

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AMANDA DIAS ANTUNES

A TRANSEXUALIDADE SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E
CIVIL

Rio de Janeiro

2016

Amanda Dias Antunes

**A TRANSEXUALIDADE SOB UMA PERSPECTIVA
CONSTITUCIONAL E CIVIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Edna Raquel Hogemann

Rio de Janeiro

2016

AMANDA DIAS ANTUNES

**A TRANSEXUALIDADE SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E
CIVIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Escola de Ciências Jurídicas e Políticas da
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro,
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Aprovado em

de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Edna Raquel Hogemann – Orientadora
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Luiz Otávio Barreto Leite
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Benedito Adeodato
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à professora Edna Raquel Hogemann, pela paciência, carinho e incentivo na orientação, tornando possível a conclusão desta monografia.

À Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO, pela oportunidade de fazer o curso.

Aos meus pais, avós, irmão e padrinho, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

E a todos que fizeram parte direta ou indiretamente da minha formação, o meu sincero obrigado.

“Aqueles que se sentem satisfeitos sentam-se e nada fazem. Os insatisfeitos são os únicos benfeitores do mundo.”

Walter S. Landor

RESUMO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 declara a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, colocando o indivíduo em um centro de imputação jurídica, e assim, fazendo com o Direito exista tão somente em função deste, visando propiciar o seu livre desenvolvimento. Neste contexto, minorias socialmente segregadas, entre elas os transexuais, passaram a buscar a legitimação de seus direitos através da tutela judicial. Assim, faz-se necessário entender como o fenômeno da transexualidade ultrapassa a questão meramente biológica para atingir a esfera social, debatendo temas polêmicos como discriminação, identidade de gênero e direitos da pessoa. Dessa forma, buscar-se-á tratar no presente estudo da transexualidade como um fenômeno humano, envolvendo desde a cirurgia de redesignação sexual até a retificação do prenome e do registro civil, além dos demais instrumentos aptos a garantir a autodeterminação do gênero, sempre norteado pela dignidade da pessoa humana e seu livre desenvolvimento. Tratar-se-á, ainda, do Projeto de Lei João W. Nery, que busca estabelecer mecanismos jurídicos para a retificação da identidade de gênero reconhecida. Tal projeto visa, principalmente, a despatologização da transexualidade, além de facilitar o acesso aos tratamentos terapêuticos para a redesignação do sexo.

Palavras chave: Dignidade da pessoa humana, Direitos da Personalidade, Transexualidade.

ABSTRACT

The Brazilian Federal Constitution of 1988 declares the dignity of the human person as one of the foundations of the Republic, placing the individual in a center of legal imputation, and thus making the law exist solely on the basis of this, in order to provide its free development. In this context, socially segregated minorities, including transsexuals, began to seek legitimisation of their rights through judicial protection. Thus, it is necessary to understand how transsexuality phenomenon goes beyond the purely biological matter to achieve the social sphere, debating controversial issues like discrimination, gender identity and rights of the person. Thus, it will be sought to treat in this study of transsexuality as a human phenomenon, ranging from sexual reassignment surgery to the rectification of the given name and civil registration, in addition to other instruments capable of guaranteeing the self-determination of gender, always guided by the dignity of the human person and his free development. The present study will also address the João W. Nery Bill, which seeks to establish legal mechanisms to redress the recognized gender identity. This project aims not just the depathologization of transsexuality, but also to facilitate access to therapeutic treatments for sex reassignment.

Keywords: Human dignity, transsexuality, rights of personality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CFM – Conselho Federal de Medicina

CID – Código Internacional de Doenças

CPF – Cadastro de Pessoa Física

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

EC – Emenda Constitucional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

OMS – Organização Mundial de Saúde

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	09
2. TRANSEXUALIDADE COMO FENÔMENO HUMANO: UMA HISTÓRIA DE PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO.....	10
2.1 O ser humano tão único e ao mesmo tempo tão múltiplo.....	12
2.2 A questão da redesignação sexual.....	21
3. A TRANSEXUALIDADE DIANTE DA LEI.....	23
3.1 O aspecto constitucional em questão: a dignidade da pessoa humana.....	23
3.2 O direito à saúde: cirurgia de transgenitalização como terapia reparadora.....	30
3.3 A proteção dos direitos da personalidade do transexual.....	38
4. A CONTRIBUIÇÃO DO PROJETO DE LEI JOÃO W NERY.....	46
4.1 A exposição de motivos do projeto.....	46
4.2 O que prevê o projeto.....	52
5. CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a elevação da pessoa humana como centro imanente do ordenamento jurídico, consagrou-se a pessoa e seu livre desenvolvimento como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Vale ressaltar que as Constituições advindas após a segunda guerra mundial trouxeram uma nova perspectiva quanto aos direitos humanos, tendo a dignidade da pessoa humana como corolário.

Como dito, não foi diferente com a Carta Magna Brasileira, conforme se percebe pelo trecho abaixo destacado.

Art. 1º 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 fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (BRASIL, 1988)

Nesse contexto, assegura-se como um dos objetivos da República o engajamento do Estado no processo de inclusão social de parcelas da população que normalmente seriam segregadas e discriminadas. É esse o caso dos transexuais.

Transexuais são pessoas que não se identificam com o seu sexo biológico, ou seja, o seu sexo psicossocial não está em conformidade com o seu sexo morfológico. Assim, necessitam adequar-se para encontrar seu lugar na sociedade.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS) o transexualismo é um transtorno de identidade sexual, definido como um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, acompanhado de um sentimento de mal-estar ou inadaptação por referência ao seu próprio sexo

anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou tratamento hormonal a fim de conformar seu corpo ao sexo desejado.

Auxiliar os transexuais na busca pela adequação social e seu reconhecimento como pertencente ao sexo psíquico constitui dever do Estado. Sendo assim, considerar-se-á as formas de efetivação de tal tutela através não somente da cirurgia de redesignação sexual, mas também a partir das demais mudanças necessárias para o reconhecimento da identidade de gênero autodeterminada, tais como a retificação do prenome, do sexo e da imagem incluída na documentação pessoal.

Tais reivindicações estão presentes no Projeto de Lei João W. Nery, que busca alterar a concepção da transexualidade como patologia e, assim, descartar a exigência de diagnósticos formulados por equipes multidisciplinares ensejadores de autorização para realização de prática cirúrgica. Em trecho destacado da justificativa do Projeto de Lei em questão:

A lei proposta garante o direito de toda pessoa ao reconhecimento de sua identidade de gênero, ao livre desenvolvimento de sua pessoa conforme sua identidade de gênero a ser tratada de acordo com sua identidade de gênero e identificada dessa maneira nos instrumentos que acreditem sua identidade pessoal. (BRASIL, 2013: 09)

Dessa forma, analisar-se-á os novos caminhos para a concretização das pretensões do transexual quanto à adequação do corpo ao sexo psíquico, bem como os direitos decorrentes da personalidade imprescindíveis ao seu bem-estar e convívio social. Analisar-se-á, ainda, as novas formas de efetivação de tais direitos, apresentado as mudanças legais atualmente propostas.

2 O transexualismo como fenômeno humano: uma história de preconceito e discriminação

Evidencia-se, nesse primeiro momento, a necessidade de se apresentar historicamente a evolução do que convencionamos chamar de transexualidade, visando facilitar o estudo e compreensão do tema.

Segundo Henry Frignet, em sua obra “O Transexualismo”, tem-se como marco inicial de nascimento do fenômeno transexual a intervenção

praticada em 1952 pelo médico Christian Hamburger, em Copenhague. O seu paciente era George Jorgensen, um ex-soldado do exército americano de origem dinamarquesa, que pode ser considerado como caso *princeps* da então considerada patologia. (FRIGNET, 2002: 23)

Em seguida, no ano de 1953, deu-se a criação do conceito de transexualismo pelo doutor Harry Benjamin, um endocrinologista americano que desempenhou papel essencial para o reconhecimento e atendimento médico-social da síndrome por ele nomeada.

O caso Jorgensen serviu de matriz às primeiras observações de pacientes submetidos a um tratamento terapêutico utilizado até hoje, que seria a adequação da aparência sexual por via hormonal e cirúrgica ao sexo autodeterminado.

Dessa forma, o caso Jorgensen abriu caminho para o reconhecimento do “fenômeno sexual”, isto é, o aparecimento do transexualismo no campo social e psiquiátrico com seu reconhecimento como um particularismo individual cujo caráter patológico será progressivamente questionado. (FRIGNET, 2002: 24)

Contudo, faz-se necessário ressaltar que, se do ponto de vista cirúrgico é possível precisar temporalmente o marco inicial do transexualismo, a linha temporal clínica é mais confusa.

Desde meados do século XIX, Richard Von Krafft-Ebing, e ainda no início do século XX, Magnus Hirschfeld e Henry-Havelock Ellis foram os primeiros a se interessar pelo fenômeno do transexualismo e em suas pesquisas e explorações patológicas.

Assim, antes do caso Jorgensen, intervenções hormonais e cirúrgicas já haviam sido praticadas. A primeira foi relatada por Hirschfeld em 1912. Ademais, outras intervenções foram relatadas por Felix Abraham, que menciona Berlim e Praga nas décadas seguintes e destaca intervenções praticadas na mesma época da Grã-Bretanha e na Itália, sendo mais conhecida a realizada no pintor dinamarquês Einar Wegener, que, em 1930, se submeteu a terapia de correção sexual.

Entretanto, diversamente da intervenção cirúrgica e terapêutica praticada em Wegener, o que foi realizado com George Jorgensen em 1952 trouxe em si as condições essenciais para que o transexualismo fosse

reconhecido como um fenômeno social, estabelecendo-se como um ato reivindicado pelo sujeito e, salvo contraindicações médicas, sempre realizado. Assim, merece destaque o prestígio do autodiagnóstico e auto prescrição, sendo a síndrome definida e reconhecida pelo próprio sujeito.

É a partir dessas últimas intervenções cirúrgicas que se insere no fenômeno do transexualismo o corpo social, a visibilidade perante a sociedade.

[...] O transexualismo podia deixar a rubrica do patológico para tornar-se fenômeno social, legitimado pelo que chamamos os “direitos” – aqueles do homem, no caso –, que repertoriam os domínios onde o gozo do sujeito não deve sofrer limitações a título da lei real. (FRIGNET, 2002: 28.)

São estes os primeiros passos do fenômeno humano que hoje reconhecemos como transexualidade.

2.1 O ser humano tão único e ao mesmo tempo tão múltiplo

Para que se possa abordar o presente tema, faz-se necessário compreender, primeiramente, a identidade humana, procurando defini-la e estabelecendo parâmetros sociais e jurídicos capazes de demarcar quem cada pessoa é.

Ressalte-se que a expressão “identidade humana” busca exprimir o somatório do “eu social” e do “eu individual”, conjugando o ser individual, biológico, com o ser social, que se desenvolve subjetivamente através de múltiplos traços e complexos culturais.

O homem, ser político e social, tem em sua natureza a busca pelo convívio com seus semelhantes, é dotado de um impulso associativo que lhe faz coexistir e organizar-se em sociedade.

Contudo, mesmo dentro da sociedade, nas relações sociais e jurídicas, cada pessoa deve ser individualizada, distinta das demais, singular dentro da coletividade, para que possa ser reconhecida como ente autônomo e se desenvolver livremente como pessoa. Para tanto, é imprescindível ao homem ser dotado de identidade.

Cada sociedade, a partir de seus próprios parâmetros culturais, traça limites e estabelece normas que irão designar a identidade de cada indivíduo. Assim, tal identidade será uma derivação de diversos fatores históricos,

sociológicos e psicológicos fornecidos pela própria sociedade em que o indivíduo está inserido.

Vale ressaltar que a identidade humana não é objeto de estudo exclusivo do Direito, pelo contrário, a sociologia, a filosofia e a psicologia também estudam o tema e auxiliam na construção de um conceito que é utilizado na esfera jurídica. Falar-se-á, brevemente, sobre a concepção da identidade humana nestes ramos.

No tocante à filosofia, pode-se destacar o enfoque de Aristóteles, que considerava identidade humana como substância, afirmando que as coisas são idênticas na medida em que são unidade: são idênticas quando é uma só sua matéria, em espécie e número, ou quando sua substância é única. Assim, algo só seria idêntico na medida em que possa ser considerada idêntica a definição de suas substâncias. (CHOERI, 2004: 18)

Um segundo enfoque filosófico, proclamado por G. Leibniz, aproxima o conceito de identidade de igualdade. Para o filósofo alemão, idênticas são as coisas que se podem substituir umas às outras.

