



TRANSEXUALIDADE: CIRURGIA DE ADEQUAÇÃO AO SEXO E PROBLEMAS JURÍDICOS DELA DECORRENTES

Marcel Fernandes de Oliveira Rocha *

RESUMO

O presente trabalho aborda a problemática que envolve o transexual, portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual que busca a cirurgia de mudança de sexo a fim de amenizar esse transtorno. Para tanto, será detalhado o conceito de transexual, a diferença em relação ao homossexual, os requisitos para procedimento cirúrgico e as consequências jurídicas após a mudança de sexo. Será ressaltada a importância da adoção de medidas direcionadas à proteção do transexual à exposição a situações vexatórias e à sua inclusão na sociedade. A metodologia utilizada será a análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial brasileiras, pautada no método dialético.

Palavras-chave: Identidade Sexual. Cirurgia. Inclusão.

1 INTRODUÇÃO

A transexualidade consiste em uma experiência frustrante do ser humano em não ver mente e corpo se harmonizarem. O transexual, além da angústia de se sentir preso em um corpo que reconhece não ser seu, encontra-se sujeito ao forte preconceito da sociedade, que o exclui das relações sociais por considerá-lo um “ser estranho”. Em sua resolução de número

* Graduando em Direito, pela UNIRN.

1.652/2002, o Conselho Federal de Medicina define o transexual como portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou autoextermínio. Muitos são os problemas que cercam o indivíduo portador de tal desvio, dentre os quais se pode citar, a dificuldade de inserção no mercado de trabalho, acentuada pela rejeição social e familiar. Nesse sentido, o desemprego não tem relação com a incapacidade, mas é favorecido pela inadequação do registro civil à aparência.

A matéria é de interesse multidisciplinar, envolvendo vários especialistas a exemplo dos cirurgiões plásticos, urologistas, geneticistas, neuropsiquiatras, psicólogos, psicanalistas, assistentes sociais, entre outros. Faz-se, portanto, necessário um estudo mais aprofundado em relação ao tema, o qual proporcione, além do conhecimento necessário a respeito dos requisitos para a permissão da cirurgia, o entendimento das consequências jurídicas da mudança de sexo, dando ênfase à elucidação dos reflexos diretamente ligados ao registro civil, aos benefícios previdenciários e às questões sucessória, trabalhista e esportiva.

A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica, com análise da legislação e jurisprudência brasileiras junto com o método dialético. Esta pesquisa terá como estudo a transexualidade no Brasil e no Estado do Rio Grande do Norte, com o estudo do posicionamento dos tribunais brasileiros e de sua jurisprudência, comparada ao posicionamento de outros países, a exemplo dos Estados Unidos, Alemanha e Itália, entre outros, acerca da matéria.

Para a realização do trabalho é necessário levantar informações do conceito de transexual, já visto, da diferença entre homossexual e transexual e sobre seus direitos. Depois de realizada esta etapa, deve-se, na pesquisa, descrever todo o procedimento para a permissão da cirurgia e o acompanhamento dos profissionais, também citando qual tipo de obrigação do médico. Por fim, será feita a análise da doutrina e jurisprudência para se conhecer o posicionamento dos tribunais a respeito do tema tratado.

2 SEXUALIDADE HUMANA E IDENTIDADE SEXUAL

A sexualidade pode ser vista sob quatro aspectos. O primeiro deles é o gênero que corresponde ao sexo da pessoa, nesse caso temos a divisão do sexo masculino e feminino, além dos hermafroditas, que possuem ambas as características sexuais.

O segundo ponto a ser abordado é a orientação sexual que diz respeito à atração que se sente por outros indivíduos. Nesse caso, fala-se em homossexualismo – atração por aquele

de mesmo sexo –, heterossexualismo – atração pelo sexo oposto –, bissexualismo – atração por ambos os sexos– e, por fim, assexualismo – não sentem atração sexual.

Em terceiro lugar, deve-se abordar o papel sexual que está relacionado com o comportamento do gênero que a pessoa desempenha na sociedade e, por último, fala-se da identidade sexual, que é a maneira do indivíduo se perceber em relação ao gênero que possui. É sob esse aspecto que é inserido o transexual, à medida que, pertence a determinado gênero, mas se sente como se fosse de outro.

