



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Dignidade do Transexual

Anna Carolina Moraes Ribeiro da Silva

Rio de Janeiro

2009

ANNA CAROLINA MORAES RIBEIRO DA SILVA

A Dignidade do Transexual

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2009

A DIGNIDADE DO TRANSEXUAL

Anna Carolina Moraes Ribeiro da Silva

Graduada pela Universidade Estácio de Sá – *Campus* Menezes Côrtes. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: As relações sociais sofrem transformações constantes, cabendo ao legislador inovar constantemente, no sentido de uma maior adequação das mesmas à legislação vigente. Durante muitos séculos pessoas tiveram sua dignidade tolhida em prol de regras impostas pelo Estado e por seus integrantes. Ocorre que o século atual trouxe inovações, como se pode extrair da Constituição da República pátria promulgada em 1988. Em se tratando da análise da questão acerca do transexualismo verifica-se que a matéria não vem recebendo a atenção merecida, razão pela qual o presente trabalho se propõe a expor, de forma sucinta, uma das realidades do mundo atual.

Palavras-chave: Dignidade, Estado, Transexualismo.

Sumário: Introdução. 1. O Fundamento da Dignidade da Pessoa Humana em sua Origem e o seu Tratamento pela Constituição da República de 1988. 2. O transexualismo Reconhecido como Doença. 2.1. Conceito 2.2. O Conceito de Transexual sob o Ponto de Vista Médico 2.3. A Saúde Tutelada pela Ordem Constitucional e o seu Alcance 3. O Surgimento da Personalidade Humana e os Direitos da Personalidade 4. O Positivismo e a Omissão acerca da Matéria. 4.1. Normas Constitucionais 4.2. A Necessidade de Elaboração de Normas Infraconstitucionais a Tratarem da Alteração do Prenome, bem como a Possibilidade de Realização de Casamento Civil 4.3. Análise Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a questão do transexual vista sob o ponto de vista jurídico, devido à necessidade de urgente elaboração legislativa que venha amparar indivíduos submetidos à cirurgia de alteração do sexo. Para tanto, fez-se necessário um estudo com base em doutrina jurídica e médica, bem como legislação infra e constitucional.

Primeiramente, entendeu-se, por necessário uma reflexão sobre a Dignidade da Pessoa Humana, buscando-se ressaltar a sua importância, não só no meio jurídico, mas principalmente no meio social, visto que a integridade do homem é condição indispensável à convivência dos homens de forma harmônica. A Constituição da República de 1988, em seu artigo 3º, inciso III, garantiu o respeito à dignidade do homem por entender ser esta uma qualidade pertencente a todos, sendo indispensável o seu reconhecimento.

Posteriormente foi trazida a questão do transexualismo analisado pela área da Medicina, visto que a possibilidade de alteração do sexo somático por meio de cirurgia só foi alcançada com o desenvolvimento de estudos científicos dentro da área biomédica. Assim, surge a necessidade de uma convivência harmônica entre as diversas ciências, pois cada uma delas se utiliza de mecanismos específicos destinados a alcançar seus objetivos.

Dessa feita, não cabe ao profissional do Direito questionar a condição do transexual ao defender não se tratar de doença, visto que a ele não cabe tal afirmativa em decorrência da ausência de conhecimentos aprofundados que lhe garantam opinar favoravelmente ou não; a ele resta tão somente reconhecer a questão como enfermidade de caráter mental, conforme posicionamento pacífico na Medicina.

No que tange aos direitos da personalidade, buscou-se apresentar o surgimento da condição do homem como pessoa dentro da Humanidade e seu alcance até os dias atuais, visando refletir sobre a condição do transexual como ser humano e a restrição de seu exercício pleno dentro de sua coletividade em face da preocupação legislativa quanto à tutela de seus direitos.

Assim, lamentável nos dias de hoje ser visto o transexual como um sujeito diferente entre os demais homens, diante do exercício de seus direitos da personalidade flagrantemente violados, restando a esse a tarefa de conviver com os seus comuns de maneira infeliz, em face de um sentimento contínuo de tristeza e inferioridade que guarda dentro de si.

Por fim, foram invocados princípios e normas visando a suprir a ausência de positivação acerca do assunto, por meio de interpretações extensivas, visto que a elaboração das citadas normas em nenhum momento se apresentou de forma taxativa. Assim, entende-se que nos dias atuais já existem dentro do ordenamento jurídico brasileiro normas as quais se possa buscar a tutela dos direitos constitucionais de forma plena, garantindo-lhe a tão necessária e conseqüente felicidade.

Faz-se necessário ressaltar que o ordenamento jurídico pátrio possui não apenas normas de natureza concreta, mas também de caráter abstrato, como se pode observar dos princípios constitucionais, razão pela qual ao intérprete cabe a função de se valer de todos os meios necessários com fins de tutelar seus cidadãos.

Pelo exposto, conclui-se a indiscutível necessidade de que tal assunto seja enfrentado pelos profissionais do Direito, uma vez que diz respeito a vidas humanas, que vêm sendo desprezadas, razão pela qual o presente trabalho propõe uma reflexão profunda acerca da matéria.

