

## TRANSEXUALISMO: REPERCUSSÕES JURÍDICAS

**Dulce Diniz\***

*Mestre em Direito: Relações Privadas, Mestre em Educação  
Professora de Direito de Família – Unig-Campus V*

### **Resumo**

O Transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual gerado por uma ruptura entre o sexo psíquico e o biológico. A adequação sexual lhe é imposta de forma irresistível. A cirurgia de transgenitalização tem o propósito terapêutico de adequar o sexo anatômico ao sexo psíquico. O direito deve adequar sua genitália com sua documentação.

Palavras-chaves: Transexualidade, Transgenitalização, Personalidade, Dignidade.

### **Resumen**

El transexual tiene trastorno psicológico permanente de la identidad sexual que genera una división entre el sexo psicológico y biológico. La adaptación sexual se impone tan irresistible. La cirugía de reasignación de sexo es la finalidad terapéutica de adaptar el sexo anatómico sexo psíquico. La ley debe adaptar sus genitales con la documentación correspondiente.

Palabras claves: Transexualidad, Transgenitalization, personal, la dignidad.

### **I Introdução**

O drama humano do transexual vem despertando grande interesse e polêmica passando a integrar a pauta dos tribunais de justiça.

A expressão transexualismo, segundo Antônio Chaves <sup>1</sup>, foi usada pelo americano Harry Benjamin, em 18/12/1953, para definir o transexualismo como aquele indivíduo que mesmo sabendo-se homem ou mulher, biologicamente, encontra-se profundamente inconformado com seu sexo biológico e desejoso de modificá-lo para passar a pertencer ao sexo oposto.

O transexual não se confunde com o homossexual e o travesti, pois estes não apresentam resistência à própria identidade sexual. O homossexual prefere manter relações sexuais com pessoas do mesmo sexo e o seu órgão sexual é a verdadeira fonte de seu prazer e não um empecilho à felicidade. O travesti obtém prazer ou segurança ao transformar sua aparência na pessoa do sexo oposto com recurso de roupas, maquiagem e adereços.

O transexual rejeita seu próprio corpo podendo levar à mutilação e ao suicídio. O indivíduo só se identifica com o sexo oposto, não aceita sua aparência sexual externa. Não tem funcionalidade sexual ativa e possui uma repulsa ou desejo de castração do próprio órgão genital. Sua convicção de pertencer ao sexo oposto àquele que lhe fora oficialmente dado é inabalável.

Segundo Maria Helena Diniz <sup>2</sup> "o transexual é portador do desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo tendência à auto-mutilação ou ao autoextermínio."

O transexual enfrenta uma resistência endógena, por não aceitar a si próprio e uma constante discriminação exógena trazendo dificuldade de inserção social e assumindo uma postura isolacionista, não sendo incomum a tendência ao autoextermínio.

## **II Desenvolvimento**

### **1- Direito comparado**

A Suécia, Alemanha, Holanda, Itália, Canadá, Dinamarca, Finlândia, Noruega, Bélgica, Luxemburgo, França, Suíça, Portugal, alguns Estados dos EUA reconhecem os direitos dos transexuais seja por via Administrativa, Judicial ou Legislativa.

A comissão Européia de salvaguarda dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais considera a cirurgia de adequação sexual como uma conversão curativa com o fim de permitir a integração pessoal e social do doente ao sexo a que possui convicção de pertencer.

### **2- A cirurgia de transgenitalização**

Chamado também de Cirurgia de adequação sexual, ou Cirurgia de emasculação, Cirurgia de redesignação sexual ou ainda Cirurgia de reatribuição sexual.

Trata-se de uma indicação terapêutica na busca do equilíbrio corpo-mente do transexual que reclama a colocação de sua aparência física em concordância com seu sexo psíquico.

A discussão sobre a licitude dessa cirurgia é relativamente recente, no Brasil:

Iniciou-se em 1978 o cirurgião plástico Roberto Farina foi condenado a dois anos de reclusão, no caso Waldyr (Waldirene), sob alegação de infringência ao art. 129 § 2º, III, do Código Penal brasileiro. No dia 17 de outubro deste mesmo ano o jurista Heleno Cláudio Fragoso fez um parecer dizendo que o cirurgião atuou estritamente dentro dos limites do exercício do direito (art.23, III C.P.) não praticando crime algum. Felizmente em 6 de

novembro de 1979 a 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo julgou procedente o recurso absolvendo o acusado com a seguinte ementa: “Não age dolosamente o médico que, através de cirurgia, faz oblação 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”.

