. 55):

> Considera esta intervenção cirúrgica com uma conversão curativa que permite a integração pessoal e social do paciente ao sexo pretendido, logo, entende que não há mutilação, pois visa à redução ou a cura de sofrimento mental, julgando que não há nem mesmo perda de função, porque o órgão extirpado era inútil para o transexual.

A resolução do CFM vigente diz que para se submeter à cirurgia, um transexual passa por uma avaliação multidisciplinar com médicos psiquiatras e cirurgião, psicólogo e assistente social e deve apresentar no mínimo as seguintes condições: desconforto com o sexo anatômico natural; desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; permanência desses distúrbios de forma continua e consistente por no mínimo dois anos e ausência de outros transtornos mentais.

Constatado o diagnóstico de transexualismo, o candidato a cirurgia deve ainda ter mais de 21 anos e apresentar condições físicas apropriadas à cirurgia. O tratamento se inicia com aplicação de hormônios do sexo correspondente ao fenótipo a ser definido e durante todo o tratamento o paciente é submetido ao acompanhamento psicoterápico até a realização da cirurgia e eventuais procedimentos complementares, quando então o transexual passa a apresentar o fenótipo correspondente à sua identidade de gênero, sem apresentar órgãos reprodutores do sexo biológico original, logo, sem capacidade reprodutiva.

Em nosso país a cirurgia de mudança de sexo, inicialmente permitida apenas nos hospitais universitários ou públicos adequados à pesquisa e hoje também realizados em hospitais particulares no caso de adequação do fenótipo masculino para feminino, está incluída na lista de procedimentos coberta pelo SUS (Sistema Único de Saúde), sendo, em alguns casos incluídos na prestação assistencial a jurídica que promove ação para alteração de nome e sexo no assento civil, razão pela qual mais freqüentes hoje são as lides envolvendo o tema.

Na ausência de norma, principalmente os TJRS, TJSP e TJRJ, unidades da federação onde a realização do tratamento e cirurgia é mais comum em razão do pioneirismo de suas universidades estaduais e federais, tem enfrentando a questão e concedido com mais freqüência a alteração do nome com a adoção de fundamentos comuns. Mas a polêmica persiste quanto a alteração do sexo, em razão das repercussões que tal fato podem trazer ao

mundo do Direito, especialmente no ramo do Direito de Família especificamente quanto ao casamento, filiação e adoção. E a questão da filiação será tratada logo abaixo, pois é esta que interessa a este ensaio.

Nesse sentido registra a jurisprudência:

Ementa: REGISTRO CIVIL Assento de nascimento Alteração Pedido de retificação de nome e alteração de sexo no registro autorização para cirurgia de retribuição sexual Inviabilidade Transexualismo que reclama tratamento médico que só pelo especialista pode ser deliberado Admissibilidade da cirurgia de transgenitalização mediante diagnóstico específico e avaliação por equipe multidisciplinar, por pelo menos durante dois anos (CFM, Resolução 1 652/02). Apelante inscrito e em fila de espera para o tratamento, que deve ser definido pela equipe multidisciplinar, independentemente de autorização judicial, por se tratar de procedimento médico, competindo ao médico a definição da oportunidade e conveniência Recorrente que, por ora, é pessoa do sexo masculino Alteração no registro civil que poderá ser tratada oportunamente após resolvida, no âmbito médico, a questão de transexualidade Apelo desprovido. (TJ-SP – Ap. 4174134500 - Rel.Carvalho Viana. 10ª Câmara de Direito Privado. j. 09/10/2007)

Em agosto de 2007, o TRF da 4ª Região em Porto Alegre, em sede de Ação Civil pública, determinou ao S.U.S. que realizasse cirurgias de mudança de sexo. A Justiça Federal deu prazo de 30 dias para que o SUS incluísse na sua lista de procedimentos cirúrgicos tal cirurgia. A decisão abrangia todo o território nacional e, em caso de descumprimento, o SUS teria que pagar multa diária de dez mil reais.

No entanto, logo em dezembro do mesmo ano, a Presidente do STF Ministra Hellen Gracie, suspendeu a obrigatoriedade do SUS de realizar a cirurgia de mudança de sexo, pois em recurso interposto pela União foi argumentado que esses procedimentos poderiam causar um rombo nos cofres públicos. Atualmente a cirurgia é gratuita e pode ser realizada em São Paulo, Porto Alegre e Rio de Janeiro.

