

A QUESTÃO DA REDESIGNAÇÃO SEXUAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Igor Batista de Oliveira; Leandro Morais da Luz; Paulo Sergio N. de Q. Lima; Rafael Alves de Moura; Victor Luiz Oliveira da Paz; Vinicius Sousa Dantas¹
Pensilvania Silva Neves².

Resumo: *O Direito sempre foi compreendido com um termo polissêmico, porém, superior ao seu significado esta seu objeto essencial de ser um instrumento para garantir o ser humano à busca de sua realização social. Como tal, este sempre foi permeado de contradições e colisões de interesses, especialmente aqueles que contrastam o desejo individual e o interesse coletivo, não poderia ser diferente no âmbito do Direito Civil, no que diz respeito aos irrenunciáveis Direitos da Personalidade das pessoas naturais. Este trabalho consiste numa revisão bibliográfica referente os direitos decorrentes da cirurgia de transgenitalização, e seus impactos no campo do Direito Civil, especificamente, bem como, seus reflexos na esfera sociológica.*

Palavras-chaves: Transgenitalização; Redesignação sexual; Ordenamento Jurídico Brasileiro.

INTRODUÇÃO

A história da humanidade é permeada por fatos que são verdadeiros marcos de memória, não pelo seu legado cultural ou social, mas muitas vezes por representar atrocidades ocorridas e motivadas por diversos interesses. Tornou-se, então, necessário a determinação de uma série de direitos, cuja proteção teria caráter internacional, como aconteceu no caso dos direitos inerentes à pessoa humana, que devem ser garantidos pelo Estado e gozam de especial atenção dentro do campo do Direito. Os direitos da personalidade emergem dessa realidade conturbada e assumem uma posição central no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste contexto há questões que ocupam boa parte da doutrina: o quanto podem os particulares dispor desses direitos? Até aonde vai seu poder de autodeterminação? Quando o Estado deve intervir para salvaguardar esses direitos e preservar o valor fundamental da dignidade humana? Inserido nessa celeuma está à possibilidade que teriam os transexuais de levar a efeito a cirurgia de transgenitalização; a retificação do nome e do sexo no Registro Civil. O Direito deve ficar preso a moralismos casuísta ou viabilizar a inserção desses seres humanos na sociedade? Este artigo vem “timidamente” ao âmbito acadêmico, com o intuito exatamente de polemizar ainda mais essa questão, através de uma revisão bibliográfica, tentando observar como a autonomia privada do transexual em realizar a cirurgia é tratada pela jurisprudência, bem como, pela doutrina.

O enfoque da bioética é de fundamental importância para o entendimento e aprofundamento sobre o transexualismo. Os princípios fundamentais da bioética seriam o da beneficência e os da justiça. O princípio da beneficência toma como base a alegação de que a

¹ Graduandos do Curso de Direito da UNIFACS. E-mail: moraisluz_leo@yahoo.com.br. Co-autores

² Bacharela em Direito (UNIFACS), Mestra em Direito e Estado (UNB), Coordenadora do Centro de Cidadania da UNIFACS, e-mail: penneves@yahoo.com.br – Orientadora.

cirurgia de transgenitalização seria realizada visando o bem, a saúde do paciente. A cirurgia não trará nenhum prejuízo ao transexual e mesmo que não traga a cura, há uma diminuição do sofrimento. Sofrimento este, que leva muitos transexuais, que não são submetidos à cirurgia, a consumir a auto-mutilação e até ao suicídio.

O princípio da justiça se apega ao fato dos transexuais terem o direito a cirurgia, como qualquer indivíduo, sem que haja nenhum tipo de discriminação. Isto tendo em vista que se trata de um tratamento de saúde. Com relação à cirurgia, desde 1997 o Conselho Federal de Medicina autorizou a realização (não esquecendo de certos pré-requisitos criteriosos de acordo com a resolução nº. 482 / 976). Esta resolução classifica o transexual como “*portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a auto-mutilação ou auto-extermínio*”. Vale ressaltar também que no nosso ordenamento não existem dispositivos legais que proíbam a cirurgia. Esta não é muito simples, e exige procedimentos complementares, por isso os pacientes precisam ser avaliados por uma equipe multidisciplinar composta por médico-psiquiatra, cirurgião, psicólogo e assistente social. Esta equipe tem que acompanhar por no mínimo dois anos o paciente. Constatada a precisão e a maioria (maior de 18 anos de acordo CC/02) desse, além do fato de estar apto, o paciente deve por escrito autorizar o procedimento cirúrgico.

