UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA – FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LAÍS CEOLIN DA SILVA

ASPECTOS JURÍDICOS DA CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO DE SEXO

BARBACENA
2011

LAÍS CEOLIN DA SILVA

ASPECTOS JURÍDICOS DA CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO DE SEXO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª. Cristina Prezoti

BARBACENA
2011

Laís Ceolin da Silva

ASPECTOS JURÍDICOS DA CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO DE SEXO

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Profª. Esp. Cristina Prezoti
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Profª. Esp. Maria José Gonzaga Goulart
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Profª. Esp. Darcilene da Consolação Neves Pereira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aprovada em 13/12/2011

Aos meus pais, ao meu irmão e ao meu sobrinho Leonardo. Dedico.

AGRADECIMENTO

A

Deus, pela força que inexplicavelmente se renovava a cada dia de desafio para a conclusão deste trabalho.

Meus pais, pelo incentivo, paciência e amor.

Meu irmão, sempre dedicado e carinhoso.

Meu sobrinho amado.

Meu namorado, Leandro, pelas dicas, pelo carinho, amor e compreensão.

Professora e orientadora Cristina Prezoti, pela orientação indispensável e brilhante.

Admite-se geralmente que toda arte e toda investigação, assim como toda ação e toda escolha, têm em mira um bem qualquer; e, por isso foi dito, com muito acerto, que o bem é aquilo que todas as coisas tendem.

Aristóteles

RESUMO

O presente trabalho pretende abordar as principais características do transexualismo para distinguí-lo das demais anomalias sexuais demonstrando as implicações da situação dos mesmos no Direito após o fenômeno da repersonalização do Direito Civil onde o ser humano é colocado como centro do Direito Civil, abordando em especial o Direito Constitucional, os príncipios e fundamentos constitucionais que se relacionam ao tema, dando maior enfoque ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao direito à saúde e direito à intimidade, honra e imagem. Aborda a questão da possibilidade e processo de retificação de nome e sexo do transexual após a realização da cirurgia de redesignação sexual frente às lacunas da Lei de Registros Públicos, Lei 6.015/73, suas implicações nas relações jurídicas, discutindo uma possível insegurança jurídica causada frente à retificação de todos os documentos do operado. Também é abordada questão do casamento realizado entre um transexual antes e após a cirurgia e suas implicações no Direito Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Redesignação de sexo. Princípios e Fundamentos Constitucionais. Dignidade da Pessoa Humana. Retificação de Registro Civil. Casamento

ABSTRACT

This study addresses the main features of transsexualism to distinguish it from other sexual abnormalities demonstrating the implications of the situation in the same right after the phenomenon of repersonalization of civil law where the human is placed as a center of civil law, especially addressingconstitutional Law, the constitutional foundations and principlesthat relate to the theme, giving greater emphasis to the principle of human dignity, the right to health and right to privacy, honor and image. Addresses the possibility and process of rectification ofname and sex of the transsexual surgery after sex reassignmentgaps in front of the Public Records Law, Law 6.015/73, its implications in legal relations, discussing a possible legal uncertainty caused forward the correction of all documentsoperated. Also covered is the issue of marriage made between atranssexual before and after surgery and its implications on civil law.

KEYWORDS: sex reassignment. Constitutional Principles andFundamentals. Dignity of the Human Person. Rectification of Civil Registry. marriage

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - Artigo

Inc. - Inciso

CFB.88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CC.02 - Código Civil Brasileiro de 2002

SUMÁRIO

3.1 Do Direito à Vida.....20

3.2 Inviolabilidade à Intimidade, Vida Privada, Honra e Imagem.....21

3.3 Direito de Igualdade.....23

3.4 Direito de Liberdade.....24

3.5 Direito à Saúde.....25

3.6 Dignidade da Pessoa Humana.....26

O transexualismo é definido como patologia pela Classificação Internacional de Doenças (CID – 10 F64.0), diferindo assim das demais anomalias sexuais. A característica marcante é que tem o transexual sexo psíquico oposto ao sexo físico, desencadeando uma desarmonia entre corpo e mente e o desejo de ser aceito e viver como pessoa do sexo físico oposto, existindo como solução para alguns casos a cirurgia de redesignação sexual, onde através de procedimento cirúrgico e tratamento hormonal é possível a adequação do sexo físico ao psíquico.

A cirurgia de redesignação sexual encontra-se regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 1955/2010, onde ficam estabelecidas as normas quanto aos procedimentos pré e pós operatórios, bem como as de seleção dos pacientes, que deverá obedecer à avaliação de equipe multidisciplinar constituída de médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, que acompanharão o paciente por, no mínimo 02 anos, além da idade mínima de 21 anos exigida para a realização do procedimento cirúrgico.

Sendo o paciente considerado apto à realização da cirurgia e terminados os procedimentos relativos a mesma, inicia-se para o transexual a busca para que seus documentos pessoais sejam condizentes à sua nova realidade, não sendo razoável que o mesmo continue a utilizar um prenome comum do sexo oposto ao que se

identifica. Para se conseguir a mudança de prenome e sexo é necessário que o transexual ingresse com uma Ação Judicial de Retificação de Registo Civil, requerendo autorização para que sejam retificados os documentos passando a constar um prenome comum do sexo redesignado e que o sexo seja também retificado, salientando-se que pela falta de previsão legal relativa ao assunto em questão corre-se o risco de indeferimento do pedido, o que, sem dúvidas, causaria imensuráveis prejuízos ao autor.

Com a ocorrência da repersonalização do direito, a patrimonialização do direito dá lugar à figura do ser humano e o mesmo é colocado como primeiro de seus valores e a observância da dignidade da pessoa humana passa a ser foco em todas as áreas abrangidas pelo direito, sem exceção.

A sociedade evolui a medida que o ser humano evolui, não apenas aceitando como também respeitando as diferenças e agindo para que as mesmas sejam respeitadas por todos, acima de tudo. Ocorre que há certa parcela da sociedade que insistentemente deixa de evoluir e assim, eivados de preconceitos e discriminações, acabam por desrespeitar direitos de seus semelhantes resguardados na Carta Magna Brasileira e em outras Leis.

Assim, demonstra o presente trabalho as definições de alguns dos princípios constitucionais mais importantes e que se relacionam diretamente com a realidade vivida por esta parcela da sociedade que não raramente depara-se com as mais diversas situações desrespeitadoras destes princípios, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, que se fossem observados como norteadores das relações humanas, independente de opiniões, evitariam dissabores, crimes, violência e até a guerra.

