V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

WILSON ENGELMANN

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes, Jaime Ruben Sapolinski Labonarski – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-254-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos. 3. Garantias Fundamentais. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado na Universidad de la República, em Montevidéu, no Uruguai, propiciou a aproximação de pesquisadores e alunos de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito brasileiros e pesquisadores uruguaios. Com o foco na internacionalização da pesquisa jurídica do Brasil, o Grupo de Trabalho 55 dedicou-se à discussão de uma variada gama de temas, que foram reunidos sob a temática de Direitos e Garantias Individuais. A seguir se destacam, em linhas gerais, os artigos que foram apresentados neste GT, integrantes desta publicação.

O primeiro trabalho é intitulado A preservação do direito fundamental à saúde: um estudo do princípio da reserva do possível, sendo de autoria de Cloris Patricia Pimente e Anisio Monteschio Junior, e aborda a repercussão das dificuldades de acessar o SUS e a judicialização do direito à saúde. Esta última vem afetando a complexidade do sistema administrativo, gerando dúvidas sobre a origem dos recursos, que são escassos. Como cumprir a decisão judicial constante de busca individualizada do direito coletivo à saúde? O direito fundamental à saúde está atrelado ao direito à vida, por isso não é absoluto. Os autores destacam a necessidade de políticas públicas, ao invés do recurso ao Poder Judiciário, o que acaba refletindo numa questão orçamentária.

O segundo texto, intitulado: Mandado de Injunção e Jurisdição dialógica: algumas considerações a partir do caso do MI nº 943, escrito por Renata de Marins Jaber Rosa, discute a função do Mandado de Injunção no contexto jurídico-constitucional brasileiro. Desde 2007, o STF definiu a solução normativa do MI. A questão sobre os efeitos ainda é polêmica, sejam efeitos inter partes ou erga omnes. Na questão do MI 943, ao julgar o pedido, o STF acabou gerando um reflexo forte sobre o Poder Legislativo, que editou a legislação, sobre o aviso prévio proporcional, objeto deste Mandado de Injunção. Trata-se de um instrumento jurídico ainda pouco utilizado no Brasil, em que pese ainda existirem muitos artigos da Constituição do Brasil sem regulamentação ordinária.

O texto que segue, intitulado O bem de família do fiador e seu direito de moradia, da lavra de Daniele Ferron D'Avila e Nicholas Augustus de Barcellos Nether, traz a discussão acerca da (im)penhorabilidade do bem de família do fiador. O problema que buscou enfrentar: Isso é ou não constitucional? Estão em oposição o direito de moradia do fiador e o direito de

proteção à locação que é do proprietário. O art. 827, do CC, traz o benefício de ordem, o fiador poderá, no prazo da defesa, indicar bens do locatário que poderão ser objeto de penhora, desde que no mesmo município onde está o imóvel locado. Este artigo acaba não viabilizando uma solução para o locador. Os diversos Tribunais de Justiça ainda não harmonizaram o entendimento, mas há uma sinalização no sentido da penhorabilidade do bem do fiador. O STJ entende que o fiador, quando assina o contrato e dá o bem em garantia, está ciente dos efeitos jurídicos e, por isso, não há uma violação constitucional. A simples aplicação da lei ao caso concreto é insuficiente, se deve lê-la à luz dos princípios da CF/88. Se deveriam utilizar outras formas de garantia, ao invés da fiança, que somente caberia se o fiador tivesse dois imóveis.

Na sequência se poderá ler o texto: A identidade de gênero do transexual na principiologia da igualdade numa perspectiva neoconstitucional, escrito por Anna Priscylla Lima Prado e Angélika Souza Veríssimo da Costa, que aborda a perspectiva de gênero, sustentado a possibilidade de ir além da apresentação binária, que ainda é muito enraizada na sociedade brasileira. A norma constitucional exige uma hermenêutica principiológica, a fim de dar execução aos direitos sociais. Um ponto importante é a identidade social dos transexuais, mesmo após a cirurgia de redesignação sexual. O "ser transexual" ainda é motivo para um elevado e crescente número de homicídios no Brasil, apontando a necessidade da prática da efetiva igualdade entre as pessoas. A discussão de e sobre o gênero nas escolas é um caminho importante para se fomentar o respeito a essa temática.

Na sequência, o leitor encontrará o artigo: A Lei de acesso à informação no Brasil e Uruguai: um estudo comparativo ante a trasnacionalidade do direito à informação, de autoria de João Francisco da Mota Júnior. O autor inicia o texto distinguindo "transnacionalização" de "globalização". Aqui se estuda a transcendência de Estado, sem preocupação com os limites territoriais. O direito à informação é um direito sem fronteiras. Por isso, terá cada vez mais dificuldades para ser efetivamente protegido pelo Direito. A lei brasileira é de 2011 e a lei uruguaia é de 2008. Ambos os textos legais apresentam pontos positivos e negativos. No Uruguai existe um recurso especial – que traz características distintas do recurso de amparo, para proteger a integridade e a confidencialidade das informações. No Uruguai ainda existe a possibilidade do sigilo eterno, o que não existe no Brasil. O estudo de Direito Comparado se apresenta como uma ferramenta metodológica significativa para a compreensão da evolução de determinados ramos novos que surgem no cenário da inovação tecnológica.

O artigo intitulado Análise dos aspectos jurídicos legais decorrentes da redesignação sexual como forma de exercício dos direitos da personalidade, escrito por Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres, aborda o tema relacionado às dificuldades da inserção do transexual em uma

categorização da distinção binária. O nome social não atende às necessidades dos transexuais e a questão registral trazem questões jurídico-sociais que ainda carecem de uma solução que menos ofenda a dignidade da pessoa humana. No bojo das discussões levantadas por estas duas questões se verifica a complexidade da plenitude do exercício dos direitos da personalidade, que se encontram inscritos no Código Civil atual.

O próximo artigo, intitulado: Capitalismo, defesa do consumidor e justiça: uma visão a partir da perspectiva da sociedade de consumo instituída enquanto modo de vida no contexto social do século XX, escrito por Renata de Carvalho Ferreira Machado e Emerson Duarte de Souza Pires, aborda a importância do direito à informação na rotulagem dos produtos transgênicos e os seus reflexos na chamada "sociedade de consumo", a partir de Baumman, Lipovetzky, Nancy Fraser, entre outros. O art. 170, da CF/88, como um referencial para a defesa do consumidor, o que se mostra ineficaz, a partir das estruturas do capitalismo, que se nutrem por meio do consumo em massa e, muitas vezes, sem uma devida informação dos diversos efeitos que tal postura social contemporânea poderá gerar.

Por meio do artigo: Crítica ao conceito de mínimo existencial na perspectiva da Teoria das Necessidades de Agnes Heller, da lavra de Léa Maria Massignan Berejuk, é trazido o estudo o mínimo existencial – hoje, é uma espécie de mínimo vital; as necessidades humanas – e a partir desta perspectiva a autora do artigo apresenta as contribuições de Agnes Heller, que trabalha a teoria das necessidades, expressas em sentimentos, não apenas alimentação, medicamentos, mas amar e ser amado. De acordo com Heller, todo ser humano tem as seguintes necessidades: o consumo; a democracia formal, a estrutura das necessidades – que vem da tradição – as transformações são lentas e graduais; a participação democrática, para inserir as pessoas no contexto; o trabalho; necessidades manipuladas – o reflexo da sociedade de consumo, as necessidades acabam sendo infinitas; participação política; o lazer e a dificuldade de conciliá-lo com o trabalho; incentivo aos jovens na participação política; a necessidade da religião; a ética; liberdade de escolha; socialização; tradições e mudanças. Por meio destes elementos é que se deveria avaliar a extensão e a medida do atendimento a tudo aquilo que se pretende inserir sob o título do "mínimo existencial".