1. O FUNDAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM SUA ORIGEM E O SEU TRATAMENTO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

A discussão a respeito de ser o homem um ser dotado de dignidade torna-se relevante com o cristianismo, tenha havido ou não anteriores debates com relação ao assunto. A partir daí teria se desenvolvido a visão de ser humano como ente espiritual, que possui valor em si mesmo.

A ideia de dignidade da pessoa humana passou a ser analisada com o reconhecimento do homem, não só como mero elemento componente da sociedade, mas como pessoa, detentora de direitos subjetivos.

Invocam-se, dessa feita, os ensinamentos de Kant (1993), que concluiu ser o homem um fim em si mesmo, daí a sua dignidade dita especial. A partir deste entendimento, este filósofo desenvolveu a tese de ser o homem um indivíduo livre e que deve exigir respeito perante os seus iguais, em decorrência de sua própria dignidade.

Assim sendo, o entendimento acerca da dignidade da pessoa humana apresenta-se, de acordo com as diferenças sociais, históricas, religiosas e culturais de cada povo de forma divergente, visto que o homem é analisado sob diversos aspectos, inclusive no que diz respeito ao seu sexo.

No presente trabalho iremos nos remeter à ideia de honra e de respeitabilidade em relação aos indivíduos. Acerca deste raciocínio entende Silva (1999) ser a dignidade um valor supremo, que engloba o conteúdo de todos os direitos fundamentais do ser humano, inclusive no que diz respeito ao direito à vida. Dessa feita, este princípio corresponde, de forma sucinta, no alcance da felicidade e bem estar de um determinado ser humano.

Tem-se, assim, a dignidade da pessoa humana como algo intrínseco ao homem, que advém de seu nascimento e que conclui ser a base de todos os direitos que possam compor a esfera existencial de determinada pessoa.

Cabível ressaltar a garantia, não só jurídica, mas também a moral da dignidade, pois não basta somente estabelecê-la como um direito de forma positivada, mas também como um dever moral da cada indivíduo de reconhecê-la como um valor subjetivo.

Conclui-se, com base no que se expõe, ser o homem a própria finalidade de sua existência, não se devendo buscar em um ser instrumentos para o alcance de objetivos alheios, daí a dotação de cada um desses homens de dignidade.

Em sede constitucional brasileira, é clara a defesa da dignidade da pessoa humana conforme preceitua seu art. 1º, inciso III, tratando-se de verdadeiro fundamento a reger as diversas relações estabelecidas entre os seus subordinados, vedando-se a Carta Magna, em seu art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, a abolição de normas que garantam a sua aplicação.

Partindo-se desse raciocínio, entende-se que as normas estabelecidas dentro de um determinado Estado, nada mais são do que regramentos estabelecidos entre os próprios homens na busca de uma convivência harmoniosa entre todos.

Ressalte-se que a Constituição da República, em seu art. 5º e incisos, apresenta-se em duas dimensões acerca da dignidade do homem, conforme se extrai da doutrina de Fernando Ferreira dos Santos: uma negativa e outra positiva. A primeira traduz-se na ideia de garantia da identidade e da integridade do homem, garantindo-se a este as condições mínimas para o exercício de sua sociabilidade e produção em seu meio. No que diz respeito à sua dimensão positiva, entende-se pela evolução da cada ser naturalmente e por suas ações de forma livre.

Deve assim, esse indivíduo ser tratado como pessoa livre, possuindo o direito ao exercício de sua cidadania, detentor de direitos, mas também cumpridor de suas obrigações. Em sendo o homem um bem supremo a ser tutelado pelo direito, o ordenamento jurídico

jamais alcançaria a sua finalidade se viesse a permitir o desrespeito dos homens entre si, violando, assim, um de seus princípios fundamentais.

Objetiva-se alcançar, assim, a possibilidade deste indivíduo exercer com dignidade o papel de ser humano em suas relações perante seus familiares, vizinhos, ou, em suas relações amorosas e com seus demais semelhantes, em decorrência da adequação de seu sexo físico a seu sexo psicológico.

Deve, portanto, o Estado buscar o alcance da felicidade e bem-estar de todos os seus subordinados, impedindo o martírio sofrido por alguns de seus entes, de forma que estes não levem por toda uma vida uma sensação de angústia e sofrimento.

Diante do exposto, entende-se que a questão do transexual invoca direitos como a liberdade, o exercício da personalidade, entre outros, tornando-se indispensável uma reflexão acerca da exegese inserida nas normas e princípios constitucionais.

2. O TRANSEXUALISMO RECONHECIDO COMO DOENÇA

2.1. CONCEITO

O vocábulo transexualismo, conhecido também como transtorno de identidade de gênero, significa uma verdadeira inadequação dos sexos anatômico e psicológico, ou seja, tem-se uma correlação invertida, em que um homem pertencente, sob o aspecto de vista físico, a um determinado gênero, sente-se, em seu aspecto psicológico, pertencente ao sexo oposto.

