

RECEBIDO EM: 23/05/2016

APROVADO EM: 19/09/2016

# **DIREITO PRIVADO E RELAÇÕES SOCIAIS: UMA BREVE ANÁLISE DO TRANSEXUALISMO NO BRASIL**

***PRIVATE LAW AND SOCIAL RELATIONS: A BRIEF  
ANALYSIS OF TRANSSEXUALISM IN BRAZIL***

*Fábio Campelo Conrado de Holanda*  
*Doutor em Ciência Política pela UFRGS*  
*Mestre em Direito Constitucional pela UFC*  
*Procurador Federal*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A discriminação por orientação sexual e identidade de gênero; 2 A mudança de sexo e seus reflexos no direito brasileiro; 2.1 As particularidades do processo transexualizador; 2.2 Os impasses relacionados com o registro civil; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo promove o debate acerca de tema considerado atual no cenário constitucional e civilista brasileiro, consistente no tratamento jurídico dado aos transexuais em casos de intervenção cirúrgica específica, bem como seus efeitos no registro civil, por meio de uma discussão teórica com ênfase nos aspectos constitucionais da dignidade humana, proteção das minorias e identidade de gênero, bem como seus reflexos infraconstitucionais nos direitos da personalidade, cujo tratamento na esfera privada mereceu destaque no vigente Código Civil. Destacou-se que tais proposições bioéticas merecem a reflexão da sociedade sobre em que medida tal violência simbólica atenta contra a dignidade das minorias sob enfoque, de modo a contemplar as variadas formas de vivência e convivência na esfera privada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dignidade Humana. Direito Privado. Direitos da Personalidade, Identidade de Gênero. Transexualismo.

**ABSTRACT:** This article promotes debate about topic today considered the constitutional setting and Brazilian civil law, namely the legal treatment of transsexuals in cases of specific surgical intervention and its effects on the civil registry through a theoretical discussion focusing the constitutional aspects of human dignity, protection of minorities and gender identity as well as their infra reflections on the rights of personality, whose treatment in the private sphere was highlighted in the current Civil Code. It was stressed that such proposals deserve bioethical reflection of society on how far such an attentive symbolic violence against the dignity of minorities in focus, in order to include the various forms of living and coexistence in the private sphere.

**KEYWORDS:** Human Dignity. Private Right. Personality Rights. Gender Identity. Transsexualism.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de promover o debate acerca de tema considerado atual no cenário constitucional e civilista brasileiro, consistente no tratamento jurídico dado aos transexuais em casos de intervenção cirúrgica específica, bem como seus efeitos no registro civil, notadamente acerca do estado de gênero dos referidos indivíduos.

Para tanto, inicialmente, fez-se necessário promover uma discussão teórica com ênfase nos aspectos constitucionais da dignidade humana, proteção das minorias e identidade de gênero, bem como seus reflexos infraconstitucionais nos direitos da personalidade, cujo tratamento na esfera privada mereceu destaque no vigente Código Civil (com estrutura centrada em princípios e cláusulas abertas).

O corpo, a despeito de não ser o único aspecto para a determinação da personalidade de alguém, é a manifestação exógena que, indubitavelmente, induz a sociedade a estabelecer preconceitos falíveis sobre determinada pessoa, notadamente acerca do seu gênero. A referida falibilidade se observa quando, por exemplo, no caso dos transexuais, o estereótipo inicial, de aspecto físico, não corresponde às inquietudes de cunho psicológico por que passa o indivíduo aprisionado em um corpo indesejado.

Em razão disso, é que a doutrina civilista contemporânea professa que “a ideia de uma binaridade na cultura, nas categorias do masculino e feminino, baseava-se em um fundamento fisiológico (do aparelho reprodutor) e na filosofia moral, que não mais se justifica na atualidade”<sup>1</sup>.

