

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

Marcel Fernandes de Oliveira Rocha¹

José Albenes Bezerra Júnior²

RESUMO

O presente trabalho aborda a problemática que envolve o transexual que é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual que busca a cirurgia de mudança de sexo para amenizar este transtorno. A cirurgia é permitida no Brasil desde que o paciente seja precedido de uma avaliação criteriosa para permissão da cirurgia feita por uma equipe multidisciplinar especializada que envolve cirurgião plástico, urologista, geneticista, psicólogo entre outros profissionais. Este trabalho irá detalhar o conceito de transexual, a diferença em relação ao homossexual, os requisitos para procedimento cirúrgico e as consequências jurídicas após a mudança de sexo. A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica com análise da legislação e jurisprudência brasileira junto com o método dialético. Para o Transexual, não basta apenas a cirurgia de mudança de sexo, deve haver medidas que possibilitem a este não se expor a situações vexatórias para sua inclusão na sociedade.

Palavras-chave: Identidade Sexual; Cirurgia; Inclusão;

TRANSEXUAL: SURGERY FITNESS TO SEX AND LEGAL PROBLEMS RESULTING

ABSTRACT

This paper discusses the problems involved in the transsexual who is suffering from permanent psychological disorder of sexual identity which seeks sex change surgery to alleviate this disorder. Surgery is permitted in Brazil since the patient is preceded by a careful assessment allow surgery made by a multidisciplinary team which involves

¹ Discente do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte-FARN. E-mail: marcel_acb@hotmail.com

² Docente do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte-FARN. E-mail: jalbenes@hotmail.com

specialized plastic surgeon, urologist, geneticist, psychologist and other professionals. This paper will detail the concept of the transsexual, the difference in relation to the homosexual, the requirements for surgical procedure and the legal consequences after the sex change. The methodology used is the analysis of the literature with Brazilian law and jurisprudence with the dialectical method. For the transsexual, just not enough sex change surgery, there should be measures providing it does not expose the embarrassing situations for their inclusion in society.

Keywords: Sexual Identity; Surgery; Inclusion;

1 INTRODUÇÃO:

Tratar de Transexualidade é tratar de uma experiência frustrante do ser humano em ver mente e corpo não se harmonizarem. O sujeito transexual sofre de angústia de se sentir preso em um corpo que reconhece não ser seu. Além disso, o transexual se submete ao forte preconceito da sociedade que o exclui das relações sociais considerando um “ser estranho” que se veste diferente, não sabendo do que decorre a transexualidade. O fenômeno da transexualidade é antigo, como aborda Maria Helena Diniz (2009, p.282):

Na história da humanidade sempre existiram e existirão desvios sexuais oriundos de desequilíbrio hormonal, de desenvolvimento maior de um dos lóbulos cerebrais, da falha educacional etc. Muitos foram os transexuais, por exemplo, Henrique III da França, que, em 1577, chegou até mesmo a comparecer perante os deputados com traje feminino. François Timoléon, o Abade de Choisy, foi educado como uma menina e veio a ser embaixador de Luiz XIV no Sião. Charles de Beaumont, Chevalier d'Eon, viveu 49 anos como homem e 34 como mulher, chegando a ser considerado rival de Madame Pompadour; além disso, foi usado por Luiz XV em missões secretas na Rússia e na Inglaterra, ocasiões em que deveria trajar indumentária feminina.

Para o Conselho Federal de Medicina em sua resolução de número 1.652/2002 o transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou auto-extermínio. Muitas são os

problemas que cercam o indivíduo portador de tal desvio, como a dificuldade de inserção no mercado de trabalho, sendo que esta inserção social e profissional do indivíduo torna-se difícil por causa da rejeição familiar e da sociedade. No mesmo sentido, o desemprego não tem relação com a incapacidade, mas é favorecido pela inadequação do registro civil à sua aparência. Outra questão que se deve ter atenção é a possibilidade de suicídio, tendo em vista que a convicção do transexual é tão imutável de pertencer ao sexo oposto e com a grande rejeição da sociedade que o sujeito muitas vezes tenta. Além disso, deve-se lembrar que a cirurgia de mudança de sexo leva a perda irreparável dos órgãos sexuais e de suas respectivas funções devendo ser o paciente acompanhado em todas as fases do procedimento cirúrgico e tendo certeza de que a cirurgia é a melhor solução.