Diniz (1998) faz menção ao termo 'hermasrodita psíquico', entendendo ser aquele que se identifica como ser do sexo oposto. Haveria assim uma identificação psicossocial de uma pessoa contraditando aos seus órgãos genitais externos, o que resultaria uma verdadeira compulsão em alterá-los.

Nasce, a partir daí, um verdadeiro conflito entre o externo e o interno daquele determinado indivíduo, em decorrência do sentimento íntimo contrário aquele identificado sob o ponto de vista médico. Assim, inúmeros são os recursos que o desenvolvimento tecnológico pode oferecer a essas pessoas, como hormônios, colocação de silicone e cosméticos, no intuito de suavizar aquele desconforto sentido pelo transexual.

Pelo que verifica, para o transexual não existe uma convicção no que diz respeito à adequação do sexo corporal e do sexo psíquico, o que o torna uma pessoa infeliz, por acreditar que houve um provável erro na designação de seu sexo anatômico no momento de sua fecundação, resultando em uma intensa ansiedade que poderá desencadear em grave situação de depressão.

No que diz respeito ao surgimento de seus sintomas, estes podem ser identificados, em alguns casos, ainda na infância, em que a menina ou o menino procura brincadeiras mais comuns em sua utilização por crianças do sexo oposto, porém será na adolescência que mais facilmente será identificada sua incidência.

Assim, diante de uma desarmonia entre o íntimo e o corpo físico, o transexual busca superar essa discórdia dentro de si através de medidas que visem o alcance da identificação corporal à mental, visando ao encontro destes dois elementos essenciais em ser humano, para que este possa exercer seu papel social no meio em que vive de forma digna.

Nesse sentido, compreende-se que a intenção do ordenamento jurídico pátrio foi a de garantir a todos o exercício de suas funções dentro da sociedade e em prol desta, deixando de ser analisada a integridade física não só como um atributo a ser preservado para o seu titular,

mas também para toda a sociedade, face o papel de cada homem na contribuição do desenvolvimento da coletividade em que vive.

Por tais motivos, a tutela à integridade física do homem ganhou amparo no direito civil e penal, considerando-se como verdadeiro crime a violação a este direito, por meio de práticas mutiladoras que venham propiciar sofrimento físico e prejuízo à saúde de forma ampla, ou seja, no campo mental e físico.

No que diz respeito à esfera civil, permite-se a disposição do titular, desde que respeitados alguns limites como a ordem pública, a moral e os bons costumes. Ressalte-se que, em hipótese de lesão à integridade de alguém por terceiros, há o direito daquele em demandar contra estes por via indenizatória, na forma dos artigos 186 e 949 do Código Civil.

No entanto, foram polêmicos os debates a respeito da cirurgia de transgenitalização. Em primeiro lugar se faz necessário observar a imperatividade do dispositivo contido no art. 188 do Código Civil que prevê como indispensável a prática de qualquer procedimento desta natureza a autorização do paciente, salvo hipóteses de incapacidade de sua manifestação, inclusive nas hipóteses de cura de doenças.

Por tais razões, entende-se que a negativa pelo médico apenas deve se verificar nas hipóteses em que houver risco para o paciente, o que não se verifica no que diz respeito à alteração do sexo que, ao contrário, possui finalidade de fazer cessar uma enfermidade.

A partir de tais normas, houve entendimento predominante por muito tempo em sede doutrinária e jurisprudencial de que a cirurgia de mudança de sexo violaria frontalmente o ordenamento jurídico, por ser considerada verdadeira lesão corporal, prevista no art. 129 do Código Penal.

Em decorrência dos esclarecimentos oriundos do campo da Medicina, mais especificamente na psiquiatria, em considerar o transexualismo como verdadeira doença, o

direito pátrio vem evoluindo, admitindo a realização de cirurgias desta espécie na alteração do sexo masculino para o feminino.

Quanto à conduta do profissional que realiza o procedimento cirúrgico, no que diz respeito à descriminalização há que se ter a mesma como estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito inerente à sua profissão, qual seja, a de busca da cura.

2.2 O CONCEITO DE TRANSEXUAL SOB O PONTO DE VISTA MÉDICO

Trata-se de entendimento ultrapassado aquele que definia o sexo de um indivíduo apenas pela análise física ou externa daquele ser quando da sua formação, em conformidade com a sua genitália. Na atualidade deixou este de ser o único critério a ser analisado, visto a necessidade de uma avaliação plurivetorial, significando o exame nos planos físico, psicológico e social.

Diversas são as formas de identificação do sexo pelos profissionais da Medicina, interessando essencialmente, ao presente estudo, a análise do sexo psicossocial, visto que é a partir dessa análise que os profissionais da área médica poderão concluir o sexo de um paciente quanto ao aspecto psíquico.

Quanto ao transexual, extraem-se dois conceitos: o primeiro apresentado pela Associação Paulista de Medicina, que estabelece: “transexual é o indivíduo com identidade psicossocial oposta a seus órgãos externos, com desejo compulsivo de mudança dos mesmos”, ainda invocando-se o entendimento apresentado pela Resolução 1652/02 do Conselho Federal de Medicina, em que o transexual seria o portador de desvio psicológico permanente de

identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a auto-mutilação e auto-extermínio, ou seja, uma espécie de anomalia relacionada à sexualidade humana.

