

A Transexualidade e os Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Léo Ricardo Mussi

Monografia apresentada em 2018 como pré-requisito parcial para conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

DOI: [10.5281/zenodo.19039655](https://doi.org/10.5281/zenodo.19039655)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a ampla análise dos limites jurídicos que cercam a transexualidade, a mudança de sexo e a alteração civil de prenome, tentando compreender a complexa questão que ronda o posicionamento jurídico a cerca de um tema tão importante e ao mesmo tempo tão pouco regulamentado. Através da metodologia dedutiva e bibliográfica, além de extensa pesquisa de campo, busca-se um entendimento mais profundo acerca do tema. Para tal, este projeto tem como objetivo uma análise dos direitos fundamentais, e pretende de modo geral, expor diferentes paradigmas e propor discussões acerca de conceitos jurídicos e princípios fundamentais. Vale ressaltar que o presente desenvolvimento justifica-se, por ser um estudo da situação de “descaso legal” para com o transexual, demonstrado pela ausência de legislação que verse acerca de seus direitos civis, prejudicando o direito à identidade de gênero, bem como possivelmente prejudicando a coerência com os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Transexualidade, Direitos fundamentais, Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The present work aims at a broad analysis of the legal limits that surround transsexuality, gender change and the civil alteration of the first name, trying to understand the complex question that surrounds the juridical position about a subject so important and at the same time as little regulated. Through the deductive and bibliographic methodology, in addition to extensive field research, a deeper understanding about the subject is sought. To this end, this project aims at an analysis of human rights, and aims in general, to expose different paradigms and to propose discussions about legal concepts and fundamental principles. It is worth mentioning that the present development is justified, since it is a study of the situation of "legal disregard" for the transsexual, demonstrated by the absence of legislation regarding their civil rights, impairing the right to gender identity, as well as possibly impairing coherence with human rights.

Key words: Transsexuality, Human Rights, Dignity of the human person.

INTRODUÇÃO

No decorrer da sempre constante evolução histórica seguida pela sociedade, o Direito sempre busca acompanhar a ativa volatilidade dos avanços sociais, tendo estes inclusive como fonte direta de direito, buscando sempre versar acerca das relações jurídicas que surgem a partir desta constante mutabilidade.

Este projeto demonstra sua importância para área jurídica ao tratar-se de uma discussão extremamente atual, bem como de imensa relevância social, visto que aborda um tema frequentemente explorado pela mídia, mas muito pouco explanado pelo Direito. Sua execução trata-se de uma tarefa desafiadora, devido a quantidade de polêmicas e dubiedades que cercam o tema, bem como a escassez de material legal acerca deste.

Acerca desta discussão que visa compreender além do estigma, da exclusão e do preconceito, fica nítida a importância de se compreender o que é e até onde se aplica o Princípio da Dignidade Humana, bem como sua aplicação como fonte jurídico-positiva dos direitos e garantias fundamentais.

Vale lembrar que de certa forma, os padrões comportamentais são padronizados pela sociedade, em um conceito geral, ignorando ou supervalorizando por vezes elementos biológicos como idade, sexo, e etc. O “não ajustar-se” aos padrões em seus intrínsecos elementos simbólicos como por exemplo não se ajustar à identificação de masculino ou feminino, pode resultar na tradição da identidade de gênero como uma espécie de sentimento individual.

No ordenamento brasileiro, o sexo de um indivíduo é uma das informações constantes no registro civil (certidão de nascimento), comumente acompanhada de um nome que é definido de forma a corresponder com o sexo registrado. Tal forma de registro é importante em nosso ordenamento, ao menos em sentido amplo, visto que diversas leis podem ser dirigidas a um ou

outro sexo, especificamente. A discussão maior mora no fato desse registro civil ser – quase – imutável.

A igualdade e a liberdade devem ser mantidas e enxergadas como os princípios basilares que são, estando evidentes em toda e qualquer citação relacionada aos direitos humanos. A manutenção de tais princípios nos direciona ao lógico raciocínio de que cada humano tem livre direito e liberdade de orientar sua vida nos moldes que julgar serem adequados, sendo devidos a este o pleno respeito, também naquilo que tange a esfera íntima, como é o caso de sua identidade de gênero.

Se faz importante ressaltar nesta discussão, que desde 2002 o Conselho Federal de Medicina já reconhece a intervenção cirúrgica nos casos de transexualismo, cirurgia esta que foi autorizada em todo território nacional pelo Conselho através da Resolução nº 1955/10. No entanto, para a realização do referido procedimento, são exigidas algumas formalidades por parte daquele que se candidata à redesignação sexual.

É fácil notar a imensa quantidade de mitos, polêmicas e preconceitos que cercam este assunto, no entanto, isso apenas realça a importância de se explorar cada vez mais o mesmo, buscando uma maior compreensão do quadro social em um contexto mais amplo, bem como das normativas, jurisprudência e regulamentações que cercam este tema, sendo estas últimas os pontos principais a serem discutidos no presente artigo.

Com a modernização da sociedade, são trazidas até nós as mais diferentes realidades. Uma das fontes do Direito, a formal mediata, trata da adequação das normas, para se representar uma realidade já existente na sociedade.

Muito além das crenças pessoais individuais, as mídias digitais, redes sociais, e todas as formas de comunicação facilitada que surgiram nas últimas décadas, auxiliam na proliferação das mais diversas ideias e opiniões.

A sociedade, ao se modernizar, permitiu que muitos temas que anteriormente eram grandes tabus, pudessem ser debatidos de forma mais democrática, e talvez até mais livre. Um desses temas tabus, obviamente, é a homoafetividade.

O homossexualismo deixou de ser condenável, conforme o mundo se modernizou. A ideia que antigamente beirava a ser “repulsiva”, hoje pode ser vista com relativa naturalidade pela maioria das pessoas.

Obviamente, a aceitação de cada indivíduo com suas particularidades e peculiaridades faz parte da evolução de qualquer grupo social (embora a nossa sociedade em especial tenha demorado tanto para começar a valorizar a aceitação e prezar pela dignidade humana).

Embora homoafetividade e transexualidade claramente não sejam a mesma coisa, é uma ótima forma de se exemplificar a importância do tema que será abordado (bem como da necessidade da atualização da legislação).

A mudança de sexo já é uma realidade, devido aos avanços das ciências em um contexto geral, e em especial da medicina. No entanto, o ordenamento jurídico não discorre de forma nítida acerca do tema.

O projeto será elaborado e conduzido através de intensa pesquisa literária, além de análises de julgados, consultas a legislação, e um uso frequente de métodos que facilitem a busca por qualquer tipo de informação que seja de fato relevante ao assunto abordado.

A natureza desta pesquisa é a Pesquisa Básica, pela qual se objetiva gerar úteis conhecimentos acerca do avanço teórico do tema abordado, hoje, de suma relevância na atual sociedade.

Utiliza-se da forma de abordagem Qualitativa, por haver no tema abordado uma relação dinâmica, que não pode ser exposta através de meros números, ou dados estatísticos, necessitando de uma abordagem muito mais humanitária e interpretativa.

O presente artigo abrange uma Pesquisa Exploratória, que segundo Gil (1991), vem proporcionar uma familiaridade mais abrangente com relação ao problema abordado, objetivando ampliar sua visibilidade tornando-o explícito e construindo hipóteses, além de obviamente envolver a pesquisa bibliográfica.

Vale ressaltar que o procedimento técnico mais amplamente utilizado, trata-se de Pesquisa Bibliográfica, conforme já explicitado, objetivando explanar-se diversas opiniões acerca da problematização, buscando tornar o presente artigo tão esclarecedor e socialmente relevante quanto possível –

valendo lembrar a relevância social deste projeto, haja vista o assunto abordado nestas páginas.

Fica visível que a legislação vigente no país muitas vezes parece não se preocupar em abordar temas tão atuais de forma clara, sendo necessário “garimpar” em meio de leis e julgados, para encontrar materiais acerca do presente assunto.

Em meio a essa escassez jurídica, além de uma busca por legislação, esse projeto se apresenta como uma busca social e filosófica, ao cargo de que tentará compreender o fenômeno da transexualidade na sociedade, bem como as proteções jurídicas que tal grupo pode ou não necessitar.

Tal Projeto Científico se mostra imensamente desafiador, devido a quantidade de polêmicas que circundam o tema, bem como a referida escassez de material legal acerca do mesmo, motivo pelo qual a pesquisa bibliográfica dificilmente conterá apenas o conhecimento jurídico, por assim dizer.

CAPÍTULO 1. DO HISTÓRICO DA SEXUALIDADE HUMANA E DAS FORMAS DE ORIENTAÇÃO

No presente capítulo será abordada a evolução da sexualidade e da orientação sexual, bem como as diferentes formas de orientação sexual, além de o desenvolvimento da proteção às formas da sexualidade humana, em um contexto histórico e social.

Tal contextualização se mostra essencial para que se possa haver a análise do tema proposto banhada à luz da história e da sociologia, possibilitando uma maior compreensão dos capítulos que se seguem.

Abrange-se também, no presente capítulo, naquilo que tange os diferentes tipos de sexualidade, breves conceituações, que como é de conhecimento geral, são importantes na sociedade atual, além de essenciais para a compreensão do presente projeto, haja vista serem parte fundamental do tema abordado.

1.1 Do Histórico da Sexualidade e da Orientação Sexual

Desde o surgimento do homem (como ser humano) no mundo, e muito antes de se falar em “Direito”, ou de se discutir moralidade, a sexualidade já era um fenômeno existente.

E muito embora a história da sexualidade apenas venha a ser discutida ou pesquisada nos últimos séculos, durante esse período de estudos pudemos posicionar historicamente as mais diversas formas de se expressar a referida sexualidade.

Muitas dessas formas carregadas de estigmas, valores, conceitos e preconceitos, que perduraram cada sociedade em cada época. Mais do que um mero ato físico, o sexo em nossa sociedade – tanto antiga como atual – adquiriu significados simbólicos extremamente complexos, podendo se considerar que a sexualidade faz parte (talvez até demais) de uma espécie de estrutura sociocultural.

É curioso ressaltar que a humanidade demonstra curiosidades e interesses pela sexualidade desde seu surgimento. Fato que se nota ao analisar que mesmo em desenhos pré-históricos o corpo diversas vezes já foi retratado de forma sexual. Até mesmo com ênfase nos órgãos genitais.

O próprio Platão, conhecido filósofo, identificava o deus Eros como “o deus do amor e dos apetites sexuais, deus do instinto básico da vida e responsável pela atração entre os corpos”. Fato que demonstra a importância que o próprio ser humano dirige à sexualidade.

Se torna impossível abordar qualquer assunto que tanja a homoafetividade sem citar as civilizações antigas. Em especial a Roma antiga, Egito antigo e principalmente Grécia antiga. Onde o próprio relacionamento homossexual era mais aceito socialmente do que o heterossexual, que possuía finalidade apenas para a reprodução.

Na Grécia antiga, o termo utilizado para designar um relacionamento erótico entre um homem e um menino era a “Pederastia”. Os jovens pertencentes às famílias nobres, ao alcançarem a adolescência, eram

direcionados aos cuidados de homens mais velhos, considerados guerreiros e sábios, que transmitiriam seus conhecimentos aos jovens.