2 A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO E O TRANSEXUAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 seguindo o exemplo de algumas das antigas Constituições Brasileiras adotou como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, porém nem todas as Constituições Brasileiras a elevaram a tão alto status, sendo este um marco na evolução dos direitos e garantias fundamentais. Adotou a categoria do direito geral de personalidade, sem deixar, no entanto, de tipificar entre as garantias individuais fundamentais alguns dos direitos da personalidade.

Essa preocupação com o ser humano e em salvaguardar sua dignidade, colocando o indivíduo como centro, como principal destinatário da ordem jurídica, tem sido denominada de repersonalização do direito, ou, constitucionalização do direito civil, sendo este um processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do Direito Civil, que em virtude de sua antiga evolução, forneceu e fornece diretrizes que serviram e servem para a consolidação de vários ramos do direito, inclusive o constitucional.

É tendência geral a inclinação pela adoção da repersonalização do Direito Civil, tendo em vista que o Direito é um sistema ético, tendo como centro o ser humano, como primeiro de seus valores, e não apenas como titulares de bens. Pois hoje, as normas do Direito Civil, como qualquer outro ramo, deve passar filtro do vértice normativo do direito constitucional, daí se falar em direito civil constitucional, o qual valoriza ao máximo a dignidade da pessoa humana, deixando em segundo plano a patrimonialização das relações civis, encontrada em grande parte do novo Código Civil, até mesmo nas relações de família, e este, com certeza a despatrimonialização das relações civis será o maior obstáculo encontrado pelos legisladores nesta nova fase do direito.

Cabe frisar que a repersonalização do Direito não significa que este conseguirá evoluir e modificar ao mesmo tempo em que o ser humano modifica sua forma de agir e pensar, nem é este o propósito, conforme ensinam Elisangela Oliveira e Elza Elizabeth Maram Queiroz da Silva (2005, p.144) :

> O tempo da vida humana possui um ritmo próprio, da mesma forma que o Direito possui o seu, e esses tempos nem sempre estão em harmonia [...] É certo que as matérias de Direito precisam de um tempo "especial", na medida em que exigem amadurecimento. Entretanto, esta questão provoca, no imaginário social, a idéia de estar-se à margem da lei, porque as respostas que as satisfaçam de imediato não são encontradas; quando, na realidade, somente é possível ao direito responder aos anseios e necessidades sociais "dando tempo ao tempo.

O Direito novo revela o Direito como fenômeno social, visualizando a ciência do Direito como sócio-valorativa, ciência de problemas práticos com resultados concretos, e não deduções apriorísticas, ciência de decisões criativas, e não automáticas que acabam muitas vezes não alcançando seus reais objetivos no perímetro social.

É dentro desta nova ordem que os excluídos pelo Direito tradicional irão encontrar seu lugar. Aqueles a quem o Direito Clássico nega a devida tutela, excluídos da sociedade e da cidadania, encontrarão a devida proteção; serão autênticos sujeitos de direitos, exercendo a cidadania sob a perspectiva deste novo Direito Civil, que está, presentemente, apresentando seus novos contornos, atendendo a todos os cidadãos, por serem sujeitos e serem humanos, possuidores dos mesmos direitos e mesmos deveres, ditados pelas mesmas regras, sem distinções.

Nesta nova órbita ganha mais força a relatividade dos direitos e garantias individuais e coletivos, em que, frente a conflitos entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, deve o intérprete utilizar o princípio da concordância prática ou da harmonização, coordenando e combinando os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de um em relação a outro direito, alcançando e buscando a harmonização do texto constitucional com a situação concreta.

A própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, mais precisamente em seu artigo 29, afirma que

> Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum

> caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração.

Entre os excluídos, a quem esse novo Direito interessa, se encontram os portadores de anomalias sexuais.

O portador de disforia[1] de gênero encontra, em determinados casos, como melhor terapia a intervenção cirúrgica de transgenitalismo destinada à conversão sexual, adequando, cirurgicamente, a genitália externa do paciente ao seu sexo psíquico, trazendo ao paciente operado a harmonia entre sexo físico e psíquico, proporcionando, assim, sua felicidade.

Determinada intervenção cirúrgica traz inúmeros reflexos jurídicos, os quais devem ser analisados à luz dos princípios constitucionais da liberdade, da dignidade da pessoa humana, do livre desenvolvimento da personalidade humana, do direito à saúde entre outros.

Antes da abordagem deste tema tão complexo é necessário fazer alguns levantamentos sobre a exata noção de sexo, identidade sexual de um indivíduo e gênero, e fazer a diferenciação sobre as diversas anomalias sexuais já constatadas, para que a transexualidade seja vista de uma forma mais individualizada das demais, fazendo com que o estudo seja mais claro e conciso, pois é normal ocorrer certa dificuldade em diferenciar o transsexual de um homossexual, por exemplo.

O sexo seria um dos caracteres primários da identificação da pessoa e pode ser definido como o conjunto de características que distinguem o macho da fêmea, ou o conjunto de indivíduos que têm a mesma conformação física.

Assim, o significado de sexo é basicamente biológico e só admite quatro categorias – macho, fêmea, hermafrodita e assexuado. Na prática, contudo, essas quatro categorias ficam reduzidas às duas primeiras, em virtude da escassez, na natureza, de “casos enquadradáveis” nos dois últimos itens.

O conceito de gênero é basicamente cultural. E aí é que está o problema: embora seja literalmente infinita a diversidade de papéis e personagens sociais dentro de uma cultura, pela sua vinculação direta ao conceito de sexo o gênero de

[1] Indisposição mórbida, Medicina Indisposição geral, mal-estar permanente

um indivíduo fica esmagado dentro de uma camisa de força onde existem apenas dois gêneros: masculino e feminino. Esse fenômeno é comumente chamado ultra-simplificação: a redução da multiplicidade e diversidade de papéis e comportamentos humanos a duas únicas categorias: masculino e feminino ou homem e mulher.

Partindo-se destas definições, todo e qualquer indivíduo tem que ser identificado como pertencente a um dos dois sexos ou gêneros, masculino ou feminino, nascendo assim o direito à identificação sexual.

Seguindo a mesma linha de raciocínio da maioria dos autores, o direito à identidade sexual está inserido dentro do conteúdo do direito à identidade pessoal, efetuada com o registro de nascimento da criança perante o Cartório de Registro Civil competente, onde a criança será identificada como menino ou menina após o simples exame da genitália externa do recém nascido.