Narrando o drama pessoal pelo qual passou na sua infância ao descobrir, paulatinamente, o descompasso entre a sua compleição física e o auto entendimento como pessoa de outro sexo, há relatos de transexuais que revelam como o sujeito se transformou “literalmente num marginal, pois vivia à parte, à margem. Não pertencia nem ao grupo majoritário heterossexual e aceito, nem a qualquer grupo minoritário e discriminado”.<sup>2</sup>

Não se sentindo nem mulher nem homossexual, repudiando as categorias impostas pela sociedade de meados do século passado, o referido autor complementava seus comentários tratando da agonia de crescer

1 OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. O direito à liberdade de orientação sexual para além das limitações de gênero. *Manual do Direito Homoafetivo*. FERRAZ, Carolina Valença (coord.). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 98.

2 NERY, João W. *Viagem solitária: memórias de um transexual 30 anos depois*. São Paulo: Leya, 2011. p. 45.

e não conseguir se encaixar, na época da adolescência, nas rotulações sociais acerca da sexualidade: “Minha alma não se conformava de ter de se expressar por meio daquele monte de carne, sobre o qual tinha podido decidir nada”.<sup>3</sup>

Considerando ser o direito à integridade mental o núcleo do qual se irradiam todos os demais, justificada estaria a discussão que ora se propõe, tendo em vista as alegações de flagrantes e circunstanciais ofensas à dignidade dos indivíduos, que ainda não teriam no direito pátrio a reclamada guarida para a correção do mencionado descompasso fenotípico.

Ratificando tais ilações, pontua-se que o ordenamento pátrio relaciona o sexo exclusivamente pelas características físicas do nascituro, desconsiderando o aspecto psicológico do indivíduo. Esclarece que à luz das premissas normativas o sexo é único e imutável, no entanto, “a realidade dos fatos demonstra-nos que nem sempre a morfologia do indivíduo se harmoniza com seu sexo psicológico e, por consequência, que inúmeros são os conflitos decorrentes de tal disparidade”.<sup>4</sup>

Com viés eminentemente patrimonialista, o colossal Código de Clóvis Beviláqua descurou de estabelecer as premissas normativas para o enfrentamento da questão em debate, circunstância justificada pelo momento histórico em que foi concebido e também pela ausência de um figurino constitucional que irradiasse seus efeitos na referida codificação privada.

Ocorre que, uma vez instaurado o novo paradigma constitucional em 1988, com um olhar voltado ao indivíduo, deslocando topograficamente ao início do seu texto as normas relacionadas com os direitos e deveres fundamentais da pessoa, alicerçado pelos valores da cidadania e da dignidade, irradiou-se para a seara civilista a mensagem de que além dos contratos, das obrigações e do resguardo à propriedade, a defesa de valores inatos no homem, como a vida plena (incluindo a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade *etc.*) também deveriam ser tutelados pelo Direito.

Reiterando o marco histórico da Constituição de 1988 na mudança de prumo do Direito Civil, afirma-se que a partir da constitucionalização do direito privado (intensificada pelo mencionado figurino constitucional), valores

---

3 NERY, op. cit., p. 47.

4 TONI, Cláudia Thomé. *Manual de direitos dos homossexuais*. São Paulo: SRS, 2008. p. 28.

constitucionais como dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial marcam decisivamente a mudança do direito privado.<sup>5</sup>

Esmiuçando as consequências da constitucionalização do direito civil, destaca-se três desafios a partir da afirmação da cidadania como elemento propulsor: a) a releitura de conceitos e institutos jurídicos clássicos; b) o advento de novas categorias jurídicas (como a união entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar); e c) superação da dicotomia do direito entre público e privado”.<sup>6</sup>

A doutrina portuguesa também ressalta a relação de complementaridade e subsidiariedade do direito geral da personalidade com os direitos específicos e autonomamente reconhecidos pela lei. Entende-se que tais direitos específicos se relacionam com manifestações setoriais da personalidade humana e obviamente não esgotam a proteção desta. Por conseguinte, sendo o bem da personalidade dotado de mais dinamismo do que alguns direitos de cunho especial, a cláusula geral que lhe é ínsita teria a função de completar a proteção da pessoa no ordenamento jurídico.<sup>7</sup>