O artigo que tem como título: Contradição fática na efetivação dos direitos fundamentais sociais, de autoria de Filipe Augusto Silva, estuda algumas contradições presentes na satisfação de direitos básicos, com um aporte financeiro significativo por parte do Estado. Existe uma limitação nesta questão, pois se estabelece uma relação entre a escassez de recursos e as necessidades da sociedade (as demandas por efetivação de direitos fundamentais). Medidas propostas pelo trabalho: a integração informacional entre os 3 poderes, em forma de decisões dialógicas, buscando uma prestação qualitativa dos direitos

fundamentais, especialmente por meio de políticas públicas para atender às demandas a médio e longo prazos.

Em continuação, se poderá ler o trabalho intitulado: Direito à saúde como manifestação de vida-digna, escrito por Juliana Cristina Borcat e Alinne Cardim Alves Martha, examina a saúde como um exemplo do núcleo existencial do indivíduo. O estudo se deu a partir dos casos de fissurados do lábio palato, que são tratados pela área da saúde da USP, por uma equipe multidisciplinar. O trabalho pretende inserir o Direito nesta equipe, especialmente a partir de um tratamento/acompanhamento desde o nascimento das crianças que apresentam as características deste caso de saúde.

O artigo que tem como título: Neoconstitucionalismo e tutela das pessoas com deficiência pelo Poder Judiciário: perspectivas de uma jurisdição inclusiva na América do Sul, de autoria de Mariana Camilo Medeiros Rosa, traz o estudo comparado a partir do Brasil, Colômbia e Argentina, que possuem índices consideráveis de pessoas com deficiência. Aí a justificativa para a sua escolha no contexto da América Latina. No Brasil, em dados de 2010, são 23% de pessoas que se declaram com alguma deficiência. Nos outros 2 países os índices são bem menores. O artigo examina, ainda, a força normativa dada aos princípios, no Brasil, a partir da CF88, na Argentina em 1990, e na Colômbia em 1994. Discutiu-se a passagem do princípio da igualdade para o direito à igualdade. As ações afirmativas ou discriminação positiva são mecanismo para implantação da inclusão das pessoas com alguma deficiência.

No seguimento se encontra o artigo: O direito de tentar: a utilização de substância experimentais em pacientes terminais como hipótese concretizadora dos direitos à vida e à felicidade, de autoria de Patrícia Vieira de Melo Ferreira Rocha e Alicio de Oliveira Rocha Júnior, onde os autores trazem os contornos de um “novo” direito fundamental, ou seja, de um direito de tentar usar substâncias experimentais, com fundamento na dignidade da pessoa humana e da auto-determinação de cada indivíduo. Vale dizer, cada pessoa sabe o que é melhor para ela mesma e este direito subjetivo deverá ser reconhecido pelo Ordenamento Jurídico. A questão que se contrapõe ao direito de tentar são os riscos que poderão ser gerados ao usuário. Este direito tem uma dupla perspectiva: é uma forma de concretizar o direito à vida, mas também é um direito de relativizar este direito. Por isso, deverá receber atenção por parte do Direito, fundado no amplo esclarecimento sobre todos os possíveis desdobramentos que este “direito de tentar” poderá trazer para o seu titular. Este direito tem previsão constitucional na Colômbia.

A seguir se encontra o artigo intitulado O dever constitucional de emancipação das minorias, escrito por Sérgio Tibiriçá Amaral e Flademir Jeronimo Belinati Martins, que traz as

contribuições oriundas de decisões judiciais produzidas na Alemanha, França e Estados Unidos, buscando defender um direito/dever constitucional das minorias. Os autores observam que a criação de políticas de cotas é insuficiente, notadamente pela falta de candidatos, em muitos casos, para utilizá-las. Por isso, apontam para a necessidade de ações emancipatórias, expressas por meio de políticas públicas que busquem concretizar a emancipação das minorias.

Depois se pode ler o artigo O dever fundamental dos pais de educar os filhos: porque a educação necessita de esforços pessoais, elaborado por Adriano Sant'Ana Pedra, que destaca a necessária interrelação entre os direitos e os deveres fundamentais, especialmente no tema relacionado à educação dos filhos, que acaba aproximando os pais e o Estado. Ambos têm parcelas específicas na concretização deste direito fundamental, cujo titular são os filhos. Mesmo em escolas privadas se terá a ingerência do Estado, assim como nas escolas públicas deverá haver a efetiva participação dos pais.

Na sequência se encontra o texto intitulado O trabalho infantil e a violação dos direitos fundamentais, da lavra de Suzete da Silva Reis e André Vianna Custodio, que estuda os efeitos que o trabalho prematuro poderá gerar no desenvolvimento das crianças. Apesar das diversas ações para minorar a ocorrência desta situação, o índice do trabalho infantil ainda é bastante elevado. Atualmente existem diversas atividades que acabam atraindo as crianças, como o trabalho de modelo, de artista, como jogador de futebol, entre outros, que disfarçam um trabalho infantil. Há diversos pontos de atenção, pois os efeitos são gerados do presente para o futuro destas crianças, notadamente na qualidade de vida e os custos à saúde pública.

Se percebe a grande diversidade de temas novos que se inscrevem sob o título dos Direitos e Garantias Fundamentais, sinalizando a ampla gama de possibilidades para a promoção da inovação no Direito. Espera-se que os textos a seguir apresentados possam ser o ponto inicial para ampliar os horizontes de sentido para o Direito no Século XXI.

Os organizadores desejam uma excelente leitura.

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - Programa de Mestrado em Direito do UNICURITIBA

Prof. Dr. Wilson Engelmann - Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado; e Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, ambos da UNISINOS

ANÁLISE DOS ASPECTOS JURÍDICOS LEGAIS DECORRENTES DA REDESIGNAÇÃO SEXUAL COMO FORMA DE EXERCÍCIO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

ANALYSIS OF LEGAL ASPECTS LEGAL RESULTING FROM SEXUAL REASSIGNMENT AS EXERCISE FORM OF RIGHTS OF PERSONALITY

Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres [1]

Resumo

Questionamentos que transcendem as garantias do direito fundamental de personalidade ao que pertine a questão da identidade sexual são objetos de aguerridos debates no cenário jurídico atual, a falta de conhecimento científico acerca da matéria agrava ainda mais quando se trata especificamente da figura do transexual, especificamente quando o mesmo é personagem de redesignação de sexualidade, sendo no presente estudo abordada quando o mesmo se vale de possíveis soluções médico-legal. Destacamos direitos e garantias da pessoa transexual sob a óptica dos direitos humanos e garantias fundamentais como direitos inerentes a simples condição de existência do indivíduo.

Palavras-chave: Identidade sexual, Redesignação sexual, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

Questions that go beyond the guarantees of the fundamental right personality to what pertine the question of sexual identity are objects fiercest debates in the current legal scenario , the lack of scientific knowledge on the matter even worse when it deals specifically with the transsexual figure, specifically when the same is sex reassignment character, being in the present study addressed when it is worth the possible medico-legal solutions. We emphasize rights and guarantees of the transsexual person from the perspective of human rights and guarantees as rights inherent in the mere existence of the individual condition

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sexual identity, Gender reassignment, Dignity of human person

[1] Mastér en en Derecho de las Relaciones Internacionales y de la Integración en América Latina; Mestrando em Historicidade dos Direitos Fundamentais pela Faculdade Damas.

