PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

LEANDRO REINALDO DA CUNHA

IDENTIDADE E REDESIGNAÇÃO DE GÊNERO: ASPECTOS DA PERSONALIDADE, DA FAMÍLIA E DA RESPONSABILIDADE CIVIL

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

LEANDRO REINALDO DA CUNHA

IDENTIDADE E REDESIGNAÇÃO DE GÊNERO: ASPECTOS DA PERSONALIDADE, DA FAMÍLIA E DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Civil Comparado, sob a orientação da Professora Doutora Maria Helena Diniz.

SÃO PAULO
2014

Ficha Catalográfica

Biblioteca de Dissertações e Teses da PUC-SP

Cunha, Leandro Reinaldo da.

Identidade e redesignação de gênero: aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil./ Leandro Reinaldo da Cunha. São Paulo: PUC-SP, 2014.

Orientadora: Prof.ª Drª Maria Helena Diniz

Tese (Doutorado) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito: Direito Civil Comparado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

1. Identidade de gênero 2. Dignidade da pessoa humana 3. Direitos da personalidade 4. Sexualidade

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese por processo de fotocopiadoras ou eletrônico.

Assinatura: _____ Local e data:

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família. Meu lastro, minha base, meio esteio, meu norte, meu parâmetro. Meu tudo.

AGRADECIMENTO

A Deus por ter me possibilitado chegar até aqui, com força e sapiência, forte para suportar todos os desafios da vida, sem nunca pensar em desistir.

A minha família. Palavras nunca serão suficientes para expressão minha gratidão.

A todos os professores que passaram por minha vida acadêmica, ciente que com maior ou menor participação, cada qual, à sua forma, contribuiu para minha formação.

A minha orientadora, Professora Maria Helena Diniz, a quem agradeço profundamente pela atenção e carinho com que me acolheu. Um ícone do direito, detentora de uma humildade e respeito sem paralelo e de quem sou um eterno fã e discípulo.

A todos os meus alunos, pois apenas graças a eles foi possível o desenvolvimento contínuo e constante do raciocínio jurídico, ante aos inúmeros questionamentos apresentados durante estes anos de docência.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo pela oportunidade de trabalhar minha tese dentro dos limites desta casa, em especial aos Professores Paulo de Barros Carvalho e Wagner Balera, Coordenadores da Pós Graduação em Direito no período em que esta tese foi elaborada.

Aos funcionários da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em especial aos da secretária de pós-graduação em direito, e mais especialmente ainda, ao amigo Rui de Oliveira Domingos, sempre atencioso e pronto a auxiliar nos pedidos acadêmicos apresentados.

Aos Professores Vladmir Oliveira da Silveira, Ricardo Hasson Sayeg, Marcelo Benacchio e Roberto Senise Lisboa, que, nos poucos contatos que pudemos ter sempre se mostraram inspiradores, oferecendo suporte e uma amizade que levarei na minha memória.

Agradeço a CAPES por ter confiado no meu projeto e concedido à bolsa que viabilizou o desenvolvimento desta tese.

À Professora Terezinha de Oliveira Domingos. Pessoa sem igual, companheira, que sempre acreditou no meu potencial e possibilitou que este sonho se tornasse realidade. A você devo mais do que um agradecimento. Devo a minha gratidão eterna. Muito obrigado.

“Rights are won only by those who make their voices heard”

Harvey Milk - *The Harvey Milk Interviews: In His Own Words*

SUMÁRIO

NOTA DO AUTOR 14

1 SEXUALIDADE 18

1.1 Normalidade e sexualidade 25

1.2 Identidade de gênero como forma de identificação sexual 31

1.3 Sexo e suas espécies 35

1.4 Gênero 40

1.4.1 Intersexualidade 44

1.4.2 Transexualidade 48

1.5 Orientação Sexual 56

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SEXUALIDADE 64

2.1 Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana 66

2.2 Princípio da igualdade 76

3 SEXUALIDADE E IDENTIDADE DE GÊNERO COMO DIREITOS HUMANOS 87

4 NORMAS ALUSIVAS AO GÊNERO 105

4.1 Programa Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH-3) 112

4.2 Legislação vigente e identidade de gênero 118

4.3 Reconhecimento da identidade de gênero e homologação de sentença estrangeira 121

4.4 Ausência de norma específica sobre as questões de gênero 123

5 REDESIGNAÇÃO SEXUAL 130

5.1 Notas preliminares 130

5.2 Adequação sexual do intersexual 130

5.3 O processo de transgenitalização do transexual 135

5.4 Redesignação sexual e suas consequências segundo a visão alienígena 144

6 IDENTIDADE DE GÊNERO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE 167

6.1 Redesignação sexual como requisito para o reconhecimento dos direitos da personalidade 168

6.2 Identidade de gênero como parte integrante dos direitos da personalidade .. 171

7 ELEMENTOS DE IDENTIFICAÇÃO DA PESSOA NATURAL COMO DIREITOS DA PERSONALIDADE 188

7.1 Nome como expressão da identidade de gênero 192

7.2 A adequada consignação da identidade de gênero nos documentos de identificação 202

7.3 Reconhecimento da identidade de gênero: momento do pleito da adequação documental 210

7.4 Ausência de necessidade da indicação do sexo nos documentos de identificação pessoal 214

8 IDENTIDADE DE GÊNERO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO DE FAMÍLIA .. 219

8.1 Diversidade de sexo como requisito para o casamento e união estável 224

8.2 Casamento ou união estável do intersexual sob o prisma dos direitos da personalidade 238

8.3 Casamento ou união estável do transexual e os direitos da personalidade ... 243

8.3.1 Adequação de sexo e sua relação com o estado civil 254

8.4 Poder familiar e guarda após a adequação do gênero 267

8.5 Parentesco sob a ótica dos direitos da personalidade 272

8.5.1 Filiação e as consequências do reconhecimento da identidade de gênero como direito da personalidade 273

8.5.1.1 Alienação parental decorrente da adequação de gênero e a dignidade da pessoa humana 276

8.5.1.2 Maus tratos, abandono afetivo e *bullying* familiar decorrente da identidade de gênero dissonante constatada em crianças e adolescentes 280

8.5.1.3 Direto à identidade parental dos filhos de transexuais 285

8.5.1.4 O direito à procriação e à doação de material genético por parte do transexual como direito da personalidade 288

8.5.2 Adoção e identidade de gênero sob a perspectiva dos direitos da personalidade 296

9 QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS PROBLEMAS ALUSIVOS À IDENTIDADE DE GÊNERO 302

9.1 A intervenção cirúrgica redesignatória e suas consequências na personalidade 307

9.2 Consequências do equívoco na identificação e registro do intersexual como ofensa aos direitos da personalidade 310

9.3 Erro na indicação da realização do processo de adequação de gênero e os direitos da personalidade 314

9.4 O atentado aos direitos da personalidade ante a demora na realização do tratamento do transexual e do intersexual 317

9.5 Responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa 324

9.6 Redesignação na constância do casamento/união estável ou a sua descoberta como ofensa aos direitos da personalidade 328

9.7 Tratamento discriminatório, sua origem e a ofensa à personalidade 333

10 SUGESTÃO DE LEGE FERENDA 345

CONCLUSÃO 352

BIBLIOGRAFIA 360

REFERÊNCIA FILMOGRÁFICA 385

APÊNDICES 387

ANEXO I 388

ANEXO II 427

ANEXO III 430

ANEXO IV 433

ANEXO V 440

ANEXO VI 462
ANEXO VII 475
ANEXO VIII 479
ANEXO IX 500
ANEXO X 503

RESUMO

A presente tese tem por escopo uma apreciação ampla da figura do gênero no âmbito no direito civil brasileiro, com o direito comparado como pano de fundo, buscando uma análise dos parâmetros sociais vigentes e da atenção dada pelo ordenamento jurídico ao tema, com o objetivo final de configurar a identidade de gênero como um direito da personalidade relegado pelo Estado, bem como as consequências desta atitude.

Inicialmente é necessário apresentar alguns pontos acerca da sexualidade e da identidade de gênero, fixando critérios para a compreensão do tema a fim de que não se incorra no equívoco de tratar coisas diferentes de forma igual, nem mesmo de se equiparar situações manifestamente distintas, passando, a seguir, pela compreensão dos princípios constitucionais que sustentam a questão proposta.

Uma análise mais acurada mostra que a identidade de gênero, é tema amplamente ignorado pelo ordenamento jurídico vigente, havendo, contudo, parcos regramentos de amplitude reduzida e inúmeros projetos buscando de alguma forma tratar da questão da identidade de gênero como forma de direito da personalidade sem encaminhamento no Congresso Nacional, revelando um manifesto atraso do nosso país, pois o tema já se apresenta positivado na legislação alienígena desde meados do século XX.

O tratamento dispensado no ordenamento pátrio à identidade de gênero confere ao transexual e ao intersexual uma condição de marginalização atroz, impedindo que este grupo social possa viver na plenitude a sua cidadania, em expressa ofensa aos preceitos inerentes ao Estado Democrático de Direito vigente, atingindo frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana e, ato contínuo, aos elementos vinculados aos direitos da personalidade.

Garantir a todos condições plenas de uma vida digna em sociedade, livre de preconceitos e discriminações, respeitando os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, como também os critérios regulamentados em tratados e declarações internacionais de direitos humanos é dever de todo Estado que tenha a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos. A leniência do Estado em garantir o respeito ao ser humano com todas as suas características e idiossincrasias é uma grave omissão que não pode mais se perpetuar.

Palavras-chave: Identidade de gênero; Dignidade da pessoa humana; Direitos da personalidade; Sexualidade.

ABSTRACT

This thesis pursuit a wide appreciation about gender figure in brazilian civil law, based in comparative law, searching a review of current social parameters and the attention that legal system gives to the theme, with the ultimate objective to configure gender identity like a right of personality relegated by State, as like the consequences of this attitude.

At first it's necessary to show some points about sexuality and gender identity, setting understanding criteria about theme to avoid misunderstandings of treating different things like equal, as well as equate absolutely distinct situations, passing, further, to constitutional principles's comprehension that support the proposition.

A more accurate analysis shows that gender identity is a widely overlooked issue by the atual legal system, however it had scarce regulations with low amplitude and lots of law projects that recognize gender identity like right of personality stationary in national Congress, revealing a manifested delay of our country, because the theme is already written in the foreign legislation since the mid-twentieth century.

The treatment given in national legal system to gender identity confers to transgender and to intersexual a huge marginalization condition, hindering that this social group can live fully its citizenship, in an evident attack to commandment inherent of the Democratic Law State, hitting frontally human dignity principle, as so rights personality's elements.

Garantee to everyone all conditions to a dignity life in society, with no bias and discrimination, respecting fundamental rights stated in Federal Constitution, as well the criteria regulamented in international agreements and declarations of human righs is a obligation of all State that have the human dignity as one of your basis. State's delay to garantee respect to human being with all of your characteristics and idiosyncrasies are a serius omission that cannot perpetuate itself.

Key words: Gender identity, Human personality, Rights of personality; Sexuality.

RÉSUMÉ

La présent thèse a pour objectif d’analyser amplement la figure du genre dans le droit civil brésilien, aussi bien quant au droit comparé comme toile de fond, pour réaliser une investigation sur les paramètres sociaux en vigueur et l'attention donnés par le règlement normatif sur le thème, dans le but ultime de définir l'identité de genre comme un droit de la personnalité négligé par l'État en tant que les conséquences de cette attitude.

Au départ, il est nécessaire de présenter quelques points sur la sexualité et l'identité de genre, de manière à établir des critères pour la compréhension de l'objet afin de ne pas commettre l’erreur de traiter des choses différentes de la même façon, ni même équiparer situations manifestement distingués, en passant, ci-dessous, par la compréhension des principes constitutionnels à soutenir la question proposée.

Une analyse plus approfondie montre que l'identité sexuelle est un thème largement ignoré par le règlement normatif en vigueur, en ayant cependant quelques modestes réglementations d’ampleur réduit et des nombreux projets visant à répondre, d'une certaine manière, à la question de l'identité de genre comme une forme de droit de la personnalité sans renvoi au Congrès National, révélant un manifeste retard de notre pays, parce que le thème est déjà présent dans la législation étrangère positivée depuis le milieu du XXe siècle.

Le traitement dispensé par le règlement normatif à l'identité de genre donne au transsexuel et intersexué une condition de marginalisation atroce, à empêcher que ce groupe social puisse vivre dans la plénitude de leur citoyenneté, ce quoi constitue une directe offense aux préceptes inhérents à l’idée d’État Démocratique de droit en viguer, en atteignant frontalement le principe de la dignité humaine et, immédiatement, les éléments liés aux droits de la personnalité.

Garantir a tous les conditions intégrales d'une vie digne dans la société, libre de préjugés et de la discrimination, en respectant les droits fondamentaux inscrit dans la Constitution Fédérale, ainsi que les critères établis dans les Traités et les Déclarations internationaux des droits de l'homme est un devoir de toutes les États qui ont la dignité de la personne humaine comme un de ses fondements. La condescendance de l'Etat en assurer le respect de l'être humain avec toutes ses caractéristiques et ses idiosyncrasies est une omission grave qui ne peut être perpétué.

Mots-clés: identité de genre; dignité humaine; droit de la personnalité; sexualité.

NOTA DO AUTOR

Os relatos mais antigos dos agrupamentos humanos apresentam a distinção das pessoas considerando aspectos sexuais como uma realidade, fixando-se desde os tempos mais remotos uma dicotomia entre homens e mulheres, com a indicação de atividades e condutas adequadas a cada grupo, considerando o espaço geográfico e o momento histórico.

Estas características vinculadas a um ou outro grupo, portanto, passaram por inúmeras mudanças nas mais diversas sociedades, apresentando incontáveis alterações e revelando a sua fixação conforme a realidade social que circunda cada agrupamento humano, cumprindo ao ordenamento jurídico adequar-se a esta realidade, seguindo a evolução da sociedade e a ela se amoldando, como objetivo de efetivar-se como regramento que efetivamente atenda aos anseios daqueles que a ele se submetem.

As mudanças estruturais das sociedades decorrem de descobertas científicas, interpretações contemporâneas dos fatos, revogação de dogmas e criação de perspectivas outrora inexistentes, fazendo com que se estabeleçam novas realidades sociais a serem resguardadas pela legislação. Um dos mais fortes motores da evolução social é o tempo, não sendo possível a manutenção de conceitos e normas que não mais se identificam, e que se sustentam apenas para a perpetuação de uma tradição ou como clara expressão de segregação.

Conceitos impostos, certezas universais, pensamentos sustentados como certos já ruíram inúmeras vezes no decorrer dos séculos, demonstrando que as evidências sociais e científicas sempre vão se sobrepor aos preconceitos, demore

mais ou menos tempo, não sendo admissível que a resistência em aceitar as mudanças venha a servir como uma ferramenta de fomento à discriminação.

Neste sentido é de se afirmar que a questão da identidade de gênero encontra-se, na atualidade, em uma fase de transição, vez que é uma realidade social inconteste que ainda não conseguiu se fixar como um tema revestido do efetivo respaldo legislativo. A apreciação do gênero já apresenta considerável importância nas discussões acerca da igualdade, tendo sido superado o período em que a mulher era vista como um ser humano inferior ao homem, desprovida de força intelectual para realizar dados atos que tidos como uma prerrogativa exclusiva dos homens.

Felizmente é possível se dizer que esta discrepância, se já não está superada, caminha a passos largos para ser efetivamente erradicada, colocando fim a primeira fase da luta pelos direitos de gênero, que é a igualdade plena de direitos e deveres entre homens e mulheres. Contudo a luta pela igualdade de gênero está bastante longe de ser questão do passado, vez que apenas a figura mais óbvia se encontra devidamente combatida, no que se pode nomear como uma questão de primeira geração quanto ao gênero ou sexualidade.

Uma segunda frente de batalha já está estabelecida de algum tempo com a luta pelos direitos da sexualidade, o que envolve diretamente a questão da identidade de gênero e da orientação sexual. Nossa legislação é claramente criada sob uma perspectiva heterossexual, a heteronormatividade, vez que está totalmente baseada na perspectiva da pseudomoralidade da heterossexualidade, e consequentemente se mostra refratária a toda e qualquer situação que fuja a esta regra.

Os tribunais já vêm se mostrando contrários a esta concepção, como se vê no posicionamento do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, julgado que reconheceu a união homossexual estável e que se reveste força de súmula vinculante e eficácia *erga omnes*. As conquistas dos homossexuais já são claras e presentes na sociedade brasileira, no que pode ser considerado como uma segunda geração de conquistas dentro da seara da igualdade de gênero.

A esta segunda geração de conquistas segue uma terceira, que começa a ganhar força e repercussão, que está vinculada à identidade de gênero, a qual é tida como a próxima batalha a ser desenvolvida no campo dos direitos civis, como sustenta a revista Time. Entender a realidade social e buscar atender às necessidades de todos os indivíduos que compõem a sociedade não é uma atividade extraordinária do Estado, mas sim um fim ordinário, precípuo e elementar.

No âmbito da identidade de gênero surgem as figuras da intersexualidade e da transexualidade, realidades sociais presentes na humanidade desde sempre, não sendo uma novidade do século XXI. O respeito à realidade vivenciada por este grupo social é situação que passa necessariamente pela perspectiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade. Não se pode conceber uma sociedade civilizada, fraterna, humanitária e garantidora dos direitos dos cidadãos que os diferencie por características sexuais físicas, identidade de gênero, ou pela orientação sexual.

A oposição de parcela da sociedade aos pleitos formulados por estas minorias não apresenta qualquer sustentação, lastreando-se apenas no fato de que a efetivação dos direitos da personalidade destas pessoas não seria correto ou atenderiam a interesses antinaturais, sem que apresentem fundamentos reais para os posicionamentos adotados. O respeito aos direitos inerentes à personalidade de

transexuais e intersexuais em nada interferirá nos direitos do restante da sociedade, contudo se encontra uma forte resistência de determinados setores quanto ao tema.

Incompreensível que o que se passa na vida sexual de cada pessoa, aspecto eminentemente particular e íntimo, possa ter tanta relevância e gerar tamanho interesse alheio, a ponto de o Estado impor um conceito de normalidade que se não for atendido priva o cidadão de direitos e garantias.

Nota-se que aqueles que se encontram inseridos no padrão do que se denomina de “normalidade” se assenhoram da prerrogativa de impor à sociedade o seu modo de agir e viver, imbuindo-se de poderes de impedir ou questionar as necessidades e anseios dos que se encontram fora daquele padrão estabelecido, em patente desrespeito aos parâmetros da isonomia, dignidade da pessoa humana e até mesmo dos valores supremos de “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, como preconizado no preâmbulo do texto constitucional.

O reconhecimento da identidade de gênero como um direito da personalidade é condição *sine qua non* para o real estabelecimento de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, já que o respeito às minorias se mostra como pilar elementar de sua existência, e a leniência do Estado em viabilizar tal situação é uma afronta a toda a humanidade.

São Paulo, 18 de setembro de 2014.

Leandro Reinaldo da Cunha

1 SEXUALIDADE

A sexualidade de cada ser humano revela-se como um dos elementos mais nucleares de sua essência, caracterizando-se como componente inerente da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, com conexões que vão além dos aspectos mais corriqueiros, permeando toda a existência do sujeito. Tratando o tema tendo como marcos teóricos Michel Foucault, Judith Butler e Alexandre Saadeh, é necessário se fixar alguns parâmetros relevantes para sua perfeita compreensão.

A sexualidade reveste-se de uma concepção mais ampla do que o sexo, já que abrange toda sorte de manifestação de instinto sexual, bem como normas de cunho social, jurídico, religioso, moral[1]. Pode-se entender que sexo é conceito que está vinculado a um elemento de cunho biológico, ou mesmo ao ato sexual, sendo a sexualidade entendimento de abrangência mais ampla, atingindo não só aspectos biológicos e genéticos, mas estendendo sua compreensão aos sentimentos e interações interpessoais[2].

O sexo como elemento de identificação da pessoa natural é fator de distinção entre as pessoas, sendo até mesmo retratado nos textos bíblicos, onde, no mais das vezes, a indicação tem o fulcro de conduzir a mulher a uma condição de submissão em relação ao homem[3].

---

[1] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 44.

[2] Jonas Alves da Silva Júnior. Uma explosão de cores: Sexo, sexualidade, gênero e diversidade, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*. Brasília: Consulex, 2012, p. 13.

[3] Em Colossenses (3, 18) determina-se que as mulheres devem ser sujeitas ou submissas (dependendo da tradução) aos seus maridos, por exemplo.

Numa perspectiva mais direta, pode-se considerar que a expressão sexo atende a um contexto físico ou genético que separa homens de mulheres, enquanto a sexualidade está mais afeita às manifestações do instinto sexual, mais afeitas a um âmbito sócio jurídico, com forte influência religiosa[4].

Importante notar-se que a expressão sexo é polissemântica, podendo referir-se não só é às características indicativas de gênero da pessoa, dividindo os seres entre o grupo masculino e o feminino, como também é usada para a ideia da prática do ato sexual em si, fato que dá ensejo a alguns equívocos de compreensão e extensão do termo.

No sentido da prática do ato sexual, a percepção do sexo passou por uma grande mutação durante os tempos com a introdução da perspectiva do ato como um meio de prazer, uma revolução na compreensão e discussão da sexualidade[5], em contraposição à visão clássica do ato sexual apenas como meio de procriação.

Num contexto histórico é possível asseverar que o cristianismo sempre associou o ato sexual, quanto ao seu valor, “ao mal, ao pecado, à queda, à morte”, fixando-lhe uma finalidade eminentemente procriadora e de caráter fortemente negativo, enquanto o paganismo da antiguidade conferia a ele uma gama de significações positivas. Nesta última concepção histórica não se vê a imposição de um casamento monogâmico, tampouco de um alto valor moral e espiritual à abstinência rigorosa, ou à castidade permanente ou mesmo à virgindade,

[4] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, São Paulo: Atlas, 2010, p. 256.
[5] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 37.

aparentando que para eles estes elementos não se revestiam de relevância ou mesmo encerrariam problemas maiores[6].

Evidente que na atual sociedade revela-se como um raciocínio mediano a compreensão de que o sexo está não só atrelado à concepção da manutenção da espécie, mas também ao prazer, à satisfação da libido e à busca da felicidade, saindo de uma visão meramente procriadora para um conceito mais amplo.

Sob esta perspectiva, tem-se a percepção de que o prazer revelava-se como um sentimento de menor valor por ser comum tanto a homens quanto a animais (na Grécia antiga) [7], que passou a ser um sentimento proscrito no cristianismo (que propunha o sexo como um ato procriatório[8]) e, quando praticado por prazer, objeto de reprovação.

A concepção cristã pugna pela abstenção ao sexo, estabelecendo a abstinência como uma forma de promover ao sujeito o acesso a uma "experiência espiritual da verdade e do amor", que jamais alcançaria através da prática sexual[9]. Todavia, ainda que não se ignore a forte influência religiosa na condução dos caminhos da sociedade brasileira, não se pode permitir que concepções religiosas venham a reger a estruturação jurídica como um todo, mormente ante a separação entre Igreja e Estado, sob pena de evidente afronta à laicidade do Estado.

> "[...] felizmente, vivemos num Estado Democrático de Direito, laico e guiado por uma Constituição assentada na dignidade da pessoa humana. Por aqui, não se pode confundir direito e religião e, acima de tudo, a religião e seus dogmas não podem se impor ao direito e ao Texto Constitucional" [10].

---

[6] Michel Foucault. *História da sexualidade 2: O uso dos prazeres*, Rio de Janeiro: Graal, 1998., Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 17.
[7] Michel Foucault, op cit., p. 47.
[8] Michel Foucault. *História da sexualidade 1: A vontade de saber*, Rio de Janeiro: Graal, 1999, p. 132.
[9] Idem. *História da sexualidade 2: O uso dos prazeres*, Rio de Janeiro: Graal, 1998., Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 22.
[10] José Luiz Ragazzi, Thiago Munaro Garcial. Princípios constitucionais, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo, RT, 2011, p. 178.

O Estado como se concebe atualmente funda-se na perspectiva de que “as instâncias políticas se veem legitimadas pela soberania popular e não mais por instituições religiosas”, prevalecendo a ruptura da vinculação Igreja/Poder outrora existente, com a garantia da liberdade de convívio de pessoas de crenças distintas, com respeito às diferenças, havendo de afastar a intolerância e possibilitando a fixação da paz social[11].

Não se ignora, todavia, que a religião é contexto de alta relevância na construção legislativa de toda a América Latina, sendo certo que as discussões jurídicas atreladas a sexualidade, de regra, conduzem a questionamentos acerca da importância que se deve atribuir à religião no momento da construção do direito[12].

