

ATOS DE DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO, CIRURGIA DE MUDANÇA DE SEXO E A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DO INDIVÍDUO

ACTS OF PROVISION OF THE OWN BODY SURGERY FOR CHANGE OF SEX AND THE CONSTRUCTION OF IDENTITY OF INDIVIDUAL

Nathália Egypto Alves de Paiva¹

Luís Henrique Portela Targino²

RESUMO: Este artigo tem como objetivo tratar sobre a transexualidade, a cirurgia de transgenitalização e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, é essencial distinguir a figura do transexual de outras identidades de gênero as quais são bastante confundidas. Observa-se que as garantias da Constituição Federal bem como da legislação infraconstitucional ainda que não tratem especificamente do tema, devem ser estendidas ao transexual. Analisa-se a cirurgia de mudança de sexo, sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, no tocante à construção da identidade do indivíduo, desde a possibilidade de mudança do prenome até a do procedimento de adequação psicológica e física.

PALAVRAS-CHAVE: Transexualidade; Princípio; Dignidade; Cirurgia; Identidade.

ABSTRACT: This article aims to address about transsexuality, the reassignment surgery and its implications in the Brazilian legal system. First, it is essential to distinguish the figure of the transsexual other gender identities which are quite mistaken. It is observed that the guarantees of the Constitution and the constitutional legislation that has not specifically address the issue, should be extended to transsexual. Analyzes the gender reassignment surgery from the perspective of the principle of human dignity, in respect to the construction of the identity of the individual, since the possibility to change the first name to the psychological and physical adjustment procedure.

KEYWORDS: Transsexuality; Principle; Dignity; Surgery; Identity.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Preliminarmente é necessário, conceituar e distinguir o transexual que apresenta características peculiares, necessitando de um tratamento diferenciado no ordenamento jurídico brasileiro. Para melhor compreensão do assunto é essencial analisar o tratamento destinado a esse grupo socialmente vulnerável.

¹ Bacharelada de Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB

² Bacharelado de Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB

Considerando tamanha vagueza e obscuridade do assunto na legislação pátria, surge em meio a tal conjuntura diversas discussões acerca dos transexuais e do procedimento cirúrgico pelo qual sujeitam-se.

Uma breve análise sobre o assunto denota que algumas das consequências jurídicas do fenômeno de adequação do sexo psíquico ao físico remete à construção da identidade do transexual e seu direito de mudança ao nome, tendo em vista que tais alterações são basilares ao exercício da dignidade plena.

O presente trabalho tem como objetivo primordial a análise da evolução histórica, cultural, sociológica e jurisprudencial do assunto, conjecturando o seu desmembramento aos princípios elencados pela Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002.

2. TRANSEXUALIDADE E IDENTIDADE DE GÊNERO

Entender o que significa transexualidade é primordial para abarcar a problemática com clareza. Há uma série de conceitos vagos que pairam no imaginário social do que seria de fato o transexual, confundindo-o inclusive com outras formas de sexualidade.

Alguns conceitos tais como, a identidade de gênero e orientação sexual, são pertinentes de serem explanados. Entende-se por identidade de gênero a designação de sexos entre homem e mulher. Ocorre que nem sempre o gênero psíquico coincide com o sexo biológico, o que ocorre com os transexuais, via de regra. Já a orientação sexual, compreende a forma como as pessoas relacionam-se, com quem mantêm suas relações de afetividade, se com pessoas do mesmo sexo ou do sexo oposto.

Muitas vezes, as pessoas confundem os conceitos de transexualidade, em virtude da falta de bom senso, unida ao preconceito e ao pouco arcabouço jurídico do assunto geram tensões conflitantes na sociedade. Os homossexuais e travestis divergem dos transexuais num ponto crucial, eles não desprezam seu sexo biológico e o corpo que ostentam, sentindo apenas atração por pessoas do mesmo sexo. (GODINHO et al, 2012).

Após análise doutrinária, chega-se à conclusão de que o transexual relaciona-se não apenas a identidade sexual, como também a uma extrema disforia sexual. Sendo assim adotamos como conceito aquele retirado do *Diagnostic and Statistic Manual III – Revised* (DSM III-R, 1987, p. 25): “Um indivíduo adolescente que sofre de uma insatisfação profunda

e persistente em razão de seu sexo anatômico e que deseja há mais de dois anos se submeter a uma mudança de sexo (...)'".