Introdução

O transexualismo é comumente confundido com outras práticas de condutas sexuais como o homossexualismo, hermafroditismo, o intersexualismo e o travestismo, mais destes se difere tanto no aspecto psíquico quanto no cromossômico. O transexual é o indivíduo que rejeita seu sexo biológico, não auferindo prazer com sua genitália. Identifica-se com o sexo oposto, e tem eventualmente uma tendência a automutilação quando vê exaurida a possibilidade de adequação do seu sexo psíquico com o morfológico.

Assim o objetivo do presente estudo é identificar os direitos da pessoa transexual frente ao ordenamento jurídico positivo, no que diz respeito a sua redesignação sexual, especificamente no que pertine a mudança de gênero, enquadramento do nome e direitos reflexos.

Tratamentos psicológicos, psiquiátricos, terapias são em sua maioria ineficientes, causando apenas algum resultado positivo quando iniciada na infância, quando adulto o resultado pode ser muitas vezes desastroso. Ainda se demonstra como via inadequada, pois o transexualismo é apenas condição de externação de personalidade, não sendo nenhum tipo de patologia para que seja submetido a tratamento clínico que objetive conformismo biológico. A cirurgia de redesignação sexual é capaz de adequar o sexo psíquico do transexual ao morfológico.

Após a cirurgia redesignadora, surge para o transexual uma verdadeira batalha judicial para conseguir a retificação do registro de nascimento. A lei dos Registros Públicos brasileiros veda tal mudança, só admite a mudança de prenome em casos de mulher que seja solteira, divorciada ou viúva, ou que viva com homem solteiro, divorciado ou viúvo, havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro e nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas; no caso de evidente erro gráfico; a substituição por apelidos públicos notórios; e em caso de coação ou ameaça decorrente de colaboração com a apuração do crime. A doutrina e a jurisprudência em sua maioria também negam ao transexual a retificação no registro de nascimento que , baseada na consonância que o transexual nunca poderá ser uma mulher ou um homem por completo, e que o registro público deve ser preciso e regular, por ter a presunção de veracidade não cabendo assim a retificação. O direito à saúde, à dignidade da pessoa humana tutelado constitucionalmente são os elementos do qual se valem os transexuais para ver reconhecido a retificação do prenome e do sexo no registro civil. A não

retificação exclui e marginaliza o transexual. Sua aparência atual e seu sexo biológico não mais condizem com o seu sexo civil, tendo este inúmeras dificuldades para inserir-se socialmente onde até emprego lhe é negado.

O presente artigo faz uma incursão que inicialmente se propõe a identificar o sujeito do objeto de estudo, conceituando-o, e posteriormente identificando os direitos positivados e propostas legislativas acerca do tema, reconhecendo por lógico que o direito ao nome e identificação personificada é um direito humano e fundamental relacionado à personalidade.

A metodologia aplicada no presente estudo é a lógico-dedutiva, contendo em si a coerência e coesão na busca do derradeiro objetivo representado na identificação sujeito objeto do estudo, seus direitos e debates legais sobre garantias deste, sendo realizada uma analise reflexiva para o aprofundamento do estudo.

1. Do Transexualismo e da pessoa Transexual

Transexualismo é a incompatibilidade entre o sexo biológico e a identificação psicológica num indivíduo. Diz-se psicológica por ser a forma que a pessoa tem a sua concepção consciente, ou seja, a forma que a pessoa se entende dentro do contexto social. Transexual é aquele indivíduo que possui uma genitália, mas sua personalidade e seus atos são pertencentes ao sexo oposto.

Genival Veloso de França (1995, p.161) conceitua o transexualismo como:

> [...] uma inversão psicossocial, uma aversão e uma negação ao sexo de origem, o que leva esses indivíduos a protestarem e insistirem numa forma de cura através da cirurgia de reversão sexual, assumindo assim a identidade do seu desejado gênero.

Maria Helena Diniz (2006, p.284) define o transexualismo como:

> [...] uma síndrome caracterizada pelo fato de uma pessoa que pertence, genotípica e fenotipicamente, a um determinado sexo ter consciência de pertencer ao oposto. O transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação ou auto-extermínio. Sente que nasceu com o corpo errado, por isso, recusa totalmente o seu sexo, identificando-se psicologicamente com o oposto ao que lhe foi imputado na certidão de nascimento, apesar de biologicamente não ser portador de qualquer anomalia. [...].

Elimar Szaniawski (1999. p. 49-69) caracteriza o transexual como:

> [...] indivíduos que apresentam, ao simples exame ocular, genitais externos do tipo masculino e são portadores de uma psique totalmente ou predominantemente feminina, e vice-versa [...] é entendido pela medicina, como uma anomalia da sexualidade humana. Trata-se de uma inversão da identidade psicossocial do indivíduo, que o conduz a uma neurose reacional obsessivo-compulsiva. Possui o indivíduo transexual um sentimento difuso profundo de pertencer ao sexo oposto e a vontade extremada de reversão sexual.

Nesse diapasão, Colette Chiland (2008. p. 27-28) define o transexualismo como:

> [...] homens ou mulheres que afirmam reconhecer que têm um sexo de homem ou mulher, ao qual não sentem pertencer. Há uma contradição entre o sexo de seu corpo e o de sua alma, ou, em outros termos entre seu sexo e seu gênero. Eles são uma mulher prisioneira num corpo de homem ou um homem prisioneiro num corpo de mulher. Se vão ao médico, eles o fazem para que lhes seja restituído seu "verdadeiro corpo". Não sentem sofrer de uma perturbação mental.

Tereza Rodrigues Viera (2004. P. 47) ensina Tem o transexual a plena convicção de não pertencer a seu sexo morfológico, seu grande desejo é inserir-se na sociedade pelo seu verdadeiro sexo de identificação, qual seja, o sexo psíquico ou comportamental.

> Transexual é o indivíduo que possui a convicção inalterável de pertencer ao sexo oposto ao constante em seu Registro de Nascimento, reprovando veementemente seus órgãos sexuais externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia. Segundo uma concepção moderna o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem. Um transexual feminino é, evidentemente, o contrário. São, portanto, portadores de neurodis-cordância de gênero. Suas reações são, em geral, aquelas próprias do sexo com o qual se identifica psíquica e socialmente. Culpar este indivíduo é o mesmo que culpar a bússola por apontar para o norte.

Genival Veloso de França (1995, p. 161) explica que existem cinco teorias que tentam explicar a causa do transexualismo, contudo até o presente momento nenhuma delas são conclusivas:

A teoria genética, atualmente, a mais aceita, atribui que existe um gene específico no cromossomo sexual que tem a capacidade de se transmitir.

A teoria fenotípica assevera a influência da própria conformação física do indivíduo andróide, levando a mulher para o transexualismo masculino, e a conformação anatômica andróide que leva o homem para o transexualismo feminino[1].

A teoria psicossexual considera as influências ambientais que o indivíduo vive. A influência da orientação, do comportamento dos pais, do tipo de educação recebida pelo indivíduo, tem a capacidade de formar a tendência masculina ou feminina.

A teoria neuroendócrina foi elaborada por H. Benjamim e é também conhecida como biossexual. Afirma, que existe alteração nas estruturas dos centros de identidade sexual, devido ao hipotálamo[2] não receber a quantidade necessária de hormônios.