Ser acolhido por um desses homens era considerado culturalmente uma honra, e estes como se sabe mantinham relações com seus discípulos – relações essas chamadas de pederastia.

No entanto, conforme essas sociedades foram subjugadas, a cultura dominante se tornou a da heterossexualidade – principalmente devido a força da religião majoritária no ocidente, que por sinal considerou a relação entre indivíduos do mesmo sexo como pecaminosa.

O avanço do capitalismo no século XVII aumentou significativamente o instinto de competitividade entre os homens, o que tornou qualquer contato entre eles ainda mais tímido.

Foi em meados do século XIX que homossexualidade deixou de ser enxergada culturalmente como pecado, e passou a ser vista como uma doença que carecia de tratamento, sendo até incluída na lista de doenças mentais, pela Associação Americana de Psiquiatria.

É notável também que historicamente a igreja foi a mais severa de todos os perseguidores aos homossexuais, considerando a relação entre pessoas do mesmo sexo uma “verdadeira perversão da natureza”, bem como é de conhecimento público e geral que tal instituição tenha perseguido homoafetivos durante o período de inquisição.

Se faz interessante lembrar que durante a evolução da própria igreja católica, esta passou a demonstrar uma postura de maior aceitação com a homoafetividade, algo que se torna nítido ao observarmos os princípios de aceitação do novo papado (que vem revolucionando o próprio catolicismo).

Voltando à discussão social, foi no ano de 1974 que a homossexualidade deixou de ser considerada uma doença, devido à pressão popular exercida por diversos homoafetivos e simpatizantes.

O ponto histórico atual é marcado pelo aumento da aceitação e pelo combate ao preconceito, de forma a buscar a garantia dos direitos fundamentais e principalmente da dignidade da pessoa humana intrincado em

nossa Constituição Federal de 1988, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

1.2 Das Formas de Sexualidade Humana

Em nossa sociedade – ocidental – o padrão tratado como “normal” para a sexualidade, é o de heterossexual. Assim sendo, a identidade de gênero se entende na forma de um sentimento individual, com relação à identificação da própria pessoa com o sexo masculino ou feminino, haja vista que a sociedade por padrão concede apenas essas duas “opções” binárias, muitas vezes reduzindo assim o espaço daqueles que não se enquadram em nenhuma dessas duas categorias.

Muito embora a intenção deste artigo não seja ensinar a diferença conceitual entre os diversos fenômenos sexuais, explicar mesmo que brevemente acerca destes acaba sendo de suma importância para o tema, por nos fornecer conceituações que podem facilitar a compreensão da referida temática.

A diferenciação destes fenômenos (homossexualidade, intersexualismo e transexualismo) pode ser, por muitas vezes, de difícil compreensão, contudo, sua importância aumenta de maneira diretamente proporcional à sua crescente relevância ao interesse social. Daí provem a necessidade de os operadores de Direito deterem conhecimento acerca de tais distinções.

1.2.1 Homossexualidade

A principal diferença entre a homossexualidade da transexualidade, é que o indivíduo que se encaixa na última, considera-se como sendo efetivamente do sexo oposto, dessa forma, sentindo-se desafortunado pelo fato de possuir a genitália sexual “errada”. De maneira diferente, o homossexual sente atração e desejo sexual pela pessoa do mesmo sexo, muito embora não possua nenhum tipo de anomalia genética, fenotípica ou psíquica, além de gostarem e utilizarem sua genitália.

Vale ressaltar, que a atração não se resume a sexualidade, mas também a afetividade, fato do qual decorre o termo mais recente e também mais correto “homoafetividade”, e que vem substituindo o termo “homossexualidade”, que se limita a uma referência sexual, e não abrange a questão afetiva (amor, paixão).

1.2.2 Intersexualismo

De forma sucinta, chamado também por “pseudo-hermafrodita”, trata-se da caracterização de um distúrbio biológico, que leva o indivíduo a possuir características femininas e masculinas.

Como bem narra Peres (2001) “Em razão dessa disfunção sexual, haverá uma discordância entre o sexo genético, gonadal e fenotípico desses indivíduos” ficando claro que a questão abordada (no intersexualismo) é majoritariamente biológica.

De suma importância ressaltar que tal dualidade não torna possível a reprodução sem um parceiro, ficando dessa forma equivocado cientificamente o termo “hermafrodita” – motivo pelo qual se denomina como “pseudo-hermafrodita”.

1.2.3 Transexualismo

Trata-se da rejeição do fenótipo, se identificando psicologicamente e socialmente com o sexo oposto. O transexual, embora tenha todos os fenótipos físicos do sexo que consta em sua certidão de nascimento, ou seja, seu sexo biológico, sente-se pertencente ao sexo oposto. Em resumo, e de forma mais simples, trata-se de uma mulher (psicologicamente falando) vivendo em um corpo de homem, ou um homem em um corpo de mulher.

Como conceitua Maria Helena Diniz (2008) “o transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação ou autoextermínio”. Tal tendência à automutilação se explica pela ausência de autoidentificação com o corpo físico, trazendo ao

indivíduo uma necessidade psicológica de tentar corrigir essas hipotéticas “imperfeições”.

Quando se trata de um distúrbio psíquico de identidade sexual o acertado seria mudar a mente do transexual através de psicoterapia ou psicanálise, adequando-a aos atributos físicos. Todavia, tal técnica é, em regra, infrutífera, porque o transexualismo é incurável, já que constitui uma doença genética produzida por defeito cromossômico ou fatores hormonais (Diniz, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 3.ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 290)

Nota-se que a posição da Maria Helena Diniz se mostra um pouco “antiquada” ao conceituar o transexualismo como um distúrbio psíquico, haja vista que como já observamos, questões inerentes a sexualidade humana deixaram de ser consideradas doenças em meados do século XX. No entanto, muito podemos aproveitar de sua fala acerca dessa singularidade, em principal, no termo citado pela nobre doutrinadora “incurável”.

De fato, é notável que abandonando a questão de a transexualidade ser ou não um distúrbio, as mais recentes pesquisas sociais ou psicológicas mostram que as tentativas de se “redesignar” o sexo de alguém por meio de tratamento psicológico, restam infrutíferas, haja vista que o máximo alcançado com essas tentativas, foi a supressão da sexualidade do indivíduo, o que nitidamente traz mais malefício do que benefícios, demonstrando que a sexualidade não se trata de uma escolha, e menos ainda de uma patologia.

1.3 Da Evolução do Direito à Liberdade Sexual nas Três Gerações dos Direitos Fundamentais

Como bem exemplifica Francisco Amaral nas linhas seguintes, a evolução da sociedade, seja em seu âmbito científico, tecnológico, ou até mesmo social, sabidamente traz em pauta costumes, temas, ou discussões, que precisam cedo ou tarde ser tuteladas pelo Direito.

O progresso científico e tecnológico (biologia, genética etc.) e o desenvolvimento dos instrumentos de comunicação e a difusão de informações suscitam problemas novos e diversos para os aspectos essenciais e constitutivos da personalidade jurídica (integridade

física, moral e intelectual) exigindo do direito respostas jurídicas adequadas à proteção da pessoa humana (AMARAL, 2006, p. 248)

Com base nisso, se demonstra importante analisar as primeiras proteções jurídicas que tutelaram a sexualidade humana. Para tal, serão abordados os direitos à liberdade sexual nas três gerações dos direitos fundamentais.

Deve-se ressaltar que não serão analisadas a quarta e quinta geração, por não haver doutrina pacificada no que tange estas. Assim sendo, serão analisadas as formas de proteção nas gerações clássicas dos direitos fundamentais – primeira, segunda e terceira geração de Direitos Fundamentais.

A base da primeira geração de direitos fundamentais, veio impor diversas garantias que impediam o Estado de gerir o particular. São direitos políticos e civis, também conhecidos por direitos de liberdade. Tais direitos abrangiam a liberdade, vida, propriedade, bem como às liberdades de expressão.

Ao tratar-se de liberdades, esta geração engloba a liberdade sexual como um de seus direitos, ao tratar-se, tal liberdade, também de algo instintivo da própria espécie humana, que se agrega a sua condição de “ser”.

Para Maria Berenice Dias:

Ao serem visualizados os direitos de forma desdobrada em gerações, é de se reconhecer que a sexualidade é um direito do primeiro grupo, do mesmo modo que a liberdade e a igualdade, pois compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário, independente da tendência sexual. Trata-se assim de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, sendo, como todos os direitos de primeira geração, inalienável e imprescritível. É um direito natural, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza (DIAS, 2001, não paginado)

Assim sendo, o Estado Democrático não deve intervir em tais liberdades individuais, pois sendo o exercício de liberdades a base dos direitos adquiridos na primeira geração, seria de inimaginável incongruência o Estado querer ainda hoje tutelar tais liberdades.

Já nos direitos fundamentais de segunda geração, tem-se considerado como direitos sociais (culturais e econômicos). Tal geração de direitos força o

Estado a desenvolver políticas que prezem e priorizem a igualdade entre cada indivíduo.

Como bem narra Flávia Martins:

Segunda geração ou segunda dimensão: seriam os Direitos da Igualdade, no qual estão à proteção do trabalho contra o desemprego, direito à educação contra o analfabetismo, direito à saúde, cultura, etc. Essa geração dominou o século XX, são os direitos sociais, culturais, econômicos e os direitos coletivos. São direitos objetivos, pois conduzem os indivíduos sem condições de ascender aos conteúdos dos direitos através de mecanismos e da intervenção do Estado. Pedem a igualdade material, através da intervenção positiva do Estado, para sua concretização. Vinculam-se às chamadas “liberdades positivas”, exigindo uma conduta positiva do Estado, pela busca do bem-estar social. (DA SILVA, 2006, p. não paginado)

Dessa forma, pode-se facilmente enquadrar nas políticas públicas que visem o bem-estar social, a ideia da livre orientação sexual como parte da segunda geração dos direitos fundamentais, uma vez que se desencadeia um novo grupo de indivíduos, que carece de proteção estatal. Uma vez que surge um novo grupo de indivíduos na sociedade, bem como a criança, o deficiente, o idoso, o negro ou a mulher, que podem ser facilmente um alvo de discriminação, tais grupos devem ser protegidos pelo Estado, por sua condição de fragilidade com relação à massa.

Assim sendo, temos nessa etapa o Estado, agindo como agente mediador de condições sociais, e tentando propagar a igualdade, que deveria agir eficientemente em prol do próprio indivíduo.

A terceira geração de direitos fundamentais, segundo Pacheco, busca tutelar a totalidade dos indivíduos, em construir um interesse que possa transcender uma titularidade meramente singular, e abranger o coletivo, protegendo em um contexto geral, grupos humanos como um todo.