Quanto às anomalias sexuais, condutas anormais de realização dos prazeres sexuais comparadas às relações heterossexuais normais, estas serão apresentadas de forma suscinta, mostradas distinções e características existentes apenas para elucidação maior sobre o tema, visto que normalmente é encontrado nas pessoas leigas no assunto uma dificuldade em distinguí-las.

No intersexualismo o indivíduo tem características físicas e funcionais, somáticos e psíquicos de ambos os sexos. Também é chamado de sexo indeciso. Distinguindo estes dos transexuais, assim aponta Hodja (1982, *apud* SZANIAWSKI, 1999, p.45):

> Ao contrário do que ocorre com os transexuais, os intersexuados não têm grande preocupação em manter um ou outro sexo. Sua maior preocupação é que seja definido com precisão aquele ao qual pertencem e que lhe permita a funcionalidade.

Sobre o hermafroditismo alguns autores sustentam a tese de que não existe o hermafroditismo completo, originando este pela parada ou distúrbio no desenvolvimento do feto, produzindo mal formação genital. A corrente majoritária defende a tese que o hermafrodita é aquele que possui tecido ovariano e testicular.

O homossexualismo, também denominado como inversão sexual, já foi classificado como distúrbio de personalidade psicopata por alguns pioneiros da psiquiatria, como Freud, mas hoje, após diversos movimentos *"gays"* em todo o mundo, o homossexualismo já não é mais visto sob este prima e a aceitação social vem crescendo a cada dia, como esperado nesse novo posicionamento mundial sobre igualdade de direitos e aceitação das diferenças.

O homossexual não pretende ver redesignada sua genitália, pois esta é fonte de estímulos de seu prazer, apenas sua atração sexual é apontada para pessoas que apresentam o mesmo sexo físico que o seu.

Melhor definição não se encontra como a de Roberto Farina (*apud* SZANIAWSKI, 1999, P.48), onde:

> o homossexualismo teria origem psicogênica e multifatorial, isto é, teria origem endócrina, psíquica, ambiental etc. o homossexual não possui conflitos oriundos de sua condição, pois sua orientação erótica é precisa e seus órgãos sexuais são, para ele, uma fonte de prazer.

O travestismo caracteriza-se pelo ato do indivíduo trajar-se com roupas destinadas ao sexo oposto. Importante frisar que nem sempre o ato de travestir-se é considerado anomalia sexual, ás vezes sendo feito apenas para festejar ou para experimentar sensações femininas ou masculinas, tendo assim o travestismo traços nada semelhantes ao transexualismo.

O transexualismo, foco do presente estudo, ocorre nos indivíduos que se identificam convictamente como sendo do sexo oposto do gênero apresentado pelo seu próprio corpo, sexo psicológico oposto ao sexo biológico, sentindo assim, extrema necessidade de adequação dos mesmos para ser alcançada, neste indivíduo, a harmonia entre corpo e mente.

Segundo a Classificação Internacional das Doenças (CID -10 F64.0) o transexualismo caracteriza-se por um desejo imenso de viver e ser aceito como membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e o desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia, para seu corpo ficar tão congruente quanto possível com o sexo preferido.

Conforme o art. 3º da Res. CFM n. 1955 de 12 de agosto de 2010, a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos seguintes critérios:

1º- desconforto com o sexo anatômico natural;

2º- desejo expresso de eliminar as genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;

3º- permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;

4º- ausência de outros transtornos mentais.

Há diversos trabalhos que tentam apontar de forma definitiva a origem do transexualismo, contudo, sem respostas satisfatórias, tendo em vista a existência de diversas teorias acerca do assunto.

A teoria genética traz a hipótese de que o transexualismo ocorra na fase de blastema, ou seja, no momento da união dos cromossomos do óvulo e do espermatozóide, fase pré-embrionária ou ainda na fase progênese (formação e desenvolvimento das células sexuais da reprodução).

A teoria fenotípica atribui a origem do transexualismo ao biótipo do indivíduo, cuja conformação anatômica feminóide, ginandróide e androginóide induziria, com seu estigma, o desabrochar do quadro do transexualismo masculino, da mesma forma que uma conformação andróide ou masculinóide faria despontar um transexual feminino.

A teoria psicossexual ou psicológica é atribuída a Stoller, considerada ultrapassada por alguns, que se baseia no ambiente social onde o indivíduo se desenvolve. Essa teoria parte da verificação de uma regressão evolutiva do desenvolvimento libidinal a níveis pré-edipianos, como consequência da identificação com a figura materna. A mãe dominante, que por muito tempo mantém o filho preso a ela, acaba por constituir-se em um objeto único de identificação da criança. Nesse caso, o pai ausente, psicologicamente, inclusive, não teria condições de quebrar a relação exacerbada entre mãe e filho, resultando no desvio sexual.

A teoria neuroendócrina parte de estudo do hipotálamo humano, glândula que controla o comportamento sexual, sendo este, em todos os fetos, fundamentalmente feminino.

Um excesso de estrógenos na mãe, ou a falta de funcionalidade dos órgãos neurais, causaria permanência do centro hipotalâmico com características femininas, deflagrando-se mais tarde um comportamento sexual anormal perante os indivíduos.

A síndrome do transexualismo é considerada por parte da doutrina médica uma entidade psiquiátrica. Ocorre, no entanto, que os transexuais adultos são extremamente resistentes a qualquer das modalidades de terapia psiquiátrica.

Farina (*apud* SZANIAWSKI, 1999, p. 63) afirma que:

> a evidência médica sugere não se tratar o transexualismo, propriamente, de doença, ao dizer, taxativamente, que “os transexuais não são doentes”, sendo pessoas normais, sob todos os aspectos, além do que a sua identidade de gênero é bem definida e normal. Para o autor, a cirurgia de redesignação de sexo, ou vaginoplastia, apenas completaria o perfeito entrosamento entre seu corpo e a alma. E, louvando-se dos ensinamentos de Benjamim e de Ihlenfeld, afirmam que, na família seriária dos intersexuados, o transexualismo, sob muitos aspectos, deve ser considerado como uma versão inacabada da síndrome de feminilização testicular.

A vaginoplastia (SRS) é o passo final dramático e irreversível no processo de transição de gênero de homem para mulher. Se faz este passo só depois de uma introspecção profundíssima e só com acompanhamento psicológico e em consideração de todas as opções possíveis. Para aquelas que precisam de uma correção completa de gênero, a cirurgia é um milagre capaz de salvar e melhorar uma vida, assim para permitir mais tarde uma vida plena e feliz. Porém, uma decisão errada de se cometer a uma transformação completa de gênero, baseada em desejos caprichosos, pode conduzir a permanentes e horríveis consequências psicológicas e emocionais.