Por fim, destacar-se-á um terceiro enfoque, atribuído à F. Waismann, que considera Identidade como convenção. Este concebe a identidade humana como aquela estabelecida ou reconhecida com base em qualquer critério convencional.

Já para a psicologia, atualmente, tem-se a definição de identidade pessoal como uma unidade da personalidade no tempo, traduzida pelo sentimento e pelo pensamento de imutabilidade e continuidade internas da pessoa. Esse sentimento e pensamento se conjugam com a imutabilidade e continuidade do significado que a pessoa tem para os outros. (CHOERI, 2004: 20)

No que tange à sociologia, é certo que esta abarca duas reflexões predominantes sobre a Identidade, a psicodinâmica e a sociológica. A primeira preconiza a existência de uma identidade contínua no centro da estrutura psíquica do indivíduo, permitindo-lhe permanecer o mesmo em meio a mudanças constantes. Já a segunda teoria defende que o indivíduo constrói sua identidade pessoal a partir da cultura em que vive.

Vale ressaltar que ambas as teorias caminham no mesmo sentido, o de realizar, cada indivíduo, a ligação do mundo interior com o exterior e assim

definir a identidade a partir do modo como cada comunidade constrói suas concepções de pessoa.

As duas correntes apontam, ainda, para o fato de que no mundo moderno uma comunidade não necessariamente compartilha da mesma identidade cultural, levando as pessoas a perderem o seu senso de identidade e vivenciarem a chamada “crise de identidade”.

Tal fato repercutiu para além do âmbito social, atingindo o campo político e levando a necessidade da criação de políticas públicas de identidade, políticas inclusivas, particularmente ligada às minorias étnicas, raciais e religiosas.

Em seu livro, *O Conceito de Identidade e a Redesignação Sexual*, o autor Raul Cleber da Silva Choeri, cita Stuart Hall, que a esse respeito observa que a questão da identidade tem sido extensamente discutida na teoria social.

As velhas identidades, que por tanto tempo estabilizaram o mundo social, estão em declínio, fazendo surgir novas identidades e fragmentando o indivíduo moderno, até aqui visto como um sujeito unificado. A chamada “crise de identidade” é considerada parte de um processo mais amplo de mudança, que está deslocando as estruturas e processos centrais das sociedades modernas e abalando os quadros de referência que davam aos indivíduos uma ancoragem mais sustentável.
(CHOERI, 2004: 22)

Assim, Stuart Hall distingue três concepções de identidade, seriam elas: a do sujeito do Iluminismo; do sujeito sociológico e a do sujeito pós-moderno. Esta última desenvolvida a partir dos processos anteriores é conceituada como não detentora de uma identidade fixa, essencial ou permanente.

Dessa forma, pode-se afirmar que a identidade se tornou móvel, a ser definida historicamente, e não biologicamente. Deriva daí que é possível que o indivíduo assuma em diferentes épocas, identidades diferentes, que se caracterizam justamente por não ser em torno de um eu coerente.

Toda a estruturação da identidade humana pela Filosofia, Sociologia e Psicologia, trazem inúmeros reflexos para o Direito, em especial no que diz respeito ao sujeito de Direito e seus bens jurídicos a serem tutelados.

Nesse ponto, faz-se interessante destacar a alteração do centro de gravidade do direito privado, com o decorrente desprestígio do Código Civil como lei maior e abrindo espaço para a fragmentação das leis, passando a coexistirem diversos estatutos autônomos, como microssistemas.

Com a constitucionalização do Direito, o ser humano passa a ser o novo centro imanente de direitos, deslocando o principal objeto de direito da propriedade privada para a pessoa humana. Daí decorre que no contexto da globalização, do intenso intercâmbio cultural e o reconhecimento de novas identidades nas relações civis, faz-se necessário tutelar diversos grupos.

Para tanto, utiliza-se os microssistemas acima descritos, valendo citar, entre eles, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e o Código do Consumidor – CDC, que trazem novo *status* à pessoa e aos seus respectivos direitos.

Percebe-se que a proteção à pessoa assume um caráter mais dinâmico, eis que suas necessidades são protegidas de acordo com a sua atual identidade, que está sempre sofrendo alterações. Abandona-se o caráter estático da identidade para se valorizar uma concepção psicossocial da identidade humana.

Assim pode-se definir identidade humana como:

[...] a expressão objetiva e exterior da dignidade humana, meio instrumental pelo qual cada indivíduo pode afirmar-se como pessoa humana, ao dizer e ser reconhecido em sua verdadeira grandeza, detentor, intrínseca e extrinsecamente, dos atributos e virtudes que o definem como tal. Apresenta-se sob dois aspectos: um estático e outro dinâmico. O primeiro reúne todos os atributos e características não modificáveis do ser humano, ou modificáveis sob restritas condições, como genoma (identidade genética), sexo biológico, nome, imagem, impressões digitais, voz, dados pessoais (naturalidade, nacionalidade, data de nascimento, estado civil, filiação), elementos de objetiva e imediata identificação individual, compreendida pelo patrimônio ideológico e pela herança cultural da pessoa, adquirida através de sua interação social, da condição de sujeito e não de simples objeto, como o sexo

psicossocial, que será focalizado no momento oportuno. (CHOERI, 2004: 27)

Entre os componentes da identidade humana, faz-se imprescindível destacar a identidade sexual. Esta, assim como a identidade humana, deve ser concebida sob dois aspectos, o biológico e o psicossocial. A primeira é caracterizada pelos componentes genéticos, anatômicos e fisiológicos, enquanto a segunda se caracteriza pelos conteúdos psíquicos que definem o comportamento social de cada pessoa.

Em consonância com o supracitado, vale ressaltar o defendido por Elimar Szaniawski.

A identidade sexual é considerada um dos aspectos fundamentais da identidade pessoal, que possui uma estreita ligação com uma pluralidade de direitos, que permitem o livre desenvolvimento da personalidade que cada um possui em seu conteúdo, a proteção à integridade psicofísica, a tutela à saúde e o poder de disposição de partes do próprio corpo pela pessoa. (SZANIAWAKI, 1998: 34.)

Ressalte-se, ainda, o defendido por Alexandre de Oliveira ao caracterizar a identidade sexual da seguinte forma, destacando também a autodeterminação sexual do indivíduo:

Aquilo que denominamos identidade sexual nada mais é do que o direito de ser internamente e aparecer externamente igual a si mesmo com a realidade do próprio sexo.

Por outro lado, a autodeterminação sexual do indivíduo, neste contexto, é a formulação jurídica da construção da identidade sexual, que se norteará pela liberdade, sobretudo a espiritual, como a de sentir, de pensar, de decidir, de criar, de consciência, de agir e omitir, como veremos na segunda parte deste trabalho. Ora, esta liberdade tem por espoco a busca da felicidade, que é o objetivo de todo o ser humano em sua jornada por este mundo. (OLIVEIRA, 2003: 68)

O questionamento social e jurídico se inicia quando os componentes biológico e psicossocial estão em desacordo, tornando-se objeto das ciências biomédicas e até do Direito, destacando-se o tema abordado no presente estudo, especialmente diante da necessidade de realização da cirurgia de redesignação sexual.

Pode-se dizer que o sexo é um dos principais elementos da identidade humana, pois é responsável por indicar o conjunto de características psicofísicas capazes de distinguir o homem e a mulher. Assim, o direito à identidade sexual adquire relevância diante da necessidade de toda pessoa ser identificada como pertencente a um dos sexos, inclusive para que possa exercer de forma plena seus direitos. Vale lembrar que a própria palavra sexo provém do latim *sexus* que deriva de *sectus*, cujo significado consiste em separação, distinção.

Ressalte-se que, para cada sexo, há um tratamento diferenciado. Destaque-se como exemplo o direito previdenciário, o direito trabalhista, as obrigações militares e até mesmo a legislação específica de proteção da mulher como a Lei Maria da Penha (lei nº 11.340/06).

O que se quer evidenciar é a existência de um interesse juridicamente relevante no gozo da identidade sexual. O interesse de cada indivíduo acaba por ser representado no reconhecimento da sua identidade perante a vida pública e privada. Nesse sentido, faz-se necessário incorporar o direito à identidade sexual como um direito da personalidade, consagrando-o como uma tipificação autônoma. Assim, o sexo resulta da conjunção entre os aspectos físicos, psíquicos e comportamentais da pessoa, derivando daí o seu estado sexual.

Tal linha de pensamento deriva da distinção entre sexo e gênero, amplamente aceita pela sociologia. O primeiro possui uma acepção de natureza biológica, concebido como uma condição prescrita pela natureza biológica ao indivíduo, já o segundo decorre da cultura e da condição psicossocial da pessoa, ou seja, o gênero é uma identidade socialmente construída.

Embora ligado ao sexo, o gênero não é necessariamente idêntico àquele, pois é construído socialmente, partindo das diferenças entre os sexos e de comportamentos pré-determinados, adotados pela sociedade em geral e reproduzido pelas instituições sociais.

Faz-se importante verificar o papel do Estado na formação das categorias que definem os papéis sexuais. O Estado, como ordenador do modelo de conduta e de organização da ordem social, interfere diretamente na instituição familiar, agindo incisivamente na construção da identidade sexual.

Uma rápida análise da evolução do instituto da família na legislação pátria evidencia a transformação valorativa imposta pelo Estado aos critérios de sexo e gênero.

O antigo Código Civil, datado de 1916, regulava a família do início do século passado, a qual era constituída exclusivamente pelo matrimônio. Tal legislação limitava o conceito de família e defendia posição discriminatória, impedindo a dissolução do casamento e fazendo distinções entre seus membros. Ademais, fazia referência punitiva e injusta aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos.

A evolução pela qual a família passou forçou o legislador a realizar sucessivas alterações, podendo-se citar como a mais expressiva o Estatuto da Mulher Casada (lei nº 4.121/62), que devolveu a plena capacidade da mulher casada e deferiu-lhes bens de propriedade exclusiva sua. Posteriormente teve-se a instituição do divórcio (EC 9/77 e lei nº 6.515/77), que acabou com a indissolubilidade do matrimônio.

Mais recentemente, com a Constituição Federal de 1988, foi instaurada a igualdade entre homem e mulher e ampliou-se o conceito de família, passando-se a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Além disso, estendeu a proteção conferida à família constituída pelo casamento à união estável, e a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus filhos recebeu a denominação de família monoparental. Consagrou, ainda, a igualdade dos filhos, sendo estes frutos ou não do casamento ou adoção.

O que se pode identificar é a passagem da família patriarcal para um novo modelo de família nuclear, procurando acompanhar a dinâmica criada pelos novos fatos sociais. Resultou, assim, uma incorporação nos textos legais das modificações ocorridas na estrutura familiar, consagrando como cerne da tutela da família a dignidade de seus integrantes.

Assim, o instituto da família sofreu transformações que deslocaram o foco do legislador da própria comunidade familiar para os seus integrantes em si. Com o reconhecimento das diversas formas de família, esta deixou de adquirir legitimidade no casamento para fazê-lo através do afeto.

Entende-se que ao contrário do que se deu no passado, a família constitui um espaço em que cada um busca a realização de si mesmo, e não

mais uma estrutura à que as pessoas se submetem em favor da sociedade, cultura, religião ou influência do Estado.

A partir da ideia de família pode-se constatar que temas como casamento, união estável, direitos da mulher, orientação sexual, dentre outros, passaram à tutela constitucional. Vale também ressaltar a utilização de técnicas contraceptivas, a reprodução assistida, a vasectomia, o transplante de órgãos e até mesmo a eutanásia indicam a preponderância da liberdade de dispor sobre o próprio corpo, homenageando-se o bem estar psíquico.

Nesse contexto se insere a mudança de sexo como um excelente exemplo de satisfação ao foro íntimo individual. Neste caso, diante do desencontro entre o sexo morfológico e o sexo psíquico tem-se caracterizada uma situação de inadaptação social tendo como terapia recomendada a cirurgia de transgenitalização.

Finalmente, faz-se necessário apontar a necessidade de reconhecimento da denominada identidade social destacada por Maria Berenice Dias.

A identificação do indivíduo é feita no momento do nascimento, por meio do critério anatômico, de acordo com o aspecto da 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 a única circunstância para a atribuição da identidade sexual. Quando existe divergência entre a identidade civil e a identidade sexual, deve espelhar a identidade sexual. (DIAS, 2015: 128)

Uma vez definidos os conceitos de identidade humana, identidade sexual e identidade de gênero, faz-se necessário destacar a natureza jurídica da primeira, para melhor compreensão dos direitos que desta derivam.

