



O TRANSEXUAL E A OMISSÃO DA LEI: UM ESTUDO DE CASOS PARADIGMÁTICOS

Eric Baracho Dore Fernandes

Atualmente é estudante de graduação em Direito da Universidade Federal Fluminense e estagiário da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Especial interesse nas áreas do Direito Constitucional e Direito Público em geral, bem como na área de pesquisa acadêmica, através das atividades grupo de pesquisas GIPED da Universidade Federal Fluminense, bem como atividades anteriores de Monitoria (2008) e atividades atuais no conselho editorial da Revista de Direito dos Monitores da Universidade Federal Fluminense, na qual participou também da organização de diversos eventos jurídicos e apresentou trabalho premiado com o Prêmio Josué de Castro na categoria Direitos Humanos e Justiça (2009). Experiência em estágio na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (2010), na área de Contencioso Cível de empresa de grande porte (2009) e em processos multidisciplinares de Regularização Fundiária (2008). Formatura prevista para 2011.

Sumário: I. Introdução. II. A evolução da situação jurídica do transexual e da cirurgia de transexualização no ordenamento jurídico brasileiro em uma análise comparada. III. O reconhecimento do direito à cirurgia de redesignação sexual. IV. Os direitos da personalidade e a situação civil do transexual. V. Apontamentos Finais. VI. A omissão da Lei e a jurisprudencialização do direito. VII. Referências bibliográficas.

Resumo: Desde a década de 70, os brasileiros transexuais dispõem de meios cirúrgicos para a alteração de seu sexo natural, adequando sua situação física à sua situação emocional e psíquica, como alguém do sexo oposto. Porém, o reconhecimento a tais direitos não veio de imediato, sendo objeto de uma longa construção que ainda não se encontra finalizada. O presente artigo busca destacar os principais pontos dessa trajetória em uma abordagem comparada, estudando os direitos dessa minoria em duas dimensões distintas: o acesso à cirurgia de redesignação sexual e o direito à adequação do nome e sexo no registro civil.

Abstract: Since the 70's, Brazilian transsexuals have access to the proper means to change their natural gender, adjusting their physical status to their emotional and mental status as someone of the opposite sex. However, the recognition to such rights didn't come immediately, being object of a long construction, not yet finished. This work seeks to discuss the main points of this trajectory in a comparative analysis, studying the rights of said minority under two distinct dimensions: the access to the gender reassignment surgery and the right to adjust the registry of name and gender.

Palavras-chave: Transexualismo. Transexuais. Registro Civil. Nome. Sexo. Cirurgia. Lei. Jurisprudência. Jurisprudencialização.

I. INTRODUÇÃO

Nem sempre o *fato jurídico* se mostra capaz de acompanhar o *fato social* com a mesma velocidade com que este é produzido. Por vezes, a mobilização e luta se fazem necessárias para adequar a situação jurídica de determinado contexto à sua *situação de fato*. O direito é uma construção social e o meio de atingi-lo é a luta¹. A comprovação de tal teoria se torna especialmente visível na análise das lutas de minorias sociais pela plena efetivação de seus direitos em qualquer âmbito.

¹ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 2002.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 - Jan-Jun/2010

Em especial, as graduais e perceptíveis conquistas dos direitos das minorias transexuais têm se evidenciado no mundo jurídico nas últimas décadas. Desde a década de 70, os brasileiros têm acesso aos meios cirúrgicos para adequar sua situação física à sua situação mental e emocional como alguém do sexo oposto através da cirurgia de redesignação sexual. Contudo, o reconhecimento jurídico dessa prerrogativa não veio de imediato. Pelo contrário. Inicialmente, chegou a ser considerada uma prática criminosa em nosso ordenamento.

Ainda que atualmente não mais se considere tal ato como criminoso, o mero reconhecimento do direito à mudança física não é suficiente para a plena efetivação dos direitos da personalidade para esses indivíduos. É necessário que a *situação jurídica* dos indivíduos que buscam esse tipo de alteração corresponda a sua *situação de fato*. E essa necessidade de concretização manifesta-se, por exemplo, através do registro civil. Mais especificamente, o direito à adequação do nome, prenome e sexo no registro civil, de modo a garantir que tais pessoas usufruam plenamente de seus direitos em sua nova condição como alguém do sexo oposto, o que hoje ainda é extremamente polêmico.

De modo a ilustrar como tal debate tem sido travado no âmbito jurídico, o presente artigo busca discutir alguns casos paradigmáticos que tenham por objeto os direitos relativos à condição do transexual. Inicialmente, será traçado um panorama evolutivo de tais direitos em nosso ordenamento jurídico à luz do direito comparado. Em seguida, o artigo trará uma análise dos direitos dos transexuais sob duas dimensões distintas e complementares². A primeira delas, o reconhecimento do direito de mudança de sexo *per se*, bem como dos direitos da personalidade do indivíduo no âmbito do registro civil. Em seguida, em uma segunda discussão, uma breve discussão de como o tema vem sendo abordado pelo trabalho do Poder Legislativo, finalizando o artigo com algumas conclusões e questionamentos pontuais.

Contemporaneamente, se questiona se a resposta oferecida pelo Direito vem obtendo sucesso em atender às necessidades e expectativas desse fato social. Estariam tais respostas caminhando na direção de corresponder aos anseios desses indivíduos em obter a plena efetivação de seus direitos? É o que se procura questionar na breve análise a seguir.

II. A EVOLUÇÃO DA SITUAÇÃO JURÍDICA DO TRANSEXUAL E DA CIRURGIA DE TRANSEXUALIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO EM UMA ANÁLISE COMPARADA

2

Preliminarmente, se faz necessário conceituar a característica que define um indivíduo como transexual. Maria Helena Diniz apresenta, de forma clara, as definições de diversos autores:

“Transexualidade é a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto. Trata-se de um drama jurídico-existencial por haver uma cisão entre a identidade sexual física e psíquica. É a inversão da identidade psicossocial, que leva a uma neurose racional obsessivo-compulsiva, manifestada pelo desejo de reversão sexual integral. Constitui, por fim, uma síndrome caracterizada pelo fato de uma pessoa que pertence, genotípica e fenotipicamente, a um determinado sexo ter consciência de pertencer ao oposto. O transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a auto-mutilação ou auto-extermínio. Sente que nasceu com o corpo errado”³.

Historicamente, o primeiro paciente a ser submetido a uma cirurgia de mudança de sexo foi o soldado norte-americano George Jorgensen, alterando fisicamente seu sexo (de masculino para feminino) que passou a adotar, em 1952, o nome de Christine Jorgensen.

Já no Brasil, a primeira cirurgia de transexualização registrada oficialmente foi datada em 1971, quase duas décadas após o caso Jorgensen. O procedimento foi realizado no (a época) senhor Waldir Nogueira pelo Dr. Roberto Farina. Tendo sido denegado o pedido feito à Justiça Estadual por Waldir Nogueira para retificação de seu nome e sexo no âmbito do registro civil, houve a instauração de inquérito policial para averiguação dos fatos. Ao tomar ciência, o Ministério Público Estadual ofereceu denúncia em face do médico. Ao réu foi imputado o crime previsto no art. 129, § 2º, inciso III do Código Penal: “Lesão Corporal de Natureza Grave por ter resultado na perda ou inutilização de função”. Em primeira instância, o juízo da 17ª Vara Criminal de São Paulo (Processo nº 779/76) condenou o réu ao a pena de dois anos de reclusão, julgando procedente a denúncia, sendo sido o Dr. Roberto Farina beneficiado por *sursis*, visto se tratar de réu primário.

No entanto, a segunda instância foi favorável ao réu. Após longo julgamento, foi dado provimento ao recurso e o réu absolvido pela 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Dentre as razões que motivaram a decisão, houve o reconhecimento do Tribunal de que a suposta “vítima” do ato realizado pelo médico

³ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 6ª ed. Revisada, aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 280-281.

apresentava uma personalidade totalmente feminina. Não apenas pensava como uma mulher, mas também agia como uma, e, ao apresentar seu depoimento, demonstrou-se extremamente satisfeita com o resultado dos procedimentos médicos. Dessa forma, a adequação ao seu estado físico ao seu estado psicológico se deu como uma maneira de melhorar a qualidade de vida do indivíduo, uma solução terapêutica. Dentre muitos especialistas contemporâneos ao caso⁴, cujos pareceres constaram nos autos do processo, deu seu parecer a Associação Paulista de Medicina⁵:

“Reconhecemos que o senso comum de nossa população ainda não está suficientemente informado, ao contrário de outros países, onde já existe inclusive jurisprudência formada sobre a ação médica nessas alterações e cuja experiência não podemos deixar de reconhecer”⁶.

Esse precedente da justiça paulista constituiu-se como um passo inicial para que o ordenamento jurídico caminhasse na direção de reconhecer tal prática como legítima. É evidente que tal processo de aceitação não tem se dado sem controvérsias ou oposições. Provavelmente, motivado pela comoção causada pelo processo, foi aprovado pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 1909-A de 1979, que acrescentaria um parágrafo 9º ao art. 129 do Código Penal, com a seguinte redação: “Não constitui fato punível a ablação de órgãos e partes do corpo humano, quando considerada necessária em parecer unânime de Junta médica e precedida de consentimento expresso de paciente maior e capaz”.