A matéria é de interesse multidisciplinar o qual envolve vários especialistas como cirurgião plástico, urologista, geneticista, neuropsiquiatra, psicólogo, psicanalista, assistente social, entre outros. Com isso, faz-se necessário um estudo mais aprofundado em relação ao tema para se conhecer os requisitos para a permissão da cirurgia e entender quais são as conseqüências jurídicas da mudança de sexo tendo resultados diretamente ligados à questão sucessória, seara trabalhista, esportiva, a questão do registro civil, aos benefícios previdenciários.

A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica com análise da legislação e jurisprudência brasileira junto com o método dialético. Esta pesquisa terá como estudo a transexualidade no Brasil e no Estado do Rio Grande do Norte ao qual será analisada o posicionamento dos tribunais brasileiros com sua legislação e jurisprudência junto com alguns posicionamentos a cerca dessa matéria em outros países como Estados Unidos, Alemanha, Itália, entre outros.

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

2 SEXUALIDADE HUMANA E IDENTIDADE SEXUAL

A sexualidade pode ser vista sob quatro aspectos. A primeira delas é o gênero que corresponde ao sexo da pessoa, nesse caso temos a divisão do sexo masculino e feminino e também os hermafroditas que possuem ambas as características sexuais. O segundo ponto a ser abordado é a orientação sexual que diz respeito à atração que se sente por outros indivíduos, sendo dividido em homossexual (que sente atração por aquele de mesmo sexo), heterossexual (atração pelo sexo oposto), bissexual (atração por ambos os sexos) e os assexuais (não sentem atração sexual). O terceiro é o papel sexual que está relacionado com o comportamento de gênero que a pessoa desempenha na sociedade. Por último, temos o quarto aspecto que é o da identidade sexual que é a maneira de como o indivíduo se percebe em relação ao gênero que possui. É sob esse aspecto que é inserido o transexual, quando a pessoa de determinado gênero se sente como se fosse de outro.

Segundo Giddens (2005, p.115):

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

Como dito anteriormente pelo autor, há uma crescente manifestação de diferentes formas de comportamento e orientações sexuais, entretanto alguns conceitos não estão claros para a sociedade. O senso comum geralmente associa homossexualidade com transexualidade tendo a mesma definição. Entretanto, são conceitos distintos. O transexual possui a convicção de pertencer ao sexo oposto, tendo rejeição pelos seus atributos genitais naturais e possui interesse pela adequação da genitália. Por outro lado, o homossexual não tem o intuito de mudar de sexo nem o

repudia. Este tem prazer com sua genitália e procura ter relação com outra pessoa do mesmo sexo.

Hoje, não se pode mais restringir o sexo apenas na questão biológica. Deve-se levar em consideração os vários aspectos da sexualidade, no mesmo sentido afirma a Ministra Nancy Andrigui (2009, p.04):

Quando se iniciou a obrigatoriedade do registro civil, a distinção entre os dois sexos era feita baseada na conformação da genitália. Hoje, com o desenvolvimento científico e tecnológico, existem vários outros elementos identificadores do sexo, razão pela qual a definição do gênero não pode mais ser limitada somente ao sexo aparente. Todo um conjunto de fatores, tanto psicológicos quanto biológicos, culturais e familiares, devem ser considerados. A título exemplificativo, podem ser apontados, para a caracterização sexual, os critérios cromossômico, gonadal, cromatínico, da genitália interna, psíquico ou comportamental, médico-legal, e jurídico.

3 BIOÉTICA, BIODIREITO E TRANSEXUALIDADE

Nos últimos anos, percebe-se um grande avanço científico da medicina que hoje realiza feitos até então no início do século passado inimagináveis como a castração química de um criminoso ou deficiente mental voltado para a prática de delitos sexuais contra criança ou adolescente, prolongar o tempo de vida de um paciente em fase terminal numa UTI que se torna um contraponto para a legalização da eutanásia, dentre outras inovações da medicina. A ciência e tecnológica passam a ter um papel de destaque na sociedade antes predominantemente ocupada pelos dogmas da religião. Em seu artigo 5º, IX³, a Constituição Federal assegura a liberdade científica no rol dos direitos fundamentais. Por um lado, o progresso científico traz inúmeros benefícios à sociedade como descoberta da cura de doenças que não possuíam tratamento, mas, como diz Schaefer (2007, p.33):