Assim alguns requisitos são considerados necessários pela Organização Mundial de Saúde para caracterização do indivíduo como transexual. Ele não deve ter o transtorno como sintoma de um distúrbio mental, tal qual a esquizofrenia, nem estar associada a qualquer disfunção genética ou cromossômica; persistência do transtorno durante um período de tempo classificado como no mínimo de dois anos. (OMS, 1993)

Os transexuais não aceitam o sexo biológico com o qual nasceram e tentam a todo custo modificar esta situação. Isso gera, portanto, uma falta de autoaceitação por parte desse grupo, o que leva a transtornos de ordem psíquica e física tendendo à automutilação e autoextermínio. Eles possuem o desejo de modificar seu sexo de origem, suas características biológicas, sentem-se aprisionados a um corpo que psicologicamente não lhes pertence.

Todavia, não se pode generalizar, havendo uma classificação que distingue em dois tipos os transexuais: os primários e secundários. O primário é o transexual que manifesta desde pequeno, sinais de distúrbio e desejo de pertencimento ao sexo oposto. Já o secundário é aquele que transitou por fases de homossexualidade e travestismo, não tendo certeza absoluta sobre sua não aceitação corpórea, assim nos dizeres de Dr. Pauly *apud* Heleno Frago (Frago, Heleno Claudio, 1979, p. 25):

Os transexuais não são homossexuais. Consideram-se membros do sexo oposto e se sentem amaldiçoados pelo aparato sexual errado. Desejam a mudança desse aparato e, além disso, assistência cirúrgica para que possam participar das relações heterossexuais. Ao contrário, um homossexual gosta e utiliza da sua genitália com os membros de seu próprio sexo anatômico.

Foucault, ao falar sobre bio poder, teceu críticas quanto ao rígido controle jurídico normativo dos corpos. O indivíduo massificado no sistema estatal não tem direito ao seu próprio corpo por conta do controle social, pelo fato da identidade do indivíduo ser constituída e imutavelmente fixada no momento do nascimento, por meio do registro do nome e do sexo do mesmo. O critério utilizado para tanto é restrito às características fisiológicas – atribuição da identidade de acordo com seus genitais. (POGREBINSCHI, 2004).

A complexidade do assunto o torna cada vez mais passível de discussão. De um lado, indivíduos que possuem o desejo de mudança de sexo, sofrem com transtorno de gênero que por sua vez só cessam quando há reparação por meio de via cirúrgica, em contrapartida a sociedade está pouco apta a lidar com questões delicadas e que permeiam a violação e

garantia de tantos direitos. Será que um indivíduo não possui legitimidade de escolha sobre seu próprio corpo? Até que ponto a sociedade pode e deve interferir em questões como essas?

3 – BASE PRINCIPIOLÓGICA E NORMATIVA ACERCA DO TEMA

A priori, deve-se compreender o modo de apreciação da tutela dos direitos fundamentais.

Tendo em vista que não há legislação específica que rege o caso da transexualidade no Brasil, faz-se necessário analisar os dispositivos conexos ao tema. O Código Civil de 2002 ao trazer uma perspectiva mais humanista do direito, baseada na tendência de constitucionalização do direito civil, trouxe à tona uma vasta codificação dos chamados “direitos da personalidade”. Esses direitos de que tratam o Código brasileiro, em consonância com princípios basilares da carta magna, versam sobre a proteção mais efetiva que o Estado pode conferir ao indivíduo, desde a não violação à sua intimidade e vida privada até direito ao nome, honra e imagem.

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 1º, trata dos princípios fundamentais que regem o Estado democrático de direito brasileiro, dentro deles, em seu inciso III está a dignidade da pessoa humana. Este tido como princípio matriz de todo o ordenamento jurídico, serve de base para resolução de quaisquer conflitos jurídicos. Ainda no título I do texto constitucional, o artigo 3º versa sobre os objetivos fundamentais, que no inciso I vai priorizar “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária” e no inciso IV estabelece a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No tocante aos direitos e garantias fundamentais, cumpre destacar que ao prever o direito à liberdade e igualdade sem distinção de qualquer natureza no artigo 5º da carta constitucional, e prevê também a garantia à inviolabilidade da vida privada e da intimidade, no artigo 5º inciso X. Entende-se que essa seja a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual. Embora não haja legislação específica para tal, retirando-se a interpretação desses dispositivos constitucionais, pode-se afirmar que o indivíduo tem o direito personalíssimo constitucional de construção da identidade.