Ainda hoje, há grande divergência quanto aos bens integrantes da dignidade humana. Algumas correntes apontam para uma concepção mais ampliada, enquanto outras são mais restritivas. Para alguns a identidade possui status de direito da personalidade, parte integrante do direito essencial à integridade moral, já para outros, se limitaria ao direito personalíssimo ao nome, como elemento capaz de identificar a pessoa.

Contudo, conforme defendido pelo autor Raul Cleber da Silva Choeri, ater-se a um único elemento que informe o direito à identidade humana constitui resquício de uma concepção estática, que se baseia unicamente no nome para atribuir singularidade à pessoa e distingui-la das demais. (CHOERI, 2004: 29)

Hoje em dia, é possível utilizar-se de diversos elementos para alcançar a identificação individual sem nenhum tipo de prejuízo para a confiabilidade, tais como a imagem, a filiação, o sexo, o estado civil, o lugar e a data de nascimento, o genoma, etc.

No mesmo sentido pode-se citar Pontes de Miranda, ao afirmar que a imagem também constitui um dos elementos da identidade humana.

[...] A personalidade é a possibilidade de ser sujeito de direitos e de deveres, de pretensões, obrigações, ações e exceções. Não se pode atribuir algo, ativa ou passivamente, sem se saber “a quem”. Daí toda personalidade ter de distinguir-se das outras e precisar disso (interesse). Ser e parecer que é constitui, pois, bem da vida; e o sistema jurídico faz irradiar-se da personalidade o direito à identidade pessoal, uma de cujas manifestações é o direito ao nome (“nome” está, no sentido largo: prenome + cognome, ou nome patronímico, ou sobrenome). Há outras manifestações de tal direito, com quase igual relevância (identificação datiloscópica, fotográfica, teleótica). (MIRANDA, 2000: 96.)

Assim, a tutela jurisdicional da identidade humana incide sobre a pessoa considerando um conjunto de fatores capazes de construir a sua identidade, ampliando o seu alcance. Tais fatores consideram a figura externa da pessoa, sua imagem, gestos e voz, mas também, consideram a identidade psicossocial, a vida considerada individualmente, a identidade sexual, familiar, racial, política, cultural, etc.

A partir de tal concepção pode-se afirmar que o reconhecimento da identidade humana não se limita a mero meio de identificação pessoal, devendo ser considerado em sentido amplo, capaz de englobar os aspectos estáticos e dinâmicos que a compõem. Deve, então, compreender tanto o nome, a aparência física e a imagem, quanto a história, a vida pessoal de cada um, reconhecendo todos os elementos que diferenciam uma pessoa das demais.

O objetivo do direito à identidade pessoal é garantir a mais fiel e completa representação da personalidade individual de cada pessoa no âmbito da comunidade, tanto de forma pública quanto privada, reconhecendo que a personalidade se desenvolve.

Dessa forma, é possível afirmar que o objeto da tutela jurisdicional é a projeção externa da personalidade capaz de refletir a verdade dos valores e ações peculiares ao sujeito, que deve ser coerente com a verdade.

Assim, a identidade humana, embora classificada como direito da personalidade de caráter moral, exerce direta ou indiretamente uma efetiva tutela aos bens e valores essenciais da pessoa, em seus aspectos físicos e psíquicos, porquanto reflete a totalidade do que é realmente o ser humano, em sua unidade psicossomática. Daí confundir-se a situação jurídica subjetiva definida como identidade humana, principalmente em sua concepção dinâmica, com outras situações jurídicas, cujas conceituações e aplicações são bem próximas, tais como: o nome, a imagem, a intimidade, a honra e o direito do autor. (CHOERI, 2004: 36).

Portanto, é possível concluir que a identidade humana não se limita a critérios objetivos, meramente físicos e aparentes, devendo ser considerada a construção psicossocial de cada indivíduo, esta sim, capaz de consagrar a identidade humana.

2.2 A questão da redesignação sexual

A falta de correspondência entre o sexo anatômico e o sexo psicológico chama-se transexualidade. Nesse momento, faz-se oportuno ressaltar que apesar do atual tratamento do transexualismo como patologia, constando este inclusive no Cadastro Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde (CID), movimentos científicos e sociais apontam para considerar o fenômeno como uma condição sexual. Dessa forma, mostra-se como mais correto adotar o termo transexualidade.

Como já discutido, a identificação do sexo é feita no momento do nascimento pelos caracteres anatômicos, registrando-se o indivíduo como pertencente a um ou outro sexo exclusivamente pela genitália exterior. Contudo, a determinação do gênero extrapola as características anatômicas, não se podendo mais considerar o conceito de sexo fora de uma apreciação

plurivetorial, resultante de fatores genéticos, somáticos, psicológicos e sociais. (DIAS, 2010: 01)

Assim, o transexual sofre pela inconformidade com seu sexo biológico, buscando a todo tempo adaptar-se a quem realmente é. Em tal busca sobressaem-se os tratamentos hormonais e terapêuticos, colaborando para um processo de correção que visa adequar o corpo e permitir o livre desenvolvimento do indivíduo.

Ainda que reúna em seu corpo todos os caracteres orgânicos de um dos sexos, seu psíquico se prende, irresistivelmente, ao sexo oposto. Mesmo sendo aparentemente normal, nutre profundo inconformismo com o seu sexo biológico. O intenso desejo de modificá-lo leva à busca de adequar a externalidade à sua alma. O processo de redesignação começa com o vestir-se como o outro sexo, passa por tratamento hormonal e terapêutico e impõe a realização de inúmeras cirurgias. Não é um processo passageiro. É a busca consistente de integração física, emocional, social, espiritual e sexual, conquistada com muito esforço e sacrifícios por pessoas que vivem infelizes e muitas vezes depressivas quanto ao próprio sexo (HOGEMANN, 2012)

Dessa forma, quando o sexo aparente não está em consonância com o psicológico gera-se um conflito que extrapola a esfera individual para repercutir no âmbito social, médico e jurídico.

Como já dito, apesar do atual clamor pela despatologização da transexualidade, tal fenômeno ainda figura como transtorno da identidade sexual no Código Internacional de Doenças (CID), valendo, então, destacar a conceituação feita por este.

F64.0 - Transexualismo

Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado.

Nesse contexto, diante desta situação psicológica irreversível de completa inadaptação social, a opção recomendada é a correção morfológica

através da cirurgia transgenitalizadora, de caráter terapêutico que já conta com o total aval da medicina e do ordenamento jurídico, como será demonstrado mais à frente.

No mesmo sentido, aponta Henry Frignet, ao declarar que as terapias hormonocirúrgicas são consideradas as únicas capazes de satisfazer o indivíduo. (FRIGNET, 2002: 124).

É certo que o progresso da medicina já permite a adequação cirúrgica do sexo biológico do indivíduo identificado como transexual, ao seu sexo psíquico. Tal cirurgia é atualmente regulada pela Resolução nº 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina.

De acordo com esta resolução, entende-se que a denominada “cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa” encontra-se em harmonia com os ditames da legislação pátria, sendo tecnicamente viável, além de afirmar que “constitui a etapa mais importante no tratamento de pacientes com transexualismo”. (Resolução nº 1.955/2010, CFM).

Tratar-se-á de forma mais aprofundada da cirurgia de transgenitalização a seguir. O que se procurou mostrar, neste primeiro momento, consiste no direito do transexual à terapia adequada e capaz de proporcionar a retificação de seu sexo biológico ao sexo psicossocial.

3 TRANSEXUALIDADE DIANTE DA LEI

3.1 O aspecto constitucional em questão: a dignidade da pessoa humana

Pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana apareceu pela primeira vez como um direito fundamental expressamente estabelecido na Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha, de 23 de maio de 1949, que em seu art. 1º, nº 1, estabelecia que: “*A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais.*” (SILVA, 1998: 89)

A dignidade da pessoa humana adquiriu maior destaque nas cartas constitucionais após os horrores perpetrados pelo regime alemão nazista. Contudo, a discussão acerca dos direitos fundamentais e sua origem remontam a um passado mais distante.

Apresenta-se como fonte e antecedente dos direitos fundamentais, a referência feita, já na Antiguidade, a um Direito Superior, não estabelecido pelos homens, mas dado a estes pelos deuses, cabendo aqui referência às obras de Sófocles. Já no século XVIII, Tomás de Aquino, apresenta as leis eternas e leis divinas, respectivamente como as que Deus conhece e as reveladas pela Igreja, ao lado das leis naturais, que derivam da natureza do homem e as leis humanas, positivadas pelos legisladores. Contudo, foi especificamente com a Escola de Direito Natural e das Gentes, que foi formulada a doutrina adotada pelo pensamento Iluminista e expressa em diversas Declarações. Tais direitos naturais não seriam criados ou outorgados pelo legislador, mas sim decorrentes da própria natureza humana.

Em termos de Declarações, a mais famosa e tradicional no tema é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Sua importância decorre de ter sido por um século e meio o modelo de excelência das declarações, servindo de molde para o constitucionalismo liberal, além de ainda hoje, receber o respeito e admiração de todos que se preocupam com os direitos do homem.

Contudo, a dignidade da pessoa humana ascendeu de forma a ser considerada um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, conforme disposto no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988.

Assim, diante de tamanha importância, faz-se essencial compreender em que consiste a dignidade da pessoa humana.

Partindo-se da filosofia Kantiana, o homem é entendido como um ser racional, que existe como fim em si, e não simplesmente como um meio, enquanto os seres, desprovidos de razão, têm um valor relativo e condicionado, o de meios, por isso são chamados de coisas. Dessa forma, os seres racionais são chamados de pessoas, pois sua natureza já os designa como um fim em si, como algo que não pode ser empregado simplesmente como um meio, limitando assim o arbítrio e constituindo objeto de respeito. (SILVA, 1998: 90)

Dessa forma, todo ser humano, sem distinção, é pessoa, devendo ser entendido como fonte e imputação de todos os valores. Tem-se o reconhecimento da pessoa humana como um valor absoluto, indisponível,

irredutível e intangível. É o que defende Choeri ao citar Kant:

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. O que tem preço pode ser substituído por alguma outra coisa, a título de equivalência; ao contrário, o que é superior a todo preço, o que por conseguinte não admite equivalência, é que tem uma dignidade. (CHOERI, 2004: 133)

Ademais, vale destacar o que afirma Luís Roberto Barroso ao referir-se à dignidade da pessoa humana:

[...] de garantir um mínimo de integridade à pessoa natural em razão de sua existência humana, almejando explicitar o respeito obrigatório às condições materiais mínimas de existência, integridade física e valores morais e espirituais. Evitando-se, portanto, a coisificação da pessoa e propiciando a valorização de ser em relação ao ter. (BARROSO, 2011: 680)

E ainda, a definição feita por Sarlet:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2001: 60)

Dessa forma, resta claro que a dignidade humana consiste em atributo intrínseco da pessoa humana, fazendo parte da essência desta, e estabelecendo o homem como único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente, confundindo-se com a própria natureza do ser humano. (SILVA, 1998: 91)

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana não é uma construção legal ou jurídica, pois consiste em um conceito prévio a toda e qualquer existência especulativa. Porém, a constituição, ao reconhecer a sua existência e alcance a transformou em um dos fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito.

José Afonso da Silva afirma que a CRFB/88 elevou a dignidade da pessoa humana a um valor supremo, eis que está na base de toda a vida nacional, como um princípio de ordem jurídica, política, social, econômica e cultural. (SILVA, 1998: 92)

Na Constituição pátria a dignidade da pessoa humana está expressa já no art. 1º, III, como autêntico arquétipo primordial, cuja tutela deverá se traduzir na promoção do desenvolvimento da pessoa humana sob todos os seus aspectos, garantindo que ela não seja desrespeitada ou violentada em sua capacidade psicofísica. (CHOERI, 2004: 132)

A dignidade da pessoa humana ainda aparece na CRFB/88 em outros artigos, tais como no art. 170, *caput* quando estabelece que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna, bem como no art. 226, §7º ao afirmar que o planejamento familiar se funda nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável e ainda no art. 227, *caput* quando assegura à criança e ao adolescente a dignidade.

Assim, na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, fez-se uma opção pela pessoa como centro imanente de normas e regras.

O princípio da dignidade humana não representa apenas uma limitação do poder do Estado, mas também um compromisso com a realização de ações positivas que visem a efetivação dos direitos essenciais à sua concretude, podendo-se falar na garantia do mínimo existencial para o ser humano.