O que não se pode permitir que concepções religiosas venham a reger a estruturação jurídica como um todo, mormente ante a separação entre Igreja e Estado, ensejando uma leniência do Estado em tomar as atitudes pertinentes à garantia da dignidade da pessoa humana, preceito fundamental que há de se sobrepor a toda e qualquer discriminação ou preconceito, seja qual for a sua natureza.

A sexualidade, entendida como uma verdade do sexo e de seus prazeres[13], é, portanto, requisito indispensável na sociedade atual, sendo que inúmeros são os momentos em que as pessoas são indicadas ou classificadas levando-se em consideração estes conceitos.

Tamanha é a relevância conferida socialmente ao sexo hodiernamente que os elementos de fundo sexual são tidos como indicadores de uma série de situações,

---

[11] Roberto Arriada Lorea. Intolerância religiosa e casamento gay, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 36-37.

[12] Juan Marco Vaggione. La sexualidad em un mundo post secular. El activismo religioso y los derechos sexuales y reproductivos. *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009, p. 148.

[13] Michel Foucault. *História da sexualidade 1: A vontade de saber*, Rio de Janeiro: Graal, 1999. p. 67.

prerrogativas e atribuições. Contudo “cumpre falar do sexo como de uma coisa que não se deve simplesmente condenar ou tolerar, mas gerir, inserir em um sistema de utilidade, regular para o bem de todos, fazer funcionar segundo um padrão ótimo. O sexo não se julga apenas, administra-se”[14].

A compreensão de masculino e feminino, homem e mulher, heterossexualidade, homossexualidade, bissexualidade e assexualidade são presentes e cotidianos, como elementos integrantes da vida de cada cidadão e constam de documentos de identificação, indicam as vestimentas e condutas adequadas, e até mesmo é considerado como parâmetro para a concessão de direitos e prerrogativas, não podendo ser simplesmente ignorado ou tido com somenos importância pelo ordenamento jurídico.

A sexualidade e, mais especificamente as distinções decorrentes da fixação do gênero, são elementos incutidos na cabeça de cada cidadão desde a mais tenra idade, impondo às crianças desde cedo quais cores são apropriadas à sua condição sexual, quais os brinquedos e brincadeiras lhe são permitidas, buscando direcionar a sua sexualidade ao conceito de normal.

Não há como se relegar a sexualidade como um aspecto de somenos importância na sociedade brasileira, mormente quando a imprensa trata como questão de estado as relações interpessoais, a orientação sexual das pessoas e sua identidade de gênero, tendo ampla cobertura questões como o beijo homossexual em uma telenovela, a transexualidade de uma modelo famosa, ou o fato de um delegado ter realizado a sua operação de mudança de sexo.

A relevância da atribuição de sexo às coisas é objeto de análise de Friedrich Nietzsche que afirma

[14] Michel Foucault. *História da sexualidade 1: A vontade de saber*, Rio de Janeiro: Graal, 1999 p. 27.

> "Quando o homem atribuía um sexo a todas as coisas, não via nisso um jogo, mas acreditava ampliar seu entendimento: - só muito mais tarde descobriu, e nem mesmo inteiramente ainda hoje, a enormidade deste erro. De igual modo o homem atribuiu a tudo o que existe uma relação moral, jogando sobre os ombros do mundo o manto de uma significação ética. Um dia, tudo isso não terá nem menos valor do que possui hoje a crença no sexo masculino ou feminino do Sol" [15]

A força e relevância conferidas à sexualidade na estrutura social e governamental vigentes é evidente, suscitando o questionamento acerca do motivo pelo qual a legislação pátria se esmera tanto em proteger e garantir inúmeros outros aspectos sociais classificatórios e conduz a uma condição de marginalidade elementos vinculados à sexualidade, tornando-os tabus legislativos.

À sexualidade é, inquestionavelmente, dado cunho social e relevância jurídica, e, como tal, há de ser considerado da forma devida na concepção de um Estado Democrático de Direito, sob pena de se relegar parte da população a condição de inexistência legal, ante a uma visão equivocada ou preconceituosa da realidade. Fato é que nem mesmo a mudança da concepção acerca da sexualidade no tempo foi capaz de provocar alterações socioculturais significativas, conforme consigna Luiz Alberto David Araújo[16].

A extensão dos aspectos vinculados à sexualidade é ampla, podendo ser até mesmo considerada como elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo[17], considerando que a prática sexual, a constituição de família e a procriação são elementos que permitem a inserção de pessoas no mercado e propiciam a constituição da força de trabalho, aspectos inerentes a uma economia de mercado lastreada na livre iniciativa.

---

[15] Friedrich Nietzsche. *Aurora*, São Paulo: Escala, 2008, p. 27.
[16] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 45.
[17] Michel Foucault. *História da sexualidade 1: A vontade de saber*, Rio de Janeiro: Graal, 1999 p. 132.

Fato é que na sociedade moderna o sexo é algo que se reveste de certa dose de proibição, como se fosse um tema proscrito, censurado e subversivo, enquanto, em contrapartida, se percebe em alguns âmbitos sociais uma grande liberalidade relacionada ao tema. Qualquer sorte de nudez é objeto de oposição social, contudo é perfeitamente aceita na televisão aberta (em horário nobre) ou em certos períodos do ano, como no carnaval.

Argumentar acerca da sexualidade traz um ar de transgressão deliberada, como sustenta Michel Foucault, vez que se reveste de certa solenidade, enquanto revela uma relação direta com o poder, sendo de se entender que "[...] Prazer e poder não se anulam; não se voltam um contra o outro; seguem-se, entrelaçam-se e se relançam. Encadeiam-se através de mecanismos complexos e positivos, de excitação e incitação"[18].

Numa realidade como esta é inegável que a sociedade, e, consequentemente, a jurisdição, tanto na atividade de elaboração das leis quanto em sua aplicação, acabam sendo influenciadas pela sexualidade, gerando, em dados momentos, estruturas normativas adequadas às diferenças relevantes e, em outros, distinções fundadas em preceitos desprovidos de qualquer lógica a sustenta-las.

O Estado não pode ignorar as diferenças da população no que concerne à sexualidade, e a sua inação com fim de garantir a todos a plenitude da cidadania, principalmente em face de sua inércia legislativa, se mostra uma clara ofensa aos princípios balizares do Estado Democrático de Direito preconizado pela Constituição Federal vigente.

---

[18] Michel Foucault. *História da sexualidade 1: A vontade de saber*, Rio de Janeiro: Graal, 1999, p. 48.

1.1 Normalidade e sexualidade

A concepção de normalidade é hoje um parâmetro bastante relevante, pontuando até mesmo a posição que será conferida ao sujeito dentro da sociedade, sendo que o interesse de inclusão naquilo que é o normal move a economia, fazendo com que exista uma padronização deste conceito. Todavia não há nada que proíba que alguém não se enquadre neste padrão de normalidade imposto, podendo se conceber a existência da liberdade de ser diferente.

Ainda que na sociedade atual não se respeite a liberdade de ser diferente do socialmente tido como certo, ela é concepção vigente e garantida constitucionalmente, fato que impõe a necessidade de concepção de elementos que tenham por objetivo respaldar os interesses deste grupo social.

> "Un individuo diferente sufre en su vida cotidiana grandes padecimientos, impensables para los que se saben normales, por ello surge la necessidad de tutelar su vida privada." [19]

Atualmente a sexualidade é tomada como elemento de fixação de normalidade ou anormalidade do cidadão, perspectiva que já se mostrava presente na Grécia antiga, período em que o padrão da anormalidade não se via na forma ou com quem se praticava o ato sexual, mas sim estava relacionado à quantidade desta prática, mais especificamente ao excesso dela[20].

Na visão grega a atividade sexual em si não era vista como um mal, nem mesmo sob a perspectiva do prazer, sendo compreendida como algo natural, sem que fosse considerada como elemento totalmente alheio a uma apreciação moral

---

[19] Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.146.
[20] Michel Foucault. *História da sexualidade 2: O uso dos prazeres*, Rio de Janeiro: Graal, 1998. p. 44.

segundo a qual se fixava até que ponto e medida se faziam conveniente sua prática[21].

A temperança ou o controle da libido considerava-se uma virtude a ser exercida e exercitada (numa constante luta consigo mesmo), com a prática sexual sendo vista como expressão de liberdade, desde que tal prática não revelasse um risco de tornar-se um escravo do prazer[22].

Posteriormente, a partir do final do século XIX e início do XX, passou a entender-se como patológica qualquer prática sexual que fugisse da normalidade da heterossexualidade[23], pontuando uma nova perspectiva acerca do tema.

A fixação da normalidade se estabelece ante a uma enorme gama de elementos, e, ao menos no plano legislativo, o poder é forte componente nesta composição, apresentando íntima ligação com a concepção de sexo, e, no entender de Michel Foucault, a ingerência do Estado nesta seara normalmente se dá com o fim de estabelecer vedações ou proibições, numa relação negativa de um sistema binário de lícito e ilícito (permitido ou proibido; normal ou anormal)[24].

Pedro Paulo Sammarco Antunes e Elisabeth Frohlich Mercadante, citando a antropóloga americana Gayle Rubin, afirmam que considerando a estratificação sexual vigente na sociedade ocidental contemporânea, pode-se entender a sexualidade através de uma pirâmide valorativa, na qual consta a sexualidade heterossexual do casado no topo, seguida pela do heterossexual não-casado, após a homossexual em relacionamento estável e finalmente a dos homossexuais solteiros, sendo que neste grupo estariam inseridos transexuais e travestis.

---

[21] Michel Foucault. *História da sexualidade 2: O uso dos prazeres*, Rio de Janeiro: Graal, 1998. p. 46-47.
[22] Michel Foucault, op cit. p. 74
[23] Rafael Kalaf Cossi. *Transexualismo, psicanálise e gênero*. 71 f. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. 2010. .
[24] Idem. *História da sexualidade 1: A vontade de saber*, Rio de Janeiro: Graal, 1999 p. 81.

> "Na base da pirâmide estão os excluídos: sexualidade considerada má, anormal, patológica, não natural e condenável, ou seja, sexo homossexual solteiro, fora do casamento; promíscua, não reprodutiva, comercial, sozinho ou em grupo, ocasional ou compulsiva, entre gerações, em público, pornográfica, entre fetichistas, sadomasoquistas, transexuais e travestis"[25].

A sociedade tem no sexo uma figura preponderante de estratificação social, um elemento relevante tanto para a valorização quanto para a execração do indivíduo. No sexo estaria a última verdade sobre cada um, e deslizes (quanto a concepção genérica de normalidade) nesta esfera tem o condão de comprometer de forma considerável a valia do sujeito perante os outros quando não se adequa à regra ordinária da heteronormatividade[26].

Esta visão acaba por estender seus tentáculos e passa a gozar de relevância jurídica, vez que a atividade jurisdicional legislativa passa a lastrear-se na pseudo normalidade da heterossexualidade, fazendo surgir uma perspectiva de heteronormatividade. O normal é a identidade entre o sexo psicológico e o biológico com predominância da heterosexualidade, fazendo com que tudo o que não vier a se enquadrar nesta condição possa vir a ser entendido como anormal e minoria[27]. Porém, ainda que esta seja a perspectiva adotada pela coletividade, não se pode simplesmente marginalizar quem não se enquadra neste padrão, permitindo que venha a ser vítima de discriminação e intolerância.

> "[...] Raramente mencionado explicitamente, o sexo é onipresente no direito como instituição de origem patriarcal, na qual a subordinação das mulheres e das crianças, como também a injunção à heterosexualidade constituem os pilares do poder jurídico."[28]

---

[25] Pedro Paulo Sammarco Antunes e Elisabeth Frohlich Mercadante. Travestis, envelhecimento e velhice, *Revista kairós gerontologia temática*, 14:2011, p. 113.
[26] Fernando Seffner. *Identidade de gênero, orientação sexual e vulnerabilidade social*, São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2011, p. 48.
[27] Luiz Alberto David Araújo. A *proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 37.
[28] Daniel Borrillo. O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei, *Meritum - Revista de direito da Universidade FUMEC* – v. 5, nº 2 (jul./dez. 2010) – Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2010, p. 296.

A sexualidade tida por anormal dá azo ao surgimento do que se convencionou denominar de intolerância, que se manifesta com o desprezo por parte da maioria do posicionamento de uma minoria. Porém o perfeito estabelecimento do Estado Democrático de Direito decorre do fomento à tolerância ou respeito às diferenças, vez que este Estado não se pode conceber com o aniquilamento das vontades, valores e ideias dos grupos minoritários[29]. Citando Paul Ricoeur, Roberto Arriada Lorea assevera que a intolerância reúne em si "dois aspectos essenciais: a desaprovação das crenças e convicções dos demais e o poder de impedir que os outros vivam a sua vida a seu modo"[30].

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti pontua que

> "[...] Tolerar é o ato de admitir maneiras de pensar e agir diversas das suas próprias, ainda que não se considere tais maneiras de pensar e agir como corretas/válidas. Portanto, a tolerância exige que não se reprima uma pessoa pelo simples fato de ela pensar ou agir de forma diferente da sua, o que, em nosso ordenamento jurídico, é respaldado, ainda, pelo direito fundamental à liberdade de consciência, que, nos dizeres de Canotilho e Vital Moreira, "é a convicção ética e a autônoma responsabilidade reivindicada por qualquer indivíduo para justificar seu comportamento", ou seja, "a liberdade de formação das próprias convicções (*fórum internum)"* e a "exteriorização da decisão de consciência (*forum externum*). Ora, se todos têm o direito de autodeterminar à forma como viverá sua vida, é evidente que têm direito de ter sua autodeterminação respeitada pelos demais membros da sociedade quando isto não implique prejuízo a terceiros "[31]

É notório que a diversidade (em seu amplo espectro de concepção) é o motor propulsor da sociedade, permitindo que possa existir evolução e desenvolvimento, contudo é também evidente o clássico medo de tudo o que é novo ou não esteja perfeitamente adequado com aquilo que se está acostumado, ainda que isso em

---

[29] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 6-7.

[30] Roberto Arriada Lorea. Intolerância religiosa e casamento gay, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 37.

[31] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.512.

nada atinja a vida pessoal do sujeito. Neste contexto é de se entender que à sociedade se mostraria muito mais benéfico permitir que cada qual vivesse à sua maneira do que impor a todos viver segundo o preceito dos outros, respeitando o direito individual, quando não se vislumbre a incidência de dano a terceiros[32].

Interessante notar que a tolerância surge no mundo atual como uma qualidade, um atributo ou mesmo uma virtude. Todavia esta percepção se faz equivocada, pois respeitar o próximo é um dever (tanto religioso como moral e legal), reflexo de um Estado que se destina a "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social" como estabelece o preâmbulo do texto constitucional.

O medo do diferente é uma das máculas da sociedade, que faz surgir o desrespeito e a intolerância, na qual se olvida que "... a tolerância sobreleva-se como atitude de respeito, pois onde reina a tolerância a diferença não mais é estranha ou ameaçadora"[33].

A tolerância só é tida como um atributo em razão, exatamente, do preconceito e discriminação que decorrem da heteronormatividade que pontua todo o ordenamento jurídico.

> "Muito frequentemente, pessoas hábeis em se valer dos dispositivos moralistas do "politicamente correto" deixam transparecer um entendimento de que respeitar o "outro" seria um gesto humanitário, expressão de gentileza, delicadeza ou magnanimidade. Indicam uma espécie de benevolente "tolerância" que não apenas deixa ilesas as hierarquias, as relação de poder e a heteronormatividade, mas até as reforça. Em casos assim, pessoas com distintos graus de preconceitos costumam se perceber dotadas de atributos positivos, justamente por crerem-se portadoras de

[32] Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.199

[33] Maria Elizabeth Guimarães Teixeira da Rocha. A união homoafetiva à luz dos princípios constitucionais, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2012, p. 169.

> sensibilidade em relação às "vítimas", uma dose de uma espécie de compaixão, em função da qual o "outro" recebe uma autorização para existir. Uma postura que aprofunda o fosso entre "tolerantes' e "tolerados", dotando as relações de poder e os sistemas de hierarquização de maior sofisticação."[34]

Esta intolerância se fundamenta na percepção social de que todos são detentores de uma característica divina de definir o que é o certo ou errado para toda a coletividade, tentando até mesmo impor seus conceitos aos outros, numa eterna batalha pelo convencimento. Todavia, segundo uma perspectiva técnica, pode-se sustentar que a tolerância seja uma consequência natural, vez que ao abdicar da liberdade absoluta em favor dos benefícios de uma vida em sociedade se está implicitamente inserindo-se em um contexto no qual aceitar a diferença e tolerar o que não é igual é imprescindível[35].

Desta forma pode-se suscitar que o grau de respeito conferido às minorias pode ser usado como parâmetro de aferição do nível de cidadania de cada sociedade, vez que quanto maior este, mais clara estará à atenção aos preceitos inerentes ao Estado Democrático de Direito e a garantia à dignidade da pessoa humana. A proteção das minorias e de grupos vulneráveis é fundamento indispensável a uma plena legitimação do Estado Democrático de Direito[36].

Tendo, assim, a sexualidade como pano de fundo para o estabelecimento do conceito de normalidade/anormalidade, não se pode olvidar que toda esta questão passa ao largo da concepção de escolha do sujeito, não sendo uma perspectiva volitiva da pessoa, mas sim uma situação de fato que a própria ciência encontra dificuldade em estabelecer as suas razões de fixação. Não é, portanto, admissível

---

[34] Marco Aurélio Máximo Prado, Rogério Diniz Junqueira. *Homofobia, hierarquização e humilhação social*, São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2011, p. 68.
[35] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.512.
[36] AR no RE nº 477.554-MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 26/8/11.

se laborar com um conceito de anormalidade excludente, ainda mais quando o parâmetro utilizado não é estabelecido por uma escolha realizada por quem quer que seja.

> "[...] Por una vez, al menos, reconozamos con sinceramiento, fuera de toda hipocresia que nadie elige nacer, ni escoge su núcleo familiar, ni opta nacer varón o mujer, o transexual u homossexual o andrógino. Habrá sido el azar, la casualidad, la divinidad, o quien sabe qué o quién la causa influyente o decisiva. Pero la víctima es ajena por completo pues su responsabilidad, su voluntad, su liberdad han estado ausente totalmente" [37]

Desta forma a sexualidade, aspecto inerente à personalidade de cada pessoa, surge como elemento de suma relevância social e como tal traz desdobramentos na esfera jurídica, situação que não pode ser ignorada pelo ordenamento vigente, tampouco ser aspecto utilizado pelo Estado-legislador para privar quem quer que seja de acesso a direitos que são garantidos a todas as pessoas.

Inquestionável que passa pela estruturação legislativa a fixação da normalidade e enquanto o Estado ignorar a existência de padrões de sexualidade distintos daquele que se tem por normal haverá a clara ofensa aos direitos fundamentais, fazendo com que se afaste cada vez mais dos princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito.

1.2 Identidade de gênero como forma de identificação sexual

Considerando a relevância da sexualidade na vida do ser humano, é de se entender que a identificação sexual é elemento valioso na composição do indivíduo

[37] Gérman J. Bidart Campos apud Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.60

como um todo, não bastando à mera atribuição do sexo anatômico como fator de individualização da pessoa natural. A compreensão do gênero, da identidade de gênero e da orientação sexual se faz preponderante para um entendimento pleno da sexualidade em todas as suas nuances.

A identidade sexual é aspecto fundamental da identidade da pessoa natural, revestida de uma série de ramificações que acessam inúmeros direitos, tendo o condão de influenciar no livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, na proteção à saúde, seja na proteção à integridade física ou psicológica, bem como no respeito à liberdade e à intimidade[38].

A identidade sexual manifesta-se segundo a ideia de uma declaração de pertencimento fundamental, com reflexos relacionados à unidade da pessoa, surgindo como a maneira segundo a qual o sujeito percebe a si mesmo no que concerne aos seus desejos e como ela torna pública esta sua percepção[39], em um aspecto de larga amplitude. Essa identidade sexual há de ser protegida, garantindo-se a todos o direito a ela, bem como que esta não venha a ser ignorada ou contestada por terceiros[40].

> "[...] podemos decir que el sexo, el gênero, la orientación sexual y el sexo psicológico designan las dimensiones de uma única identidad sexual de la persona. Sin embargo, debemos destacar que el sentido – significado – de esta condición sexual de la persona humana transciende la dimension biológica y la sociopsicológica, aunque se apoya em ellas. Se trata, más bien, de una realidad que podrá vislumbrarse com mayor profundidad desde la perspectiva antropológica y filosófica [...]."[41]

[38] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 34.
[39] Júlio Assis Simões. Regina Facchini. *Na trilha do arco-iris: do movimento homossexual ao LGBT*, São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2009, p. 33.
[40] Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.158.
[41] Marina Camps Merlo. *Identidad sexual y derecho – Estudio interdisciplinario del transexualismo*. Navarra: Eunsa, 2007, p. 113-114.

A identidade de gênero, por sua vez, está atrelada ao conceito de pertencimento de cada um, na sua sensação ou percepção pessoal quanto a qual seja o seu gênero (masculino ou feminino), independentemente da sua constituição física ou genética. Trata-se da convicção de que se é menino ou menina, contruída, em regra, até os três anos de idade, sem que verifique como uma escolha, motivo pelo qual não é possível se voltar atrás desta determinação de identidade de gênero[42].

Esta compreensão de adequação ao gênero tem contornos distintos em cada localidade sendo certo que, em determinados lugares o gênero apenas se presta a designar o sexo biológico, sem qualquer incidência sobre o comportamento sexual, enquanto em outros, como em Oman em que o homossexual masculino é visto como transexual e pode mudar de sexo e virar mulher, partindo de um entendimento de que o que firma o gênero é o ato sexual[43].

Mister se faz asseverar que o posicionamento atual é que não existe determinismo biológico quando se fala da construção da identidade sexual, vez que esta se molda além do plano do meramente físico ou anatômico, sendo sexo e gênero elementos distintos, havendo este último de prevalecer sobre aquele no que se refere à formação da identidade da pessoa[44].

É de se ressaltar que, entre os diversos elementos que podem influenciar na construção da identidade de gênero está aquilo que os pais impõem aos filhos como adequado ou não ante ao sexo atribuído ao filho, indicando comportamentos condizentes ou não com aquela condição, como imposição de cores (azul para

---

[42] Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.48.
[43] Jamake Highwater. *Mito e sexualidade*, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 25.
[44] Rafael Kalaf Cossi. *Transexualismo, psicanálise e gênero*. 43 f. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. 2010. .

meninos e rosa para meninas), brinquedos (carrinho para meninos e boneca para meninas) e vestimentas (calça para meninos e saia para meninas) entre outros[45], sem que isso, contudo, tenha o condão de fixar tal identidade.

De sorte que é de se entender que a identidade de gênero está intimamente vinculada à forma como a pessoa se apresenta socialmente, que é exatamente o que revela a sua percepção de pertencimento.

> "[...] quando uma pessoa tem o sentimento de que pertence a um determinado gênero sexual e, portanto, veste-se conforme o grupo social assim estipula para aquele tipo, comporta-se dessa mesma forma e coloca-se passivamente às regras de proteção e regimento das funções sociais elaboradas para aquele gênero, essa pessoa tem garantido seu direito à identidade de gênero, independentemente de sua condição física. Tanto assim o é que não se precisa determinar que uma pessoa retire suas roupas para que as outras a identifiquem e, imediatamente, tratem-na em conformidade com sua aparência e comportamento sexual."[46]

A perfeita compreensão da concepção da identidade sexual com toda a sua amplitude constitutiva é imprescindível à finalidade precípua do Estado de identificar quem são seus componentes e tomar as medidas cabíveis, seja no âmbito Legislativo, Executivo ou Judiciário, a fim de garantir que todos tenham efetivo acesso aos direitos fundamentais, sem qualquer sorte de restrição fundada em preconceitos.

---

[45] Neste sentido, interessante o blog http://www.raisingmyboychick.com/ no qual a americana Arwyn Daemyir relata como cria os filhos, designados como boychick (meninogarota) e vulva baby (bebê vagina) sem a imposição destes conceitos, permitindo que façam suas escolhas livremente.
Na Alemanha um pai (Nils Pickert) decidiu usar saias apenas para que o filho de 5 anos que gosta de vestir vestidos não se sentisse tão deslocado, como relatado na revista feminista alemã EMMA. Disponivel em: <http://gawker.com/5938676/father-of-the-year-helps-dress+wearing-son-feel-comfortable-by-putting-on-a-skirt-himself>. Acesso em: 15/09/2012.

[46] Patrícia Corrêa Sanches. Mudança de nome e da identidade de gênero, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 436.