Contudo, a polêmica social, em especial no âmbito religioso, motivou o então Presidente, General João Batista Figueiredo, a vetar o referido projeto de lei. Outros projetos de lei, ainda não aprovados, dispõem sobre o tema. Por exemplo, o projeto de lei nº 70 de 1995 visa acrescentar parágrafo ao artigo 129 do código penal com a redação de que “não constitui crime a intervenção cirúrgica realizada para fins de

⁴ Especialmente elucidativo quanto a essa situação foi o parecer de 1978 do jurista Heleno Cláudio Fragoso, que proferiu parecer onde entendeu que o cirurgião condenado pelo crime de lesão corporal grave havia atuado estritamente dentro dos limites do exercício do direito, não tendo praticado crime algum. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Transexualismo – Cirurgia. Lesão Corporal.** *Revista de Direito Penal*, nº 25, Rio de Janeiro: Forense, 1979. P. 25-34.

⁵ Ainda que no âmbito da Associação Paulista de Medicina houvesse consenso quanto ao caráter terapêutico de tais cirurgias, o próprio Conselho Federal de Medicina levou algum tempo antes de se manifestar de forma concreta sobre o tema. Em 1991, o Conselho emitiu dois pareceres específicos onde condenava a prática da cirurgia de mudança de sexo em transexuais, por entender tratar-se de uma forma de mutilação grave, bem como ofensa à integridade corporal do indivíduo. Em 1997, o próprio Conselho aprova a Resolução nº 1482/97 que autoriza os hospitais públicos ligados à pesquisa a realizarem de forma gratuita a cirurgia de mudança de sexo. No ano 2002, o Conselho edita a Resolução nº 1.652, dispondo acerca da cirurgia de transexualização, revogando a Resolução nº 1.482/97. Ambas as resoluções podem ser encontradas na íntegra em <http://www.gendercare.com/library/cfmtrans.html>.

⁶ O Médico Paulista, Jornal da Associação Brasileira de Medicina, nº 169, dez. 1976.



Caderno Virtual Nº 21, v. 1 - Jan-Jun/2010

ablação de órgãos e partes do corpo humano quando, destinada a alterar o sexo de paciente maior e capaz, tenha ela sido efetuada a pedido deste e precedida de todos os exames necessários e de parecer unânime de junta médica", bem como acrescentar na lei 6.015 de 1973, a Lei de Registros Públicos, a hipótese adicional na mudança de prenome nos casos em que tenha havido intervenção cirúrgica para mudança de sexo.

A atuação do Poder Legislativo ainda não conseguiu apresentar resposta a esse fato social. Em sua busca pela cidadania plena, o transexual se depara com a falta de dispositivo legal que regulamente tanto a mudança cirúrgica de gênero, quanto a alteração no registro civil que adequaria sua situação jurídica à sua situação fática. Devido ao desacordo moral que permeia a sociedade brasileira, as majorias não têm aprovado lei regulamentando o tema. O Direito, então, tem encontrado na jurisprudência, na construção do entendimento consolidado dos tribunais da república, a forma de lidar com tais conflitos. A jurisprudência tem desempenhado, a esse respeito, um importante papel contra-majoritário.

Um exemplo bastante controverso foi o caso Roberta Close, que em 1989 realizou a cirurgia de redesignação sexual na Inglaterra e, após a realização da cirurgia, ingressou em juízo postulando a retificação do registro civil, obtendo êxito em 1992. Contudo, o Ministério Público recorreu da decisão, que foi reformada pelo Supremo Tribunal Federal em 1997, indeferindo o pedido da autora.

Em 1997, a produção doutrinária sobre o tema ainda era vaga. As informações das quais os magistrados dispunham eram em muito fundadas em preconceito e desconhecimento. Assim, em 2001, já dispondo de pareceres e vasta produção doutrinária sobre o tema, bem como diversas resoluções do Conselho Federal de Medicina, a autora obteve sucesso em uma nova ação, cabendo a ressalva de que não houve o desrespeito a coisa julgada material por se tratar de jurisdição voluntária e pelos novos fundamentos técnico-doutrinários da ação.

Já no âmbito do direito comparado, é expressiva a corrente favorável ao reconhecimento do transexualismo e dos direitos inerentes a tal circunstância tanto pela

via judicial, quanto pela legislativa⁷. A legislação sueca⁸, italiana⁹, holandesa¹⁰, alemã¹¹, canadense¹², espanhola¹³, mexicana¹⁴ e norte-americana (em alguns estados¹⁵) consagram os direitos dos transexuais de forma plena em seus respectivos ordenamentos.

Já no Direito Comunitário, a característica jurídica da primazia deste sobre o Direito Interno dos países integrantes da União Européia¹⁶ possibilita às cortes internacionais competentes exercerem um controle sobre a compatibilidade das disposições de Direito Interno aos tratados de Direito Comunitário. Essa peculiaridade do Direito Comunitário possibilitou o surgimento de uma controvérsia jurídica que, mais tarde, se consolidaria como uma decisão paradigmática para o reconhecimento dos

⁷ Para uma análise mais densa da legislação comparada, recomenda-se VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e Sexo – Mudanças no Registro Civil**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 233-240.

⁸ A legislação sueca foi pioneira na Europa ao estabelecer pela primeira vez uma lei para regular a matéria, conhecida como “*Lag on faststallande avronstilhotighet i vissa fall*”, de 1972. Tal diploma normativo permite aos indivíduos insatisfeitos com seu estado sexual original recorrerem à autoridade administrativa competente, para que esta reconheça seus direitos de forma plena, admitindo ainda a possibilidade de recurso no caso de decisão denegatória.

⁹ No direito italiano, a primeira tentativa de criação de uma lei que reconhecesse os direitos dos transexuais tramitou em 1980 na Câmara dos Deputados, visando modificar o artigo 454 do Código Civil. O projeto não obteve êxito em sua tramitação, cabendo à uma lei posterior, de 1982, garantir de forma plena o direito à adequação sexual.

¹⁰ Na Holanda, a entrada em vigor da lei que atualmente dispõe da mudança de nome e sexo no Registro Civil dos transexuais se deu em 1985, alterando e adaptando as disposições do Código Civil com a inserção dos artigos 29-A e 29-D e adaptação do artigo 21-A do mesmo diploma normativo.

¹¹ Na forma da lei conhecida como “*transsexuellengesetz*” de 1980, vigorando a partir de 1981.

¹² O Código Civil de Quebec dispõe sobre as alterações de nome e sexo no registro civil em seus artigos 57 a 74.

¹³ A Espanha aprovou em 2007 Lei de Identidade de Gênero, que permite aos transexuais adequarem seu nome e sexo no registro civil, com ou sem cirurgia de redesignação sexual, bastando que um médico constate a necessidade dessas alterações para aquele indivíduo.

¹⁴ No México, em 2008, uma reforma do Código Civil passou a prever a alteração de nome e sexo dos transexuais em seus documentos oficiais.

¹⁵ Nos Estados unidos, vários Estados possuem meios jurídicos de reconhecimento aos direitos dos transexuais. Na Louisiana, por exemplo, há norma que diz que “*any person born in Louisiana who, after having been diagnosed as a transexual or as a pseudohermaphrodite, has sustained sex reassignment or corrective surgery which has changed the anatomical structure of the sex of the individual to that of a sex other than that which appears on the original birth certificate of that individual, may petition a Court of competent jurisdiction to obtain a new certificate of birth*”. O mesmo ocorre no estado de Illinois, onde uma lei de 1962 permite a retificação no registro civil.

¹⁶ Tal princípio passou a ser reconhecido de forma expressa após a decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades no paradigmático caso *Costa vs. ENEL*, onde firmou-se o

direitos dos transexuais europeus. Trata-se do caso *Goodwin vs. United Kingdom*¹⁷, onde a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que, no caso concreto, o Reino Unido agiu de forma incompatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos ao falhar em garantir as prerrogativas a que a autora teria direito como alguém do sexo oposto. A autora, transexual que havia modificado cirurgicamente seu sexo de masculino para feminino, alegava que a falha em reconhecê-la juridicamente como mulher lhe causava inúmeros constrangimentos, tais quais não poder se aposentar na idade mínima exigida para mulheres (60 anos no Reino Unido) e ter sua privacidade violada pelos colegas de trabalho, que através de seu Número de Seguro Nacional descobriam que Goodwin era transexual. Felizmente, a Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu a violação das disposições a respeito da privacidade do indivíduo, contida da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o que impediu que a informação que se tratava de indivíduo transexual fosse revelada. Reconheceu também o direito de Goodwin (e, conseqüentemente, qualquer transexual que houvesse se tornado mulher) de se aposentar com 60 anos.

Um diploma internacional em especial merece destaque. A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos estabelece que todos possuem direito ao respeito por sua dignidade e direitos humanos, independentemente de suas características genéticas. Essa dignidade faz com que seja imperativo não reduzir os indivíduos a suas características genéticas e respeitar sua singularidade e diversidade¹⁸. O sexo é justamente uma característica determinada geneticamente, de tal forma que o transexual encontra nessa declaração mais um fundamento para pleitear seu direito de ser reconhecido da forma que realmente é.

Caracterizada e contextualizada a situação jurídica do transexual na atualidade, serão analisados mais detalhadamente os direitos do transexual em nosso ordenamento jurídico, considerando tais direitos a partir de uma divisão temática em duas dimensões de direitos, a saber: o reconhecimento do direito à cirurgia de redesignação sexual e os direitos da personalidade e a situação civil do transexual.