Após os estudos necessários e a devida comprovação médica de que a cirurgia pode ser realizada sem contra indicações físicas e psicológicas, efetuada a intervenção cirúrgica, haverá um indivíduo plenamente satisfeito com sua identidade, sob todos os aspectos.

Dentre tais aspectos, a identidade sexual seria um desdobramento do direito à identidade pessoal, como o "poder" de aparecer externamente igual a si mesmo em relação à realidade do próprio sexo, masculino ou feminino, vale dizer, o direito

ao exato reconhecimento do próprio sexo real, antes de tudo na documentação constante dos registros civis das pessoas naturais.

3 O TEMA PERANTE A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

3.1 Do Direito à Vida

A CFB.88 garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que sem o mesmo não há que se falar na existência dos demais direitos e garantias .

A palavra vida, é conceituada por Houaiss *(2001, p. 2858)*, sob diferentes aspectos, nos quais os que mais interessam neste momento, no que pertine ao Direito à Vida, são os seguintes:

> ...3 - o período de um ser vivo compreendido entre o nascimento e a morte; existência...5 - motivação que anima a existência de um ser vivo, que lhe dá entusiasmo ou prazer; alma, espírito...8 - o conjunto dos acontecimentos mais relevantes na existência de alguém; 9 - meio de subsistência ou sustento necessário para manter a vida...

Há quatro correntes quanto ao início da vida humana: a) as que defendem que o início da vida começa com a fertilização; b) as que defendem que o início da vida começa com a implantação do embrião no útero; c) as que defendem que o início da vida começa com o início da atividade cerebral e d) as que defendem que o início da vida começa com o nascimento com vida do embrião.

A corrente a que se liga o Direito é a biológica, iniciando a vida com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um zigoto, ou seja, a vida e as proteções à mesma começam com a gravidez.

Para o ordenamento jurídico é de vital importância que se defina de maneira clara e simples o início da vida humana, para determinar a partir de que momento essa nova entidade será considerada viva e terá personalidade jurídica, será tutelada pelo Direito, assim como se fez com o conceito de morte.

Assim, o direito à vida deve ser associado a um direito à conservação da vida, em que o indivíduo pode gerir e defender sua vida, e no caso dos transexuais, de viver de forma digna e compatível com sua realidade, sem com isso sofrer discriminações.

Vida é sagrada. É para ser vivida de forma a trazer ao seu único possuidor a felicidade e plena satisfação de ser o que é, para, assim, esse direito ter a razão de existir. Assim, para o transexual, de certo, não há que ser diferente, muito pelo contrário, seu direito à vida deve ser resguardado como qualquer outro direito, e como o de qualquer outra pessoa, seja qual for sua condição.

3.2 Inviolabilidade à Intimidade, Vida Privada, Honra e Imagem

A CFB.88, em seu artigo 5º, inciso X, assegurou de forma imperiosa o direito à inviolabilidade à intimidade, vida privada, honra e imagem, sob qualquer pretexto, com o objetivo, dentre outros, de proteger as relações entre os seres humanos em seus ambientes de trabalho, família, lazer, e outros mais, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas.

Intimidade, em seu aspecto interno, é o espaço reservado e resguardado de intromissões, estabelecido e controlado no íntimo de cada pessoa, onde a mesma leva consigo seus pensamentos, segredos e decisões; e em seu aspecto externo há a intimidade resguardada nas leis, exemplificando, a inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI, CFB.88) e o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CFB.88).

Sobre a vida privada José Afonso da Silva ensina que: (2011, p. 208),

> a tutela jurisdicional visa proteger as pessoas de dois atentados particulares: ao segredo da vida privada e à liberdade da vida privada. O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida, sem perturbação de terceiros.

O conceito de privacidade, que se manifesta tanto na vida privada, na intimidade e na honra e imagem das pessoas, que mais abrilhanta o tema vem da lição de J.J. Calmon de Passos,

> a privacidade é o refúgio da dignidade pessoal, o núcleo inexplorável do indivíduo, pelo que somente ele, e exclusivamente ele, pode autorizar sua desprivatização. E esta regra não comporta exceções. Tudo que é informado se torna público, deixa de ser público ou privado, de onde se conclui que, nessa área, permitir a informação é eliminar a privacidade, sacrificar irremediavelmente o direito à intimidade. (Rev. For. nº 324, p. 61-67).

O conceito de honra que mais conecta-se ao estudo ora apresentado é aquele que transmite a idéia de normas de conduta estabelecidas entre grupos de pessoas através da convivência pacífica e respeitadora dos limites das diferenças de cada membro, de modo a trazer prazer tanto ao receptor da ação ou omissão, quanto ao agente, deixando de lado as impessoalidades da conduta, tendo como prazer, a satisfação atingida por agir e existir em um meio harmônico de indivíduos, cada qual com suas caracteríscas.

A proteção à imagem alcança tanto o direito da pessoa de mostrar-se ao mundo como assim desejar, como o direito de sua imagem não ser utilizada, em qualquer meio de comunicação, sem a autorização da pessoa correspondente. Essa garantia é de suma importância para aqueles que se submetem à cirurgia de ablação de sexo, pois seu resultado proporcionará ao operado a satisfação de obter a imagem desejada, sentindo-se, assim, abrangido por tal garantia constitucional.

Reside nos ensinamentos trazidos acima o fundamento legal mais abrangente bem como autorizador da mudança do sexo jurídico, pois sem ela, ofendida estará a intimidade do indivíduo, bem como sua honra.

Sabendo-se que a violação a este princípio ocorre frequentemente com os transexuais com o preconceito demonstrado em relação ao jeito de se vestir e se portar, típico dos mesmos, ou pelo simples fato de estarem inseridos num grupo não aceito por grupos de intolerantes, é que se discute o cabimento de ações judiciais indenizatórias, onde, pela natureza dos fatos, muitas vezes se dispensa a comprovação da extensão dos danos sofridos na esfera material ou moral, sendo a última questão subjetiva, onde apenas quem sofreu o dano pode mensurá-lo.

Conclui-se, portanto, que os danos serão evidenciados pela simples prática do ato contrário ao que preceitua a lei ou os bons costumes.