Maria Berenice encaixa o direito a sexualidades desta geração de direitos, da seguinte forma:

Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração. Esta compreende os direitos decorrentes da natureza humana, mas não tomados individualmente, porém genericamente, solidariamente, a fim de realizar toda a humanidade, integralmente, abrangendo todos os aspectos necessários à

preservação da dignidade humana. Entre eles não se pode deixar de incluir e enxergar a presença do direito de todo ser humano de exigir o respeito ao livre exercício da sexualidade. É um direito de todos e de cada um, que deve ser garantido a cada indivíduo por todos os indivíduos, solidariamente. É um direito de solidariedade, sem cuja implementação a condição humana não se realiza, não se integraliza (DIAS, 2001, não paginado)

De tal maneira, observa-se que a evolução dos direitos fundamentais em suas respectivas etapas, sugerem a garantia da vida humana em sua dignidade, e facilmente se observa a relação intrínseca entre essa evolução, e a discussão que atine o direito à livre sexualidade.

CAPÍTULO 2. DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À FORMAS DE ORIENTAÇÃO SEXUAL

No presente capítulo, haverá a explanação dos direitos fundamentais que protegem à livre orientação sexual, passando pelo direito à dignidade da pessoa humana, enquadrando a livre orientação sexual como um direito fundamental, bem como analisando a jurisprudência que cerca este assunto.

Além disso, será analisada a aplicação dos direitos fundamentais no tema abordado, trazendo à tona discussões acerca dessas aplicações, bem como posicionando tais teorias e as embasando, de forma a fundamentar e enriquecer tal discussão.

2.1 Da Dignidade da Pessoa Humana

Nos vastos ensinamentos de José Afonso da Silva, a conceituação da Dignidade da Pessoa Humana deve sempre ser o mais abrangente possível, bem como deve ser tratado como norma suprema dos próprios direitos fundamentais:

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-

constitucional e não qualquer uma ideia apriorística do Homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invoca-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais. (SILVA, 2000, p. 147)

Se posiciona de igual maneira o doutrinador latino Humberto Alcalá:

Dignidade humana é o valor básico que fundamenta os direitos humanos, já que sua afirmação não somente constitui uma garantia de tipo negativo que proteja às pessoas contra vexames e ofensas de todo tipo, mas que deve também se afirmar positivamente através dos direitos com o pleno desenvolvimento de cada ser humano e de todos os seres humanos. (ALCALÁ, 2004, p. 42)

Ainda acerca dos direitos fundamentais, Dalmo de Abreu Dallari (1994, p. 07) narra que “Todas as pessoas têm algumas necessidades fundamentais que precisam ser atendidas para que elas possam sobreviver e para que mantenham sua dignidade. [A pessoa] Tem direitos pelo simples fato de ser uma pessoa humana”. Fica claro, assim, que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é uma fonte jurídico-positiva de latente importância para a manutenção dos direitos e garantias fundamentais que regulam qualquer esfera da relação humana.

Ainda destaca Alexandre de Moraes (2005) que a possibilidade de autodeterminar sua própria vida, é a nítida manifestação da dignidade da pessoa humana. O que por si só, naturalmente toma como essencial o respeito da sociedade em um contexto geral, no que faz relação à autodeterminação de um indivíduo. Lembrando que, ainda segundo Alexandre, a dignidade é naturalmente inexaurível, pois jamais chegará ao máximo de sua satisfação, estando essa sempre clamando por expansão.

É através deste raciocínio que este artigo segue, conforme se demonstra a importância da fixação dos Direitos Fundamentais também à identidade de gênero, tanto quanto para todos os outros aspectos, classes e locais, sob os quais deve recair as proteções destes Princípios, em especial à comunidade transexual, que se faz objeto deste estudo.

2.2 Do Direito à livre orientação Sexual como Direito Fundamental

No entorno dos direitos fundamentais, o princípio da igualdade com relação a orientação sexual é merecedor de especial atenção.

Pelas crescentes ideias sociais de igualdade, que caracterizam o Estado democrático de Direito, o Princípio da Igualdade, naquilo que se refere à sexualidade, traz importantes preceitos proibitivos de qualquer discriminação sexual.

A interpretação ampla do direito à igualdade, quando analisada de forma abrangente, alcança claramente o âmbito da livre orientação sexual. Em foco que o ato de discriminar um ser humano, devido a sua orientação sexual, preceitua uma nítida discriminação sexual, esta por sua vez, constitucionalmente vedada, como o próprio Artigo 5º de nossa Constituição Federal esclarece:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes[...] (BRASIL, 1988, não paginado)

Desse modo, a igualdade sexual se pauta nos princípios da igualdade e da liberdade, onde determinado indivíduo de forma alguma poderia ser discriminado por suas particularidades, ou por sua intimidade.

Assim sendo, o princípio da igualdade e aquele que garante que o Estado fornecera um tratamento isonômico a todos os indivíduos, lhes fornecendo igual respeito e consideração, e garantindo a todos o direito de autotutelar suas vidas (em caráter íntimo) ao sabor de seus próprios interesses, bastando para isso apenas que não violem os direitos de terceiros. Reiterando ainda que o artigo 5º de nossa Constituição Federal (por sinal, cláusula pétrea da mesma) afirma que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988).

Cabe reiterar ainda, o texto do Artigo 3º inciso IV, de nossa Constituição Cidadã, que ressalta a promoção do bem de todos “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” como um dos objetivos fundamentais de nosso país.

Fica mais do que claro que, ao pautar-nos nesse princípio, homoafetivos, bissexuais e transexuais possuem direitos idênticos aos de qualquer heteroafetivo, não podendo ser vítimas de preconceito devido à suas condições, afinal todos são iguais “sem distinções de qualquer natureza”.

Obviamente na prática não se torna tão simples assim. A própria sociedade ainda apresenta, em alguns aspectos, posições discriminatórias naquilo que tange a sexualidade que fuja de um padrão binário.

No entanto, dessa discussão podemos facilmente analisar de forma jurídica a liberdade historicamente conquistada, bem como juridicamente garantida, em nosso Estado democrático de direito. Esta, por sua vez, diz respeito ao direito de escolha, e ao falarmos de liberdade sexual, esse direito claramente se refere a liberdade de se escolher de forma livre com quem se relacionar de maneira afetiva (bem como sexual).

Apesar de a liberdade sexual se tratar de um direito de primeira geração, haja vista que é espécie da qual liberdade é gênero, tal direito tem sido elevado, e ressaltado em nosso ordenamento jurídico ainda nos últimos anos.

2.3 Da Liberdade à Orientação Sexual na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Pode-se observar que as relações homoafetivas não eram igualmente tuteladas com relação às heteroafetivas. Para Dias (2011) o fato responsável pela inserção das uniões homoafetivas no Direito das Famílias foi a decisão da Justiça do Rio Grande do Sul, que veio a definir competência do juizado especial da família para analisar as uniões homoafetivas.

Posteriormente, tal reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, se deu ao ser julgada a ADPF 132/RJ e a ADI 4.277/DF. Estas decisões foram embasadas pelos princípios abordados neste capítulo, além do pluralismo, e também o direito a buscar-se a própria felicidade, por meio de uma análise que se adequa aos novos anseios sociais. Segue um trecho da ADI 4.277/DF:

[...] reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’: direito a

auto-estima no mais elevado ponto de consciência do indivíduo. Direito à busca pela felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais.[...] (SUPRENO TRIBUNAL FEDERAL, 2011)

Resta mais do que evidente que o próprio Supremo Tribunal Federal traz em seu entendimento que a livre orientação sexual é advinda do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, reforçando assim aquilo que está sendo abordado na presente proposta.

2.4 Do Direito Constitucional à Busca pela Felicidade

Já se reconhece em nosso ordenamento jurídico o direito à busca pela felicidade, haja vista que tal direito abrange diversos princípios tutelados pela nossa constituição. A felicidade, trata-se de um direito tanto individual quanto coletivo.

Embasados nesse direito – à busca pela felicidade – e amparados pelos valores éticos e princípios que buscam alcançar a Justiça “ideal”, diversos tribunais já vem adotando decisões que protegem os direitos dos homoafetivos e transexuais.

Tais decisões vem reconhecer o direito à orientação sexual livre e auto tutelada, possibilitando ao indivíduo auto tutela-la, seguindo apenas seus anseios, sua necessidade, e seu conceito individual de felicidade.

Luiz Roberto Barroso, atual ministro do STF, dita que tal direito é “um valor interpretativo que permite ao juiz escolher a alternativa que produza mais felicidade”. Nesse sentido, cada vez mais juristas vem visualizando tal direito ao proferir decisões acerca da sexualidade.

Tem-se alcançado, por meio deste direito, a satisfação pessoal e social desses indivíduos. Deve-se ressaltar, que o direito aqui abordado não pode ser obstruído, afinal, é até mesmo dotado de garantia constitucional.

2.5 Da Aplicação dos Direitos Fundamentais

Pode-se abrir este assunto brilhantemente através das palavras de Charles Taylor:

Falar de direitos humanos universais, naturais, é vincular o respeito pela vida e integridade humanas à noção de autonomia. É conceber as pessoas como colaboradores ativos no estabelecimento e garantia do respeito que lhes é devido. E isso exprime uma característica central de nossa perspectiva moral ocidental moderna. Essa mudança de forma se faz acompanhar, naturalmente, de uma alteração do conteúdo, da concepção do que é respeitar alguém. (TAYLOR, 1997, p. 38)

O respeito por outrem, está vinculado à percepção de autonomia relacionada a este próprio indivíduo.

Tal autonomia vem se referir à liberdade de cada pessoa, como um ser exclusivo, tutelar sua própria vida da forma que bem desejar.

A autonomia agora é central a isso. Assim, a trindade lockiana dos direitos naturais inclui o direito à liberdade. E, para nós, respeitar a personalidade envolve como elemento crucial respeitar a autonomia moral da pessoa. Com o desenvolvimento da noção pós-romântica de diferença individual, isso se amplia até a exigência de darmos às pessoas a liberdade de desenvolver a sua personalidade à sua própria maneira, por mais repugnante que seja para nós e mesmo para nosso sentido moral. (TAYLOR, 1997, p. 38)

Em qualquer declaração de direitos humanos que seja, serão tidos como princípios fundamentais basilares a liberdade e a igualdade. O estudo de tais princípios nos possibilita enxergar o óbvio direito à uma digna possibilidade de cada indivíduo guiar sua vida e existência de forma livre, sendo merecedor de um completo respeito, principalmente naquilo que tange assuntos tão intrapessoais, como a identidade de gênero, se masculina, feminina, ou mesmo alheia a esta binariedade.

Em uma verdadeira aula naquilo que tange a liberdade individual, José Reinaldo nos presenteia com um alerta acerca da hipocrisia político-social que ronda estes temas:

[...] é uma razão bastante forte para defender o fim das discriminações pelo exercício da liberdade sexual, dessa parte da vida que nos liga diretamente a outro ser humano e indiretamente a todos os seres humanos. A autonomia tem uma história recente entre

nós. Não terá mais do que duzentos anos como ideia-força da vida social e da moral pública. Essa história recente é ainda mais recente e frágil em sociedades como a brasileira, em que não é difícil encontrar os que afirmam que a autonomia e as liberdades civis não são as primeiras questões de nossa vida pública (LOPES, 2007, p. 48)

Devido ao fato de a autonomia e liberdades civis serem tão recentes em nossa sociedade – mais ainda na sociedade brasileira – tais conceitos ainda são frágeis, e até mesmo desvalorizados por algumas pessoas, que não reconhecem a importância da autonomia e das liberdades civis para uma sociedade efetivamente plena.