A teoria eclética, também conhecida por multifuncional considera todos os fatores das teorias citadas como determinante para o surgimento do transexualismo. Assim, haveria causas

[1] Essa teoria é pouco aceita devido ao seu baixo poder de convencimento e cientificidade, já que somente no período da puberdade é que o indivíduo percebe seus atributos sexuais, e no transexual essas manifestações ocorrem desde a infância

[2] Hipotálamo é a glândula que controla o comportamento sexual.

genéticas, fenotípicas, psicogênicas, fatores endógenos e exógenos que levariam a essa alteração sexual.

1.2 Da realização da cirurgia de redesignação sexual

Realizada a cirurgia para adequação sexual surge para a pessoa transexual o direito subjetivo a um novo registro de identificação, o qual haverá de ser correspondente a sua nova condição de gênero, o que ensejará a este um complexo de dificuldades na sua retomada a vida civil. No Brasil principalmente, onde paira uma lacuna na legislação sobre o tema, cabe a doutrina e a jurisprudência nortear o julgamento dos casos que surgem a serem analisados pelo judiciário, existindo escassa regulamentação da matéria, sendo apenas disciplinado o uso de nome social perante órgãos da administração pública pelo decreto 8.727/2016. Contudo citado decreto, em seu art. 1º, Paragrafo Único, II, define a identidade de gênero como dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento. Contudo tal regulamentação está demasiada aquém as garantias devidas a pessoa transexual.

A falta de uma normatização própria e especifica torna a vida do transexual brasileiro operado num verdadeiro tormento, pois seu sexo atual não mais corresponde ao seu sexo civil, o que causa ao mesmo além da supressão de direitos e adequação ao sexo que possui pertença psico-comportamental.

2. Do direito à redesignação sexual

O estudo do transexualismo na Bioética deve-se ao fato, que tal assunto abrange a dignidade da pessoa humana, os princípios da bioética, a licitude, a eticidade da intervenção cirúrgica e a multidisciplinaridade.

O direito a autodeterminação, conforma afirma Elimar Szaniawski (1999, p. 254) consiste no poder que todo ser humano possui de se autodeterminar, de decidir por si mesmo o que é melhor para si. O poder de autodeterminação corresponde à possibilidade que cada indivíduo tem no sentido da sua evolução, e da formação da sua personalidade. Esta capacidade é reconhecida pela Constituição Federal, quando há a tutela de um direito geral da personalidade. No transexual, há uma busca pelo direito de exercício da sua personalidade

psíquica. A intervenção cirúrgica é o meio de unir o sexo morfológico ao psíquico, e decorre do direito a autodeterminação sexual, variante do direito a personalidade.

O direito de o transexual realizar a cirurgia de transgenitalização baseia-se também no princípio da beneficência, no qual a cirurgia é realizada com o objetivo do bem geral, da saúde do indivíduo. Mesmo que a cirurgia não alcance por inteiro o desejo do transexual, ou permita a completude da condição biológica, pois funções como a procriação nunca mais poderá ser alcançada, exceto por meio da adoção ou reprodução assistida, o que resolve a questão de formação de prole.

O princípio da legalidade é amplamente utilizados, porque se não há nenhum óbice ou qualquer discussão ética em torno da cirurgia em pessoas portadoras de hermafroditismo e pseudo-hermafroditismo, pois o caráter terapêutico, e a melhoria da saúde é o bem maior justificando a intervenção, não poderá existir discriminação na realização das cirurgias em transexuais, visto que faz parte de uma adequação, visando manter sua integridade psico-física.

Raul Choeri (2004, p. 134) analisa assevera:

> De fato, para o transexual, ter uma vida digna importa ver reconhecida a sua identidade sexual sob o aspecto dinâmico, compreendido pelo gênero ou pelo sexo psicossocial. Aqui, a dignidade assume, além de seu caarater 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.

Portanto, não se poderá negar o direito à identificação da personalidade, que ocorre pela indicação do pré-nome, como também a tutela da dignidade humana. Não se pode vetar a felicidade do transexual, seu direito a viver na sociedade de acordo com seu sexo psíquico, por preconceito e por falta de uma legislação específica sobre o tema. O seu direito à vida, a saúde, a dignidade como pessoa humana, ao próprio corpo, à identidade sexual amplamente assegurados pela constituição é pressuposto que autoriza a cirurgia de transgenitalismo.

3. Aspectos legais da cirurgia de redesignação.

A realização da cirurgia no transexual pode dar origem a um debate acerca da penalização da conduta do médico, o qual responsável pela intervenção. O processo pode ocorrer, quando há o pedido judicial do transexual operado de retificação do assento de nascimento para a alteração do nome e do sexo. O referido pedido leva Ministério Público a tomar ciência da cirurgia, vindo este eventualmente a fazer a denúncia do médico responsável

pela intervenção. A responsabilidade penal do médico resulta da possibilidade de interpretação de alguns considerarem a cirurgia realizada no transexual como mutiladora, tipificando-a no artigo 129, §2º, III do Código Penal brasileiro.

Segundo Damásio E. de Jesus (2004, p.142), a qualificadora perda e inutilização distingue-se. A perda significa a ablação do membro ou órgão, já inutilização é a inaptidão do órgão à sua função específica.

Contudo se entende que não há responsabilidade penal do médico brasileiro porque, em regra, a cirurgia decorre do exercício regular de sua profissão, artigo. 23, inciso III do Código Penal.

Além do exercício regular do direito, tem o médico o consentimento do paciente como causa de exclusão de ilicitude, acrescentando-se também a ausência de dolo, na realização da cirurgia. Tereza Rodrigues Vieira (2004, p.115) concorda que não há ilicitude na cirurgia com base nos seguintes argumentos:

> Cabe lembrar que essa cirurgia não é criminosa, pois a genitália anterior não tinha função alguma, exceto a de urinar. Ademais, outra será criada em seu lugar, sendo, inclusive, apta à função *coeundi*. O médico, com tal proceder, objetiva curar ou amenizar o problema que atinge o indivíduo. [...] A cirurgia é lícita pois tem caráter terapêutico que visa a melhora do estado de saúde do indivíduo, retirando-lhe qualquer ilicitude. Ademais, não houve nenhum vício de consentimento. O médico quer curar, não ferir. Assim, a cirurgia é um tratamento realizado por meio de técnicas que procuram adequar a genitália à identidade de gênero do indivíduo.

Do mesmo posicionamento é Elimar Szaniawski (1999. p. 256):

> As diversas terapias aplicadas ao transexual, culminando com intervenção cirúrgica, para mudança de sexo, de acordo com o laudo médico, não se constituem em delito de lesões corporais, mas antes, no pleno exercício do direito à liberdade, do direito à saúde, do direito à integridade psicofísica, exercendo, desta maneira, o livre desenvolvimento de sua personalidade, a afirmação de sua dignidade como ser humano e o pleno exercício da cidadania, ocupando seu devido lugar no espaço público.

No mesmo diapasão sustenta Maria Helena Diniz (2006. p. 295):

> Não há responsabilidade penal do médico, porque, em regra, a cirurgia de adequação sexual decorre do exercício regular de sua profissão (CP, art. 23, III), pois, apesar da mutilação, não se poderia negar a existência de um interesse terapêutico, comprovado por rigorosos exames clínicos reveladores da necessidade da "conversão curativa" para a saúde mental do paciente, que tem direito a uma vida feliz, impedindo-se que caia em estado depressivo, que se suicide ou se automutile, diante da real prevalência do sexo psicológico sobre o genético. Repara-se um erro havido durante a formação intra-uterina do paciente. Ninguém consentiria em sua "mutilação" sem que houvesse uma finalidade terapêutica para tal. O médico só faz a intervenção que provoca a ablação dos genitais funcionais de seu paciente para fins de transexualização, mediante comprovação da necessidade desse ato para sua saúde mental.