Neste período de acompanhamento ocorre uma verificação da verdadeira identidade sexual do paciente. São observados todos os sinais por ele apresentados que conduzem a um diagnóstico preciso. A importância da bioética, também, está no fato de o mundo se achar envolto por costumes, ideologias e principalmente moralismos. Sem ela o transexualismo ficaria exposto a enfoques ultrapassados e, estaria sendo vítima da intolerância e da ignorância humana.

O TRANSEXUAL E O DIREITO

O Direito é um produto histórico e social, destina-se a organizar a vida em sociedade, assumindo muitas vezes o papel de “*um manto protetor de organização e de direção dos comportamentos sociais*” (REALE, 1998, p. 05). Visa, assim, proteger as relações socialmente estabelecidas. Porém, não podemos olvidar que o Direito, por vezes, não acompanha a multiplicidade da vida humana, possibilitando o surgimento de situações não previstas e regulamentadas. Esse tipo de situação é permitido pela própria morosidade do sistema jurídico em tratar assuntos tidos como controversos e polêmicos.

Em verdade, o sistema jurídico é eivado de conservadorismo e de um pseudoconceito de moralidade que, lamentavelmente, às vezes é reflexo da nossa sociedade que se entende como *democrática, racional e laica* que, no entanto, é incapaz de debater e defender os interesses das diversidades sociais, discutindo assuntos como a união civil homoafetiva. Isso pode ser notadamente observado no campo dos assuntos correlatos às questões de gênero e da sexualidade que freqüentemente vem à pauta do judiciário exigindo decisões e tutela de seus interesses.

Não poderia ser diferente nos casos ligados a cirurgia de transgenitalização, redesignação ou mudança de sexo. Após longos períodos de omissão, este assunto volta ao cenário jurídico através de ações civis de exigência de mudança do prenome, bem como, da designação sexual constante no registro civil. Este tratamento cirúrgico consiste na mudança da genitália masculina

em feminina, ou vice-versa³. Esse procedimento é aceito e recomendado pelo nosso sistema jurídico em casos de intersexualidade, com o objetivo de dirimir qualquer tipo de dúvida quanto à sexualidade do indivíduo e possibilitar sua integração de fato na sociedade. Nesses casos é inclusive facilitada a alteração do sexo e do nome constante no registro civil.

O problema social e jurídico reside nos casos dos transexuais, para os quais, como alertamos anteriormente, a legislação é omissa e esparsa. Segundo VIEIRA e PERES (2006, p. 14), a transexualidade tem sido objeto de discussão em nossos tribunais desde a década de setenta. Somos obrigados a reconhecer que, mesmo trinta anos após, ainda não dispomos de instrumentos legais que versem abertamente sobre a matéria na tentativa de mitigar os problemas advindos de tal situação.

O transexual é aquele cidadão que não aceita a condição sexual genética e anatômica que possui. Trata-se, nas palavras de Diniz (2003, p. 283-284), “*de um drama jurídico-existencial, por haver uma cisão entre a identidade sexual física e psíquica*”. Sendo assim, é uma neurose de caráter obsessivo – compulsivo, tendo como característica mais grave o desejo irreversível de pertencer ao sexo oposto, estética e sexualmente. Muitos dos indivíduos que sofrem com este tipo de patologia chegam à auto-mutilação ou até mesmo ao suicídio devido a esta diversidade de identidades sexuais, numa tentativa desesperada de resolver o seu sofrimento psicológico.

É uma situação que em nada se aproxima da homossexualidade, haja vista que, em 1993, esta passou a integrar o capítulo destinado aos sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais do Código Internacional de Doenças (CID), sendo dois anos depois, requalificada como transtornos da preferência sexual (SPENGLER, 2003, p. 44). Assim, a Organização Mundial de Saúde (OMS), deixou de classificar a homossexualidade como doença, considerando-a apenas como um desvio comportamental, uma vez que a identidade sexual é “*construída socialmente a partir de quatro componentes – sexo biológico, papel de gênero, comportamento sexual e orientação sexual*” (MACHADO, 1998, p. 281). No caso da transexualidade, temos de fato uma “*perturbação da identidade sexual*” (DINIZ, op. Cit., p. 285), decorrente de uma anomalia no desenvolvimento da estrutura nervosa central. Atualmente, existe inclusive um acirrado debate da comunidade médica internacional na tentativa de determinar a etiologia da transexualidade. Os argumentos perpassam desde as questões físicas – hormonais, chegando aos fatores decorrentes da própria gestação, como o stress, indo até às questões de caráter sócio – ambiental.