[...] Creio que não há nada de questão menor nesse ponto. Nesse ponto, creio que dizer algo nesse sentido, que a liberdade individual, inclusive a liberdade sexual é menor ou pode esperar, significa colocar a pessoa humana abaixo objetivos falsamente mais altos. O argumento é típico dos que não valorizam a autonomia e acreditam que alguém está acima do próprio sujeito para determinar-lhe a vida. O argumento é contraditório entre os que têm convicções religiosas (sejam elas religiosas no sentido vulgar, sejam elas convicções políticas com o caráter absoluto da verdade típico das convicções religiosas). (LOPES, 2007, p. 48)

Beira o absurdo algumas pessoas direcionarem discussões essenciais como a da liberdade individual, ou até mesmo da própria liberdade sexual, como sendo questões secundária, desinteressantes ou que não apresentam relevância.

Tal opinião, que tenta secundarizar essas discussões alegando sua irrelevância, costuma partir de indivíduos que enxergam alguém acima do próprio sujeito, e que possuiria mais autonomia do que este para tutelar sua própria vida – comumente pessoas que se mantem fechadas em suas convicções religiosas.

A falsidade disso está em que essa espécie pressupõe muitas vezes um todo universal ('a sociedade') que existe acima e fora dos sujeitos que a compõem. Ora, a noção de autonomia que fundou o constitucionalismo moderno rejeita esta ideia normativa. Para o liberalismo, as pessoas não existem para a sociedade, para a família, para a tradição, para a religião, para uma outra coisa qualquer. (LOPES, 2007, p. 48)

Por diversas vezes, considera-se a sociedade – o coletivo – como estando acima dos sujeitos que a compõem, o que fragiliza o conceito de autonomia, prendendo algumas pessoas ao conceito de social, e esquecendo as vezes do conceito (tão importante) de liberdade individual.

Logo, não se pode, sem boas razões, submeter a autonomia dos sujeitos a fins que ele não escolheu e cuja realização não elimina a possibilidade de outros escolherem e realizarem fins diferentes. A liberdade, compreendida no limite do respeito simultâneo e compatível com igual liberdade de outrem, não é objeto de transação, pois se trata de um fim inerente à própria natureza humana, cuja proteção é a razão de um estado de direito constitucional. (LOPES, 2007, p. 48)

Ante o apresentado, resta evidente que a pressão para a manutenção da identidade sexual de determinado indivíduo, alheia à sua própria subjetividade, imposta pelo meio e diversa da sua própria psique, é ao mesmo tempo atentatório à sua própria dignidade e um comprometedor extremamente prejudicial de seu livre desenvolvimento psicossocial.

CAPÍTULO 3. DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, À REDESIGNAÇÃO DO SEXO E DAS RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS

No presente capítulo, serão abordados os direitos da personalidade, a fixação de sexo em nosso ordenamento, a redesignação sexual, e suas diversas consequências.

Serão abrangidas as formas de fixação de sexo no ordenamento jurídico brasileiro, analisando como é formalizado o registro civil de nascimento, bem como o que é analisado para a confecção de tal registro.

Bem como será abordada a cirurgia de redesignação sexual, além de todo o processo que deve ser percorrido para se passar por tal procedimento cirúrgico, e suas diversas consequências, com ênfase obviamente em suas principais consequências jurídicas.

Se analisarão também as possibilidades de alteração de prenome, bem como o longo caminho que se deve percorrer para alcançar tal alteração em

nosso país. Além de uma análise da mudança de sexo como causalidade para a alteração do prenome.

3.1. Da Fixação de Sexo no Sistema Jurídico Brasileiro

No ordenamento brasileiro, o sexo é uma informação anotada no registro civil – certidão de nascimento – comumente acompanhado de um prenome que corresponda à identificação deste sexo.

O registro civil, por sua vez, trata-se de ato administrativo que porta fé pública, lavrado em cartório de registro civil. Dessa maneira, ele porta legítima presunção de legalidade e veracidade. O registro lavrado, é baseado única e exclusivamente nas características morfológicas do sexo de determinado indivíduo, mais claramente, sua genitália, haja vista que obviamente seria impossível elaborar-se uma avaliação do “sexo psicológico” a ser aplicada em um bebê ou em uma criança.

Por padrão, verificam-se os órgãos (sexuais) externos, e na quase totalidade dos casos eles são compatíveis com os cromossomos e com as gônadas (A exceção óbvia neste caso é o intersexualismo, ou pseudo-hermafrodita).

Tal anotação do sexo na certidão de nascimento é amplamente importante no ordenamento jurídico brasileiro, pois diversas normas são dirigidas de forma exclusiva a um ou outro sexo, como é o caso do alistamento militar obrigatório – Art. 3º da Lei nº 4.375/1964 – para o sexo masculino, ou o Art. 7º da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – que protege as mulheres de violência doméstica e familiar. Além de ser muitas vezes essencial aos interesses do próprio registrado, com o objetivo de exercer diversos direitos ou obrigações.

Por meio de uma muito interessante crítica, Joildo Souza dos Humildes questiona a imutabilidade da anotação do sexo no registro civil, e propõe uma relativização da mesma:

O registro civil impõe-se num lapso de tempo muito curto – poucos dias após o nascimento – com base no sexo biológico, para adquirir

status de imutabilidade. A identidade sexual do indivíduo não se estrutura com a mesma rapidez, daí não haver correlação entre o sexo jurídico e o sexo psicossocial, levando-nos a conclusão de que o estado sexual constante do registro civil é uma ficção jurídica. . (HUMILDES, 2008, p. 17)

Humildes questiona o lapso acelerado de tempo em que o sexo se faz constar no registro civil, lembrando que nenhum indivíduo teria em tão pouco tempo uma identidade sexual já formada. E ainda esclarece que o problema em si não é o tempo em que se registra o sexo, mas o caráter imutável que este adquire.

Partindo desse pressuposto é que se deve relativizar a imutabilidade das informações do registro civil. Por que o registro civil é realizado apenas com base no órgão genital, se os avanços científicos mostram que o sexo biológico é, apenas, um dos vários componentes que formam o sexo de um indivíduo? A importância do sexo psicossocial na formação da identidade sexual do indivíduo impõe uma reavaliação sobre os critérios jurídicos da imutabilidade das informações do registro civil. . (HUMILDES, 2008, p. 17)

Se faz interessante e válida tal discussão, de uma possível relativização do caráter atualmente imutável do sexo registral, haja vista que conforme argumenta Humildes, já é de conhecimento público que o sexo biológico é apenas um dos diversos componentes que contribuem para a formação da sexualidade psicossocial de determinado indivíduo – que atualmente pouco é levada em consideração.

O texto extraído da apelação que se segue, brilhantemente aborda o direito à discricionariedade humana, ao menos naquilo que cerque a individualidade de cada pessoa:

É preciso, inicialmente, dizer que homem e mulher pertencem a raça humana. Ninguém é superior. Sexo é uma contingência. Discriminar um homem é tão abominável como odiar um negro, um judeu, um palestino, um alemão ou um homossexual. As opções de cada pessoa, principalmente no campo sexual, hão de ser respeitadas, desde que não façam mal a terceiros. O direito a identidade pessoal é um dos direitos fundamentais da pessoa humana. A identidade pessoal é a maneira de ser, como a pessoa se realiza em sociedade, com seus atributos e defeitos, com suas características e aspirações, com sua bagagem cultural e ideológica, é o direito que tem todo o sujeito de ser ele mesmo. A identidade sexual, considerada como um dos aspectos mais importantes e complexos compreendidos dentro da identidade pessoal, forma-se em estreita conexão com uma

pluralidade de direitos, como são aqueles atinentes ao livre desenvolvimento da personalidade, etc., para dizer assim, ao final: se bem que não é ampla nem rica a doutrina jurídica sobre o particular, é possível comprovar que a temática não tem sido alienada para o direito vivo, quer dizer para a jurisprudência comparada. Com efeito, em direito vivo tem sido buscado e correspondido e atendido pelos juízes na falta de disposições legais e expressa. No Brasil, ai esta o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil a permitir a equidade e a busca da justiça. Por esses motivos é de ser deferido o pedido de retificação do registro civil para alteração de nome e de sexo. (RIO GRANDE DO SUL, TJ-RS, Apelação Cível nº 593110547, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Luiz Gonzaga Pila Hofmeister, julgado em 10/03/1994).

É notável o fato de que homens e mulheres pertencem à espécie humana, divididos por uma binariedade biológica. A discriminação que tange a sexualidade, é tão nociva quanto aquela que ataca a cor, ou a religiosidade. A identidade pessoal, a forma que o indivíduo se enxerga, é a única maneira pela qual ele poderá se realizar em sua vida social.

Para atender a essa necessidade de realização social, juízes e tribunais vem suprindo a falta de disposições legais e expressas, e vem firmando jurisprudências que flexibilizam o sexo registral.

Ainda sobre esse assunto, segundo humildes, tal relativização é essencial:

A construção da identidade sexual do indivíduo cuja ficção jurídica do registro civil não se confirmou perpassa pela nova perspectiva de relativização da indisponibilidade do próprio corpo, em prol da construção de sua identidade sexual. (HUMILDES, 2008, p. 17)

Não há nenhuma previsão legal em nosso país que autorize a mudança de sexo no registro civil do indivíduo. No entanto, o nome pode ser alterado, de acordo com o Art. 58 da Lei nº 6.015/1973, Lei de Registros Públicos, mas apenas nos casos: a) Necessidade, quando há modificação do estado de filiação; b) Voluntariamente, quando há erros de grafia; ou c) Em casos de nomes extravagantes ou que causem vexame.

Não existe nada na legislação vigente em nosso ordenamento jurídico que trate, mesmo que brevemente ou de maneira superficial, acerca da retificação do registro civil de indivíduos transexuais, e a única forma de se dar

esta alteração, no momento, é através da via judicial – que como bem se sabe, é imensamente morosa.

3.2. Da Cirurgia de Redesignação e suas Consequências Jurídicas

O art. 194 da CF de 1988 desponta como uma perspectiva que assegura ao transexual o direito positivo do Estado de realizar, gratuitamente, a cirurgia: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, 1988).

Desde 2002 o Conselho Federal de Medicina reconhece como possível a “intervenção cirúrgica para tratamento de casos de transexualismo”, conforme a Resolução nº 1955/2010, por onde o Conselho autorizou a realização das cirurgias (bem como de todos os procedimentos complementares) em todo o território nacional. É exigido do candidato à redesignação, conforme tal resolução, que se estejam presentes características transexuais no indivíduo há pelo menos dois anos.

O Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 1707/2008, inseriu no Sistema Único de Saúde o “Processo Transexualizador”, que explana:

I – A integridade da atenção, não restringindo nem centralizando a meta terapêutica no procedimento cirúrgico de transgenitalização e de demais intervenções somáticas aparentes ou inaparentes; II – A humanização da atenção, promovendo um atendimento livre de discriminalização, inclusive pela sensibilização dos trabalhadores e dos demais usuários do estabelecimento de saúde para o respeito às diferenças e à dignidade humana; III – A fomentação, a coordenação e a execução de projetos estratégicos que visem ao estudo de eficácia, efetividade, custo/benefício e qualidade do processo transexualizador; e IV – A capacitação, a manutenção e a educação permanente das equipes de saúde em todo o âmbito da atenção, enfocando a promoção da saúde, da primária à quaternária, e interessando os polos de educação permanente em saúde. (BRASIL, 2008)

Importante ressaltar que este procedimento foi posteriormente redefinido e ampliado pela Portaria nº 2.803/2013, que abrange de forma muito mais ampla o procedimento legal a ser adotado.

Tal procedimento – Processo Transexualizador – foi amplamente discutido em nossa sociedade, principalmente pelo oferecimento da operação cirúrgica pela rede pública de saúde. A maioria dos críticos alegaram que o Sistema Único de Saúde deveria possuir outras prioridades, ou temas a serem tratados de maneira mais premente, criticando o fato do procedimento ser custeado pelo governo.

Por outro lado, aqueles que defendiam a cobertura, alegaram frequentemente que a atitude seria correta, haja vista que o poder público é responsável por garantir a cidadania à todos os indivíduos, englobando nessa esfera o indivíduo transexual, sendo desta forma a medida adotada decisivamente positiva, ao se tratar de uma ação concreta voltada à eliminação dos desconfortos psicológicos oriundos da condição do transexual (antes de operado) bem como da discriminação e estigmatização da qual tais indivíduos frequentemente são alvos.

No entanto, como já explicitado, muito embora tenha sido garantido ao transexual a possibilidade da cirurgia de redesignação sexual, ainda não se encontra em nossa legislação nada que explique a alteração do sexo civil ou do nome registral.

3.3. Da Possibilidade de Alteração do Prenome

Pontes Miranda (1971) defende que a função identificadora no nome não pode ser, por si só, uma justificativa para torna-lo inalterável. Para o professor, não há princípio jurídico que discorra que o prenome e sobrenome sejam inalteráveis.

Na mesma linha de pensamento, Chaves (1994) considera perfeitamente admissível a alteração do estado sexual do indivíduo transexual que passa pelo processo de resignação terapêutica, assim como considera plausível a adequação de seu prenome, para que passe a coincidir com sua identidade de gênero, garantindo dessa forma ao indivíduo uma vida digna, e com uma menor carga de discriminação.

Ainda nesta linha, Pereira (1991) considera que a alteração do sexo civil, bem como do prenome do indivíduo seria uma consequência lógica da legalização da intervenção cirúrgica transexualizadora. Tal alteração por meio de procedimento cirúrgico seria, nas palavras do próprio autor “um caso excepcional que justificaria a modificação do registro civil”.

A doutrina brasileira se mostra relativamente relutante em aceitar a alteração do sexo registral e do prenome de indivíduos que passaram pela terapia transexualizadora. Tão pouco sólida como a doutrina, era a jurisprudência nacional, que até recentemente possuía um entendimento que poderia ser considerado, de certa maneira, arcaico.

Nos dias atuais, no entanto, pode-se observar uma significativa evolução nos julgados. Estes tem demonstrado um comprometimento muito maior com os esforços em assegurar a cidadania e os direitos fundamentais dos indivíduos transexuais.

Tais julgados começam a apontar suas decisões, bem como suas posições para o fato de que uma imutabilidade judicial do prenome e do sexo registral, de maneira tão rígida, atenta contra a dignidade da pessoa humana, restringindo as relações jurídicas e sociais daquele indivíduo, e o expondo a diversas situações vexatórias.

Seguindo esta corrente, Rosa Maria de Andrade (2003) vai ainda mais fundo, ao defender que, a partir do momento em que altera-se o sexo morfológico por meio do procedimento de redesignação sexual, abre-se a possibilidade de o registro civil acatar tal mudança, sem estabelecer ressalvas, por obediência ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

3.4. A Jurisprudência Acerca da Alteração do Registro Civil

Embora seja essencial conhecer a teoria acerca de qualquer tema que seja estudado, também vale lembrar que a “palavra final” provem de um julgador, seja este um Juiz de Direito, Juiz Federal, ou até mesmo um tribunal colegiado. Dessa maneira, se torna essencial observar alguns julgados, para se analisar os nuances que a jurisprudência traz acerca do assunto.

Na Apelação Cível que se segue, pede-se a retificação do registro cível de um indivíduo transexual, alterando-se também o prenome deste, sendo ausente neste a cirurgia de redesignação sexual, ou seja, um indivíduo transexual não operado.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO GÊNERO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. [...]O sexo é físico-biológico, caracterizado pela presença de aparelho genital e outras características que diferenciam os seres humanos entre machos e fêmeas, além da presença do código genético que, igualmente, determina a constituição do sexo - cromossomas XX e XY. O gênero, por sua vez, refere-se ao aspecto psicossocial, ou seja, como o indivíduo se sente e se comporta frente aos padrões estabelecidos como femininos e masculinos a partir do substrato físico-biológico. É um modo de organização de modelos que são transmitidos tendo em vista as estruturas sociais e as relações que se estabelecem entre os sexos. Considerando que o gênero prepondera sobre o sexo, identificando-se o indivíduo transexual com o gênero oposto ao seu sexo biológico e cromossômico, impõe-se a retificação do registro civil, independentemente da realização de cirurgia de redesignação sexual ou transgenitalização, porquanto deve espelhar a forma como o indivíduo se vê, se comporta e é visto socialmente. Sentença confirmada.. (RIO GRANDE DO SUL. TJ-RS. Apelação Cível Nº 70074206939, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara... Medeiros, Julgado em 30/08/2017).

Resta evidente o posicionamento da justiça, visto que a apelação foi desprovida por maioria, nota-se o claro entendimento de que para estes julgadores não há o que se falar em retificação do registro civil ou alteração do prenome, antes de se solucionar a incongruência biológica através da cirurgia de redesignação sexual – que como visto, demanda de um longo processo burocrático, que serve como uma espécie de “confirmador” de que o indivíduo não irá voltar atrás. Além, é claro, do obviamente necessário acompanhamento psicológico.

Em outra Apelação Cível, nesta tendo o indivíduo já realizado o procedimento cirúrgico de alteração sexual, o entendimento dos julgadores foi outro, levando obviamente em consideração a necessidade de se adequar o sexo jurídico (registro civil e prenome) ao sexo já alterado bem como à sexualidade psicológica do indivíduo, evitando assim situações vexatórias, como se segue:

Ementa: RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO - TRANSEXUAL - CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO JÁ REALIZADA - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - MUDANÇA DE NOME - NECESSIDADE PARA EVITAR SITUAÇÕES VEXATÓRIAS - INEXISTÊNCIA DE INTERESSE GENÉRICO DE UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA À INTEGRAÇÃO DO TRANSEXUAL. - A força normativa da constituição deve ser vista como veículo para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que inclui o direito à mínima interferência estatal nas questões íntimas e que estão estritamente vinculadas e conectadas aos direitos da personalidade. - Na presente ação de retificação não se pode desprezar o fato de que o autor, transexual, já realizou cirurgia de transgenitalização para mudança de sexo e que a retificação de seu nome evitar-lhe-á constrangimentos e situações vexatórias. - Não se deve negar ao portador de disforia do gênero, em evidente afronta ao texto da lei fundamental, o seu direito à adequação do sexo morfológico e psicológico e a consequente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de seu nascimento. Acórdão: DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR. (MINAS GERAIS. TJ-MG - 100240577822030011 MG 1.0024.05.778220-3/001(1) (TJ-MG) Data de publicação: 07/04/2009)

Fica nítido na apelação citada a preocupação judicial com a adequação do sexo jurídico ao novo fenótipo adquirido pelo indivíduo, respeitando assim o princípio da dignidade da pessoa humana, e protegendo o indivíduo de possíveis situações vexatórias que poderiam advir de seu registro civil antigo.

Na Apelação Cível que se segue, o pedido de alteração do prenome e averbação no registro, é realizado por indivíduo que não passou ainda pela operação de redesignação sexual, pautado na fundamental importância individual e social do nome, para o indivíduo como ser humano.

APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DO NOME E AVERBAÇÃO NO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. O fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, atua como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome. por maioria,

proveram em parte. (segredo de justiça) (RIO GRANDE DO SUL. TJ-RS. Apelação Cível nº 70013909874, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Maria Berenice Dias, julgado em 05/04/2006).

O entendimento tomado pelos julgadores, foi favorável ao pedido, e pautou-se na defesa dos direitos fundamentais, e no direito à autodeterminação individual como sendo superiores ao caráter de imutabilidade do prenome.

O agravo seguinte é curioso, pois tenta atacar a decisão que impediu a perícia médica de ser realizada na residência atual do indivíduo transexual – New Jersey – por médico atuante naquela localidade.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSEXUALISMO. NECESSIDADE DE PERÍCIA MÉDICA A FIM DE POSSIBILITAR A RETIFICAÇÃO DO REGISTRO PÚBLICO. INVIABILIDADE DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA EM NEW JERSEY - ESTADOS UNIDOS, DEVENDO SER REALIZADA NA COMARCA DE ORIGEM OU EM LOCALIDADE PRÓXIMA, POR PERITO DE CONFIANÇA DO JUÍZO. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO. (Agravo de Instrumento Nº 70048958797, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 15/05/2012 (RIO GRANDE DO SUL. TJ-RS - AI: 70048958797 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 15/05/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/05/2012)

No referido caso foi mantida a decisão à qual o recurso atacava, pois foi considerado que a perícia deve de fato ser realizada por perito de confiança do julgador, na comarca de origem do processo, ou em localidade próxima a esta.

O recurso seguinte, trata novamente da alteração do registro civil em indivíduo transexual não operado, com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O entendimento que segue, conflita com o observado anteriormente.

Ementa: CONSTITUCIONAL. TRANSEXUAL. ALTERAÇÃO DO GÊNERO. REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. O transexual tem direito à alteração de gênero em seu registro civil, independentemente de cirurgia de redesignação sexual [...] 2. É o princípio constitucional da dignidade humana, que respalda o direito à alteração de nome, que embasa o direito à alteração do gênero no registro civil do transexual, independentemente de cirurgia de redesignação sexual. 3. Recurso conhecido e provido. (DISTRITO FEDERAL. TJ-DF -

20170110301755 Segredo de Justiça 0005942-03.2017.8.07.0016
(TJ-DF) Data de publicação: 02/04/2018

Os julgadores entenderam, no recurso apresentado, pela alteração do registro civil, mesmo sem a alteração do fenótipo sexual, como uma forma de respeitar o Princípio da Dignidade, entendendo, assim, ser a alteração de gênero registral, independente da operação cirúrgica de redesignação sexual.