Os julgadores, que se posicionam contra a cirurgia de transgenitalismo, baseiam seus argumentos no fato de que tal cirurgia consiste numa castração do homem, que a criação do

órgão genital feminino nunca será perfeito, e a procriação nunca será atingida, assim haverá perda de função da genitalia. Como também ocorre no transexual feminino onde lhe são retirados os ovários e o útero, e a criação do órgão genital masculino nunca será perfeito, e nunca atingirá a procriação.

Consideram esses julgadores a cirurgia de transgenitalismo uma verdadeira castração, incorrendo em lesão corporal gravíssima, por retirar do paciente seu órgão sexual originário, substituindo-se por algo artificial e inoperante. Porém, os transexuais em sua maioria, teem que seu órgão sexual é destituído de função vinculada à prática sexual.

O fato de afirmar que a cirurgia dá ao transexual um órgão que não possui capacidade de reprodução e que, extirpado o originário, incorreria o médico na prática de lesão corporal por perda de função, indagamos: Perda de que função? Se o órgão extirpado não tinha nenhuma função para o transexual, perda da função que nunca possuiu? Seria crime o médico com o intuito de melhorar a condição de vida e saúde do paciente substituir um órgão sem qualquer funcionalidade por outro que possui funcionalidade? Se um dos órgãos do corpo não funciona bem, por exemplo, um dos rins em prol da saúde do indivíduo far-se-á um transplante. Então, porque se um órgão genital inoperante provoca no indivíduo um verdadeiro transtorno nos mais variados aspectos, em prol da melhora da saúde deste porque não poderia ser substituído por outro com funcionalidade?

Cumpre salientar, que as cirurgias de redesignação sexual apenas são realizadas diante do completo insucesso da psicoterapia e após avaliação criteriosa por no mínimo dois anos de uma equipe médica multidisciplinar. Destarte, o médico ao proceder a intervenção objetiva sanar ou abrandar a considerada divergência morfológica do transexual, não devendo a cirurgia ser considerada criminosa.

O progresso dos conhecimentos e das técnicas científicas e médicas, em particular a cirurgia plástica, tornou possível uma transformação desejada há tempos e em vários lugares, mas até então inacessível. A cirurgia não muda o sexo do individuo, apenas muda genitália externa adequando-a ao sexo psicológico. Sendo atualmente a única e melhor solução para adequação morfológica e estética de gênero do transexual; deve o legislador e os aplicadores da lei acompanhar o avanço da sociedade, do Direito e da medicina, não ficando submissos e presos a tabus.

Em sua maioria, os transexuais redesignados sexualmente não demonstram nenhum tipo de arrependimento, ao contrário, em sua maioria evidenciam o sucesso do procedimento. Assim, nos revela Colette Chiland (2008. p. 56-59):

> São raros os arrependimentos quando a decisão de operar foi tomada depois de um período de observação cuidadosa. Eles se baseiam antes nos resultados cirúrgicos do que no fato da operação[...]. Um fato surpreendente: o sujeito, mesmo se vem pedir ajuda psicoterápica depois da intervenção (e eles vêm cada vez mais freqüentemente), julga que não poderia ter um comportamento satisfatório sem a transformação [...]. Nos melhores casos, os transexuais operados falam de um novo nascimento, de uma libertação, do sentimento de ser enfim eles mesmos. Se o objetivo deles era viver como membros do outro sexo, essa meta é atingida.

Como assinala Julio Fabbrini Mirabete (2003, P. 107 a 113), a maioria da doutrina brasileira tem entendido que tal intervenção cirúrgica não constitui crime, a ablação de órgãos sexuais no transexual é plenamente aceita. Há o exercício regular de direito nas intervenções cirúrgicas, embora alguns opinem pela atipicidade do fato ou pela ausência de antijuricidade em decorrência do consentimento da vítima.

Nesse tipo de intervenção são imprescindíveis o consentimento do paciente e a recomendação médica, para que seja realizada a cirurgia. A ausência de uma legislação específica sobre o tema o faz incorrer numa atipicidade, pois, não há nenhuma norma específica que tipifique a cirurgia de redesignação sexual como crime.

A favor do médico, no ponto de vista penal está ausência de dolo (*animus laedendi)*, a ausência de fato típico, tendo em vista que a cirurgia objetiva a efetivação do direito de se autodeterminar, adequando-se aos padrões morfológicos da sexualidade elegida pelo paciente, o caráter imperioso de escolha e satisfação de necessidade do paciente para adequação morfológica de sua personalidade, como dito anteriormente o transexual é um indivíduo que pode eventualmente chegar a automutilação e ao suicídio.

No Brasil algumas iniciativas parlamentares, sendo de se destacar o Projeto de Lei 70-B/1995 (vide anexo n. 04) do Deputado José Coimbra, do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), que visa despenalizar de forma especifica a conduta do médico que desempenha seu múnus visando o conforto e bem estar do transexual, projeto que ainda tramita pelo Congresso e propõe a alteração do artigo 129, § 9º do Código Penal, que passa a ter a seguinte redação:

> § 9º Não constitui crime a intervenção cirúrgica realizada para fins de ablação de órgãos e partes do corpo humano quando, destinada a alterar o sexo de paciente maior e capaz, tenha ela sido efetuada a pedido deste e precedida de todos os exames necessários e de parecer unânime de junta médica.

De cunho inovador, o projeto visa a exclusão do crime por parte do médico que venha realizar a intervenção cirúrgica no transexual, porém deixa de estabelecer enumeras outras providências essenciais como veremos em capítulo específico.

A Comissão Européia dos Direitos do Homem considera a intervenção cirúrgica no transexual como uma conversão curativa, com o intuito de permitir a integração pessoal e social do doente ao sexo a que possui a convicção de pertencer. A Convenção de Yogyakarta,

de combate a discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero, na qual o Brasil é signatário, instituiu 29 principios que devem nortear as políticas publicas e sociais, sendo tais princípios de: Direito ao Gozo Universal dos Direitos Humanos; Direito à Igualdade e a Não-Discriminação; Direito ao Reconhecimento Perante a Lei; Direito à Vida; Direito à Segurança Pessoal; Direito à Privacidade; Direito de Não Sofrer Privação Arbitrária da Liberdade; Direito a um Julgamento Justo; Direito a Tratamento Humano durante a Detenção; Direito de Não Sofrer Tortura e Tratamento ou Castigo Cruel Desumano e Degradante; Direito à Proteção Contra todas as Formas de Exploração, Venda ou Tráfico de Seres Humanos; Direito ao Trabalho; Direito à Seguridade Social e outras Medidas de Proteção Social; Direito a um Padrão de Vida Adequado; Direito à Habitação Adequada; Direito à Educação; Direito ao Padrão mais Alto Alcançável de Saúde; Proteção contra Abusos Médicos; Direito à Liberdade de Opinião e Expressão; Direito à Liberdade de Reunião e Associação Pacíficas; Direito à Liberdade de Pensamento, Consciência e Religião; Direito à Liberdade de Ir e Vir; Direito de Buscar Asilo; Direito de Constituir uma Família; Direito de Participar da Vida Pública; Direito de Participar da Vida Cultural; Direito de Promover os Direitos Humanos; Direito a Recursos Jurídicos e Medidas Corretivas Eficazes; e principio da Responsabilização.