1.3 Sexo e suas espécies

A atual concepção da palavra sexo passa por uma percepção que vai desde o ato sexual em si até a indicação da configuração anatômica das pessoas, tocando ainda a ideia da indicação distintiva das pessoas como pertencentes ao grupo dos homens (gênero masculino) ou das mulheres (gênero feminino). Seja qual for a acepção tomada, fato é que o conceito de sexo é parte integrante da vida das pessoas, podendo certamente ser tido como um dos caracteres mais elementares de identificação da pessoa natural.

Partindo do viés classificatório ou distintivo do qual a expressão sexo é dotada, é possível entendê-la como parâmetro de divisão dos seres, em regra entre machos e fêmeas, ou homens e mulheres, atrelado a uma perspectiva mais voltada ao fenótipo ou à estrutura genital. Ainda assim, na sociedade atual, o sexo vem sendo usado como equivalente a gênero, apresentado na indicação dos mais diversos documentos de identificação pessoal, como também em fichas, requisições ou cadastros preenchidos há todos os instantes pelas pessoas.

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf ao conceituar a expressão sexo deixa claro que esta característica não tem o condão de determinar nem a identidade de gênero tampouco a orientação sexual, sendo apenas indicativo de um conjunto de características de fundo biológico relacionado ao aparelho reprodutor masculino e feminino[47].

De qualquer sorte, a compreensão exata que se dá à palavra sexo no ordenamento jurídico vigente é preponderante, considerando que tal distinção é

[47] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 249.

alicerce para a concessão ou não de inúmeros direitos, sendo de absoluta relevância a precisão conceitual, podendo se suscitar que a utilização da expressão gênero seria mais adequada para este fim.

> "[...] o sexo possui função social, e como função pouco importa o tipo físico do sujeito ou como ele se apresenta sob suas vestes, e sim como ele se comporta perante a sociedade e quais as proteções ele clama para si."[48]

Assim, considerando a expressão sexo como conceito de vasta amplitude terminológica, há que se analisarem as suas diversas modalidades, tal qual o sexo gonodal, o hormonal, o aparente ou fenótipo, o social, o psicológico e o jurídico a fim de garantir sua perfeita compreensão e adequada utilização.

O sexo gonadal tem por escopo a classificação dos sujeitos sob a perspectiva de suas características internas, ante a presença de gônadas ou glândulas sexuais masculinas (testículos) ou femininas (ovários)[49], não sendo comum (apesar de possível) a existência concomitante destas duas estruturas numa única pessoa. As gônadas além ter a função de produzir os hormônios masculinos e femininos característicos, bem como dos espermatozoides (homens) e dos óvulos (mulheres) que são indispensáveis para a reprodução. A utilização deste critério individualmente não se mostra perfeitamente eficiente, vez que se mostra falho quando na aferição da condição do intersexual[50].

O segundo critério classificatório possível é o sexo hormonal, que tem por base a produção hormonal mais pungente em cada sujeito, aferindo se estes estão vinculados àqueles hormônios eminentemente masculinos ou femininos, os quais

---

[48] Patrícia Corrêa Sanches. Mudança de nome e da identidade de gênero, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 436.
[49] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 38.
[50] Aracy Augusta Leme Klabin. *Aspectos jurídicos do transexualismo*, dissertação de mestrado apresentada ao departamento de Direito Civil da FADUSP em 1977, p. 4.

são de suma importância no desenvolvimento do corpo do sujeito, no que concerne ao determinismo sexual, mormente antes do nascimento e no período da puberdade. Ressalta-se que no período embrionário a produção hormonal goza de alta relevância para a caracterização fenotípica do sujeito, e, na puberdade, definirão os caracteres sexuais secundários. Segundo Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, este seria segundo a literatura especializada o verdadeiro sexo, pois os hormônios condicionam a evolução dos caracteres sexuais somáticos, funcionais e psíquicos[51].

Todavia é de se entender que a utilização desta modalidade isoladamente pode se mostrar ineficaz, vez que a produção hormonal pode se mostrar alterada em decorrência do uso de certas drogas ou em face da castração[52], como também em decorrência de anomalias genéticas que fazem com que se produzam mais hormônios do que seria o ordinário naquele sexo.

Após a análise do sexo hormonal é possível se considerar o sexo genético ou cromossômico, o qual é aferido ante as características genéticas encontradas no DNA do sujeito, mais especificamente no 23º par cromossômico da composição genética do ser humano. Sob esta perspectiva o homem apresenta os cromossomos X (XX), enquanto a mulher apresenta um X e um Y (XY), havendo ainda a incidência de anomalias genéticas, que podem gerar infertilidade ou problemas de desenvolvimento físico (XXY, XYY ou XXX)[53]. É por meio da aferição da realidade genética que se faz possível constatar se o sujeito é homem ou mulher, sendo, numa visão direta, o elemento sexual na acepção, mas que por si só também não se

---

[51] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 255.

[52] Aracy Augusta Leme Klabin. *Aspectos jurídicos do transexualismo*, dissertação de mestrado apresentada ao departamento de Direito Civil da FADUSP em 1977,. p. 4.

[53] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 37.

mostra eficiente para uma fixação do sexo, vez que inconclusiva no caso dos portadores de síndrome de Kleinefelter[54], em que o sujeito apresenta um cromossomo X a mais.

Possível ainda se apreciar a modalidade sexual chamada de sexo anatômico ou genital, a qual tem em conta as características físicas apresentadas pelo sujeito, sendo que a definição como pertencente a este ou aquele grupo lastreia-se naquilo que pode ser constatado fisicamente, pelo exame dos órgãos genitais e das gônadas[55]. Segundo esta perspectiva os homens apresentam estrutura peniana com saco escrotal e testículos, enquanto as mulheres revelam vagina, ovário e útero, surgindo ainda uma condição excepcional que é a do intersexual (ou hermafrodita), que apresenta elementos característicos tanto de homem quanto de mulher concomitantemente. Esta modalidade é a que tem o condão de definir, ao menos inicialmente, a condição sexual do sujeito, vez que é ela que é considerada para designar o sexo do recém-nascido.

Há ainda a possibilidade de se apreciar o sexo segundo a concepção psicológica ou social, a qual está mais afeita à ideia de identidade de gênero do que ao sexo em si, pois leva em consideração aquilo que o sujeito entende ser ou demonstra ser na sociedade, independentemente de sua característica hormonal, gonadal, cromossômica ou anatômica. Trata-se de uma aferição sexual baseada no comportamento da pessoa, lastreada na percepção individual e particular sobre si, decorrente de uma concepção regida pelo aspecto mental apresentado e que haveria de prevalecer havendo qualquer sorte de divergência entre as diversas

---

[54] Aracy Augusta Leme Klabin. *Aspectos jurídicos do transexualismo*, Dissertação de mestrado apresentada ao departamento de Direito Civil da FADUSP em 1977, p. 4.
[55] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 254

formas de classificação sexual[56], já que leva em consideração a percepção de pertencimento do sujeito, independentemente daquilo que apresenta física ou endocrinologicamente.

É possível, ainda e finalmente, considerar a existência de uma modalidade denominada sexo jurídico, na qual a classificação sexual do sujeito está vinculada ao posicionamento adotado pela legislação para a concepção de sexo, sendo uma forma indireta de compreensão do sexo, estabelecida por parâmetros legais, resultante do registro civil do indivíduo, e que, de regra, seria (ou deveria ser) um reflexo da cumulação de todas as outras modalidades descritas[57].

Fato é que nesta modalidade o entendimento posto é que o sexo do sujeito é definido pelo que consta de sua certidão de nascimento, sendo que a atribuição ou concessão de direitos estará atrelada à definição sexual formalizada nos documentos de identificação que tem esta por base.

> "[...] A declaração médica quanto ao tipo sexual, no momento do nascimento da pessoa, é determinante para o papel social que esta irá desempenhar
>
> [...]
>
> [...] rotular de maneira simplista e indelével o sujeito de direito no momento de seu nascimento, apesar dos inúmeros fatores biológicos envolvidos – para não tecer ainda as questões psicológicas –, seria aprisioná-lo para sempre em uma condição que não lhe seja favorável, condenando-o a um papel vexatório, vitimando-o a toda sorte de discriminação e infelicidade"[58]

É de se entender que a legislação, em razão de sua constituição muitas vezes baseada em conceitos ultrapassados, sequer leva em consideração as várias das modalidades classificatórias aqui descritas, trabalhando com um conceito estático e tecnicamente inapropriado.

---

[56] Aracy Augusta Leme Klabin. *Aspectos jurídicos do transexualismo*, dissertação de mestrado apresentada ao departamento de Direito Civil da FADUSP em 1977, p. 4.
[57] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 25.
[58] Patrícia Corrêa Sanches. Mudança de nome e da identidade de gênero, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 431.

A tendência atual é que inicialmente o sexo jurídico decorra do anatômico (a modalidade mais primária de aferição) ante a impossibilidade de se aferir o sexo psicológico no recém-nascido[59], contudo este pode vir a ser alterado ante a constatação de incongruência.

De qualquer sorte fica evidente que a verificação da classificação sexual é revestida de relevância tanto social quanto jurídica, ante a repercussão que esta determinação pode ter na vida do sujeito, até mesmo fixando a possibilidade ou não da concessão de certos direitos.

1.4 Gênero

Ainda na seara da sexualidade é possível a discussão acerca do gênero, outro elemento intimamente relacionado com o tema mas que, diversamente da ideia de sexo, está mais vinculado a uma percepção social que o próprio indivíduo tem de si, permitindo a separação dos seres como pertencentes ao grupo masculino e feminino. O gênero decorre de uma elaboração cultural que se atribui a alguém, sem que esta se encontre efetivamente ligada a uma base biológica, surgindo o masculino e o feminino como conceitos apartados do sexo fenotípico ou anatômico[60].

A expressão gênero tem por escopo apresentar a distinção social entre homem e mulher, enquanto a sexualidade tem maior amplitude, dotada até mesmo de uma característica de diálogo entre os gêneros, revelando uma descrição que abrange crenças, relações, modos de agir e “identidades socialmente construídas e

[59] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 40.
[60] Mauricio Luis Mizrahi. *Homosexualidad y transexualismo*. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 92.

historicamente modeladas"[61]. Trata-se, portanto, de uma construção de fundo sociológico e absolutamente subjetiva, muito mais conectada com o papel que o indivíduo desempenha na sociedade do que com suas características físicas ou genéticas[62].

Desta forma é possível se sustentar ser o gênero um "[...] instrumento teórico e político para o estranhamento das desigualdades sociais, bem como um recurso para os educadores na medida em que possibilita a desnaturalização das verdades (incluindo as produzidas pelo discurso científico)"[63], de maneira que seria a exteriorização da sexualidade de cada um, mormente com base na aparência e comportamento do indivíduo[64].

É de se entender que o conceito do gênero está bastante vinculado com a concepção do sexo social, sendo certo que, caso se entenda ser relevante qualquer indicação desta natureza dos documentos de identificação das pessoas, seria muito mais pertinente do que a do sexo, ainda mais se considerando a diversidade classificatória atrelada a este.

Atualmente prevalece na sociedade ocidental a concepção da sexualidade segundo a dicotomia clássica ou o sistema binário, que concebem a existência apenas da figura homem/masculino e mulher/feminino. Todavia este preceito não se reveste da universalidade que se pode imaginar e muitas vezes socialmente difundida.

---

[61] Jeffrey Weeks *apud* Jonas Alves da Silva Júnior. Uma explosão de cores: Sexo, sexualidade, gênero e diversidade, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*. Brasília: Consulex, 2012, p. 13

[62] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 249.

[63] Dagmar Estermann Meyer *apud* Kelly Bedin França. *Corpo, gênero e sexualidade: discussões in Revista Estudos Feministas*, 13:1. p. 186.

[64] Jaqueline Gomes de Jesus. *Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos*, Brasília: autor, 2012, p. 13.

> "[...] Em muitas outras culturas, a dicotomia do sistema de valores não defende, tampouco abrange o que nós, no Ocidente, entendemos por opostos binários. Essa diferença fundamental na maneira como conhecemos e compreendemos o mundo torna, para nós, quase impossível observar os outros em quaisquer termos, exceto naqueles que empregamos para nos definir a nós mesmos. Incapazes de enxergar nossos mitos como tais, consideramos falsos todos os outros mitos. [...] Para nós, as opções se limitam a uma coisa ou outra: homem ou mulher, bem ou mal, luz ou escuridão, heterossexual ou homossexual, natural ou inatural."[65]

Esta mesma tendência à polarização no mais das vezes é fomentada com o fulcro não só de distinguir os grupos de maneira objetiva, mas também de conferir uma estrutura de poder em favor do homem, o qual de regra passa a ser alocado em condição de superioridade em face da mulher, em manifesta ofensa ao preceito elementar da isonomia.

Importante se considerar que até meados do século XVIII não se trabalhava com o conceito binário, prevalecendo uma concepção de isomorfismo corporal, segundo a qual existia um único sexo, com os corpos masculinos e femininos coexistindo sob uma ideia de continuidade e não de oposição[66].

Mesmo baseando-se na concepção binária do masculino e feminino, estes conceitos apresentam variáveis no tempo e espaço, ainda que dentro de uma única sociedade. Em dadas circunstâncias o fato de ocorrer uma ruptura desta condição previamente constituída de situações especificamente concernentes a este ou aquele gênero se dá sem qualquer problema, enquanto outras geram celeumas graves.

> "[...] Há situações em que os indivíduos podem atravessar fronteiras de gênero sem maiores problemas: em geral quando uma mulher veste calças, não tem sua feminilidade ameaçada (mas no passado isso já aconteceu). E há situações em que a travessia de fronteiras traz problemas ao pertencimento de gênero: em geral, um homem que usa vestido é visto

[65] Jamake Highwater. *Mito e sexualidade*, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 24.
[66] Rafael Kalaf Cossi. *Transexualismo, psicanálise e gênero*. 22 f. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. 2010.

> como menos homem, quando não diretamente chamado de mulher, ou só poderá fazer isso no terreno do deboche, como é o caso do Carnaval."[67]

Evidente que este conceito binário cai por terra quando se pensa no sexo anatômico e, consequentemente, na existência do intersexual, que fisicamente não se insere no lado dos homens, tampouco no das mulheres, sendo um dos elementos iniciais para se questionar a valia desta visão dicotômica, permitindo o estabelecimento de uma clara oposição a esta concepção.

O sistema binário clássico, conforme proposto e socialmente tido como válido, além de detentor de uma proteção ordinária decorrente da normalidade é propalado como sendo natural por inúmeros setores da sociedade. Contudo este entendimento merece uma apreciação cientifica (e não religiosa), fugindo de conceitos pré-concebidos e desprovidos de fundamentação técnica. Nos nichos onde prevalecem preceitos culturais arraigados e tradicionais sustenta-se que o sistema binário é um espelho da normalidade e se faz imutável, tanto quanto a existência de apenas dois sexos (homem e mulher) como face à impossibilidade de trânsito sexual, sob uma perspectiva determinista acerca do que seria natural ou não.

Todavia este posicionamento baseado na natureza vem cada vez mais perdendo força com o surgimento de inúmeros estudos mostrando que a dualidade tida como soberana não se mostra tão sólida e inexpugnável como alguns tentam fazer crer. A bióloga Joan Rougharden, da Universidade de Stanford, traz obras como *Evolution's Rainbow* (*Arco-iris da evolução*) e *The Genial Gene* (*O gene genial*), em que destaca inúmeras espécies na natureza que carregam capacidade sexual plena de ambos os sexos, sendo que algumas até mesmo invertem suas

---

[67] Fernando Seffner. *Identidade de gênero, orientação sexual e vulnerabilidade social*, São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2011, p. 41.

funções de macho e fêmea num mesmo acasalamento, concluindo que o intercurso sexual entre animais do mesmo sexo são comuns na natureza[68].

O conceito binário já se mostra ultrapassado em alguns países que já permitem a consignação de outra condição que não masculino/homem ou feminino/mulher nos documentos de identificação, seja por norma positivada (Alemanha[69], por exemplo) ou por decisões judiciais (Índia).

Desta forma se pode afirmar que o gênero é elemento de suma relevância no que concerne aos direitos da personalidade, mormente se considerando a necessidade de sua perfeita compreensão, e a existência do intersexual e do transexual que apresentam uma condição diferente daquela ordinariamente estabelecida.

1.4.1 Intersexualidade

A questão da sexualidade comporta, no que diz respeito à definição do sexo, a compreensão de uma situação de cunho genético que acaba por ter extrema

[68] O molusco *Lissarca miliaris,* encontrado na Antártida que tem capacidade de mudança de sexo ou hermafroditismo, fato que lhe conferiria uma maior eficiência reprodutiva nas condições adversas em que vive. Disponível em: <http://www.springerlink.com/content/y9u816656118gn83/> Acesso em: 15/09/ 2012.

Esta troca de sexo também é constatada em corais da família *Fungiidae* que vivem nos Oceanos Pacífico e Índico, conforme relata pesquisa de Yossi Loya, zoólogo da Universidade de Tel Aviv, que indica ainda o fato de que alguns desses corais que mudaram de sexo haviam retornado ao sexo original posteriormente, o que teria impressionado bastante aos pesquisadores. Disponivel e: <http://dsc.discovery.com/news/2009/03/30/mushroom-corals-sex-02.html>. Acesso em: 15/09/2012.
Estudos mostram que vem constatando um crescente número de peixes que vem apresentando mudanças de sexo, contudo nestes casos se suspeita que a causa seja a grande quantidade de elementos químicos despejados na água que imitam o estrogênio (hormônio feminino), bem como outros que impedem a atuação de hormônios masculinos. Disponível em: <http://dsc.discovery.com/news/2009/03/04/male-female-fish.html>. Acesso em: 15/09/2012.

[69] PStG, §22, 3

relevância quando da apreciação do gênero, que é a intersexualidade ou hermafroditismo[70].

A intersexualidade surge como uma condição genética, física ou anatômica do sujeito, que apresenta um fenótipo que não permite a clara definição entre a conceituação binária homem/mulher, seja por apresentar estrutura genital que não autoriza a sua alocação em um dos grupos, ou em face de presença de aspectos de genitália condizentes com os dois conceitos.

Ainda que possa parecer uma situação rara, estima-se que tal anomalia genética verifica-se em uma pessoa a cada grupo de 100 (cem) mil[71], ou atingiria 2% da população[72], ou até mesmo 4%[73]. Estudos mais recentes atualizam estes dados, consignando a ocorrência de um caso a cada 2.000 (dois mil), ou sua incidência em 1,7% dos nascimentos, ou ainda que estes números seriam exagerados, e que a ocorrência seria de 2 (duas) em cada 10.000 (dez mil) pessoas, em que pese a inexistência de estatísticas sólidas acerca da realidade brasileira[74].

É de se consignar que a razão para que intersexualidade se estabeleça está em variações no desenvolvimento embrionário, como defeitos cromossômicos ou problemas na indução normal de hormônios sexuais que dão ensejo a uma má-formação anatomofisiológica, o que não permite que pela aparência física se defina o sexo da criança ante uma falta de correspondência com a anatomia ordinária da

---

[70] O hermafroditismo será entendido como um sinônimo de intersexualidade, em que pese entendimento de que este viria a ser uma variante ou subtipo da intersexualidade, como pontua Elimar Szaniawski na obra *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 45.

[71] Antônio Chaves. *Direito a vida e ao próprio corpo*, São Paulo: RT, 1994, p. 137.

[72] Melanie Blackless, Anthony Charuvastra, Amanda Derryck, Anne Fausto-Sterling, Karl Lauzanne, and Ellen Lee. 2000. How sexually dimorphic are we? Review and synthesis**.** *American Journal of Human Biology* 12:151-166.

[73] Disponível em: <http://www.theguardian.com/world/2011/sep/15/australian-passports-third-gender-option>. Acesso em: 07/01/2014.

[74] Moara de Medeiros Rocha Santos. *Desenvolvimento da identidade de gênero em casos de intersexualidade: contribuições da psicologia*. Tese de Doutorado, Instituto de Psicologia da Universidade de Brasília. 2006, p. 19-21.

qual partiria a definição de homem ou mulher, fazendo surgir um processo de diferenciação incompleto, nominado de distúrbio de desenvolvimento de sexo, ou, simplesmente, intersexo[75].

Na antiguidade greco-romana a condição de intersexual era tida como uma aberração, havendo de ser exterminados tais sujeitos como se fossem monstros ou um sinal de cólera dos deuses e uma anunciação da destruição da espécie, ou seriam a consequência da existência de relação sexual do homem com a mulher no período das regras, caso em que o diabo o precederia e engraviaria a mulher de uma criança hermafrodita[76].

Até o final do século XVIII em que as práticas sexuais eram regidas pelo direito canônico, pela pastoral cristã e pela lei civil, as proibições relacionadas ao sexo eram fundamentalmente de natureza jurídica, sendo a questão do que seria natural uma forte base de fundamentação. Neste período os hermafroditas eram considerados criminosos ou filhos do crime, vez que a sua condição anatômica e sua própria existência "embaraçava a lei que distinguia os sexos e prescrevia sua conjunção"[77].

Em que pese a tendência de se substituir o termo hermafrodita pela expressão intersexual aquele ainda se mostra vigente, havendo trabalhos que sustentar existir o hermafroditismo verdadeiro (situação em que coexistem tecidos ovarianos e testiculares no mesmo indivíduo, com ambiguidade genital interna e externa com diversos graus) e o pseudo-hermafrodita (apresentação de um só

[75]Rafael Kalaf Cossi. *Transexualismo, psicanálise e gênero*. 41 f. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. 2010.
[76] Daniel Borrillo. O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei, *Meritum - Revista de direito da Universidade FUMEC* – v. 5, nº 2 (jul./dez. 2010) – Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2010, p. 298-299.
[77] Michel Foucault. *História da sexualidade 1: A vontade de saber*, Rio de Janeiro: Graal, 1999 p. 39.

tecido gonodal com ambiguidade genital, como com a apresentação de cromossomos de homem – XY – e órgãos externos femininos)[78].

É exatamente esta ausência configuração genital clara que caracteriza o intersexual, impedindo que seja classificado em uma das situações binárias clássicas, fazendo com que, no mais das vezes, acabem por ser submetidos a operações de adequação genital em idade muito precoce e em circunstâncias que nem sempre podem ser consideradas adequadas a sua condição sexual.

Face a tal situação há quem pugne para que a intersexualidade não seja concebida como uma patologia, mas apenas como uma mera variação à condição binária prevalente, a fim de que os que não apresentem uma adequação aos padrões genitais atuais não sejam submetidos às operações reparadoras logo após o nascimento, já que trata-se de procedimento bastante delicado ao se considerar que ele não levará em consideração a identidade de gênero daquela pessoa[79].

Independentemente da modalidade de intersexual que o sujeito venha a se amoldar é fato que a sua condição precisa ser perfeitamente diagnosticada a fim de se permitir a sua adequação e o desenvolvimetno de uma vida pautada nos elementos inerentes àqueles esperados de uma sociedade que afirma prezar pela dignidade da pessoa humana.

---

[78] Rafael Kalaf Cossi. *Transexualismo, psicanálise e gênero*. 42 f. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. 2010.

[79] Jaqueline Gomes de Jesus. *Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos*, Brasília: autor, 2012, p. 14.

1.4.2 Transexualidade

Tema outro relacionado à sexualidade, mais especificamente à identidade de gênero, é a transexualidade, a qual se estabelece como uma síndrome de inadequação físico-psicológica, em que se convive com a sensação de que a pessoa tem um cérebro que não pertence ao seu corpo. O transexual possui um psiquismo contrário ao do sexo físico que apresenta, com desejos vinculados aos de quem possui uma condição sexual distinta da que ele apresenta em seu fenótipo[80], ou então apresenta percepção de que a definição sexual que lhe é atribuída não corresponde com a realidade, não lhe sendo própria, vez que vítima de um erro da natureza[81].