Estabelece, ainda, a Resolução do Conselho Federal de Medicina, nº 1652/02, em seu art. 3º, os seguintes critérios para a feitura da cirurgia de transgenitalismo: o desconforto com o sexo anatômico natural; o desejo expresso de eliminar os genitais; a permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos, além da ausência de outros transtornos mentais.

Dessa feita, mostram-se rigorosos os requisitos que permitem a prática desta espécie de intervenção cirúrgica, invocando-se o art. 4º, da já citada resolução, a fim de complementar o dispositivo anterior, no que diz respeito à elaboração de um diagnóstico que indique todos os sintomas mentais e físicos daquele paciente, a fim de se chegar a um laudo conclusivo que determinará a necessidade ou não da realização da referida cirurgia.

No Brasil, a primeira cirurgia ocorreu com o paciente de nome Waldir Nogueira, tendo sido realizada pelo cirurgião Roberto Farina, que obteve com sucesso os resultados esperados, porém sem alcance positivo na área jurídica no que diz respeito a alteração do sexo e do nome indicados no Registro de Nascimento.

Foi somente a partir da entrada em vigor da Resolução 1.482/97 do Conselho Federal de Medicina que foram os médicos autorizados à feitura dessa prática cirúrgica no Brasil, modificando seu posicionamento anterior de que tratar-se-ia de procedimento que mutilava o indivíduo, caracterizado como lesão corporal, sendo editada, posteriormente a Resolução 1.652/02, já mencionada e que veio a revogar esta primeira, com os critérios já mencionados e que devem ser respeitados, face à irreversibilidade de seus efeitos.

Pelo exposto, não se pode conceber a ideia do profissional do direito transigir em um entendimento pacífico no campo da Medicina, por lhe faltarem conhecimentos científicos para enfrentar a matéria, já comprovada pelo campo biomédico como doença.

2.3 A SAÚDE TUTELADA PELA NORMA CONSTITUCIONAL E O SEU ALCANCE

Estabelece a Constituição Federal, em seu art. 196, ser a saúde um direito de todos e dever a ser garantido pelo Estado, assim, o cidadão enfermo poderá pleitear os meios públicos para lhe assegurar o estado de saúde. Definiu-se pela Organização Mundial de Saúde como o completo estado de bem-estar físico, psíquico e social, o que, na hipótese do transexual, só será alcançado este *status* na hipótese de feitura da cirurgia de redesignação de sexo.

Dessa feita, o Estado está comprometido a buscar os meios que possibilitem a seus subordinados a possibilidade de uma vida saudável, física e psicológica, visto que a consequência da saúde é o bem-estar e a felicidade.

O intuito de um Estado Democrático de Direito baseia-se na criação de normas programáticas que orientem o legislador no trabalho de implementação de estratégias com o fim de atingir um dos principais objetivos do constituinte: a necessária liberdade para o exercício da cidadania.

Não se pode permitir, quanto ao transexual, a permanência de seu estado de doença, gerador dos constantes conflitos internos que levam aquele ser, muitas vezes, a atos extremados, como o suicídio, por exemplo. Por tais razões as intervenções cirúrgicas de transexualidade proporcionam ao indivíduo a ela submetido uma maior proximidade à integridade psicológica.

Assim, invocando-se o princípio da igualdade, estabelecido no art 3º da Constituição da República de 1988, desenvolve-se a ideia de um Estado que se utiliza de um sistema que preconize condições a todos de forma equânime, objetivando uma sociedade mais harmônica e, assim, mais feliz.

3. O SURGIMENTO DA PERSONALIDADE HUMANA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A personalidade nada mais retrata que um conjunto de atributos que todos os homens possuem, independentemente de suas origens, seja religiosa, racial ou cultural, a fim de que possam exercer independência e autonomia em suas tomadas de decisões e demais ações, quando pessoa plenamente capaz.

Dessa feita, o sentimento da personalidade própria transmite a idéia de identidade pessoal, um bem que jamais poderá ser extraído de um indivíduo, visto emanar do próprio homem quando do seu surgimento.

A partir deste enfoque, deve-se fazer uma análise a respeito do transexual, pessoa natural e dotada de personalidade própria, porém sem o alcance de sua completude, visto que o sentimento do sexo psicológico em desconformidade com o sexo anatômico resulta em uma identidade precária, ou seja, a insatisfação sentida pelo transexual em não se ver realizado psíquica e espiritualmente.

Gera-se, a partir daí, um verdadeiro conflito de identidade, visto que o indivíduo não se enxerga como um todo harmônico, ao contrário, nada mais sente que a existência de duas pessoas distintas e incompletas inseridas em um mesmo ser.

No âmbito do direito brasileiro a personalidade é um instituto jurídico que não exige grandes divergências acerca de seu conceito, visto que o próprio Código Civil, em seu art. 2º, dispõe sobre o seu surgimento, não tornando difícil concluir que o seu nascimento decorre da condição de ser vivo de um homem.