A fruição dos direitos da personalidade pelos grupos minoritários (religiosos, étnicos ou por orientação sexual), entretanto, ainda aguarda o refinamento de legislações específicas e da hermenêutica nos tribunais, corolário do traumático itinerário para essa sacração, em face dos óbices de caráter ideológico, que se refletem ainda hoje. Esclareça-se que em nosso sentir o direito dos transexuais ao tratamento para a mudança de sexo (que não se resume apenas à intervenção cirúrgica e à mudança no registro civil, registre-se) não depende do beneplácito do Estado (já que inato à personalidade daqueles).

Encorados nessa premissa é que comungamos do raciocínio de parte da doutrina civilista que entende deva a temática da orientação sexual ser tratada como assunto privado e como tal deva permanecer fora da repressão jurídica do Estado, haja vista que as características e preferências sexuais se situam no campo particular do indivíduo.<sup>8</sup>

5 CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2008. p. 56.

6 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: parte geral* e LINDB, v. 1, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33.

7 SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 559-560.

8 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela Constituição Federal de 1988. In FERRAZ, Carolina Valença (Org.); et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 76-77.

Obviamente, há de se esclarecer que o exercício desse direito exige a aferição da vontade livre e consciente de um sujeito amparado por um diagnóstico técnico de natureza multidisciplinar, a fim de evitar o arrependimento do paciente ou a intromissão desautorizada na vida privada dos civilmente incapazes.

Sobre a claudicante aplicação destes direitos atualmente, assevera-se que o tratamento internacional dos direitos das minorias parte do mais restrito ao mais abrangente (similar ao ocorrido com os direitos humanos). Segundo o referido autor, “a passagem se deu da dimensão religiosa, na era moderna, para a dimensão étnica, após a primeira guerra mundial, até se chegar a novo patamar: a proteção das minorias por orientação sexual”.<sup>9</sup>

Contextualizada a problemática em questão, verticalizaremos o debate sobre a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, com ênfase no tratamento da mudança de sexo e seus reflexos no direito brasileiro, sempre ancorados na estreita relação da questão com o núcleo constitucional da dignidade.

## **1 A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO**

A conformação familiar tradicional com pai e mãe, as uniões amorosas entre homens e mulheres e os inúmeros estereótipos relacionados com o gênero, paulatinamente cedem lugar na legislação para um hibridismo comportamental inerente à espécie humana, cujas ilimitadas formas de expressão e necessidade de expansão ditam inexoravelmente como o direito (enquanto mero instrumento de controle social) deve se alinhar, ajustando-se provisoriamente às constantes dinâmicas sociais.

Por conseguinte, as variadas formas de discriminação do outro em razão de predileções sexuais, por exemplo, tendem a ser mitigadas pela vivência das noções de solidariedade, universalidade e pluralismo, valores imanentes à ideia de liberdade, não parecendo adequado que o indivíduo seja cerceado em suas formas de expressão, pelo simples fato de atentar contra a prática majoritariamente predominante.

---

9 CASELLA, Paulo Borba. A proteção internacional dos direitos das minorias: o caso da minoria por orientação sexual e identidade de gênero. In JUBILUT, L. L. (Org.); et al. *Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis*, v.1. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 179-180.

Sendo um país de maioria cristã, é natural que o tema em questão encontre no Brasil resistências nos mais variados setores da sociedade, o que segundo parte da doutrina se justificaria pelo fato de que os matizes extremistas das religiões monoteístas (judaísmo, cristianismo e islamismo), servindo-se do nome de Deus, atuam “de modo hediondo e criminoso, execram e condenam as minorias por orientação sexual e identidade de gênero”.<sup>10</sup>

Não se confundindo com o homossexual, o bissexual, o intersexual (hermafrodita) ou mesmo com o travesti, o denominado transexual é aquele que sofre uma dicotomia físico-psíquica, possuindo um sexo físico, distinto de sua conformação sexual psicológica, causando-lhe possivelmente um desajuste que impede a fruição de uma vida plena, digna.