Maria Helena Diniz define a transexualidade como sendo

> "[...] a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto. Trata-se de um drama jurídico-existencial, por haver uma cessão entre a identidade sexual física e psíquica. É a inversão da identidade psicossocial, que leva a uma neurose reacional obsessivo-compulsiva, manifestada pelo desejo de reversão sexual integral."[82]

Considerando-se dados estatísticos de alguns países europeus consigna-se a existência de um caso a cada 12.000 (doze mil) homens e um a cada 30.000 (trinta mil) mulheres[83] ou que seriam 1 a cada 100.000 (cem mil) homens e 1 a cada 400.000 (quatrocentas mil) mulheres[84], havendo quem assevere que a transexualidade se manifesta aproximadamente 3,7 vezes mais entre os homens do

---

[80] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 55.
[81] Mauricio Luis Mizrahi. *Homosexualidad y transexualismo*. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 49.
[82] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 316.
[83] Drauzio Varella. *Transexuais*. Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/sexualidade/transexuais/>. Acesso em: 08/08/2013.
[84] Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.54.

que entre mulheres[85]. Ainda que não se tenha dados claros acerca da realidade brasileira, em balanço apresentado pelo Ministério da Saúde, o Brasil realiza em média duas operações de mudança de sexo por dia, tendo ocorrido 101 intervenções em 2008 (ano em que passou a ser procedimento atendido pelo SUS) e chegando a 706 em 2011, com 603 realizadas no ano de 2012 até o mês de outubro (data final do estudo) nos quatro hospitais especializados do Brasil (São Paulo, Rio de Janeiro, Porto Alegre e Goiânia), sendo que segundo afirmar Alexandre Saadeh, médico do Instituto de Psiquiatria da Faculdade de Medicina da USP, há 1700 (mil e setecentas) pessoas vinculadas ao instituto a espera da realização da operação[86].

Evidente que este número não revela a proporção de transexuais estatisticamente, mormente ao se considerar que nem todo transexual busca a realização da intervenção cirúrgica, mas ajuda a estabelecer um parâmetro da relevância da situação, sendo de se notar que a discrepância entre os números pode decorrer da maior facilidade para a redesignação de transexual feminino (MTF) do que para a de transexual masculino (FTM)[87].

Os transexuais fazem parte daquilo que se convencionou chamar de transgêneros, expressão abrangente que pode englobar tanto os transexuais e travestis (numa visão de gênero como identidade) como os transformistas, *crossdressers* (CD), *drag queens*, *drag kings* (gênero como funcionalidade), como ainda os que não se identificam com qualquer gênero, já chamados de andróginos ou *queer*, considerando-se que se pontua que no Brasil não existe um consenso

[85] Ira Basil Pauly *apud* Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 52.
[86]Disponível em: <http://saude.ig.com.br/minhasaude/2013-03-11/brasil-realiza-duas-cirurgias-de-mudanca-de-sexo-por-dia.html>. Acesso em: 13/03/2013
[87] Rafael Kalaf Cossi. *Transexualismo, psicanálise e gênero*. 44 e 45 f. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. 2010.

claro acerca do termo[88]. Atualmente se tem usado a expressão *queer* para designar esse grupo dos diferentes (neste contexto), surgindo mesmo como uma forma de afirmação, uma maneira "orgulhosa de manifestar a diferença", constando até mesmo como certa forma de transgressão e oposição ao binarismo imposto pela heterossexualidade compulsória[89].

O transexual está inserido numa condição de sofrimento intenso ante ao atroz conflito decorrente do fato de possuir uma constituição genital em desconformidade com o seu sentimento, o que é distinto da situação do travesti, se vale de seus próprios genitais para atingir o prazer[90], não apresentando qualquer repulsa com relação a sua genitália[91]. Assim, equivocada a ideia de que o ponto de distinção entre travestis e transexuais seria a realização ou não da operação de transgenitalização.

O travesti é, portanto, uma pessoa que apresente um impulso erótico para paramentar-se com vestes do sexo oposto, com o objetivo de obtenção de prazer sexual, diferindo diametralmente do transexual, que tem como algo natural vestir-se com roupas do sexo oposto, vez que é desta forma que se reconhece[92].

> "Um sinal revelador da identidade de gênero, segundo penso, é a postura: o modo de andar e de se movimentar dos transexuais é tão espontaneamente similar ao do sexo desejado que parece ter sido inscrito muito precocemente na imagem corporal, nos ossos e nos músculos. Em

---

[88] Jaqueline Gomes de Jesus. *Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos*, Brasília: autor, 2012, p. 7.
[89] Pedro Paulo Gomes Pereira. A teoria queer e a Reinvenção do corpo, *Cadernos Pagu*, 27, São Paulo, julho-dezembro de 2006. p. 469.
[90] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 55.
[91] O travestismo e o transexualismo estão fixados em pontos distintos e por isso não podem ser confundidos, vez que aquele se revela em uma exteriorização de uma imagem distinta daquela que a pessoa efetivamente tem ou a qual pertence, sem que isso venha a atingir o seu interesse e atração sexual por pessoas do outro gênero, enquanto o transexual atinge um nível mais profundo, no qual quer externar é uma imagem que efetivamente revele aquilo que ele entende ser o seu verdadeiro gênero, chegando até mesmo a alteração mais profundas do que as de mero vestuário, atingindo o seu físico fazendo com que este realmente revele o que é a sua mente.
[92] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 157-158.

> contraste, há a ênfase exagerada dos travestis, a qualidade teatral que eles exibem em sua atitude e em seus corpos"[93]

O que se pode evidenciar é que a transexualidade, diferentemente do que ocorre com a intersexualidade, não manifesta a existência de qualquer questão de má formação dos órgãos genitais. O transexual tem consciência da perfeição de sua condição anatômica, contudo desenvolveu identidade sexual distinta daquela que apresenta a sua anatomofisiológica[94].

Compreender a transexualidade é uma tarefa que vem tomando a atenção de inúmeros pesquisadores no passar dos tempos, sem que se estabelecesse um consenso acerca da sua perfeita caracterização.

> "Do ponto de vista das patologias, há uma disparidade de pontos de vista: alguns põem a transexualidade entre as psicoses (Socarides, 1970), outros a consideram um precursor do travestismo ou da homossexualidade (Limentani, 1979), um transtorno narcísico (Chiland, 2000, 2003; Oppenheimer, 1991) ou um transtorno *borderline* (Green, 1987); outros, seguindo Lacan, distinguem a transexualidade psicótica das formas neuróticas ou perversas de transexualismo."[95]

A Associação Americana de Psiquiatria (American Psychiatric Association – APA) que elabora o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-V) fixa como critérios para a caracterização do transexual (código 302 - disforia de gênero[96]) a forte e persistente identificação com o sexo oposto, o desconforto renitente com seu sexo biológico, a não concomitância dessa perturbação mental

---

[93] Simona Argentieri. Travestismo, transexualismo, transgêneros: identificação e imitação, *Jornal de Psicanálise*, 42:77, São Paulo, 2006, p. 176.

[94] Rafael Kalaf Cossi. *Transexualismo, psicanálise e gênero*. 42 e 43 f. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. 2010.

[95] Simona Argentieri, op. Cit., p. 168

[96] Anteriormente se definia como sendo "transtorno de identidade de gênero" a condição do transexual (DSM-IV), contudo a nova edição da Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-V) passou a utilizar o termo disforia de gênero, por entender que a expressão "disorder" não se mostrava adequada, gerando um estigma Disponível em: <http://www.dsm5.org/Documents/Gender%20Dysphoria%20Fact%20Sheet.pdf>. Acesso em: 13/07/2014.

com uma condição de intersexual, e o sofrimento psíquico intenso e lesivo às suas atividades ocupacionais e sociais[97], sem que venha a se preocupar efetivamente com um critério classificatório de inclusão ou exclusão[98].

A compreensão de que a transexualidade configura uma enfermidade é bastante clara atualmente, mormente quando se constata sua presença também no Código Internacional de Doenças (CID-10 de 2008), sob o código F64.0 para o transexualismo[99]. John Money, grande estudioso do tema, sustenta claramente que o transexual é um doente e não alguém que age impelido por qualquer sorte de

---

[97] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 323.

[98] **302.xx Disforia de gênero**

Critérios Diagnósticos A. Uma forte e persistente identificação com o gênero oposto (não um mero desejo de obter quaisquer vantagens culturais atribuídas ao fato de ser do sexo oposto).

Em crianças, a perturbação é manifestada por quatro (ou mais) dos seguintes quesitos:
(1) declarou repetidamente o desejo de ser, ou insistência de que é, do sexo oposto
(2) em meninos, preferência pelo uso de roupas do sexo oposto ou simulação de trajes femininos: em meninas, insistência em usar apenas roupas do estereótipo masculino.
(3) preferências intensas e persistentes por papéis do sexo oposto em brincadeiras de faz-de-conta, ou fantasias persistentes acerca de ser do sexo oposto
(4) intenso desejo de participar em jogos e passatempos do estereótipo do sexo oposto
(5) forte preferência por colegas do sexo oposto
Em adolescentes e adultos, o distúrbio se manifesta por sintomas tais como desejo declarado de ser do sexo oposto, fazer-se passar freqüentemente por alguém do sexo posto, desejo de viver ou ser tratado como alguém do sexo oposto, ou convicção de ter os sentimentos e reações típicos do sexo oposto.
B. Desconforto persistente com seu sexo ou sentimento de inadequação no papel de gênero deste sexo.
Em crianças, a perturbação manifesta-se por qualquer das seguintes formas: em meninos, afirmação de que seu pênis ou testículos são repulsivos ou desaparecerão, declaração de que seria melhor não ter um pênis ou aversão a brincadeiras rudes e rejeição a brinquedos, jogos e atividades do estereótipo masculino; em meninas rejeição a urinar sentada, afirmação de que desenvolverá um pênis, afirmação de que não deseja desenvolver seios ou menstruar ou acentuada aversão a roupas do estereótipo feminino.
Em adolescentes e adultos, o distúrbio manifesta-se por sintomas tais como preocupação em ver-se livre de características sexuais pimárias ou secundárias (p. ex., solicitação de hormônios, cirurgia ou outros procedimentos para alterar fisicamente as características sexuais, com o objetivo de simular o sexo oposto) ou crença de ter nascido com o sexo errado.
C. A perturbação não é concomitante a uma condição intersexual física.
D. A perturbação causa sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social ou ocupacional ou em outras áreas importantes da vida do indivíduo.
302.6 Transtorno da Identidade de Gênero em Crianças
302.85 Transtorno da Identidade de Gênero em Adolescentes ou Adultos.

[99] CID-10 F 64.0 Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado.
Disponível em: http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/webhelp/cid10.htm. Acesso em: 30/07/2012.

libertinagem, vício ou desejo psíquico de ser alguém de outro sexo por mero prazer ou vontade[100].

As descrições codificadas da transexualidade revelam um enorme desconforto com a condição física por ele apresentada, contudo o interesse ou vontade de realizar a operação para adequação dos genitais não é uma regra, o que pode mesmo se constatar de relatos apresentados[101].

Evidencia-se, porém, que a militância transexual por vezes se coloca contra a esta visão de que a transexualidade seria uma doença, e que seria sim uma questão de identidade, sem vínculo com a orientação sexual, capricho, perversão sexual ou doença debilitante[102], distante da concepção do travestismo[103]. Na França a transexualidade já não mais é tratada ou considerada como uma doença, tendo sido o primeiro país do mundo a retirar esta condição das listas de patologias psiquiátricas (decreto nº 2010-125 de 08 de fevereiro de 2010)[104], mesmo posicionamento adotado pelo Standards of Care (SOC) for the Health of Transexual, Transgender, and Gender Nonconforming People, que consigna não ser a

[100] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 317.
[101] Simona Argentieri. Travestismo, transexualismo, transgêneros: identificação e imitação, Jornal de Psicanálise, 42:77, São Paulo, 2006, p. 171
[102] Jaqueline Gomes de Jesus. *Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos*, Brasília: autor, 2012, p. 7.
[103] Segundo o Código Internacional de Doenças (CID-10), o travestismo é tratado de forma direta em dois momentos, num como transtorno de identidade sexual (F64.1) e noutro com transtorno da preferência sexual (F65.1), constando também do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-V) aparece apenas a figura do travestismo fetichista (302.3).
Independentemente de todos os critérios distintivos apresentados é interessante notar que transexuais e travestis são percebidos como os sujeitos que mais sofrem preconceito dentro no universo GLBT, conforme demonstra os dados coletados pela pesquisa Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil: Intolerância e respeito às diferenças sexuais, realizada pela Fundação Perseu Abramo e pela fundação alemã Rosa Luxembourg. http://www2.fpa.org.br/o-que-fazemos/pesquisas-de-opiniao-publica/pesquisas-realizadas/conheca-pesquisa-diversidade-sexual-. Acesso em 01/02/2013.
[104]Disponível em: <http://www.sante.gouv.fr/declassification-de-la-trans-identite-de-la-liste-des-maladies-mentales-de-l-organisation-mondiale-de-la-sante.html.> Acesso em: 01/02/2013.

transexualidade uma patologia mas sim como uma questão diversidade, por meio da Campanha Internacional Stop Trans Pathologization[105].

De se notar a utilização da expressão transexualidade, e não transexualismo, tem como objetivo tentar afastar da situação do transexual uma condição de portador de doença, em razão do sufixo *ismo*, como é a tendência atual[106].

Os transexuais podem ser classificados em duas modalidades, quais sejam, os que nasceram geneticamente como homens, mas tem a identidade de gênero feminina (MTF – sigla em inglês que significa *male to female*) e aqueles que nasceram como mulheres e apresentam identidade de gênero masculina (FTM – sigla em inglês que significa *female to male*)[107].

A doutrina ainda os distingue em outras duas modalidades, a dos transexuais verdadeiros ou primários e os transexuais secundários. O primeiro grupo seria composto daqueles que tem a clara concepção de inadequação entre a sua identidade de gênero e sua anatomia, mas não padecem de nenhuma enfermidade psíquica, e que não buscam a intervenção cirúrgica objetivando a prostituição ou fins econômicos, mas sim com o escopo de atender à sua identidade social, sendo que a estes é que se deve autorizar a realização da operação de redesignação[108]. Os transexuais primários seriam aqueles que apresentam desde a formação do núcleo

[105] Disponível em: <http://www.stp2012.info/old/pt>. Acesso em: 14/10/2013.
[106] Rafael Kalaf Cossi. *Transexualismo, psicanálise e gênero*. 69 f. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. 2010.
[107] Visando evitar confusões terminológicas e não entrando em celeumas do mundo médico, neste trabalho será considerado a origem genética como elemento definidor quanto a modalidade da transexualidade, sendo compreendido como transexual masculino aquele que busca a identidade feminina e transexual feminino apresenta pertencimento masculino.
[108] Rafael Kalaf Cossi. *Transexualismo, psicanálise e gênero*, dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo em 2010, p. 33.

de identidade de gênero, na infância, como pertencentes a gênero diverso daquele que sua aparência demonstra[109].

Já aqueles que se enquadram na condição de transexuais secundários (e que não poderiam ser denominados de transexuais puros), seriam os que manifestam apenas esporadicamente o interesse de pertencer a outro gênero ou que teriam tal aversão ao gênero atribuído manifestado apenas depois da idade adulta, não sendo uma figura perfeitamente adaptada à ideia do transexualismo verdadeiro, por vezes motivados pelas condições econômicas ou pressão social[110]. Neste caso, por não ser uma situação que se mostra contínua e efetiva, não seria conveniente se pensar em qualquer tipo de intervenção médica ante a transitoriedade que apresenta[111].

De qualquer sorte é importante ressaltar que independentemente da classificação clínica em que se configure o sujeito, uma vez constatada a sua condição de transexual, caberá a ele todos os pleitos inerentes. Não nos compete neste trabalho discorrer sobre quais seriam os conceitos clínicos mais ou menos adequados, atribuição esta do mundo médico, contudo uma vez consolidada a transexualidade há de se conferir ao sujeito toda a proteção que lhe é inerente.

Neste ponto cumpre consignar a esquizofrenia Estatal que, como ficará indicado no decorrer desta tese, se ocupa mais de tentar fixar os parâmetros do que viria a ser a transexualidade (prerrogativa evidente da área médica) do que garantir meios efetivos para que tais pessoas possam atingir uma vida plena com atenção aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

---

[109] Jorge Leite Júnior. *Nossos corpos também mudam: Sexo, gênero e a invenção das categorias "travesti" e "transexual" no discurso científico*, tese de doutorado apresentada ao Departamento de Ciências Sociais da PUC-SP em 2008, p. 174.

[110] Jorge Leite Júnior. *Nossos corpos também mudam: Sexo, gênero e a invenção das categorias "travesti" e "transexual" no discurso científico*, tese de doutorado apresentada ao Departamento de Ciências Sociais da PUC-SP em 2008, p. 174.

[111] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 34.

O devido direcionamento das atitudes e preocupações do Poder Público é preponderante para que se atenda aos parâmetros inerentes a um Estado Democrático de Direito, vez que uma atuação atabalhoada ou mesmo irresponsável acaba por trazer severos prejuízos, os quais se pode atribuir à manifesta incompetência do Estado em prover a todos uma vida digna respaldada nos alicerces da cidadania.

1.5 Orientação Sexual

Ainda dentro do contexto da sexualidade é preponderante analisar a orientação sexual, conceito atrelado ao interesse afetivo-sexual apresentado pelo sujeito, e que não se confunde com a identidade de gênero. Esta perspectiva da sexualidade pode ser entendida como a "forma pela qual o indivíduo vai viver a sua sexualidade, podendo ser: heterossexual, homossexual, bissexual ou assexual"[112], fazendo concluir que a orientação sexual está diretamente vinculada à percepção quanto ao interesse de manutenção de relações sexuais e a quem este desejo se destina.

Importante se notar também que não se há de falar em opção sexual, mas sim uma orientação, vez que o indivíduo não efetiva uma escolha por esta ou aquela conduta, apenas tem aquele interesse, desejo ou vontade sexual vinculada para tal ou qual sentido. Da mesma forma que o heterossexual não efetiva nenhum tipo de escolha para ser como é, o mesmo se dá em sede das outras orientações sexuais, pois independentemente de qualquer tipo de manifestação de vontade o individuo

[112] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 249

simplesmente reconhece sua condição inata de sexualidade[113], ou decorrente de uma origem biológica[114], ou ainda de fatores psicossociais[115].

Fato é que a atração sexual é uma realidade que fica está absolutamente afastada de opção sexual, não sendo uma escolha conscientemente feita, como bem ressalta Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[116].

> "Enquanto a ciência não resolve o mistério de qual é a origem da homossexualidade, de algumas questões já temos certeza: ninguém escolhe sua orientação sexual: ser homossexual ou bissexual não é anormalidade nem doença; o que difere um homossexual do heterossexual é, simplesmente, a orientação sexual e nada mais"[117]

A figura da orientação sexual é distinta da identidade de gênero, vez que independentemente desta o sujeito pode ter uma orientação distinta daquele que a normalidade atribuiria, podendo se constatar a existência até mesmo de transexuais homossexuais. Segundo uma perspectiva de normalidade, a regra é que o transexual feminino (MTF) tem uma orientação sexual que conduz o seu desejo para um homem, como o feminino (FTM) para uma mulher, contudo existem hipóteses em que isso não se verifica, podendo se constatar uma condição de homossexualidade, bissexualidade ou mesmo assexualidade[118].

Verifica-se que o transexual apresenta repugnância, ordinariamente, pela relação homossexual, pois responde aos estímulos de outro sexo, já que não se vê como alguém que mantém ou busca manter relações sexuais com pessoas do

---

[113] Amanda Pegorini Gimenes; Tereza Rodrigues Vieira. Homoafetividade: de Sodoma ao STF, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p.156.
[114] Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil: Direito de família*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 440.
[115] Amanda Pegorini Gimenes; Tereza Rodrigues Vieira, op cit., p.158.
[116] Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 484.
[117] João Batista Pedrosa *apud* Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 157.
[118] Rafael Kalaf Cossi. *Transexualismo, psicanálise e gênero*. 85-88 f. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. 2010.

mesmo sexo que ele[119], evidenciando de maneira bastante clara a distinção entre a questão do gênero e da orientação sexual. Ressalta-se, de qualquer sorte, que existem relatos de transexuais que tem fogem da pseudo-normalidade da heterossexualidade, sendo homossexuais, bissexuais ou mesmo assexuados[120].

A orientação sexual, portanto, se faz presente como um elemento distinto da identidade de gênero, com fundamento na existência ou não de interesse sexual (no sentido de manutenção de relação sexual), e se tal desejo se destina a pessoa do mesmo gênero ou não. O critério para a sua constituição há de estar fundamentado na identidade de gênero apresentada pelas partes, e não da sua configuração física ou naquilo que a genitália revela.

A heterossexualidade é a concepção que lastreia o preceito de normalidade na sociedade vigente, sendo esta a orientação sexual estatalmente estabelecida, protegida e respeitada, baseada na atração físico-sexual entre pessoas pertencentes a gêneros distintos, ou seja, é verificada na existência de interesses de um sujeito considerado do gênero masculino com outro do gênero feminino. Assim, o heterossexual é aquele que tem a sua libido direcionada a alguém que apresenta uma identidade de gênero distinta da sua, numa figura em que prevalece a ideia de relações sexuais com distinção de gênero, e fundada, eminentemente, em relações sexuais na modalidade de cópula vagínica.

A compreensão da heterossexualidade se fundamenta na visão de que, no que concerne a prática do ato sexual, o ordinário está na sua realização entre os opostos, o que seria o natural, segundo esta ideia primária e que, como já mencionado, não é necessariamente uma verdade.

---

[119] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 320-321.
[120] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. O direito do transexual com filhos à cirurgia de transgenitalização, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.142.

À heterossexualidade segue a homossexualidade (condição constatada em cerca de 20% da população, segundo pesquisa do National Bureau of Economic Research apresentada em outubro de 2013)[121], surgindo quase que como um contraposto social da heterossexualidade, hipótese em que a orientação sexual do sujeito não se insere na normalidade posta na sociedade ocidental vigente, apresentando atração por alguém que apresenta a mesma identidade de gênero que a sua, ou, nos dizeres de Anibal Guimarães, a "orientação afetiva e erótico-sexual em relação a alguém de seu mesmo sexo"[122]. A homossexualidade já passou por diversas considerações e status durante os tempos, indo de uma visão que a considerava como "espécie de androgenia interior, um hermafroditismo da alma"[123] no século XIX, e chegando, na atualidade, à ideia de alguém que "sofre de uma variação do impulso sexual e da afetividade"[124].

O homossexual é aquela pessoa que tem sua atividade sexual inclinada exclusivamente a pessoas que tenham sexo idêntico ao seu, seja de forma efetiva ou mesmo fantasiosa/imaginária, sem que isso venha a atingir o seu sexo biológico (já que não o renega)[125].

Considere-se que a expressão adequada a ser usada é homossexualidade e não homossexualismo, vez que o sufixo *ismo* remete a uma concepção de doença ou enfermidade (no mesmo sentido que se prefere transexualidade a transexualismo). Durante muito tempo a homossexualidade foi vista como uma

---

[121] Katherine B. Coffman; Lucas C. Coffman; Keith M. Marzilli Ericson. *The size of the LGBT population and the magnitude of anti-gay sentiment are substantially underestimated*. Cambridge:National Bureau of Economic Research. Working Paper nº 19.508, October 2013. p. 5 e 6.
[122] Anibal Guimarães. Sexualidade heterodiscordante no mundo antigo, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 28.
[123] Michel Foucault. *História da sexualidade 1: A vontade de saber*, Rio de Janeiro: Graal, 1999 p. 43-44.
[124] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 250.
[125] Débora Vanessa Caús Brandão. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*, São Paulo: RT, 2002, p. 17.

patologia, uma doença, passível de tratamento e com designação no Código Internacional de Doenças (CID-10), sendo certo que atualmente, as principais organizações de saúde não mais a considera como tal, "sendo definida na pós-modernidade como um estilo de comportamento geneticamente prevalente"[126].

Esta concepção evidencia que a homossexualidade é marcada por uma conduta sexual que se mostra divergente daquela ordinariamente proposta da conjunção carnal, vez que não se verifica a possibilidade física da efetivação de cópula vagínica entre as partes. De se consignar que a visão sobre a existência de relações entre pessoas do mesmo sexo já passou por entendimentos dos mais variados, sendo uma prática rigorosamente excluída do cristianismo, mas exaltada na Grécia antiga[127] e perfeitamente aceita no Império Romano[128].

Não se olvide, como ressalta Michel Foucault, a série de relatos em que se tem a reprovação, repulsa ou zomba de atos que hoje poderiam ser associados à figura da homossexualidade na antiguidade, como se pode vislumbrar em *Metamorfoses* de Apuleu, em *Controverses* de Sêneca, o Retórico, ou mesmo no primeiro discurso de Sócrates em *Fedro*[129].

A razão pela qual a pessoa vem a apresentar a homossexualidade como orientação sexual é alvo de muita celeuma, não havendo uma definição sobre o

---

[126] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 251.

[127] De se notar que os gregos não conferiam à relação entre pessoas do mesmo sexo a mesma noção empregada hoje à homossexualidade, vez que não havia uma oposição desta atividade à figura do amor pelo sexo oposto, sem uma fronteira clara entre uma situação e outra (como assevera Michel Foucault em Michel Foucault. História da sexualidade 2: O uso dos prazeres, Rio de Janeiro: Graal, 1998. p. 167), sendo um erro grave assumir a perspectiva atual acerca do tema para tratar daquela figura, sendo que a afirmação de que os gregos eram homossexuais ou bissexuais "é subestimar a complexidade de que se revestiu aquela cultura e civilização", nos termos trazidos por Anibal Guimarães (Sexualidade heterodiscordante no mundo antigo, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 29).