Após a cirurgia alguns efeitos jurídicos podem surgir, *verbi gratia*, em relação à mudança do prenome. Maria de Fátima Freire de Sá diz que o pedido de alteração do prenome do transexual após a cirurgia não possui fundamento legal. No início, houve inúmeros julgados que negam provimento ao pedido de alteração do registro sob a argumentação que há prevalência do sexo biológico sobre o psíquico, o que justifica aplicar o princípio da imutabilidade do nome da pessoa. Hoje, a doutrina e a jurisprudência não vêm utilizando

como regra absoluta o artigo 58 da lei mencionada. Pelo contrário, é possível perceber que os tribunais brasileiros têm autorizado a alteração do prenome no registro civil desde que a pessoa tenha se submetido à cirurgia de mudança de sexo.

Maria Helena Diniz (2006, p. 966) ressalta que "a jurisprudência brasileira tem entendido que se deve permitir a alteração do prenome, colocando-se no lugar reservado a sexo o termo 'transexual', por ser esta a condição física e psíquica da pessoa, para garantir que outrem não seja induzido em erro".

Alguns doutrinadores não concordam com este entendimento, alegando que deve ocorrer a alteração do prenome sem estabelecer nenhuma menção discriminatória no documento de identidade, carteira de trabalho, carteira de habilitação e demais documentos, nem referência alguma, mesmo em averbação sigilosa, no registro de nascimento. Isso porque afetaria a integração social e afetiva do transexual e o impediria esquecer o estado sexual em que se encontrava antes da cirurgia.

Sobre o casamento, o mesmo era um vínculo jurídico entre o homem e a mulher, que possuía como condições indispensáveis à existência jurídica ser contraído entre homem e mulher, celebração na forma prevista em lei e consentimento. A falta de qualquer um dos três requisitos faz com que o casamento seja considerado inexistente. Mas hoje com a mudança visível no Direito de Família, principalmente com a equiparação dos direitos homoafetivos, o termo homem e mulher, passou a ser substituído por "toda pessoa".

Mas se o cônjuge do transexual for induzido ao erro e com ele contrair matrimônio sem saber de sua condição de transexual, poderá, conforme leitura do Art. 1557 do Código Civil Brasileiro pedir anulação por erro essencial sobre a pessoa.

4 A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS DOS TRANSEXUAIS E OS DIREITOS DE SEUS FILHOS NA AUTORIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO

Tanto o direito a identidade jurídico sexual quanto ao direito ao melhor interesse da criança e do adolescente são direitos protegidos constitucionalmente.

A doutrina constitucionalista ensina que quando se está diante de um conflito entre direitos constitucionais devem ser utilizados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Há colisão entre direitos fundamentais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares. A colisão pode decorrer, igualmente, de conflito entre direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade. (MENDES, 2009, p. 375).

Tem-se, pois, autêntica colisão apenas quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual.

A limitação decorrente de eventual colisão entre direitos constitucionais deve ser excepcional. A própria cláusula de imutabilidade de determinados princípios há de servir de baliza para evitar que, mediante esforço hermenêutico, se reduza, de forma drástica, o âmbito de proteção de determinados direitos. (MENDES, 2009, p. 379).

Para tanto, um dos direitos será elevado para que o bem jurídico ali tutelado seja protegido.

O princípio da proporcionalidade, reconhecida pela doutrina alemã, em seu sentido amplo é composta por três elementos, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

São elementos que servem como parâmetros a balizar a conduta dos operadores do direito quando por ocasião de colisão de direitos fundamentais. A *adequação* traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados aos objetivos perseguidos; a *necessidade* é que a medida seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito e que em seu lugar não há substituição igualmente eficaz; a *proporcionalidade em sentido estrito* decorre da verificação do resultado obtido com a intervenção seja proporcional à sua carga coativa.

Para Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2011, p. 446) solucionar o conflito entre dois ou mais direitos fundamentais em choque, através de um juízo de ponderação entre eles seria identificar o mais relevante no caso concreto e sacrificar o outro.

Robert Alexy (2008, p. 117) diz que:

> Princípios são mandamentos de otimização em face de possibilidades jurídicas e fáticas. A exigência de sopesamento decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental

> com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico.

Diante do caso em tela discutido nesse ensaio, que trata do conflito entre o direito a identidade sexual do transexual secundário, que constituiu família, teve filhos e resolve assumir sua transexualidade, com o direito dos filhos que devem ser criados com o amparo emocional para que se conquiste maturidade psicológica de maneira saudável, depara-se com colisão de direitos fundamentais.

Ana Carolina Teixeira e Maria de Fátima de Sá (2004, p. 26), dizem que:

> O Estatuto da Criança e do Adolescente rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais.