3.3 Direito de Igualdade

A CFB.88, no caput do artigo 5º, inicia o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza trazendo tal expressão, sem distinção de qualquer natureza, um raio de abrangência maior do que traziam as Constituções Federais do Brasil anteriores à vigente. Reforçando este princípio aparecem muitas outras normas sobre igualdade ou buscando igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais, dentre outros.

Conforme ensinamento de José Afonso da Silva, a conceituação de igualdade posicionou os povos em linhas opostas e extremas. A primeira posição sustenta que a desigualdade é característica do universo, onde todos nascem e perduram desiguais, pensamento totalmente oposto ao trazido no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Em contrapartida estão os idealistas que defendem a posição igualitária absoluta entre as pessoas. Ainda, contrário aos dois posicionamentos acima expostos, encontram-se os realistas onde é aceita a existência de desigualdades entre os homens, mas em sua essência, como seres humanos há de ser reconhecida a igualdade e, como bem lembra Cármem Lúcia Antunes Rocha (*apud* AFONSO DA SILVA, 2011, p.213):

> não se aspira uma igualdade que fruste e desbate as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino. O que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único.

No passado era comum a discriminação pelo fator sexo, sendo o sexo feminino por vezes pormenorizado, inclusive juridicamente, face ao sexo masculino, sejam nas relações familiares, sejam nas relações de trabalho, sendo buscado, dia após dia, a igualdade sem distinção de sexo. Nos dias atuais acha-se ultrapassada a expressão, sendo correta e mais abrangente a expressão igualdade sem distinção de sexo e de orientação sexual.

Encontram-se crescentes as leis para a proteção da liberdade de cada pessoa adotar a opção sexual que assim desejar, leis estaduais e até municipais, como é o caso do Decreto Estadual nº 55.589, de 17-3-2010 - Regulamenta a Lei nº 10.948, de 5 de novembro de 2001, que dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual.

Para reforçar a eficácia do direito à igualdade encontra-se o princípio da não discriminação e talvez seja este princípio a arma mais utilizada pelos transexuais em sua busca pela igualdade, encontrando como ferramenta, trazida esta para o Poder Judiciário, a utilização das tutelas penais, com penas variáveis para cada tipo de discriminação. E para fundamentar e exigir dos legisladores penas mais rigorosas a CFB.88 traz, em seus incisos XLI e XLII do art. 5º, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e que “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei”

3.4 Direito de Liberdade

Conforme os ensinamentos de José Afonso da Silva, existem duas formas de liberdade: a liberdade interna e a liberdade externa. Aquela, também chamada de liberdade subjetiva ou liberdade de indiferença, decorre única e exclusivamente da vontade da pessoa em decidir e escolher uma das diversas opções que tem dentro de si, sendo pois, a manifestação do livre arbítrio comandando as decisões tomadas internamente em cada ser, utilizando-se para tal, suas vontades e desejos, sem intromissões de outros. Já a liberdade externa, também conhecida como liberdade objetiva ou liberdade de fazer consiste nas ações ou omissões feitas externando o

querer individual. Claras estão as diferenças entre ambas, sendo a de maior importância para o tema estudado o fato de que as liberdades internas não acomodam participações de outros indivíduos e que as liberdades externas estão quase sempre rodeadas de limitações impostas pelas leis, costumes, e pelo homem.

Trabalhando num caso exemplificativo, um transexual, antes da cirurgia de ablação de sexo, utilizou-se da liberdade interna e entre as opções sexuais existentes opta por uma. Para sua realização pessoal e união das duas liberdades, utilizou do direito de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, e tendo em vista que a lei brasileira não proíbe nos dias atuais e sim autoriza a realização da cirurgia, aparece aí a liberdade objetiva, quando então se submete ao procedimento operatório.

3.5 Direito à Saúde

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 a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CFB.88, art. 196), sendo 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 por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (CFB.88, art. 197).

Pelas exposições e definições sobre o transexualismo já expostas fica cristalino que a situação que estas pessoas se encontram desencadeia diversos fatores negativos à saúde, tanto física, pela não aceitação de seu sexo morfológico ou até por uma automutilação, quanto psíquicas, pela situação de convivência diária e ininterrupta do desconforto de “estarem” num corpo não harmônico com a própria mente, nascendo assim, a necessidade de amparo ao direito à saúde dos transexuais, através da realização da cirurgia de redesignação de sexo.

Na parte ocidental do mundo a cirurgia é recente, tendo seu início no Brasil em 1971, realizada pelo Cirurgião Roberto Farina. Já no ano de 1997 o Conselho

Federal de Medicina regulamenta a realização de cirurgias experimentais nos hospitais universitários no país.

A Justiça anunciou no mês de agosto de 2007, através da Resolução 1482/97, subordinando as intervenções, também, às normas e diretrizes éticas da Resolução do Conselho Nacional de Saúde n.º 196/1996, a obrigatoriedade do Sistema Único de Saúde (SUS) de custear a cirurgia de readequação sexual. A ação pública movida pelo Ministério Público Federal foi aprovada em 14 de agosto deste ano pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Porto Alegre, e tem validade em todo o território nacional. Segundo os termos da decisão, o oferecimento da cirurgia de transgenitalização através do SUS é um direito constitucional, que obedece ao princípio de respeito à dignidade humana, direito à saúde, à liberdade, ao livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, igualdade e proibição de discriminação por motivo de sexo ou gênero.

Em decisão recente do Conselho Federal de Medicina, revogando as normas trazidas anteriormente, editou em 12 de agosto de 2010 a Resolução nº 1.955 onde é reconhecido o tratamento de transgenitalismo de adequação do fenótipo feminino para masculino, autorizando procedimentos de retirada de mama, útero e ovários, como também a novidade de que agora os tratamentos de transgenitalismo podem ser realizados em qualquer estabelecimento, desde que siga os pré-requisitos da resolução.

3.6 Dignidade da Pessoa Humana

Considerado por muitos o pilar dos demais princípios, como elemento norteador da República Federativa do Brasil, como efetiva fruição dos direitos fundamentais individuais e compromisso da sociedade com cada membro, trazendo proteções, respeito e condições de cada qual viver, na forma mais ampla de alcance da palavra, inicia-se a apresentação do princípio da dignidade da pessoa humana, sob um prisma que ascende ao princípio constitucional, sendo o mesmo inserido no direito natural de cada qual, para ser, assim, elemento norteador de toda e qualquer relação humana.