[128] Michel Foucault. História da sexualidade 2: O uso dos prazeres, Rio de Janeiro: Graal, 1998. p. 17.

[129] Michel Foucault. História da sexualidade 2: O uso dos prazeres, Rio de Janeiro: Graal, 1998. p. 21-22.

tema. Há um estudo do biólogo norte-americano Simon Le Vay que indica uma correlação entre a orientação sexual e a estrutura do hipotálamo, ante a constatação de que as células do hipotálamo dos homens homossexuais são menores do que a dos heterossexuais, enquanto Sigmund Freud estabelecia que as bases da homossexualidade em critérios de fundo psicológico, vinculada a relações familiares, destacando a existência de "uma figura parental dominadora do sexo oposto"[130]. Roberto Senise Lisboa pontua que a "homossexualidade é um distúrbio de identidade que não é hereditário, porém decorrente do meio no qual se desenvolveu o determinismo psíquico primitivo, no período entre a concepção e os quatro anos de idade"[131].

De qualquer sorte, bastante relevante se consignar que não se pode confundir a figura da homossexualidade com a transexualidade já que aquele não apresenta qualquer tipo de problema relacionado à sua identificação vinculada ao sexo biológico, sendo apenas alguém que se afeiçoa por pessoa de sexo igual ao seu, como bem consigna Silvio de Salvo Venosa[132].

Após a compreensão dos elementos que contornam a heterossexualidade e a homossexualidade, cabe a apreciação da bissexualidade, sendo de se entender esta como a circunstância em que a pessoa sente atração físico-sexual tanto por pessoas que revelam ser do mesmo gênero que ela, como também para com as do gênero oposto. Verifica-se, portanto, que o bissexual apresenta uma atuação dúplice, por vezes agindo como heterossexual, e outras como homossexual, numa conduta que transita por esta ou aquela orientação sexual, com interesse voltado para ambos os

---

[130] Júlio Júlio Assis Simões. Regina Facchini. *Na trilha do arco-iris: do movimento homossexual ao LGBT*, São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2009, p. 31-32.
[131] Roberto Senise Lisboa. *Manual de Direito Civil: Direito de família e sucessões*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 183.
[132] Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil: Direito de família*, São Paulo: Atlas, 2011,. p. 440.

sexos[133], sendo que cerca de 2% (dois por cento) da população se enquadraria nesta condição[134].

A bissexualidade se revela como uma condição complexa vez que em muitas das vezes ela é simplesmente definida como homossexualidade. Michel Foucault chega a afirmar que na Grécia antiga a possibilidade que se conferia ao sujeito de relacionar-se, simultânea ou alternadamente, com mulheres e rapazes poderia fazer com que fossem qualificados como bissexuais, ainda que tal atuação se fundasse no simples desejo ou apetite natural pelo belo, independentemente do sexo que ostentavam[135].

Finalmente, quanto a orientação sexual é pertinente tecer algumas breves considerações acerca da figura do assexual, que se manifesta como uma figura que se distingue frontalmente das outras três previamente analisadas, vez que é o indivíduo que se revela desprovido de interesse sexual por quem quer que seja, numa condição de celibato não forçado, mas sim, natural, ante a inexistência de apetite sexual.

Assim, o assexual é o exato contraponto para o grupo dos heterossexuais, homossexuais e bissexuais, vez que enquanto nestes se verifica a quem se direciona o interesse sexual, naquele não há destinatário de qualquer interesse desta natureza, com uma existência desprovida de qualquer apetite ou vontade de cunho sexual.

Ressalta-se que não se fala na inexistência de relação afetiva ou amorosa, mas sim na ausência de interesse pela manutenção de intercurso sexual em

---

[133] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 157.
[134] João Batista Pedrosa. Bissexuais, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p. 83.
[135] Michel Foucault. *História da sexualidade 1: A vontade de saber*, Rio de Janeiro: Graal, 1999, p. 168.

qualquer modalidade que seja, não sentindo qualquer sorte de atração sexual. Estudos revelam que cerca de 1% (um por cento) da população britânica se autodeclara como assexual[136], sendo que não se conhece as bases biológicas para a sua incidência e, em decorrência de limitações éticas para os estudos com humanos, tem-se utilizado de pesquisas com animais com uma estatística de 1 a 5% de machos não copuladores na natureza[137].

De se notar que a condição da assexualidade é mais um elemento a indicar a impropriedade técnica em se discutir sobre a questão do casamento ou união estável homossexual/homoafetivo, vez que não se perquire em nenhum momento esta outra modalidade de orientação sexual, mostrando que o viés adotado nesta seara está longe de ser o adequado, como se desenvolverá posteriormente.

Desta maneira evidencia-se claramente que a questão da orientação sexual há de ser perfeitamente compreendida a fim de não se incorrer no risco de confundir as suas modalidades, mas principalmente para estabelecer a sua perfeita distinção em relação à identidade de gênero, ainda que se pontue aqui, veementemente, que estes conceitos de cunho personalíssimo não deveriam ser em nenhum momento objeto de interesse do Estado, mormente para fins de segregação e preconceito.

---

[136] Anthony F. Bogaert. *Asexuality: prevalence and associated factors in a national probability sample*, 41, J. Sex Res., 2004, p. 279.
[137] Wendy Portillo. Raúl Paredes. Assexualidad, *Revista Digital Universitaria*, 12:3, Ciudad de Mexico, 2011, p. 5 e 6.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SEXUALIDADE

A Constituição Federal traz no seu bojo uma série de elementos que tem por objetivo servir de diretriz para a estruturação do ordenamento como um todo, fixando princípios e parâmetros gerais que se revelam como fontes ou alicerces para a construção normativa como um todo, estabelecendo padrões básicos aos quais se deve sempre recorrer para a plena compreensão legislativa.

Os princípios são, portanto, entendidos como as bases elementares e estruturantes do sistema jurídico como um todo, firmando as diretrizes de orientação para a elaboração normativa infraconstitucional, bem como o seu alicerce interpretativo, representando os valores mais nucleares do Estado Democrático de Direito que se propõe estabelecer.

No entender de Celso Antônio Bandeira de Mello princípio

> "[...] é, por definição mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico."[138]

Sendo a base do ordenamento jurídico haveria a Constituição Federal de ser elaborada de forma a garantir a todos a efetiva cidadania, estendendo esta perspectiva para toda a legislação infraconstitucional. Ocorre que, todavia, conforme ressalta Luiz Alberto David Araújo, nossos sistemas estruturais (social, jurídico, político e econômico) seguem uma lógica que em inúmeras situações não é reflexo

[138] Celso Antônio Bandeira de Mello. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, *Revista de Direito Público*, n. 57/58, p. 247.

da efetiva necessidade apresentada pelos indivíduos[139], gerando distorções e relegando determinadas pessoas a uma condição de subcidadãos.

A concepção de todo o ordenamento jurídico pátrio, incluindo a Constituição Federal de 1988, está lastreada no preceito da heteronormatividade, estruturando a norma sob o prisma da normalidade sexual posta (homem-masculino x mulher-feminino e heterossexualidade), gerando algumas ofensas evidentes à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade, ensejando uma série de desvios e equívocos.

Não basta consignar-se no texto constitucional que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, garantidor dos direitos da personalidade e que tem na sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, seus valores supremos se estas afirmações não forem além da letra morta da lei. Tais afirmações, diretrizes ou propósitos de nada servem quando não efetivados, graças a uma legislação que segrega ao fundar-se em uma heteronormatividade, que, por si só, já pode ser considerada como uma violação aos direitos humanos[140].

A Constituição Federal é texto generalista e preconiza a laicidade do Estado como um de seus parâmetros, motivo pelo qual “não podem os governantes, legisladores, juízes deixarem-se conduzir por posições sectárias, decorrentes de crenças religiosas particulares, mesmo que professadas por uma maioria da

[139] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 57.
[140] Marco Aurélio Máximo Prado, Rogério Diniz Junqueira. *Homofobia, hierarquização e humilhação social*, São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2011, p. 62.

população" ressaltando que a compreensão de maioria não significa o mesmo que interesse público[141].

De qualquer sorte a concepção garantidora e humanista que rege o texto constitucional não pode ser jamais ignorada, havendo de ser tomada por base principiológica da apreciação de toda e qualquer demanda social que se apresente.

> [...] é inconstitucional a postura estatal que negue reconhecimento jurídico ou discrimine negativamente determinadas pessoas que possuam uma consciência homoafetiva ou transexual e que, consequentemente, vivam suas vidas e tomem decisões coerentes com tal consciência não heterossexual[142].

Considerando a amplitude e envergadura dos princípios constitucionais, inegável a sua relevância para a discussão dos consectários da sexualidade e seus desdobramentos no ordenamento jurídico, sendo certo que o gênero, o sexo, a identidade de gênero e demais temas conexos encontram respaldo constitucional, vez que inserido num contexto de dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade, sendo inadmissível que o Estado, em qualquer de suas esferas, ignore tal situação e atue de forma discriminatória.

2.1 Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana

A concepção de dignidade da pessoa humana é parâmetro fundamental para o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito, não se restringindo apenas à ideia de se conferir a todos uma vida minimamente digna, vez que se reveste de

---

[141] Roberto Arriada Lorea. Intolerância religiosa e casamento gay, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 38-39.
[142] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Os princípios fundantes, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.209.

uma característica mais ampla, distanciando-se claramente da simples garantia do indispensável à mera sobrevivência.

A percepção do que venha a ser dignidade difere da perspectiva da dignidade da pessoa humana, sendo aquela inerente a todo e qualquer ser humano, independente de concessão por quem quer que seja (todos tem dignidade, independentemente da existência de qualquer sorte de previsão constitucional ou infraconstitucional neste sentido), enquanto o princípio a ele atrelado depende de positivação para ser considerado como elemento estrutural e valor jurídico fundamental. De forma que não seria adequado pensar em direito à dignidade, mas sim em "direito ao reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade"[143].

O conceito de dignidade da pessoa humana encontra suas raízes no ideário cristão, sem que se possa dar ao cristianismo a primazia da concepção humanista, estando presente já no Antigo Testamento (como também no Novo) ao trazer a perspectiva de que o homem foi concebido à imagem e semelhança de Deus, encontrando, no período, Marco Túlio Cícero como um de seus grandes estudiosos[144]. O humanismo encontra hoje inúmeros desdobramentos, revelando suas vinculações com os mais diversos ramos do direito, até mesmo com aqueles que outrora eram vistos como incompatíveis, como no direito econômico, em que atualmente viceja a figura do capitalismo humanista de Ricardo Hasson Sayeg e Wagner Balera[145].

---

[143] Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. 2 tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 86-87.
[144] Ingo Wolfgang Sarlet. o*p. cit.,* p. 27-28.
[145] Ricardo Hasson Sayeg. Wagner Balera. *Capitalismo Humanista – Filosofia humanista de direito econômico*. Petrópolis: KBR, 2011.

Ainda que se entenda que a expressão dignidade da pessoa humana seja dotada de um enorme conteúdo moral é importante se ter claro em mente que o seu objetivo é enfatizar que ao Estado se atribui, como um de seus fundamentos, proporcionar a todos meios indispensáveis para que cada um possa ter acesso a uma condição digna de vida[146].

Relevante o fato de o texto constitucional trazer a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental (art. 1º, III), o que demonstra que não se trata apenas de uma orientação de cunho ético-moral, mas sim uma norma positivada e revestida de status constitucional, com total eficácia, que pode ser entendido como um princípio axiologicamente maior e que se sobrepõe a todos os outros, ante a sua característica de "valor fundamental geral para toda a ordem jurídica"[147].

Quando se pensa na perspectiva dos direitos humanos e dos direitos da personalidade, a proteção a tais direitos encontra-se ampliada com o surgimento de novos elementos sociais, carecedores de políticas públicas e ações positivas tendentes a garantir o pleno respeito a toda diversidade humana, sendo "dever do Estado zelar pelos direitos e garantias consagrados pela Constituição Federal"[148].

No entender de Ingo Wolfgang Sarlet a dignidade da pessoa humana é

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos,

---

[146] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 102.
[147] Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. 2 tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 87-88.
[148] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, São Paulo: Atlas, 2010, p. 251.

> mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.[149]

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho pontuam que a dignidade da pessoa humana é um princípio maior dentro do ordenamento jurídico, definindo que "a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades, expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade"[150].

É a dignidade da pessoa humana, portanto, um preceito básico a ser considerado, "o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se como um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade", podendo-se entender como ofensivo a este princípio qualquer ato que equipare pessoa a coisa disponível ou objeto, conforme lembra Paulo Luiz Netto Lôbo, citando Immanuel Kant[151].

A preocupação com a garantia de uma vida digna perpassa por toda a estrutura do texto constitucional, sendo que a ordem econômica tem como escopo a garantia da vida digna (art. 170), a ordem social visa a garantia da justiça social (art. 193) e cidadania (art. 205), entre outros, havendo a ideia de dignidade da pessoa humana servir como farol visando a efetivação dos direitos constitucionais[152], garantindo algo que se mostre maior do que a mera sobrevivência a todos, mas sim uma vida efetivamente pautada na dignidade.

---

[149] Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. 2 tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 53-54.
[150] Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. *Novo curso de direito civil: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2011, p.76.
[151] Paulo Luiz Netto Lôbo. *Famílias*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37.
[152] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 104.

Interessante consignar-se que mesmo o conceito de dignidade da pessoa humana sendo objeto de discussão desde tempos remotos a sua positivação se mostra bastante recente, mormente após o término da Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), momento em que passou a figurar na estrutura das Constituições Federais mundo afora, concebendo-se uma perspectiva de que a inserção da dignidade da pessoa humana como um princípio e valor fundamental seria uma característica inerente a um Estado Constitucional Democrático[153].

Flávia Piovesan assevera que o princípio da dignidade da pessoa humana confere sentido à ordem jurídica, sendo seu ponto de partida e de chegada, sob a perspectiva da hermenêutica constitucional contemporânea[154], surgindo como um superprincípio, com a característica de unificar e centralizar o sistema normativo como um todo, conferindo-lhe suporte axiológico[155].

Ainda que se considere óbvio que o preceito da dignidade da pessoa humana tenha por escopo garantir a integridade da raça humana como um todo, sem que se faça qualquer distinção, é sempre necessário se ressaltar este dever quando se vê, na sociedade como um todo, a imposição de parâmetros restritivos ao pleno acesso à dignidade da pessoa humana fundados em conceitos desprovidos de respaldo.

> "Trata-se, pois, de macroprincípio que norteia e orienta todo o sistema jurídico brasileiro, ostenta caráter absoluto e não se submete a qualquer tipo de relativização. Destarte, nada pode haver no ordenamento jurídico pátrio que viole, negue ou restrinja a dignidade da pessoa humana, sob pena de

[153] Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. 2 tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 82-84.
[154] Acerca da perspectiva hermenêutica e a sexualidade sugere-se a leitura de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. A hermenêutica jurídica, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.142.
[155] Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo: Saraiva, 2009,, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 30-32.

> flagrante inconstitucionalidade. Em consequência, a Constituição não abre espaço para qualquer tipo de interpretação nesse sentido."[156]

Impensável no estado atual da sociedade comungar com a ideia de que as pessoas possam ter sua dignidade ofendida apenas por não se enquadrarem no conceito de normalidade socialmente imposto, considerando que a diversidade é que gera a beleza da humanidade. É consequência natural da proteção à dignidade da pessoa humana, o respeito a pressupostos mínimos de liberdade e convivência em igualdade direitos conectados com "o livre desenvolvimento da pessoa humana com seu meio social", nele incluído o direito à identidade e ao nome a serem concretizados, inserindo aqui os direitos dos transexuais, como pontua Antonio Junqueira de Azevedo[157].

A incidência de imposições discriminatórias não deve prosperar em nenhum Estado Democrático de Direito, ainda mais se fundada em um critério tão superficial quanto a sexualidade de cada pessoa. Seja qual for a identidade de gênero do sujeito, ou sua orientação sexual, ele não deixa de caracterizar-se como um ser humano, e, portanto, destinatário de todas as garantias e prerrogativas inerentes a esta sua condição.

Fábio Konder Comparato pontua que o pecado capital no que se refere a ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana está no tratamento do outro como um ser inferior ante a sua etnia, fortuna, gênero ou fortuna, vez que algumas

---

[156] José Luiz Ragazzi, Thiago Munaro Garcial. Princípios constitucionais, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo, RT, 2011, p. 179.
[157] Antonio Junqueira de Azevedo. Requiém para uma certa dignidade da pessoa humana. *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 347 e 348.

destas distinções entre as pessoas devem ser vistas exatamente como valores positivos a serem protegidos e estimulados[158].

A questão da sexualidade está inserida na concepção da dignidade da pessoa humana, podendo-se asseverar que aquele que não tem a sua identidade de gênero devidamente reconhecida restará em uma situação de infelicidade, angústia, que não será superada enquanto não se adequar a sua situação. Atingir o ideal da felicidade é um direito inerente a todo ser humano, a fim de se lhe garantir uma vida plena e realizada[159].

Neste contexto se encontra o que se convencionou denominar de "busca da felicidade" como um elemento integrante da dignidade da pessoa humana, tal qual se encontra reconhecido pela Organização das Nações Unidas (ONU), que assevera ser este "um objetivo humano fundamental, devendo os Estados-membros aplicá-lo como fator de desenvolvimento e bem-estar social"[160], lastreando-se também na ideia inscrita no art. 3º da Constituição Federal, que apresenta a promoção da felicidade como um objetivo do sistema constitucionalmente estabelecido, vez que a dignidade e o bem de todos tem como pressuposto o direito de ser feliz[161].

Como bem pontua o Ministro Celso de Mello o direito à busca da felicidade revela-se como um "verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana"[162].

---

[158] Fábio Konder Comparato. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo: Saraiva, 2008, p.229.
[159] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 64.
[160] Patrícia Corrêa Sanches. O reconhecimento da família homoafetiva no Brasil, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p.204.
[161] Luiz Alberto David Araújo, op cit., p. 74.
[162] AR no RE nº 477.554-MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 26/8/11.

Consigne-se que a concepção não é a de impor ao Estado (seja pelo Executivo, pelo Legislativo ou Judiciário) o dever de gerar a sensação de felicidade a cada pessoa (uma obrigação de meio e não de fim/resultado), mas sim garantir meios para que cada um tenha condições de se realizarem individualmente e, com isso, atingirem a felicidade, vez que "a geração de fatores que propiciem a felicidade é um dos papéis do Estado"[163].

> "[...] A felicidade é um estado de ventura, que atende à multiplicidade de valores e anseios do ser humano, individualmente considerado. Não se pode falar em uma felicidade geral, mas da felicidade de cada ser humano. A felicidade geral é a soma das felicidades individuais atendidas. Portanto, a busca do fim social do Estado deve, obrigatoriamente, fundar-se na busca da felicidade. Os anseios individuais, a captação das mudanças sociais pelo Estado, o atendimento às necessidades básicas do ser humano estão, certamente, entre os fins objetivados pelo Estado e reconhecidos pelo constituinte de 1988."[164]

É inerente à condição humana a sua dignidade, um valor absoluto da racionalidade humana, sendo este até mesmo um parâmetro que distingue as pessoas das coisas, as quais tem preço e não dignidade, além de desprovidas de razão e vontade[165].

Relegar aquele que não se insira imediatamente na condição de normalidade convencionada na sociedade atual (como o transexual e o intersexual) a uma condição de marginalidade, não lhe conferindo a devida atenção no ordenamento jurídico e conduzindo-o a uma condição de pária da sociedade não é uma conduta que se coaduna com o escopo elementar descrito no princípio da dignidade da pessoa humana.

---

[163] Patrícia Corrêa Sanches. Mudança de nome e da identidade de gênero, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 441.
[164] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 106.
[165] José Luiz Ragazzi, Thiago Munaro Garcial. Princípios constitucionais, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo, RT, 2011, p. 179-180.

Alguns parâmetros segregatórios já foram extirpados da sociedade ou começam a ser frontalmente combatidos, como é o caso da imposição ou estabelecimento de garantias em decorrência de cor de pele ou condição socioeconômica, contudo outros ainda se mostram presentes e arraigados em certas esferas sociais. O reconhecimento da existência de pessoas que não se enquadram na esfera das maiorias é imprescindível para o efetivo estabelecimento do Estado Democrático de Direito que esteja respaldado na dignidade da pessoa humana.

Contudo certos grupos sociais minoritários são solenemente ignorados e descartados dos parâmetros legais estabelecidos no ordenamento jurídico, como é o caso dos intersexuais e dos transexuais, a quem o ordenamento jurídico não confere o menor resguardo ou proteção em face de heteronormatividade imperante (ainda que não os segregue oficialmente).

A busca pela garantia universal dos direitos dos homens, sem segregação ou marginalização em razão de sexo, identidade de gênero, orientação sexual ou cor de pele é uma batalha que não pode ser relegada, vez tais preconceitos, como tantos outros, não podem prosperar em uma sociedade que se diz civilizada e lastreada em preceitos como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a justiça e a liberdade.

A ideia da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, estão presentes no texto constitucional desde o seu preâmbulo, que afirma que o Estado Democrático de Direito vigente destina-se a assegurar “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.

O respeito ao ser humano em sua plenitude é elemento imprescindível para a existência de um Estado Democrático de Direito que se efetive como tal, garantindo

a igualdade e a dignidade da pessoa humana como parâmetros nucleares. Onde não se assegura condições mínimas de existência, respeito a vida e integridade moral e a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados a dignidade da pessoa humana estará maculada, com o indivíduo podendo tornar-se vítima de injustiças[166].

É de se evidenciar que não se pugna aqui pelo estabelecimento de uma classe de cidadãos que tenha "superdireitos" ou garantias excepcionais, apenas que se resguarde a dignidade da pessoa humana como um parâmetro essencial, de uma sociedade que respeita a todos em suas características e sua individualidade, permitindo a todos o acesso a uma vida digna com vistas à felicidade.

A leniência do Estado em garantir aos transexuais e intersexuais o respeito aos seus direito é uma patente afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como uma irresponsabilidade passível de apenação.

> "Como limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade é algo que pertence necessariamente a cada um e que não pode ser perdido e alienado, pois, se não existisse, não haveria fronteira a ser respeitada; e como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente quanto objetivando a promoção da dignidade, *especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, que é dependente da ordem comunitária*, já que é de perquirir até que ponto é possível o indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita para tanto do concurso do Estado ou da comunidade."[167]

Desta maneira, não se pode conceber a ideia de um Estado Democrático de Direito que tenha a dignidade da pessoa humana como seu fundamento e que ignore o pleno exercício dos direitos da personalidade a uma parcela de seus

---

[166] Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. 2 tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 53.

[167] José Carlos Teixeira Giorgis. A natureza jurídica da relação homoerótica. *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 128-129.

cidadãos, como ocorre com aqueles que lutam pelo reconhecimento de sua identidade de gênero.

2.2 Princípio da igualdade

A concepção de igualdade ou isonomia é um dos pilares estruturais do Estado Democrático de Direito brasileiro conforme concebido pela Constituição Federal de 1988, preconizando o tratamento igualitário a todas as pessoas, sem que se faça qualquer distinção, seja qual for a natureza, ressalvada a prevalência da máxima aristotélica de fixação de igualdade.

Esta igualdade pode revelar-se segundo três vertentes distintas. A ideia inicial é a da igualdade formal, expressa na figura de que todos são iguais perante a lei e que se mostrou crucial para a abolição de uma série de privilégios, seguida pela igualdade material que se vincula à justiça social e distributiva de cunho socioeconômico, e a igualdade material atrelada ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades, em conceito norteado por critérios variados como gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia, etc[168].

A concepção de igualdade é perspectiva bastante remota, com respaldo mesmo no texto bíblico, como se vê em Gálatas 3:28 (“Não há judeu nem grego, escravo nem livre, homem nem mulher; pois todos são um em Cristo Jesus”) ou em

[168] Flávia Piovesan; Roberto B. Dias da Silva. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Européia de Direitos Humanos e no judiciário brasileiro, *Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e justiça*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 67.

Romanos 10:12 (“Não há diferença entre judeus e gentios, pois o mesmo Senhor é Senhor de todos e abençoa ricamente todos os que o invocam”)[169].