III. O RECONHECIMENTO DO DIREITO À CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL

entendimento de que o ordenamento jurídico interno dos países integrantes da Comunidade Europeia não possuiriam legitimidade para contrariar disposições contidas nos tratados comunitários. Sobre o tema, Cf. LEGALE FERREIRA, Siddharta. **O direito público no século XXI: Da constitucionalização à internacionalização do direito**, mimeo, 2009.

¹⁷ Caso *Christine Godwin vs. United Kingdom*. Disponível no site da Corte Europeia de Direitos Humanos, em www.echr.coe.int.

¹⁸ Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos. Disponível em http://www.ghente.org/doc_juridicos/dechumana.htm. Acesso em 10/10/2009.

Antes do surgimento de qualquer controvérsia relativa ao *status* do transexual perante a ordem civil, se faz mister trazer a discussão a um nível que precede esse tipo de questionamento, que seria o direito à cirurgia de mudança de sexo *per se*. Afinal, garantir os direitos relativos à mudança de nome e sexo do transexual no registro civil sem antes assegurar o acesso destes aos meios necessários para efetivarem tal mudança de forma física seria o equivalente a criar um direito que na prática se mostraria vazio e incapaz de diminuir a angústia sofrida por esses indivíduos.

Como bem define Tereza Rodrigues Vieira¹⁹, o direito a obter a cirurgia de redesignação sexual se inclui no direito social à saúde, em sua acepção positiva²⁰, pois o transtorno de identidade de gênero se trata de transtorno de ordem psicológica e médica. É a condição em que o indivíduo nasce com um sexo biológico, mas se identifica com os indivíduos pertencentes ao gênero oposto, considerando tal fato desarmônico e desconfortável. O transexual se considera como alguém do sexo oposto, insatisfeito. Não deseja ser tratado ou curado dessa condição, mas obter a adequação da sua identidade física a sua identidade mental. O desejo de se submeter à cirurgia de redesignação sexual não é um mero capricho, mas uma imposição terapêutica para a melhoria da sua saúde global.

Dada a inegável necessidade de tal cirurgia como solução para proporcionar a plena adequação do sexo psicológico ao físico, o Conselho Federal de Medicina resolveu autorizar a realização desse tipo de cirurgia em hospitais universitários ou públicos adequados para pesquisa, nos termos da Resolução nº 1482 de 2007. A resolução é a primeira a autorizar explicitamente esse tipo de cirurgia, determinando, contudo, o acompanhamento de uma equipe multidisciplinar composta por médico, psiquiatra, cirurgião, psicólogo e endocrinologista para acompanhar o paciente durante um período mínimo de dois anos.

A Resolução nº. 1652 de 2002 ampliou as hipóteses em que a cirurgia poderia ser realizada. A Resolução 1652 revogou a de número 1482 e, atualmente, regulamenta esse tipo de procedimento no âmbito do Conselho Federal de Medicina. Por ter uma natureza de transtorno médico e psíquico, o Conselho Federal de Medicina é quem estabelece os critérios para a realização da cirurgia, através da supracitada Resolução de número 1652/2002²¹.

¹⁹ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e Sexo – Mudanças no Registro Civil**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 221 e 229.

²⁰ Segundo Canotilho e Vital Moreira, o direito a saúde admite duas vertentes: "(...) uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenham de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando à prevenção das doenças e tratamento delas". CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. P. 342-343.

²¹ "Art, 3º: Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados: 1.Desconforto com o sexo anatômico natural; 2.Desejo expresso de eliminar os

Não há prática de lesão corporal de natureza grave pelo cirurgião que realize esse tipo de cirurgia, considerando também que o Conselho Federal de Medicina estabelece parâmetros materiais para permitir ou não a redesignação, resta apenas um último questionamento: Como se verifica, no caso concreto, o acesso do paciente aos meios materiais de realização da cirurgia?

A omissão do legislador não pode tornar impossível o exercício de um direito por essa minoria. Foi excepcional a atuação do Tribunal Regional Federal da 4ª Região na Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9/RS. Confira-se a ementa de tal decisão:

EMENTA - Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9/RS

DIREITO CONSTITUCIONAL. TRANSEXUALISMO. INCLUSÃO NA TABELA SUS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE SEXO. DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE GÊNERO. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE, LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE, PRIVACIDADE E RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA. DIREITO À SAÚDE. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.

1 - A exclusão da lista de procedimentos médicos custeados pelo Sistema Único de Saúde das cirurgias de transgenitalização e dos procedimentos complementares, em desfavor de transexuais, configura discriminação proibida constitucionalmente, além de ofender os direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, proteção à dignidade humana e saúde.

2 - A proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo protege heterossexuais, homossexuais, transexuais e travestis, sempre que a sexualidade seja o fator decisivo para a imposição de tratamentos desfavoráveis.

3 - A proibição de discriminação por motivo de sexo compreende, além da proteção contra tratamentos desfavoráveis fundados na distinção biológica entre homens e mulheres, proteção diante de tratamentos desfavoráveis decorrentes do gênero, relativos ao papel social, à imagem e às percepções culturais que se referem à masculinidade e à feminilidade.

genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3. Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4. Ausência de outros transtornos mentais.“

4 - *O princípio da igualdade impõe a adoção de mesmo tratamento aos destinatários das medidas estatais, a menos que razões suficientes exijam diversidade de tratamento, recaindo o ônus argumentativo sobre o cabimento da diferenciação. Não há justificativa para tratamento desfavorável a transexuais quanto ao custeio pelo SUS das cirurgias de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, pois (a) trata-se de prestações de saúde adequadas e necessárias para o tratamento médico do transexualismo e (b) não se pode justificar uma discriminação sexual (contra transexuais masculinos) com a invocação de outra discriminação sexual (contra transexuais femininos).*

5 - *O direito fundamental de liberdade, diretamente relacionado com os direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade e de privacidade, concebendo os indivíduos como sujeitos de direito ao invés de objetos de regulação alheia, protege a sexualidade como esfera da vida individual livre da interferência de terceiros, afastando imposições indevidas sobre transexuais, mulheres, homossexuais e travestis.*

6 - *A norma de direito fundamental que consagra a proteção à dignidade humana requer a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, ao invés de meio para a realização de fins e de valores que lhe são externos e impostos por terceiros; são inconstitucionais, portanto, visões de mundo heterônomas, que imponham aos transexuais limites e restrições indevidas, com repercussão no acesso a procedimentos médicos.*

7 - *A força normativa da Constituição, enquanto princípio de interpretação, requer que a concretização dos direitos fundamentais empreste a maior força normativa possível a todos os direitos simultaneamente, pelo que a compreensão do direito à saúde deve ser informada pelo conteúdo dos diversos direitos fundamentais relevantes para o caso.*

8 - *O direito à saúde é direito fundamental, dotado de eficácia e aplicabilidade imediatas, apto a produzir direitos e deveres nas relações dos poderes públicos entre si e diante dos cidadãos, superada a noção de norma meramente programática, sob pena de esvaziamento do caráter normativo da Constituição.*

9 - *A doutrina e a jurisprudência constitucionais contemporâneas admitem a eficácia direta da norma constitucional que assegura o direito à saúde, ao menos quando as prestações são de grande importância para seus titulares e inexistente risco de dano financeiro grave, o que inclui o direito à assistência médica vital, que prevalece, em princípio, inclusive quando ponderado em face de outros princípios e bens jurídicos.*

10 - A inclusão dos procedimentos médicos relativos ao transexualismo, dentre aqueles previstos na Tabela SIH-SUS, configura correção judicial diante de discriminação lesiva aos direitos fundamentais de transexuais, uma vez que tais prestações já estão contempladas pelo sistema público de saúde.

11- Hipótese que configura proteção de direito fundamental à saúde derivado, uma vez que a atuação judicial elimina discriminação indevida que impede o acesso igualitário ao serviço público.

12 - As cirurgias de transgenitalização não configuram ilícito penal, cuidando-se de típicas prestações de saúde, sem caráter mutilador.

13 - As cirurgias de transgenitalização recomendadas para o tratamento do transexualismo não são procedimentos de caráter experimental, conforme atestam Comitês de Ética em Pesquisa Médica e manifestam Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

14 - A limitação da reserva do possível não se aplica ao caso, tendo em vista a previsão destes procedimentos na Tabela SIH-SUS vigente e o muito reduzido quantitativo de intervenções requeridas.

14 - Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da Corte Européia de Justiça, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da Suprema Corte dos Estados Unidos, da Suprema Corte do Canadá, do Tribunal Constitucional da Colômbia, do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Tribunal Constitucional de Portugal. DIREITO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO.

15 - O Ministério Público Federal é parte legítima para a propositura de ação civil pública, seja porque o pedido se fundamenta em direito transindividual (correção de discriminação em tabela de remuneração de procedimentos médicos do Sistema Único de Saúde), seja porque os direitos dos membros do grupo beneficiário têm relevância jurídica, social e institucional.

16 - Cabível a antecipação de tutela, no julgamento do mérito de apelação cível, diante da fundamentação definitiva pela procedência do pedido e da presença do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, dado o grande e intenso sofrimento a que estão submetidos transexuais nos casos em que os procedimentos cirúrgicos são necessários, situação que conduz à auto-mutilação e ao suicídio. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.