Segundo Giddens (2005, p.115):

Assim como as noções tradicionais de gênero estão sendo transformadas, as idéias acerca da sexualidade também estão sofrendo mudanças dramáticas. Nas últimas décadas, nos países ocidentais, aspectos importantes da vida sexual das pessoas foram alteradas de maneira fundamental. Nas sociedades tradicionais, a sexualidade estava intimamente ligada ao processo de reprodução, mas, em nossa época, desvincilhou-se dele. A sexualidade tornou-se uma dimensão da vida que cada indivíduo pode explorar e amoldar. Se a sexualidade foi “definida” em termos de heterossexualidade e monogamia no contexto das relações matrimoniais, agora há uma crescente aceitação de diferentes formas de comportamento e orientações sexuais numa variedade abrangente de contextos.

Há, destarte, uma crescente manifestação de diferentes formas de comportamento e orientações sexuais, entretanto, alguns conceitos não estão claros para a sociedade. O senso comum costuma confundir homossexualidade e transexualidade. Contudo, trata-se de conceitos distintos: o transexual possui a convicção de pertencer ao sexo oposto, tendo rejeição pelos seus atributos genitais naturais e, conseqüentemente, interesse pela mudança de sexo, enquanto, por outro lado, o homossexual não tem o intuito de mudar de sexo nem o repudia, busca, apenas, relações afetivas com indivíduos do mesmo gênero.

Hoje, não se pode mais restringir o sexo apenas na questão biológica. Deve-se levar em consideração os vários aspectos da sexualidade. No mesmo sentido, afirma a Ministra Nancy Andrigui (2009, p. 4):

Quando se iniciou a obrigatoriedade do registro civil, a distinção entre os dois sexos era feita baseada na conformação da genitália. Hoje, com o desenvolvimento científico e tecnológico, existem vários outros elementos identificadores do sexo, razão pela qual a definição do gênero não pode mais ser limitada somente ao sexo aparente. Todo um conjunto de fatores, tanto psicológicos quanto biológicos,

culturais e familiares, devem ser considerados. A título exemplificativo, podem ser apontados, para a caracterização sexual, os critérios cromossomal, gonadal, cromatínico, da genitália interna, psíquico ou comportamental, médico-legal, e jurídico.

3 BIOÉTICA, BIODIREITO E TRANSEXUALIDADE

Nos últimos anos, percebe-se um grande avanço científico da medicina, que hoje realiza feitos até o início do século passado inimagináveis. Pode-se citar como exemplos a castração química de um criminoso ou deficiente mental voltado para a prática de delitos sexuais contra criança ou adolescente e o prolongamento do tempo de vida de um paciente em fase terminal numa UTI – que se torna um contraponto para a legalização da eutanásia –, dentre outras inovações da medicina.

Por um lado, o progresso científico traz inúmeros benefícios à sociedade, como a descoberta da cura de doenças que não possuíam tratamento, mas, como diz Schaefer (2007, p. 33):

A Ética e o Direito não têm sido capazes de acompanhar as inovações biotecnológicas que colocam em discussão velhos dilemas, paradigmas e valores tradicionais, considerados absolutos e imutáveis como, por exemplo, vida e morte. São avanços que podem alterar completamente o rumo da vida humana presente e futura e, por isso, merecem atenção especial, com a imposição de novos e mais dinâmicos limites éticos, morais e jurídicos, capazes de garantir a efetiva tutela dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Desta forma, torna-se fundamental o estudo da Bioética, que consiste no estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, e o conhecimento das práticas médicas em particular, o que permitirá à população refletir a respeito do propósito perseguido pelos transexuais na busca de uma vida mais digna, concretizando um princípio constitucional atinente ao direito da personalidade: o direito à identidade sexual.

No entendimento de Tereza Rodrigues Vieira (2003, p. 1): “A inclusão do estudo do transexualismo na bioética se deve principalmente ao fato do assunto abranger a dignidade da pessoa humana, os princípios da bioética, a licitude e a eticidade da intervenção cirúrgica e a multidisciplinaridade”.