No recurso que segue, se faz importante observar que, embora o indivíduo transexual ainda não tenha se submetido a operação de redesignação sexual, o recurso se embasa no sexo psicológico do indivíduo – que se diferencia de seu sexo biológico – para embasar o pedido de retificação do registro civil. Conforme segue:

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUAL QUE PRESERVA O FENÓTIPO MASCULINO. REQUERENTE QUE NÃO SE SUBMETEU À CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO, MAS QUE REQUER A MUDANÇA DE SEU NOME EM RAZÃO DE ADOTAR CARACTERÍSTICAS FEMININAS. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO AO SEXO PSICOLÓGICO. LAUDO PERICIAL QUE APONTOU TRANSEXUALISMO. Na hipótese dos autos, o autor pediu a retificação de seu registro civil para que possa adotar nome do gênero feminino, em razão de ser portador de transexualismo e ser reconhecido no meio social como mulher. Para conferir segurança e estabilidade às relações sociais, o nome é regido pelos princípios da imutabilidade e indisponibilidade, ainda que o seu detentor não o aprecie. Todavia, a imutabilidade do nome e dos apelidos de família não é mais tratada como regra absoluta. Tanto a lei, expressamente, como a doutrina buscando atender a outros interesses sociais mais relevantes, admitem sua alteração em algumas hipóteses. Os documentos juntados aos autos comprovam a manifestação do transexualismo e de todas as suas características, demonstrando que o requerente sofre inconciliável contrariedade pela identificação sexual masculina que tem hoje. O autor sempre agiu e se apresentou socialmente como mulher. Desde 1998 assumiu o nome de "Paula do Nascimento". Faz uso de hormônios femininos há mais de vinte e cinco anos e há vinte anos mantém união estável homoafetiva, reconhecida publicamente. Conforme laudo da perícia médico-legal realizada, a desconformidade psíquica entre o sexo biológico e o sexo psicológico decorre de transexualismo. O indivíduo tem seu sexo definido em seu registro civil com base na observação dos órgãos genitais externos, no momento do nascimento. No entanto, com o seu crescimento, podem ocorrer disparidades entre o sexo revelado e o sexo psicológico, ou seja, aquele que gostaria de ter e que entende como o que realmente deveria possuir. A cirurgia de transgenitalização não é requisito para a retificação de assento ante o seu caráter secundário. A cirurgia tem caráter complementar, visando a conformação das características e anatomia ao sexo psicológico. Portanto, tendo em vista que o sexo psicológico é aquele que dirige o comportamento social externo do indivíduo e considerando que o

requerente se sente mulher sob o ponto de vista psíquico, procedendo como se do sexo feminino fosse perante a sociedade, não há qualquer motivo para se negar a pretendida alteração registral pleiteada. A sentença, portanto, merece ser reformada para determinar a retificação no assento de nascimento do apelante para que passe a constar como "Paula do Nascimento". Sentença reformada. Recurso provido. (SÃO PAULO, TJ-SP. - APL: 00139343120118260037 SP 0013934-31.2011.8.26.0037, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 23/09/2014, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/09/2014)

Nessa apelação, a cirurgia de redesignação é apresentada como um caráter secundário. Mostrada não como um “pré-requisito”, mas sim como um complemento, que auxilia o indivíduo em sua adequação ao sexo psicológico. É interessante ressaltar que o indivíduo desse julgado se apresentava como alguém do sexo oposto já a muitos anos, e a não alteração registral apenas serviria para lhe trazer uma série de situações vexatórias. É óbvio dizer que o recurso foi provido, e o registro civil alterado.

3.5. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Recentemente, em março deste ano (2018) o Supremo Tribunal Federal se posicionou acerca da possibilidade de alteração do registro civil, mesmo sem a mudança de sexo, ou seja, a referida cirurgia de redesignação sexual.

O Supremo Tribunal, firmou o entendimento de que mesmo sem a submissão do indivíduo à operação cirúrgica de transgenitalização, é possível a alteração, tanto de gênero quanto de prenome no registro civil do indivíduo.

Tal decisão, surgiu durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, ação esta proposta pela Procuradoria Geral da República, e que buscava alterar a interpretação do Art. 58 da Lei 6.015/73, Lei de Registros Públicos, fazendo com que a mesma fosse interpretada às luzes da Constituição Federal, fazendo com que fosse assim reconhecida a possibilidade de alteração do prenome e gênero no registro civil do indivíduo, mediante averbação no registro original, independentemente de este (o indivíduo) ter ou não se submetido à cirurgia de redesignação sexual (procedimento de transgenitalização).

Por unanimidade, os ministros da Corte reconheceram o direito, bem como, em sua maioria, firmaram que para a tal alteração, não deveria ser necessária a autorização judicial. Nesse sentido, seis dos ministros entendem pela não necessidade da referida autorização, enquanto quatro dos julgadores votaram pela exigência de autorização judicial para se dar a alteração registral. Cabe ressaltar, que o ministro Dias Toffoli não votou, pois se declarou impedido de julgar a ADI por ter atuado na mesma pauta enquanto esteve na Advocacia Geral da União.

Em especial, alguns votos realizados no julgamento desta ADI tornaram-se marcos, não apenas para a comunidade de transexuais, mas para a sociedade como um todo, demonstrando um salto social, nos termos de aceitação e proteção das minorias, de uma maneira consideravelmente impactante.

Vale, academicamente, analisar alguns dos votos para melhor compreender a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal. No trecho que se segue, consta o entendimento do ministro Ricardo Lewandowski, de que a manifestação do Poder Judiciário deve ser exigida para as alterações registrais.

[...]Por tudo isso, faz-se mister dar interpretação conforme ao art. 58 da Lei 6.015/1973, com a redação dada pela Lei 9.708/1998, para reconhecer o direito à mudança de nome social e gênero dos indivíduos “trans”, independentemente de qualquer procedimento médico. Embora inegavelmente concorde com o mérito da ADI, manifestome, porém, de forma contrária ao estabelecimento de requisitos mínimos pré-estabelecidos para a mudança, tal como o prazo proposto pela Procuradoria-Geral da República. Entendo que cabe ao julgador, à luz do caso concreto e vedada qualquer forma de abordagem patologizante da questão, verificar se estão preenchidos os requisitos para a mudança. Para tanto, poderá se valer, por exemplo, de depoimentos de testemunhas que conheçam a pessoa e possam falar sobre sua autoidentificação; ou, ainda, declarações de psicólogos ou médicos, bem assim de outros meios de prova de que o interessado dispuser. Ressalto, ainda, que a abordagem da questão, do modo como proponho, não difere significativamente da forma como outras ações de mudança de nome vem sendo processadas em nosso País. [...] (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto, Ministro Lewandowski. ADI 4275, STF, 2018)

O ministro Lewandowski, após se declarar favorável ao reconhecimento do direito à mudança de prenome e gênero independentemente de qualquer

procedimento médico, se manifestou contrário à fixar-se requisitos mínimos “pré-estabelecidos” para a referida mudança, defendendo que, em seu entendimento, caberia ao julgador responsável pelo caso observar o caso concreto e reconhecer a auto identificação do indivíduo, por meio de testemunhas, ou até mesmo declarações periciais de profissionais da saúde como médicos ou psicólogos.

Por um lado, o que defende o ministro em seu voto é uma abordagem mais humana, menos rotulada, onde tenta-se retirar os estigmas do indivíduo, ao não considerar requisitos pré-estabelecidos que autorizem as alterações registrais, permitindo ao indivíduo se dirigir ao juízo com qualquer meio de prova.

Por outro lado, manter a responsabilidade da autorização de alteração sobre um julgador, acaba convergindo nos dois principais problemas que podem ser vistos atualmente nos julgados que versem acerca da alteração registral de indivíduos transexuais.

O primeiro, obviamente, é a inconsistência das decisões, que dificilmente se tornariam uniformes, haja vista que cada caso concreto seria analisado por um julgador diferente, à luz de suas experiências e vivências, sempre diferentes, gerando uma disformidade de decisões em casos idênticos – como já ocorre.

O segundo, é que manter tal decisão sobre os ombros de um julgador, sujeita o indivíduo transexual a enfrentar a morosidade do sistema judiciário nacional, o condenando, por assim dizer, a uma espera interminável, durante um período em que este permaneceria juridicamente “abandonado”. Além é claro de que manter tal decisão condicionada à figura do juiz, aumenta a carga de trabalho sobre os julgadores, o que por si só, já contribui para o aumento da morosidade do Judiciário.

Gilmar Mendes, por sua vez, se importou em salientar a importância da Autodeterminação com Direito Fundamental:

[...]Entendo, com base nos princípios da igualdade, da liberdade, de autodesenvolvimento e da não discriminação por razão de orientação sexual ou de identificação de gênero, que esta Corte tem um dever de proteção em relação às minorias discriminadas [...] A questão da

alteração de sexo no registro civil dos transgêneros ainda é novidade nesta Corte, porém o direito comparado já conta com decisões que endossam o entendimento que estamos a adotar. [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto, Ministro Gilmar Mendes. ADI 4275, STF, 2018)

Em seu voto, Gilmar Mendes lembrou que o debate acerca do registro civil dos transgêneros ainda é novo para a corte suprema, mas se apoiou em outras decisões do STF que abrangem os direitos fundamentais relacionados à sexualidade, como é o caso da decisão acerca do notório caso da união estável entre indivíduos do mesmo sexo – a união homoafetiva.

O relator Marco Aurélio mostrou em seu voto uma considerável preocupação com o direito material, ressaltando, como se segue, que a alteração registral não apaga os passos dados pelo indivíduo até o atual momento de sua vida, continuando este a ser suscetível de responsabilizações pelos atos já praticados.

[...]No campo da forma e da publicidade da mudança do registro civil, cabe acolher o pedido da Advocacia-Geral da União. A adequação do nome à identidade psicossocial de gênero não elimina o caminho trilhado até aquele momento pelo transexual. Trata-se da mesma pessoa, sendo responsável por atos praticados na situação anterior. Inexiste direito absoluto, de modo que a modificação de prenome e sexo no registro civil, embora relativa à esfera íntima, não pode ser justificativa para descontinuidade das informações registradas. É necessário resguardar o interesse público de sanar divergências ou dúvidas relativas ao estado da pessoa, consubstanciado no princípio da veracidade do registro. Isso não significa expor a constrangimentos ou preconceito. Qualquer discriminação por parte de terceiros, decorrente da condição de transgênero, será resolvida no campo da responsabilidade civil. O acesso de terceiros de boa-fé ao teor da averbação atinente à alteração do nome e do sexo deve ser, contudo, condicionado a autorização judicial, conferida em procedimento de jurisdição voluntária no qual demonstrado justo motivo para o levantamento do sigilo sobre o conteúdo da informação. [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto, Ministro Marco Aurélio. ADI 4275, STF, 2018)

Nitidamente, embora favorável ao pedido principal, o relator se preocupou no direito de terceiros de boa-fé a serem resguardados, ao proferir em seu voto que mesmo mediante a alteração registral, o transexual permanece sendo o mesmo indivíduo, de forma que o caminho que este trilhou

até este momento, não deve ser completamente eliminado, juridicamente falando.

Para o relator, embora a o sexo registral e o nome estejam relacionados à esfera íntima, estes não podem justificar a descontinuidade de informações registrada, sendo importante resguardar o interesse público, mantendo as informações anteriores à retificação do indivíduo de forma registral, se embasando, para isso, no princípio da veracidade do registro.