Caderno Virtual Nº 21, v. 1 - Jan-Jun/2010

17 - Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Regional Federal da 4ª Região, é possível a atribuição de eficácia nacional à decisão proferida em ação civil pública, não se aplicando a limitação do artigo 16 da Lei nº 7.347/85 (redação da Lei nº 9.494/97), em virtude da natureza do direito pleiteado e das graves conseqüências da restrição espacial para outros bens jurídicos constitucionais.

18 - Apelo provido, com julgamento de procedência do pedido e imposição de multa diária, acaso descumprido o provimento judicial pela Administração Pública. (Destaque nosso)

A decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em face da Ação Civil Pública em referência determinou que as cirurgias de redesignação sexual fossem custeadas pelo Sistema Único de Saúde. Acolhendo a fundamentação do Ministério Público Federal, baseada no respeito à dignidade da pessoa humana, igualdade, intimidade, vida privada e saúde, essa decisão paradigmática tentou garantir que o arduamente conquistado reconhecimento ao direito de redesignação do estado sexual não se tornasse vazio de efetividade pela impossibilidade de meios materiais para alcançá-lo.

No STF, em decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie, foi concedido pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA 185²²), ajuizado pela União em face da decisão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apesar de não demonstrar discordância da fundamentação do acórdão do TRF, a Ministra entendeu que a decisão impactaria as finanças públicas, pelo fato das cirurgias de mudança de sexo não estarem previstas pela programação orçamentária federal. Em 29/09/2009, por meio da petição 137.005, o Procurador-Geral da República comunicou ao STF a edição da portaria do Ministério da Saúde de número 1.707/2008²³, que institui a cirurgia de mudança de sexo no Sistema Único de Saúde. Sendo assim, ocorreu a perda do interesse de agir da União e a perda superveniente do objeto do pedido de Suspensão de Tutela Antecipada.

Também notável, é o fato dos precedentes jurisprudenciais terem fundamentado de forma tão profunda a decisão. A fundamentação do acórdão demonstra de forma inegável o quão enraizado se encontra fenômeno da jurisprudencialização no Direito Brasileiro. Temos a demonstração, no caso concreto, de tal fenômeno em sua dupla face: a atuação do Judiciário como legislador positivo²⁴, estabelecendo parâmetros

²² STF, DJ 12/12/2007, **STA 185**. Rel. Min. Ellen Gracie.

²³ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1707/2008. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html.

²⁴ Sobre a atuação do judiciário como legislador positivo na garantia de direitos humanos e fundamentais, recomenda-se MARTINS, Marianne Rios. **Os Limites da Atuação do Poder Judiciário Como Legislador Positivo para efetivar direitos humanos de 2ª Dimensão**. Disponível em http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_marianne_rios_m



Caderno Virtual Nº 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

em face da inércia do poder Legislativo em oferecer uma solução ao fato social e os próprios precedentes jurisprudenciais servindo como fundamentação para uma decisão, demonstrando que o magistrado não mais se restringe à considerar a jurisprudência como mero recurso interpretativo auxiliar às fontes do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil²⁵.

A fundamentação da decisão na jurisprudência de cortes internacionais demonstra também como o tema dos direitos dos indivíduos transexuais foi objeto de gradual construção pelas correntes internacionais, tal qual discutido pela contextualização anteriormente feita à luz do direito comparado. Apesar dos Tribunais Internacionais citados não possuírem qualquer grau de vinculação para as cortes brasileiras, suas decisões adquirem a força de precedentes, consolidações do entendimento judicial internacional que acabam por funcionar também como precedentes para casos concretos de outras ordens jurídicas²⁶. Em especial em relação aos Direitos Humanos, que se caracterizam por seu elevado grau de universalidade²⁷.

Com os elementos apontados em relação à possibilidade jurídica de disposição do próprio corpo para cirurgias de redesignação sexual, conclui-se que tal direito tem encontrado amparo, tanto através das disposições do Conselho Federal de Medicina que atestam a segurança da prática, quanto pelo entendimento das cortes nacionais. Veja-se, por exemplo, o entendimento expresso de forma evidente pelo paradigmático julgado da Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9, garantindo a eficácia material de tal direito.

[artins.pdf](#) .

²⁵ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

²⁶ Sobre esse diálogo de precedentes, Cf. STAMATO, Bianca. **Constitucionalismo Mundial e 'Intercâmbio mundial entre Juízes'** In: BARROSO, Luís Roberto.(Org.) A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. E ainda sobre esse diálogo entre ordens jurídicas, recomenda-se NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo, 2009. E ainda, em relação a força que os precedentes vem adquirindo no Brasil, CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. **Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

²⁷ No âmbito dos direitos de transexuais, a Corte Européia de Direitos Humanos tem exercido excepcional papel na garantia de tais direitos. A exemplo do já citado caso *Goodwin vs. United Kingdom*, que estabeleceu parâmetros de eficácia vinculativa para todos os países sob sua jurisdição. Ainda, sobre a universalização dos direitos do homem em uma evolução histórica, recomenda-se PARAGUASSU, Mônica. **A universalização dos Direitos do Homem no direito das relações internacionais**. Disponível em http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/direito_intern_monica_paraguassu_silva.pdf. Acesso em 20/09/2009.

Entretanto, deve-se sempre ter em mente que o direito ao acesso a esse tipo de cirurgia deve se enquadrar em diversos parâmetros, não sendo um direito dependente única e exclusivamente de uma simples manifestação de vontade. Há de existir uma real necessidade do procedimento, atestada por profissionais da área médica de acordo com as disposições das resoluções do Conselho Federal de Medicina que regulamentam a matéria.

Além dos já citados acima, outros parâmetros que transcendem condições inerentes somente ao próprio indivíduo são necessários para pautar a aplicabilidade desse direito no caso concreto. O direito a redesignação sexual não é um direito absoluto, pois muitas situações concretas podem envolver o direito de terceiros. Por exemplo, se durante a vigência de um casamento, um dos cônjuges passa a sofrer de dúvidas a respeito de sua identidade sexual e, posteriormente, este mesmo cônjuge vier a mudar seu sexo. Seria esse fato justificativa para a anulação do casamento por erro essencial quanto à identidade sexual do cônjuge? Justificaria a separação litigiosa judicial por injúria grave? Ou ainda, justificaria o divórcio por separação de fato?

Para evitar esse tipo de constrangimento, Maria Helena Diniz²⁸ propõe parâmetros materiais de *restrição* ao direito de realização da cirurgia de redesignação do estado sexual. A autora defende que para resguardar o direito de terceiros, a cirurgia deveria ser realizada apenas em um indivíduo solteiro, divorciado ou viúvo.

Há de se considerar ainda a relação do indivíduo operado com seus filhos. Os direitos e deveres do transexual para com estes permanecem inalterados. Existe, no entanto, a possibilidade de que o convívio social dos filhos seja dificultado, por não saber como deverá tratar o pai ou mãe de agora em diante. E ainda, os filhos (em especial, crianças e adolescentes) poderão vir a enfrentar alguns problemas em seus relacionamentos sociais devido aos constrangimentos sofridos em decorrência dessa situação. Por isso, ainda que não deva haver restrições absolutas aos direitos dos transexuais que sejam pais em recorrerem à cirurgias de redesignação sexual, há de se exigir um criterioso acompanhamento caso a caso para determinar os efeitos que tal mudança teria na vida das crianças.

No direito comparado, tais parâmetros são observados em diversos países²⁹. Já no Brasil, os parâmetros para esse tipo de situação deveriam ser levados em consideração em futuras produções legislativas e jurisprudenciais sobre o tema, de modo a garantir que o direito de terceiros seja resguardado.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. P 300-301.

²⁹ As leis alemã e sueca, por exemplo, vedam a cirurgia de redesignação sexual para a pessoa casada, permitindo-a somente à pessoa solteira. Já a lei Holandesa é mais liberal, permitindo tanto a redesignação sexual para as pessoas casadas e o pleno exercício dos direitos e deveres em relação aos filhos, inclusive adoção, fazendo a ressalva apenas para a adoção de crianças estrangeiras, para evitar problemas com o país de origem da criança.

Será examinado, a seguir, o direito a redesignação do estado sexual em uma segunda dimensão, relativa aos direitos da personalidade e a mudança de nome e sexo no Registro Civil.

IV. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A SITUAÇÃO CIVIL DO TRANSEXUAL

As palavras da doutrinadora Tereza Rodrigues Vieira trazem a lúmen um questionamento essencial. Confira-se:

*“O transexual não quer muito, quer apenas o mínimo essencial para uma sobrevivência digna, procurando o equilíbrio entre os direitos fundamentais e os sociais. O direito à busca do equilíbrio corpo-mente do transexual, ou seja, à adequação do sexo e prenome, está ancorado no direito ao próprio corpo, no direito à saúde e, principalmente, no direito à identidade sexual, a qual integra um poderoso aspecto da identidade pessoal”.*³⁰

O transexual busca, acima de tudo, um equilíbrio, que possibilite a plena harmonia entre corpo e mente, em uma existência digna e de pleno gozo de seus direitos fundamentais e sociais. Esse equilíbrio se dá, em uma primeira dimensão, através da alteração do estado físico do sexual à sua condição psicológica como alguém do sexo oposto. Contudo, isso não é suficiente para, por si só, assegurar a plena efetivação de seus direitos, visto que sua situação jurídica não corresponde à sua nova situação fática como alguém do sexo oposto. Dessa forma, há de haver uma readequação em uma segunda dimensão, concernente à identidade do indivíduo transexual perante o ordenamento jurídico.