Alguns princípios que regem a bioética são o da autonomia, beneficência, não-maleficência, que constitui um desdobramento do anterior, e o da justiça. O princípio da autonomia requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, reconhecendo o domínio deste sobre sua própria vida e respeitando a sua intimidade.

Tem-se o princípio da beneficência juntamente com o da não-maleficência, que requer que o profissional use o tratamento para o bem do paciente, segundo sua capacidade e juízo, e nunca para fazer o mal ou praticar injustiça.

Por último, o princípio da justiça defende a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios pelos profissionais da saúde, tratando todos os pacientes de maneira igual. Tais princípios mostram que é lícita a intervenção cirúrgica no sujeito transexual, tendo em vista que a cirurgia tem por finalidade adaptar o corpo à mente e minimizar os transtornos e constrangimentos vividos por tais pessoas.

Para Maria Helena Diniz (2009, p. 7):

O direito não pode furtar-se aos desafios levantados pela biomedicina, surge uma nova disciplina, o biodireito, estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana.

Com isso, o biodireito é o estudo jurídico que irá regulamentar os avanços da biologia, biotecnologia e medicina, com base em três grandes pilares do direito: o Direito Constitucional, Civil e Penal. A relação com o Direito Constitucional é que este tem por estudo a Constituição Federal, que protege os direitos fundamentais como a vida, liberdade e saúde. Tal proteção será também objetivo da atuação do biodireito. Por sua vez, a relação com o Direito Civil, ramo do direito privado, está relacionada aos direitos da personalidade e ao direito de dispor do próprio corpo. Por fim, a relação com o Direito Penal encontra-se no fato de este apontar quais condutas são consideradas antijurídicas pelo ordenamento jurídico vigente.

As fontes do direito são os fatos jurídicos – acontecimentos de origem natural ou humana que geram consequências jurídicas – de que resulta a norma. No biodireito, tem-se por fontes a biotecnologia e a medicina, que são responsáveis por uma revolução na vida do ser humano com descobertas ligadas no âmbito das ciências da vida e da saúde humana. Com

isso, além da bioética que, como já conceituada anteriormente, o biodireito consiste em um estudo sistêmico da conduta do ser humano nas ciências da vida e da saúde.

4 TRANSEXUALIDADE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, passou-se a proteger com maior amplitude o direito da personalidade, diante da Declaração Universal dos direitos do Homem de 1948 e da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais de 1950. Seguindo a mesma diretriz, o Código Civil de 2002 passou a tratar dos direitos da personalidade nos seus artigos 11 a 21.

Com o escopo de conceituar essa categoria de direito, remete-se às palavras da ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz (2009, p. 122) que define o direito da personalidade como “o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra etc. É o direito subjetivo, convém repetir, de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial”.

Percebe-se, a partir dessa definição, que os direitos da personalidade têm por objetos os modos de ser, físicos ou morais, do indivíduo, à medida que esse direito está associado ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, conforme o disposto no artigo 1º, III¹, da Constituição Federal.

Como visto anteriormente, o biodireito possui como um dos pilares de sustentação o direito civil, que remete ao direito da personalidade e ao direito de dispor do próprio corpo. O artigo 13 do Código Civil, situado no capítulo II, referente aos direitos da personalidade, dispõe que: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Em relação a este artigo, podem ser feitas duas interpretações.

A primeira delas afirma que o dispositivo permite a cirurgia de adequação ao sexo, tendo em vista que o sujeito é portador de desvio psicológico permanente, evitando assim a possibilidade de suicídio. Por outro lado, há uma interpretação mais rígida, que não permite a

¹ “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: [...] III- A dignidade da pessoa humana.”

disposição do próprio corpo no caso do transexual, o que iria contrariar os bons costumes, além de gerar a perda irreparável dos órgãos sexuais.

Percebe-se que a primeira interpretação do artigo 13 do Código Civil é a que prevalece, segundo a IV Jornada de Direito Civil, na qual foi aprovado o Enunciado de número 276, estabelecendo que:

O artigo 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.