Não só os direitos de primeira dimensão devem ser estendidos aos transexuais, mas também os direitos chamados de segunda dimensão, o qual abrange o artigo 6º: “são direitos sociais a educação, saúde, alimentação, o trabalho, moradia, lazer (...)”.

No que tange à legislação infraconstitucional, faz-se primordial o estudo da legislação trazida com a Lei 10.406 (Código Civil de 2002), que, em seu artigo 13, trata de tema diretamente relacionado à redesignação sexual, os atos de disposição do próprio corpo.

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.

De antemão, fica proibido o indivíduo que por conta própria queira praticar atos de automutilação ou retirada de partes do próprio corpo que impliquem diminuição permanente de sua integridade física. No entanto, a regra não exclui que haja alteração corpórea por exigência médica, desde que comprovada a real necessidade de tal mudança.

Logo, os transexuais primários, aqueles que têm certeza de que necessitam para a construção da sua personalidade e garantia de sua dignidade passar por processo de transgenitalização, colocam-se como exceção a essa vedação de atos de disposição do próprio corpo, devendo e podendo por meio de comprovação médica sujeitar-se a tal procedimento.

A regra também é clara ao coibir qualquer ato de afronta aos bons costumes. E o que seriam os bons costumes na sociedade brasileira atual? Algo de difícil definição, tendo em vista que os bons costumes variam em cada sociedade, conforme o tempo, o contexto histórico, o lugar, e que com isso pode-se perceber que conceitos tidos como contrários aos bons costumes passaram por processo de relativização ao longo da história. Então se a própria sociedade modifica seus conceitos, o direito deve estar apto a acompanhar tais alterações, sob pena de tornar-se obsoleto e ineficaz.

Percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro possui uma série de dispositivos e princípios garantidores de direitos fundamentais. Consagrar a orientação sexual como direito personalíssimo constitucional, significa proteger juridicamente o indivíduo perante imposições estatais e impõe uma limitação aos seus poderes políticos. (Peres B. A. P. A., 2001).

3 – LICITUDE DA DISPOSIÇÃO DE ATOS DO PRÓPRIO CORPO

Era pacificada na jurisprudência a negativa de mudança de sexo com base no princípio tradicional da indisponibilidade do estado das pessoas. Esta questão vem sendo relativizada ao longo dos anos, sob o argumento de que devido à incompatibilidade entre o tempo de formação da identidade do indivíduo e o momento do registro civil (do nascimento).

Inúmeras controvérsias surgem acerca da natureza jurídica do direito ao próprio corpo. Alguns doutrinadores trazem uma perspectiva de um direito ilimitado e absoluto, a exemplo de Ruggiero, Borrel Maciá e Cunha Gonçalves.

Segundo Borrel Maciá (1954), citado por Szaniawski E. (1999, p. 77):

Ao adotar a teoria de propriedade, que todos possuem, sobre o próprio corpo e partes deste, analisa a questão sob seu âmbito negativo, ou seja, preconiza o direito e o poder que todo indivíduo possui de salvaguardar sua livre atividade em face de terceiros e do próprio poder público. Afasta, de imediato, o reconhecimento, ao ser humano, da existência de um direito de disposição absoluto do seu próprio corpo.

A doutrina vem entendendo que, embora o direito à vida seja um bem indisponível, o direito à integridade física não o é no todo irrenunciável. Devido à importância do sexo psicossocial na construção da identidade do indivíduo, faz-se necessário modificar critérios jurídicos obsoletos, assentados na indisponibilidade do corpo.

Surge, assim, uma nova perspectiva, em prol da construção da identidade sexual dos transexuais. Resumidamente com a alegação de que o estado das pessoas deverá adequar-se, de forma controlada à autonomia da vontade das pessoas, não deve submeter-se de forma indiscutível ao momento do registro de seu estado civil.