Marco Aurélio ainda demonstra em seu voto que resguardar tais registros não seria o mesmo que expor o indivíduo a preconceitos ou constrangimentos, já que o acesso de terceiros ao teor da própria averbação que atine a alteração do nome e sexo no registro civil, devem ser condicionadas a autorização judicial, em processo que demonstre o motivo justo que traz a necessidade de se violar o sigilo acerca de tais informações.

O ministro Celso de Melo, em seu voto, fez questão de ressaltar a importância social do julgamento desta ADI, conforme pode-se observar:

[...]Esta decisão – que torna efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que inviabilizam a busca da felicidade por parte de transgêneros vítimas de inaceitável tratamento discriminatório – não é nem pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, da mesma forma que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns, mas, sim, de toda a coletividade social. Com este julgamento, não hesito em afirmar que o Brasil dá um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, como a comunidade dos transgêneros, o que torna imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva. [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto, Ministro Celso de Melo. ADI 4275, STF, 2018)

O ministro brilhantemente ressaltou que tal decisão busca reiterar o direito à dignidade da pessoa humana, rompendo obstáculos que inviabilizam o tão importante direito à busca pela felicidade, por parte da comunidade de transgêneros, que atualmente são vítimas de um inaceitável tratamento discriminatório.

Salienta o ministro, que a decisão tomada pelo supremo, não se trata de decisão contra alguém – nem pode ser vista dessa forma – bem como não se deve ser considerada como uma decisão que favorece um grupo, mas sim, toda a coletividade, em forma de sociedade.

Celso de Mello ainda considerou a decisão tomada como um passo significativo que o Brasil dá contra o preconceito e contra a discriminação, buscando o combate aos tratamentos excludentes que vem marginalizando minorias neste país. O ministro ainda salientou que, em uma democracia, não há espaço para opressão de minorias por grupos majoritários.

Seguindo a mesma linha de pensamento, a presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Cármen Lúcia, considerou procedente a ação, fundada nos direitos fundamentais. Para a ministra, não deveria ser necessária a autorização judicial, e nem mesmo o preenchimento dos requisitos propostos.

A presidente ainda declarou que este julgamento marcou “mais um passo na caminhada pela efetivação material do princípio da igualdade, no sentido da não discriminação e do não preconceito”.

Durante seu voto, ela mencionou o basear no direito à honra, à vida privada, e à imagem. Bem como no princípio fundamental da isonomia, da liberdade e da dignidade. Acerca do registro civil, disse a ministra que “o Estado há que registrar o que a pessoa é, e não o que acha que cada um de nós deveria ser, segundo a sua conveniência”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar os entornos jurídicos, sociais e até certo ponto filosóficos que circundam a transexualidade, a alteração civil de prenome e a mudança de sexo. Assuntos que até hoje, por mais presentes que estejam em nossa sociedade, ainda são envoltos em preconceitos e mitos.

Muito além de realizar uma mera análise jurídica, o presente projeto busca reavivar a chama da discussão social, trazendo luz ao atual debate por meio do conhecimento. Conhecimento este em forma de informações, haja

vista que nenhum empasse social pode ser resolvido enquanto a própria sociedade se esconde às sombras da ignorância.

Dessa maneira, buscou-se apresentar aquilo que está além do mero estigma – ou do mero preconceito – de forma clara, objetiva, e dentro do possível, imparcial, ao toque de que este projeto se despe das crenças sociais, políticas ou filosóficas de seu idealizador, e traz a maior pureza fatídica possível naquilo em que se propões a analisar.

Para alcançar o objetivo mais amplo, a investigativa utilizou-se de pesquisa literária, caminhando por obras jurídicas e em certos momentos, não jurídicas. Consultas à legislação, análise de julgados e qualquer outro método de acesso a informações que fossem de fato relevantes ao assunto tratado.

O projeto se ateve à proposta de manter sua abordagem na forma de qualitativa, pois como ressaltado diversas vezes, o tema social que aqui foi abordado não pode ser meramente exposto na forma de números frios, como meros dados estatísticos. O que este projeto tratou necessitou de uma abordagem muito mais humanitária, interpretativa, se encaixando com perfeição no campo da subjetividade onde reside tudo aquilo que não se pode discutir simplesmente com números.

A pesquisa foi exploratória, para que pudesse proporcionar uma maior familiaridade com relação àquilo que se abordou, de modo que ao olhar “mais de perto”, se tornasse possível enxergar melhor, ampliando a visibilidade do objeto discutido, e tornando-o explícito, ao – por assim dizer – analisá-lo.

Ao observar a evolução da sexualidade, foi fácil perceber que as diferentes formas de sexualidades existem na sociedade desde sempre. Desde que o homem surgiu no mundo, a sexualidade, em suas diferentes formas, já era um fenômeno presente.

Desde desenhos pré-históricos que ressaltavam a sexualidade através do realce de órgãos genitais, e pederastia na Grécia antiga, as diferentes formas de sexualidade existiam, e com menor influência do estado na forma de agente limitador, por assim dizer. A própria Grécia, até hoje é utilizada como principal exemplo quando se busca demonstrar que diversas sociedades já tiveram a homoafetividade como algo culturalmente normal e aceitável.

Conforme foi observado, formas diferentes de se expressar a sexualidade passaram a ser reprimidas conforme foram sendo consideradas antinaturais e pecaminosas, principalmente por questões religiosas, além das meras questões sociais.

A homoafetividade já foi até mesmo considerada uma doença, o que mostra o quanto já foi significativa a repressão às manifestações de sexualidade que fugissem do padrão binário.

Foi apenas em 1974 que o rótulo de “doente” foi retirado dos homossexuais, graças ao apoio das massas e a pressão popular, exercida majoritariamente por homoafetivos, transexuais e simpatizantes. Pessoas que conhecem, ou ao menos são capazes de compreender o sofrimento causado pelo preconceito e pelos ataques de ódio injustificados que são sabidamente direcionados a estas minorias até hoje.

A história é marcada por perseguições e lutas, muitas vezes impedindo que indivíduos tutelem suas próprias vidas, suas próprias liberdades. De nada adiantaria uma liberdade nominal, se ela é limitada pelo governo ou pela sociedade. Bem como de nada adiantará os direitos protegerem a vida, ou até mesmo a felicidade, se a própria sociedade por diversas vezes se posiciona contra esses direitos.

Felizmente, o momento histórico atual é marcado por uma maior humanidade. Ser “humano” é o que faz homens e mulheres poderem compreender um ao outro, mesmo que tendo vivências totalmente diferentes. Tal empatia, é o que possibilita que se compreenda a dor do outro, mesmo que não compartilhe nada em comum com este. Talvez seja essa humanidade que vem trazendo a sociedade em uma evolução constante quando o termo é a aceitação e combate ao preconceito.

Conforme visto, não foi apenas a sociedade que evoluiu, mas também os direitos, lembrando que desde o surgimento dos direitos fundamentais, estes já tutelam mesmo que minimamente a liberdade sexual.

Ao longo desta evolução, foi garantida a liberdade sexual como um direito individual, que não pode ser tutelado pelo Estado, cabendo a este ser

auto tutelado pelo próprio indivíduo. Dessa forma nenhum Estado Democrático deveria intervir duramente em tais liberdades individuais.

Ao par disso, e prosseguindo nessa linha, foi garantido às minorias também pela evolução dos direitos fundamentais, a proteção estatal contra as desigualdades, haja vista que grupos frágeis da sociedade, bem como qualquer minoria, podem ser consideradas vítimas fáceis de preconceitos e injustiças por sua fragilidade com relação à massa.

Tais direitos, ao buscar tutelar a totalidade dos indivíduos, tenta construir algo que possa ultrapassar uma titularidade meramente singular de direitos, e abranger o coletivo, tentando trazer igualdade ao tutelar e proteger humanos como um todo.

Ao que se refere a direitos fundamentais, foi abordado o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e pode se constatar que o mesmo visa ser o mais abrangente possível, protegendo todos aqueles que dele dependam, bem como deve este ser tratado como uma norma suprema dentro dos próprios direitos fundamentais.

Todo indivíduo possui necessidades fundamentais que devem ser atendidas para que ele possa não apenas sobreviver, mas viver mantendo sua dignidade. Assim sendo, a possibilidade de autodeterminar a própria vida, pode ser perfeitamente vista como uma manifestação do próprio direito à dignidade humana.

Tal direito à autotutela, como manifestação do direito a Dignidade da Pessoa Humana, naturalmente depende do indispensável respeito da sociedade de maneira geral, e não apenas do Estado. Como já dito, tal direito seria inexaurível, visto que é incapaz de chegar ao topo de sua satisfação, de forma que se mantém a clamar por ampliação.

E é através desse raciocínio, que pôde-se analisar o Princípio da Igualdade, e sua relação com a livre orientação sexual. A interpretação ampla deste direito, alcança claramente o âmbito liberdade sexual, bem como traz importantes preceitos que vetam qualquer tipo de discriminação sexual.

No que tange a igualdade e sua proibição ao próprio ato discriminatório contra outro ser humano por suas diferenças, como sua orientação sexual, ou a

forma de manifestar sua sexualidade, tais atos (discriminatórios) são duramente vetados pelo próprio artigo 5º da Constituição Federal Brasileira.

A Igualdade, como visto, resguarda a qualquer indivíduo o direito de não ser discriminado por suas particularidades ou por sua intimidade. Tal princípio, é responsável pelo tratamento isonômico que o Estado deve conferir aos indivíduos, lhes fornecendo o já explorado direito de auto tutelar suas próprias vidas, ao menos em caráter íntimo, guiados por seus próprios interesses, e não limitados pelos de outrem.

Dessa maneira, homoafetivos, bissexuais e transexuais tem os mesmos direitos ao de qualquer indivíduo heteroafetivo, por assim dizer, sendo plenamente condenável socialmente qualquer atitude de preconceito dirigido a estes por suas características, ao tom de que perante a lei, todos são idênticos.

Dito isto, pode-se ver que relações homoafetivas e heteroafetivas eram juridicamente tuteladas de formas distintas, principalmente no que se referia a união estável ou casamento, ou até mesmo qual seria o juizado responsável por analisar as uniões homoafetivas, entre o juizado cível ou o juizado especial da família.

Posteriormente, ao julgar assuntos inerentes a própria união estável homoafetiva, o próprio Supremo Tribunal Federal veio a posicionar seu entendimento no sentido de que a livre orientação sexual advém do já referido princípio da dignidade da pessoa humana, aliado ao Direito Constitucional à Busca pela Felicidade.

Este último, por sua vez, já reconhecido em nosso ordenamento jurídico. A busca pela felicidade, considera-se um direito tanto individual como coletivo, afinal nada mais humano do que se buscar a felicidade.

É amparando-se no referido direito à busca pela felicidade que diversos tribunais vêm adotando posicionamentos que visam proteger os direitos de indivíduos homoafetivos e transexuais.