A propósito das classificações e estigmatizantes definições que lhes são ínsitas, existem autores que ao analisar os direitos fundamentais à proteção da intimidade e da vida privada (inciso X do art. 5º da Constituição Federal), entendem que “as questões que permanecem no âmbito da privacidade carecem de interesse jurídico”, invoca o denominado “direito à indiferença” ao pontuar que “deveriam não somente ser critério e limite da intervenção estatal, mas impedir a reprodução de preconceitos que impõem rótulos tais como: transexual, bissexual, hermafrodita”.<sup>11</sup>

Em que pese a preocupação de juristas de escol com a rotulação em epígrafe, entendemos ser importante a identificação da situação concreta por que passam os transexuais no Brasil, de indiscutível interesse jurídico, a fim de que se instaure um debate multidisciplinar acerca da resolução ou atenuação das violações à sua dignidade e seus reflexos na órbita privada.

Conforme se constatará no próximo tópico, o despertar do direito pátrio para a proteção de minorias por orientação sexual e identidade de gênero é recente, sendo de notar que também no âmbito internacional, apenas em 26 de março de 2007 foram adotados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, os Princípios de Yogyakarta (cidade da Indonésia, na qual se reuniu, de 6 a 9 de novembro de 2006, o ‘Grupo Internacional de Especialistas em Direito Internacional dos Direitos Humanos, Orientação

10 CASELLA, op. cit., p. 180-181.

11 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela Constituição Federal de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.); et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 76.

Sexual e Identidade de Gênero’), contendo orientações para aperfeiçoar a proteção das referidas minorias.<sup>12</sup>

No Brasil, em 29 de janeiro de 2013, em apoio ao Dia da Visibilidade Trans, o Ministério da Saúde, em parceria com a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, lançou uma campanha de combate à violência contra travestis e transexuais. Na oportunidade, foi anunciado que esses cidadãos poderão usar o nome social no cartão do Sistema Único de Saúde.

A Resolução nº 12, de 16 de janeiro de 2015 (da lavra da Presidenta do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais), estabelece parâmetros para a garantia das condições de acesso e permanência de pessoas travestis e transexuais – e todas as que tenham sua identidade de gênero não reconhecida em diferentes espaços sociais – nos sistemas e instituições de ensino, formulando orientações quanto ao reconhecimento institucional da identidade de gênero e sua operacionalização.

Ratificando a gradual ocupação do espaço político pelas referidas minorias, em 18 de novembro de 2015, por meio de Decreto, a Presidenta da República convocou as 3ª Conferência Nacional de Políticas Públicas de Direitos Humanos da Comunidade LGBT, com o tema “Por um Brasil que Criminalize a Violência contra Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais”.

O reconhecimento estatal da situação de discriminação por que passa essa minoria, ainda que insuficiente, revela uma transição na relação “entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos”.<sup>13</sup> O processo de maturação social capaz de assegurar a tutela da integridade física e mental dos transexuais está em curso.

## 2 A MUDANÇA DE SEXO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO

Contextualizado o tema à luz dos direitos da personalidade e tangenciada a discriminação por orientação sexual e identidade de

12 CASELLA, Paulo Borba. A proteção internacional dos direitos das minorias: o caso da minoria por orientação sexual e identidade de gênero. In JUBILUT, L. L. (Org.); et al. *Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 185.

13 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 6.

gênero, passaremos a debater a mudança de sexo e seus reflexos no direito brasileiro, com ênfase em duas situações relacionadas ao seu complexo procedimento de readequação de gênero: as intervenções cirúrgicas e os impasses relacionados com o registro civil.