Ademais, deve-se considerar que a CRFB/88 possui forte caráter programático e dirigente, o que significa dizer que se deve buscar regular questões ainda pendentes, estabelecendo programas, fins, diretrizes a serem perseguidas, implementadas e asseguradas pelo poder público.

Ressalte-se, ainda, que no esforço tocante à efetivação dos direitos fundamentais – essenciais para garantir a dignidade humana - o constituinte assegurou no art. 5º, §1º que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Vale citar que segundo Maria Berenice Dias - ao tratar da dignidade humana no direito das famílias - o princípio da dignidade da pessoa humana significa em última análise, igual dignidade, sendo indigno dar tratamentos

diferenciados. (DIAS, 2015: 45)

Para um transexual, vida digna está diretamente ligada ao reconhecimento de sua identidade sexual sob o aspecto dinâmico, compreendido pelo gênero, pelo seu sexo psicossocial.

Segundo afirma Choeri:

Aqui a dignidade assume, além de seu caráter ontológico – a afirmação do ser verdadeiro em cada pessoa, com seus atributos distintivos em relação aos demais seres naturais -, o seu aspecto social – relacional, intersubjetivo -, que é da própria natureza do Direito. (CHOERI, 2004: 134)

A jurisprudência tem se posicionado favoravelmente às alterações de prenome e dados registrais, prestigiando nesses casos a dignidade da pessoa humana. Contudo, ainda existem questões mais controversas que carecem de decisão.

Analisar-se-á o Recurso Extraordinário nº 854.779/SC ainda em trâmite no Supremo Tribunal Federal, que em sua decisão mais recente, proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, reconheceu a repercussão geral do mesmo.

TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado. (STF - RG RE: 845779 SC - SANTA CATARINA 0057248-27.2013.8.24.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 13/11/2014, Data de Publicação: DJe-045 10-03-2015)

No caso em tela, a transexual Ama foi impedida de utilizar o banheiro feminino de um shopping center, em Santa Catarina. A requerente

teria sido abordada por uma funcionária do shopping que a obrigou a sair do recinto, argumentando que sua presença causaria constrangimento às outras mulheres. Impedida de usar o banheiro e nervosa pela situação vexatória em que se encontrava, Ama não conseguiu controlar suas necessidades fisiológicas. Assim, pleiteia na justiça danos morais.

A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no entanto, deu provimento à Apelação interposta, afastando a responsabilidade objetiva do estabelecimento comercial, sob o argumento de não restar configurado defeito na prestação do serviço, eis que não se verificou falha no dever de segurança.

Contudo, o parecer da Procuradoria Geral da República pugnou pela caracterização do dano moral, apontando claro desrespeito à dignidade da pessoa humana, dos direitos da personalidade e das minorias, conforme ementa abaixo.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 778. USO DE BANHEIRO PÚBLICO POR TRANSGÊNERO. DIREITO À IDENTIDADE INDIVIDUAL E SOCIAL. VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. DIREITO DAS MINORIAS. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. 1 - Tese de Repercussão Geral – Tema 778 : Não é possível que uma pessoa seja tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual encontra proteção nos direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal (CF). 2 - É cabível a condenação de estabelecimento comercial a pagamento por dano moral, na hipótese de abordagem de transgênero que visa constranger a pessoa a utilizar banheiro do sexo oposto ao qual se dirigiu, por identificação psicossocial, uma vez que viola a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos da personalidade que conferem aos transgêneros os direitos referentes à sua identidade, ao reconhecimento, à igualdade, à não discriminação e à segurança, previstos nos artigos 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal (CF), caracterizando combate à discriminação racial e de gênero. 3 – Parecer pelo provimento do recurso, a fim de que seja reconhecido o direito à

indenização da recorrente pelo dano moral sofrido, restabelecida a indenização fixada pela sentença de primeiro grau. 4 – No caso do Supremo Tribunal Federal (STF) entender ilíquida a indenização, opina, desde logo, pela remessa ao Tribunal a quo, com objetivo de, respeitada a premissa jurídica estabelecida, fixar o valor da indenização. (PGR, 2015)

Vale ressaltar que, no corpo do parecer, o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, defende que o direito à identidade se estabelece como um requisito da dignidade da pessoa humana, exteriorizando-se no direito que as pessoas tem de expressar seus atributos e características de gênero imanente a cada indivíduo.

Ademais, trata do direito ao reconhecimento, que pode ser definido como o direito à manutenção da identidade pessoal, bem como os direitos a ela inerentes. O Procurador cita, ainda, os Princípios de Yogyakarta no tocante ao conteúdo essencial do direito de igualdade e proibição de discriminação direta e indireta por motivos de gênero.

Destaquem-se os seguintes trechos do parecer:

Desse modo, ao permitir, ou melhor, ao exigir que seja possibilitado o uso do banheiro do sexo com o qual o indivíduo se identifica e se apresenta socialmente, o Estado cumpre os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana – como expressamente previstos no âmbito interno e internacional. (YOGYAKARTA, 2006: 35)

Não é possível que uma pessoa seja tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual encontra proteção nos direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal. (YOGYAKARTA, 2006: 50)

Portanto, de acordo com o que foi apresentado, faz-se necessário reconhecer que a dignidade da pessoa humana aponta para uma ideia de comunidade constitucional inclusiva, pautada pelo multiculturalismo.

Deve-se ratificar que um dos papéis centrais do Direito consiste em assegurar a superação de qualquer visão unilateral e reducionista, bem como a promoção e proteção da dignidade de todas as pessoas, em especial aquelas historicamente segregadas e marginalizadas, como os transexuais.

3.2 O direito à saúde: cirurgia de transgenitalização como terapia reparadora

Até figurar na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, a saúde percorreu um longo caminho, assumindo diversos sentidos nesse trajeto. É o que ensina Felipe Dutra Asensi, ao afirmar ser possível identificar três concepções de saúde que emergiram ao longo da história brasileira: “enquanto favor; enquanto um serviço decorrente de um direito trabalhista ou como um serviço privado; enquanto direito.” (ASENSI, 2012: 2)

No que diz respeito à primeira concepção - saúde enquanto favor corresponde aos tempos do Império e da República velha, quando a saúde era associada a um privilégio, uma benesse do Estado, e dessa forma poderia ser concedida ou restringida de forma discricionária. É fato que neste período a saúde passou a ser uma questão do Estado, mas ainda não havia exigibilidade na sua prestação. Vale destacar o importante papel desempenhado pelas Santas Casas de Misericórdia desde o período colonial, consistindo em uma instituição com valores cristãos que assistia aos necessitados, realizando atendimento de forma gratuita aos mais carentes e recebendo contribuições dos que assim poderiam fazê-lo.

Foi também nesse período que ocorreu o famoso episódio da Revolta da Vacina de 1904, momento no qual ficou evidente o caráter autoritário com o qual o Estado lidava com a questão da saúde pública, ao realizar uma campanha de vacinação sem preocupar-se em explicar à população do que se tratava.

A grande mudança nessa concepção ocorreu a partir da Era Vargas, com a ampliação dos direitos trabalhistas e a criação das caixas de assistência. A partir deste momento teve início um movimento de mercantilização da saúde, que se caracterizou como um serviço ou benefício trabalhista. Assim, uma pessoa poderia ter acesso à saúde se fosse um trabalhador com carteira assinada e contribuísse para a previdência social ou sendo capaz de arcar com planos de saúde a partir da década de 1970, afirmando o novo caráter da saúde concebida como um serviço.

Em contraposição a essa concepção restritiva da saúde, na mesma década de 1970, começou o movimento da Reforma Sanitária, o qual defendia

que a saúde consistia em um direito universal. É o que nos mostra Asensi:

Além de atuar de forma decisiva em prol da universalização, o movimento preconizou que as ações em saúde deveriam ser formuladas não somente pelo Estado, mas em conjunto com espaços públicos de participação social, na medida em que é a sociedade que vivencia o cotidiano das instituições de saúde e, portanto, conhece de forma mais próxima as suas mazelas e avanços. (ASENSI, 2012: 3)

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã por Ulysses Guimarães, o rol dos direitos sociais foi ampliado e a saúde passou a ser direito de todos e dever do Estado. Aqui fica nitidamente demarcada a terceira concepção da saúde, como um direito.

Portanto, pode-se afirmar que atualmente a saúde figura como uma dupla prestação, é um direito-dever, ligada a princípios centrais do atual Estado Democrático de Direito, como a vida e a dignidade da pessoa humana, como será exposto a seguir.

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos, a saber: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Dessa forma, foram estabelecidas cinco espécies de direitos fundamentais. Contudo, a doutrina adota uma classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração.

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos individuais e políticos, as denominadas liberdades públicas. Já os chamados direitos fundamentais de segunda geração, são os chamados direitos sociais, econômicos e culturais. Nos direitos fundamentais de segunda geração encontram-se aqueles ligados ao trabalho, o amparo à doença e a seguridade social. Finalmente, os direitos fundamentais de terceira geração, são os também conhecidos como direitos de solidariedade ou fraternidade, destacando-se o direito ao meio ambiente, à qualidade de vida e à paz, assim como outros direitos difusos.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, restou consagrado como princípio norteador a dignidade da pessoa humana, exposto no artigo 1º, III. A esse princípio conectam-se os direitos à vida e à saúde, este último expresso no artigo abaixo:

Art. 196. 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.

E também no artigo 6º, logo após a educação:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

A saúde constitui o principal direito social, uma vez que, sem saúde não há vida digna. Podemos conceber a saúde como uma premissa ao exercício da cidadania. Além de figurar no já citado Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, da Constituição Federal de 1988, tem-se ainda, o Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo II – Da Seguridade Social, Seção II – Da Saúde, com o supracitado artigo 196.

Observar-se-á o disposto no artigo 197, do mesmo diploma legal:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (BRASIL, 1988)

Prosseguindo na reflexão acerca do significado de saúde, vale destacar o conceito fornecido pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Segundo esta, saúde é um estado de completo bem-estar, físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças. Assim, leva em conta atributos físicos, mentais, morais e espirituais, além da adaptação da pessoa ao meio em que vive.

Diante de tal definição, percebe-se que saúde consiste em algo complexo, e, no momento em que passa a ser tratada como um “estado de completo bem-estar” corre-se o risco de pensá-la como algo inalcançável, um ideal.

Contudo, a forma como a saúde figura na Carta Magna Brasileira, possuindo status de direito fundamental e com forte ligação com o princípio da

dignidade da pessoa humana, evidencia a preocupação do legislador com o pleno gozo deste direito.

Dessa forma, a partir da garantia constitucional à saúde como um direito fundamental e, considerando o conceito amplo de saúde, que se preocupa com o bem estar físico, mental e social, resta evidente o respaldo legislativo capaz de garantir o acesso da pessoa transexual à cirurgia transgenitalizadora, bem como os demais tratamentos terapêuticos relevantes em cada caso.

Como já relatado no presente estudo, a OMS define a transexualidade como um transtorno de identidade sexual. Destaque-se, mais uma vez, que tal classificação é fortemente desaprovada pelos transexuais, que defendem que tal fenômeno não deva ser considerado uma doença, mas sim mera identidade sexual diversa daquela tomada como “normal”.

Para melhor compreensão do tema, faz-se válido apresentar breve histórico acerca da legislação pátria pertinente à cirurgia de transgenitalização como reconhecida terapia reparadora.

A partir da evolução das técnicas cirúrgicas, tornando-se possível a correção da morfologia sexual externa, esta passou a ser tida como melhor terapia capaz de propiciar a equiparação entre a aparência física e o gênero com que a pessoa transexual se identifica.

Contudo, tal avanço no campo médico não foi acompanhado de pronto pela legislação, eis que nenhuma previsão legal existia para regular a realização da cirurgia. Tal omissão levou a classe médica a uma problemática ético-jurídica, bem como a questionamentos acerca da natureza das intervenções cirúrgicas. Vale destacar que o IV Congresso Nacional Brasileiro de Medicina, realizado em 1974, classificou a cirurgia de transgenitalização como mutilante, e não como corretiva. Nessa linha, tal intervenção cirúrgica violava o Código de Ética de Medicina. (DIAS, 2010: 02)

A partir de tal entendimento exarado pelo Congresso Nacional Brasileiro de Medicina e com a posterior caracterização da intervenção cirúrgica como lesão corporal, ocorreram até condenações penais de médicos.