Outra parte da doutrina entende que a mudança do sexo do transexual no registro civil não acarreta modificação na relação filial já existente, mas que a redesignação de um dos genitores não deve constar na documentação pertencente ao filho. (CHAVES, 1994, p. 390).

A legislação Sueca e Alemã para evitar esta confusão somente permite a realização da cirurgia de transgenitalização se o candidato for solteiro ou divorciado, e se nos casos destes terem filhos, não autorizam referida cirurgia.

No Brasil o assunto não é tratado pela doutrina, nem pela jurisprudência, Tereza Rodrigues Vieira (2003, p. 29) acompanha o pensamento da legislação Sueca e Alemã e diz que, para evitar constrangimentos aos filhos e cônjuge, “o reconhecimento jurídico da adequação de sexo deve ser concedido apenas ao transexual solteiro, divorciado ou viúvo”. Mas se este divorciado ou viúvo tiver filhos, for transexuais secundários, a ilustre professora nada apregoa.

As jurisprudências abaixo balizam os próximos estudos:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO DE VISITAS - ELEMENTOS INDICATIVOS DE DESEQUILÍBRIO EMOCIONAL E DA INFLUÊNCIA NEGATIVA DO COMPORTAMENTO MATERNO SOBRE O FILHO - AUTORIZAÇÃO PARA VISITAÇÃO, DESDE QUE SUPERVISIONADA PELO CONSELHO TUTELAR - **EVIDENCIADO RISCO À INTEGRIDADE PSICOLÓGICA DO MENOR** APÓS ESTAR COM A MÃE - **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE** - RESTRIÇÃO DA VISITA DA GENITORA, POR REVELAR-SE PREJUDICIAL AO AMADURECIMENTO

DO INFANTE E À SUA ADAPTAÇÃO AO NÚCLEO FAMILIAR PATERNO - MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA - RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SC - Agravo de Instrumento AI 335540 SC 2010.033554-0-Data de publicação: 20/05/2011)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS PROPOSTA PELOS AVÓS PATERNOS EM RELAÇÃO À NETA - PEDIDO DE VISITAÇÃO NA RESIDÊNCIA AVOENGA, COM FIXAÇÃO DE HORÁRIO PARA CUMPRIMENTO - PRETENSÃO LEGÍTIMA, COM PREVISÃO EXPRESSA NO ART. 1.589 DO CÓDIGO CIVIL , QUE TEVE ACRESCIDO AO SEU TEXTO O § ÚNICO PELA LEI Nº 12.398 , DE 28 DE MARÇO DE 2011 - INSTRUÇÃO PROCESSUAL COMPOSTA DE ELEMENTOS INDICATIVOS DA OCORRÊNCIA DE ATO LIBIDINOSO CONTRA A MENOR, PRATICADO POR TIO E PRIMO PATERNOS, ENQUANTO ENCONTRAVA-SE SOB A GUARDA DOS APELANTES - NECESSIDADE DE AFASTAMENTO PROVISÓRIO DO LAR AVOENGO, POR REVELAR-SE PREJUDICIAL AO AMADURECIMENTO DA INFANTE - NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE RESTRINGE O DIREITO DE VISITAS, AUTORIZANDO O CONTATO COM A NETA SOMENTE NA CASA DA GENITORA E SOB A TUTELA DESTA - **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE** - IMPUGNAÇÃO AO VALOR FIXADO À TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - PEDIDO DE MINORAÇÃO INACOLHIDO - PEDIDO DE CONDENAÇÃO DOS AUTORES POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-SC - Apelação Cível AC 251670 SC 2011.025167-0 Data de publicação: 28/07/2011)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. CUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO HÁ QUASE 10 (DEZ) ANOS. ADOLESCENTE QUE NÃO DEMONSTRA DESEJO DE ESTAR EM COMPANHIA DE SEU GENITOR**. PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.** NECESSIDADE DE REVISÃO DO ACORDO E ESTUDO TÉCNICO PELO SERVIÇO PSICOSSOCIAL FORENSE. RECURSO PROVIDO. I - O DIREITO DE VISITAS TEM POR FINALIDADE GARANTIR, PRIORITARIAMENTE, O INTERESSE DOS MENORES, E NÃO APENAS O INTERESSE DOS PAIS**, UMA VEZ QUE É A INTEGRIDADE MORAL E PSICOLÓGICA DAQUELES QUE A LEI VISA PROTEGER.** II - SE O MENOR, JÁ ADOLESCENTE, NÃO DEMONSTRA DESEJO DE ESTAR EM COMPANHIA DE UM DOS PAIS, NÃO SE MOSTRA MINIMAMENTE RAZOÁVEL IMPOR-SE A ELE O CUMPRIMENTO DE UM ACORDO DE VISITAS FIRMADO HÁ CERCA DE UMA DÉCADA, QUANDO AS SITUAÇÕES FÁTICAS ERAM TOTALMENTE DISTINTAS, MOSTRANDO-SE MAIS ADEQUADA A ELABORAÇÃO DE UM ESTUDO TÉCNICO PELO SERVIÇO PSICOSSOCIAL FORENSE, BEM COMO A NECESSIDADE DE UM APOIO ESPECIALIZADO PARA HARMONIZAR A RELAÇÃO FAMILIAR. III - EM QUE PESE A VISITA SEJA UM DIREITO DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS, QUANDO HÁ INDÍCIOS DE QUE O ESTADO EMOCIONAL DO MENOR POSSA ESTAR SENDO PREJUDICADO, OS EFEITOS DO ACORDO DEVEM SER REVISTOS, **PORQUANTO PREVALECEM OS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.** IV - RECURSO PROVIDO. (TJ-DF - Agravo de Instrumento AI 167722320108070000 DF 0016772-23.2010.807.0000 (TJ-DF) Data de publicação: 15/02/2011)