A cirurgia de adequação sexual não interessa ao campo do direito penal a menos que o médico proceda em desacordo com a boa técnica e resulte seqüelas, podendo responder em caso de culpa ou dolo e mesmo assim no direito civil.

O art.129 do Código Penal trata de atos de agressão contrários à vontade da vítima, que não é o caso em tela.

Na ausência de texto expresso de lei relativo à ilicitude penal, trata-se de uma conduta atípica uma vez que “não há crime sem lei anterior que o defina”. Além do mais a intenção do cirurgião é de curar, não de mutilar.

A oblação do órgão é tão necessária quanto à amputação de um membro gangrenado, pois é a única solução após o fracasso de várias terapias. Se a cirurgia de redesignação sexual for considerada como agressão ao próprio corpo, terão que ser consideradas como infração a maioria das operações cirúrgica.

O art.13 do Código Civil brasileiro estabelece: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Esclarecendo a norma, a Comissão responsável pela I jornada de Direito Civil emitiu o enunciado nº 6 (...) a expressão “exigência médica” refere-se tanto ao bem estar físico quanto ao bem estar psíquico do disponente.

### 3- Abordagem do tema segundo o Conselho Federal de Medicina

Em 1997 o Conselho Federal de Medicina autorizou, a título experimental, em hospitais universitários, a realização de cirurgia de transgenitalização através da Resolução 1482/97.

No ano de 2002, mais uma vez, o Conselho Federal de medicina publica no Diário Oficial da União, em dois de dezembro de 2002 a Resolução nº 1652 dispondo, em detalhes, sobre a cirurgia de reatribuição sexual.

Ano passado, em três de setembro de 2010, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução nº 1955/10 revogando a Resolução nº 1652/02 e dispondo sobre a cirurgia de transgenitalismo para o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de

identidade sexual com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e / ou autoextermínio.

(...) Considerando que a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genética externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no art.129 do C.P. brasileiro, haja vista que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico.

(...) Considerando que o art.14 do Código de Ética Médica veda os procedimentos médicos proibidos em lei, e o fato de não haver lei que defina a transformação terapêutica da genitália in anima nobili como crime.

Resolve:

Art.1º Autorizar a cirurgia de transgenitalização do tipo NEOCOLPOVULVOPLASTIA e / ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de Transexualismo.

Para definição de transexualismo a resolução estabelece os seguintes critérios:

- a) Desconforto com o sexo anatômico natural;
- b) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto.
- c) Permanência desses distúrbios de forma contínua por, no mínimo, dois anos.
- d) Ausência de outros transtornos mentais.
- e) A seleção dos pacientes obedecerá a avaliação da equipe multidisciplinar constituída por psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto.
- f) Maior de 21 anos.
- g) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.
- h) Consentimento livre e esclarecido.
- i) O tratamento deve ser realizado apenas em estabelecimento que contemplem integralmente os pré-requisitos estabelecidos na Resolução 1955/10, bem como a equipe multidisciplinar.

#### 4- Oferecimento da cirurgia de transgenitalização pela Rede Pública de Saúde

Nas palavras de Emerson Garcia <sup>3</sup> : Tratando-se de patologia que gera uma verdadeira

agonia existencial, sendo fonte de conflitos internos que podem conduzir à autoflagelação e ao próprio suicídio, é necessário que o Poder Público torne **operativa** a regra do art.196 da CRFB/88, reconhecendo que a saúde, efetivamente, “é direito de todos e dever do Estado”.

Para dar efetividade a esse direito, no plano coletivo, o Ministério Público Federal propôs ação civil Pública solicitando que a cirurgia fosse disponibilizada pelo sistema Único de Saúde.

Em 23.08.07 o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 3ª turma, em Porto Alegre determinou ao S.U.S. que realizasse cirurgias de mudança de sexo.