A propósito, esclarece-se que o processo transexual inicia com a escolha da indumentária, passa pelo tratamento hormonal e terapêutico e finaliza com inúmeras cirurgias, traduzindo-se na “busca consistente de integração física, emocional, social, espiritual e sexual, conquistada com muito esforço e sacrifícios por pessoas que vivem infelizes e muitas vezes depressivas quanto ao próprio sexo”.<sup>14</sup>

Conforme se verá, a despeito de a orientação sexual ser um aspecto estreitamente relacionado com a intimidade do indivíduo, não é permitido ao transexual, sozinho, decidir pela realização da intervenção cirúrgica para a mudança de sexo e nem dispor livremente sobre seu estado de gênero para fins de registro civil, ainda que tais pendências interfiram diretamente na sua higidez mental.

A prática tem revelado, entretanto, que inúmeros transexuais têm recorrido a procedimentos clandestinos para alteração da genitália e de outras características físicas (retirada de seios, por exemplo) necessárias à compatibilização do seu gênero psíquico, sujeitando-se a flagrantes situações de risco de vida.

Pugnando pelo resguardo de um discutível “direito fundamental à felicidade”, parte da doutrina entende que é dever do Estado amparar juridicamente tais pretensões, não se justificando “a omissão do sistema jurídico em face da população formada por gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais”.<sup>15</sup>

Fazendo, porém, um contraponto ao suposto “direito à felicidade”, alerta-se para os inconvenientes desse direito (de conteúdo incerto e subjetivo) não ter amparo constitucional, gerando limitações moralizantes ao se associar à liberdade sexual, na medida em que esta pressupõe a ausência de controle estatal (e indiretamente, dos particulares).<sup>16</sup> Assim,

14 DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a Justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 123.

15 *Ibid.*, p. 521.

16 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela Constituição Federal de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.); et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 81.

pontua o autor, essa reivindicação objetiva é desvinculada do sentimento da felicidade, tendo em vista haver proteção da sexualidade quando não há felicidade (como no casamento por conveniência familiar ou na atividade sexual com fins lucrativos), justamente porque os interessados não precisam justificar suas opções com base em outro bem (a felicidade).

Comungando do entendimento de que a argumentação filosófica em torno da felicidade é despicinda para a afirmação da orientação sexual e identidade de gênero dos transexuais, entendemos que o proto-valor da dignidade da pessoa humana já é um suficiente ponto de partida para o refinamento das regras infraconstitucionais tendentes à regulação da matéria, ensejando uma adequada sindicabilidade em caso de eventual lesão.

Instado a se pronunciar sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça invocou este princípio fundante da República Federativa do Brasil ao decidir, em 15 de novembro de 2009, que:

Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.<sup>17</sup>

## 2.1 As Particularidades do Processo Transexualizador

No Brasil, até 1997 eram proibidas as cirurgias de mudança de sexo, que passaram a ser realizadas pelo Sistema Único de Saúde em 2008 (Portaria nº 457, de agosto). O processo transexualizador pode ser definido como um conjunto de estratégias assistenciais para transexuais que pretendem realizar modificações corporais do sexo, em função de um sentimento de desacordo entre seu fenótipo e seu gênero, conforme legislação específica e acompanhamento clínico. Atualmente, apenas cinco hospitais possuem habilitação junto ao SUS para a realização do processo, um em Goiânia, um em Porto Alegre, um no Rio de Janeiro, um em São Paulo e um em Recife.

17 BRASIL. REsp. 1008398/SP, Recurso Especial 2007/0273360-5, Relator(a): Min. Nancy Andrighi (1118), Órgão Julgador: Terceira Turma, data da publicação/fonte: DJe 18/11/2009, RMP v. 37, p. 301, RSTJ v. 217, p. 840.

Sobre a importância da realização da cirurgia para mudança de sexo, entende-se que “somente através desta que o paciente transexual encontrará o equilíbrio emocional, livrar-se-á das angústias e aflições e poderá desenvolver, livremente, sua personalidade”.<sup>18</sup> A par do indiscutível caráter multidisciplinar desse tratamento cabe ao Estado salvaguardar a proteção da saúde para o bom atendimento das finalidades cirúrgicas.