³ **Art. 5º da Constituição Federal:** “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”

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

Desta forma, é necessário o estudo da Bioética que consiste no estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida e sobre as práticas médicas em particular que permitirá à população refletir que os transexuais buscam uma vida mais digna, concretizando um princípio constitucional atinente ao direito da personalidade que é a identidade sexual. No entendimento de Tereza Rodrigues Vieira (2003, p.1): “A inclusão do estudo do transexualismo na bioética se deve principalmente ao fato do assunto abranger a dignidade da pessoa humana, os princípios da bioética, a licitude e a eticidade da intervenção cirúrgica e a multidisciplinaridade”

Alguns princípios regem a bioética como o da Autonomia, Beneficência, Não-Maleficência que é um desdobramento da anterior e o da Justiça. O princípio da autonomia requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, reconhecendo o domínio deste sobre sua própria vida e respeitando a sua intimidade. Tem-se o princípio da Beneficência juntamente com o da não-maleficência que requer que o profissional use o tratamento para o bem do paciente, segundo sua capacidade e juízo, e nunca para fazer o mal ou praticar injustiça. Por último, o princípio da justiça defende a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios pelos profissionais da saúde, tratando todos os pacientes de maneira igual. Tais princípios mostram que é lícita a intervenção cirúrgica no sujeito transexual, tendo em vista que a cirurgia tem por finalidade adaptar o corpo à mente e minimizar os transtornos e constrangimentos vividos por tais pessoas.

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

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

Com isso, o Biodireito é o estudo jurídico que irá regulamentar os avanços da Biologia, Biotecnologia e Medicina. Ele possui sua sustentação em três grandes pilares do direito que são: Direito Constitucional, Civil e Penal. A relação com o direito constitucional é que este tem por estudo a Constituição Federal e protege os direitos fundamentais como a vida, liberdade e saúde. Tal proteção será também objetivo da atuação do biodireito. A relação com o direito civil, ramo do direito privado, está relacionada com os direitos da personalidade e o direito de dispor do próprio corpo. Por fim, a relação com o direito penal está relacionado em relatar quais condutas são consideradas antijurídicas pelo ordenamento jurídico vigente.

As fontes do direito são os fatos jurídicos de que resultam a norma. Entende-se por fato jurídico aquele acontecimento de origem natural ou humana que gere consequências jurídicas. No biodireito tem-se por fontes a biotecnologia e a medicina que são responsáveis por uma revolução na vida do ser humano com descobertas de novas técnicas para a solução de situações. Também é uma fonte do biodireito a bioética, como já conceituado anteriormente, une-se ao biodireito para o estudo sistêmico da conduta do ser humano nas ciências da vida e da saúde.

4 TRANSEXUALIDADE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Com o fim da segunda guerra mundial, passou-se a proteger com maior amplitude o direito da personalidade, diante da Declaração Universal dos direitos do Homem de 1948 e da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais de 1950. O Código Civil 2002 passou a tratar dos direitos da personalidade nos seus artigos de 11 a 21. Para conceituá-lo, deve-se remeter a definição da ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz que define (2009, p.122):

O direito da personalidade é o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra etc. É o direito subjetivo, convém repetir, de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial.

Percebe-se com esta definição que os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo sendo que este direito está associado ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana que é fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil disposto no artigo 1º, III⁴, da Constituição Federal.

Como visto anteriormente, o biodireito possui como um dos pilares de sustentação o direito civil que remete ao direito da personalidade e o direito de dispor do próprio corpo. O artigo 13 do Código Civil situado no capítulo II referente aos direitos da personalidade dispõe que: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Em relação a este artigo, podem ser feitas duas interpretações. A primeira delas permite a cirurgia de adequação ao sexo, tendo em vista que o sujeito é portador de desvio psicológico permanente evitando assim a possibilidade de suicídio. Por outro lado, há uma interpretação mais rígida que não permite a disposição do próprio corpo no caso do transexual, pois irá contrariar os bons costumes, além de gerar a perda irreparável dos órgãos sexuais. Na IV Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado de número 276 estabelecendo que:” O artigo 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil”. Com isso, percebe-se que a primeira interpretação do artigo 13 do Código Civil é a que prevalece.