Tamanha importância e grandiosidade envolve o tema, principalmente após estar consagrado no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem que consequentemente, o mesmo fez parte do texto da mesma, em seu art. 1º onde é proclamado que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60.) assim conceitua a dignidade da pessoa humana:

> 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Para Afonso da Silva (2000, p. 146) a dignidade da pessoa humana encontra-se no epicentro da ordem jurídica brasileira tendo em vista que concebe a valorização da pessoa humana como sendo razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para o Direito. O legislador constituinte elevou à categoria de princípio fundamental da República a dignidade da pessoa humana, sendo assim um dos pilares estruturais fundamentais da organização do Estado brasileiro, previsto no art. 1º, inciso III da CFB.88.

Jorge Miranda (2000, p. 183-184) elaborou uma sistematização das características da dignidade da pessoa humana para tentar definí-la, conforme exposto:

> a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e a cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta;
> b) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;

> c) o primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade;
> d) a proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição de direitos;
> e) a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas. (sic)

Assim, colocando a situação dos transexuais frente a tais características pode-se observar a falta de alguma delas quando, por exemplo, não lhe é concedida a autorização para a redesignação sexual através do SUS por falta de verbas para a saúde ou após a realização da cirurgia não lhe é permitida a retificação de seu registro civil.

Vale frisar aqui que a proibição da realização do procedimento cirúrgico nem sempre ofende tal princípio pois a cirugia não é a solução nem a indicação médica e/ou psicológica para todos os casos de transexualismo.

É quase unânime nas decisões dos Tribunais Brasileiros a idéia de que a dignidade da pessoa humana é brutalmente atacada no que se refere aos transexuais, sendo a mesma usada como argumento maior para o deferimento de pedidos como o de realização da cirurgia ou de retificação do nome e sexo, antes ou após a cirurgia, como o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul onde:

> Ementa: APELAÇÃO. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO.TRAVESTISMO. ALTERAÇÃO DE PRENOME INDEPENDENTEMENTE DA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E À DIGNIDADE. A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com as características que o seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a sua alteração. A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social. DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70030504070, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 29/10/2009)

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 70) aduz em sua obra que:

> É certo que a dignidade da pessoa humana possui duas dimensões no âmbito dos bens jurídicos mais importantes da pessoa humana – como a vida, a integridade psicofísica, a honra, a intimidade, entre outros -, ora sendo encarado na dimensão coletiva – como, por exemplo, a proibição da prisão arbitrária, da deportação -, ora na pessoal, o que representa a necessidade de se respeitar a pessoa considerada como tal, nas relações intersubjetivas – daí, por exemplo, a proteção dos direitos da personalidade. A dimensão pessoal da dignidade da pessoa humana impõe o dever geral negativo quanto ao respeito à liberdade individual e aos direitos decorrentes do exercício de tal liberdade, como no caso dos direitos reprodutivos. O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando direitos sobre todo o ordenamento jurídico, não apenas no que tange aos atos e às situações existenciais envolvendo a esfera pública dos atos estatais, mas também todo o conjunto de relações privadas que se verificam no âmbito da sociedade (...) A noção e dignidade da pessoa humana envolve o núcleo existencial que é essencialmente comum a todos os seres humanos pertencentes ao gênero humano, impondo, no que tange à dimensão pessoal da dignidade, um dever geral de respeito, de proteção e de intocabilidade, não sendo admissível qualquer comportamento ou atividade que “coisifique” a pessoa humana. De se notar que, à luz do art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana deve ser acompanhada da necessidade de que as demais pessoas e a comunidade respeitem sua liberdade e seus direitos, de modo a permitir o resguardo e a promoção dos bens indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade da pessoa humana.

O idealismo que cerca o conceito, brilhantemente elaborado pelos legisladores, doutrinadores e estudiosos de todo o mundo, infelizmente está longe de ser alcançado em seu aspecto externo, além da letra fria nos papéis, de forma satisfatória, não só pela falta de conscientização de cada qual, mas pela falta de políticas públicas estimulantes e que efetivamente retirem o idealismo da dignidade da pessoa humana dos textos legais e doutrinários e apliquem na sociedade de forma concreta, proporcionando a cada membro não só o mínimo existencial, mas a certeza de estarem ao alcance de suas mãos todas as possibilidades existentes para se buscar a plena satisfação pessoal.

4 O REGISTRO CIVIL DO TRANSEXUAL

Fácil seria para os transexuais se seus problemas terminassem com um procedimento operatório perfeito e acabado, pondo fim ao desconforto de carregar a desarmonia do sexo psíquico com o sexo físico. Após isso, os resquícios do passado desarmonioso existem e muitas vezes causam transtornos resolvidos apenas judicialmente, como é o caso da modificação de seus documentos de identificação, o que se mostra um atraso no direito repersonalizado, tendo em vista que, se a própria lei autoriza a cirurgia de redesignação sexual, por que a mesma lei não autoriza a mudança de forma menos burocrática e cansativa dos documentos do operado?

Após o processo de transgenitalização a que se submetem diversos transexuais, principalmente após aos grandes avanços trazidos em 2010 pela portaria autorizativa da realização da cirurgia pelo SUS com todo o acompanhamento pré e pós operatório, encontra-se o óbice trazido pela omissão legal no que concerne à autorização da modificação do registro civil do pós operado.

O que se pretende nestas ações judiciais normalmente é a retificação do prenome para outro utilizado pelo gênero oposto, ou seja, aquele a que pertence após a cirurgia, bem como a retificação do sexo.

Tal situação faz com que alguns autores sustentem a tese de não serem estes casos como enquadráveis em ações de retificação de registro civil, alegando que tais ações não abrangem questões de estado, como a mudança do sexo.

Porém, a maioria dos autores sustenta que a ação cabível é sim a Ação de Retificação de Registro Civil, do nome e sexo do autor, não influenciando ser o caso de erro no registro ou situação posterior ao mesmo.

Outra questão trazida à tona refere-se à possibilidade ou não de, após as retificações nos registros do transexual, constar nos mesmos uma averbação e não uma retificação no registro de modo a fazer constar que o nome e o sexo foram alterados por força de sentença judicial, pela condição de transexual submetido à cirurgia de mudança de sexo, para assim, preservar a dignidade do transexual sem jogar por terra a segurança jurídica.

A cada dia cresce o número de realizações da cirurgia e consequentemente as prentesões de modificação do prenome e sexo em todos os documentos do operado. Entretanto, a falta de previsão legal para autorização da retificação desses documentos eleva a carga de subjetivismo nas decisões dos juízes frente a essas ações, acarretando em mais um obstáculo para o transexual.