Alcançou grande repercussão a condenação do cirurgião plástico Roberto Farina à pena de dois anos de reclusão por infringência ao art. 129, §2º, do Código Penal. Acabou

processado, porque, no XV Congresso de Urologia realizado em 1975, exibiu um filme de uma cirurgia de reversão, referindo que já a havia realizado em nove pacientes. O lúcido parecer exarado pelo jurista Heleno Cláudio Fragoso entendeu que o réu atuou dentro dos limites do exercício regular do direito (art. 23, III, do CP), não praticando crime algum. Afirmou que a condenação revela data venia a carga de reprovação moral própria do espírito conservador de certos magistrados. O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em 06/11/1979, acabou por absolver o acusado, por decisão majoritária, assim ementada: Não age dolosamente o médico que, através de cirurgia, faz a ablação de órgãos genitais externos de transexual, procurando curá-lo ou reduzir seu sofrimento físico ou mental. Semelhante cirurgia não é vedada pela lei, nem pelo Código de Ética Médica. (DIAS, 2010: 02)

Tal orientação tinha como base, ainda, os pareceres nº 11 e 12 exarados pelo Conselho Federal de Medicina no ano de 1991, cujas ementas seguem abaixo:

PC/CFM/Nº 11/1991

EMENTA: Incorre em ilícito ético e penal o médico que, diante de solicitação de seu paciente, realizar cirurgia de conversão sexual, por desobservância ao artigo 129 do Código Penal e ao artigo 42 do Código de Ética Médica, por se tratar de mutilação grave e ofensa à integridade corporal.

PC/CFM/Nº 12/1991

EMENTA: A cirurgia de conversão sexual para indivíduos com genitálias externas e internas definidas e cromatina sexual compatível é proibida pelas Leis Brasileiras capitulado no artigo 129, § 2º, incisos III e IV do Código Penal e incorporada ao Código de Ética Médica, artigo 42, pôr se tratar de mutilação grave e ofensa à integridade corporal.

Sob a ótica do Direito Penal, e adotando a amplamente aceita Teoria Finalista da Ação, na qual crime configura-se por ser fato típico, antijurídico e culpável, há que se reconhecer que no caso em tela incide excludente de antijuridicidade.

Dessa forma, resta claro que o médico agiu sob a escusa do exercício regular de direito, elencado no art. 23, III, do Código Penal, não configurando crime.

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

(...)

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (BRASIL, 1940)

No mesmo sentido assevera Szaniawski ao declarar que a exclusão da ilicitude das intervenções cirúrgicas de amputação ou membro, segundo a doutrina predominante, encontra seu fundamento no exercício regular do direito. Salaria, ainda, que para caracterizar o exercício regular de direito é necessário o obrigatório consentimento do paciente ou de seus familiares. (SZANIAWSKI, 1988: 105)

Assim, o questionamento legal toma como foco o direito do paciente de dispor de sua integridade física. Seria este um bem jurídico disponível? De um lado defendia-se que a prática de cirurgia transexual reduziria permanentemente a integridade física do mesmo, constituindo, assim, crime; contudo, entende-se como mais correto reconhecer a inexistência de ilicitude, por clara necessidade de adequação social do paciente.

A atividade médica tem sempre por escopo a conservação da vida e da saúde do indivíduo, mediante a cura de moléstias. Por isso, nas atividades médicas curativas, está ausente o dolo na prática de lesões corporais. Outrossim, a terapia cirúrgica, que visa a cura do doente, mesmo que ocorram mutilações, não se enquadra no tipo de lesão corporal descrito nos códigos penais. (SZANIAWSKI, 1998: 105)

Vale, ainda, citar o caráter reconhecidamente terapêutico da cirurgia, reafirmando que o objetivo da mesma é assegurar qualidade de vida àquele que se submete.

Por intervenções cirúrgicas com fins terapêuticos devem ser entendidas aquelas que perseguem a conservação ou restabelecimento da saúde, ou então a prevenção de um dano maior ou, em alguns casos, a simples atenuação ou desaparecimento da dor. Nesse sentido, as intervenções mutilantes também têm um fim terapêutico, quando perseguem algum desses objetivos. (ZAFARRONI, 2006: 479)

A autorização para a realização de cirurgia de transgenitalização pode ser considerada recente, datando 1997 a primeira resolução pertinente ao tema. Tratava-se da Resolução nº 1.482/1997, emitida pelo Conselho Federal de Medicina, que autorizou o procedimento, afirmando que este possuía

caráter terapêutico, bem como destacando não haver afronta a nenhuma lei que definisse tal procedimento como crime e concluindo, assim, não haver nenhuma afronta à ética médica.

Tal documento trazia as seguintes resoluções:

1. Autorizar, a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo;
2. A definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:
 - desconforto com o sexo anatômico natural;
 - desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
 - permanência desse distúrbio de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
 - ausência de outros transtornos mentais.
3. A seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico-psiquiatra, cirurgião, psicólogo e assistente social, obedecendo aos critérios abaixo definidos, após dois anos de acompanhamento conjunto:
 - diagnóstico médico de transexualismo;
 - maior de 21 (vinte e um) anos;
 - ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia;
4. As cirurgias só poderão ser praticadas em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados à pesquisa.
5. Consentimento livre e esclarecido, de acordo com a Resolução CNS nº 196/96;
6. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Dessa forma, demonstrou-se que médicos e cientistas enxergaram na cirurgia a melhor opção terapêutica para os anseios do transexual.

Diante deste quadro, no qual a maioria esmagadora de cientistas, dos diversos ramos do conhecimento e agora o Conselho Federal de Medicina, tem-se mostrado favorável, quando necessário, à operação de mudança de sexo, é injustificável o distanciamento da realidade científica por parte dos tribunais em garantir ao transexual a adequação de seu sexo morfológico ao seu sexo psíquico e a respectiva redesignação de seu assento de nascimento. Para nós, o mais grave não é a omissão do legislador, mas, sim, a timidez dos

tribunais em inovar. Os magistrados, que têm por missão outorgar e garantir o direito de quem lhes pede, ao negarem o direito de adequação de sexo, aos comprovadamente transexuais, estão-lhes negando o exercício da cidadania e do mais legítimo direito à saúde. (SZANIAWSKI, 1998: 103,104)

Posteriormente, a Resolução nº 1.482/1997 foi revogada através da edição de uma nova. Assim, passou a vigorar a Resolução nº 1.652/2002, que autorizou a realização da cirurgia de neocolpovulvoplastia, que consiste na retificação do sexo masculino e feminino, em hospitais públicos e privados, retirando do texto o seu caráter experimental.

Tal resolução também foi revogada, entrando em vigor a Resolução nº 1.955/2010, a qual passou a permitir que toda e qualquer cirurgia de redesignação sexual seja realizada em hospitais públicos e privados.

Contudo, a última resolução não trouxe nenhum avanço quanto aos critérios necessários para o reconhecimento da pessoa como transexual, bem como para sua seleção como paciente apto à cirurgia, conforme se pode constatar através da leitura dos artigos abaixo.

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 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.

Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:

- 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo;
- 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
- 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

Assim, hoje em dia, quando uma pessoa transexual deseja se submeter a uma cirurgia de correção sexual, precisa ser diagnosticada por um

médico e comprovar que preenche os requisitos elencados pela resolução supra.

Faz-se necessário realizar algumas considerações quanto aos requisitos legais necessários para a realização da cirurgia.

Primeiramente, vale destacar que apesar da necessidade de diagnóstico médico de transgenitalismo, há um movimento que reivindica a autodeterminação para que se caracterize a transexualidade. O que se busca é a despatologização, conforme defendido pelo Projeto de Lei João W. Nery, que será objeto de estudo adiante.

Finalmente, quanto ao requisito etário, o atual Código Civil, em seu artigo 5º, afirma que a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Dessa forma, não há nenhuma justificativa para que se mantenha o limite etário de 21 anos definido antes da vigência do atual Código Civil, eis que restou alterado o marco da plena capacidade civil. Vale destacar, ainda, que tanto o Projeto de Lei João W. Nery, quanto a lei de iniciativa popular do Estatuto da Diversidade, reivindicam a adoção do limite etário estabelecido pelo atual Código Civil, ou seja, 18 anos.

3.3 A proteção dos direitos da personalidade do transexual

Alguns direitos individuais, inerentes à pessoa humana, foram reconhecidos pelo Estado como inalienáveis e, assim, merecedores de proteção legal. Dessa forma, os direitos da personalidade visam tutelar os bens jurídicos inerentes à pessoa humana, indissociáveis desta, podendo-se destacar o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo e à honra, dentre outros.

Em sua origem, os direitos da personalidade guardam estreita relação com o direito natural¹, que defende ardorosamente a existência de direitos inerentes à pessoa humana, como prerrogativas individuais. Pode-se afirmar, ainda, que os direitos da personalidade constituem herança da Revolução Francesa, que tinha como lema a defesa da liberdade, igualdade e fraternidade. (GONÇALVES, 2011: 184)

Carlos Roberto Gonçalves, ao debater direitos da personalidade, cita as seguintes definições:

Francisco Amaral define os direitos da personalidade como “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”. Por sua vez, Maria Helena Diniz, com apoio na lição de Limongi França, os conceitua como “direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária); e a sua integridade moral (honra, recato, segredo profissional e doméstico, identidade pessoal, familiar e social)”. (GONÇALVES, 2011: 185)

Vale destacar, também, a definição de Pontes de Miranda:

Direitos da Personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas. O primeiro deles é o da personalidade em si mesma, que bem se analisa no ser humano, ao nascer, antes do registro do nascimento de que lhe vem o nome, já esse, a seu turno, posterior, logicamente, ao direito de personalidade como tal. (MIRANDA, 2000: 31)

E ainda:

Esses bens, denominados bens da personalidade, são essenciais, intrínsecos à pessoa, estando ligados a ela de modo íntimo e necessário, e de uma forma tal que se pode

¹ A Doutrina do Direito Natural (ou jusnaturalismo) é a mais antiga tentativa de compreensão teórica abrangente do fenômeno jurídico. Tal doutrina nasceu na Grécia antiga e entre os primeiros a defenderem essa concepção estão os filósofos Heráclito de Éfeso e o escritor Sófocles. Este, em sua tragédia Antígona, formulou pela primeira vez a questão central do Direito Natural: existe um direito superior à legislação positiva estabelecido pela vontade do soberano. “(...) é possível definir o Direito Natural como uma doutrina jurídica que defende que o direito positivo deve ser objeto de uma valoração que tem como referência um sistema superior de normas ou de princípios (direito ideal) que lhe condicionam validade. Em consequência dessa definição, é possível identificar as seguintes características na doutrina do Direito Natural: a) A legislação em vigor deve ser analisada a partir de determinados conteúdos superiores; b) Esses conteúdos possuem como fonte uma determinada categoria universal e imutável (ideal de justiça); c) Esses conteúdos devem sempre prevalecer sobre as disposições formais da legislação em vigor.” (BARRETO, Vicente de Paulo. Coordenador. Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Editora Inovar, 2006. P. 240-241).

afirmar que tão fundamentais são eles, que a pessoa não tem condições de sem eles se desenvolver e exercer seu potencial, vindo a definhar. (HAMMERSCHMIDT, 2008: 74)

No ordenamento pátrio podemos observar a tutela jurisdicional aos direitos da personalidade na própria Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, X, estabelece que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Vale lembrar que a dignidade da pessoa humana encontra-se em primeiro plano entre os fundamentos constitucionais pelos quais se orienta os direitos da personalidade.

No tocante à legislação infraconstitucional, merece destaque o atual Código Civil, que dedicou um capítulo aos direitos da personalidade (artigos 11 a 21). Pode-se dizer que o atual Código Civil proclama a ideia de pessoa e direitos da personalidade buscando tutelar o indivíduo na sua dimensão ética, enquanto é e enquanto deve ser. A pessoa afirma-se, assim, como um valor-fonte de todos os outros valores, sendo o principal fundamento do ordenamento jurídico. Nesse sentido, os direitos da personalidade correspondem às pessoas humanas em cada sistema básico de sua situação e atividades sociais. (REALE, 2004)

Os artigos 13, 14 e 15 do Código Civil cuidam dos atos de disposição do próprio corpo, assunto abordado anteriormente, quando tratou-se da cirurgia de transgenitalização. Nesse momento, tratar-se-á do direito e da proteção ao nome e ao pseudônimo, assegurados pelos artigos 16 a 19 do mesmo diploma legal.