Durante muito tempo, o procedimento cirúrgico de redesignação sexual foi considerado, em nosso país, um tratamento ilícito proibido pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), cuja tipificação recaia na previsão legal no art. 129 do Código Penal Brasileiro, como ofensa à integridade corporal ou à saúde de terceiros, promovendo a “*perda ou inutilização de membro, sentido ou função*.” Porém, uma resolução⁴ do Conselho Federal de Medicina autorizou a realização do referido procedimento médico, passando a considerá-lo um meio de tratamento que visa à realização física do indivíduo, adequando sua genitália à sua realidade psicológica.

Esta resolução do conselho de medicina tem guarita na própria definição de saúde apresentada pela OMS, que entende esta como o “*completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem*” (MEDEIROS, 2003, P. 31). Igualmente, não podemos deixar de ressaltar que a saúde

³ Sobre o processo médico cirúrgico vide: Maria Helena Diniz (2003, p. 292), a autora descreve com precisão e riqueza de informação os procedimentos para tal conversão da genitália.

⁴ Resolução n. 1. 482/1997

é tratada pela nossa Constituição Federal, no art. 6º, como um direito social. E o mesmo diploma legal, no art. 196, garante-a como “*direito de todos e dever do Estado*”. O faz na exata medida em que configura a saúde na órbita dos direitos constitucionalizados, devendo, no entanto, ser garantido pelo país através de políticas sociais e econômicas⁵. Neste sentido, a expressão “*exigência médica*” contida no art. 13 do CC-02, deve abranger o caso dos transexuais, que terão as suas genitálias extirpadas em decorrência da cirurgia de mudança de sexo.

Embora o ordenamento jurídico brasileiro não trate explicitamente deste assunto, tentativa já houve de modificar o art.129 do CP, acrescentando um § 9º que rezava o seguinte: “*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 expreso de paciente maior e capaz*”⁶. Tal projeto foi aprovado pelo Congresso Nacional, mas foi vetado pela Presidência da República devido à polêmica que causou, sendo combatido sobretudo pela Igreja. Percebe-se, portanto, a existência de elementos ético-religiosos que gravitam em torno do tema.

A intervenção de redesignação sexual representa um verdadeiro avanço da medicina. Porém, resolve apenas os problemas de ordem física do transexual. Ainda resta uma verdadeira batalha de ordem jurídica que visa resolver um outro problema: alteração do prenome e da designação sexual assentados no registro civil. Com isso, temos novamente uma série de conflitos que se insurgem.

Não pretendemos neste momento tratar exaustivamente os Direitos da Personalidade das pessoas naturais, haja vista ter sido tema tratado anteriormente. Porém, não entendemos como escusável algumas observações no sentido de tentar recompor o quadro de referência usado pelo poder judiciário no momento de prolatar uma decisão concedendo ou negando a autorização para mudança do assento civil, no que tange ao nome e ao sexo. “*Hoje, a corrente majoritária manifesta-se pela mudança, sendo raras as decisões que somente concede a adequação do prenome*” (VIEIRA; PIRES, 2006, p.14). Grande parte das decisões deferindo como procedente a alteração do registro civil, baseia-se no princípio da dignidade humana bem como na necessidade de inclusão social plena do transexual na sociedade, uma vez que a incompatibilidade entre as características físicas do indivíduo e o seu nome de “*batismo*” dificultam a sua inserção no mercado de trabalho, por exemplo, além de submetê-lo a situações constrangedoras – um homem com um nome feminino ou vice-versa.

Porém, toda polêmica concernente à autorização judicial para mudança do registro civil, fundamenta-se no princípio de que os direitos da personalidade, como nome e sexo, são indisponíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais. Destarte, com tutela jurídica garantida, configurando-se como um direito erga-omnes. O registro civil das pessoas naturais⁷ é um serviço prestado pelos Registros Públicos, que visa dar autenticidade, segurança e eficácia aos negócios jurídicos. Assim, a própria lei de Registro Público⁸ prevê em seu art. 58 que “*o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios*”. As sentenças que têm autorizado a mudança do prenome no registro civil, muitas vezes, balizam-se

⁵ Ibid., p. 31-32

⁶ Projeto de Lei nº. 1.909-A, de 1979

⁷ Entendendo-se que se devem registrar os principais acontecimentos da vida do indivíduo como, nascimento, casamento, óbito, emancipações, interdições, sentenças declaratórias de ausência, opção de nacionalidade e sentença que deferirem à legitimação adotiva.