As jurisprudências no que dizem respeito ao princípio do melhor interesse da criança e adolescente e sua proteção integral demonstram que, quando o direito dos pais ou avós, como foram os casos acima, confrontados com os dos menores, os tribunais tendem a elevar o direito destes em detrimento dos daqueles.

No Chile o caso Karen Atala y Niñas de 21 de Febrero de 2012 contra o Chile, a Corte daquele país determinou que suas filhas ficassem sob a custódia do pai, pois Karen ao se divorciar de seu marido, assumiu uma relação homoafetiva e para a proteção integral das menores, as mesmas deveriam ser criadas pelo pai. A Corte Interamericana de Direitos Humanos revogou a decisão do Chile e devolveu a guarda a Karen Atala.

No Brasil, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2011, p. 459) assim também entende:

> Se a criança e o adolescente se mostrar sem maturidade para compreender a transformação de seu pai ou de sua mãe a ponto de ficarem traumatizados com a situação, então a ponderação dos interesses em jogo deve gerar a prevalência da integral proteção da criança e do adolescente e a guarda destes devem ficar com outro ascendente e as visitas deverão ser fixadas somente quando estes tiverem maturidade necessária para entender a situação.

O pensamento do referido autor não coaduna diretamente com o exposto nesse ensaio pois, ao determinar a perda do poder familiar do pai ou mãe transexual, serão os filhos os destinatários de perdas maiores.

Por fim, deve-se registrar a lacuna doutrinária no que diz respeito a possibilidade ou não de transexuais com filhos realizarem a cirurgia de transgenitalização.

Maria Berenice Dias (2011, p. 68) que diz que a maior vulnerabilidade e fragilidade destes menores se dá até os 18 anos, pois são pessoas em desenvolvimento e é isto que os faz destinatários de um tratamento especial.

Considerando que a transexualidade é uma doença que pode trazer problemas de ordens físicas e emocionais aos portadores de transtorno de identidade de gênero, propõe-se o presente ensaio que no caso em tela os pais transexuais estão proibidos de realizarem a cirurgia de transgenitalização quando estes possuírem prole menores de doze anos.

Dos doze aos dezoito anos de idade, tal cirurgia poderá ser realizada se precedida de laudo psicológico comprovando que aos filhos não restará prejuízo de qualquer ordem.

As argumentações ora apresentadas encontram respaldo nos filhos que ainda não podem gerir suas próprias vidas, com absoluta autonomia, protegendo a saúde emocional dos filhos dos portadores de transtorno de identidade de gênero, de ordem secundária.

No tempo certo, quando os infantes puderem ser capazes de trabalhar tais questões de ordem psicológica, e quando estas não gerarem mais possíveis consequências gravosas, os pais portadores de transtorno de identidade de gênero estarão aptos para assumirem sua verdadeira identidade sexual, e isto é o que se espera de pais e mães responsáveis pelo princípio constitucional da paternidade e maternidade responsável.

CONCLUSÃO

Versa o presente trabalho sobre o transtorno de identidade de gênero e o direito dos pais à realização de cirurgia de transgenitalização frente aos direitos dos filhos, com sopesamento à proteção integral da criança e do adolescente e o seu melhor interesse.