Segundo, Carlos Roberto Gonçalves, o direito ao nome:

“(...) é espécie dos direitos da personalidade, pertencente ao gênero do direito à integridade moral, pois todo indivíduo tem direito à identidade pessoal, de ser reconhecido em sociedade por denominação própria. Tem ele caráter absoluto e produz efeito erga omnes, pois todos têm o dever de respeitá-lo.”
(GONÇALVES, 2011: 200)

Dessa forma, deve-se compreender que o direito ao nome constitui-se como um direito público subjetivo, que visa restringir a atuação do Estado

frente aos direitos da personalidade. O que se busca proteger não é exatamente o nome, mas sim a própria dignidade da pessoa.

O nome é a primeira expressão da personalidade. Apresenta-se, então, como um direito absoluto (oponível erga omnes), impenhorável, imprescritível, inalienável, indisponível, inexpropriável, personalíssimo, público, e relativamente transmissível (Código Civil, artigos 17 e 18), que reflete e traduz a qualidade de ser da pessoa. (HOGEMANN, 2014: 219)

Contudo, o registro civil impõe-se durante um lapso temporal demasiado curto, logo após o nascimento, e desde então adquire status de imutabilidade (art. 50, *caput*, Lei nº 6.015/73). Contudo, como já apresentado no capítulo anterior, em alguns casos a identidade sexual não pode ser definida de forma tão prática, eis que não há a devida correspondência entre o sexo registrado e o sexo psicossocial.

No decorrer do desenvolvimento da pessoa, se a formação da identidade sexual coincidir com o sexo biológico, se confirmará o sexo jurídico, ratificando as informações constantes do registro civil. Porém, no caso da pessoa transexual verifica-se não existir verdadeira correspondência entre os dados registrais e a realidade.

A adequação de dados registrais interfere diretamente na identidade sexual do indivíduo que necessita ser reconhecido perante a sociedade como a pessoa que realmente é. Assim, discute-se a disponibilidade do próprio corpo em prol da construção da identidade de gênero.

O nome possui função identificadora para a pessoa humana. É o responsável por caracterizar o indivíduo, delimitando a sua personalidade tanto no nível pessoal quanto no âmbito civil.

É parte integrante da personalidade por ser o sinal exterior pela qual se designa, se individualiza e se reconhece a pessoa no seio familiar e da sociedade. Por isso, não é possível que uma pessoa exista sem essa designação pessoal. Desse modo, revela-se um dos requisitos básicos de nossa existência social. Não por acaso, o terceiro entre os direitos da criança, o nome civil, recebeu da Assembleia das Nações Unidas importância similar à nacionalidade. (HOGEMANN, 2014: 219)

Contudo, o sistema jurídico brasileiro consagra o princípio da imutabilidade do nome, não regulando, pelo menos a princípio, qualquer pretensão do transexual de alterar o seu prenome. É o que se percebe a partir dos seguintes artigos da Lei de Registro Públicos (Lei nº 6.015/73):

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

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

[...]

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

Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.

Aduz-se, assim, que a alteração do prenome é possível para evitar situações constrangedoras para o indivíduo. Nesse contexto insere-se perfeitamente o transexual, que passa por vexames diariamente quando necessita comprovar seus dados.

O que ocorre é a total ausência de sintonia entre os documentos capazes de atestar a identidade da pessoa trans e a pessoa que se reconhece como pertencente ao sexo oposto e assim se apresenta à sociedade. Nessa situação é recorrente e natural a adoção de um nome social, que consiste em apelido público e notório, capaz de transmitir à sociedade a real identidade da pessoa, livrando-a de constrangimentos e vexames.

A título exemplificativo vale citar o Decreto estadual de São Paulo, nº 55.588 de 17 de março de 2010, que assegurou às pessoas transexuais e travestis o direito de escolha de tratamento nominal nos atos e procedimentos promovidos no âmbito da Administração direta e indireta do Estado de São Paulo.

De acordo com reportagem do portal G1, em levantamento feito pela Secretaria Estadual da Educação do Estado de São Paulo, desde a edição do decreto o número de estudantes transexuais e travestis que aderiram ao nome social em escolas públicas triplicou. Permitindo concluir, assim, que o preconceito, a discriminação e o constrangimento levam transexuais e travestis à evasão escolar, justamente o que se busca combater com a adoção do nome social em tais ambientes. (SANTOS, 2015)

Vale destacar a importante iniciativa exposta no Anteprojeto do Estatuto da Diversidade, que busca consagrar princípios, trazer regras de direito de família, sucessório e previdenciário, bem como a criminalização da homofobia. Ademais, propõe novas políticas públicas e alterações de determinados dispositivos de legislação infraconstitucional. Entre tais alterações, merecem destaque os artigos 57 e 58 da Lei nº 6.015/73.

Propõe-se que o art. 57 tenha seu parágrafo 2º alterado para que conste a seguinte redação: “§ 2º Comprovada a união estável, os conviventes podem requerer a alteração do sobrenome, de um ou de ambos os conviventes, mediante requerimento ao Oficial do Registro Civil.” Ademais, propõe a revogação dos parágrafos 3º e 4º. No tocante ao artigo 58 do mesmo diploma legal, propõe-se que se acresça o art. 58 – A, que ficaria:

58-A - ACRESCENTAR A alteração do nome e da identidade sexual dos transexuais e travestis será averbada no registro de nascimento, sendo vedada que a mudança conste das certidões expedidas, a não ser a pedido da parte ou por determinação judicial.

No mesmo sentido, o Projeto de Lei João W Nery, em seu artigo 12, modifica a redação do art. 58 da Lei nº 6.015/73 para:

Art. 58º. O prenome será definitivo, exceto nos casos de discordância com a identidade de gênero auto-percebida, para os quais se aplicará a lei de identidade de gênero. Admite-se também a substituição do prenome por apelidos públicos notórios.

Tratar-se-á do Projeto de Lei em capítulo a parte.

Vale destacar que o fato de ainda não haver lei específica regulando a matéria não enseja possibilidade de omissão do Judiciário, devendo-se considerar as diversas fontes que possui o Direito para a regulação do caso concreto. Ressalte-se, ainda, que é justamente na ausência de leis que se começa a regular os fatos sociais mais recentes, eis que o Direito, como se sabe, segue as demandas da sociedade, encontrando-se em constante atualização e transformação.

Nesse sentido, a jurisprudência tem apontado para o reconhecimento da alteração do prenome e dos demais dados registraes inerentes ao reconhecimento da identidade de gênero, como se demonstra a partir das ementas abaixo.

Registro Civil. Alteração de prenome e sexo da requerente em virtude de sua condição de transexual. Admissibilidade. Hipótese em que provada, pela perícia multidisciplinar, a desconformidade entre o sexo biológico e o sexo psicológico da requerente. Registro civil que deve, nos casos em que presente prova definitiva do transexualismo, dar prevalência ao sexo psicológico, vez que determinante do comportamento social do indivíduo. Aspecto secundário, ademais, da conformação biológica sexual, que torna despicienda a prévia transgenitalização. Observação, contudo, quanto à forma das alterações que devem ser feitas mediante ato de averbação com menção à origem da retificação em sentença judicial. Ressalva que não só garante eventuais direitos de terceiros que mantiveram relacionamento com a requerente antes da mudança, mas também preserva a dignidade da autora, na medida em que os documentos usuais a isso não farão qualquer referência. Decisão de improcedência afastada. Recursos providos, com observação. (TJ-SP - APL: 85395620048260505 SP 0008539-56.2004.8.26.0505, Relator: Vito Guglielmi, Data de Julgamento: 18/10/2012, 6ª Câmara de Direito Privado,)

RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO. TRANSEXUAL. INTERESSADO NÃO SUBMETIDO À CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRESENÇA. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA. SENTENÇA CASSADA. O reconhecimento judicial do direito dos transexuais à alteração de seu prenome conforme o sentimento que eles têm de si mesmos, ainda que não tenham

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

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

Registro civil. Pedido de alteração do nome e do sexo formulado por transexual primário operado. Desatendimento pela sentença de primeiro grau ante a ausência de erro no assento de nascimento. Nome masculino que, em face da condição atual do autor o expõe a ridículo, viabilizando a modificação par aquele pelo qual é conhecido (Lei 6015/73, Art. 55, par. único, C.C. Art. 109). Alteração do sexo que encontra apoio no Art. 5º, X, da Constituição da República. Recurso provido para acolher a pretensão. É função da jurisdição encontrar soluções satisfatórias para o usuário, desde que não prejudiquem o grupo em que vive, assegurando a fruição dos direitos básicos do cidadão. (Apelação Cível nº 1651574/5. Quinta Câmara da Seção de Direito Civil. Rel. Des. Boris Kauffmann).

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 evitará 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 número do CPF. Recurso provido para determinar a alteração do prenome do autor, bem como a retificação para o sexo feminino. (Apelação Cível nº 200500101910 Classe: AC - Apelação Cível Relator: Des. Luis Felipe Salomão)

Dessa forma, percebe-se que apesar de ainda não existir legislação específica capaz de assegurar aos travestis e aos transexuais o direito de alteração dos dados registrais de acordo com a sua identidade autodeterminada, deve-se realizar um esforço jurídico no sentido de consagrar

os princípios maiores do Estado, tais como a dignidade da pessoa humana e a igualdade para que se possa alcançar o bem estar social.

4 A contribuição do Projeto de Lei João W. Nery

4.1 A exposição de motivos do projeto

O projeto de lei em estudo tem como principal objetivo garantir o direito de toda pessoa ao reconhecimento de sua identidade de gênero e ao livre desenvolvimento da pessoa conforme sua identidade de gênero autodeterminada. No mesmo sentido, visa assegurar que a pessoa seja identificada da maneira como se auto reconhece nos instrumentos que atestam sua identidade pessoal.

Para tanto, inicialmente busca-se demonstrar a forma como a comunidade chamada de “sexo-diversa” transita ao longo da vida entre a invisibilidade e a visibilidade. Se para um homossexual “ser invisível” implicaria em assumir sua sexualidade publicamente, para os transexuais a visibilidade é compulsória, eis que exteriorizar sua real identidade é necessariamente se expor ao julgamento da sociedade.

Dessa forma, resta evidente a visibilidade obrigatória daquela pessoa cuja identidade sexual está fixada no corpo como um estigma que não se pode ocultar. Conseqüentemente, o preconceito que sofrem é maior, diante da impossibilidade de preservarem ou ocultarem sua própria imagem, seu próprio ser.

Contudo, entre todas as formas de invisibilidade, a que se busca tratar aqui consiste na que seria mais condenável pelo fato de partir do Estado, a invisibilidade legal, oficial.

A ausência de reconhecimento legal da identidade de gênero autodeterminada gera problemas diários, constrange e humilha constantemente. Ir ao banco, efetuar um pagamento ou realizar uma simples identificação, pode causar grandes transtornos para aquela pessoa que existe no mundo real, mas não nos registros civis.

Destacar-se-á, abaixo, trecho constante da justificativa do projeto de lei João W. Nery:

“O livro “Viagem Solitária”, maravilhosa narração autobiográfica de Joao W Nery, é um testemunho imprescindível para entender o quanto a reforma legal que estamos propondo é necessária. Para driblar uma lei que lhe negava o direito a ser ele mesmo, João teve que renunciar a tudo: sua história, seus estudos, seus diplomas, seu currículo. Foi só dessa maneira, com documentos falsos, analfabeto nos registros apesar de ter sido professor universitário, que ele conseguiu ser João. O presente projeto de lei batizado com o nome de João Nery, numa justa homenagem a ele, tem por finalidade garantir que isso nunca mais aconteça. Se aprovado, garantirá finalmente o respeito do direito à identidade de gênero, acabando para sempre com uma gravíssima violação dos direitos humanos que ainda ocorre no Brasil, prejudicando gravemente a vida de milhares de pessoas.”

Dessa forma, é clara a necessidade do encontro entre o que se poderia chamar de ontológico e jurídico, trazendo à tona o debate sobre o reconhecimento oficial das identidades e sobre a pretensão da ciência e do Estado em estabelecer critérios para legitimá-las, critérios capazes de distinguir o que seria a identidade autêntica.

Ainda de acordo com a justificativa do Projeto em tela: *“Travestis, transexuais e transgêneros são, hoje no Brasil, homens e mulheres sem selo de qualidade, sem o carimbo dos oficiais competentes. Pessoas clandestinas.”* Assim, ganha destaque o seguinte questionamento: ser homem ou mulher é mesmo uma atribuição? Quem ou que é capaz de determinar quem é homem e quem é mulher?