Assim, o que se verifica entre doutrinadores e julgadores é a controvérsia entre a possibilidade ou não do transexual obter a retificação de seus documentos.

A linha dos doutrinadores mais conservadores defende a proibição à retificação baseando-se no fato de não encontrar a situação no rol de exceções trazidos na Lei 6.015/73, tendo como argumentos a insegurança jurídica, em casos como um casamento de um transexual operado sem que o outro cônjuge saiba da situação anterior à operação, bem como a afronta ao princípio da isonomia frente à provas ou testes físicos onde um transexual masculino poderia apresentar estrutura física mais favorável em relação a outras mulheres.

Não só os doutrinadores mas alguns julgadores apresentam a mesma linha de pensamento, como é o caso do julgado abaixo transcrito, onde é indeferido o pedido de retificação de registro civil de um transexual:

> EMENTA: APELAÇÃO - AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - MUDANÇA DE NOME E SEXO -EXTINÇÃO DO PROCESSO - CASSAÇÃO - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - NECESSIDADE DE CONFERIR REGULAR PROCESSAMENTO AO FEITO.A possibilidade jurídica do pedido, como uma das condições da ação, consiste na averiguação abstrata a respeito da viabilidade da pretensão deduzida frente ao ordenamento vigente.Afastados os argumentos, nos quais se pautou o Juiz a quo para indeferir a inicial, e uma vez evidenciada a possibilidade jurídica do pedido, cassa-se a sentença, determinando o regular processamento do feito, para que seja aferido o mérito da questão litigiosa. (APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0480.08.115647-7/001 - COMARCA DE PATOS DE MINAS, Data julgamento: 24.09.2009, RELATOR: EXMO. SR. DES. SILAS VIEIRA)

A retificação, embora não expressa nos textos legais para o caso, ampara-se em três principais fundamentos, sendo o primeiro, constitucionalmente instituído no princípio da dignidade da pessoa humana pois a não alteração importa em constrangimento e situação indigna a qualquer ser humano além da dificuldade de interlocução com terceiros, no âmbito público ou particular.

O Segundo, sendo um direito da personalidade encontrado na Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002– Código Civil- art. 16, onde “toda pessoa tem o direito a um nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.” O nome serve para identificação do sujeito perante a sociedade, como uma obrigação de cada qual em identificar-se único e de acordo com suas documentações, bem como o direito de ser identificado de forma como realmente é, assim, contrária seria a situação daquele que apresenta um documento não condizente com o que se apresenta, por força da mudança sexual. Esta situação, além de contrária à lei, torna-se vexatória e constrangedora.

E o terceiro e último está na Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos, com o texto alterado por diversos diplomas tendo em vista estarem ultrapassados alguns preceitos do texto original.

A regra trazida no referido diploma é a imutabilidade do prenome para manter resguardada a segurança jurídica, nos termos do caput do art. 58, onde “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.” Ocorre que dita regra comporta as exceções trazidas no art. 55, parágrafo único e art. 58, parágrafo único, dentre as quais ocorrerá a retificação do prenome quando o mesmo expuser ao ridículo o seu portador, não havendo no texto legal óbices à questão do fato que causa a exposição ser ou não superveniente ao registro.

Assim, a retificação dos documentos seria o fechamento do círculo a que é submetido o transexual que decide se submeter ao procedimento operatório, motivo pelo qual deveriam os operadores do direito zelar pela máxima eficiência e celeridade em demandas neste sentido, não se apoiando nas lacunas da lei para dificultar que os demandantes alcancem o direito pretendido. Além disso, resta claro a situação de que a autorização legal para a retificação do registro civil do transexual submetido à cirurgia de ablação de sexo deveria existir a partir do momento em que foi autorizada, por meio de Lei, a realização da cirurgia no Brasil, pois o descompasso ocorrido entre a lei autorizativa da realização da cirurgia e a falta de lei para autorizar a retificação dos registros mostra-se, no mínimo, desrespeitadora àqueles que são submetidos ao procedimento operatório sem, contudo, terem a certeza de que conseguirão retificar seus documentos para amoldar-se à sua nova realidade.

Muitas questões ainda cercam o tema, por estar a retificação de todos os documentos de uma pessoa intimimante ligada a segurança jurídica, posto que esta, sendo um direito coletivo, sempre deve prevalecer sobre aquele direito individual.

Assim, o que vem sido discutido como solução para tentar resolver esta questão seria uma averbação existente apenas nos registros internos dos Cartórios, constando que a retificação do prenome e sexo deu-se por força de uma sentença judicial transitada em julgado após a realização da cirurgia de ablação sexual, podendo a averbação ser consultada somente com autorização judicial.

5 CASAMENTO

A questão do casamento contraído por um transexual não submetido à cirurgia de redesignação sexual segue os passos do casamento homoafetivo, apenas no que concerne à sua possibilidade e aceitação, posto que na esfera jurídica ocorreria o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Após longas e aparentemente infindáveis discussões a quarta turma Superior Tribunal de Justiça admitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, onde:

> Em decisão inédita, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por maioria, proveu recurso de duas mulheres que pediam para ser habilitadas ao casamento civil. Seguindo o voto do relator, ministro Luis Felipe Salomão, a Turma concluiu que a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição, não é aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade, e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir famílias da proteção jurídica representada pelo casamento.
> O julgamento estava interrompido devido ao pedido de vista do ministro Marco Buzzi. Na sessão desta terça-feira (25), o ministro acompanhou o voto do relator, que reconheceu a possibilidade de habilitação de pessoas do mesmo sexo para o casamento civil. Para o relator, o legislador poderia, se quisesse, ter utilizado expressão restritiva, de modo que o casamento entre pessoas do mesmo sexo ficasse definitivamente excluído da abrangência legal, o que não ocorreu.
> "Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo Supremo Tribunal Federal (STF), para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento", concluiu Salomão.
> Em seu voto-vista, o ministro Marco Buzzi destacou que a união homoafetiva é reconhecida como família. Se o fundamento de existência das normas de família consiste precisamente em gerar proteção jurídica ao núcleo familiar, e se o casamento é o principal instrumento para essa opção, seria despropositado concluir que esse elemento não pode alcançar os casais homoafetivos. Segundo ele, tolerância e preconceito não se mostram admissíveis no atual estágio do desenvolvimento humano.
>
> **Divergência**
>
> Os ministros Antonio Carlos Ferreira e Isabel Gallotti já haviam votado com o relator na sessão do dia 20, quando o julgamento começou. O ministro Raul Araújo, que também acompanhou o relator na sessão da semana passada, retificou seu voto. Segundo ele, o caso envolve interpretação da Constituição Federal e, portanto, seria de competência do STF. Para o ministro, o reconhecimento à união homoafetiva dos mesmos efeitos jurídicos da união estável entre homem e mulher, da forma como já decidido