A personalidade no âmbito do direito brasileiro significa atributo jurídico que, segundo Fiúza (2001), confere ao indivíduo *status* de pessoa. Surge assim a personalidade da

pessoa natural a partir de seu nascimento com vida e sua existência se dará enquanto vivo aquele indivíduo, garantindo-se a tutela de alguns direitos relativos à personalidade mesmo após a morte de seu titular.

Na antiguidade, o termo latino *persona*, tinha como significado máscara de teatro, assim sendo o papel atribuído a um ator, que a adaptava a seu rosto para representar alguém e, com a evolução o termo pessoa passou a corresponder ao próprio sujeito de direito nas relações jurídicas, representando cada indivíduo um papel dentro de sua sociedade.

No atual ordenamento jurídico brasileiro, proíbe-se qualquer espécie de tratamento desumano, conforme se verifica em dispositivo situado no art. 5º, inciso III, da Carta Magna, assim, a simples existência de determinado indivíduo, já o torna portador de personalidade, coincidindo esta com o nascimento com vida; antes deste haverá apenas mera expectativa de direitos conferida ao nascituro, como dispõe o art 2º do Código Civil de 2002, resguardados, assim, os seus direitos.

Trata a personalidade de um estudo de grande amplitude no direito, visto se tratar de conceito que não se pode afastar da idéia de liberdade, de vida, de honra, de integridade, entre tantos outros, daí poder ser considerada um gênero que comporta diversas espécies de direitos.

Assim, tem-se a personalidade como um instituto uno, mas que poderá ser visto sob diversos aspectos diante das diversas relações jurídicas que se estabelecem no cotidiano dos homens. Segundo entendimento de Dantas (2002), nada mais seria que direitos absolutos, inalienáveis e imprescritíveis e que, portanto, prevaleceriam contra todos, bastando que aquele estado lesivo perdure.

Dessa feita, são direitos que podem ser opostos *erga omnes*, ou seja, perante todos, de forma que a dignidade da pessoa humana possa ser resguardada através dos direitos da

personalidade, que nada mais seriam que um conjunto de atributos conferidos ao homem, quando da sua existência.

Além disso, a inalienabilidade dos direitos da personalidade, se verifica pela impossibilidade de transmissão desses direitos, visto que são integrantes da estrutura íntima de um determinado homem, por mais humilde que seja a sua condição social no meio em que viva.

Tem-se esses, portanto, como elementos que compõem o psíquico de todos os homens e que, em algumas hipóteses poderá ultrapassar a própria vida, em casos que, de fato, a personalidade jurídica cessou com o falecimento de seu titular, ressalvando, porém, que alguns de seus direitos imateriais serão ainda resguardados após a morte, como o seu bom nome.

Observa-se ainda o fato de se encontrar a sociedade brasileira em momento de maior valorização em relação aos direitos referentes à personalidade dos homens. Assim, com base na busca da valorização do ser humano, Szaniawski (1998) defende a ideia de trazer o homem como principal destinatário da ordem jurídica, utilizando-se da expressão 'repersonalização do direito'.

Dessa feita, se faz imprescindível o entendimento no sentido de que regramentos e princípios têm por fim estabelecer normas de conduta que propiciem aos seus destinatários uma convivência harmônica e democrática, em que cada indivíduo, com base em suas potencialidades, tenha a oportunidade de alcance de suas metas profissionais e sociais.

Por tais motivos, não poderá o ordenamento jurídico brasileiro, em virtude de convenções estabelecidas pela sociedade que se encontram estagnadas, negar-se a reconhecer o transexual como indivíduo comum, dotado de personalidade que busca a sua harmonia através da adequação de dois sexos pela cirurgia de mudança.

4. O POSITIVISMO E A OMISSÃO ACERCA DA MATÉRIA

4.1. NORMAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 encontra-se posicionada dentro do ordenamento jurídico pátrio em condição de superioridade em relação às demais normas vigentes, encontrando-se, assim, em lugar de destaque dentro da esfera legislativa brasileira.

Assim, diante de sua posição de superioridade perante às demais normas, a Constituição da República apresenta a diretriz a ser seguida pelos demais textos normativos, respeitando-se, em qualquer hipótese os preceitos contidos em seu corpo.

Neste sentido manifesta-se Moraes (2007) quanto à necessidade de ser a Constituição como lei fundamental e suprema de um Estado, a qual cabe designar os seus órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, em conformidade com a matéria a ser tratada.

Dessa feita, não há como estabelecer uma completude no ordenamento jurídico, face às mutações sofridas por uma sociedade que se encontra em processo de evolução constante e que convive com outras ciências biológicas e tecnológicas que desenvolvem a cada momento métodos de cura de doenças, visando alcançar um maior bem-estar em nível mundial.

No que diz respeito à tutela dos direitos do transexual, não há normatização até o momento acerca da proteção ao indivíduo submetido à cirurgia de mudança de sexo, o que há, tão-somente, são normas constitucionais expressas por verdadeiros princípios que protegem situações como essa no que diz respeito à vida privada, à igualdade, à honra, à imagem das

pessoas, à dignidade da pessoa humana e ao sexo, presentes em diversos artigos contidos na Carta Magna.