Interpretada por alguns como peculiar em relação a outros direitos da personalidade (de livre execução por parte dos indivíduos e sem a interferência do Estado), a decisão subjetiva pela mudança de sexo transitou entre o público e o privado, na medida em que, por exemplo, não tendo havido alteração expressa do art. 129 do Código Penal, que trata da tipificação do crime de lesão corporal, impôs-se certo risco de punição aos profissionais de saúde que atuassem no respectivo procedimento cirúrgico.

A propósito, ao esmiuçar os artigos 3º e 4º da Resolução 1.652 do Conselho Federal de Medicina, registrou-se ser prescindível a intervenção do Judiciário para a realização da cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália e demais caracteres sexuais àqueles com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou autoextermínio, ressaltando, porém, que “a melhor opção é solicitar alvará judicial para a obtenção de autorização para a cirurgia, a fim de evitar a imposição de sanções penais ao profissional que a realiza ou dela participa”.<sup>19</sup>

A “permissividade contida” a que se sujeitava a norma do Conselho não tinha aptidão para tutelar o direito à livre disposição do próprio corpo no caso concreto, frustrando a expectativa dos transexuais que não viam seu direito à personalidade amparado pelo ordenamento pátrio (defasado em relação à cultura dos direitos humanos que evoluía nos últimos anos), criminalizando condutas que deveriam ser atípicas.

Enquanto premissa de resguardo da diversidade, o reconhecimento da liberdade de orientação sexual surgiu como Objetivo Estratégico V, da Diretriz 10 (garantia da igualdade na diversidade), do Eixo Orientador III (universalizar direitos em um contexto de desigualdades) do Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009 (Programa Nacional de Direitos Humanos, da Secretaria Especial de Direitos Humanos), prevendo normas para o tratamento da questão.

18 SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 261.

19 TONI, Cláudia Thomé. *Manual de direitos dos homossexuais*. São Paulo: SRS, 2008. p. 27.

Ato contínuo à publicação do Decreto, o Conselho editou a Resolução nº 1.955/10 (revogando a Resolução nº 1.652/02), de modo a permitir, independentemente de autorização judicial, a realização de cirurgias de mudança de sexo (transgenitalização), em casos de transexualismo comprovado, fixando rígidos critérios: o paciente deve ser maior de 21 anos, não deve possuir características físicas inapropriadas para a cirurgia e deve ter diagnóstico médico de transgenitalismo, indicando o cabimento da cirurgia, após avaliação realizada por uma equipe multidisciplinar constituída por psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social durante o período mínimo de dois anos.

Segundo a nova regulamentação, sendo a cirurgia para adequação de fenótipo feminino para o masculino, exige-se sua realização em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados para a pesquisa, ao passo que do fenótipo masculino para o feminino, pode ser realizada em hospitais públicos ou privados. Em ambas as hipóteses, o procedimento cirúrgico independerá de autorização judicial.

Até 2014, segundo informações obtidas junto ao Portal Brasil (mantido pelo Governo Federal), foram realizados 6.724 procedimentos ambulatoriais e 243 procedimentos cirúrgicos em quatro serviços habilitados. Desde 2013, o Ministério da Saúde (Portaria nº 2.803) ampliou o processo transexualizador no SUS, aumentando o número de procedimentos ambulatoriais e hospitalares e incluindo a redesignação sexual de mulher para homem.

A Advocacia-Geral da União, órgão responsável pela defesa judicial e extrajudicial da Administração Federal, confirmou judicialmente ser imprescindível atender às exigências do SUS para a realização da cirurgia de mudança de sexo, estabilizando o procedimento de modo a tornar previsível o itinerário daqueles indivíduos que pretendem se valer da ajuda do Estado para arrefecer sua angústia.

## **2.2 Os Impasses Relacionados Com O Registro Civil**

Realizada ou não a cirurgia para a mudança de sexo (transgenitalização), surge o impasse relacionado com a alteração de gênero no assento civil, já que a lei de registro público é omissa acerca do tema, havendo divergência sobre a admissibilidade desse procedimento e também sobre, caso admitido, qual seria o juízo competente para a sua chancela quando a pretensão for levada ao Judiciário (se as varas cíveis, de família ou de registro público).