4- A CIRURGIA DE MUDANÇA DE SEXO

A cirurgia de redesignação sexual ocorre de forma análoga em ambos os sexos; não obstante, deve-se destacar algumas peculiaridades para cada caso.

No tocante ao procedimento masculino, primeiramente, são amputados os órgãos genitais, aproveitando-se a pele do pênis para a feitura de um neovagina e há um implante de seios. Nas mulheres, o procedimento consiste na remoção das mamas e na realização de uma histerectomia. Há de certa forma, um fechamento da abertura vaginal e feitura de um pênis, que segundo relatos médicos, possui dimensões e funções quase normais. (Peres B. A. P. A.,

2001). Em ambas, há a manipulação de hormônios para que o paciente atinja as características do sexo desejado, de forma gradual e controlada.

A cirurgia de mudança de sexo é primordial nos transexuais primários ou verdadeiros, aqueles que desde o início da construção de sua personalidade, sofrem de distúrbios relacionados a não aceitação do próprio corpo. Por sentirem-se aprisionados ao sexo de origem, eles necessitam passar por esse procedimento de adequação sexual. O princípio da dignidade da pessoa humana faz-se mister ao garantir que todos tenham direito não só à vida mas à integridade psicofísica e direito à saúde, enfim, tripé básico no desenvolvimento da personalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana como base do ordenamento torna insustentável a possibilidade de imposição de um sexo a uma pessoa, ou seja, coibindo que o mesmo realize a cirurgia, quando isso pode levar a sérios distúrbios de ordem psicológica, além de automutilação.

A cirurgia de redesignação sexual é regida pelo Conselho Federal de Medicina e isso traz algumas implicações no âmbito jurídico. Pelo fato de ter regulamentação própria acerca do assunto, há a desnecessidade de se recorrer ao judiciário para autorizar a realização do procedimento. Além de afastar a responsabilidade civil e penal do médico, tendo em vista o consentimento do indivíduo para a realização da mesma, isso não tipifica tal conduta como crime de lesão corporal, expresso no artigo 129 do Código Penal.

Devido às tamanhas dificuldades impostas a realização do procedimento, é nítida a complexidade cirúrgica, tendo em vista que o procedimento é irreversível e bastante delicado. No Brasil, é necessário ser maior de vinte e um anos e submeter-se a dois anos de acompanhamento profissional até que seja autorizada pelo Conselho Federal de Medicina. Feito de forma privada além de ter um custo elevado, ainda não era autorizado, somente a título de pesquisa, o que o torna inviável para a maior parte da população, já no âmbito público, a cirurgia passou a ser oferecida pelo Sistema Único de Saúde em atendimento ao direito fundamental da saúde.

A regulamentação da cirurgia pelo Conselho Federal de Medicina, a sua inserção entre os procedimentos custeados pelo Estado e a discussão cada vez mais frequente no âmbito judicial acerca do tema, estabelecem um passo para o avanço do reconhecimento dos direitos dos transexuais, que passam a ter mais valorizada sua dignidade, liberdade, individualidade. A concretude de todos esses direitos fundamentais viabiliza-se, portanto, por meio da concessão da realização de tal cirurgia. (GODINHO et al, 2012)

5 – CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA MUDANÇA DE SEXO (ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL)

Primeiramente, deve-se compreender a forma inicial de identificação da pessoa natural, que é o nome, direito este personalíssimo, expresso no artigo 16 do Código Civil brasileiro. Dispõe tal dispositivo que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.

O preceito secundário ou *patronímico* caracteriza a ascendência do indivíduo, sendo via de regra, imutável e atribuído sucessoriamente. (Gonçalves, 2010). A grande discórdia surge em torno do preceito primário. O prenome é atribuído de forma discricionária e serve como forma de individualizar a pessoa no seio de sua família.

Assim, a Lei de Registros Públicos prevê a mudança do prenome nos casos de erros gráficos e quando o mesmo expor o indivíduo ao ridículo. Tal lei não abrange a situação dos transexuais, todavia por extensão presume-se que a possibilidade de mudança do prenome do transexual.

Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

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.