Tais normas, de cunho abstrato devem se adequar aos casos concretos ocorridos na sociedade. Analisando a matéria, Pedrosa (2004) observa que a razão do direito se deve, tão somente à existência do homem.

Sendo assim, por ser o Direito decorrência da existência do homem e das conseqüentes relações sociais entre este e seus semelhantes, destina-se aquele a pacificar a coletividade diante de seus conflitos e a oferecer normas sancionais que visam inibir a prática de condutas que venham a ferir o equilíbrio social.

Advém daí, o surgimento do Biodireito, como ramo das ciências jurídicas que analisam o desenvolvimento tecnológico alcançado por meio de experiências de profissionais da área da Biomedicina sob o ponto de vista ético e jurídico, com vistas ao reconhecimento de sua validade e aplicabilidade em conformidade com o Direito, ou seja, adequando-se à nova realidade às normas, princípios e costumes de uma determinada coletividade.

Apesar dos motivos nobres os quais servem de base a essas inúmeras pesquisas, determinadas descobertas são vistas com certa desconfiança, face à dúvida quanto aos seus verdadeiros efeitos. Por outra parte da sociedade questiona-se até que ponto tais inovações seriam benéficas à sociedade sob o ponto de vista social e jurídico, visto que poderiam estas afrontar diretamente a ética e os bons costumes vigentes em um determinada coletividade.

No que diz respeito ao Direito Brasileiro se faz necessária a análise de determinados métodos tecnológicos serem aplicados em sua sociedade sem ferir preceitos constitucionais em vigor. Assim sendo, pertinente será a verificação dos resultados obtidos com a cirurgia de transgenitalização e sua adequação aos dispositivos legais, princípios e aos costumes de seu povo.

Dessa feita, desenvolve-se todo um fundamento a sustentar os direitos do transexual em sede constitucional, visando à adequação deste a sua coletividade, de forma que este indivíduo possa exercer o direito essencial a qualquer ser humano comum: o de ser feliz.

4.2 A NECESSIDADE DE ELABORAÇÃO DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS A TRATAREM DA ALTERAÇÃO DO PRENOME, BEM COMO A POSSIBILIDADE DE REALIZAR CASAMENTO CIVIL

O ordenamento jurídico brasileiro adota um sistema positivado, ou escrito, em que as normas que informam o direito encontram-se compiladas em textos. Em sede de direito pátrio, tem-se a Lei Maior que traça as diretrizes gerais que irão estabelecer a estrutura do Estado.

Tratam-se os princípios como verdadeiras disposições normativas genéricas a serem observadas pelo legislador pátrio. Assim sendo, os princípios constitucionais manifestam-se como base de todo um conjunto normativo que não fora positivado de forma específica, garantindo a proteção de inúmeros acontecimentos que a lei não ofereceu proteção direta.

Com base nesse raciocínio, não há como ignorar a condição dos transexuais, os quais, são segregados pela coletividade que os cerca por tratá-lo como ser inferior ou exótico, ao menos. Chaves (1994) afirma se tratar de um verdadeiro desafio a ser enfrentado por estas pessoas, que buscam, como qualquer outra pessoa, apenas a felicidade.

Neste sentido faz-se necessária a abordagem acerca das situações em que o transexual finalmente alcança o verdadeiro equilíbrio entre seu sexo psíquico e seu sexo físico através da cirurgia de transgenitalização.

O objetivo, assim, do procedimento cirúrgico é tão somente o de cura psicológica daquele ser humano, fazendo-se necessária a tutela legal de sua condição através da elaboração de normas infraconstitucionais, pois a identidade das pessoas se constitui no elo de ligação entre o indivíduo e a sociedade em geral.

Dessa feita, por ter o nome características de irrenunciabilidade, obrigatoriedade e oponibilidade a terceiros, sua impossibilidade de alteração quanto ao prenome do transexual propicia a este um sentimento de constrangimento toda a vez em que tiver de informar um nome de gênero oposto ao seu sexo morfológico.

Invoca-se, neste momento, o direito ao nome, integrante do vasto grupo de direitos da personalidade, será ele que irá externar a personalidade daquele indivíduo. Este é garantido a todos os homens, por ser a própria identificação da personalidade daquele ser.

Na hipótese do transexual, realizada a cirurgia de transformação de gênero, passa aquele indivíduo a possuir um sexo morfológico em perfeita correspondência com o seu sexo psíquico, porém, no que diz respeito a seus documentos que o identificam, permanece um estado de discordância.

Trata-se, dessa feita, o nome de um direito personalíssimo, sendo garantido pelo direito de forma expressa no art. 16 do Código Civil. Por tais razões, Silvio de Salvo Venosa, esclarece se tratar o nome de um atributo da personalidade a proteger a própria identidade da pessoa.

A Lei. 6.015/73 estabelece como definitivo o prenome, conforme previsto em seu art. 58, excetuando-se as hipóteses como, por exemplo, as elencadas no parágrafo único deste dispositivo, além do art. 63 da citada lei.