⁸ Lei Nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

no argumento do respeito à dignidade humana do litigante e da substituição do seu prenome por um apelido público notório, já que o indivíduo passa a conviver e ser reconhecido socialmente por um nome feminino – apelido público - porquanto seu corpo passa por sucessivos processos de transformação e adequação física decorrentes do uso de próteses e das operações plásticas que ocasionalmente culminam com a transgenitalização.

De forma geral, aqueles que não são a favor da retificação do registro civil do transexual alegam que o registro público deve ser a expressão da verdade, considerando ele um ser mutilado incapaz de procriar e que, portanto, nunca será plenamente um homem ou uma mulher. O transexualismo também enseja controvérsias na seara do direito de família. O ideal é que a cirurgia de conversão de sexo seja feita em transexual solteiro, divorciado ou viúvo, evitando-se, assim, constrangimentos ao cônjuge⁹. No que tange aos seus direitos e deveres para com os filhos, sua situação se mantém inalterada, desde que sua conduta não seja prejudicial à educação deles, uma vez que, o ordenamento jurídico pátrio não impõe, ao indivíduo que passou por uma redesignação sexual, qualquer restrição ao exercício do poder familiar.

O mesmo não ocorre na Alemanha e na Suécia. Nestes países, à pessoa casada e com filhos, é defeso o matrimônio. Esta decisão tem por objetivo proteger os filhos do transexual, sendo assim, o fato do seu genitor (a) ter mudado de sexo traz alguns problemas de relacionamento como, e.g, os prováveis comentários jocosos acerca do seu pai ou mãe operado. No Brasil, o transexual já vislumbra muito mais chances de alcançar a tão almejada retificação dos seus dados concernentes a prenome e sexo no registro civil através de notável avanço nas decisões jurisprudenciais.

O Ministro Cordeiro Guerra, em 1973 retrata fielmente o conservadorismo dos tribunais na época. Num dado momento, o juiz Macedo Costa assevera não haver relevância no fato do agravante, Airton Galiaci ser dotado de caracteres femininos, sob o pretexto de que os mesmos foram adquiridos através de ingestão hormonal, ou seja, o magistrado não possuiu cognição suficiente para perceber que a inadequação do sexo somático ao psicológico era tamanha a ponto do indivíduo se submeter a um arriscado tratamento com base em ingestão de estrógeno, única e simplesmente no intuito de colocar a sua aparência (a sua silhueta, a maneira através da qual é visto pelos outros nas ruas) no mesmo patamar em que se encontra a sua mente, isto é, no sexo feminino. O pedido foi indeferido. Não obstante “impôs ao requerente o pagamento das custas processuais” e mais adiante, numa citação de um membro do Ministério Público, acrescenta também que a cirurgia de transgenitalização não significou necessariamente mudança de sexo, uma vez que o genótipo continua masculino. O que houve foi uma castração que o transformou num mero “eunuco”.¹⁰

Felizmente, existem muitos outros julgados, atualmente, que fundamentam decisões mais progressistas, visando o bem-estar físico e emocional do transexual. Consideramos, também importante pontuar os projetos de alteração da legislação na perspectiva de tratar mais abertamente os interesses dos transexuais. Exemplo claro disto, seria o Projeto de Lei nº 70, de 1995, do Deputado José de Castro Coimbra, cujo objetivo era novamente¹¹ a inclusão do § 9º ao art. 129 do Código Penal, descriminalizando o procedimento cirúrgico de alteração de sexo (SPENGLER, 2003, p. 171). O projeto também, versava sobre a necessidade de alteração da Lei

⁹ Esta é uma compreensão doutrinária da Professora Maria Helena Diniz.

¹⁰ Supremo Tribunal Federal – Agravo de Instrumento nº 82.517-7 – São Paulo

¹¹ O Projeto de Lei nº. 1.909-A, de 1979, versava exatamente pela mesma modificação.

de Registro Públicos, com interesse de possibilitar a alteração do nome e do sexo, sem maiores problemas.

Outros projetos também tramitaram no âmbito legislativo visando exatamente tratar a referida matéria, mas infelizmente os projetos não tiveram maiores sucessos. Inclusive, houve o Projeto de Lei nº 70 – B que “foi aprovado, com duas emendas na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara” (Ibidem, 2003, p. 171) , mas aguarda ser votado no Senado. A proposta da lei refere-se ao novo parágrafo no art. 129 do CP, excluindo a tipificação de crime de lesão corporal, nos casos de cirurgias de redesignação sexual.