Apesar de todas as dificuldades já expostas no presente estudo, percebe-se que o Estado vem tentando, mesmo que de forma incipiente, modificar essa estrutura. Atualmente têm-se portarias, decretos e decisões administrativas que visam reconhecer lacunas na legislação e buscam resolver casos concretos com soluções provisórias. Entre elas pode-se destacar a garantia ao chamado “nome social”, ratificado, por exemplo, pela Resolução nº 11 de 16/01/2015, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais – CNCD/LGBT:

Art. 1º Deve ser garantido pelas instituições e redes de ensino, em todos os níveis e modalidades, o reconhecimento e adoção do nome social àqueles cuja identificação civil não reflita

adequadamente sua identidade de gênero, mediante solicitação do próprio interessado.

Nos moldes da Resolução supra, constata-se que o nome social é garantia limitada e parcial, a qual se dá por meio de mecanismos de exceção. Como consequência de tal “gambiarra jurídica” surge uma espécie de dupla personalidade, oficializada pelo Estado, reconhecendo ao menos uma discrepância entre a vida real e os registros públicos. Vale ressaltar que tal estado de semi-legalidade se propaga a partir de diversas decisões singulares.

Resta claro que é preciso mais. Não é justo legar a decisões singulares o direito de pessoas serem reconhecidas pelo seu Estado, sendo deixadas à mercê de convicções pessoais do julgador para obter direitos garantidos constitucionalmente. Visando preencher essa lacuna, deseja-se criar uma lei federal que traga a solução definitiva para essa questão.

Destaque-se que o mesmo cenário pode ser encontrado em diversos países. A própria lei *in casu* se inspirou na lei de identidade de gênero argentina, a qual é por muitos tida como expoente do reconhecimento da identidade de gênero.

Porém, a maior influência do projeto, sem dúvida alguma, consiste nos Princípios de Yogyakarta sobre a aplicação do Direito Internacional e Direitos Humanos nas questões de orientação sexual e identidade de gênero. Tais princípios foram apresentados perante a Organização das Nações Unidas (ONU) em 2007 por uma comissão internacional de juristas.

Entre os princípios elencados por tal documento, destacar-se-á o Princípio 3 – Direito de Reconhecimento Perante a lei, que assim dispõe:

Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de

uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

a) Garantir que todas as pessoas tenham capacidade jurídica em assuntos cíveis, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, assim como a oportunidade de exercer esta capacidade, inclusive direitos iguais para celebrar contratos, administrar, ter a posse, adquirir (inclusive por meio de herança), gerenciar, desfrutar e dispor de propriedade;

b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa;

c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para que existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa – incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa.

d) Assegurar que esses procedimentos sejam eficientes, justos e não-discriminatórios e que respeitem a dignidade e privacidade das pessoas;

e) Garantir que mudanças em documentos de identidade sejam reconhecidas em todas as situações em que a identificação ou desagregação das pessoas por gênero seja exigida por lei ou por políticas públicas;

f) Implementar programas focalizados para apoiar socialmente todas as pessoas que vivem uma situação de transição ou mudança de gênero. (YOGYAKARTA, 2006: 13)

O direito de reconhecimento perante a lei encontra-se em perfeita harmonia com princípios basilares do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Obviamente, não seria possível prestigiar a dignidade da pessoa humana sem reconhecer a pessoa, dar a ela visibilidade, direito a um lugar na sociedade em igualdade com os outros cidadãos.

Assim, a autodeterminação e o reconhecimento da identidade de gênero são passos elementares para a concretização do livre desenvolvimento da pessoa.

A partir do trecho supracitado, fica evidente a influência do documento sobre o projeto de lei em tela. É certo que o reconhecimento da identidade de gênero autodeterminada, bem como a garantia de capacidade jurídica, são alicerces do projeto de lei João W Nery.

Também deriva dos Princípios de Yogyakarta o conceito de pessoa trans utilizado no projeto: “*pessoa que nasceu num sexo biológico definido, mas se identifica no gênero oposto ao que se entende culturalmente como correspondente a tal sexo*”, abrangendo transexuais, travestis e transgêneros.

A partir destas definições, pode-se concluir que o projeto deseja estabelecer mecanismos jurídicos para o reconhecimento da identidade de gênero, possibilitando a retificação de dados registrares.

Ademais, busca reger a forma com que tais mudanças devem se dar, sendo orientado por princípios como o Fácil Acesso, garantindo rapidez, gratuidade e sigilo aos requerentes.

Vale observar que hoje em dia é necessário a intervenção do judiciário, bem como a existência de diagnósticos psicológicos ou psiquiátricos para o reconhecimento da transexualidade, o que apenas contribui para a visão do fenômeno transexual como patologia.

A despatologização também merece especial atenção, eis que consiste em um dos principais objetivos do projeto em debate. Historicamente o mundo vem caminhando para a despatologização das identidades trans, merecendo destaque a campanha francesa “*Stop Trans Pathologization 2012*”, que intenciona que o “transexualismo” ou “transtorno de identidade de gênero” não seja mais considerado como patologia e transtorno mental no DSM-V (Diagnostical and Statistical Manual of Mental Disorders da American Psychological Association) e no CID-10 (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde da Organização Mundial de Saúde – OMC).

Destaque-se que o atual projeto, em consonância com a legislação comparada, estabelece critérios para assegurar a continuação jurídica da pessoa. Para tanto, garante o uso do número de identidade e do registro de

mudança de sexo no registro civil de pessoas naturais, bem como a notificação aos órgãos competentes, mas sempre garantindo o sigilo do trâmite.

Assim, as pessoas que retificarem o seu sexo e prenome continuarão a desfrutar dos mesmos direitos e mantendo as mesmas obrigações, realizando apenas uma atualização dos dados eleitorais, fiscais, antecedentes criminais e outros.

A lei também regulamenta as intervenções cirúrgicas e os tratamentos hormonais que são realizados como parte do processo de mudança de sexo, de forma a garantir a livre determinação das pessoas sobre seus corpos.

A possibilidade de recorrer a tratamentos e cirurgias de transexualização já é garantida no Brasil, disponíveis através do Sistema Único de Saúde (SUS). Contudo, o atual projeto visa regulamentar e ampliar os direitos já conquistados estabelecendo alguns critérios fundamentais para tanto, tais como:

“[...] a) a despatologização, isto é o fim dos diagnósticos de “disforia de gênero”, proibidos em diversos países por constituir formas de estigmatização anticientífica das identidades trans, como antigamente ocorria com a homossexualidade, por muito tempo considerada erroneamente um doença; b) a independência entre o reconhecimento da identidade de gênero e as intervenções no corpo, isto é, a garantia do direito à identidade de gênero das pessoas travestis que não desejarem realizar alterações no corpo; c) a independência entre os tratamentos hormonais e as cirurgias, isto é, a garantia do direito das pessoas travestis que quiserem terapias hormonais e/ou intervenções cirúrgicas parciais para adequar seus corpos à identidade de gênero autopercebida, mas não desejarem realizar a cirurgia de transexualização; d) a gratuidade no sistema público (SUS) e a cobertura nos planos de saúde particulares; e) a não-judicialização dos procedimentos, isto é, a livre escolha da pessoa para realizar ou não este tipo de tratamentos e/ou intervenções.”

O projeto de lei também possibilita o acesso das pessoas menores de dezoito anos aos direitos que nela consta, afirmando que a identidade de gênero se manifesta antes da maioria de idade, destacando tal situação como uma *“realidade que não pode ser omitida”*.

Para tanto, se baseia nos princípios da capacidade progressiva e interesse superior da criança, em consonância com a Convenção sobre os Direitos da Criança. Vale ressaltar que o projeto de lei também garante a participação dos representantes legais da criança ou adolescente no processo, de forma a impedir que qualquer decisão seja tomada sem o consentimento informado da pessoa menor de 18 anos, prevendo a assistência da Defensoria Pública, de acordo com as garantias estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Finalmente, destacar-se-á que o projeto se baseia na Lei de Identidade de Gênero Argentina, considerada atualmente como a mais avançada do mundo e refletindo debates jurídicos, políticos, filosóficos e éticos travados em torno do tema.

4.2 O que prevê o projeto

Como já destacado, o Projeto de Lei João W. Nery busca assegurar o direito de toda pessoa ao reconhecimento de sua identidade de gênero e seu livre desenvolvimento. Analisar-se-á, abaixo, a forma como este busca regular o processo tido como “transexualizador”.

Primeiramente, o projeto cuida de assegurar o reconhecimento da identidade de gênero, determinando que toda pessoa possui direito a ser tratada com sua identidade de gênero e assim ser identificada pelos instrumentos que atestem sua identidade pessoal, considerando prenome, imagem e sexo em que é registrada.

O art. 2º do projeto de lei em questão define identidade de gênero, a saber:

Artigo 2º - Entende-se por identidade de gênero a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo.

Parágrafo único: O exercício do direito à identidade de gênero pode envolver a modificação da aparência ou da função corporal através de meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra índole, desde que isso seja livremente escolhido, e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de fala e maneirismos.

Tal definição de identidade de gênero encontra-se em perfeita consonância com a explicitada nos Princípios de Yogyakarta sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero:

Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos. (YOGYAKARTA, 2006:7)

Encontra-se em consonância, ainda, com a definição encontrada na Lei de Identidade de Gênero Argentina, que assim dispõe:

ARTICULO 2° — Definición. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Assim, faz-se imperioso reconhecer que a lei se baseia em definições reconhecidas mundialmente, encontrando respaldo tanto na doutrina quanto na legislação comparada.

A seguir, cuida-se de garantir a retificação registral do sexo e a mudança do prenome e da imagem constante da documentação pessoal sempre que não coincidirem com a identidade de gênero auto-percebida.

Contudo, o projeto traz alguns requisitos que devem ser preenchidos para que tais retificações possam ser realizadas:

Artigo 4º - Toda pessoa que solicitar a retificação registral de sexo e a mudança de prenome e de imagem, em virtude da presente lei, deverá observar os seguintes requisitos: I-ser maior de dezoito (18) anos; II- apresentar ao cartório que corresponda uma solicitação escrita, na qual deverá manifestar que, de acordo com a presente lei, requer a retificação registral

da certidão de nascimento e a emissão de uma nova carteira de identidade, conservando o número original; III- expressar o/s novo/s prenome/s escolhido/s para que sejam inscritos.

Parágrafo único: em nenhum caso serão requisitos do prenome: I- intervenção cirúrgica; II- terapias hormonais; III- qualquer outro tipo de tratamento ou de diagnóstico psicológico ou médico; IV- autorização judicial.

Assim, o artigo supracitado deseja estabelecer critérios para a retificação registral, garantindo segurança e praticidade no trâmite, possibilitando que este se dê perante um cartório, sem a necessidade de instauração de um processo judicial.

Já o parágrafo único do artigo quarto garante que não haverá discriminação no processo de retificação dos dados. Por exemplo, não se deve restringir o direito de um travesti que deseje retificar seus dados registrais por se reconhecer como pertencente ao sexo oposto, mesmo que este não realize terapias hormonais ou cirúrgicas de transexualização. Deve lhe ser garantido o mesmo direito de alterar seu prenome, imagem e sexo, ainda que não se submeta a nenhum tipo de tratamento modificador.

É dessa forma que se busca garantir preceitos como a autodeterminação e livre desenvolvimento, bem como acabar com a patologização do transexualismo, que hoje precisa ser “diagnosticado” antes de se iniciar qualquer procedimento que vise adequar o sexo psicossocial ao morfológico, seja ele cível ou salutar.

Por último, merece destaque a retirada do processo do judiciário. Tal alteração visa não só agilizar o processo de retificação de dados, mas também garantir um tratamento igualitário a todos que necessitam retificar seus dados registrais para adequá-los ao seu eu autodeterminado.

Uma vez que tal alteração passa a ser regida por lei, acabam-se arbitrariedades proporcionadas por decisões singulares. Quando se tem que solicitar ao julgador, em cada caso concreto, corre-se o risco de encontrar decisões divergentes, muitas baseadas mais em critérios pessoais do que legais e jurídicos.

Somente através de regulamentação clara, através de lei federal, como se busca com o presente projeto de lei João W. Nery, é que se poderia

garantir decisões baseadas em critérios legais e distanciadas de questões religiosas, filosóficas ou até mesmo pessoais.

O artigo quinto trata dos menores de 18 (dezoito) anos, garantindo a participação efetiva de seus representantes legais no processo e destacando a aplicação dos princípios de capacidade progressiva e interesse superior da criança, em conformidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/90).