Foi nesse intuito que o legislador ordinário, elaborou a norma contida no art. 55, parágrafo único, vedando aos oficiais de registro civil registrarem prenomes que possam gerar

futuro constrangimento a seus titulares, preservando assim a integridade moral daquele indivíduo.

Pelo exposto, não é diversa a situação de uma pessoa submetida à cirurgia de transgenitalismo, que gera o surgimento de uma pessoa de gênero oposto e que merece o mesmo tratamento dado às demais pessoas, ou seja, portar um nome que não lhe venha causar constrangimentos em sua vida diária.

Incontestável o desagradável sentimento de um homem ao possuir aparência de mulher, porém constar em seus registros prenome masculino e vice-versa, até porque na supracitada lei, em seu art. 54, parágrafo segundo, há determinação de que faça constar o sexo do indivíduo.

Indiscutível, assim, a essencialidade dos direitos da personalidade, que, conforme se extrai de Gomes (2002), têm como finalidade precípua o resguardo da dignidade do ser humano.

Como se verifica das inúmeras situações que são submetidas ao Judiciário, há um direito maior a ser preservado que é a dignidade de um ser humano que nada mais deseja que ser inserido na sociedade, sendo visto por todos de forma natural e sem preconceitos e, principalmente, ser feliz.

A cirurgia de mudança de sexo é algo atípico, presente em casos de enfermidade de alguns homens, tratando-se, assim, de hipótese excepcional, que poderia dar fim à discussão na hipótese de averbação no referido registro.

Haverá tão somente a indicação do seu novo gênero tratando-se, apenas em mais uma exceção à imutabilidade do prenome, até porque, se o legislador sabiamente previu algumas hipóteses de alteração desse, com certeza concluiu que esta possibilidade não ofenderia a segurança da sociedade, posição, defendida, inclusive por Pereira (1991).

Conclui-se, diante do que fora exposto, que o exercício da personalidade humana de determinado homem só alcançará sua completude quando se sentir como ser social, assim como os demais seres, com a harmonização entre o seu novo sexo e o prenome a que fora agraciado, pois não se pode conceber a hipótese de uma pessoa ter denominação diversa de seu novo *status* perante a sociedade.

Necessário se faz assim, alteração legal que possibilite ao transexual a alteração de seu prenome, visando à adequação deste com o gênero adquirido após a cirurgia de mudança de sexo, tratando-se de exceção à regra que impossibilita a alteração do prenome, a qual deveria ser inserida ao corpo da Lei 6.015/73, que trata do registro público das pessoas naturais.

Obter-se-ia, por meio da sentença prolatada em sede da ação declaratória transitada, documento hábil a conferir a referida alteração por meio de averbação constante em seu registro de nascimento. Por tal motivo, a modificação do prenome do transexual não afetaria a segurança social, visto que tal procedimento estaria registrado em cartório competente.

Observa-se que a citada lei tem por objetivo garantir a publicidade e a proteção do nome civil, porém entende-se que a alteração do prenome de indivíduo submetido à cirurgia de transgenitalização não fere qualquer dispositivo constitucional vigente, o que torna necessária a urgente modificação de norma infraconstitucional que preveja a possibilidade da referida alteração.

Com a consequente modificação no registro civil de pessoas naturais, o indivíduo submetido à cirurgia de mudança de sexo torna-se apto a exercer qualquer dos papéis inerentes a um homem plenamente capaz, como o direito à constituição de casamento.

Como informa Gomes (2002) são três os elementos que tornam o casamento existente no meio jurídico, quais sejam, a diversidade de sexo, o consentimento e a celebração da autoridade competente, encontrando respaldo em norma contida no Código Civil em seu art.

1514 que prevê a realização do casamento com a manifestação do homem e da mulher quanto às suas vontades de estabelecerem vínculo conjugal perante a autoridade competente.

Por tudo que fora exposto, entende-se que não haveria qualquer óbice jurídico no que diz respeito à impossibilidade de constituição de matrimônio, já que com a realização de procedimento cirúrgico que altere o sexo físico do indivíduo, adequando-o com o seu sexo psicológico, impedimento jurídico algum se teria para tal hipótese.

Ressalta-se a necessidade de prévio conhecimento do futuro cônjuge quanto ao estado sexual anterior ao casamento daquele indivíduo, ou seja, deverá o futuro cônjuge ter a ciência de que seu parceiro fora submetido a procedimento cirúrgico de modificação do sexo.

Por fim, vale observar que o conhecimento posterior desse fato, daria azo à demanda indenizatória com pedido de danos morais e motivo a ensejar a anulação do casamento, com embasamento jurídico no dispositivo contido nos artigos 1.556 e 1.557, inciso I, do Código Civil, caso o cônjuge se sinta enganado diante da omissão dessa condição.

4.3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

No que diz respeito à jurisprudência pátria, vem sendo verificado um indiscutível avanço na tratativa da matéria concernente ao transexual. Para tal, fez-se necessário uma interpretação conforme o texto constitucional, o que vem permitindo que a sociedade analise com maior maturidade o assunto.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça não vem se apresentando de forma pacífica quanto à possibilidade de alteração do prenome do indivíduo submetido à cirurgia de mudança de sexo.