⁴ **Artigo 1º, da Constituição Federal:** ”A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: III- A dignidade da pessoa humana.

Há pouco tempo, o grande obstáculo para os transexuais não era mais a permissão da cirurgia de adequação do sexo, pois a cirurgia com o passar do tempo vem se aperfeiçoando e o conselho federal de medicina já permite, e sim a questão do registro civil que é a conclusão para o equilíbrio entre mente e corpo do sujeito. Posteriormente será debatido a questão da retificação do registro civil que já é admitido pelo Superior Tribunal de Justiça. Sobre o assunto aborda Maria Berenice Dias (2011, p.140):

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

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

Por isso, antecipando um pouco o debate sobre o registro civil, deve ser permitida a retificação do nome, tendo em vista que para analisar o sexo necessita-se das suas diferentes acepções para a identificação sexual do indivíduo, e não definir apenas avaliando o critério do sexo biológico.

5 REQUISITOS PARA PERMISSÃO DA CIRURGIA DE ADEQUAÇÃO AO SEXO

Para o reconhecimento de um transexual é necessário verificar os critérios de identificação que são encontrados no Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais - 4ª Edição (ou DSM-IV), publicado em 1994, p.509 pela Associação Americana de Psiquiatria, são eles: a) Forte e persistente identificação com o sexo oposto; b) Desconforto renitente com seu sexo biológico; c) Não-concomitância dessa perturbação mental com uma condição intersexual física.d) Sofrimento psíquico intenso e lesivo às suas atividades ocupacionais e sociais.

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

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

Em sua resolução de número 1.482/97, o Conselho Federal de Medicina permitiu a cirurgia de adequação ao sexo desde que analisados os seguintes requisitos: 1)Existência de desconforto com o sexo anatômico natural; 2)Desejo compulsivo expresso de eliminar a genitália externa, perder os caracteres primários e secundários do próprio sexo e ganhar os do sexo oposto; 3)Permanência do distúrbio de identidade sexual de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4)Ausência de outros transtornos mentais; 5)Avaliação de equipe médica composta por vários especialistas.

O ideal para a realização da operação é ser feita em transexual solteiro para evitar constrangimento aos filhos. Mas vetar permissão de fazer a cirurgia em transexual casado se torna mais uma situação de restrição de direitos do sujeito devendo ser aceito desde que comprove se o paciente sofre mesmo do desvio psicológico permanente. Caso seja feito, permanecem inalterados os direitos e deveres entre transexual e seus filhos, sob a condição de que não venha ocasionar com suas maneiras qualquer dano moral ou material à educação, podendo ter conseqüência restritiva no direito de visita.

Vale ressaltar a importância da análise criteriosa para a concessão da cirurgia com o acompanhamento de vários especialistas como urologista, psiquiatra, geneticista, psicólogo pelo período de dois anos, tendo em vista a cirurgia acarretar a perda irreparável dos órgãos sexuais. Houve um caso em que um casal húngaro inverteu os papéis com a cirurgia de adequação ao sexo feita com o auxílio de uma equipe médica de Budapeste, tal relato remete a ideia de aventura ou fantasia por do casal. A legislação brasileira neste caso deve vedar a concessão da cirurgia nessa situação, tendo em vista que para a permissão da cirurgia deve ser demonstrado o desconforto com a genitália e o desejo compulsivo de eliminá-la acompanhado pelo período de dois anos com uma equipe médica.

Em 19 de agosto de 2009, o Ministério da Saúde editou a Portaria de número 457 incorporando a cirurgia de adequação ao sexo dos transexuais que convencionou em chamar de “processo transexualizador” ao Sistema Único de Saúde. Esta Portaria levou em consideração um direito fundamental encontrado no artigo 196⁵ da Constituição Federal, no mesmo sentido assevera Vieira (apud Pereira, 2010, p.847):

o direito à saúde é tutelado pela Constituição Federal brasileira e implica o direito à busca do melhor e mais adequado tratamento para o problema. No caso em tela [transexualidade], significa reivindicar o bem-estar geral, psíquico, físico e social, o qual contribuirá para o desenvolvimento da personalidade, superando a angústia experimentada com a imposição de uma genitália repulsiva, dissociada da sua verdadeira identificação (Vieira, 2004, p. 110).