Evidencia-se que a igualdade há de ser o esteio do ordenamento social e jurídico nacional, em que pese esta determinação nem sempre encontrar sustentação prática. Em um Estado Democrático de Direito a igualdade lastreia a concepção de democracia e, como pontua Luiz Alberto David Araújo, esta se confirma pela valorização da maioria, sem que isso venha a ensejar o desprezo da minoria[170].

Neste sentido é importante suscitar que o preceito da igualdade, quando vinculado à questão da sexualidade, se mostra impregnado de ponderações de cunho religioso, o que não se pode admitir em sede de um Estado Democrático de Direito que se declara laico.

> “[...] o fato de a maioria da população de um país se afirmar católica não legitima tratamento privilegiado àqueles que comungam essa crença, preterindo-se o direito de quem professa outra crença ou daqueles que não creem. Como ponderam Jonatas Machado (Universidade de Coimbra) e Cass Sustein (Universidade de Chicago), a posição sociologicamente dominante de uma determinada religião, alcançada no passado através de um estatuto jurídico e político privilegiado, não pode servir no presente para defender a perpetuação de um tratamento privilegiado.”[171]

A separação do Estado da Igreja deveria ter trazido uma real secularização, contudo esta não se verifica, vez que a maioria religiosa continua se fazendo presente e impondo seus dogmas para a toda a sociedade, independentemente da fé que cada um venha a professar. O estabelecimento de condutas ou abstenções de forma institucionalizada àqueles que não comungam da mesma crença religiosa

---

[169] Interessante notar que apesar desta forte remissão de cunho religioso, muitas vezes, preceitos e dogmas desta natureza são os maiores obstáculos à consecução da igualdade.
[170] Luiz Alberto David Araújo. A proteção constitucional do transexual. São Paulo: Saraiva, 2000, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 57. p. 2.
[171] Roberto Arriada Lorea. Intolerância religiosa e casamento gay, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 39.

não pode ser uma conduta admissível, pois a imposição desta moral única dá azo a um evidente afastamento do objetivo da construção de uma sociedade pluralista e efetivamente democrática.

A tentativa de fazer prevalecer sua concepção moral de maioria e impedir a existência de qualquer outra que não se coadune perfeitamente com o que é por ela proposto[172] é absolutamente contrário aos parâmetros da cidadania e igualdade.

O Estado não pode, seja na seara que for, determinar que preceitos de certas religiões sejam impostos a toda uma população de forma indiscriminada, por maior que seja a presença deste grupo religioso na sociedade, vez que a Constituição Federal assevera claramente a laicidade do Estado e a liberdade religiosa, que garante ao sujeito o direito de professar a fé que entender mais adequada, como também a liberdade de professar fé nenhuma, sob pena de manifesta ofensa ao princípio da igualdade.

Ao mesmo tempo se faz pertinente notar que a Igreja aparentemente não abdicou de sua intenção de controlar a sexualidade da sociedade como um todo, vez que nem mesmo a modernidade com sua necessidade de uma moral secular ou a globalização com a maior inserção do pluralismo foram suficientes para atingir tal objetivo, considerando que ela goza de uma elevada legitimidade social na América Latina, influenciando sobremaneira toda a atividade estatal[173].

A assunção de preceitos religiosos pelo Estado na consecução de sua atividade legislativa, impondo condutas ou abstenções em sua decorrência tem o condão de inviabilizar o efetivo acesso à igualdade, gerar discriminação e fomentar

[172] Flávia Piovesan; Roberto B. Dias da Silva. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Européia de Direitos Humanos e no judiciário brasileiro, *Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e justiça*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 86.

[173] Juan Marco Vaggione. La sexualidad em un mundo post secular. El activismo religioso y los derechos sexuales y reproductivos. *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009, p. 144-146.

disparidades atentatórias aos preceitos de um Estado Democrático de Direito que busca uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito como preconiza o preâmbulo da Constituição Federal.

Ainda mais nefasta é a existência de obstáculos à consecução dos preceitos inerentes aos direitos humanos como a igualdade em decorrência de preconceitos ou imposições religiosas ou morais que acabam por segregar aqueles que não se enquadram na identidade da grande massa, vez que "em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais"[174].

> "O sistema jurídico deve assegurar tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos. No entanto, o legislador intimida-se na hora de positivar direitos que atendam às minorias alvo de preconceitos e da discriminação. A omissão da lei dificulta o reconhecimento de dirietos, sobretudo frente a situações que se afastam de determinados padrões convencionais, o que faz crescer a responsabilidade do Poder Judiciário. Porém, preconceitos e posições pessoais não podem levar o juiz a fazer da sentença um meio de punir comportamentos que se afastam dos padrões que ele, por questões ideológicas, não aceita como normais. Igualmente não cabe invocar o silêncio da lei para negar direitos àqueles que escolheram[175] viver fora do padrão importo pela moral conservadora , mas que não agridem a ordem social."[176]

Evidente que as pessoas são diferentes, seja em suas potencialidades ou oportunidades, motivo pelo qual o entendimento do que vem a ser igualdade há de ser realizado com bastante cuidado, não se podendo esquecer jamais que a igualdade jurídico-politica entre todos é até mesmo um parâmetro da dignidade da pessoa humana, havendo de ser estabelecida uma sociedade onde todos devem ter

---

[174] Fábio Konder Comparato. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo: Saraiva, 2008, p.1.

[175] Ainda que a autora assevere que se trata de uma escolha em viver fora do padrão, pontua-se que entende-se que aqui não cabe a concepção coloquial de escolha, pois não se trata de uma opção pura e simples do sujeito.

[176] Maria Berenice Dias. Uniões homoafetivas, *Família e responsabilidade: Teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 33.

o direito de se expressar amplamente, o que enseja a obrigação de respeitar a expressão alheia também[177].

A concepção da igualdade, de tal sorte, passa pelo reconhecimento do que seriam os iguais entre si a fim de se fixar a isonomia entre eles. Havendo motivos para distinção entre as pessoas prevalece o entendimento de que a elas se confira tratamentos diferenciados. Ou seja, o entendimento adequado da igualdade permite a concessão de direitos diferenciados a determinados sujeitos quando estes se mostrarem adequados a tentar equiparar aqueles que são diferentes entre si, como se vê na atribuição de direitos diferenciados em favor de crianças e adolescentes, idosos e consumidores.

> "[...] um dos motivos para a *discriminação constitucionalmente válida* é a existência de um motivo lógico-racional que justifique a discriminação pretendida em face do critério desigualador erigido, o que visa a evitar a desproporcionalidade da restrição a todo e qualquer direito."[178]

É possível se conceber a desigualdade ou a discriminação juridicamente válida, asseverando que para tanto há que se eleger um critério distintivo entre os grupos, com uma correlação lógico-racional entre este parâmetro estabelecido e a diferenciação jurídica que se pugna firmar, sendo imprescindível que tal distinção esteja em consonância com os valores constitucionalmente consagrados[179].

Ocorre que no contexto posto em nosso ordenamento jurídico a isonomia preconizada nem sempre se faz presente, em decorrência de uma série de situações inadmissíveis, sendo o conceito religioso um forte elemento, considerando que a sociedade brasileira foi constituída segundo um viés católico, cujos reflexos

---

[177] Vladmir Oliveira da Silveira, Maria Mendez Rocosolano. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49.
[178] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Os princípios fundantes, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.200.
[179] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, op cit., p.216.

remetem à “exclusão dos seres humanos da humanidade, em razão de suas práticas sexuais contradizerem alguns dogmas religiosos”[180].

A desigualdade está, portanto, relacionada a situações em que o sujeito se encontra em posição de inferioridade em relação a outro no âmbito jurídico, em clara manifestação de negação à igualdade fundamental, caracterizando, portanto, uma afronta à dignidade humana e que merece ser combatida, enquanto as diferenças se mostram como uma consequência natural da imensa complexidade humana, sendo que no curso da História esta diferença sempre se mostrou como a base para a desigualdade, vez que estes diferentes sempre são vistos com suspeita ou mesmo tratados com desprezo[181].

De se notar, portanto, que uma das finalidades precípuas da imposição da isonomia como uma garantia fundamental (art. 5º da Constituição Federal) se estabelece com o fulcro de impedir discriminações indevidas, garantindo a todos uma situação de convivência social em igualdade de condições, dotada de função social pois há de ser apreciada de forma genérica mesmo que não se mostre como um dever absoluto, já que é o lastro de um dever ou imposição constitucional acessória de exigir a aplicação de uma legislação igual àquela já estabelecida para casos similares[182].

Alexandre de Moraes pontua que a igualdade, conforme prevista na Constituição Federal, impõe ao legislador e ao Poder Executivo, quando do exercício de seus atos de cunho legislativo, a objeção à criação de tratamentos diferenciadores entre pessoas que gozam de situações idênticas, bem como impõe

---

[180] Roberto Arriada Lorea. Intolerância religiosa e casamento gay, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 40.
[181] Fábio Konder Comparato. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo: Saraiva, 2008, p.291.
[182] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Os princípios fundantes, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.217.

ao intérprete a compreensão do ordenamento sem estabelecimento de distinções lastreadas pelo sexo, religião, raça, ou qualquer outra razão indevida[183].

Aplicável aqui também a concepção de John Raws que firma os princípios da justiça, e pontua que os bens sociais primários devem ser distribuídos de forma igualitária, a menos que uma distribuição desigual se mostre vantajosa em favor daqueles menos favorecidos, como bem indicam Vladmir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano[184], evidenciando que toda vez que a legislação trata um grupo social de forma diferente é porque este é minoritário e necessita de proteção, não para lhe impor restrições extraordinárias ou relegá-lo a uma condição ainda mais marginal.

O que se evidencia é que a lei proíbe a existência de formas de discriminação consideradas absurdas, sendo certo que o princípio constitucional apenas restará lesado nas hipóteses em que o elemento discriminador não se mostrar a serviço de uma finalidade albergada pelo ordenamento posto[185]. A perpetuação de uma situação de exclusão fundada em mitos atávicos remete o sujeito a uma condição de marginalidade, privando-o de determinados direitos, o que acarreta o estabelecimento de um estado de impotência capaz de gerar desdobramentos até mesmo trágicos[186].

Entende-se por razoáveis diferenciações normativas vinculadas a uma justificativa objetiva, fundada em critérios e juízos valorativos tidos como adequados de forma genérica, demonstrada uma finalidade que se mostre compatível com o fim

---

[183] Alexandre de Moraes. *Direito constitucional*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 37.
[184] Vladmir Oliveira da Silveira, Maria Mendez Rocosolano. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 221-222.
[185] Alexandre de Moraes,op cit., p. 36.
[186] Odile Pedrido. Reparo de la identidad de gays-lesbianas-trans (GTL) en el área jurídica. *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009, p.53.

colimado por aquela diferenciação[187]. Se a imposição distintiva se mostrar arbitrária "se ela não se coaduna com a natureza da desigualdade, não leva ela à igualdade, mas ao privilégio, a uma discriminação. É esta, pois, em síntese uma diferenciação desarrazoada ou arbitrária"[188].

Assim não se pode fomentar um raciocínio em que se separa os iguais, sem qualquer critério efetivamente admissível, pelo simples fato de serem pessoas com uma constituição genital diferente, em decorrência de sua orientação sexual, ou qualquer coisa que o valha. Não é coerente tratar-se de forma desigual apenas fundando-se em preceitos que são socialmente impostos e que não se sustentam por si só, tornando o sistema jurídico um refém de uma visão antiga e desprovida de efetivação social.

Há de se repugnar condutas meramente discriminatórias, que atentem contra a dignidade da pessoa humana e a isonomia, parâmetros elementares de uma nação que se auto afirma como um Estado Democrático de Direito. Seja o sujeito considerado homem ou mulher inegavelmente é de se entender que ambos pertencem ao mesmo grupo/espécie no ramo da biologia (seres humanos), e que, como tais, compartilham de elementos comuns, que não dependem de uma adequação do ser como sendo do sexo masculino ou feminino. Fato é que diferenciar os iguais é uma grave e inegável afronta aos preceitos constitucionais vigentes e que são o sustentáculo do Estado Democrático de Direito estabelecido.

É de se entender que juntamente com o direito à igualdade nasce como um direito fundamental a prerrogativa de ser diferente e ter esta condição respeitada, com o direito de exigir um tratamento igualitário nas circunstâncias em que a

---

[187] Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37.
[188] Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos humanos fundamentais*, São Paulo: Saraiva. 2008, p. 116.

existência de diferenças tem força para inferiorizar, ou ainda exigir que se garanta o direito de ser diferente toda vez que a igualdade tiver o poder de descaracterizar quem se é, com uma igualdade que reconheça a existência de diferenças, bem como que essa não venha a produzir ou fomentar desigualdades[189].

Retoma-se aqui a ideia das discriminações positivas, hipóteses em que o texto constitucional se coloca a proteger certos e determinados grupos sociais baseando-se em uma realidade histórica de marginalização ou hipossuficiência, estabelecendo medidas de compensação em busca de estabelecer uma igualdade de oportunidades, o que se dá pelas chamadas ações afirmativas[190].

As ações afirmativas tem por objetivo a concessão de especial proteção do Estado a fim de impedir que certos grupos sociais considerados como minorias ou grupos vulneráveis sejam vítimas de discriminação do restante da sociedade, gozando mesmo de um fundo reparatório face às agruras enfrentadas por esta parcela de indivíduos[191].

Fato é que a perfeita aplicação da igualdade efetiva a inclusão social, enquanto a discriminação, ao contrário, enseja exclusão e desrespeito a toda sorte de diversidade, sendo certo que a mera proibição à exclusão não basta para se garantir a proteção e inclusão dos discriminados, motivo pelo qual as ações afirmativas acabam por ganhar força neste contexto.

> "[...] Ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias, que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva *pro parte* de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias éticas e raciais, dentre outros. Enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e

[189] Flávia Piovesan; Roberto B. Dias da Silva. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Européia de Direitos Humanos e no judiciário brasileiro, *Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e justiça*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 67-68.
[190] Luiz Alberto David Araújo. Vidal Serrano Nunes Júnior. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 134.
[191] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Minorias sexuais e ações afirmativas, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p.32.

> remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, as ações afirmativas objetivam transformar a igualdade formal em igualdade material e substantiva, assegurando a diversidade e a pluralidade social. Devem ser compreendidas não somente pelo prisma retrospectivo – no sentido de aliviar a carga de um passado discriminatório –, mas também prospectivo, no sentido de fomentar a transformação social, criando uma nova realidade. Constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve se moldar no respeito à diferença e à diversidade. Por meio delas, transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva."[192]

Interessante consignar o posicionamento exposto por Luiz Eduardo Abreu que faz uma análise comparativa entre a concepção de igualdade adotada no Brasil e em outros sistemas jurídicos, tendo por base os entendimentos de Jean Jacques Rousseau, John Raws e Rui Barbosa, pontuando que para os autores estrangeiros a desigualdade seria a consequência da degradação da igualdade vez que esta é da substância de todos, enquanto na visão de Rui Barbosa esta desigualdade é originária, e a igualdade estaria nela contida, e seria o seu resultado. Pontua ainda que a igualdade no direito brasileiro, em alguns casos se mostra como o reverso daquilo que se entende em seu sentido moderno, apresentando-se não como uma forma de se proteger de desigualdades consideradas injustas mas sim como um meio de fomento de desigualdades legítima[193].

Todas estas considerações expõem que em se tratando da questão da identidade de gênero a simples atenção ao princípio da igualdade, sem a imposição de qualquer medida discriminatória baseada em preconceito, ignorância ou concepções religiosas já seria o suficiente para a atenção plena aos direitos da personalidade deste grupo social. Tais determinações já estão postas mas não se efetivam, razão pela qual, em atenção ao preceito da igualdade se faz necessária a

---

[192] Flávia Piovesan; Roberto B. Dias da Silva. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Européia de Direitos Humanos e no judiciário brasileiro, *Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e justiça*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 77.

[193] Luiz Eduardo Abreu. Justiça e desigualdade no direito brasileiro, *Revista de direito brasileira*. Ano 3, vol. 5 (maio-ago./2013) São Paulo: Conpedi, 2013, p. 74-78.

imposição de medidas sólidas de caráter afirmativo a fim de garantir os direitos àqueles que pertencem às minorias sexuais.

Enquanto o Estado não efetivar as prerrogativas de igualdade inerentes à sua condição de Estado Democrático de Direito ficará evidenciada a sua leniência em cumprir com seus deveres, bem como a patente responsabilidade daí decorrente por todos os danos sofridos por aqueles que foram marginalizados por tal conduta.

3 SEXUALIDADE E IDENTIDADE DE GÊNERO COMO DIREITOS HUMANOS

A proteção aos elementos mais nucleares da humanidade é um objetivo inerente a todo Estado Democrático de Direito, sendo que estes direitos humanos encontram respaldo tanto no ordenamento jurídico nacional como em tratados internacionais.

O direito como ciência há de ser concebido considerando um elemento humano indispensável, o humanismo jurídico, o que Miguel Reale denomina como personalismo axiológico, fundado na ideia de que a pessoa humana é o valor-fonte para o direito, dando, portanto, forma ao direito apenas aquela norma que se revista de validade jurídica, vez que o que dá forma ao direito, ao final, é exatamente o ser humano[194].

A compreensão dos direitos humanos é imprescindível para qualquer operador do direito, considerando que em razão do seu caráter planetário goza de uma concepção generalista em favor de todo e qualquer ser humano, constituindo-se até mesmo como uma nova forma de ética.

> "Los derechos humanos desempeñam el papel, en la actualidad, de una nueva ética, de forma que *no sería posible en nuestro tiempo considerar legítimo a un sistema jurídico que no los respete.*
>
> Han adquirido el rol de un nuevo iusnaturalismo. *Como destaca Kruger, en nuestro tiempo no es la ley el fundamento de los derechos humanos, sino que es al revés, son los derechos humanos los eu legitiman la ley*"[195]

[194] Vladmir Oliveira da Silveira, Maria Mendez Rocosolano. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34-35.
[195] Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.126

A proteção dos direitos humanos ganhou força com o fim da 2ª Guerra Mundial com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, como uma clara reação aos graves atentados contra a dignidade humana propagados pelo III Reich, passando o ser humano a gozar de um status que não lhe era atribuído até então. A proteção dos direitos humanos, portanto, é um objetivo supranacional ao qual se vinculam todos os países integrantes da Organização das Nações Unidas (ONU).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Resolução 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 é fruto da Carta das Nações Unidas, a qual foi ratificada pelo Brasil em 21 de setembro de 1945, e, portanto, objeto de atenção em território nacional. Ainda no âmbito internacional os direitos humanos são resguardados por outros instrumentos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), do qual o Brasil é signatário, estando, portanto, vinculado a seus preceitos ante a sua ratificação.

Flavia Piovesan assevera que a partir do instante em que o Brasil se compromete a fundamentar suas relações nos preceitos dos direitos humanos reconhece uma limitação à sua soberania, pois se obriga aos parâmetros internacionalmente definidos de proteção às prerrogativas do ser humano, como uma forma de flexibilização da soberania, com o fim de garantir a proteção aos parâmetros ali impostos[196].

Com isso impõe-se ao Estado brasileiro o fomento das concepções inerentes aos direitos humanos, sem qualquer tipo de restrição, por uma causa que se

[196] Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40.

sobrepõe à soberania nacional, mas que está lastreada em um interesse ainda maior, qual seja, a humanidade. Trata-se de questão de relevância extrema e que atinge a comunidade internacional como um todo, pontuando Rogério Gesta Leal que é indispensável que os Estados adotem medidas mais efetivas a fim de garantir a promoção e proteção dos direitos humanos, propondo a impugnação da soberania como um poder ilimidado e irrestrito[197].

Vladmir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano, ao discorrerem sobre a questão do poder e dos direitos humanos suscitam a teoria tridimensional de Miguel Reale

> ”[...] a teoria tridimensional do direito não é simplesmente uma descrição da estrutura do fenômeno jurídico; há uma grande preocupação com a caracterização da gênese dessa estrutura. Para Reale, o direito não é propriamente uma coisa ou um simples processo, mas um processo que tem fundamento humano. Dito de outro modo, a origem do direito é o ser humano”[198].

Esta vinculação à proteção dos direitos humanos, no Brasil, foi objeto da Constituição Federal de 1988, que se mostra plenamente direcionada a sua garantia, pois a Carta Magna vigente, ante a sua característica protetiva dos preceitos da dignidade da pessoa humana e fomentadores de um Estado Democrático de Direito. O próprio texto constitucional expressa claramente este interesse maior, no bojo no art. 5º[199].

---

[197] Rogério Gesta Leal apud Matheus Eduardo Siqueira Neves Bertoncini; Felipe Laurini Tonetti. Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, constituição e responsabilidade social das empresas, *Revista de direito brasileira*. Ano 3, vol. 5 (maio-ago./2013) São Paulo: Conpedi, 2013, p. 351.

[198] Vladmir Oliveira da Silveira, Maria Mendez Rocosolano. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.

[199] “Art. 5. [...]
§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Desta forma é possível constatar que a garantia aos direitos humanos além de ser uma concepção ideológica que norteia expressamente o texto constitucional, também apresenta a garantia de que as previsões desta natureza consignadas em tratados internacionais gozam de respaldo legal, como forma de estruturar a proteção humana de forma ampla e completa.

Hierarquicamente pode-se entender que os dispositivos fixados nos tratados que versam sobre direitos humanos gozam de status de norma constitucional, valendo a prevalência do princípio da norma mais favorável, conforme preconiza Flávia Piovesan, em que pese a existência de posicionamento de que eles seriam equiparados a leis federais[200].

A questão encontrou solução com a Emenda Constitucional 45 (08 de dezembro de 2004) que conferiu aos tratados contornos de equivalência com emendas constitucionais, após aprovadas em dois turnos, tanto pelo Senado como pela Câmara, por 3/5 dos votos, ao incluir o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal.

Seja qual for o posicionamento adotado fato é que os tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, e que tenha sido objeto de ratificação, são considerados como parte integrante do ordenamento jurídico pátrio, independentemente de qualquer ato jurídico que venha a complementá-lo para conferir-lhe exigibilidade e implementação, ante a aplicação imediata fixada pelo § 1º do art. 5º da Constituição Federal (os demais tratados que não versam sobre direitos humanos dependem de incorporação legislativa[201]).

Fato é que os direitos humanos têm como característica a concepção de direitos fundamentais estruturantes do ordenamento jurídico como um todo, sendo a

[200] Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64-65.
[201] Flávia Piovesan, op.cit., p. 89.

versão constitucionalizada dos direitos humanos, com origem em manifestações do Estado[202] e que passaram por ampliações no decorrer do tempo, buscando atingir a plenitude da dignidade da pessoa humana preconizada como sendo seu parâmetro elementar.

Sustenta-se que direitos humanos e direitos fundamentais seriam sinônimos, sendo que Ingo Wolfgang Sarlet assevera que a primeira expressão seria adequada a documentos de direito internacional, enquanto a segunda caberia para a designação de direitos do ser humano, reconhecidos e consignados no âmbito da Constituição Federal[203].

Importante salientar que o espectro de direitos que se busca proteger a cada passo das gerações ou dimensões estabelecidas para os direitos humanos tem por objetivo ampliar o arcabouço protetivo de todo cidadão, considerando os preceitos humanitários como o parâmetro maior a ser atendido.

Em linhas gerais é possível se falar em três gerações ou dimensões distintas dos direitos humanos, mostrando a evolução do trato da matéria conforme se dava a evolução da sociedade[204]. Os direitos de primeira geração, também conhecidos como “direitos de liberdade”, de autonomia ou participação, ressaltam as liberdades civis e os direitos políticos. A estes se seguem os de segunda geração, os “direitos de igualdade” ou prestacionais, que abrangem os preceitos de ordem social, econômica e cultural, e, finalmente, os de terceira geração, chamados de direitos da fraternidade, correspondente aos direitos difusos ou da solidariedade.

---

[202] Vladmir Oliveira da Silveira, Maria Mendez Rocosolano. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22.
[203] Vladmir Oliveira da Silveira, Maria Mendez Rocosolano, op cit., p. 94.
[204] Não se enfrentará aqui a discussão acerca de serem gerações ou dimensões, sendo que se adotará a visão de Vladmir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano, os quais se filiam à teoria das gerações por critérios metodológicos, mas, contudo, corroboram as críticas apontadas por Willis Guerra Santiago Filho, conforme pontuam em *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111.

Os direitos de primeira geração estabelecem a vinculação entre o poder estatal e as liberdades dos indivíduos, criando uma área de proteção na qual o Estado não pode interferir, conhecidos como direitos civis e políticos. Estes direitos buscam resguardar valores básicos para a proteção da dignidade humana, sendo considerados essenciais e natos, e, como tais, se colocam acima do poder do próprio Estado, sendo divididos naqueles de conteúdo negativo (os civis – oponíveis para que a esfera privada do cidadão não seja atingida) e positivos (os políticos – viabilizam o exercício do poder de cada cidadão de intervir e conduzir os destinos da sociedade)[205]. Tais direitos que se revestem de uma característica geral, ampla e extensiva a todos, lastreado pela concepção da igualdade formal e da não discriminação, foram o cerne da Declaração Universal dos Direitos do Homem[206].