Cite-se, acerca do assunto, as Apelações Cíveis 2007.001.14071, a qual teve por base o Princípio da Veracidade do Registro Público a impossibilitar a pretensão, bem como a de número 2006.001.61108, em que foi invocada a Dignidade da Pessoa Humana como supedâneo a tutelar o direito daquele cidadão submetido à cirurgia de redesignação do sexo.

Vale salientar que a jurisprudência do Tribunal Fluminense se apresenta temerária quanto à questão relacionada à segurança jurídica. Não se pode desconsiderar tal fato, por óbvio, mas indiscutível a ponderação de interesses que se tem no que diz respeito à matéria.

Em sentido mais pertinente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já vem concedendo ao transexual a possibilidade de alteração de seu nome, posicionamento mantido até o presente momento, como se pode extrair da recente decisão exarada em 10 de novembro de 2009, no Recurso Especial 737.993/MG, tendo como relator o Ministro João Otávio de Noronha.

Há que se observar, nesse sentido, que o Tribunal supracitado buscou sopesar os interesses discutidos sobre o assunto, como a segurança jurídica nas relações sociais, bem como a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento constitucional.

Indiscutivelmente, concluiu-se que o fundamento constitucional previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição da República predominou, levando-se em conta, inclusive, a tutela de direitos fundamentais, como aqueles inerentes à personalidade humana.

No que tange à possibilidade de ter o transexual a possibilidade de casar-se civilmente, no entanto, ainda não há discussão da matéria, se fazendo necessária a pacificação da questão relativa à mudança de nome. Em momento posterior será discutida a possibilidade de ser contraído casamento civil com declaração do sexo obtido após a cirurgia.

Indiscutível salientar que tais alterações propiciarão, aos poucos, uma crescente inserção dos transexuais na sociedade que, futuramente, poderão até assim deixar de ser tratados, para que possam ser considerados, simplesmente, homens e mulheres de fato.

Ao intérprete do Direito, portanto, caberá tal responsabilidade, uma vez que até o momento os transexuais não vêm recebendo o devido tratamento pelo legislador.

CONCLUSÃO

Diante do que fora exposto, infere-se, pois, que a sociedade brasileira, em especial o seu ordenamento jurídico, não amparou de forma satisfatória a condição dos transexuais. O Direito ainda se encontra prematuro neste sentido, muitas vezes apresentando lacunas em seu corpo de normas diante das constantes modificações sofridas dentro de uma sociedade.

Vive-se em uma época de inúmeras descobertas científicas que, na maioria das vezes, é vista com olhares perplexos da sociedade, por se tratarem de inovações jamais imaginadas pelo homem comum.

Certamente há um século atrás não se cogitava a possibilidade de alteração do sexo somático de um ser humano e nem a alteração de características até então pertencentes a um determinado sexo por meio da ingestão de hormônios.

Nos dias atuais, a humanidade já convive com as inúmeras intervenções cirúrgicas de alteração do sexo, obtidas através da constante evolução das ciências biomédicas, que alcançaram a cura do transexual mediante a adequação de seus sexos biológico e psíquico.

Não evoluiu o direito brasileiro no mesmo sentido, ao contrário, o ordenamento jurídico pátrio encontra-se ainda lacunoso e muitos tribunais brasileiros ainda analisam com reservas a possibilidade de alteração do prenome do transexual, quiçá a possibilidade de constituição de futuro casamento civil em que este apresentar-se-ia como pessoa do sexo oposto ao que possuía antes da feitura da cirurgia de transgenitalização.

Ocorre que a Constituição da República apresentou como um de seus fundamentos a dignidade do homem, além da previsão pelo Direito Civil Pátrio dos direitos relacionados à personalidade humana, o que por si só já garante o devido amparo jurídico a tutelar os direitos do transexual.

Porém, válido ressaltar se tratarem de normas abstratas, o que necessita, assim, da necessária interpretação dos magistrados visando a sua aplicação, motivo pelo qual gera-se uma situação de conflito de entendimentos diante dos inúmeros posicionamentos tomados pelos tribunais brasileiros.

A devida elaboração de normas que venham efetivamente tutelar o direito do transexual mostra-se urgentemente necessária, a fim de que as atuais decisões judiciais, ainda receosas de um convencimento um tanto vanguardista possam ter um amparo legal específico, garantindo uma maior uniformidade de julgados e a garantia de uma sociedade mais justa, diante de mais um passo em busca da igualdade entre os homens.

REFERÊNCIAS

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

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo. Saraiva, v.4, 1998.

FIUZA, Cezar. *Direito civil: curso completo*. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão pura*. Col. Os pensadores, São Paulo: Abril, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2007.

PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. 4.ed. Nova Friburgo: Imagem Virtual, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Transexualismo e mudança de sexo*. Revista de Direito Civil, n. 58, 1991.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da dignidade de pessoa humana*. Fortaleza: Celso Bastos, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VENOSA, Silvío de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. vol.I. São Paulo: Atlas, 2006.