Art. 110. Os erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção poderão ser corrigidos de ofício pelo oficial de registro no próprio cartório onde se encontrar o assentamento, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de pagamento de selos e taxas, após manifestação conclusiva do Ministério Público

Destaca-se, primeiramente, que o judiciário vem admitindo a substituição do prenome oficial pelo prenome de uso, sem que tenha sido realizado o procedimento cirúrgico, a exemplo da juíza da primeira Vara de Família e Sucessões da Comarca de Goiânia, Sirlei Martins da Costa, que autorizou um homem a mudar seu registro civil e a utilizar um nome feminino, mesmo sem ter se submetido à cirurgia de mudança de sexo.

No caso em questão, foi reconhecida a condição de transexual primário do cidadão, já que o mesmo sempre percebeu que seu sexo morfológico não era condizente com seu sexo

psicológico, passando ao longo de sua vida por diversos procedimentos cirúrgicos, estéticos, além de colocar prótese de silicone nos seios.

A fundamentação da juíza teve como escopo não apenas o princípio da dignidade da pessoa humana, para defender a possibilidade de alteração do registro civil sem considerar como pressuposto a cirurgia de redesignação sexual.

Art. 55. Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo reconhecimento no ato.

Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de **expor ao ridículo os seus portadores**. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua **substituição por apelidos públicos notórios**.

Além do embasamento principiológico, nota-se também uma base legal, analisando o artigo 55 parágrafo único em conjunto com o artigo 58 da Lei de Registros Públicos. Tendo em vista que o paciente era conhecido em toda sociedade como mulher porém identificado no registro civil como homem, ocasionando sérios constrangimentos e danos à sua honra e imagem. Além disso, as certidões juntadas dos autos demonstram que a presente alteração não traria prejuízos nem a terceiros nem a Ordem Pública.

Considerando a série de pressupostos para que seja realizada a cirurgia, já elencados anteriormente, como a condição etária, o acompanhamento médico e psicológico e a problemática tanto no tocante ao âmbito privado quanto ao público, reitera-se a possibilidade de mudança do prenome antes da realização da cirurgia.

Outra questão em aberto diz respeito ao sigilo do estado sexual anterior, no tocante ao conflito de interesses de ordem pública e privada. Nos dizeres de Stefano Rodotà (1993) citado por Peres (2001, p.173):

Hoje não consideramos a ideia de vida privada como estreitamente vinculada a noção de segredo, mas a examinamos por um ângulo mais rico, quer dizer, a vida privada necessidade de uma proteção, pois se trata de proteger as escolhas de vida contra o controle público e o estigma social.

Reitera-se essa linha de pensamento com o similar posicionamento na Corte Européia, no sentido da vida privada ser mais ampla. Estendendo tal entendimento ao transexual,

conclui-se que este não é obrigado a revelar informações completas acerca da sua intimidade, e isso não necessariamente irá acarretar prejuízo à ordem pública.

O transexual ao mudar seu nome no registro civil poderá manter tal alteração sigilosa, exceto quando ferir direito de outrem, cabendo o conhecimento somente àquelas pessoas devidamente interessadas.

Diante de tudo o que fora mencionado, não admite-se que o indivíduo continue sendo ridicularizado por algo que virá a acontecer. A alteração no nome iria ocorrer de toda maneira com a realização da cirurgia, todavia tal procedimento é demorado e passa por uma série de obstáculos para que ocorra. Então isso seria apenas uma antecipação de tutela, tendo em vista que a questão é assistida pelo direito material.

6. O PAPEL DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA NA CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO

Em setembro de 2013, a Justiça Federal do Rio Grande do Sul, chegou a designar multa para o descumprimento de decisão judicial, cujo processo que tramitava desde 2009 e era descumprida pelo governo. Esta decisão trata da ampliação da cirurgia de mudança sexo pela rede pública, que foi publicada pelo Ministério da Saúde em novembro de 2013. Esse procedimento que já era aceito pelo Conselho Federal de Medicina desde 2010, era financiado por verbas de pesquisa.

Notório é o avanço da problemática com essa ampliação. Todavia, a mesma portaria que ampliou o as dimensões da cirurgia, manteve as idades mínimas para o procedimento de transgenitalização. O Ministério da Saúde chegou a publicar no final de julho de 2013 e suspender em menos de vinte e quatro horas, uma portaria que antecipava o início do tratamento hormonal aos indivíduos de dezoito para dezesseis anos e a cirurgia de redesignação sexual dos vinte e um para os dezoito.