Já os direitos humanos de segunda geração, desenvolvidos entre o século XIX e o início do XX, revelam uma perspectiva coletiva de direitos econômicos, sociais e culturais, sob a égide do preceito da igualdade, exigindo do Estado uma atuação direcionada à atenção dos parâmetros mínimos de garantia de uma vida digna[207], buscando eliminar toda sorte de desigualdade destinada a grupos determinados. Não mais se trata de uma visão generalista, vez que esta já se mostra atacada na geração anterior, em contexto que se insere a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979.

A terceira geração dos direitos fundamentais é a dos direitos a solidariedade ou fraternidade, e que podem ser, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, subdivididos em direito à paz, direito ao desenvolvimento, direito ao meio ambiente e

---

[205] Vladmir Oliveira da Silveira, Maria Mendez Rocosolano. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144-145.
[206] Flávia Piovesan; Roberto B. Dias da Silva. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Européia de Direitos Humanos e no judiciário brasileiro, *Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e justiça*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 75
[207] Vladmir Oliveira da Silveira, Maria Mendez Rocosolano, op. cit., p. 201.

direito ao patrimônio comum da humanidade, citando ainda parcela da doutrina que pontua também o direito dos povos a dispor deles próprios ou autodeterminação dos povos e direito à comunicação[208].

Os direitos fundamentais de terceira geração figuram como uma síntese dos "direitos da primeira e da segunda gerações" sob o viés de solidariedade, adensando-os numa mesma perspectiva de equilíbrio de poder – inclusive ideológico – em favor do ser humano", e qualquer que seja a divisão que se possa fazer entre as pessoas todas serão por ele atingidas, vez que todos são iguais na essência, dignidade e humanidade[209].

Há até mesmo a concepção da existência agora de direitos de quarta geração, que seriam relacionados com o direito de ser diferente do outro, como uma forma de derivação do direito a liberdade aplicado em uma seara em que se estabelecia a prevalência da igualdade que se supunha indispensável ao funcionamento social, hipótese em que se enquadrariam o direito ao aborto, a homossexualidade, e o direito à mudança de sexo[210].

Evidencia-se, portanto, que a integridade humana é garantia que perpassa as fronteiras nacionais, apresentando uma amplitude que vai além da soberania e de interesses infranacionais, com o objetivo de proteger a humanidade como um todo.

Considerando o sistema internacional de direitos humanos é de se consignar que efetivamente não existe tratado que tenha em seu título as expressões "diversidade sexual", "orientação sexual" ou "identidade de gênero", em que pese o crescente reconhecimento internacional de tais temas como sendo parte integrante

---

[208] Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos humanos fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 58.
[209] Vladmir Oliveira da Silveira, Maria Mendez Rocosolano. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 177.
[210] Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.138.

dos direitos humanos[211]. Fato é que o Brasil é signatário de alguns instrumentos internacionais relacionados aos direitos humanos (boa parte deles já devidamente internalizados e, portanto, parte integrante do ordenamento jurídico pátrio) e que devem ser tidos como base para a proteção da sexualidade e da identidade de gênero como direitos da humanidade.

Neste sentido é possível citar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, entre outros.

Inicialmente é de ser analisar o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que, em que pese o fato de ser uma mera recomendação e não se revestir de força jurídica obrigatória e vinculante sob a perspectiva meramente legalista, acaba por gozar de contornos de obrigatoriedade em razão do fato de ser um dos instrumentos jurídicos e políticos mais relevantes do século XX, além de ser uma interpretação da Carta das Nações Unidas de 1945[212]. Ressalta-se que ante a nomenclatura de declaração, e não de tratado, tem por característica atestar o "reconhecimento universal de direitos humanos fundamentais, consagrando um código comum a ser seguido por todos os Estados"[213].

Vê-se que, no Brasil, preceitos estabelecidos pala Declaração Universal dos Direitos do Homem não são plenamente efetivados, o que atinge diretamente a questão da sexualidade e da identidade de gênero, configurando uma grave ofensa

---

[211] Nadia Soledad Socoloff. La diversidad sexual em el derecho internacional. *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009, p. 97.
[212] Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo: Saraiva, 2009,. p. 360.
[213] Vladmir Oliveira da Silveira, Maria Mendez Rocosolano. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 155.

aos direitos humanos, considerando que a Constituição Federal de 1988 reforça a concepção tutora ao estabelecer a prevalência do direito internacional na ordem interna no que se refere a direitos fundamentais (§ 2º do art. 5º). Desta sorte é de se entender que os direitos humanos devem ser interpretados em conformidade com Declaração Universal dos Direitos do Homem, dando ensejo a compreensão da existência de um "direito geral ao livre e pleno desenvolvimento da personalidade humana"[214].

A evidenciar que dadas garantias estabelecidas na Declaração Universal dos Direitos do Homem não são efetivadas pelo ordenamento pátrio, consigna-se as determinações que se referem ao reforço da isonomia (art. I, II e VII), a garantia do direito ao matrimônio (art. XVI) e a garantia ao trabalho, saúde e educação (art. XXIII).

O art. I da Declaração Universal dos Direitos do Homem preconiza no seu conteúdo que todos são iguais em dignidade e direitos, e que cumpre a todos agirem com espírito de fraternidade. Este preceito passa ao largo das questões vinculadas à sexualidade em nossa realidade atual, pois aqueles que não se enquadram no parâmetro de normalidade são privados de viver na plenitude da dignidade e não encontram tratamento fraterno nem na sociedade e tampouco no ordenamento jurídico, vez que são marginalizados por ambos.

Ato contínuo o art. II da mesma Declaração Universal pontua que todos têm capacidade de gozar os direitos e liberdades nela fixados sem qualquer sorte de discriminação, o que também não se verifica em solo brasileiro, onde se veda certos direitos às pessoas em decorrência de identidade de gênero ou orientação sexual. O

---

[214] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 251.

direito a vida que, é garantido no art. III desta Declaração há de ser entendido em seu sentido mais amplo, não se referindo à mera existência, mas sim a uma existência digna, efetiva, resguardada a dignidade desta vida humana, considerando critérios de saúde, educação, moradia, entre outros. Em uma sociedade que quando não oprime e marginaliza simplesmente ignora a existência de certos grupos de seres humanos não há como se afirmar a atenção ao direito a vida digna, e verifica-se, assim, uma pungente ofensa aos direitos humanos.

O texto declara ainda que toda pessoa tem direito de ser reconhecida como tal (art. VI), e, que todos são iguais perante a lei e tem direito a igual proteção, sem qualquer distinção (art. VII). Ainda assim a segregação e o preconceito fundados na sexualidade não permitem que isso aconteça plenamente no Brasil, fazendo com que aqueles que não se adequam à concepção clássica da normalidade não tenham a devida atenção do ordenamento jurídico. A constante interferência que cada um sofre no exercício de suas individualidades também é uma afronta aos parâmetros da Declaração Universal dos Direitos do Homem, vez que o disposto no art. XII consigna que ninguém será sujeito a interferências em sua vida privada, na sua família, além de fixar a proteção contra ataques à honra e reputação.

O artigo XVI da Declaração Universal dos Direitos do Homem assevera

> “1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.
>
> 2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.
>
> 3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

É sabido que em território nacional a questão da família e do casamento é um dos mais evidentes focos de resistência às evoluções sociais, com prevalência da heteronormatividade como parâmetro, e excluindo do direito de constituir uma família legalmente reconhecida (união estável ou casamento) alguns cidadãos, ou em decorrência de sua identidade de gênero ou mesmo de sua orientação sexual. O ordenamento jurídico não ampara a todos, sendo que tem cabido aos tribunais a solução destes casos, garantindo o amparo destes indivíduos com base nos preceitos dos direitos humanos.

Estas questões trazidas na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que não são plenamente estendidas a toda a população, mais especificamente àquela que convive com a questão da identidade de gênero, é objeto de apreciação mais pontual adiante.

Importante também se consignar o disposto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 06 de dezembro de 1966, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, e que, portanto, goza de status de norma constitucional. O referido pacto, um desdobramento da Declaração Universal dos Direitos do Homem firma que os Estados que dele fazem parte comprometem-se a garantir a todos os direitos nele consignados, sem qualquer tipo de discriminação (art. 2º), e tem por escopo a criação, de forma predominante, de direitos para os indivíduos, razão pela qual tem aplicatividade imediata, ante a autoaplicatividade vinculada a este tipo de tratado[215].

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos assevera que o direito a vida é inerente à pessoa humana (art. 6º), bem como que todas as pessoas tem

[215] Vladmir Oliveira da Silveira, Maria Mendez Rocosolano. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158.

direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica (art. 16) e que ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, sua família, nem mesmo ofensas ilegais a sua honra e reputação (art. 18). Pontua, ainda, ser a família o núcleo natural e fundamental da sociedade, a qual tem o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado, com o casamento decorrendo do consentimento livre e pleno (art. 23), reafirmando o que já fora previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Este mesmo pacto, em seu art. 2º, preconiza a garantia a todos os indivíduos da proteção de seus direitos independentemente de qualquer sorte de discriminação, reiterando a concepção da cláusula de proibição da discriminação para o exercício dos direitos humanos, que vem a ser reforçada no art. 4º, que estabelece um "núcleo inderrogável de direitos, a ser preservado ainda que em situações excepcionais e ameaçadoras"[216]. Consigna-se, ainda, que o art. 26 do Pacto fixa a garantia da igualdade formal, em concepção também presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Relevante se trazer à apreciação o caso "Toonen x Australia" em que se analisava normas que proibiam relações sexuais entre homens na Tasmania e o Comitê de Direitos Humanos da ONU entendeu que o termo sexo consignado nos arts. 2º e 26 do Pacto englobaria também o conceito de orientação sexual, o que consolida a questão como tema integrante dos direitos humanos[217].

Importante ainda consignar-se o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Resolução 2.220-A (XXI) da Assembleia Geral das

[216] Flávia Piovesan; Roberto B. Dias da Silva. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Européia de Direitos Humanos e no judiciário brasileiro, *Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e justiça*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 73.
[217] Nadia Soledad Socoloff. La diversidad sexual em el derecho internacional. *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009, p. 107.

Nações Unidas e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, que estabelece aos signatários o dever de garantir sua aplicação em favor de todos, sem qualquer discriminação (art. 2º, 2), ressaltando, mais uma vez, a cláusula de proibição da discriminação. Este instrumento é destinado a estabelecer obrigações genéricas para os Estados-partes, a fim de garantir que os direitos humanos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem sejam atingidos[218], pontuando que se confere a todos o direito de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido (art. 6º), estabelecendo a família como núcleo natural e fundamental da sociedade, concedendo-se a ela a mais ampla proteção e assistência possíveis, mormente para a sua constituição, havendo o matrimônio de ser contraído pelo livre consentimento dos cônjuges (art. 10).

No art. 12 o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais assevera que os Estados-partes reconhecem a todos o direito de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental (1), cabendo para este fim o tratamento de doenças (2. c) e a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade (2. d). Evidente que tais direitos não se encontram plenamente garantidos àqueles que apresentam identidade de gênero distinta daquela ordinariamente estabelecida pela sociedade, causando uma série de dificuldades a esta população.

É de se consignar que em 2003 o Brasil apresentou à Comissão de Direitos Humanos da ONU um projeto de resolução denominado “direitos humanos e orientação sexual”, proibindo qualquer sorte de discriminação em decorrência da

[218] Vladmir Oliveira da Silveira, Maria Mendez Rocosolano. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159

orientação sexual, a qual encontrou forte resistência e não logrou êxito em seu intento[219].

Há ainda que se considerar o disposto na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, aprovada pela Conferência Geral da UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) em outubro de 2005 e que tem a bioética como um dos direitos humanos internacionais.

Dirigida para os Estados, a declaração tem por escopo tratar da questão da ética associada à medicina, ciências da vida e tecnologia aplicadas aos seres humanos, no âmbito social, jurídico e ambiental, tendo-se ainda como meio eficaz de estabelecer parâmetros diretivos para decisões ou práticas de todos, pautada pelos preceitos da dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Pontua o texto da declaração que o bem estar e a dignidade da pessoa humana se sobrepõem aos interesses exclusivos da ciência e da sociedade, reforçando a necessidade da existência de livre consentimento esclarecido por parte do paciente e a proteção de indivíduos e grupos vulneráveis.

O art. 9º da declaração trata da vida privada e confidencialidade, e estabelece

> "A vida privada das pessoas em causa e a confidencialidade das informações que lhes dizem pessoalmente respeito devem ser respeitadas. Tanto quanto possível, tais informações não devem ser utilizadas ou difundidas para outros fins que não aqueles para que foram coligidos ou consentidos, e devem estar em conformidade com o direito internacional, e nomeadamente com o direito internacional relativo aos direitos humanos."

A seguir o texto da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos fomenta os princípios da igualdade, justiça e equidade (art. 10), veda práticas discriminatórias e de estigmatização (art. 11) e prega o respeito ao pluralismo e

[219] Nadia Soledad Socoloff. La diversidad sexual em el derecho internacional. *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009, p. 112-113.

diversidade cultural (art. 12). Ato contínuo passa o texto da declaração a discorrer sobre a saúde, afirmando ser a sua promoção em benefício do povo um objetivo fundamental dos governos e envolve a todos os setores da sociedade, e que gozar da melhor saúde que se possa alcançar é um direito fundamental a ser atingido, sem distinção de raça, religião, opções políticas e condições econômicas ou sociais (art. 14). Pontua ainda que o progresso da ciência e da tecnologia, devem fomentar:

> "(a) o acesso a cuidados de saúde de qualidade e aos medicamentos essenciais, nomeadamente no interesse da saúde das mulheres e das crianças, porque a saúde é essencial à própria vida e deve ser considerada um bem social e humano;
>
> (b) o acesso a alimentação e água adequadas;
>
> (c) a melhoria das condições de vida e do meio ambiente;
>
> (d) a eliminação da marginalização e da exclusão, seja qual for o motivo em que se baseiam;
>
> (e) a redução da pobreza e do analfabetismo."

Assim é possível se constatar que no bojo dos dispositivos consignados no corpo da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos estão consignados princípios bioéticos internacionais, aplicáveis a todas as nações, os quais apresentam uma concepção humanista.

No âmbito interamericano, os direitos humanos encontram seu respaldo na Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, o qual foi ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. O Pacto, que foi subscrito durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos organizada pela Organização dos Estados Americanos (22 de novembro de 1969), tem 18 de julho de 1978 como data de início de sua vigência, e traz em sua essência os parâmetros fixados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, trazendo em seu bojo a Convenção Americana de Direitos Humanos que garante o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3º), o direito à vida (art. 4º), o direito à

integridade pessoal (art. 5º), a proteção da honra e da integridade (art. 11), a proteção da família (art. 17), a proteção ao nome (art. 18) e a igualdade (art. 24).

Finalmente, ainda no âmbito internacional, surgem os Princípios de Yogyakarta, que discorrem sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero, originados da apreciação de diversos especialistas de 25 países, em encontro realizado na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, no período de 6 a 9 de novembro de 2006, tendo como base a concepção de que compete aos Estados a implementação dos direitos humanos.

Os referidos princípios, fundados em concepções já vigentes na legislação internacional de direitos humanos, "são uma espécie de compilação e reinterpretação das 'definições de direitos humanos fundamentais consagrados em tratados, convenções, resoluções, e outros textos internacionais de direitos humanos', aplicáveis em 'situações de discriminação, estigma e violência experimentadas por pessoas e grupos em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero'"[220].

Ressalta-se que os princípios ali consignados não se revestem de força obrigatória para os Estados (vez que não se considera como um documento negociado pelos estados), contudo revelam recomendações de experts no tema, o que não deve ser ignorado[221], vez que trazem entre outros, o direito ao gozo universal dos direitos humanos, igualdade e não discriminação, reconhecimento da identidade de gênero e orientação sexual, direito à privacidade e à liberdade, entre

[220] Anibal Guimarães. Os princípios de Yogyakarta, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 91.
[221] Nadia Soledad Socoloff. La diversidad sexual em el derecho internacional. *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009, p. 114.

outros[222], clamando basicamente pela atenção ao respeito aos direitos humanos, igualdade, dignidade da pessoa humana, perpassando pela atenção a saúde, educação, moradia, e mesmo ao direito de constituir família.

Em que pese não serem dotados de força normativa, os princípio vem sendo considerados pelo Supremo Tribunal Federal, que vem se valendo de suas concepções para fundamentar algumas decisões[223].

O resultado do encontro foi apresentado em março de 2007 ao Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) tendo sido posteriormente ratificado pela Comissão Internacional de Juristas, contudo não se considera como uma parte integrante dos direitos humanos internacionais, por não ter sido ratificado, surgindo apenas como um elemento interpretativo dos tratados desta natureza. Todavia é de se consignar que o Conselho da Europa recomenda a seus estados membros a atenção a tais princípios, conforme asseverado no relatório temático “Direitos humanos e identidade de gênero” de 29 de julho de 2009.

> “1. Implementar los estándares internacionales de derechos humanos sin discriminación y prohibir explícitamente la discriminación por razón de identidad de género en la legislación nacional anti-discriminación. Los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género deberían ser utilizados como guía para la implementación nacional en esta materia;”

De qualquer sorte os princípios pontuados não se mostram uma unanimidade, sendo que objeto de controvérsia e de debate, refutado por representantes de países africanos e do mundo árabe, como se pode constatar dos registros oficiais da Assembleia Geral das Nações Unidas, como no caso da discussão sobre educação

[222] Anibal Guimarães. Os princípios de Yogyakarta, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 93-95.
[223] AR no RE nº 477.554-MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 26/8/11.

realizada pelo do 3º Comitê do 29º encontro ocorrido em Nova York em 25/10/2010[224].

Há ainda de se considerar as objeções de grupos conservadores norte-americanos, como o Instituto da Família Católica e Direitos Humanos que elaborou o texto "*Six Problems with the "Yogyakarta Principles"*", relacionado objeções a questão do poder familiar, liberdade de expressão, liberdade religiosa, soberania nacional/instituições democráticas nacionais, encorajamento de escolhas não saudáveis e a falta de indicação de padrões objetivos para avaliação da conduta[225].

O fato é que os princípios têm objetivos que buscam garantir os interesses daqueles que sofrem em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, contudo esta questão não se mostra totalmente acolhida pela comunidade mundial.

Desta maneira é possível se constatar que existem elementos que podem ser vinculados à proteção dos interesses decorrentes das ofensas discriminatórias e total marginalização de alguns grupos sociais em decorrência de sua identidade de gênero na estrutura dos direitos humanos, protegidos por tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

---

[224] Dsiponivel em: <http://www.un.org/News/Press/docs/2010/gashc3987.doc.htm>. Acesso em: 05./01/2013.

[225] Piero A. Tozzi. *Six problems with "Yogyakarta Principles"*, Washington DC: C-FAM, 2007, p.3-6.

4 NORMAS ALUSIVAS AO GÊNERO

A questão do gênero permeia a nossa legislação deste os tempos mais remotos, contudo ela não era (tampouco o é hoje) tratada de forma direta, sendo apenas pano de fundo para uma série de discussões sem nunca discutir efetivamente o tema principal. Há a necessidade de indicação de elementos de distinção de gênero na legislação, salvo em situações em que isso se faz necessário para resguardar uma das partes que se mostre menos favorecida naquela situação? Deve o gênero em algum momento ser usado como critério de negativa de direitos ou apenas ser relacionado para a sua concessão?

Um conceito que se tem por claro é que a realidade humana muda com o passar do tempo, tendo o dinamismo e a imprevisibilidade como uma característica inerente, e cabendo ao direito não só regular, mas também responder às necessidades humanas, acompanhando estas mudanças, sob pena de não o fazendo revelar conceitos e categorias jurídicas que não correspondem à realidade que se pretende ordenar e gerar um "vácuo entre a realidade e a norma, privando de conteúdo e proteção as pretensões jurídicas a que os cidadãos têm direito"[226], em total desacordo com o parâmetro tridimensional da norma-fato-valor de Miguel Reale.

O ordenamento jurídico, segundo o pensamento tridimensional, deve fundar-se no tripé norma, fato e valor. De regra a construção normativa tem a sociologia e a filosofia como seus alicerces fundamentais, sendo que, portanto, a norma deve refletir os valores e interesses da sociedade em certo momento histórico, tendo a

[226] Vladmir Oliveira da Silveira, Maria Mendez Rocosolano. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 189.

dignidade da pessoa humana como o elemento axiológico a fomentar a estruturação normativa, vez que a norma é constituída ante a concessão de um valor a um determinado fato[227].

A teoria tridimensional de Miguel Reale pode também respaldar a presente análise, apreciando a questão da sexualidade e direito sob o prisma da tríade norma, fato e valor, numa perspectiva em que os três elementos relacionam-se entre si, em igualdade de importância, não sendo possível qualquer sorte de pesquisa jurídica que não tenha por base a apreciação simultânea de todos estes elementos[228].

O estabelecimento de uma direção (norma) que busque a atenção aos parâmetros elementares da justiça (valor) é necessário para que se aprecie a concretude fática (fato) que é a questão da identidade de gênero, como elemento integrante da sexualidade, dos direitos da personalidade e da realidade social vigente. Assim, "quando a lei regulamenta determinado *fato*, ela o faz por conta de determinado *valor* a ele atribuído, valoração esta que gera a *norma*"[229].

Na concepção tridimensionalista, a norma apresenta uma característica bastante peculiar:

> "[...] A norma deve ser concebida como um *modelo jurídico*, de estrutura tridimensional compreensiva ou concreta, em que fatos e valores se integram segundo normas postas em virtude de um ato concomitante de escolha e de prescrição (ato decisório) emanado do legislador ou do juiz, ou resultante das opções costumeiras ou de estipulações fundadas na autonomia da vontade dos particulares." [230]

---

[227] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. O direito do transexual com filhos à cirurgia de transgenitalização, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.454, nota 22.
[228] Maria Helena Diniz. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 142.
[229] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. A hermenêutica jurídica, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.142.
[230] Maria Helena Diniz, op cit., p. 142.

A realidade social não pode ser ignorada na concepção do ordenamento jurídico, atendendo, obrigatoriamente, aos parâmetros axiológicos inerentes a uma visão fundada no tridimensionalismo, e garantindo a sempre buscada vinculação da norma com o contexto vivido pela coletividade.

No Brasil a discussão efetiva acerca da identidade de gênero em termos legislativos se deu em 1979, quando foi apresentado um projeto de lei (PL 1909/79) pelo deputado José de Castro Coimbra que tinha por objetivo amparar o cirurgião que realizasse a operação de ablação dos órgãos sexuais, com a inserção de parágrafo ao art. 129 do Código Penal. O projeto de lei apesar de aprovado pelo Congresso Nacional acabou sendo vetado em 1984, pelo Presidente João Figueiredo.

Atualmente pode-se afirmar que a legislação vigente pouco trata da questão da identidade de gênero, contudo não são poucos os projetos de lei que visam tratar do tema, mas que se encontram estacionados em algum momento do trâmite legislativo, como ocorre com as propostas de emenda constitucional (PEC) 66/03 e 110/11, e com os projetos de lei 658/11, 70/95 (e os a ele apensados), 756/11, 6655/06, 122/06, 2285/07, 4610/01, entre outros[231].

Neste sentido é importante consignar o Anteprojeto do Estatuto da diversidade sexual, decorrente da Portaria 16/11 que criou a Comissão Especial da Diversidade Sexual. O referido anteprojeto assevera logo em seu art. 1º que tem por objetivo “promover a inclusão de todos, combater a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero e criminalizar a homofobia, de modo a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos”, reconhecendo a dignidade jurídica a todos os

[231] Vide anexo X.

grupos, sendo dever do Estado e da sociedade a garantia de cidadania plena e igualdade de oportunidades.

O texto proposto traz uma série de oito princípios fundamentais a serem seguidos na interpretação e aplicação do estatuto: I – dignidade da pessoa humana; II – igualdade e respeito à diferença; III – direito à livre orientação sexual; IV – reconhecimento da personalidade de acordo com a identidade de gênero; V – direito à convivência comunitária e familiar; VI – liberdade de constituição de família e de vínculos parentais; VII – respeito à intimidade, à privacidade e à autodeterminação; VIII – direito fundamental à felicidade.