6 CRIME DE MUTILAÇÃO, RESPONSABILIDADE PENAL E OBRIGAÇÃO DO MÉDICO:

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

⁵ **Art. 196 da Constituição Federal:** “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

isso, por ter essa finalidade terapêutica de ajustar o corpo do interessado ao sexo que julga pertencer, não há que se falar em crime de lesão corporal pela ausência de dolo, ou seja, uma conduta atípica. Portanto, não se constitui crime.

Além de não haver possibilidade de tipificar a conduta cirúrgica prevista no artigo 129, parágrafo 2º, inciso III⁶, do Código Penal, por ausência de dolo também não há de se falar em antijuridicidade. O médico não é responsabilizado penalmente, tendo em vista que, em regra, a cirurgia de adequação do sexo decorre de uma excludente de ilicitude do exercício regular de direito prevista no artigo 23, Inciso III⁷ do Código penal, pela existência de um interesse terapêutico. Para configurar o exercício regular de direito faz-se necessário a presença de dois requisitos: Consentimento do ofendido e Interesse e recomendação médica.

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

Em relação à cirurgia de adequação do sexo, por ter fins terapêuticos de adequar a genitália ao sexo psíquico, o médico possui obrigação de meio, tendo em vista não poder garantir a cura mental do paciente nem a aquisição do orgasmo, sendo sua responsabilidade subjetiva. Contudo, em relação às necessidades fisiológicas básicas, o médico possui obrigação de resultado, sendo sua responsabilidade objetiva. No que tange as necessidades fisiológicas básicas, a Folha de São Paulo do dia 30/03/1994 relata um episódio de um transexual israelense que obteve uma indenização por dano oriundo da cirurgia de adequação ao sexo, pois passou a ter dificuldades em urinar.

7 REGISTRO CIVIL E OUTRAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

⁶ **Artigo 129 do Código Penal:** Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: § 2º Se resulta: III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função;

⁷ **Artigo 23 do Código Penal:** “Não há crime quando o agente pratica o fato: III- Em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Depois de realizada, a cirurgia de adaptação ao sexo trará inúmeras repercussões jurídicas no que tange ao registro civil, benefícios previdenciários, direito sucessória, trabalhista, esportivo, dentre outros. Inicialmente, deve-se tratar da grande problemática que envolvia esse tema que é a questão do registro civil. O transexual cirurgiado passa por inúmeros constrangimentos ao se identificar. Entende-se por registro civil um termo jurídico que designa o registro dos fatos de um indivíduo como nascimento, casamento, divórcio e morte. Na Lei de Registros Públicos prevalecia a regra da imutabilidade do nome, pois os documentos devem ser fiéis aos fatos da vida e por questão de segurança jurídica.

Todavia, a lei em seu artigo 55⁸ diz que os oficiais do registro civil não irão registrar prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. O artigo 57⁹ da mesma lei permite a correção do nome sendo feita excepcionalmente e fundamentado condicionado à manifestação do juiz que estiver sujeito ao registro. No artigo 58¹⁰ da lei se admite a substituição do prenome por apelidos públicos e notórios. Portanto, percebe-se que em nenhum momento os dispositivos da Lei de Registros Públicos vedam a alteração de prenome nos casos de mudança de sexo.

No uso do direito comparado em relação ao registro civil, Maria Helena Diniz¹¹ (2009, p.294) aborda que no Direito Português e Americano:

João Paulo F. Remédio Marques observa que o reconhecimento da adequação e retificação do sexo reside no artigo 26 da Constituição portuguesa, que consagra o direito à identidade pessoal, entendendo que o tratamento e a intervenção cirúrgica que visam modificar sexo são terapêuticos, resguardando o direito à saúde física e psíquica. Deveras, o estado de saúde do transexual só melhorará quando fizer

⁸ **Artigo 55 da Lei de Registros Públicos:** Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo reconhecimento no ato. **Parágrafo único:** Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.