A problemática divide opiniões. Muitos profissionais acreditam ser benéfica a medida que reduz a idade do início do tratamento, alegando que quem é transexual aos dezoito, o será também aos vinte e um anos de idade, então tardar o começo do tratamento seria prolongar apenas o sofrimento dessas pessoas. Já outros acreditam que o governo deve ter cautela, já que é um procedimento definitivo e se a pessoa se arrepender não há mais como voltar atrás.

Todavia, discorda-se da opinião de que como é um procedimento definitivo deve-se prolongar o seu início, pois o transexual verdadeiro, conforme fora alegado por determinados profissionais, o é em qualquer idade, portanto não adianta tardar algo que é definitivo, pois sua condição como transexual não irá mudar.

Deve-se averiguar não apenas questões físicas, como a idade mínima de vinte e um para a cirurgia e dezoito para o início do tratamento hormonal, tendo em vista que a maturidade do indivíduo deve ser averiguada caso a caso. Estabelecer um tempo mínimo de dois anos põe em risco a saúde do transexual, sendo relativizado esse período, poderia ser evitado que o mesmo cometesse atrocidades em seu próprio corpo.

7. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

O primeiro ponto a ser destacado diz respeito à lei, sua coercitividade e fundamento de aplicação do direito. É notório que a mesma perdeu considerável espaço na modernidade, não obstante, o princípio da legalidade é de fato, corolário de um Estado democrático de direito, porém a lei vem se tornando pragmaticamente não tão eficaz, já que ela não abrange a totalidade de litígios no caso concretamente deduzido, devido à tamanha vagueza e generalidade.

Ainda caracteriza-se a estrutura jurídica no Brasil com o paradigma do *Civil Law* que evidencia a lei como principal fonte do direito material. Relevante técnica jurídica contrapõe-se ao *Common Law*, que por sua vez, é uma estrutura mais utilizada por países de origem anglo-saxônica em que a jurisprudência consiste na base primordial do direito. (DIDIER JUNIOR, 2014)

Não seria de tal maneira, legítimo afirmar que no Brasil adotamos o *Civil Law*, já que inúmeros julgados comprovam que a lei, ainda que essencial, tem ficado em segundo plano diante da jurisdição (função do estado de dizer o direito de forma indiscutível), cedendo espaço para a atuação do juízo de forma mais livre, utilizando-se de princípios constitucionais e infraconstitucionais. (DIDIER JUNIOR, 2014)

Devido a essa nova conjuntura atribuída à jurisprudência, esta vem dando efetividade as questões dos transexuais ao longo dos anos. Segue algumas decisões contrárias às reivindicações dos transexuais, à título de exemplo, menciona-se os seguintes arestos:

QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CIRURGIA EM TRANSEXUAL.PAGAMENTO PELO SUS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O Sistema Único de Saúde, pela sua total incapacidade financeira, não consegue atender à população necessitada do País, sendo comum os casos de óbitos ou de agravamentos de moléstias.Portanto, não é possível que o SUS arque com as despesas relativas a cirurgias para a retirada de órgãos sexuais. 2. Inexistência de verossimilhança do direito e do perigo de dano irreparável.

(TRF-4 - AC: 26279 RS 2001.71.00.026279-9, Relator: Relatora, Data de Julgamento: 27/11/2001, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/02/2002 PÁGINA: 592)