DIREITO CONSTITUCIONAL. TRANSEXUALISMO. INCLUSÃO NA TABELA SIH-SUS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE GÊNERO. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE, LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE, PRIVACIDADE E RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA. DIREITO À SAÚDE. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.1. A exclusão da lista de procedimentos médicos custeados pelo Sistema Único de Saúde das cirurgias de transgenitalização e dos procedimentos complementares, em desfavor de transexuais, configura discriminação proibida constitucionalmente, além de ofender os direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, proteção à dignidade humana e saúde. 2. A proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo protege heterossexuais, homossexuais, transexuais e travestis, sempre que a sexualidade seja o fator decisivo para a imposição de tratamentos desfavoráveis. 3. A proibição de discriminação por motivo de sexo compreende, além da proteção contra tratamentos desfavoráveis fundados na distinção biológica entre homens e mulheres, proteção diante de tratamentos desfavoráveis decorrentes do gênero, relativos ao papel social, à imagem e às percepções culturais que se referem à feminilidade. 4. O princípio da igualdade impõe a adoção de mesmo tratamento aos destinatários das medidas estatais, a menos que razões suficientes exijam diversidade de tratamento, recaindo o ônus argumentativo sobre o cabimento da diferenciação. Não há justificativa para tratamento desfavorável a transexuais quanto ao custeio pelo SUS das cirurgias de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, pois (a) trata-se de prestações de saúde adequadas e necessárias para o tratamento médico do transexualismo e (b) não se pode justificar uma discriminação sexual (contra transexuais masculinos) com a invocação de outra discriminação sexual (contra transexuais femininos). 5. O direito fundamental de liberdade, diretamente relacionado com os direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade e de privacidade, concebendo os indivíduos como sujeitos de direito ao invés de objetos de regulação alheia, protege a sexualidade como esfera da vida individual livre da interferência de terceiros, afastando imposições indevidas sobre transexuais, mulheres, homossexuais e travesti. 6. A norma de direito fundamental que consagra a proteção à dignidade humana requer a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, ao invés de meio para a realização de fins e de valores que lhe são externos e impostos por terceiros; são inconstitucionais, portanto, visões de mundo heterônomas, que imponham aos transexuais limites restrições indevidas, com repercussão no acesso a procedimentos médicos. 7. A força normativa da Constituição, enquanto princípio de interpretação, requer que a concretização dos direitos fundamentais empreste a maior força normativa possível a todos os direitos simultaneamente, pelo que a compreensão do direito à saúde deve ser informada pelo conteúdo dos diversos direitos fundamentais relevantes para o caso. 8. O direito à saúde é direito fundamental, dotado de eficácia e aplicabilidade imediatas, apto a produzir direitos e deveres nas relações dos poderes públicos entre si e diante dos cidadãos, supera a noção de norma meramente programática, sob pena de esvaziamento do caráter

normativo da Constituição. 9. A doutrina e a jurisprudência constitucionais contemporâneas admitem a eficácia direta da norma constitucional que assegura o direito à saúde, ao menos quando as prestações são de grande importância para seus titulares e inexistente risco de dano financeiro grave, o que inclui o direito à assistência médica vital, que prevalece, em princípio, inclusive quando ponderando em face de outros princípios e bens jurídicos. 10. A inclusão dos procedimentos médicos relativos ao transexualismo, dentre aqueles previstos na Tabela SIH-SUS, configura correção judicial diante de discriminação lesiva aos direitos fundamentais de transexuais, uma vez que tais prestações já estão contempladas pelo sistema público de saúde. 11. Hipótese que configura proteção de direito fundamental à saúde derivado, uma vez que a atuação judicial elimina discriminação indevida que impede o acesso igualitário ao serviço público. 12. As cirurgias de transgenitalização não configuram ilícito penal, cuidando-se de típicas prestações de saúde, sem caráter mutilador. 13. As cirurgias de transgenitalização recomendadas para o tratamento do transexualismo não são procedimentos de caráter experimental, conforme atestam Comitês de Ética em Pesquisa Médica e manifestam Resoluções do Conselho Federal de Medicina. 14. A limitação da reserva do possível não se aplica ao acaso, tendo em vista a previsão destes procedimentos na Tabela SIH-SUS vigente e o muito reduzido quantitativo de intervenções requeridas. (TRF-4ª Região, 3ª T., Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9/RS, Rel. Juiz Federal Roger Raupp Rios. DJ 23.08.07)

Através da Portaria nº 1707 de 17 de Agosto de 2008, o Ministério da Saúde, instituiu, no SUS, o “processo transexualizador”, a ser implantado nas unidades Federais, informando que compete Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde a efetivação das providências necessárias à implantação do programa.