Recentemente, o grande obstáculo para os transexuais deixou de ser a permissão da cirurgia de adequação do sexo, pois, com o passar do tempo, vem se aperfeiçoando e sendo crescentemente permitida pelo Conselho Federal de Medicina, e passou a envolver a questão do registro civil, embora a sua retificação já seja admitida pelo Superior Tribunal de Justiça, que é a conclusão para o equilíbrio entre mente e corpo do sujeito. Sobre o assunto aborda Maria Berenice Dias (2011, p. 140):

A identificação do indivíduo é feita no momento do nascimento, por meio do critério anatômico, de acordo com o aspecto de sua genitália externa. O sistema jurídico, cioso de seus mecanismos de controle, estabelece, desde logo, com o nascimento, uma identidade sexual teoricamente imutável e única. No entanto, a aparência externa não é uma única circunstância para atribuição da identidade sexual, pois com o lado externo concorre o elemento psicológico. Assim, sexo civil ou jurídico deve espelhar e coincidir com o sexo vivido socialmente pela pessoa.

Com isso, deve-se perceber o sexo em suas diferentes acepções: biológica, psíquica e civil. O sexo biológico compreende as características corporais do indivíduo, por outro lado o sexo psíquico compreende uma reação psicológica do sujeito diante de determinados estímulos. Por último, tem-se o sexo civil que também se denomina como sexo jurídico ou legal que é determinado no registro do nascimento de acordo com a relação da pessoa com a sociedade. A legislação brasileira traz tratamento diferenciado em razão do sexo.

Por isso, antecipando um pouco o debate sobre o registro civil, deve ser permitida a retificação do nome, tendo em vista que para analisar o sexo são necessárias suas diferentes acepções para a identificação sexual do indivíduo, abandonando-se a definição pela avaliação apenas do critério do sexo biológico.

5 REQUISITOS PARA PERMISSÃO DA CIRURGIA DE ADEQUAÇÃO AO SEXO

Para o reconhecimento de um transexual é necessário verificar os critérios de identificação que são encontrados no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais. São eles: forte e persistente identificação com o sexo oposto; desconforto renitente com seu sexo biológico; não-concomitância dessa perturbação mental com uma condição intersexual física, e sofrimento psíquico intenso e lesivo às suas atividades ocupacionais e sociais.

Primeiramente, antes de elencar os requisitos para permissão da cirurgia de adequação ao sexo, é necessário conhecer quais possíveis causas a transexualidade pode sobrevir. Não há consenso ou predominância na opinião dos especialistas em relação a essa questão, mas a alteração numérica ou estrutural de cromossomos sexuais, estresse inusitado na gestante e fatores ambientais adversos, que prejudicam a identificação do menino com a figura paterna na infância, são elencadas como possíveis causas.

A cirurgia de adequação ao sexo é permitida no caso dos intersexuais, tendo em vista que, nesse caso, há uma indeterminação sexual. Esta intervenção cirúrgica visa definir o sexo do sujeito, pois esse tem sexualidade imprecisa, por isso, a cirurgia é lícita nesses casos e consequentemente a retificação do nome e do registro civil.

Em sua resolução de número 1.482/97, o Conselho Federal de Medicina permitiu a cirurgia de adequação ao sexo desde que presentes o desconforto com o sexo anatômico natural; o desejo compulsivo expresso de eliminar a genitália externa, perder os caracteres primários e secundários do próprio sexo e ganhar os do sexo oposto; a permanência do distúrbio de identidade sexual de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; a ausência de outros transtornos mentais e a avaliação de equipe médica composta por vários especialistas.

O ideal é a realização da cirurgia em transexual solteiro a fim de evitar constrangimento aos filhos. Negar permissão de proceder à cirurgia em transexual casado, contudo, torna-se uma situação de restrição de direitos do sujeito, devendo ser aceita desde que se comprove que o paciente sofre mesmo do desvio psicológico permanente. Caso seja realizada, permanecem inalterados os direitos e deveres entre transexual e seus filhos, sob a condição de que aquele não venha ocasionar, com suas maneiras, qualquer dano moral ou material à educação destes, podendo ter consequência restritiva no direito de visita.