Outras iniciativas também foram manifestadas pelos Deputados, Bocayuva Cunha e Antonio de Jesus, que apesar da tentativa inovadora e corajosa, também não obtiveram o sucesso da implementação, mas certamente serviram para mostrar a necessidade de tratar a matéria referente à transexualidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A omissão de matéria legislativa em tratar os problemas jurídicos e sociais, oriundos da cirurgia de mudança de sexo permite o surgimento de várias conclusões doutrinárias de caráter contraditório. Ou seja, não existe um horizonte legal que legitime a mudança de sexo, pela livre iniciativa do particular. Como já dissemos antes, nossa legislação apresenta-se revestida de morosidade, conservadorismo e um conteúdo religioso em parte, arraigado ao pressuposto de preservação da moralidade. Isso, na verdade impede o progresso jurídico no tratamento a ser oferecido à matéria, assim como, ocorre também com outros assuntos ligados a sexualidade humana.

Temos a Constituição Federal, como carta magna da organização social, política e jurídica do país. No entanto, esta garante tratamento igual a todos, respeitando as diversidades étnicas, religiosas, sexuais. Porém, nem sempre este preceito é respeitado na prática social cotidiana. Exemplo claro disto, é o tratamento dado ao transexual, cujo desejo de modificação de sua designação sexual reside, não em um simples capricho ou realização pessoal, mas numa necessidade de satisfação psíquica, assim sendo, de sua saúde mental e conseqüentemente física também. Concretizando assim, a realização da saúde como um “*completo bem-estar físico, mental e social*” conforme disposição da OMS.

Com isso, somos obrigados a perceber a cirurgia não apenas como, simples atos deliberados de disposição do próprio corpo, mas como procedimentos de tratamento médico – cirúrgico, cujo objetivo é a realização psicológica de um cidadão na iminência da dissolução da própria vida. Sem dúvidas, se aderíssemos a esse tipo de compreensão, os direitos decorrentes da cirurgia de redesignação sexual, seria melhor aceito, compreendido e respeitado, entendendo-se estes como, processos intelectivos distintos.

Se a vida é o fundamento principal da nossa organização jurídica, esta não está sendo respeitada, por exemplo, no caso do transexual, cuja vida caso tenha seu pedido de cirurgia ou alteração de nome e sexo no registro civil indeferido estará fadada ao submundo, execrado da vivência social de fato. Pois, seu acesso a empregos e a vida digna estará arbitrariamente limitada.

A transexualidade, em nosso entender, não fere a organização da sociedade, desde que haja um esforço legislativo para a criação de um diploma legal que, regule dignamente a matéria. Faz-se necessário então ressaltar a urgência de uma posição legal contundente, que garanta ao transexual o livre exercício de seus direitos em nossa sociedade, fazendo jus ao princípio constitucionalizado da igualdade, bem como, do respeito à diferença. Assim, teríamos o direito brasileiro em consonância com a Comissão Européia dos Direitos do Homem, que considera a cirurgia de caráter eminentemente curativo, objetivando a integração social e pessoal do transexual.

REFERÊNCIAS

AMARAL, F. **Direito civil: introdução**. 6ª ed. Ver. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

BARROSO, L.R; BARCELLOS, A P. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. IN: BORROSO, L. R. (org). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 45 de 08/12/2004. 2 ed. São Paulo: Rideel, 2005.

_____. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**: dispõe sobre os Registros Públicos e dá outras providências. 2 ed. São Paulo: Rideel, 2005.

BORGES, R. C. B. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 187-192.

CHAVES, A. **Direito à vida e ao próprio corpo** (intersexualidade, transexualidade, transplante). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. P. 95-169

DINIZ, M. H. **O estado atual do biodireito**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 283-309

GAGLIANO, P. S; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva. 2006

MACHADO, M. D. C. Conversão religiosa e a opção pela heterossexualidade em tempos de AIDS: notas de uma pesquisa. In: **Cadernos Pagu: Revista do Núcleo de Estudos de Gênero**. Trajetórias de gênero, masculinidades. São Paulo: UNICAMP. 1998. Nº 11, p. 275-301

MEDEIROS, C. F. M. O transexual e o direito à alteração do registro civil. **Revista do Curso de Direito/ Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal**. Brasília: AEUDF. v. 4, n. 2, p. 27-34, jul./dez. 2003

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1998

SARMENTO, D. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BORROSO, L. R. (org). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 07-78.

SUTTER, M. J. **Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993

SPENGLER, F. M. **União Homoafetiva: o fim do preconceito**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

VIEIRA, T. R; PIRES, R. M. Transexualidade e direito – Parte II, jurisprudência brasileira. In: **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex. Ano X, nº 218, 15 de fev/2006. p. 14 – 15.