Contudo, em recurso interposto pela União em dezembro deste mesmo ano, argumentando que esses procedimentos poderiam causar danos aos cofres públicos, a Presidente do STF, Ministro Hellen Gracie, suspendeu a obrigatoriedade do S.U.S. de realizar a cirurgia de transgenitalização.

#### 5- Repercussões no Direito Civil: Nome e Sexo

Foi longa a trajetória de evolução do Direito no sentido de permitir a alteração do pronome e a mudança do sexo.

Algumas decisões favoráveis isoladas, como por exemplo.

Em abril de 1989 o magistrado pernambucano José Fernandes julgou procedente o pedido de Severino do Ramo Afonso.

Em 1992, por decisão da 7ª Vara de Família e Sucessões de São Paulo, o Cartório de Registro Civil averbou retificação do nome João para Joana, considerando no campo destinado ao sexo: “Transexual”.

Em março de 1994 o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu ao Rafael A.R. o direito de adequar sua documentação referente ao sexo e ao prenome.

Em junho de 1996, em Joinville, o magistrado catarinense reconheceu a pretensão aduzida por Gilberto H.P.J.

Em 1997 o magistrado catarinense Antônio Rego Monteiro Rocha julgou procedente o pedido de A.T.P.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em 28.04.81, decidiu desfavoravelmente a alteração sob o argumento de impossibilidade jurídica do pedido e inocorrência de ofensa ao princípio constitucional da legalidade.

Houve um caso de grande repercussão na mídia:

Luis Roberto Gambine Moreira (Roberta Close) ingressou na 8ª Vara de Família do Rio de Janeiro com pedido de retificação de nome e de sexo. Depois de três anos de maratona judicial a juíza Conceição Mousnier autorizou Roberta Close a usar o nome de Roberta Gambine Moreira. Em 1997, o STF decidiu, em agravo de instrumento relativo ao pedido de Roberta Close, confirmando a decisão do TJ/RJ: “sexo não é opção, mas determinismo biológico, estabelecido na fase de gestação”, e há “prevalência do sexo natural sobre o psicológico”.

Há que se registrar a posição do outrora Presidente do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello: “de nada adianta superar esse impasse-a dicotomia entre a realidade morfológica e psíquica - se a pessoa continua vivendo o constrangimento de se apresentar como portadora do sexo oposto”.

O legislativo não ficou omissos, houve o projeto de lei nº 70, B, de autoria do Deputado Federal José Coimbra. Este projeto não foi aprovado, tendo sido substituído pelo projeto de nº 6.655-B de 2006, que embora aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em 13 de setembro de 2007, manteve a necessidade de alusão à condição de transexual no Registro de Nascimento.

Os fundamentos legais usados para a decisão de mudança de prenome são o art.3º, IV da CRFB, artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro, art.58 da Lei 6015/73.

Atualmente constata-se três correntes doutrinárias e jurisprudencial sobre a mudança de nome e sexo:

A primeira 1ª Corrente diz o seguinte: deve-se permitir a alteração do prenome, colocando-se no lugar reservado a sexo o termo “Transexual”, por ser esta a condição física e psíquica da pessoa, para garantir que outrem não seja induzido em erro.

Já a segunda corrente, entende que por viver num Estado Democrático espera-se que qualquer fala seja proferida a partir da constituição e como esta veda qualquer forma de

preconceito e reconhece apenas homem e mulher, não parece poder o direito criar um 3º gênero sexual rompendo com o modelo binário, que certamente intensificaria a discriminação.

No entanto a adequação de prenome e de sexo deve constar a observação de que esses dados foram alterados a partir de decisão judicial, para demonstrar que o indivíduo passa oficialmente, a partir daquele momento, e não do seu nascimento, a chamar-se fulano de tal, pertencente a sexo tal (não retroativo). Trata-se de ação não modificadora do estado da pessoa, com adequação de sexo, devendo portanto ser averbada. A simples supressão das informações preexistentes retrataria, como se subsistente desde o nascimento, uma situação que surgiu em momento posterior e comprometeria a segurança que a sociedade deposita sobre o Registro Público.