Após um estudo inicial focado no direito ao acesso aos procedimentos cirúrgicos de redesignação sexual, procede-se à segunda dimensão dos direitos relativos aos direitos dos transexuais, que representa justamente o direito à correspondência entre a situação de fato e a situação jurídica do transexual. O acesso pleno e efetivo aos direitos da personalidade, em especial, o nome civil. A adequação do registro civil, no tocante ao prenome e ao sexo do indivíduo, consubstancia uma das últimas etapas a serem superadas pelo transexual na adequação da sua situação jurídica e sua situação de fato, uma etapa essencial na busca por uma vida digna e plena.

Primariamente, se faz mister tecer uma observação preliminar. Não se deve falar sobre *alteração* do nome e sexo no registro civil, uma vez que não se trata de

³⁰ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Mudança de Sexo: Aspectos Médicos, Psicológicos e Jurídicos**. São Paulo: Livraria Santos Editora, 1996. p. 118.

simples mudança baseada na vontade do autor, e sim de *adequação* do registro civil, visto que se trata de uma forma de adequar, como já citado, o estado jurídico ao estado de fato da pessoa, já que este encontra em desconformidade com aquele. Especialmente elucidativo nesse sentido é o parecer do Ministério Público, que consta nos autos do processo relativo ao caso Roberta Close:

(...)“se faz necessário também, eliminar as situações de constrangimento, com intensa dor moral, por que passa a requerente, ao ter que exibir no meio social identidade que não é sua realidade, mas decorrente de assento de cartório desconforme a sua realidade – hoje diagnosticada como verdadeira pela perícia recente” (Destaque nosso).

Um dos precedentes jurisprudenciais mais significativos a ter firmado parâmetros para adequação do nome civil é o Recurso Especial nº 678.933-RS. Trata-se de polêmico julgado do Superior Tribunal de Justiça a respeito da averbação no registro público da mudança de nome de um indivíduo por motivo de mudança de sexo. Segundo o entendimento da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, deve ficar averbado no registro civil do indivíduo que a modificação em questão ao seu nome e sexo decorreu de uma decisão do poder judiciário. O Recurso Especial em questão teve como recorrente o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que em sua ponderação decidiu pela não publicidade da condição de transexual do indivíduo recorrido.

Na primeira instância, o pedido do interessado foi julgado precedente, ou seja, no sentido de que fosse feita a mudança requerida. Em seu registro civil, seu nome seria alterado bem como seu sexo, de masculino para feminino. Essa alteração impediria o fornecimento de certidões com referência à situação anterior do indivíduo. Contra essa decisão, apelou o Ministério Público ao Tribunal de Justiça do Estado, alegando o Ministério Público a necessidade de proteger a boa-fé de terceiros que viessem a se envolver com o indivíduo. No entanto, o Tribunal de Justiça se manifestou da seguinte forma em relação a tal alegação:

“Quando se fala em prejuízos a terceiro, na verdade se fala na possibilidade de um homem envolver-se emocionalmente e, por que não dizer, sexualmente com o apelado e descobrir, em determinado momento, que ela não poderá ter filhos, ou até mesmo que não é mulher 'de nascimento'. Sendo essa a questão a ser enfrentada, até certo ponto, o mesmo aplicar-se-ia à mulher estéril. Será que deveriam essas mulheres ter em seus documentos e no registro civil contida esta condição? Ou seria uma humilhação para elas? Sofreriam algum tipo de discriminação? E se os seus possíveis companheiros aceitassem essa condição por entenderem ser o amor o bem maior? As respostas são conhecidas. Os casos são assemelhados,

Caderno Virtual Nº 21, v. 1 – Jan-Jun/2010
e por não ter a mulher estéril que expor sua condição perante a sociedade, não terá P.C. que expor a sua.

Cabe ressaltar que essas suposições de eventuais prejuízos que possam sofrer terceiros, são hipóteses, não havendo certeza quanto ao caso concreto. Poderia acontecer ou não. Por isso, não seria plausível a exposição da condição de transexual feminino do recorrido em virtude de projeções, e, como tais, aleatórias. Se houver, no futuro, alguém que se sinta ameaçado, ou até mesmo prejudicado moralmente em razão da alteração de vida pela qual optou o apelado, que procure o remédio jurídico cabível

O Direito não pode ficar atrelado ao que dispõem as normas vigentes no país. O Direito é realidade, é fato social. É o excepcional. Deve, portanto, o Direito, não fechar os olhos à realidade, e se inserir nos tempos modernos, evitando qualquer situação constrangedora para as partes que litigam perante a justiça, contribuindo sempre para a paz social”.

Perante o STJ, o Ministério Público sustentou a necessidade de averbação no registro civil que houve alteração de nome e sexo oriunda de uma decisão judicial, ocorrida após cirurgia de mudança de sexo. A decisão foi favorável ao Ministério Público, reconhecendo a necessidade de uma averbação no registro civil acerca da alteração do nome. Nas palavras do relator Carlos Alberto Menezes Direito, “não se pode esconder no registro, sob pena de validar agressão à verdade que ele deve preservar, que a mudança decorreu de ato judicial nascida da vontade do autor e que tornou necessário ato cirúrgico complexo”. Na ementa da decisão em questão relata o ministro:

Mudança de sexo. Averbação no registro civil.

1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito.

2. Recurso especial conhecido e provido.

Em primeiro lugar, salienta-se que o eixo temático da discussão e controvérsia nesse caso não é a legitimidade da mudança de sexo *per se*, pois a tendência do nosso ordenamento jurídico, em sua produção jurisprudencial e doutrinária, é a de garantir a concessão desse direito aos interessados, bem como o direito de ter uma correspondência entre seu registro civil e sua situação fática como alguém do sexo oposto – apesar de nem sempre ter sido esse o entendimento³¹. O exemplo que melhor demonstra essa tendência atual é a anteriormente discutida decisão da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região na Ação Civil Pública nº 2001.71.00.026279-9/RS, que determina que o Sistema Único de Saúde (SUS) inclua na sua lista de procedimentos cirúrgicos a cirurgia de mudança de sexo, pedido que foi acolhido pela Justiça Federal com abrangência nacional.

Nesse sentido, princípios constitucionais (em especial a dignidade da pessoa humana) têm motivado decisões do gênero nas cortes brasileiras. Um indivíduo que esteja sofrendo dessas condições tem reconhecido seu direito de alterar cirurgicamente seu sexo. Nas palavras do relator do caso, Min. Carlos Alberto Direito:

“No presente feito, não se examina o direito do recorrido de mudar de sexo, mas, apenas, se esse direito alcançado deve, ou não, constar dos registros, devidamente averbado o fato de que houve modificação cirúrgica do sexo”.

A questão que se encontra elencada no estudo do presente caso na verdade diz respeito ao âmbito do registro civil, mas em um aspecto que transcende sua mera alteração no nome e sexo. Diz respeito à legitimidade ou não da averbação da condição de transexual do indivíduo em tal registro.

O Ministério Público sustentou a tese de que sim, deveria ficar averbado no Registro Civil de Pessoas Naturais a mudança de sexo, oriunda de decisão judicial, baseando-se na possibilidade de haver prejuízo a terceiros de boa-fé que venham a se envolver com o indivíduo.

Tendo em vista esse mesmo objeto em outros processos judiciais, ao termo “envolvimento com terceiros” pode se atribuir tanto um sentido de envolvimento amoroso ou sexual, quanto um sentido jurídico-obrigacional. Embora esse tipo de questão costume ser suscitada primariamente a possibilidade de um envolvimento conjugal, existe também o freqüente argumento em casos similares de que a mudança do nome civil de um transexual possa representar uma situação de insegurança jurídica, como um modo de eximir o indivíduo de suas obrigações previamente contraídas. Por exemplo, manifestou-se o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a respeito dessa hipótese:

³¹ Na primeira cirurgia de mudança de sexo realizada no Brasil, o médico que a realizou, respondeu a processo criminal perante a justiça paulista. Trata-se do já citado caso do cirurgião Roberto Farina.

*"Apelação. Registro Civil. Transexual que se submeteu a cirurgia de mudança de sexo, postulando retificação de seu assentamento de nascimento (prenome e sexo). Adequação do registro à aparência do registrando que se impõe. Correção que evitara' repetição dos inúmeros constrangimentos suportados pelo recorrente, além de contribuir para superar a perplexidade no meio social causada pelo registro atual. Precedentes do TJ/RJ. **Inexistência de insegurança jurídica, pois o apelante manterá o mesmo numero do CPF. Recurso provido para determinar a alteração do prenome do autor, bem como a retificação para o sexo feminino.**"³² (Destaque nosso).*

No presente caso, contudo, esse foi um argumento que parece não ter sido levantado, de modo que no que se refere a envolvimento posterior do transexual com terceiros no estudo desse caso será atribuído somente um sentido conjugal.

A ponderação entre o direito à privacidade do indivíduo transexual em face do direito a informação e publicidade dos atos processuais foi realizada pelo Tribunal de Justiça do Estado. Optou-se por proteger o indivíduo transexual, determinando que o procedimento corresse em segredo de justiça e sem qualquer averbação ou menção anterior ao indivíduo como alguém do sexo oposto. Na fundamentação de sua decisão, o Tribunal de Justiça fez inclusive uma comparação à mulher estéril, dizendo que igualmente incidiria em erro o terceiro de boa fé que se casasse com uma mulher incapaz de ter filhos, e que não se exigia que esta tivesse tal condição averbada em seu registro civil. Sendo assim, o mesmo se aplicaria ao transexual.