Vale ressaltar a importância da análise criteriosa para a concessão da cirurgia com o acompanhamento de vários especialistas como urologista, psiquiatra, geneticista e psicólogo pelo período de dois anos, tendo em vista o fato de a cirurgia acarretar a perda irreparável dos órgãos sexuais.

Houve um caso em que um casal húngaro, contemplando uma ideia de aventura ou fantasia, resolveu inverter os papéis com a cirurgia de adequação ao sexo feita com o auxílio de uma equipe médica de Budapeste. A legislação brasileira, neste caso, deve vedar a concessão da cirurgia, tendo em vista que para a sua autorização deve ser demonstrado o desconforto com a genitália e o desejo compulsivo de eliminá-la, acompanhado pelo período de dois anos com uma equipe médica.

Em 19 de agosto de 2009, o Ministério da Saúde editou a Portaria de número 457, incorporando a cirurgia de adequação ao sexo dos transexuais, que convencionou chamar de “processo transexualizador”, ao Sistema Único de Saúde. Ao adotar tal medida, essa Portaria levou em consideração um direito fundamental encontrado no artigo 196² da Constituição Federal, e, no mesmo sentido, assevera Vieira (citado por Pereira, 2010, p.847):

O direito à saúde é tutelado pela Constituição Federal brasileira e implica o direito à busca do melhor e mais adequado tratamento para o problema. No caso em tela [transexualidade], significa reivindicar o bem-estar geral, psíquico, físico e social, o qual contribuirá para o desenvolvimento da personalidade, superando a angústia experimentada com a imposição de uma genitália repulsiva, dissociada da sua verdadeira identificação.

6 CRIME DE MUTILAÇÃO, RESPONSABILIDADE PENAL E OBRIGAÇÃO DO MÉDICO

O Conselho Federal de Medicina, em sua resolução de número 1482/1997, que foi substituída, em 6 de novembro de 2002, pela resolução de número 1652/2002, considera que a cirurgia não constitui, desde que precedida de avaliação criteriosa feita por equipe multidisciplinar especializada, crime de mutilação, previsto no artigo 129 do Código Penal, por ter fins terapêuticos de adequar a genitália ao sexo psíquico. Com isso, não há que se falar

² “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”.

em crime de lesão corporal, pela ausência de dolo, constituindo uma conduta atípica e, portanto, que não configura crime.

Além de não haver possibilidade de tipificar a conduta cirúrgica pelo crime previsto no artigo 129, § 2º, inciso III³, do Código Penal, por ausência de dolo, também não há de se falar em antijuridicidade. O médico não é responsabilizado penalmente, tendo em vista que, em regra, a cirurgia de adequação do sexo decorre de uma excludente de ilicitude do exercício regular de direito, prevista no artigo 23, inciso III⁴ do Código penal, pela existência de um interesse terapêutico. É importante destacar que para se configurar o exercício regular de direito faz-se necessária a presença de dois requisitos: o consentimento do ofendido e o interesse e recomendação médicas.

Quanto ao papel do médico, o direito obrigacional se divide em duas vertentes em relação ao fim que se destina: obrigação de meio e de resultado. A obrigação de meio é aquela em que o obrigado se compromete a empregar todos os elementos possíveis (meios, conhecimentos) a fim de alcançar determinado resultado, todavia, não tem como se responsabilizar por ele. Por outro lado, as obrigações de resultado são as que o devedor só se exonera da obrigação quando ocorre o resultado esperado e o fim prometido é alcançado.

Em relação à cirurgia de adequação do sexo, por ter o fim terapêutico de adequar a genitália ao sexo psíquico, o médico possui obrigação de meio, tendo em vista não poder garantir a cura mental do paciente nem a aquisição do orgasmo, sendo sua responsabilidade subjetiva. Contudo, em relação às necessidades fisiológicas básicas, o médico possui obrigação de resultado, sendo sua responsabilidade objetiva.

No que tange as necessidades fisiológicas básicas, a Folha de São Paulo do dia 30/03/1994 relata um episódio de um transexual israelense que obteve uma indenização por dano oriundo da cirurgia de adequação ao sexo, pois passou a ter dificuldades em urinar.