Artigo 5º - Com relação às pessoas que ainda não tenham dezoito (18) anos de idade, a solicitação do trâmite a que se refere o artigo 4º deverá ser efetuada através de seus representantes legais e com a expressa conformidade de vontade da criança ou adolescente, levando em consideração os princípios de capacidade progressiva e interesse superior da criança, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

§1º Quando, por qualquer razão, seja negado ou não seja possível obter o consentimento de algum/a dos/as representante/s do Adolescente, ele poderá recorrer a assistência da Defensoria Pública para autorização judicial, mediante o procedimento sumaríssimo que deve levar em consideração os princípios de capacidade progressiva e interesse superior da criança.

§2º Em todos os casos, a pessoa que ainda não tenha 18 anos deverá contar com a assistência da Defensoria Pública, de acordo com o estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

No mesmo sentido, a Lei de Identidade Argentina garante o direito dos menores de 18 anos ao reconhecimento de sua identidade de gênero.

ARTICULO 5º — Personas menores de edad. Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4º deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061.

Quando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener

el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Vale destacar que o projeto de lei em debate recebeu duras críticas no que tange ao acesso dos menores de 18 anos às previsões do mesmo. Contudo, este estudo não pretende aprofundar-se em tal questão, a qual se acredita que deva ser objeto de trabalho mais específico, igualmente pautado pelos princípios que regem a Constituição Federal e legislação específica infraconstitucional.

Em seguida o projeto cuida da forma em que tal retificação deve se dar, mais uma vez zelando pela celeridade, gratuidade e sigilo das informações. O artigo sexto ressalta que os órgãos responsáveis pelos registros públicos devem ser imediatamente informados para que se realize atualização dos dados eleitorais, antecedentes criminais e peças judiciais.

Porém, ao mesmo tempo em que confere essa garantia aos registros públicos, zela pela intimidade da pessoa, proibindo que nos novos documentos conste qualquer referência à lei em debate ou à identidade anterior, salvo casos de autorização expressa da pessoa trans.

Ademais, é assegurado que os trâmites serão gratuitos e pessoais, dispensando a intermediação de advogados ou gestores. Ainda quanto ao sigilo, a lei garante que não se dará qualquer tipo de publicidade à mudança de sexo e prenome, configurando exceção à lei nº 6.015/73 (arts. 56 e 57), salvo nos casos autorizados pelo titular dos dados.

Assim, a lei protege a intimidade da pessoa, mas também garante a sua continuidade. É isso que dispõe o artigo sétimo, ao assegurar que a alteração do prenome não alterará a titularidade dos direitos e obrigações jurídicas que correspondam à pessoa com anterioridade à mudança registral, nem daqueles que provenha das relações próprias de direito de família em todas suas ordens e graus, mantendo-as inalteradas, inclusive nos casos de adoção.

Os parágrafos do artigo sétimo seguem em regulamentação mais específica, tratando desde dados relativos ao matrimônio até o Cadastro de Pessoa Física. Vejamos.

A partir da alteração do prenome em cartório, prosseguirá, necessariamente, a mudança de gênero em qualquer outro documento, tais como diplomas, certificados, carteira de identidade, passaporte, título de eleitor, carteira nacional de habilitação, carteira de trabalho e outros.

Ademais, regula a preservação da maternidade ou paternidade da pessoa trans no registro civil de seus filhos, retificando automaticamente também o registro destes, se assim solicitado, independente da vontade da outra maternidade ou paternidade.

Da mesma forma se dá a proteção ao matrimônio da pessoa trans, possibilitando igualmente a retificação da certidão de casamento independente de configurar união homoafetiva ou heteroafetiva.

Por fim, visando reforçar a continuidade da pessoa, o parágrafo quarto do artigo sétimo ressalta que será relevante o número da carteira de identidade e o Cadastro Nacional de Pessoa Física.

A seguir, o parágrafo oitavo cuida da realização de intervenções cirúrgicas totais ou parciais de transexualização, inclusive as de modificação genital, e ou tratamentos hormonais integrais que visem adequar seu corpo à sua identidade de gênero auto-percebida.

Para tanto, a lei estipula que em todos os casos será requerido apenas o consentimento informado da pessoa adulta e capaz. Dispensando, em todos os casos, qualquer tipo de diagnóstico ou tratamento psicológico ou psiquiátrico, bem como autorização judicial ou administrativa.

Percebe-se nesse trecho o zelo que o Projeto de Lei Joao W. Nery tem com a luta pela despatologização do transexualismo, visando regulamentar a identidade de gênero a partir da auto-percepção, de forma apartada de diagnósticos médicos ou psicológicos, como demonstrado acima.

Além disso, estipula que nos casos de pessoas que ainda não tenham completado dezoito anos de idade, vigorarão os mesmos requisitos estabelecidos no artigo quinto e já demonstrados no presente estudo.

A seguir, o artigo nono assegura que os tratamentos deverão ser gratuitos e oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e pelas operadoras

definidas nos incisos I e II do §1º do art. 1º da Lei nº 9.656/98, por meio de sua rede de unidades conveniadas.

Ainda no mesmo artigo nono, o seu parágrafo único reafirma ser vedada a exclusão de cobertura ou a determinação de requisitos distintos daqueles especificados na presente lei para a realização dos mesmos.

Em sequência, o artigo décimo cuida do respeito à identidade de gênero adotada pelas pessoas que utilizam prenome distinto daquele que figura na sua carteira de identidade, não tendo ainda realizado a retificação registral. Afirma, também, que o nome social requerido deverá ser usado para a citação, chamadas e demais interações verbais ou registros em âmbito público e privado.

Já o artigo décimo primeiro afirma que toda regulamentação ou procedimento deverá respeitar o direito humano à identidade de gênero das pessoas. E, dessa forma, nenhuma regulamentação ou procedimento poderá limitar, restringir, excluir ou suprimir o exercício do direito de identidade de gênero das pessoas, devendo se interpretar e aplicar as normas sempre em favor do acesso a esse direito.

Finalmente, vale destacar que o artigo décimo segundo que busca a efetivação do direito à retificação do prenome e, para tanto, altera o art. 58 da Lei nº 6.015/73, que deverá ficar com a seguinte redação:

Art. 58. O prenome será definitivo, exceto nos casos de discordância com a identidade de gênero auto-percebida, para os quais se aplicará a lei de identidade de gênero. Admite-se também a substituição do prenome por apelidos públicos notórios.

Portanto, resta claro que o Projeto de Lei em discussão busca o reconhecimento da identidade de gênero auto-percebida, ratificando direitos essenciais ao livre desenvolvimento da pessoa humana.

5. CONCLUSÃO

Tendo em vista os argumentos apresentados, resta claro que a inclusão do transexual na sociedade constitui dever do Estado, eis que se assumiu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana.

Uma vida digna requer, necessariamente, o acesso aos mesmos direitos que todas as pessoas têm, direito a ser o que são, reconhecidas perante a lei e a sociedade de acordo com o seu verdadeiro eu.

A superação da dicotomia simplória entre homem e mulher baseada exclusivamente no aspecto morfológico faz-se essencial para o reconhecimento da identidade psicossocial, compreendida como aquela capaz de traduzir a identidade sexual autodeterminada.

O acesso às terapias hormonais e cirúrgicas constitui direito do transexual, guiando-se pelos conceitos de saúde reconhecidos internacionalmente e visando sempre proporcionar um estado de completo bem estar, considerando-se para tanto atributos físicos, mentais, morais, espirituais e ainda a adaptação da pessoa ao meio em que vive.

Contudo, o acesso à saúde, aos tratamentos hormonais e cirurgias, não é suficiente para garantia da dignidade do transexual. O reconhecimento da nova identidade assumida pela pessoa trans precisa do “selo de autenticidade” que só o direito civil é capaz de lhe proporcionar.

A alteração do prenome e dos demais dados registrares capazes de atestar o sexo retificado proporcionam a união entre duas pessoas que habitam o mesmo mundo, ocupam e disputam o mesmo lugar.

Ressalte-se que como demonstrado no presente estudo, não há que se falar em insegurança jurídica para terceiros, eis que tanto decisões judiciais já tomadas quanto os projetos de lei em trâmite, asseguram a continuidade da pessoa através de dados como número de identidade ou CPF.

Ressalte-se, ainda, que a retificação dos dados registrares do transexual encontra apoio na legislação comparada e em diversos acordos internacionais, valendo destacar os Princípios de Yogyakarta.

O Projeto de lei João W. Nery, assim como o anteprojeto do Estatuto da Diversidade, buscam criar uma legislação que atenda aos atuais anseios do transexual, visando também a isonomia no tratamento destes, eis que atualmente fica-se à mercê de decisões de juiz singular ou turmas recursais, correndo-se o risco de influências estranhas ao mundo do direito interferirem no deferimento de seus pedidos.

Assim, conceder aos transexuais os direitos supracitados trata-se não apenas de se respeitar o princípio da dignidade humana, mas também o

da igualdade, já que suas reivindicações cuidam de direitos já conquistados por todos, como o nome, a imagem, a dignidade, a saúde.

Procurou-se mostrar que tais direitos da personalidade constituem verdadeiras garantias constitucionais, pois ainda que não explícitos, encontram-se fundamentados na Carta Magna, em especial na já citada dignidade da pessoa humana.

Uma vez que o direito ao nome deve ser reconhecido como o principal direito da personalidade, deve ser também valorado como direito fundamental, eis que os valores diretamente ligados a ele constituem bens jurídicos essenciais para o desenvolvimento da dignidade.

Finalmente, espera-se que este trabalho contribua para uma maior humanização na tutela do Estado em relação aos transexuais, distanciando-se cada vez mais de um sistema patrimonialista e empenhando-se na concretização dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALÉXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático**. Revista da faculdade de direito da UFRGS, V. 5. Porto Alegre, 1999.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Coleção: El derecho y La justicia. Centros de estudos políticos constitucionales. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid. 2001.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed.rev. atual. E aum.- Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

ASENSI, Felipe Dutra. **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula. **O direito à prestação de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata**. In: Direitos sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. SOUZA NETO, CLÁUDIO Pereira e SARMENTO, Daniel (Org.). Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 10. Ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo, Malheiros, 1997.

BINENBOJM, Gustavo. **Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX**. IN: BINENBOJM, Gustavo. (org.) Direitos Fundamentais. Vol. XII. Revista de direito Da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003.

BARRETO, Vicente de Paulo Barreto. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC), v. 17. São Paulo: ESDC, 2011.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1988.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O conceito de identidade e a redesignação sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **O direito à saúde**. Rev. Saúde Pública. São Paulo, 1988.

DEBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. ver. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____ **Transexualidade e o Direito de Casar**. Disponível em: http://mariaberenice.com.br/uploads/1_transexualidade_e_o_direito_de_casar.pdf. Consulta em 02/05/2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2010.

FERREIRA, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**, 2012.

FRIGNET, Henry. **O transexualismo**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, vol. 1: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética & direito da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

HOGEMANN, Edna Raquel. **O biodireito de mudar: transexualismo e o direito ao verdadeiro eu**, 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9668
Consultado em 2/5/2016.

_____ **Direitos humanos e diversidade sexual: o reconhecimento da identidade de gênero através do nome social**. Rio de Janeiro: Rev. SJRJ, 2014. Disponível em:

http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/508/392
Consultado em 04/05/2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

MACIEL, KATIA. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 2ª Ed. Editora Lumen Juris, 2007.

MATHEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais Sociais e relações privadas. O caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988**. Livraria do Advogado editora. Porto Alegre. 2008.

MENDES, Karyna Rocha. **Curso de direito da saúde**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDONÇA, José Vicente. **Vedação ao retrocesso: O que é e como perder o medo**. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel. (Coord.) **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Lúmen Juris Editora, 2010.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Bookseller, 2000.

OLIVEIRA. Alexandre Miceli Alcântara de. **Direito de Autodeterminação sexual: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Org. **Discriminação por Orientação sexual: a homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito Civil na Legalidade constitucional** - Tradução Maria Cristina de Cicco – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PGR, 2015. Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_constitucional/portal_factory/copy_of_pdfs/re-845779-versao-final.pdf Consultado em: 09/05/2016

REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. 2004. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>> Consultado em 04/05/2016.

SANTOS, LARISSA. **Uso de nome social triplica nas escolas estaduais de SP.** Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/06/uso-de-nome-social-por-transexuais-triplica-em-escolas-diz-secretaria.html> Consultado em 05/05/2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia.** R. Dir. Adm. abr./jun. 1998. Rio de Janeiro, 212: 1998.

SARMENTO, Daniel. (Coordenadores). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie.** Lúmen Juris Editora, 2010.

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

TAYLOR, Charles. **As fontes do self.** ed. 2. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

TORRES, Silvia Faber. Supervisora. **Dicionário de Princípios Jurídicos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ZAFARRONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal.** v. 1. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.