⁹ **Artigo 57 da Lei de Registros Públicos:** A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

¹⁰ **Artigo 58 da Lei de Registros Públicos:** O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

¹¹ A autora também aborda na mesma página que: “A Corte italiana, em 24 de maio de 1975, reformando decisão do Tribunal de Apelação de Nápoles, declarou que a retificação judicial de atribuição do sexo não se restringe ao caso de hermafroditismo, devendo ser aplicada também no de transexualismo, pois o encontro da integridade psicofísica assegura o direito à saúde, que abrange a saúde psíquica.”

um tratamento hormono-cirúrgico e obtiver a alteração do nome e do sexo no registro civil. Isso é assim porque a conversão sexual traz implicações jurídicas de toda sorte, como a possibilidade de casamento, direito à aposentadoria, obrigação de prestar serviço militar ou direito de se engajar nas Forças Armadas, direito sucessório ou de adotar filho etc. Em 1976, por exemplo, em New Jersey, o tribunal declarou que aquele que mudasse de sexo podia desfrutar de todos os direitos que têm os do mesmo sexo, inclusive o de casar.

Antes do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência negava a retificação do registro civil em virtude que o registro público deve ser preciso e regular, e quando aceitava que fosse feita a correção fazia a ponderação de que colocasse no lugar do sexo o termo “transexual”. Colocar o termo transexual é mais uma situação de constrangimento vivido pelo sujeito. Até que em 2009, através de um recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de permitir a alteração do prenome do transexual cirurgiado. Na Conclusão do Acórdão, a Ministra Nancy Andrigui diz:

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

Vetar a mudança de nome do sujeito que fez a cirurgia fere a dignidade da pessoa humana que é assegurada pela Constituição Federal, pois o sujeito se sentirá angustiado em sofrer constrangimento quando identificar-se. Como visto anteriormente, não se pode mais restringir o sexo apenas numa concepção biológica, deve-se levar em consideração também outros aspectos da sexualidade. No mesmo sentido assevera Joildo Souza dos Humildes (2007, p.8): “A importância do sexo psicossocial na formação da identidade sexual do indivíduo impõe uma reavaliação sobre os critérios jurídicos da imutabilidade das informações do registro civil”.

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

reconhecida pelo Estado. Como é permitida a retificação do registro civil, o casamento também é possível desde que o transexual revele ao cônjuge sua situação anterior. Caso contrário, caberá a ação de anulação do casamento por erro essencial quanto à pessoa previsto no artigo 1556¹² do Código Civil, caso o último pretenda. Em relação à questão sucessória, não haverá problemas, só é necessário que o sujeito operado comprove sua filiação para que receba o que lhe é cabível.

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

Na questão previdenciária, tem-se que os benefícios previdenciários são as necessidades básicas de seguridade social previstas no sistema previdenciário brasileiro. Ela é dividida em Aposentadoria por invalidez, por tempo de contribuição, por idade, compulsória, especial, proporcional por tempo de serviço e pensão por morte. Haverá modificação nos benefícios que deverá ter um procedimento judicial tramitando em segredo de justiça, modificando, por exemplo, a questão do tempo de serviço que irá computar o tempo cumprido como homem e o de mulher.

A Constituição Federal enumera o princípio da igualdade que diz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O combate à discriminação decorre do princípio constitucional da isonomia sendo que a não-discriminação é uma manifestação expressiva do princípio da igualdade no que tange a igualdade de direitos. A discriminação se divide em positiva que se representa por políticas públicas focadas em eliminar situações de desigualdades e a negativa que interessa para o presente estudo. A não-discriminação negativa é a vista no dia a dia no senso comum de discriminação representada pela adoção de critérios desiguais em relação aos sujeitos.

Na Seara Trabalhista, não poderá haver discriminação com o trabalhador que se submeteu a cirurgia de adequação ao sexo, respeitando o artigo 7º, XXX¹³, da Constituição Federal e o artigo 1º¹⁴ da lei de número 9.029 de 13 de abril de 1995.

¹² **Artigo 1.556 do Código Civil:** O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

¹³ **Artigo 7º da Constituição Federal** - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

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

No dia 12 de agosto de 2011, a Governadora do Estado do Rio Grande do Norte elaborou o Decreto de número 22.331 que assegura aos transexuais e travestis o direito de ser identificado pelo correspondente nome social em todos os procedimentos realizados no âmbito do Poder Executivo Estadual. Por nome social, o parágrafo único do artigo 1º do decreto diz que é aquele pelo qual os transexuais e travestis são conhecidos na comunidade e meio social.