Em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça não acolheu esses argumentos, afirmando que ao contrário da mudança de sexo, a condição de estéril não consistia de forma alguma em alteração da natureza jurídica da mulher a ser demonstrada no registro civil. Ao contrário do que seria a mudança de sexo, um aspecto relevante para o mundo jurídico e, em especial, para o registro civil. Assim o relator afirmou o seguinte em seu voto:

*“Não creio que os argumentos postos no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tenham substância capaz de justificar a conclusão que acolheu, **particularmente com a infeliz comparação com a mulher que por qualquer patologia não pode gerar.** Aquela que não pode gerar tem a mesma benção da sua natureza daquela que pode. Ao dom da criação, que homem e mulher repartem, com a fecundação, fruto de amor e entrega, de doação e unidade, não se nega a origem nascida nem se esconde fato resultante de ato judicial. **Não se trata de ato submetido ao registro civil.** Não se trata de modificação da sua natureza gerada”.(Destaque nosso)*

³² TJRJ-Quarta Câmara Cível, J. 13 set. 2005, AP. **CIV. 2005.001.01910**, Rel. Des. Luis Felipe Salomão..

Assim, conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça parece ter se pautado em critérios diferentes. Ao contrário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que em sua fundamentação tentou encontrar uma resposta realizando uma ponderação entre o direito à privacidade do transexual e o direito à informação de terceiros, o STJ entendeu que omitir que a mudança tenha sido fruto de um processo que visa garantir o direito do transexual à igualdade, honra e dignidade seria uma violação a tais preceitos. Em sua ponderação, colocou o princípio da dignidade acima do próprio direito do indivíduo à privacidade. Omitir sua condição seria uma forma de preconceito para com a condição do indivíduo, como podemos observar no trecho do voto relator:

“O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito”. (Destaque nosso)

A fundamentação do Superior Tribunal de Justiça também entendeu que a averbação no registro civil de que houve uma mudança decorrente de ato judicial decorrente da vontade do autor é uma forma de proteção, uma forma *de garantir e reconhecer* esse direito do autor:

“Não se pode esconder no registro, sob pena de validarmos agressão à verdade que ele deve preservar, que a mudança decorreu de ato judicial, nascida da vontade do autor e que tornou necessário ato cirúrgico complexo. Trata-se de registro imperativo e com essa qualidade é que se não pode impedir que a modificação da natureza sexual fique assentada para o reconhecimento do direito do autor”. (Destaque nosso)

Com base nessa fundamentação, foi firmado o polêmico entendimento do Superior Tribunal de Justiça que estabeleceu como necessária à averbação no registro civil de pessoas naturais a mudança de sexo como resultante de sentença judicial. Contudo, independentemente do mérito da decisão, cabe um questionamento. Teria a decisão do ministro *realmente* se adequado à fundamentação usada para justificá-la no sentido de atender o melhor interesse do autor ao proteger a manifestação de sua vontade e sua dignidade? Mas é realmente favorável à dignidade do autor a manutenção, à margem do registro civil, de algo que possa revelar uma possível condição anterior como alguém do sexo oposto? Os efeitos indesejáveis que uma possível exposição possa causar o autor não representariam, talvez, um dano ainda maior à sua dignidade?

A complexidade desses questionamentos continuou a trazer inquietude aos operadores do Direito. Em uma decisão recente³³, o Superior Tribunal de Justiça determinou a adequação no registro civil do prenome e do sexo de um transexual de São Paulo, após o indivíduo ter sido apropriadamente submetido ao procedimento cirúrgico de redesignação sexual. A Justiça Estadual indeferiu seu pedido de adequação, de forma que o autor recorreu ao STJ. A decisão da Terceira Turma do STJ, tendo como relatora a Ministra Nancy Andrighi inova em relação ao entendimento consolidado anteriormente, pois garante que o novo registro civil seja feito sem que nele conste averbação. O registro de que a designação do sexo foi alterada judicialmente poderá figurar apenas nos livros cartorários. *In verbis*:

Ementa Recurso Especial Nº 1.008.398 - SP (2007/0273360-5)

Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.

- Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

- A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.

- A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.

- Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da realidentidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

- Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana.

- A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a

³³ STJ, DJU 18/11/2009, **RESP 1.008.398/ SP**, Rel. Min Nancy Andrighi.

adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo.

- Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.

- Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.

- Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73.

- 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 do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar.

- Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alcançando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.

- De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar “imperfeições” como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate



Caderno Virtual Nº 21, v. 1 - Jan-Jun/2010

da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado. Recurso especial provido.

Em sua fundamentação, a Ministra entendeu que a averbação à margem do registro civil realmente significaria a exposição do indivíduo a situações vexatórias e humilhantes. Para ela, se o estado consente com a cirurgia (e até mesmo financia o acesso ao procedimento, conforme a resolução de número 1.707 do Ministério da Saúde), deve também prover os meios para uma vida digna. Demonstra também o já consolidado entendimento da cirurgia de redesignação sexual como solução terapêutica para a melhoria da qualidade de vida do indivíduo, e entende a alteração no registro civil como uma adequação de sua situação jurídica ao seu novo estado de fato.

Cabe destacar também a recente Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275³⁴, proposta pelo Ministério Público Federal em face do Art. 58 da Lei de Registros Públicos³⁵, Lei nº 6015/73, na redação que lhe conferida pela lei nº 9708 de 1998. A Procuradora Geral da República, temporariamente em exercício, Débora Duprat, pleiteia uma interpretação conforme a constituição do referido artigo, reconhecendo aos transexuais que assim o desejarem, o direito de alteração do nome e sexo no registro civil, independente de prévia cirurgia de redesignação sexual.

A tese sustentada pelo *parquet* é a de um “direito fundamental de identidade de gênero”, inferido nos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, vedação de discriminações odiosas, liberdade e privacidade. E de acordo com essa tese, a forma do Art. 58 da Lei nº 6015 encontrar compatibilidade com esse princípio constitucional seria permitir a mudança do nome e sexo no registro civil.

Caso o pedido do Ministério Público seja acolhido, essa decisão pode representar uma mudança paradigmática em relação ao estado civil dos transexuais. Permitiria a mudança do nome mesmo anteriormente à cirurgia de transexualização. O Ministério Público fundamenta o pedido com base na legislação alemã³⁶, que reconhece o direito à mudança no registro civil em ambos os casos (antes ou depois da cirurgia de redesignação sexual). Entende o legislador alemão que não é a cirurgia que concede ao indivíduo o *status* de transexual, mas sim a sua condição prévia de total insatisfação com sua condição física. Nessa circunstância, o direito à alteração do nome no registro civil independeria da cirurgia.

³⁴ Pendente de julgamento, é possível consultar a inicial no acompanhamento processual disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4275&classe=ADI&codigoClasse=0&ORIGEM=JUR&recurso=0&tipoJulgamento>.

³⁵ Art. 58. “O Prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a substituição por apelidos públicos notórios”.

³⁶ Na forma da lei conhecida como “*transsexuellengesetz*” de 1980, vigorando a partir de 1981.

VI. A OMISSÃO DA LEI E A JURISPRUDENCIALIZAÇÃO DO DIREITO³⁷

Como já explicitado em diversos pontos do presente artigo, a construção jurídica existente no direito brasileiro sobre o tema vem de construções doutrinárias, jurisprudenciais e do direito comparado, não possuindo uma construção legislativa específica sobre os direitos dos transexuais. Contudo, apesar da omissão da *Lei*, não se trata de uma omissão completa *do Poder Legislativo*, pois existem projetos de lei tramitando no Congresso que tem por objeto direitos da minoria transexual.

O Projeto de Lei nº. 1909-A de 1979 acrescentaria um parágrafo ao artigo 129 do Código Penal que vigoraria com a seguinte redação: “Não constitui fato punível a ablação de órgãos e partes do corpo humano, quando considerada necessária em parecer unânime de junta médica e precedida de consentimento expresso de paciente maior e capaz”. Tal projeto de lei foi vetado pelo Executivo da época. Ainda assim, tal conduta não é mais considerada criminosa, devido a precedentes significativos na jurisprudência (em especial, o caso Roberto Farina) e através das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que classificam o procedimento de redesignação sexual como terapêutico.

O segundo Projeto de Lei nº 70 de 1995³⁸ não se limitou somente à esfera penal. Apesar de também acrescentar parágrafo ao artigo 129 do Código Penal instituindo que “não constitui crime a intervenção cirúrgica realizada para fins de ablação de órgãos e partes do corpo humano quando, destinada a alterar o sexo de paciente maior e capaz, tenha ela sido efetuada a pedido deste e precedida de todos os exames necessários e de parecer unânime de junta médica”, o legislador atentou também para o âmbito civil e as alterações do nome civil. O Projeto de Lei acrescentaria dois parágrafos ao art. 58 da Lei 6.015/1973, da Lei de Registros Públicos, que passariam a vigorar com a redação: “Art. 58 (...) §2º. Será admitida a mudança do prenome mediante autorização judicial, nos casos em que o requerente tenha se submetido a intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário. §3º. No caso do parágrafo anterior deverá ser averbado ao registro de nascimento e no respectivo documento de identidade ser a pessoa transexual”.