7 REGISTRO CIVIL E OUTRAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Depois de realizada, a cirurgia de adaptação ao sexo trará inúmeras repercussões jurídicas no que tange ao registro civil, aos benefícios previdenciários, assim como ao direito sucessório, trabalhista, esportivo, dentre outros.

³ “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: § 2º Se resulta: III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função;”

⁴ “Não há crime quando o agente pratica o fato: III- Em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”

Inicialmente, deve-se tratar da grande problemática que envolve esse tema: a questão do registro civil, um termo jurídico que designa o registro dos fatos da vida de um indivíduo, como nascimento, casamento, divórcio e morte.

Na Lei de Registros Públicos prevalecia a regra da imutabilidade do nome, pelo fato de os documentos deverem ser fiéis aos fatos da vida e por questão de segurança jurídica. Todavia, a lei, em seu artigo 55⁵, diz que os oficiais do registro civil não irão registrar prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores; permite que seja feita a correção do nome excepcionalmente, de acordo com a manifestação do juiz ao qual estiver sujeito o registro, em seu artigo 57⁶, e, no artigo 58, admite a substituição do prenome por apelidos públicos e notórios.

Percebe-se, portanto, que, em nenhum momento, os dispositivos da Lei de Registros Públicos vedam a alteração de prenome nos casos de mudança de sexo.

No uso do direito comparado em relação ao registro civil, Maria Helena Diniz⁷ (2009, p.294) aborda que no Direito Português e Americano:

João Paulo F. Remédio Marques observa que o reconhecimento da adequação e retificação do sexo reside no artigo 26 da Constituição portuguesa, que consagra o direito à identidade pessoal, entendendo que o tratamento e a intervenção cirúrgica que visam modificar sexo são terapêuticos, resguardando o direito à saúde física e psíquica. Deveras, o estado de saúde do transexual só melhorará quando fizer um tratamento hormono-cirúrgico e obtiver a alteração do nome e do sexo no registro civil. Isso é assim porque a conversão sexual traz implicações jurídicas de toda sorte, como a possibilidade de casamento, direito à aposentadoria, obrigação de prestar serviço militar ou direito de se engajar nas Forças Armadas, direito sucessório ou de adotar filho etc. Em 1976, por exemplo, em New Jersey, o tribunal declarou que aquele que mudasse de sexo podia desfrutar de todos os direitos que têm os do mesmo sexo, inclusive o de casar.

⁵“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.”

⁶“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.”

⁷ A autora também discorre que: “A Corte italiana, em 24 de maio de 1975, reformando decisão do Tribunal de Apelação de Nápoles, declarou que a retificação judicial de atribuição do sexo não se restringe ao caso de hermafroditismo, devendo ser aplicada também no de transexualismo, pois o encontro da integridade psicofísica assegura o direito à saúde, que abrange a saúde psíquica.” (DINIZ, 2009, p.294)

Antes do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência negava a retificação do registro civil em virtude da necessidade de o registro público ser preciso e regular e, quando aceitava que fosse feita a correção, fazia a exigência de que fosse colocado, na área destinada à especificação sexo, o termo “transexual”. Colocar o termo transexual, contudo, é mais uma situação de constrangimento vivida pelo sujeito.

Finalmente, em 2009, através de um recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de permitir a alteração do prenome do transexual cirurgiado. Na Conclusão do Acórdão, a Ministra Nancy Andrigui⁸ afirma que:

Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome alterado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar.

Vetar a mudança de nome do sujeito que fez a cirurgia fere a dignidade da pessoa humana que é assegurada pela Constituição Federal, pois o sujeito se sentirá angustiado em sofrer constrangimento quando identificar-se. Como visto anteriormente, não se pode mais restringir o sexo apenas numa concepção biológica, deve-se levar em consideração também outros aspectos da sexualidade.

A cirurgia traz, além disso, outras consequências jurídicas, como em relação ao casamento. Pode-se conceituar casamento como união de duas pessoas de sexos distintos que tem por objetivo a constituição de uma família baseada em um vínculo de afeto que é reconhecido pelo Estado.