Filiamo-nos ao entendimento de parte da doutrina, para quem a Vara de Família é a competente para apreciar a questão, através de procedimento de jurisdição voluntária, ouvido o Ministério Público, como fiscal da lei, sendo tal competência absoluta.<sup>20</sup>

Esclarecido que a pretensão de alteração cadastral não está vinculada à cirurgia de redesignação morfológica e havendo a definição formal sobre qual juízo seria o competente para decidir a matéria, interessa discutir se haveria ou não alusão às razões da alteração no registro (inclusive no que tange à expedição de certidões a eventuais interessados), já que, segundo Toni (p. 30-32), “alguns juízes concedem a retificação de sexo, mas entendem que há de se consignar no registro o termo ‘transexual’, a fim de que se dê ampla publicidade da mudança operada”.

Respeitada a posição divergente, entendemos que após o transcurso de uma instrução processual multidisciplinar, com criteriosa aferição do diagnóstico do transexualismo, deve-se adotar no assento de nascimento o sexo psicológico do indivíduo, sem qualquer menção ao seu sexo físico, à ocorrência da sua mudança por cirurgia e tampouco referência à estigmatizante expressão “transexual”, a fim de que se tente atenuar o tormento psíquico, abrindo caminho para a construção de uma nova vida. Não é demais lembrar do Enunciado nº 530 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que assim pontuou: “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

O Superior Tribunal de Justiça se posicionou favoravelmente a um “esquecimento moderado” da situação pretérita, destacando que:

A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei n. 6.015/73 confere amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive. Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade. No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de

20 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*, v. 1, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 185.

decisão judicial (REsp 737993 / MG, Relator Ministro João Otávio de Noronha (1123), Órgão julgador – quarta turma, data do julgamento 10/11/2009, publicado no DJe 18/12/2009).

O Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário nº 670422 (protocolado em 26 de janeiro de 2012 e sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli), está analisando a possibilidade de alteração de gênero no assento civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Por maioria, foi reconhecida a repercussão geral da matéria com a inclusão de entidades na qualidade de *amicus curiae* para o debate de indiscutível tema de cunho bioético, ainda pendente de julgamento.

Uma questão que deverá ser enfrentada pelo Tribunal acerca dos desdobramentos da mudança de sexo é a que diz respeito à natureza jurídica (constitutiva ou declaratória) dessa alteração, sendo de notar que a depender do entendimento, regras de direito intertemporal serão engendradas a fim de aquinhoar as relações jurídicas que se estabeleceram no passado.

### 3 CONCLUSÃO

Como se viu no presente artigo, o enfrentamento jurídico da questão (efeitos da mudança de gênero na órbita do direito privado no caso dos transexuais) no Brasil é recente, existindo inúmeras pendências a serem resolvidas, como a decisão sobre a alteração do assento civil (com ou sem o processo transexualizador), bem como as repercussões que advirão desse julgado do STF.

Apesar de não ter sido o enfoque da presente exposição, há inúmeros desafios relacionados com o direito público que ainda estão obscuros, desde o enfrentamento dos aspectos previdenciários (como a contagem de tempo de contribuição diferente entre homens e mulheres, por exemplo), passando pelo cumprimento de sanções penais em estabelecimentos adequados ao respectivo gênero, até as quotidianas regras de uso de banheiros públicos ou nas escolas, a demonstrar o quão alvissareiro é o estudo do tema modernamente.

Tendo em vista a mudança de rota nas relações privadas, inaugurada com a Constituição de 1988 e consolidada com a edição do Código Civil de 2002, experimentou-se a necessidade de aplicação dos paradigmas da solidariedade e da concretude nas relações civis, de modo a promover o enfrentamento de temas que antes estavam relegados, em tese, aos livros

de direito e hoje reclamam uma proteção oficial do Estado através de políticas públicas inclusivas, atentas aos dramas por que passa determinado segmento da sociedade, historicamente marginalizado.