³⁷ Sobre o tema e o termo “jurisprudencialização” do direito, recomenda-se a leitura da edição temática da Revista de Direito dos Monitores da UFF, que traz artigos que discutem tal tendência contemporânea de nosso ordenamento jurídico à luz do Direito Público, Privado e Processual. **Revista de Direito dos Monitores da UFF**. 5ª Edição. Disponível em http://www.uff.br/rdm/revistas/rdm_ano2_ed5.pdf. Acesso em 06/01/2009.

³⁸ Projeto de Lei nº 70/1995. Disponível em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=15009. Inteiro teor disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=14582>. Acesso em 15/09/2009.

Entretanto, após parecer unânime da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 1995, a redação proposta para o § 3º foi modificada, excluindo a necessidade de incluir na identidade a informação de que se trata de indivíduo transexual e mantendo a necessidade apenas de uma averbação à margem do registro civil, em consonância com o que o entendimento atual da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Um pouco mais recente, o Projeto de Lei nº. 6655/2006³⁹ traz uma proposta similar ao contido no Projeto nº. 70/1995. O artigo 58 vigoraria com a seguinte redação:

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição, mediante sentença judicial, nos casos em que:

I – o interessado for:

a) conhecido por apelidos notórios;

b) reconhecido como transexual de acordo com laudo de avaliação médica, ainda que não tenha sido submetido a procedimento médico-cirúrgico destinado à adequação dos órgãos sexuais;

II – houver fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime por determinação, em sentença, de juiz competente após ouvido o Ministério Público.

Parágrafo único. A sentença relativa à substituição do prenome na hipótese prevista na alínea b do inciso I deste artigo será objeto de averbação no livro de nascimento com a menção imperativa de ser a pessoa transexual. (NR)”(Destaque nosso)

Esse projeto é mais restrito do que o de número 70/1995, pois diz respeito somente ao registro civil dos transexuais e não a quaisquer conseqüências penais da ablação dos órgãos sexuais ou dos atos de disposição do próprio corpo. De qualquer forma, como já dito, a doutrina e a jurisprudência, bem como as resoluções do Conselho Federal de Medicina, já superaram o paradigma de classificar tal fato como criminoso. O referido Projeto de Lei também prevê a averbação no registro civil de que o indivíduo é um transexual. Contudo, a novidade desse projeto de lei está em um detalhe específico. O transexual pode requerer a adequação do prenome ainda que não tenha se submetido à cirurgia de redesignação sexual. Esse pequeno, mas relevante detalhe está em consonância com o pleito do Ministério Público na recente ADI 4275, que destaca disposição similar contida na lei alemã, que reconhece a natureza do transexual como algo que independe do ato cirúrgico. A condição de insatisfação do transexual com seu estado físico deveria ser anterior a qualquer ato cirúrgico. Deve a lei, por isso, reconhecer o direito fundamental do indivíduo à “identidade de gênero”. Contudo em relação a necessidade de averbação, esse projeto de lei estaria em dissonância com o entendimento do STJ de que não é necessário averbar a retificação de nome e sexo no registro civil.

³⁹ BRASIL. Projeto de Lei nº 6655 de 2006. Disponível em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=315120. Inteiro teor disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/377166.pdf>. Acesso em 15/09/2009.

Nenhum desses projetos foi aprovado e, por isso, a lei é omissa no que diz respeito aos transexuais. A jurisprudência tem encontrado formas de suprir essa lacuna no caso concreto, nas quais o aplicador da norma tem atuado muitas vezes como verdadeiro “legislador positivo”. Seria de bom alvitre a elaboração de uma legislação mais ampla que possa nortear a atividade do Judiciário, para evitar que os tribunais e membros do Ministério Público, por desinformação acerca dos aspectos contemporâneos dessa questão, deixem de agir da forma mais apropriada para atender aos interesses dessa minoria.

Os aspectos penais do tema não têm despertado problemas complexos, visto que, na prática, o consentimento médico já se encontra consolidado para descaracterizar a existência de um crime. O mesmo não ocorre com aspectos relativos à identificação civil. É também premente que o legislador cuide dos aspectos relativos ao acesso aos meios necessários para a cirurgia de redesignação sexual, assim como traçar parâmetros claros para a realização da cirurgia. Afinal, a finalidade de tal procedimento terapêutico relaciona-se à plena efetivação do direito à saúde para os transexuais, sem o qual torna-se impossível usufruir uma vida plena.

Por isso, são apontados abaixo certos parâmetros⁴⁰ de função *material* ainda não observados (ou observados, mas não ainda de forma a tutelar o fato social forma plena) pela produção legislativa (*Parâmetros Normativos*) e jurisprudencial (*Parâmetros Jurisprudenciais*) na construção do tema, como sugestões a serem observadas em futuras produções da lei e jurisprudência⁴¹.

No âmbito do direito ao acesso à cirurgia de redesignação sexual, há de se traçar diretrizes que determinem quais transexuais devem obter prioridade na obtenção do tratamento pelo Sistema Único de Saúde.

O primeiro desses parâmetros deveria levar em consideração as condições financeiras do paciente. É evidente que alguns transexuais podem ser mais privilegiados nesse aspecto, de modo que poderiam dispor de clínicas privadas para a realização do procedimento, o que não ocorre com os transexuais menos afortunados financeiramente. Sendo assim, os transexuais com menos condições financeiras deveriam ter prioridade.

⁴⁰ Para uma discussão mais profunda a respeito da metodologia de classificação e aplicação dos parâmetros no caso concreto, ver LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Standards: O que são e como cria-los**. Tese de Conclusão de Curso. Universidade Federal Fluminense, 2009.

⁴¹ Uma abordagem interessante de como os parâmetros traçados pela jurisprudência dos tribunais superiores tem norteadado a atividade do Poder Legislativo pode ser encontrada em **STJ. Jurisprudência do STJ tem influenciado cada vez mais a elaboração de leis**. Disponível em http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=95438. Acesso em 04/01/2009.

Um outro parâmetro é a idade. Um transexual mais velho deveria receber tal tratamento de forma prioritária em relação a um mais jovem, pois já viveu uma parcela maior de sua vida na condição física que tanto o atormenta. .

Ainda em relação ao direito do transexual alterar cirurgicamente seu sexo, o ordenamento jurídico ainda não dispõe de parâmetros que ponderem o direito à mudança de sexo em face do interesse de terceiros, notadamente cônjuges e filhos do transexual que deseje se submeter a tais procedimentos. Em relação ao estado conjugal, a doutrina já propõe alguns parâmetros. A exemplo de Maria Helena Diniz, que, como apontado anteriormente, propõe parâmetros materiais de *restrição* ao direito de realização da cirurgia de redesignação do estado sexual. Para a autora, a cirurgia de redesignação sexual deveria ser realizada apenas em um indivíduo solteiro, divorciado ou viúvo, com o intuito de resguardar os direitos do cônjuge.

Em relação aos parâmetros que digam respeito à identificação civil do transexual, alguns cuidados devem ser observados. Uma lei tal qual o Projeto de Lei 70/1995, que obrigue o transexual a se identificar de forma óbvia como tal perante a sociedade (como na carteira de identidade, por exemplo) apenas serviria para que o indivíduo continuasse a sofrer de forma freqüente o estigma e o preconceito contra os quais lutou por toda sua vida. O propósito de tais parâmetros deve ser a proteção da privacidade do transexual, e não sua exposição.

Novamente, Maria Helena Diniz propõe um parâmetro interessante. Para ela, além da averbação à margem do registro de retificações de prenome e de sexo do requerente, mas também o seu arquivamento, de forma analógica ao a como se procede com os mandados judiciais em processo de adoção⁴². Dessa forma a nova certidão do assento de nascimento fornecida pelo Registro Civil não deverá possuir qualquer menção à natureza das retificações procedidas, exceto que houve uma modificação por sentença judicial em segredo de justiça e a autoridade judiciária poderia fornecer o inteiro teor do mandado, se necessário. Esse parâmetro aparentemente pondera da melhor forma o direito à privacidade do indivíduo e quaisquer situações que envolvam a segurança jurídica e o direito de terceiros.

A decisão mais recente do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela não averbação do registro civil do transexual, optando por um parâmetro muito similar àquele

⁴² Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

(..)

§ 4º A critério da autoridade judiciária, poderá ser fornecida certidão para a salvaguarda de direitos.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei Nº 8069/90**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em 12/10/2009



proposto por Maria Helena Diniz. Contudo, é importante que uma lei posterior não regule o tema de forma contraditória, o que representaria uma regressão em relação aos direitos conquistados por essa minoria.

É evidente que a lei, por si só, é incapaz de trazer todas as soluções que o caso concreto exige. A jurisprudência, justamente por isso, continuará a desempenhar relevante papel contra-majoritário na construção dos direitos dos transexuais. Porém, esse é um tema de notável complexidade e exige uma consolidação dos parâmetros necessários para garantir os direitos dessa minoria, que afinal, apenas deseja ter acesso ao pleno exercício de seus direitos como seres humanos, bem como cidadãos livres e iguais.

VII. APONTAMENTOS FINAIS

Após a exposição do amplo panorama contemporâneo envolvendo o direito dos transexuais em suas duas dimensões (tanto o direito à realização de cirurgia de redesignação sexual quanto o direito a retificação do nome e sexo no registro civil), retoma-se o questionamento feito durante a introdução deste artigo. Estariam as respostas oferecidas pelo mundo jurídico obtendo sucesso em atender às necessidades e expectativas desse fato social e regula-lo de forma plena?