Como é permitida a retificação do registro civil, o casamento também é possível desde que o transexual revele ao cônjuge sua situação anterior. Caso contrário, caberá a ação de anulação do casamento por erro essencial quanto à pessoa, previsto no artigo 1556⁹ do Código Civil. Em relação à questão sucessória, por sua vez, não haverá problemas, só é necessário que o sujeito operado comprove sua filiação para que receba o que lhe é cabível.

⁸“Ilação extraída do voto da Ministra Nancy Andrigui proferida no julgamento do STJ. RESP nº 1.008.398-SP (2007/0273360-5). 3ª T.Rel. Ministra Nancy Andrigui.j. 15.10.2009. DJU 18.11.2009”.

⁹“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.”

No esporte, a doutrina elenca que por basear-se em sexo hormonal, não haverá problema em disputar campeonato, mesmo sem registro civil. Entretanto, será vedada a sua participação se os índices hormonais forem superiores aos permitidos no torneio pleiteado.

Em relação à questão previdenciária, tem-se que os benefícios previdenciários são as necessidades básicas de seguridade social previstas no sistema previdenciário brasileiro, tais como a aposentadoria por invalidez, por tempo de contribuição, por idade, compulsória, especial, proporcional por tempo de serviço e a pensão por morte. Nesse caso, haverá modificação nos benefícios, que deverão ter um procedimento judicial tramitando em segredo de justiça, modificando, por exemplo, a questão do tempo de serviço que irá computar o tempo cumprido como homem e como mulher.

Na Seara Trabalhista, não poderá haver discriminação com o trabalhador que se submeteu à cirurgia de adequação ao sexo, respeitando o artigo 7º, XXX¹⁰, da Constituição Federal e o artigo 1º¹¹ da lei de número 9.029, de 13 de abril de 1995.

8 TRANSEXUALIDADE E O DECRETO Nº 22.331 DO GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

No dia 12 de agosto de 2011, a Governadora do Estado do Rio Grande do Norte elaborou o Decreto de número 22.331¹², que assegura aos transexuais e travestis o direito de ser identificado pelo correspondente nome social em todos os procedimentos realizados no âmbito do Poder Executivo Estadual. Por nome social, o parágrafo único do artigo 1º do decreto diz que é aquele pelo qual os transexuais e travestis são conhecidos na comunidade e meio social.

O decreto contém observações no que tange ao nome social, que só deve ser utilizado para fins internos administrativos. Em seguida, o decreto afirma que não se aplica o que foi exposto anteriormente para fins de confecção de documento oficial, bem como nos casos em

¹⁰ “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;”

¹¹ “Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”

¹² RIO GRANDE DO NORTE. Decreto nº22. 331, de 12 de agosto de 2011. Assegura aos travestis e transexuais o direito de ser identificado pelo correspondente nome social em todos os atos e procedimentos realizados no âmbito do Poder Executivo Estadual. Diário Oficial do Estado. Palácio de Despachos de Lagoa Nova, em Natal, 12 de agosto de 2011, 190º da Independência e 123º da República.

que o interesse público exigir, mesmo para salvaguardar direitos de terceiros. Para indicar o nome social é necessário que o interessado preencha um cadastro, ficha ou qualquer outro documento perante Órgão ou Ente Público do Poder Executivo Estadual.

A elaboração do Decreto levou em conta a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Esses fundamentos constituem o escopo da República Federativa do Brasil e elencam a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, no rol dos direitos e garantias fundamentais.

A legislação brasileira pouco dispõe sobre os direitos dos transexuais. O Rio Grande do Norte deu um grande passo no reconhecimento de direitos dessas pessoas que são esquecidas pelos órgãos legisladores. Entretanto, faz-se necessário adoção de novas medidas com o intuito de eliminar o preconceito da sociedade em relação ao sujeito transexual, tendo em vista ser dever do Estado garantir a efetiva tutela dos direitos humanos e fundamentais a ele inerentes.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo visa à reflexão da sociedade para todas as situações vividas pelo sujeito transexual, como suas aflições e constrangimentos, e ao conhecimento dos requisitos que tornam necessária a realização da cirurgia de adequação ao sexo. Para isso, foi abordada a sexualidade humana relacionada à identidade sexual, dando ênfase ao tratamento do tema nos campos da bioética e do biodireito, o qual defende que a verdade científica nunca irá sobrepor a ética e o direito.