RETIFICACAO NO REGISTRO CIVIL - CONVERSAO DE SEXO MASCULINO PARA O FEMININO - INADMISSIBILIDADE TRANSEXUALISMO - CIRURGIA PARA MUDANCA DE SEXO - PROCRIACAO - IMPOSSIBILIDADE - ESTADO CIVIL - CAPACIDADE - CASAMENTO - REQUISITOS DIFERENCA DE SEXO - AUSENCIA LEI DE REGISTROS PUBLICOS - VEDACAO. APELACAO PROVIDA. Ação que visa retificação no registro civil e conversão de sexo masculino para o feminino. Mesmo tendo o apelado se submetido a cirurgia de mudança de sexo o pedido de retificação no assento de nascimento não pode prosperar - Caracteriza-se o transexualismo quando os genitais afiguram-se como de um sexo mas a personalidade atende a outro - Porem os transexuais, mesmo apos a intervenção cirúrgica não se enquadram perfeitamente neste ou naquele sexo, acarretando-se problemas graves com tal intervenção. Não se constitui, ademais o apelado como sendo do sexo feminino uma vez que ha impossibilidade de procriação porquanto não possui o mesmo os órgãos internos femininos. Ao se deferir o pedido do apelado estar-se-ia outorgando a este uma capacidade que efetivamente não possui. Por outro lado ao permitir-se a retificação do nome e sexo do apelado em possível casamento que venha a se realizar estaria contrariando frontalmente o ordenamento jurídico vigente, ademais estaria ausente um dos requisitos para o casamento, qual seja a diferença de sexos. A Lei de Registros Públicos veda a alteração pretendida, tutelando interesses de ordem pública.

(TJ-PR - AC: 300198 PR Apelação Cível - 0030019-8, Relator: Osiris Fontoura, Data de Julgamento: 08/11/1994, 1ª Câmara Cível)

Diante da grande discórdia entre juristas, nota-se que Supremo Tribunal Federal, permanece praticamente inerte acerca da matéria. O principal precedente a que se tem acesso remete a década de oitenta, época em que até mesmo os Tribunais Inferiores que hoje vêm firmando o direito dos transexuais à redesignação sexual e à alteração do registro civil rejeitavam pedidos com o mesmo objeto.

A seguir algumas decisões positivas a garantia da tutela dos direitos dos transexuais:

RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO. TRANSEXUAL. INTERESSADO NÃO SUBMETIDO À CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRESENÇA. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA. SENTENÇA CASSADA. O reconhecimento judicial do direito dos transexuais à alteração de seu

prenome conforme o sentimento que eles têm de si mesmos, ainda que não tenham se submetido à cirurgia de transgenitalização, é medida que se revela possível em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Presentes as condições da ação e afigurando-se indispensável o regular processamento do feito, com instrução probatória exauriente, para a correta solução da presente controvérsia, impõe-se a cassação da sentença.

(TJ-MG - AC: 10231110126795001 MG, Relator: Edilson Fernandes, Data de Julgamento: 13/08/2013, Câmaras Cíveis / 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/08/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUAL. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE PRENOME INDEPENDENTEMENTE DA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. INTERESSE PROCESSUAL EVIDENTE. SENTENÇA ANULADA. ACERVO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA JULGAMENTO DA AÇÃO PELO ÓRGÃO AD QUEM. TEORIA DA CAUSA MADURA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 515, § 3º DO CPC. USO DE APELIDO PÚBLICO. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E À DIGNIDADE. CONSTRANGIMENTOS DIVERSOS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PERMISSIVO DO ART. 58 DA LEI DE REGISTROS PUBLICOS. APELO PROVIDO. 1) Na hipótese dos autos, a anulação da sentença é a medida que se impõe, haja vista que a pretensão autoral é a mudança do nome pelo apelido público e não a mudança do gênero, sendo flagrante o interesse processual, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização. 2) In casu, tratando-se de questão exclusivamente de direito e estando a causa madura para julgamento, possível o enfrentamento do mérito, na forma do art. 515, § 3º, do CPC. 3) A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com o que seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a alteração de seu nome. 4) Do panorama delineado aos autos, colhe-se provas robustas da condição de transexual do Apelante e dos transtornos sofridos pelo fato de ostentar nome masculino no registro civil e viver publicamente como mulher, conhecido socialmente por Luana Neves. 5) Com permissivo no art. artigo 58 da Lei de Registros Públicos (Lei 6015/73) e redação dada pela lei nº 9.708/1998, impõe-se o deferimento da retificação do registro civil do Apelante. Apelo provido. Ação julgada procedente.

(TJ-BA - APL: 03683304120128050001 BA 0368330-41.2012.8.05.0001, Relator: Marcia Borges Faria, Data de Julgamento: 22/10/2013, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 23/10/2013)

Da série de decisões relatadas, constata-se no Brasil uma evolução jurisprudencial no que concerne à interpretação do tema. Devido ao rompimento com o rígido controle jurídico-normativo dos corpos, somado a supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana, foi possível alavancar tal perspectiva sob a ótica de humanização dos direitos da personalidade.