Sim, mas não de forma plena. As respostas oferecidas vêm caminhando na direção apropriada para atender às expectativas desse grupo social, em congruência com a atual tendência internacional atual a respeito do tema. Entretanto, ainda há um caminho a ser percorrido para que essa situação encontre a regulamentação plena. Do sucesso da luta jurisprudencial para ver seus direitos garantidos até a vitória por leis que lhes protejam, o caminho ainda será bastante longo.

No direito ao acesso aos meios cirúrgicos para efetuar a redesignação sexual, o ordenamento jurídico tem caminhado na direção de garantir esses direitos. Decisões como a da Justiça Federal em determinar que o Sistema Único de Saúde realizasse cirurgias de mudança de sexo em todo território nacional são exemplos de entendimentos paradigmáticos no sentido de garantir a efetivação plena dos direitos fundamentais para esses indivíduos – um grande progresso em relação a períodos em que mesmo cirurgias particulares estavam sujeitas às sanções penais, pelo entendimento de que tais cirurgias eram uma forma proibida de disposição do próprio corpo e o cirurgião incorria em crime de lesão corporal de natureza grave.

Por outro lado, devido à omissão da Lei, esse direito tem encontrado expressão destacada na jurisprudência, não sendo regulamentado por nenhum diploma legal. E até mesmo os já existentes parâmetros jurisprudenciais ainda são incertos, insuficientes e incompletos em vários aspectos. Revelam-se incertos porque as decisões não são coerentes e uniformes, revelando uma tendência ao casuísmo. São incompletos,



Caderno Virtual Nº 21, v. 1 - Jan-Jun/2010

por exemplo, no estabelecimento de parâmetros de realização da cirurgia de redesignação sexual demanda uma *expertise* técnica que ultrapassa a formação jurídica dos julgadores. Mostram-se incompletos por deixar muitas situações da vida sem normatização.

No âmbito da identificação civil e dos direitos da personalidade, o entendimento atual também foi progressista, permitindo a retificação do nome e sexo do transexual, visando permitir que esses indivíduos usufruam desses direitos inerentes à personalidade com a correspondência do seu registro civil à sua situação fática. Com a paradigmática decisão no Recurso Especial nº 678.933, o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência acerca da questão, se manifestando favoravelmente a alteração do nome e sexo no registro civil, mas fazendo a ressalva de ser necessária uma averbação à margem do registro civil de que tal retificação foi fruto de uma decisão judicial. Posteriormente, a decisão no Recurso Especial 1.008.398 deu um passo além, demonstrando o entendimento de que sequer a averbação seria necessária.

Da mesma forma, no caso do acesso a cirurgias de redesignação sexual, a legitimidade da retificação no registro civil é algo que encontra amparo apenas na jurisprudência, e não na lei. A recente Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275 propõe uma interpretação conforme a Constituição da Lei de Registros Públicos, onde o Ministério Público defende a existência de um “direito fundamental à identidade de gênero”. Caso essa tese seja acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, teremos um novo parâmetro regulando a matéria. Com a omissão do legislador em incluir os transexuais nas hipóteses de alteração do registro civil na Lei nº. 6015, a atividade do Judiciário tornou-se responsável disciplinar esse fato da vida.

Dessa forma, apesar dos inegáveis progressos obtidos nas últimas décadas a respeito da efetivação dos direitos dos transexuais, o fato social ainda anseia por uma regulamentação plena, tanto pelo trabalho do Poder Legislativo, quanto da atuação do Poder Judiciário, que tem atuado como verdadeiro “legislador positivo”, traçando parâmetros mais abrangentes diante da omissão do Legislativo em regulamentar a matéria. Fato esse que adquire legitimidade em razão do papel contra-majoritário que a instância judicial ocupa na proteção dos direitos humanos fundamentais das minorias.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros e artigos:

ALVARENGA, Luiz Carlos. Breves consideracoes sobre o registro civil dos transexuais. **Juris Plenum, Porto Alegre**, v. 4 , n.19,p. p. 71-82, jan. 2008.

ALVES, Geraldo Magela. **Novo Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro, RJ: Ed. Roma Victor, 2006.



BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS PEREIRA, Rafael D'Ávila. **Nome civil: características e possibilidades de alteração.** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11345>

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. **Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo,** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Vol. I: Teoria Geral do direito civil. 22ª. Edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O Estado Atual do Biodireito.** 6ª ed. revisada, aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Transexualismo – Cirurgia. Lesão Corporal.** *Revista de Direito Penal*, nº 25, Rio de Janeiro: Forense, 1979. P. 25-34.

HUMILDES, Joildo. S. **Transexualismo e Direito: Possibilidades e Limites de uma Nova Identidade Sexual.** *Boletim Jurídico (Uberaba)*, v. 01, p. 261, 2008.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito.** Rio de Janeiro: Editora Rio, 2002.

LEGALE FERREIRA, Siddharta. **O direito público no século XXI: Da constitucionalização à internacionalização do direito,** mimeo, 2009.

LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Standards: O que são e como cria-los.** Tese de Conclusão de Curso. Universidade Federal Fluminense, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 13ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Marianne Rios. **Os Limites da Atuação do Poder Judiciário Como Legislador Positivo para efetivar direitos humanos de 2ª Dimensão.** Disponível em http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_marianne_rios_martins.pdf.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo, 2009.

PACHECO, Henrique Olegário. **Transexualismo e a dignidade da pessoa humana: possibilidade jurídica de mudança de nome e de sexo no registro civil apos operação transexual.** Belo Horizonte, 2005.



Caderno Virtual Nº 21, v. 1 - Jan-Jun/2010

PARAGUASSU, Mônica. **A universalização dos Direitos do Homem no direito das relações internacionais.** Disponível em http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/direito_intern_monica_paraguassu_silva.pdf. Acesso em 20/09/2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Vol. I: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 22º ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

PORTO DE BARROS, Ana Lúcia, et al. **O novo código civil comentado.** Vol I. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2002.

RENTROIA, Cláudia Regina de Lima. **O transexualismo e a operação para mudança de sexo.**

Uma ponderação diante dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do direito à informação. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8467>. Acesso em 09/09/2009.

ROMANO, Ana Maria. **Os Direitos da Personalidade e o Tratamento Civil do Transexualismo.** Disponível em <http://www.epm.sp.gov.br/SiteEPM/Artigos/227.+Os+direitos+da+personalidade+e+o+tratamento+jur%C3%ADdico+do+transexualismo.htm> Acesso em 09/09/2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

STAMATO, Bianca. **Constitucionalismo Mundial e ‘Intercâmbio mundial entre Juízes’** In: BARROSO, Luís Roberto.(Org.) A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

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

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil Parte Geral.** Vol. I. 4ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas S.A. 2004.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Mudança de Sexo: Aspectos Médicos, Psicológicos e Jurídicos.** São Paulo: Livraria Santos Editora, 1996. p. 118.

_____. **Nome e Sexo – Mudanças no Registro Civil.** 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.



Caderno Virtual Nº 21, v. 1 - Jan-Jun/2010

WALD, Arnoldo. **Direito Civil – Introdução e Parte Geral**. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2009.

Legislação:

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 22/05/2009.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei Nº 8069/90**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em 12/10/2009

BRASIL. **Lei de Registros Públicos. Lei nº 6.015, de 31 de Dezembro de 1973**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L6015.htm>. Acesso em 22/05/2009.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/11/2002/10406.htm>. Acesso em 22/05/2009.

BRASIL. **Lei nº 9708 de 18 de Novembro de 1998**. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/111125/lei-9708-98>. Acesso em 09/08/2009.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 70/1995**. Disponível em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=15009 . Inteiro teor disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=14582>. Acesso em 15/09/2009.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6655 de 2006**. Disponível em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=315120. Inteiro teor disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/377166.pdf>. Acesso em 15/09/2009.

Jurisprudência:

STJ, DJU 21 mai. 2007, **RESP 678.933/ RS**, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

STJ, DJU 18/11/2009, **RESP 1.008.398/ SP**, Rel. Min Nancy Andrichi.

TRF da 4ª Região, **AC Nº 2001.71.00.026279-9/RS**, Rel. Des. Federal Roger Raupp Rios.

TJRJ, DJ. 13 set. 2005, **AP. CIV. 2005.001.01910**, Rel. Des. Luís Felipe Salomão.



Caderno Virtual Nº 21, v. 1 - Jan-Jun/2010

STF, **ADI nº 4275**. Acompanhamento disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4275&processo=4275>. Acesso em 20/09/2009.

Corte Europeia de Direitos Humanos. **Caso *Christine Godwin vs. United Kingdom***. Disponível no site da Corte Europeia de Direitos Humanos, em www.echr.coe.int.

Notícias:

STJ. Transexual consegue alteração de nome e gênero, sem registro da decisão judicial na certidão. Disponível em http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94241&tmp.area_anterior=44&tmp. Acesso em 20/10/2009

STJ. Jurisprudência do STJ tem influenciado cada vez mais a elaboração de leis. Disponível em http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=95438. Acesso em 04/01/2009.

Resoluções:

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1652/2002. Disponível em <http://www.gendercare.com/library/cfmtrans.html>.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1482/97. Disponível em <http://www.gendercare.com/library/cfmtrans.html>.

Portarias:

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1707/2008. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html.