O problema apresentado deita raízes na colisão entre os direitos fundamentais dos pais e de seus filhos, quando aqueles invocarem o direito à cirurgia de transgenitalização, como forma de constituição de sua dignidade humana.

Em um Estado Democrático de Direitos, a família constitui a base de um sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, sendo maior do que a simples soma de suas partes. Sua estrutura e componentes são merecedores de proteção especial, conforme os ditames constitucionais do Art. 226 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

Todos os membros da família são detentores de proteção, possuindo os filhos – crianças e adolescentes – atenção especial, consubstanciado na legislação infraconstitucional, através do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conclui-se que a doutrina e a jurisprudência, mesmo enaltecendo os direitos das minorias como uma forma de salvaguardar a dignidade humana, não trata especificamente do assunto referente a autorização de cirurgia de transgenitalização quando na relação estiverem presentes filhos.

Com o aprofundamento na pesquisa bibliográfica e em livros de outras ciências restou claro que a transexualidade trata-se de uma doença presente na Classificação Internacional de Doenças – CID - e que muitos transexuais se mutilam e cometem suicídios por não conseguirem conviver com o conflito existente entre o sexo psicológico e o sexo físico.

Delineou-se a classificação dos transexuais em dois grupos: primários e secundários. Os primários desenvolvem a identidade de gênero feminina na infância, por volta de dois anos e meio e desde então se comportam e sentem-se mulheres e esta sensação os acompanha em todas as fases de seu desenvolvimento, o que os levam a procurar tratamento no início da juventude e diferenciá-los apenas pela aparência, gestos ou comportamento de uma mulher é quase impossível.

Já o transexual secundário, apesar de desenvolver sua identidade de gênero feminina na primeira infância, comporta-se de modo masculino, por pressão familiar e social, e é este que muitas vezes pode se casar e ter filhos, gerando o problema levantado nesse trabalho. Ele só vai manifestar sua identidade na fase adulta quando não conseguirá mais conter sua natureza interna e deixará de imitar o comportamento masculino. Isto acontece também com as transexuais femininas.

O problema de pesquisa aqui levantado coaduna com o transexual secundário que constitui família e teve filhos, chegando a conclusão de que as pessoas portadoras de transtornos de identidade de gênero possuidoras de filhos menores de doze anos estão impedidas de realizarem tal cirurgia, em face do princípio da proteção integral e melhor interesse das crianças e adolescentes.

Se os filhos estiverem entre doze e dezoito anos, a cirurgia somente poderá ser autorizada na presença de laudo psicológico que comprove não restar malefícios na formação da criança, no que tange ao seu desenvolvimento emocional.

Adotado o instrumento da proporcionalidade nas suas características de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, resultar-se-á no enaltecimento do princípio da proteção dos filhos, amparados pela paternidade responsável.

Aos direitos dos portadores de transtorno de identidade de gênero em nível secundário, estes não serão tolhidos mas tão somente colocados em suspensão até o pleno desenvolvimento de seus filhos.

Cabe-se ressaltar que tal medida visa a contribuir para que os filhos possam melhor compreender o assunto e as nuances que ora lhes cercam, como efetiva contribuição para o pleno desenvolvimento de uma sociedade justa, fraterna e solidária.

Através dessa medida, busca-se a perpetuação e a construção de uma sociedade permeada por indivíduos plenamente desenvolvidos, servindo como flecha e direção para a construção de um mundo mais humano e fraterno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CONSELHO REGINAL DE MEDICINA. http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm. Acesso em 03 de Agosto de 2013.

CHAVES, Antonio**. Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade transexualidade, transplantes**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente**. In: PEREIRA, Tänia da Silva (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 19.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O conceito de identidade e redesignação sexual**. Rio de janeiro: Renovar, 2004

COSTA, Ronaldo Pamplona. **Os 11 Sexos**. São Paulo: Editora Gente, 1994.

DIAS. Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8.ed.rev.atual.ampl.São Paulo: RT, 2011.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOBO, Paulo. **Direito civil famílias**. 4 ed.São Paulo: Saraiva, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual – estudo sobre o transexualismo – aspectos médicos e jurídicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____.Direitos da personalidade e sua tutela. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 199.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente do Estatuto do Idoso**. In Revista Brasileira de direito de família, ano VI, 2004: n. 26.

VIERA, Tereza Rodrigues. **Nome e sexo: mudanças no registro civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti.O direito do transexual com filhos à cirurgia de transgenitalização**.** In : DIAS, Maria Berenice Dias (Coord.). **Diversidade sexual e Direito Homoafetivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.