Assim, temos que a política publica e o Estado deve garantir o bem estar dos indivíduos, assim como assegurar a estes os meios necessários ao desenvolvimento de seu bem estar e livre manifestação de sua personalidade, assim como garantir aos mesmos o acesso à saúde e dignidade.

4. Iniciativas legislativa no Brasil

Em 1979, o Deputado Federal José de Castro Coimbra envia ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1.909/79 para votação acerca da permissão para intervenção cirúrgica nos casos de transexualismo comprovado, tal projeto foi vetado pelo então presidente João Figueredo.

No ano de 1995, o Deputado José de Castro Coimbra reapresenta seu projeto ao Congresso Nacional com diversas modificações. Após vários anos estagnado, foi anexado a ele um outro de nº 3727/97, do ex-deputado Wigberto Tartuce. Ambos agora tramitam juntos, mas se encontram parados, aguardando inclusão em pauta. O Projeto de Lei altera o art. 129, § 9º do Código Penal, que passaria a ter a seguinte redação:

> § 9º Não constitui crime a intervenção cirúrgica realizada para fins de ablação de órgãos e partes do corpo humano quando, destinada a alterar o sexo de paciente maior e capaz, tenha ela sido efetuada a pedido deste e precedida de todos os exames necessários e de parecer unânime de junta médica.

Altera também o artigo 58 da Lei nº 6.015/73, passando a ter a seguinte redação:

> Art. 58. O prenome será imutável, salvo nos casos previstos neste artigo.
> § 1º Quando for evidente o erro gráfico do prenome, admite-se a retificação, bem como a sua mudança mediante sentença do juiz, a requerimento do interessado, no caso do parágrafo único do art. 55, se o oficial não houver impugnado.
> §2º Será admitida a mudança do prenome mediante autorização judicial, nos casos em que o requerente tenha se submetido a intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário.
> § 3º No caso do parágrafo anterior deverá ser averbado ao registro de nascimento e no respectivo documento de identidade ser pessoa transexual.

É um projeto um cunho inovador, um primeiro passo para se atender as demandas dos transexuais brasileiros, lamentavelmente não é uma lei que irá solucionar plenamente as demandas desses indivíduos, pois, o projeto deixou várias lacunas onde o transexual redesignado terá que recorrer aos tribunais para supri-las.

Inúmeras são as críticas que o projeto tem recebido da doutrina, dentre elas: o projeto não explicita os seus destinatários, ou seja, se é uma lei destinada somente a transexuais, também estariam abrangidos os intersexuados e hermafroditas. Também deixa de estabelecer os devidos limites ao estado civil do paciente e não prevê os reflexos sobre as relações de paternidade, maternidade quanto aos filhos, e sobre a reprodução assistida.

O projeto também não estabelece a garantia expressa do gozo dos direitos e das obrigações advindas do novo estado sexual adquirido pelo transexual redesignado.

Como se trata de um projeto de lei do ano de 1995, prevê a idade mínima de 21 para realização da cirurgia.

Embora permita a alteração do prenome, o projeto determina que seja inscrito, no estado civil, a palavra "transexual". A idéia de regulamentar a questão é boa, mas a inscrição de transexual no documento do requerente fere por completo o direito à intimidade e privacidade do indivíduo, ferindo, também, o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse particular, o projeto merece melhor análise. Estaríamos criando, por lei, outro tipo de sexo: teríamos o masculino, o feminino e o transexual. Não se quer o reconhecimento de um terceiro tipo de sexo, mas apenas o reconhecimento de que esses indivíduos estão em um ou outro grupo, integrados socialmente e com a pacificação de seus problemas e angústias internos.

Atualmente, este Projeto encontra-se Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Foram apensados a ele, os Projetos nº PL 3727/1997; PL 5872/2005; PL 4241/2012; PL 1475/2015.

O Projeto de Lei n.º 3727/1997, de autoria do Deputado Wigberto Tartuce – Partido Progressista Brasileiro/DF – propõe, "em caso de mudança de sexo, mediante cirurgia, será permitida a troca do nome por sentença." Embora permita a troca do nome, não faz referência expressa a alteração do sexo no Registro Civil. Em 28.10.1997, a Mesa Diretora determinou que este Projeto fosse apensado ao Projeto n.º 70/1995. Já Projeto de Lei n.º 5872/2005, de autoria do Deputado Elimar Máximo Damasceno – Partido da Reedificação da Ordem Nacional/SP – propõe a proibição da mudança no prenome nos casos de transexualismo. Também foi apensado ao Projeto n.º 70/1995. O Projeto de Lei n.º 4241/2012, de autoria da Deputada Erika Kokay – Partido dos Trabalhadores/DF – Dispõe sobre o direito à identidade de gênero, e permite a alteração do prenome do transexual, ficando subentendido que seria desnecessário que ele não tenha sido submetido a procedimento cirúrgico, pois o art. 4º de referido Projeto de Lei estabelece: "Toda pessoa maior de dezoito anos poderá requerer a retificação de seus registros para alterações relativas ao nome, ao sexo e à imagem, quando não coincidam com sua autodefinição de identidade de gênero.", ao que o art. 8º do mesmo PL dispõe: "Toda pessoa maior de dezoito anos poderá se submeter a intervenções cirúrgicas totais ou parciais e a tratamentos hormonais para adequação do corpo à sua identidade de gênero, sem necessidade de autorização judicial", ao que a observancia do condicionante "poderá" demonstra ser a cirurgia de redesignação uma faculdade.

Acreditamos que mesmo com tais lacunas, que impede a matéria de ser regulamentada por completo, quando convertido em lei o projeto irá melhorar tanto vida do transexual, quanto a do médico que realiza a cirurgia. Mais ainda, a inovação do PL 4241/2012 aproxima da realidade e permite a faculdade do transexual redesignar ou não seu aparelho sexual.

Por sua vez o PL 5002/2013 é expresso ao determinar em seu art. 4º, parágrafo único, I, que não será requisito para alteração do prenome a intervenção cirúrgica de transexualização total ou parcial, o que demonstra um anvanço frente aos demais projetos legislativos existentes. Garante ainda tal projeto legistivo a extensão a tal direito aos menores de idade desde que juridicamente capazes de externar, ainda que relativamente face a sua capacidade civil, a livre e legal manifestação de vontade. Contudo, tais projetos não ultrapasssaram a devida tramitação, não sendo portanto normas juridicas positivadas.

5. Transexualismo no âmbito do direito civil brasileiro

É no ramo do direito civil que o transexual operado encontra maior resistência para ter uma adequada inserção sócio-jurídica. Essa resistência está inserida na intensa dificuldade de alteração do prenome, efeitos no casamento e filiação.

5.1 Da retificação do prenome e do sexo no registro civil brasileiro

Realizada a cirurgia de transgenitalização, o indivíduo apresenta a nítida incompatibilidade do sexo morfológico e psíquico com o seu sexo legal. É Comum após o procedimento cirúrgico o ingresso na justiça para retificação do registro civil.

Tanto a sociedade quanto ao direito interessam a identidade correta do indivíduo, devendo coincidir o sexo social, o psicológico e o jurídico, sob pena do indivíduo que se encontra nestas condições ser condenado ao ostracismo, a subempregos, a ser um verdadeiro pária social, sem poder gozar dos direitos mais básicos como saúde e educação.