Parte da doutrina já se posicionou favoravelmente à tese de que, alterado o registro, é possível o casamento, ao passo que outra entende ser necessária a abolição do sistema binário de identidade de gêneros e relações de poder que lhe são conexas, rejeitando as representações sobre o sexo que são impostas como ‘naturais’ pela ideologia dominante e impõem deveres de comportamento, e outra, mais além, critica o legislador pela omissão de normas que assegurem direitos, não perde a oportunidade de carimbar a legislação com o seu próprio preconceito, fazendo uso das expressões ‘homem e mulher’, ‘pai e mãe’, quando trata da família.

Apenas tangenciando o mérito da pertinência etimológica das palavras em epígrafe e de suas manutenções pelo ordenamento pátrio, entendemos como desnecessária a abolição desses importantes parâmetros caracterizadores da família (a exemplo do que se fez com o reconhecimento da “união estável”, sem suprimir a expressão “casamento”, por exemplo), ao mesmo tempo em que comungamos das impressões no sentido de que merece registro um tormentoso problema que ocorrerá se o transexual, com registro civil alterado, tinha filhos ou tinha sido casado anteriormente, dada a incerteza acerca de como deverão ficar os registros civis de sua prole e o seu estado civil.

Acerca do debate das especificidades e da múltipla dimensão da sexualidade, asseveramos que não há que se admitir uma interpretação restritiva, em face da necessidade de uma interpretação inclusiva, característica do contexto do Estado Social e Democrático. Entendemos que tais proposições, com balizamento bioético, merecem a devida reflexão dos variados segmentos da sociedade, a fim de que se avalie em que medida tal violência simbólica atenta contra a dignidade das minorias sob enfoque, sendo de notar, a par disso, que a vigente matriz constitucional erigiu no artigo 226 a família como base da sociedade, tendo especial proteção do Estado.

Figurando como um “princípio fundamental implícito” da República Federativa do Brasil (já que adjetivado pelo constituinte originário como base, alicerce), ao lado daqueles elencados expressamente no artigo 1º do Texto Magno, a relativização do que hoje se entende como família é não apenas possível como provável, sujeitando-se além das alterações formais ao fenômeno da mutação constitucional, de modo a contemplar as variadas formas de vivência e convivência na esfera pública e privada.

O escopo do presente artigo, conforme constatamos, foi ambicioso (notadamente pela necessidade de inúmeras incursões multidisciplinares com a preocupação de não descurar da objetividade necessária ao enfrentamento do problema proposto). As críticas que o texto encontrará serão suficientes retribuições ao esforço desempenhado, porque significarão a retomada e avanço do tratamento de tema tão caro, para quem, como nós, aqui revelamos, mais do que nunca, o interesse pela dialética e pelas incursões relacionadas com o direito das minorias.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Estatuto da Família de fato*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BORDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2003.

CASELLA, Paulo Borba. A proteção internacional dos direitos das minorias: o caso da minoria por orientação sexual e identidade de gênero. In: JUBILUT, L. L. (Org.); et al. *Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a Justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Estatuto da Diversidade Sexual – uma lei por iniciativa popular. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.); et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela Constituição Federal de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.); et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Melina Girardi. A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual. In: *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. DIAS, Maria Berenice (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada, conflito entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY, João W. *Viagem solitária: memórias de um transexual 30 anos depois*. São Paulo: Leya, 2011.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. O direito à liberdade de orientação sexual para além das limitações de gênero. In: *Manual do Direito Homoafetivo*. FERRAZ, Carolina Valença (coord.). São Paulo: Saraiva, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Livraria do Advogado: Esmafé, 2001.

ROCHA, Maria Vital da.; SA, Itanieli Rotondo. Transsexualidade e o direito fundamental à identidade de gênero. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 15, p. 2337-2364, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. Diversidade sexual e suas nomenclaturas. In: *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

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

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TOBENAS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Reus, 1952.

TONI, Cláudia Thomé. *Manual de direitos dos homossexuais*. São Paulo: SRS Editora, 2008.

WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011.