> pelo STF, não alcança o instituto do casamento. Por isso, ele não conheceu do recurso e ficou vencido.
> Raul Araújo defendeu – em apoio à proposta de Marco Buzzi – que o julgamento do recurso fosse transferido para a Segunda Seção do STJ, que reúne as duas Turmas responsáveis pelas matérias de direito privado, como forma de evitar a possibilidade de futuras decisões divergentes sobre o tema no Tribunal. Segundo o ministro, a questão tem forte impacto na vida íntima de grande número de pessoas e a preocupação com a "segurança jurídica" justificaria a cautela de afetar o caso para a Segunda Seção. A proposta, porém, foi rejeitada por três a dois.
> O recurso foi interposto por duas cidadãs residentes no Rio Grande do Sul, que já vivem em união estável e tiveram o pedido de habilitação para o casamento negado em primeira e segunda instância. A decisão do tribunal gaúcho afirmou não haver possibilidade jurídica para o pedido, pois só o Poder Legislativo teria competência para insituir o casamento homoafetivo. No recurso especial dirigido ao STJ, elas sustentaram não existir impedimento no ordenamento jurídico para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Afirmaram, também, que deveria ser aplicada ao caso a regra de direito privado segundo a qual é permitido o que não é expressamente proibido.

Já no caso do casamento do transexual já submetido aos procedimentos operatórios a discussão desenlaça outras situações a serem analisadas. A primeira e menos complexa seria a aceitação de que a cirurgia fosse capaz de transformar homem em mulher e vice-versa. Assim, não haveriam discussões acerca da validade do casamento, bem como tornar-se-ia desnecessária a regulamentação do caso concreto.

A segunda situação, onde não há a aceitação desta transformação, posto que a cirurgia não altera o código genético do indivíduo, ensejaria a anulação do casamento caso um cônjuge omitisse sua situação anterior à cirurgia e somente após a realização do casamento é que o outro cônjuge descobrisse a situação e decide ingressar com uma Ação de Anulação de Casamento baseado no erro essencial quanto à pessoa do outro, encontrado nos arts. 1.556 e 1.557, inc. I, do CC.2002, onde " Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado." Outra opção existente leva-se em conta a liberdade do transexual em expor ou não sua intimidade, incluindo-se nesta a opção de contar ao cônjuge ou não sua realidade anterior à cirurgia, sem a necessidade de interferências legais, ficando claro que nos casos de dissimulação de sua condição o mesmo deverá responder judicialmente pela omissão.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito se vem discutindo acerca dos aspectos jurídicos da cirurgia de redesignação de sexo, permanecendo sempre em foco os princípios constitucionais e os direitos individuais que vão de encontro à situação dessa minoria, e sabe-se que o tema é tão cercado do subjetivismo que estão longe de terminar as discussões e conclusões tomadas nos mais diversos trabalhos sobre a questão.

Analisando os princípios constitucionais apresentados na presente pesquisa conclui-se que para a evolução da sociedade é necessária a inserção dos transexuais no seio da sociedade, de modo que seja exterminado o preconceito e a intolerância às diferenças.

As dificuldades para se proceder a cirurgia pelo Sistema Único de Saúde - SUS- ainda existem e são latentes apesar da permissão legal para o procedimento. O que não deve ocorrer é que os transexuais abram mão desse direito pela dificuldades e empecilhos enfrentados e busquem esse direito que, se alcançado, certamente trará felicidade e harmonia entre corpo e mente.

Finalizando, deve o transexual, apesar das lacunas legais que geram certo subjetivismo exacerbado nas decisões quanto a possibilidade de retificação do registro civil daquele submetido à cirurgia de ablação sexual, buscar seu direito de forma a terminar todo o procedimento e se ver totalmente realizado possuindo documentação condizente à sua realidade e não uma que o exponha ao ridículo e em situações vexatórias.

Assim, com a aceitação das diferenças pela sociedade, com a realização da cirurgia por aquele que a pretende e com a retificação de seus documentos, o transexual será mais um ser humano feliz, saudável e satisfeito consigo mesmo, o que, sem sombra de dúvidas, foi o que ele sempre buscou.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José*. Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo. Malheiros. 2011

AFONSO DA SILVA, José. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros

BORJA, Jamila; CANÁRIO, Tiago*. Mudando de corpo*. 12 ed. Bahia. 2007 Disponível em: <http://www.jornaldafacom.ufba.br/ed12/materias/saude_trocandodecorpo.html >- acesso em 13 de outubro de 2011

BRASIL. Superio Tribunal de Justiça. Admissão casamento entre pessoas do mesmo sexo. Resp 1183378. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103687&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=casamento homoafetivo >Acesso em: 30 de outubro de 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM Nº 1.955,de 12 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=9520&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1955&situacao=VIGENTE&data=12-08-2010 > Acesso em 13 de outubro de 2011

DUTERVIL, Danielle*. Retificação de Registro Civil de Transexuais. 2011.*Disponível em: <http://www.bookess.com/read/8243-retificacao-de-registro-civil-de-transexuais/ >- Acesso em 25 de outubro de 2011

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da*. Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. São Paulo. Savaiva. 2011

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV .Coimbra: Coimbra, 1991.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo. Atlas. 2008

OLIVEIRA, Elisangela; SILVA, Elza Elizabeth Maram Queiroz da. *As relações homoafetivas no tempo e no tempo do direito*. Revista Brasileira do Direito. Passo Fundo, Méritos, ano 2001

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2010

SZANIAWSKY, Elimar. Limites *e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999

http://pt.wikipedia.org/wiki/Cirurgia_de_redesigna%C3%A7%C3%A3o_sexual – acesso em 13 de outubro de 2011

https://acesso.uol.com.br/login.html?dest=CONTENT&url=http://houaiss.uol.com.br/&COD_PRODUTO=1 – acesso em 13 de outubro de 2011

RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul,* Apelação. Retificação de Registro Civil. Relator Ministro Rui Portanova. Rio Grande do Sul, 29 de outubro de 2009. Disponível em: <:http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=dignidade+da+pessoa+humana+transexual&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q> = - Acesso em 14 de outubro de 2011