Descreve minuciosamente Maria Helena Diniz (2006. p. 116) as bases com que fundamentam a doutrina e a jurisprudência a negativa da retificação do registro civil do transexual operado:

> A doutrina e a jurisprudência têm negado, em sua maioria, a retificação do registro civil do transexual operado, alegando que o registro público deve ser preciso e regular, constituindo a expressão da verdade, e a operação de mudança de sexo atribui ao interessado um sexo que não tinha, nem poderá ter, porque o fim da procriação nunca será atingido, pois não se terá nem um homem nem uma mulher, mas um ser humano mutilado, em que pesem a alteração comportamental, a ingestão de hormônios e a modelação física com silicone ou cirurgia estética. Essa retificação de registro civil por mudança de sexo e nome só tem sido, em regra, admitida em caso do intersexual[...].

No tocante à questão, entendimento diverso da doutrina e da jurisprudência possui Elimar Szaniawski (1999. p. 164):

> Para nós, tais temores são um tanto exagerados, tendo em vista que, ao alterar-se o assento de nascimento de uma pessoa, não haveria eliminação total da personalidade e da vida pregressa do redesignado, nem desprezo de seu passado e dos atos pretéritos. A alteração diz respeito, somente, ao nome e à identidade sexual; as demais características, as impressões digitais, não sofrem qualquer mudança. Neste pensar, teríamos de vetar a alteração do assento de nascimento dos *intersexuados* e *hermafroditas*. Do mesmo modo, não poderíamos admitir que a mulher, ao casar, adotasse os apelidos do marido, e que os perdesse por ocasião do divórcio. Não se admitiria alterar, por ocasião da mudança do nome de ascendente, o nome do descendente, nem se admitiria a mudança de patronímico estrangeiro para nacional. Tudo seria proibido e imutável, por razões de segurança.

É consoante a todos a importância do nome na vida do indivíduo. O nome é fator de identificação e individualização do sujeito perante a sociedade. A principal característica do nome é a "imutabilidade relativa" que está prevista no *caput* dos artigos 57 e 58 da Lei nº. 6.015 de 1973 – Lei de Registros Públicos. O artigo 57 da referida lei permite a alteração posterior do nome, em casos excepcionais e motivadamente, após audiência com o Ministério Público.

Elimar Szaniawski (1999. p. 117) será permitido por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa. Faz parte das exceções na alteração do nome a mulher que seja solteira, divorciada ou viúva, que viva com homem solteiro, divorciado ou viúvo, havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas.

Já o art. 58 da referida lei dispunha anteriormente que o prenome era imutável, com a nova redação dada pela Lei nº 9.807/1999 admite-se a substituição por apelidos públicos notórios e a substituição do prenome para proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas.

A Lei nº 9.807/1999 estabelece normas para a proteção de vítimas e testemunhas ameaçadas. Excepcionalmente, permite esta lei que seja requerida judicialmente por essas pessoas a alteração do nome, mantido o segredo de justiça. Silvio Venosa (2005, p. 224) explica É permitido que a pessoa volte a usar seu nome originário, uma vez cessado o perigo ou a ameaça e sua participação no programa de proteção de vítimas e testemunhas ameaçadas. A previsão para participação nesse programa é de dois anos, mas esse prazo poderá ser prorrogado por motivos extraordinários.

No Brasil não há uma lei que acate a questão da adequação do prenome do transexual no registro civil, ocorre apenas julgados permitindo-a, como a decisão da Oitava Câmara Cível do TJRS que autorizou a alteração do sexo e do nome no registro civil de um transexual. Para o relator, Desembargador Claudir Fidélis Faccenda, devido à falta de regras no sistema jurídico, a ocorrência do procedimento cirúrgico é marco identificador da adequação do sexo biológico de nascimento ao sexo psicossocial. É o chamado "sexo registral" não se justifica, psicológica ou anatomicamente, assinalando que a procedência da ação tornará jurídica uma situação que já existe de fato.

Dada a omissão da lei, o problema que surge para o transexual deveria ser tratado como uma questão social em que incidiria os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código

Civil, assim como também os artigos 1º, incisos II e III; 3º, inciso IV e 5º, inciso X da Constituição Federal.

Embora a Constituição brasileira não expresse de forma literal, ao enunciar a defesa da dignidade humana como um dos patamares de nossa sociedade, é certo que o desenvolvimento da personalidade humana que se inicia com a identidade, é exercitável sempre que não vulnere os direitos de outro ou atente contra a ordem constitucional. No caso em tela, o transexualismo, o direito a dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade não se encontram limitados ou restritos pela Constituição ou por qualquer lei. Isso significa que nenhum outro brasileiro, e menos ainda o estado brasileiro tem o direito de opor-se à realização pessoal do transexual.

O transexual não possui essa condição por pura vontade. É sim uma condição que reflete sua formação de personalidade e externa sua manifestação de sexualidade. O transexualismo não decorre do direito de dispor do seu próprio corpo, como uma variante do direito à liberdade sexual. O transexualismo, no plano jurídico, decorre do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Os transexuais têm o direito fundamental à identidade sexual. Porém, esse direito não é exercido em sua plenitude. Situações constrangedoras e embaraçosas, que passam desde uma simples apresentação de documento de identidade a um caixa numa loja, até a exposição pública quando têm seu nome chamado numa fila de espera, são provas que essas pessoas sofrem diariamente com restrições de direitos fundamentais.

Integramos a corrente de pensamento da Maria Helena Diniz (2006, p. 301-302), onde deve haver a adequação do prenome ao novo sexo do transexual. Como se trata de uma ação modificadora do estado da pessoa, coma respectiva adequação do sexo, deve ser averbada (art. 29, §1º, letra f, da Lei nº 6.015/73).

Deve-se realizar uma averbação no registro já existente, e não produzir-se um novo registro, pois os Registros Públicos relatam fatos históricos da vida do indivíduo. A adequação do prenome e do sexo deve constar apenas no registro civil, para que fique demonstrado que determinado indivíduo passou oficialmente a partir daquele momento, e não do seu nascimento a ter determinado nome e ser portador de determinado sexo.

Tereza Rodrigues Viera (1996, p.138) explica que a aludida alteração deverá constar apenas no registro civil do transexual, e somente poderá ser expedida a pedido do interessado ou mediante determinação judicial. Desta forma, estariam mais bem assegurados os direitos do transexual, quanto os de terceiros.

Defendemos ainda que não deverá ocorrer qualquer referência à aludida alteração na carteira de identidade, no cadastro de pessoa física, na carteira de trabalho, no titulo de eleitor,

nos cartões de crédito, no cadastro bancário, no passaporte, e demais documentos de identificação. Que a averbação deva ser sigilosa no registro de nascimento, caso contrário, impediria a plena integração social e afetiva do transexual, obstando o direito ao esquecimento de seu estado anterior do qual lhe causava intenso sofrimento. A não retificação do nome do transexual é impedir que este pudesse exercer sua cidadania no sentido mais amplo.

No Brasil, a adequação do prenome e do sexo não é permitida por lei nas hipóteses de transexualismo. Sua maior barreira acha-se no já referido art. 58 da Lei nº 6.015/73, com o advento da Lei nº 9.708/98 que alterou o artigo, permitindo a substituição por apelidos públicos notórios, possibilitou ao transexual operado base legal para alterar o seu prenome substituindo-o pelo apelido público notório do qual é conhecido no meio em que vive. No entanto, o transexual não almeja adotar um apelido e sim, ser reconhecido como pertencente ao sexo oposto. Com isso, a retificação do seu registro não poderá ser feita com fundamento neste artigo.