Tais tribunais vem reconhecendo o direito a auto tutela e o direito à livre orientação sexual, bem como trazem em seu entendimento que o indivíduo, naquilo que tange a sexualidade, deve seguir suas próprias necessidades e

anseios, na busca pelo seu próprio conceito individual de felicidade, para então alcançar-se a satisfação social e pessoal do indivíduo.

Ainda sobre os direitos fundamentais, foi visto que a igualdade e a liberdade são tidos como princípios basilares dos direitos humanos, de forma que nos possibilitam enxergar o já claro direito que cada indivíduo possui de guiar sua própria vida de forma livre, seguindo suas vontades e particularidades, conforme já muito bem frisado aqui.

Como visto, por diversas vezes tenta-se secundarizar discussões sobre questões de inescusável relevância social, como assuntos que se refiram a liberdade individual, ou até mesmo a liberdade sexual. Tais tentativas partem sempre de pessoas que não visualizam a relevância social de tais assuntos, seja por convicções políticas ou religiosas.

Pouco ou nada importando os motivos que levam a isso, tais atitudes poderiam tornar-se intensamente maléficas para uma sociedade, visto que essa poderia vir a prender-se na preguiça de debater, fugindo de discussões que são essenciais para sua evolução.

Felizmente, nossa sociedade vem debatendo de forma calorosa tais assuntos, tanto dentro do âmbito jurídico quanto fora deste. Tal debate é essencial, pois a participação social é quase sempre o ponto de partida para a evolução.

Durante o presente projeto, debateu-se também a fixação de sexo no ordenamento jurídico brasileiro. Dentro do referido debate, foi possível constatar que via de regra, o registro civil possui, no nome e no sexo registral, o caráter de imutabilidade. Imutabilidade esta que atualmente vem se tornando controversa, haja vista os casos em que a mesma precisa vir a ser alterada por meio de ação judicial, para resguardar o direito de determinado indivíduo.

Tal imutabilidade, já vem sendo questionada por diversos estudiosos jurídicos, que apontam que a anotação de sexo no registro de nascimento é feita em um período curto demais para adquirir um caráter tão severo. Esta opinião comumente se pauta no fato de que a sexualidade psicológica não é levada em consideração no momento da anotação (até porquê não seria

possível) e de que a forma de verificação de sexo é muito rasa, podendo esconder, assim, casos de intersexualismo, por exemplo.

A verificação de sexo é realizada de maneira visual, analisando-se os órgãos genitais visuais externos do indivíduo. Quando estes são compatíveis com os cromossomos e com as gônadas, este seria o sexo biológico do indivíduo (o que por si só dificilmente justificaria o severo caráter de imutabilidade). Conforme visto, o sexo biológico não define o sexo psicológico de um indivíduo, bem como não define sua identidade, ou seja, a forma que este se auto identifica, ou se enxerga em seu âmago.

A opinião majoritária atual, é de que seria relevante socialmente a relativização do atual caráter imutável do registro civil. Estudos sociais e psicológicos já demonstraram que o sexo biológico é apenas um dos tantos fatores que colaboram com a formação individual da sexualidade psicossocial de um indivíduo.

Embora nossa legislação atual permita efetivamente a alteração do nome registral em alguns casos, tal relativização ainda não existe no que tange o sexo registral. Não há absolutamente nenhuma lei atualmente estabelecendo alguma possibilidade de mudança do sexo registral, sendo tal alteração até o presente momento impossível sem a necessidade do ajuizamento de uma ação.

Conforme visto, juízes e tribunais de todo o Brasil, vêm suprindo a ausência legislativa, ao analisar casos concretos, e relativizar os registros judicialmente quando consideram tal medida necessária. No entanto, é inquestionável que o que não existe no judiciário atualmente é necessária celeridade. Tal carência, dificulta significativamente o processo, haja vista que nos casos em questão, a tal agilidade poderia ser essencial para reduzir a carga de sofrimento de determinado indivíduo.

Sobre a alteração do sexo aparente, a operação de redesignação sexual, conforme demonstrado é oferecida unicamente pelo Sistema Único de Saúde desde 2008, junto de um longo procedimento denominado “Processo Transexualizador”.

Tal processo é composto por etapas que visam resguardar a saúde física e também psicológica do indivíduo que se submete a ele, como o acompanhamento de médicos, e profissionais da saúde mental, por longo período antes de o indivíduo de fato se submeter a operação de redesignação sexual.

Embora tenha à época ocorrido grande discussão quanto as prioridades do Sistema Único de Saúde, é notável que se trata de uma responsabilidade do próprio poder público resguardar a cidadania de todo e qualquer indivíduo, não podendo se diferir neste caso o indivíduo transexual, que também deve ter sua cidadania tutelada e resguardada, modo pelo qual a medida adotada de oferecimento do processo transexualizador pode ser vista como uma ação concreta tomada pelo governo que visa a eliminação dos sofrimentos psicológicos que advém da condição de transexualidade.

Seria lógico, conforme já demonstrado, que sendo o processo de transexualização um longo procedimento repleto de etapas, uma dessas etapas fosse a alteração do nome e sexo registral, para que o processo de transformação do transexual começasse, e efetivamente terminasse com ele plenamente transformado e adaptado ao seu novo fenótipo.

Entretanto, por nada dizer a legislação acerca da alteração registral no caso em pauta, após se submeter a um longo processo de adequação física que se finda com a operação de transexualização, o indivíduo já operado e com o fenótipo adequado à sua sexualidade psicológica, se depara com a dificuldade jurídica de alterar seu registro civil, carecendo de ingressar com ação judicial solicitando a alteração, passando a estar sujeito à análise de um julgador, e refém da morosidade judiciária.

Dessa maneira, resta evidente que o país carece de atualização legal que abranja esses casos, podendo oferecer uma maior celeridade ao indivíduo transexual na alteração de seu registro, bem como desafogar o poder judiciário, que atualmente é responsável por resolver individualmente cada ação de alteração registral por transexualidade.

Ao verificar a jurisprudência, é possível perceber que o posicionamento pende nitidamente para a alteração registral de nome e sexo, mesmo que o

indivíduo ainda não tenha se submetido a cirurgia de redesignação. No entanto, falta uniformidade nas decisões. Mesmo obviamente sendo de suma importância analisar-se o caso concreto, diversos casos de extrema semelhança vêm a ter sentenças diferentes, gerando por alguns indivíduos a possível sensação de injustiça.

As decisões favoráveis em sua totalidade se pautam nos princípios e direitos aqui apresentados, com o princípio da igualdade, o princípio da dignidade, o direito à busca pela felicidade e principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, que conforme vimos, fundamenta a alteração registral de prenome e sexo pelo direito ao respeito e dignidade do indivíduo.

Conforme observado, acerca desse tema o Supremo Tribunal Federal se manifestou nesse mesmo ano, 2018. A discussão se ateve na possibilidade de alteração do registro civil mesmo sem o indivíduo ter se submetido à operação de redesignação sexual, quando efetivamente se alteraria seu fenótipo.

Nos votos, houveram divergências acerca da necessidade de participação do poder judiciário no processo ou não, bem como dos pré-requisitos que deveriam ou não ser necessários para uma possível alteração sem a necessidade de procedimento judicial.

O direito de alteração registral de nome e sexo por transexuais, no entanto, foi uma unanimidade para o tribunal, que o reconheceu prontamente, com votos favoráveis de todos os seus ministros.

Houve também, por parte do Supremo Tribunal Federal, a preocupação de resguardar os direitos de terceiros de boa-fé, salientando que a alteração de prenome e sexo no registro de nascimento, de maneira nenhuma deva efetivamente apagar o caminho já trilhado por este indivíduo, de forma que seja possível, juridicamente falando, a identificação de seu passado civil por meio de ressalva anotada em seu registro de nascimento. Dessa maneira, embora o nome e o sexo registral estejam relacionados à esfera íntima, a alteração destes não justifica a completa descontinuidade das informações registrais. Tal ressalva registral, obviamente, não seria pública, e seu sigilo apenas poderia ser afastado em juízo, mediante plausível necessidade e justificativa.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, conforme dito pelos próprios ministros que integram o STF, se torna um marco social na evolução e na aplicação de direitos e princípios tão importantes em nosso ordenamento, aplicados nesta decisão à proteção de uma minoria atualmente frágil, se tornando assim um marco no combate ao preconceito, e na luta pela igualdade social.

Por fim, muito além de qualquer divergência doutrinária, cultural ou social, e também muito além de qualquer binariedade, homens e mulheres, homoafetivos, bissexuais e transexuais, são humanos. Muito mais do que meramente pertencer a mesma espécie, são indivíduos únicos em suas particularidades e em suas peculiaridades, pessoas, para si mesmas e para a sociedade. A discriminação que ataca a sexualidade, é tão nociva quando a que ataca a cor ou a religiosidade. Tal abominação – a discriminação – deve ser combatida em qualquer instância em que esteja, bem como em qualquer grau em que se demonstre, pois o direito à identidade pessoal, é por diversas vezes um dos mais complexos requisitos na própria busca filosófica pela felicidade, e como tal, deve ser protegido.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. A dignidade da pessoa e os direitos econômicos, sociais e culturais: uma aproximação latino-americana. Revista e direito privado. Ano 5, n. 20, São Paulo, 2004.

AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 6. ed, São Paulo: Renovar, 2006. 248p

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 de abril de 2018.

BRASIL. Lei n. 11.340 de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso em: 7 de abril de 2018.

BRASIL. Lei n. 4.375 de 17 de agosto de 1964. Lei do Serviço Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4375.htm> Acesso em: 5 de abril de 2018.

BRASIL. Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015original.htm> Acesso em: 11 de maio de 2018.

BRASIL. Portaria n. 1.707 de 18 de agosto de 2008. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html> Acesso em: 10 de maio de 2018.

BRASIL. Portaria n. 2.803 de 19 de novembro de 2013. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html> Acesso em: 17 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4275 Julgamento em: 01 de março de 2018 Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-min-lewandowski-registro-civil.pdf>> Acesso em: 20 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4275 Julgamento em: 01 de março de 2018 Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoMMA.pdf>> Acesso em: 20 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4275 Julgamento em: 01 de março de 2018 Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275DFVotodoMin.CelsodeMello.pdf>> Acesso em: 20 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4275 Julgamento em: 01 de março de 2018 Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4275VotoGMTransgeneros.pdf>> Acesso em: 20 de maio de 2018.

CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do “fenômeno transexual”. Revista Brasileira de História, v.21, n. 41, 2001.

DA SILVA, Flávia Martins André. Direitos Fundamentais. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>> Acesso em: 27 de março 2018.

DIAS, Maria Berenice. Liberdade sexual e direitos humanos. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=24>> Acesso em: 07 de março de 2018.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. v 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade. 3 vols. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

HUMILDES, Joildo Souza dos. Transexualismo e Direito: possibilidades e limites jurídicos de uma nova identidade sexual. Boletim jurídico n. 261. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1946>>, acesso em 10 de novembro de 2017.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 10. ed. São Paulo: Editora Método, 2006.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. Dignidade da Pessoa Humana: princípio constitucional fundamental. Curitiba. Juruá, 2006.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TAYLOR, Charles. A construção da identidade moderna. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997.