O decreto contém observações no que tange ao nome social que só deve ser utilizado para fins internos administrativos. Em seguida, o decreto afirma que não se aplica o que foi exposto anteriormente para fins de confecção de documento oficial, bem como nos casos em que o interesse público exigir, mesmo para salvaguardar direitos de terceiros. Para indicar o nome social, é necessário que o interessado preencha um cadastro, ficha ou qualquer outro documento perante Órgão ou Ente Público do Poder Executivo Estadual.

A elaboração do Decreto levou em conta a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação que constitui objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e também enumera a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, no rol dos direitos e garantias fundamentais. A legislação brasileira pouco dispõe sobre os direitos dos transexuais, o Rio Grande do Norte deu um grande passo no reconhecimento de direitos dessas pessoas que são esquecidas pelos órgãos legisladores.

9 CONCLUSÃO

O presente artigo visa à reflexão da sociedade para todas as situações vividas pelo sujeito transexual como suas aflições, constrangimentos e conhecer o porquê da

¹⁴ **Artigo 1º da Lei 9029/95:** Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

necessidade da realização da cirurgia de adequação ao sexo. Este artigo abordou a sexualidade humana relacionando com a identidade sexual, também foi vista o campo de estudo do tema que é a bioética junto ao biodireito ao qual defende que a verdade científica nunca irá sobrepor a ética e o direito. Discutiu-se também o Direito da personalidade, requisitos para a permissão da cirurgia, se compreende crime de mutilação, responsabilidade penal e obrigação do médico, registro civil e as consequências jurídicas

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

Como visto, a legislação brasileira carece de muitos dispositivos para regular a questão do transexual, há um projeto de Lei n.70-B no Congresso Nacional de autoria do deputado Federal José Coimbra que propõe a alteração do artigo 129¹⁵ do Código Penal para excluir o crime de lesão corporal nos casos da cirurgia de redesignação sexual e também a alteração do artigo 58 da Lei de Registros Públicos, admitindo a alteração do prenome mediante autorização judicial nos casos em que o requerente se submeteu à intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário, mas que até agora não foi aprovado.

A Cirurgia de Adequação sexual faz-se necessária, tendo em vista o tratamento através da psicoterapia e psicanálise se tornarem infrutífera, pois a convicção do transexual é tão imutável que a solução viável só é a cirurgia. Por outro lado, a permissão da cirurgia deve ser acompanhada de um critério rígido para não ser concedida para fins de aventura ou fantasia sexual como aconteceu com o casal húngaro, pois a cirurgia leva a perda irreparável dos órgãos sexuais.

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

¹⁵ **Artigo 129 do Código Penal:** Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.

disposto no artigo 1º, III¹⁶, da Constituição Federal. Alguns doutrinadores antes do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça levam a hipótese de criação de um terceiro sexo civil. Instituir um terceiro sexo civil se torna um grande constrangimento ao sujeito portador desse desvio psicológico permanente de identidade sexual, pois o transexual tem a convicção imutável de pertencer ao sexo oposto

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

¹⁶ **Artigo 1º, da Constituição Federal:** "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: III- A dignidade da pessoa humana.

10 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Código Civil de 2002**. Brasília: Senado Federal, 2002b.

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

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

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

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

HUMILDES, Joildo Souza dos. **Transexualismo e Direito: possibilidades e limites jurídicos de uma nova identidade sexual**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a.5, no doutrina/texto.asp?id=1946> Acesso em:15 abr. 2011.

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

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

SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. Direito Civil. Recurso Especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. Recurso Especial nº 1.008.398-SP (2007/0273360-5). Recorrente: Clauderson de Paula Viana. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministra Nancy Andrigui. Diário da Justiça eletrônico

18/11/2009. Disponível em:
http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=recurso+especial+n+1008398&b=ACOR Acesso em: 12 setembro de 2011.

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

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **O direito do transexual e a bioética**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8 n.125,8 de novembro de 2003.Disponível em:<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4354>. Acesso em: 14 de abril de 2011.