A parte da jurisprudência brasileira a favor da alteração do prenome e do sexo após a cirurgia redesignadora entende que se deve colocar no lugar reservado ao sexo o termo transexual, por ser esta a condição psíquica e física da pessoa, garantindo que terceiros não sejam induzidos a erro (DINIZ, 2006, p.299). Contudo, o STJ hodiernamente houve pacificado o entendimento de permissibiulidade da alteração de prenome, sob o esteio dos Art. 55 e 56 da lei 6.015/73, sob o fundamento que o nome social diverso da externação de sexualidade leva ao constrangimento do titular, o que tem por acerto e correto fundamento. Contudo, entende necessária a corte Superior de Justiça a respectiva averbação de mudança como forma de "salvaguardar" direitos previdenciários e a prática desportiva.

De nada haveria de adiantar acatar a mudança do prenome e do sexo, se continuaria o transexual constrangido, sempre quando tiver de demonstrar seus documentos ver exposta sua intimidade, ver exposta sua condição de redesignado. Não se pode etiquetar o transexual, obrigando-o a carregar, ao assumir a nova vida, o estigma de uma rotulação (CHAVES, 1994, p. 161).

É de uma imensa problematicidade a alteração do prenome e do sexo do transexual, além da falta de uma legislação sobre o tema, este é visto com receio e muito preconceito. As poucas decisões que permitem a mudança do status sexual e do prenome, são objeto de recurso pelo Ministério Público, e em segunda instância, em sua maioria perdem a permissão para fazer a alteração no registro.

No tocante a questão esclarece Tereza Rodrigues Vieira (2004, p. 113):

> [...]A medicina e a psicologia já amparam há muito tempo a realização da cirurgia de adequação ao verdadeiro sexo, cabendo ao Direito autorizar a adequação dos documentos com o intuito de cessar ou, pelo menos, reduzir seus inúmeros problemas e constrangimentos. [...]Negar tal pedido àquele que fez a cirurgia é negar-lhe o direito de viver dignamente, é marginalizá-lo, mantendo seu sofrimento. O Direito deve atender às justas necessidades das pessoas, sobretudo quando não prejudicam terceiros. É justo que em nome de um sexo cromossômico (que ninguém vê) se obrigue alguém a assumir um sexo ao qual jamais pertenceu verdadeiramente e a que jamais pertencerá?[...] A manutenção dos atuais documentos causa revolta até nas pessoas que com eles se relacionam. A recomendação que mais recebem dos amigos, colegas, professores, nos lugares em que são obrigados a apresentar sua documentação masculina é pela sua regularização para o nome e o sexo, visando o equilíbrio da sua saúde, superando a angustiante situação experimentada cotidianamente.

No mesmo diapasão Sílvio Venosa (2005, p. 228) conclui:

> [...]é atual a problemática de alteração do prenome, tendo em vista a alteração cirúrgica do sexo da pessoa. Nessas hipóteses, o cuidado do magistrado ao deferir a modificação do pronome deve atender a razões psicológicas e sociais, mercê de um cuidadoso exame da hipótese concreta.[...]No entanto, sob esse prisma, comprovada a alteração do sexo, impor a manutenção do nome do outro sexo à pessoa é cruel, sujeitando-a a uma degradação que não é consentânea com os princípios de justiça social. Como corolário dos princípios que protegem a personalidade, nessas situações o prenome deve ser alterado.[...] Desse modo, a alteração do prenome para o sexo biológico e psíquico reconhecido pela Medicina e pela Justiça harmoniza-se com o ordenamento não só com a Constituição, mas também com a Lei dos Registros Públicos, não conflitando com seu art. 58.

Desta forma, condenar o transexual após a redesignação à continuidade do uso de documentos em que constem o prenome, e um sexo do qual não o identifica de forma alguma, que não condiz com a realidade por este vivenciada é o mesmo que estigmatizá-lo.

É tirar a possibilidade deste de forma livre e desimpedida ao que tange a seu nome e manifestação de sua personalidade de se aprimorar profissionalmente, de ter uma conta bancária, de assinar um simples contrato, de possuir a carteira nacional de habilitação, de viajar de avião no País ou fora dele, de participar de congressos, é impedi-lo de qualquer atividade em que tenha de se identificar.

O transexual não pode sofrer as conseqüências de uma configuração da diferenciação sexual do cérebro por influência biológica ou hormonal ocorridos no período fetal. Portanto, não se tratando de mera opção ou capricho e sim da busca do equilíbrio psicofísico, do equilíbrio do interesse geral e do individual deve ser concedido ao transexual redesignado a alteração do prenome e do sexo no registro civil (VIEIRA, 2004, p. 118). De nada adiantará ao transexual superar a dicotomia entre seu sexo biológico e psíquico, se houver o constrangimento de se apresentar socialmente como portador do sexo oposto.

Realizada a cirurgia de transgenitalização, o indivíduo apresenta a nítida incompatibilidade do sexo morfológico e psíquico com o seu sexo legal. É Comum após o procedimento cirúrgico o ingresso na justiça para retificação do registro civil.

Assim, o direito a personalidade, à identificação de acordo com a projeção de sua personalidade é direito subjetivo que se sujeita a imperatividade, havendo de garantir a pessoa transexual o direito a seu nome em conformidade a sua condição de gênero personificado.

6. Considerações Finais

Atualmente o critério de identificação do ser humano no Brasil leva em consideração apenas o sexo morfológico. O desprezo dos demais critérios de verificação sexual como o psíquico, comportamental ou os derradeiros de condutas de personalidade leva muitos indivíduos a possuir problemas de identificação sexual. O sexo legal ou civil, presente na certidão de nascimento deveria considerar não só o aspecto morfológico do indivíduo, mas também o sexo do qual é vivido pela pessoa, o que no Brasil ainda é tema de discussão.

Podemos concluir que a alteração do nome ao transexual é o reconhecimento do direito humano e garantia fundamental do direito à personalidade, sua vedação é transgressão a condição humana. A não permissibilidade de alteração de registro implica em violação da condição de identificação de personalidade, alem de causar ao individuo uma série de transtornos e dissabores de ordem pessoal.

A negativa da retificação do prenome e do sexo no registro civil é impedir o transexual de exercer sua cidadania, é negar-lhe o direito à liberdade, à igualdade, à identidade sexual, à dignidade da pessoa humana, à saúde. No Brasil a retificação ocorre apenas após contenda judicial, sendo que muitas das vezes se dá quando o indivíduo sofre uma cirurgia de transgenitalismo.

Necessita o Brasil o mais rápido possível de uma de uma legislação acerca do transexualismo, como já ocorre com o Uruguai e em diversos países da Europa. Há, o Brasil, de deixar de lado o preconceito, a hipocrisia, e não mais fechar os olhos para uma realidade latente como esta, a dinâmica legislativa precisa se adequar a realidade social. O transexual não quer nenhum favor, que apenas quer o direito de reconhecimento pleno de suas garantias, o direito à liberdade, à igualdade.

Referências

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual.** São Paulo: Saraiva, 2000.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CHILAND, Colette. **O transexualismo.** Trad. Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

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

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1995.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal.** São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Mudança de sexo – aspectos médicos, psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Santos, 1996.

_____. (Coord.). **Bioética e sexualidade.** São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.