3ª Corrente: O Conselho Nacional de Justiça, na IV jornada de Direito Civil aprovou o Enunciado nº 276-:o art.13 do Código Civil ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração de prenome e do sexo no Registro Civil.

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp. nº 1008.398-SP, Relª. Minª. Nancy Andrichi. Dje.18.11.09, verbis.

#### ALTERAÇÃO. PRENOME. DESIGNATIVO. SEXO.

O recorrente autor, na inicial, pretende alterar o assento o seu registro de nascimento civil, para mudar seu prenome, bem como modificar o designativo de seu sexo, atualmente constante como masculino, para feminino, aduzindo como causa de pedir o fato de ser transexual, tendo realizado cirurgia de transgenitalização. Acrescenta que a aparência de mulher, por contratar com o nome e o registro de homem, causa-lhe diversos transtornos e dissabores sociais, além de abalos emocionais e existenciais. Assim, a Turma entendeu que, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração do sexo indicado no registro civil, a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, deve ser alterado seu assento de nascimento para que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido. Determinou, ainda, que das certidões do registro público competente não conste que a referida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de redesignação sexual de transexual.

#### 6- Consequências na família

Para evitar constrangimento ao cônjuge e à prole, o reconhecimento jurídico de adequação de sexo deve ser reconhecido apenas ao transexual solteiro, divorciado ou viúvo.

A mudança de sexo do transexual no Registro Civil não acarreta modificação na relação filial existente anteriormente.



E quanto ao casamento da pessoa que obteve a mudança do prenome e sexo no Registro Civil? Correntes:

A primeira corrente, capitaneada por Maria Helena Diniz considera o casamento inexistente: “se a lei brasileira só permite casamento entre pessoas de sexo oposto, logo, inadmissível seria a união legalizada entre pessoas do mesmo sexo, ainda que uma delas tenha se submetido à operação de conversão sexual”.

Já a segunda, entende que a adequação sexual dá ao ex-transexual os direitos decorrentes de seu novo sexo. O celibato não deve ser imposto como condição para a realização da cirurgia.

É um absurdo a negativa da validade desse casamento, considerando-se, especialmente, ter havido alteração oficial de seu registro de nascimento, e, conseqüentemente, da sua identidade civil. No dizer de Pablo Stolze Gagliano “Raciocínio contrário resultaria em uma inconstitucional interdição de efeitos juridicamente permitidos, em franco desrespeito à coisa julgada e, principalmente, à dignidade da pessoa humana” (4)

No entanto o ex-transexual deve informar o outro nubente do seu estado anterior, caso contrário pode gerar a anulabilidade do casamento por erro quanto à identidade do outro nubente (art.1550, III c/c art.1557, I, do C.C.)

### **III Considerações finais**

O reconhecimento que o transexualismo configura uma patologia e que a intervenção cirúrgica é o método adequado ao seu enfrentamento, conferem ao indivíduo poder de decisão e afastam a responsabilidade penal do médico.

Uma vez que o Direito de dispor sobre o próprio corpo integra os direitos da personalidade, o transexual tem o direito de buscar o livre desenvolvimento de sua personalidade através de seu equilíbrio psicofísico que constitui um direito à saúde, também considerado direito da personalidade.

Adequação do Registro Civil, no que se refere ao prenome e ao sexo é uma das últimas etapas a serem transposta pelo transexual. Não adianta superar a dicotomia entre a realidade biológica e a pesquisa se o registro não estiver em consonância com a realidade. Considerá-lo um cidadão incompleto é tolher o seu direito a ser integrado na sociedade.

## **Referências**

CHAVES, Antônio. Direito à vida e ao próprio corpo. Revista dos tribunais. São Paulo.

GARCIA, Emerson. A “mudança de sexo” e suas implicações jurídicas: Breves Notas. Revista Direito de Família e Sucessões. Nº 18.Out./Nov. 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. et alli. Novo curso de D. Civil. Vol. VI. Ed. Saraiva. 2011.

GERMANO, Gilmar Moraes. Transexualismo. Alteração do prenome e do sexo no Registro Civil. Revista Jurídica Consulex. Nº. 339.1º de Março 2011.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. VIII. Ed. Saraiva 2009

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Direito e transexualidade. Jus Navegandi. Teresina 2009.

Disponível em: [HTTP://jus.vol.com.br](http://jus.vol.com.br)