No decorrer das décadas, as decisões contrárias às pretensões dos transexuais, outrora prevalecentes, vêm se tornando escassas, cedendo espaço às decisões garantidoras de direitos fundamentais aos transexuais. Tal qual o objetivo do direito seja o de adequar-se as modificações da

sociedade, a evolução na jurisprudência que possibilita a alteração do nome e do sexo dos transexuais, coloca-se como um passo primordial para o grande avanço da temática.

Espera-se que os fundamentos inspiradores de tais decisões continuem a se perpetuar e servir de exemplo para que essa evolução jurisprudencial favorável aos direitos dos transexuais se consolide, a fim de fornecer segurança jurídica ao tema em detrimento do desfalque de legislação específica.

8- CONSIDERAÇÕES FINAIS

A identidade de gênero e a definição do sexo engloba uma série de pressupostos não se limitando a designações físicas. A compreensão dessa ampla dimensão leva ao entendimento de conceitos como o homossexual, o travesti e, em especial, o transexual, que não se confundem.

No que diz respeito ao transexual primário ou verdadeiro não há dúvida acerca da legitimidade de tal procedimento, diferentemente do transexual secundário, já que para aquele tal condição psicológica é inerente a sua condição humana.

No que tange ao ordenamento jurídico não se deve deixar a cargo da jurisprudência, unicamente, o tratamento do assunto, necessitando de regulamentação específica para fornecer segurança jurídica à temática, por exemplo, quanto à retificação do registro civil e o sigilo quanto ao estado sexual anterior.

Com base no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos da personalidade, sob uma perspectiva humanista, na construção da identidade, possibilita-se estender ao grupo minoritário em questão, direitos até então mitigados, trazendo concretude àquele dispositivo retirado do artigo 3º da Constituição federal – “**promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** - Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol. 1. Salvador. Juspodivm: 16º edição, 2014.

DINIZ, Helena. Maria. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria Geral do Direito Civil**. Vol. 1. São Paulo. Saraiva: 31º edição, 2014.

GODINHO, Adriano et al. **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro. Elsevier Editora Ltda: Edição 2012.

GONÇALVES, Roberto Carlos. **Direito Civil Brasileiro - Parte Especial** . São Paulo. Saraiva: 8º edição, 2010.

PERES, Barion. ARISTON, Paula Ana. **Transexualismo o Direito a uma Nova Identidade sexual**. 2001. 282 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) .Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

SKANIAWSKI, Elimar. **Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual**. São Paulo. Editora revista dos tribunais: 1999.

VICENTE, Paulo e MARCELO, Alexandrino. **Direito Constitucional Descomplicado** . São Paulo. Método: 12º edição, 2014.

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização de Alexandre de Moraes. São Paulo. Atlas: 36º edição, 2012.

_____. Ministério da saúde amplia cirurgia para mudança de sexo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2013/11/1374838-ministerio-da-saude-amplia-cirurgia-para-mudanca-de-sexo.shtml>>. Acessado dia 05/07/2014. Hora: 16:25.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/codigos-1>>. Acessado dia 03/07/2014. Hora: 19:25.

BRASIL. Lei nº 6.015 de 31 de Dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm>. Acesso dia 04/07/2014. Hora: 22:30.

O nome civil da pessoa natural. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13015/o-nome-civil-da-pessoa-natural#ixzz38EJ0cfTX>>. Acessado dia 05/07/2014. Hora: 15:35.

Organização Mundial de Saúde. Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID-10: descrições clínicas e diretrizes diagnósticas. Porto Alegre: OMS; 1993.

POGREBINSCHI, Thamy. Foucault para além do poder disciplinar e do biopoder. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política Lua Nova**. São Paulo no.63, out./dez. 2004.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010264452004000300008&script=sci_arttext>. Acessado dia 04/07/2014. Hora: 22:30

SUS reduz de 21 para 18 anos idade para a troca de sexo. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,sus-reduz-de-21-para-18-anos-idade-para-troca-de-sexo,1023836>>. Acessado dia 09/07/2014. Hora: 21:10.