Discutiu-se também o Direito da Personalidade, os requisitos para a permissão da cirurgia, se esta compreende crime de mutilação, responsabilidade penal e obrigação do médico, além do debate acerca das mudanças no registro civil e as consequências jurídicas dela decorrentes.

Para amenizar o transtorno que envolve o transexual, não basta apenas a realização da cirurgia de transgenitalização, deve também haver medidas que resguardem o indivíduo à exposição a situações vexatórias, como retificação do registro civil, o qual irá adequar o prenome ao novo sexo do transexual, com a possibilidade de casamento e de acesso aos benefícios previdenciários, dentre outras medidas.

Como visto, a legislação brasileira carece de muitos dispositivos para regular a questão do transexual. Há um Projeto de Lei de número 70-B¹³ no Congresso Nacional, de autoria do deputado Federal José Coimbra, que propõe a alteração do artigo 129 do Código Penal para excluir o crime de lesão corporal nos casos da cirurgia de redesignação sexual e também a alteração do artigo 58 da Lei de Registros Públicos, admitindo a alteração do prenome mediante autorização judicial nos casos em que o requerente se submeteu à intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário, mas que até agora não foi aprovada.

A cirurgia de adequação sexual faz-se necessária tendo em vista o fato de os tratamentos psicoterápicos e de psicanálise terem se tornado infrutíferos, tendo em vista que a convicção do transexual é imutável fazendo com que a única solução viável seja a cirurgia.

Por outro lado, a permissão da realização cirúrgica deve ser acompanhada de um critério rígido para que não seja concedida para fins de aventura ou fantasia sexual, como aconteceu com o casal húngaro, tendo em vista que a cirurgia leva à perda irreparável dos órgãos sexuais.

A questão da possibilidade de retificação do prenome no registro civil já está pacificada, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, editada em 2009, que permite a alteração, pois indeferir a correção afronta a dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil.

Alguns doutrinadores, antes do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, levantaram a possibilidade da criação de um terceiro sexo civil. Tal fato, porém, não configuraria uma solução, pelo contrário, geraria um grande constrangimento ao sujeito portador desse desvio psicológico permanente de identidade sexual, pois o transexual tem a convicção imutável de pertencer ao sexo oposto.

Com isso, deve o poder público, juntamente com a sociedade, respeitar os direitos dos transexuais – os quais compreendem uma minoria na coletividade em que se vive –, além de instituir políticas públicas focadas em eliminar o preconceito da população e esclarecer toda a problemática que vive o sujeito transexual.

REFERÊNCIAS

¹³ Projeto de Lei nº 70-B de 1995, proposto por José Coimbra - PTB/SP. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009>>. Acesso em: 30 mar. 2012.

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais: DSM-IV**. 4. ed. Trad. de Dayse Batista. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral ao Direito Civil**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

PEREIRA, Carolina Grant. **Bioética e Transexualidade: para além da patologização, uma questão de identidade de gênero**. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4144.pdf>. Acesso em: 19 set. 2011.

SCHAEFER, Fernanda. Bioética, biodireito e direitos humanos. *In*: MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **Biodireito em Discussão**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 31-52.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. O direito do transexual e a bioética. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n.125, 8 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4354/o-direito-do-transexual-e-a-bioetica>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

TRANSEXUAL: SEX REASSIGNMENT SURGERY AND LEGAL ISSUES INVOLVED

ABSTRACT

This paper discusses the problems that involves the transsexual, those people who are suffering from permanent psychological disorder of sexual identity and that seeks sex change surgery to alleviate this disorder. For that, this paper will detail the concept of transsexual, the

difference to the homosexual, the requirements for surgical procedure and the legal consequences after the sex change. The methodology used is the analysis of the literature, Brazilian law and jurisprudence with the dialectical method.

Keywords: Sexual Identity. Surgery. Inclusion.