O anteprojeto garante a livre de orientação sexual e a identidade de gênero como direitos fundamentais (art. 5º), sendo indevidas quaisquer ingerências de cunho estatal, familiar ou social com o objetivo de coibir a plenitude das relações sexuais e afetivas de quem quer que seja, sem que sofra pressões para que revele, renuncie ou modifique sua orientação sexual ou identidade de gênero, pugnando ainda pela garantia da igualdade plena, sem discriminação.

Nada auspicioso vislumbrar que até mesmo o estatuto da diversidade sexual não tem o cuidado de indicar com clareza os conceitos relacionados ao tema, como também sua utilização, além de valer-se da ideia de união homoafetiva (etimologicamente equivocada), e vincular o casamento a questão da orientação sexual e não da diversidade de gênero (art. 15).

Nos artigos 33 e seguintes o projeto confere uma atenção especial efetivamente à questão da identidade de gênero, tratando especificamente da condição de transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, conferindo a eles a liberdade de expressão de seu gênero, bem como determinando que os

profissionais da área da saúde se capacitem para atendê-los, garantindo todo o atendimento médico necessário, até mesmo pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

O texto proposto veda a realização de intervenções em crianças e recém-nascidos de caráter irreversível para a determinação de gênero em caso de intersexuais, salvo se houver risco à sua vida (art. 36). Traz ainda importante elemento que a distingue de tudo o que se apresenta hoje em sede de legislação e projetos acerca do tema, afirmando que havendo indicação terapêutica por equipe médica multidisciplinar o processo de adequação de gênero pode iniciar-se aos 14 (quatorze) anos (art. 37), sendo que as intervenções de redesignação sexual apenas podem ocorrer a partir dos 18 anos (art. 38).

Assevera o direito de adequação do nome e da identidade sexual independentemente da realização de operação de transgenitalização (art. 39), com o devido registro no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, sem quaisquer referências à sua condição anterior (art. 40), garantindo a utilização do nome social.

Traça ainda conceitos de vedação discriminatória e garantias na área da saúde, previdenciária, direito à educação, ao trabalho, à moradia, ao acesso à justiça e segurança, e respeito pelos meios de comunicação e nas relações de consumo, além de tipificar condutas penais relacionadas ao tema. Estabelece, por fim, a promoção de políticas públicas (art. 106) destinadas à conscientização da sociedade acerca do tema, bem como a promoção da igualdade, visando garantir a dignidade da pessoa humana de forma plena.

Em que pese à existência de uma série de propostas legislativas, parcas são as manifestações do Poder Público sobre a questão da identidade de gênero, tais quais algumas portarias, como a nº 233/2010 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a nº 1.612/2011 do Ministério da Educação, legislações

estaduais (Decreto 55.588/2012 – SP; decreto 8.496/2011 – MG; portaria 13/2010 da Secretaria de Estado da Educação do Distrito Federal, entre outros) e municipais (Decreto 51.180/2010 – SP, por exemplo), e resoluções de outros entes (como o Conselho Federal de Serviço Social – resolução 515/2011) que tratam da utilização do nome social[232], favorecendo tanto transexuais quanto travestis, deixando de tratar do cerne da questão da identidade de gênero como um todo.

Contudo pode-se afirmar que o que há de mais efetivo acerca do tema é a Resolução 1.955/10 do Conselho Federal de Medicina (CFM) e a Portaria nº 1.707/08 Ministério da Saúde que estabelece os parâmetros a serem seguidos com relação ao processo de transgenitalização, sendo que resolução aplica-se exclusivamente à classe médica.

Fato é que, conforme se verifica a seguir, o Poder Público negligencia certos grupos sociais, relegando-os a uma condição de marginalização social no que se refere à garantia de direitos, em que pese não o fazer quando se trata da arrecadação de impostos ou imposição de deveres. Inúmeros projetos legislativos encontram-se adormecidos sem qualquer perspectiva de análise num futuro próximo, mantendo aqueles que não se enquadram na heteronormatividade vigente em uma situação de ofensa constante, o que, numa interpretação mais extensiva, poder-se-ia até mesmo equiparar a uma tortura perpetrada pelo Estado em face destas pessoas.

Transexuais e intersexuais podem ser entendidos como minorias sexuais, e como tal são grupos merecedores de especial proteção jurídica, mas que infelizmente não a recebem, passando a serem vítimas de ofensas oriundas das

[232] Desirée Monteiro Cordeiro; Tereza Rodrigues Vieira. Transgêneros – travestis: a dura aceitação social, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p. 294-296.

mais diversas fontes. No âmbito legislativo a situação salta aos olhos, considerando-se a baixa representatividade que gozam no Congresso Nacional.

Possível se pugnar pelo estabelecimento de políticas públicas com o objetivo de combater a vigente atuação preconceituosa contra aqueles que apresentam questões relacionadas à identidade de gênero, objetivando atingir uma real condição de isonomia social a esta minoria sexual[233].

Na Europa existe a recomendação do Conselho da Europa, estabelecida no relatório "Direitos humanos e identidade de gênero" no sentido de firmar políticas públicas visando atender às necessidades específicas dos transexuais.

> 7. Preparar e implementar políticas para combatir la discriminación y exclusión a las que se enfrentan las personas transgénero en el mercado laboral, en la educación y en la asistencia sanitaria;
>
> 8. Involucrar y consultar a las personas transgénero y a sus organizaciones en el desarrollo y la aplicación de medidas políticas y legales que les conciernan;

Em que pese esta leniência manifesta no que tange a elaboração legislativa e a garantia efetiva de direitos a estes grupos sociais, vislumbra-se que em momentos esparsos surge uma ou outra razão para se acreditar que esta situação um dia irá se reverter, como o programa Brasil sem homofobia (lançado em 2004) e a 1ª Conferência Nacional "Direitos humanos e políticas públicas: o caminho para garantir a cidadania LGBT" de junho de 2008 que resultou no "Plano nacional de promoção da cidadania e direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais", este já totalmente defasado quando aos prazos ali estipulados.

---

[233] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Minorias sexuais e ações afirmativas, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p. 46-49.

Alguns poucos documentos governamentais trazem uma real preocupação com a questão da identidade de gênero, os quais merecem alguma atenção para o desenvolvimento do presente trabalho.

4.1 Programa Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH-3)

No final de 2009 (21 de dezembro) foi aprovado o decreto nº 7.037, denominado de Programa Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH – 3) com o escopo de estabelecer as diretrizes e objetivos na esfera dos direitos humanos que orientarão o Poder Público para uma sociedade mais adequada aos preceitos inerentes aos estabelecidos pelos direitos humanos, lastreado pela dignidade da pessoa humana e buscando fomentar um Estado Democrático de Direito.

Precedido pelo “Plano nacional de promoção da cidadania e direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais” de 2008, o programa mostra-se alicerçado em seis eixos orientadores básicos, contando com 25 diretrizes, 82 objetivos estratégicos e 521 ações programáticas, tratando da interação entre Estado e sociedade civil; desenvolvimento e direitos humanos; universalização de direitos e desigualdade; segurança pública, acesso à justiça e combate à violência; educação e cultura em direitos humanos; e direito à memória e verdade. Pela própria natureza do programa, é cristalino que de uma maneira ou de outra, ainda que de forma reflexa, os temas ali tratados apresentam alguma vinculação com a questão da identidade de gênero.

Desta maneira há de se ressaltar que no eixo orientador III, denominado de “universalizar direitos em um contexto de desigualdades”, que tem por escopo definir “medidas e políticas que devem ser efetivadas para reconhecer e proteger os

indivíduos como iguais na diferença, ou seja, valorizar a diversidade presente na população brasileira para estabelecer acesso igualitários aos direitos fundamentais" podem ser localizados elementos bastante afeitos à questão da identidade de gênero.

A Diretriz 7 deste eixo estabelece a "garantia dos direitos humanos de forma universal, indivisível e interdependente, assegurando a cidadania plena" e traz questões atreladas à sexualidade e a identidade de gênero no objetivo estratégico IV que se conduz para a "ampliação do acesso universal a sistema de saúde e qualidade" e estabelece entre suas ações programáticas "expandir e consolidar programas de serviços básicos de saúde e de atendimento domiciliar", firmando um apoio diferenciado, entre outros, para lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, entre outros (a); "aperfeiçoar programas de saúde para adolescentes, especificamente quanto à saúde de gênero, à educação sexual e reprodutiva e à saúde mental" (e); "criar campanhas e material técnico, instrucional e educativo sobre planejamento reprodutivo que respeito os direitos sexuais e direitos reprodutivos" (f); "estimular programas de atenção integral à saúde da mulher", considerando entre outros critérios sua orientação sexual (g); "garantir o acompanhamento multiprofissional a pessoas transexuais que fazem parte do processo transexualizador no Sistema Único de Saúde e de suas famílias" (p).

O objetivo estratégico VI da mesma diretriz se ocupa da "garantia do trabalho decente, adequadamente remunerado, exercido em condições de equidade e segurança" e pontua entre as ações programáticas o combate às "desigualdades salariais baseadas em diferenças de gênero" (g).

Na diretriz 8, vinculada à "promoção dos direitos de crianças e adolescentes para o seu desenvolvimento integral, de forma não discriminatória, assegurando seu

direito de opinião e participação", o objetivo estratégico III ("proteger e defender os direitos de crianças e adolescentes com maior vulnerabilidade") traz entre suas ações programáticas a exigência de que "em todos os projetos financiados pelo Governo Federal" haja "a adoção de estratégias de não discriminação de crianças e adolescentes" por inúmeros motivos, entre eles, gênero, orientação sexual e identidade de gênero (l).

Em seguida surge a Diretriz 10 que traz como foco a "garantia da igualdade na diversidade", o que se mostra como o ponto mais específico do Programa Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH – 3) atrelado à questão da identidade de gênero. Como objetivo estratégico I estabelece a "afirmação da diversidade para a construção de uma sociedade igualitária", e entre as ações programáticas previstas se vislumbra a realização de "campanhas e ações educativas para desconstrução de estereótipos" como os de identidade e orientação sexual (a).

O objetivo estratégico V é o mais direto com relação ao tema, vez que traz a "garantia do respeito à livre orientação sexual e identidade de gênero" como título, ao qual se vinculam oito ações programáticas, quais sejam, "desenvolver políticas afirmativas e de promoção de cultura de respeito à livre orientação sexual e identidade de gênero, favorecendo a visibilidade e o reconhecimento social" (a); "apoiar projeto de lei que disponha sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo" (b); "promover ações voltadas à garantia do direito de adoção por casais homoafetivos" (c); "reconhecer e incluir nos sistemas de informação do serviço público todas as configurações familiares constituídas por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, com base na desconstrução da heteronormatividade" (d); "desenvolver meios para garantir o uso do nome social de travestis e transexuais" (e); "acrescentar campo para informações sobre a identidade de gênero dos

pacientes nos prontuários do sistema de saúde“ (f); “fomentar a criação de redes de proteção dos Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT), principalmente a partir do apoio à implementação de Centros de Referência em Direitos Humanos de Prevenção e Combate à Homofobia e de núcleos de pesquisa e promoção da cidadania daquele segmento em universidades públicas“ (g); e “realizar relatório periódico de acompanhamento das políticas contra discriminação à população LGBT, que contenha, entre outras, informações sobre inclusão no mercado de trabalho, assistência à saúde integral, número de violações registradas e apuradas, recorrências de violações, dados populacionais, de renda e conjugais“ (h).

Há ainda conteúdo relevante ao tema no eixo orientador IV que desenvolve a questão da segurança pública, acesso à justiça e combate à violência, vez que na diretriz 13 trata da “prevenção da violência e da criminalidade e profissionalização da investigação de atos criminosos” e que apresenta como objetivo estratégico V a “redução da violência” motivada por diferenças de gênero e orientação sexual, entre outros motivos, fixando como ações programáticas o fortalecimento da “Polícia Federal no combate e apuração de crimes contra os direitos humanos” (a); a garantia do conhecimento sobre ‘serviços de atendimento, atividades desenvolvidas pelos órgãos e instituições de segurança e mecanismos de denuncia, bem como forma de acioná-los” (b); promoção de “campanhas educativas e pesquisas voltadas à prevenção da violência” contra lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis, entre outros (d); e “implementar ações de promoção da cidadania e direitos humanos das lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis (LGBT) com foco na prevenção à violência, garantindo redes integradas de atenção” (o).

Já no objetivo estratégico VI que discorre sobre o “enfrentamento ao tráfico de pessoas” a ação programática *b* trata especificamente de transexuais e travestis ao estabelecer a estruturação, a partir de serviços existentes, de um “sistema nacional de atendimento às vítimas do tráfico de pessoas, de reintegração e diminuição da vulnerabilidade”.

Em seguida, na diretriz 16 estabelece a “modernização da política de execução penal, priorizando a aplicação de penas e medidas alternativas à privação de liberdade e melhoria do sistema penitenciário” e, ao tratar da reestruturação do sistema carcerário, no objetivo estratégico I, fixa entre as ações programáticas a elaboração de projeto de reforma da Lei de Execução Penal (a) com o propósito de “assegurar e regulamentar as visitas íntimas para a população carcerária LGBT”, recomendando ainda que os estados e o Distrito Federal assegurem o direito à visita íntima e regulares dos apenados, com espaço adequado nos estabelecimentos prisionais que levem em conta as diferentes orientações sexuais; e “debater, por meio de grupos de trabalho interministerial, ações e estratégias que visem assegurar o encaminhamento para o presídio feminino de mulheres transexuais e travestis que estejam em regime de reclusão”.

O eixo orientador V está vinculado à “Educação e Cultura em direitos humanos” e, em específico, na diretriz 19, que fixa o “fortalecimento dos princípios da democracia e dos direitos humanos nos sistemas de educação básica, nas instituições de ensino superior e nas instituições formadoras” se trabalha a “inclusão da temática de Educação e Cultura em direitos humanos nas escolas de educação básica e em instituições formadoras” no objetivo estratégico I e firma entre suas ações programáticas “estabelecer diretrizes curriculares para todos os níveis e modalidades de ensino da educação básica para a inclusão da temática de

educação e cultura em direitos humanos, promovendo o reconhecimento e o respeito das diversidades de gênero, orientação sexual, identidade de gênero, geracional, étnico-racial, religiosa, com educação igualitária, não discriminatória e democrática", trazendo ainda no objetivo estratégico II que tem por base o "resgate da memória por meio da reconstrução da historia dos movimentos sociais", como ação programática a promoção de "campanhas e pesquisas sobre a história dos movimentos de grupos historicamente vulnerabilizados", colocados entre estes os seguimentos LGBT (a).

As perspectivas fixadas pelo Programa Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH – 3) se mostram bastante importantes e de suma relevância para se efetivar a atenção aos direitos humanos em um Estado Democrático de Direito, sendo necessário, porém, que estas diretrizes e ações programáticas deixem de ser meras intenções e passem a ter alguma efetividade prática.

Importante se consignar também que outras questões afeitas à sexualidade também são tratadas pelo Programa Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH – 3), como pode se verificar no que consta do eixo orientador III (Universalizar direitos em um contexto de desigualdade) que trata da questão das profissionais do sexo na diretriz 7 (objetivo estruturante IV, ação programática *n* e objetivo estruturante VI, ação programática *q*) e na diretriz 9 (objetivo estruturante III, ação programática *h*), determinando acesso a programas de saúde preventiva e de proteção a sua saúde, garantia de direitos trabalhistas e previdenciários por meio da regulamentação de sua profissão e ações educativas para eliminar o estereótipos.

A diretriz 9 também do eixo orientador III que trata do "combate às desigualdades estruturais", tendo a "garantia dos direitos das mulheres para o estabelecimento das condições necessárias para a sua plena cidadania", também

cuida da figura da sexualidade, não sob uma perspectiva de identidade de gênero ou orientação sexual, mas que está afeita à sexualidade como um todo.

O Programa Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH – 3) mais do que toda esta perspectiva programática evidencia a leniência do Estado com transexuais e intersexuais, pois é límpido que o Poder Público tem ciência das necessidades e agruras suportadas por tais pessoas e não efetiva as políticas públicas imprescindíveis a atender aos seus fins precípuos. Ressalta-se aqui, ainda, que a questão já vem sendo tratada desde 2004 com o lançamento do programa Brasil sem homofobia, seguido da 1ª conferencia nacional “Direitos humanos e políticas públicas: o caminho para garantir a cidadania LGBT” de junho de 2008 que resultou no “Plano nacional de promoção da cidadania e direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais”.

4.2 Legislação vigente e identidade de gênero

Conforme já consignado, a legislação pátria não se mostra muito eficaz em tratar do tema da identidade de gênero, o fazendo apenas de forma indireta em alguns textos, mas nada muito direcionado ou específico, deixando, em face da heteronormatividade vigente e de preconceitos arraigados na sociedade, um considerável grupo de pessoas em situação de desamparo e marginalização.

Tal situação está intimamente vinculada à perspectiva social, vez que dificilmente haverá a adequação legislativa enquanto não se verificar uma série de alterações culturais que rompam com os mitos, estereótipos e preconceitos consolidados, sendo imprescindível a construção e estruturação de novos

paradigmas de vida em sociedade[234], que passa pelo estabelecimento de um novo conceito educacional, uma nova postura de comunicação cultural e uma conscientização acerca da necessidade de prevalência da dignidade da pessoa humana.

Pode-se afirmar que a questão da identidade de gênero e não discriminação se mostram presentes de forma indireta no preceito constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) estabelecida como fundamento do atual Estado Democrático de Direito, ou mesmo no art. 5º da mesma Constituição Federal que trata da igualdade, inserindo a questão do sexo entre os inúmeros elementos isonômicos que se revelam como direitos e garantias fundamentais.

Outro momento em que se tem a previsão de não discriminação como se constata do disposto na Lei 9029/95, que veda práticas discriminatórias para efeitos admissionais, de permanência e demissionais nas relações de trabalho. Logo no art. 1º, a referida Lei consigna:

> "Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor, previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal".

O texto legal estabelece tipo penal para práticas discriminatórias relacionadas à gravidez e preconceito de etnia, raça e cor (art. 2º e 3º), e afirma que o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório enseja pleito de reparação de danos morais (art. 4º), contudo pode-se asseverar que o referido artigo já se mostra superado ante ao disposto no art. 186 do Código Civil que define o ato ilícito.

---

[234] Mario Silvio Gerlero. La construcción de identidades desde los agrupamientos GLT. *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009, p. 193.

Poderia ter o legislador desenvolvido o tema proposto no art. 1º da lei em sua plenitude, contudo não o fez, mantendo aberta mais esta lacuna relativa à atenção aos direitos e garantias vinculados à identidade de gênero.

Há uma manifesto contrasenso na atuação do Poder Público no que concerne a questão de intersexuais e transexuais visto que estabelece o dever do Estado de conferir a todos direitos iguais, protegendo a dignidade da pessoa humana de todos, firmando mesmo que o Sistema Único de Saúde (SUS) subvencione as intervenções cirúrgicas necessárias e, contudo, não se digna a cumprir o que firmou de forma genérica ou mesmo erigir novos meios a fim de ver efetivada a concepção genérica.

Em uma seara em que grassa o preconceito, não efetiva a legislação que poderia auxiliar este grupo social, tampouco estabelece medidas, como ações afirmativas, legislação específica ou mesmo programas de educação a fim de permitir que todos tenham os direitos inerentes à sua condição humana, em atuação que tangencia conceitos com tortura e crueldade.

> "El derecho no puede desamparalo, pues tiene la *responsabilidad agravada* o calificada de *atender al bien común*, es decir, *al bienestar de cada persona individualmente considerada*, so pena de incurrir em ló que podría denominarse 'crueldad jurídica" [235].

Esta leniência do Estado em cumprir com seus deveres, mormente no que se refere à esfera do Poder Legislativo, acaba por transferir ao Judiciário a solução das questões atreladas à identidade de gênero, sem que exista uma legislação específica para o tema, mas sempre se valendo dos parâmetros gerais concebidos

[235] Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.201.

na Constituição Federal, bem como tratados e orientações internacionais de direitos humanos[236].

4.3 Reconhecimento da identidade de gênero e homologação de sentença estrangeira

É possível se aventar a questão da alteração do sexo numa esfera internacional, mormente quando se tem a realização da operação de transgenitalização autorizada em outro país ou mesmo a decisão judicial que permite a mudança de sexo e prenome se dá sob a égide de legislação alienígena e o operado é brasileiro.

De início é de se entender que cada decisão judicial está ligada aos limites territoriais do órgão que a proferiu, sendo que as proferidas em outros países apenas poderão produzir efeito em território nacional caso venha a ser reconhecidas pelo Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com o art. 105, I, i da Constituição Federal, em homologação que confere validade e eficácia à decisão dentro dos limites territoriais brasileiros[237].

O procedimento a ser adotado para a homologação de sentença estrangeira é o consignado na Resolução 9 do Superior Tribunal de Justiça, de 4/5/2005, que estabelece como requisitos

> "Art. 5º Constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira:
>
> I – haver sido proferida por autoridade competente;
>
> II – terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;
>
> III – ter transitado em julgado; e

[236] Para uma visão panorâmica acerca da situação atual o anexo X traz uma perspectiva acerca dos projetos legislativos federais em trâmite relacionados ao tema.
[237] Arruda Alvim. *Manual de direito processual civil*, São Paulo: RT, 2011, p. 202

> IV – estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.”

Ressalta-se que na presente hipótese não se vislumbra a existência de qualquer ofensa ao disposto no art. 17 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), que assevera que “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Nestas circunstâncias é possível que seja necessário a validação da decisão estrangeira para que ela possa vir a se efetivar em território nacional quando venha a reconhecer, em território estrangeiro, direitos e garantias relacionadas à identidade de gênero e o seu beneficiário queira valer-se de tais benefícios dentro do território nacional.

Nesta seara é de se entender que o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido o direito de alteração de prenome e sexo nos documentos do transexual quando autorizado pela legislação estrangeira[238], ainda mais hodiernamente em que os tribunais nacionais têm aceitado de forma bastante sólida os pleitos formulados por aqueles que requerem o reconhecimento e respeito à sua identidade de gênero.

Desta forma é evidente que a homologação da sentença estrangeira ganha contornos relevantes para a apreciação do tema vez que a internalização de direitos

[238] SE 1058-IT, Relator Min. Barros Monteiro, j. 01.08.2006; SE 9.101-IT, Relator Min. Felix Fisher, j. 09.04.2013; SE 8.771-PT, Relator Min. Felix Fisher, j. 08.03.2013; SE 4.241-IT, Relator Min. Ari Pargendler, j. 07.12.2011; SE 6.442-IT, Relator Min. Ari Pargendler, j. 26.05.2011; SE 5.720-CH, Relator Min. Ari Pargendler, j. 10.11.2010; SE 4.179-IT, Relator Min. Cesar Asfor Rocha, j. 07.04.2009; SE 2.732-IT, Relator Min. Cesar Asfor Rocha, j. 07.04.2009; SE 2.149-IT, Relator Min. Barros Monteiro, j. 04.12.2006; SE 1058-IT, Relator Min. Barros Monteiro, j. 01.08.2006.

reconhecidos a intersexuais e transexuais dependerá desta confirmação realizada pelo Superior Tribunal de Justiça.

4.4 Ausência de norma específica sobre as questões de gênero

A estrutura do ordenamento jurídico vigente tem por princípio a necessidade de que o Estado, por meio da sua atividade jurisdicional, apresente solução a toda e qualquer questão que venha a ser apresentada pelo contexto social, sendo certo que a jurisdição se revela não só na atividade do Poder Judiciário, mas também por intermédio da elaboração das leis por parte, em regra, do Poder Legislativo, de modo que a ausência de legislação não pode ser motivo para que o julgador venha a não apresentar a solução juridicamente adequada ao caso concreto, havendo de valer-se, em caso de lacuna, dos diversos meios de supressão destas previstas no ordenamento jurídico.

Todavia é de se entender que sempre é necessário haja legislação pertinente a atender os temas principais da sociedade, a fim de garantir a atenção ao direito e garantir a segurança jurídica, sob pena da aplicação dos preceitos fundamentais já estatuídos.

O meio para a solução da ausência de legislação especifica sobre qualquer tema é o mandado de injunção, previsto expressamente no corpo constitucional, como um dos direitos e garantias fundamentais.

> “Art. 5º.
>
> [...]
>
> LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”

O mandado de injunção é, portanto, segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior “um meio de controle difuso da inconstitucionalidade por omissão, pois, por meio dele, num caso concreto, qualquer um pode despertar a atuação do Poder Judiciário para suprira inércia do legislador infraconstitucional” [239] e o não cumprimento de um mandamento constitucional deixando de conferir efetividade às normas programáticas em decorrência de inércia legislativa dá ensejo à inconstitucionalidade por omissão[240].

No entender de Willis Santiago Guerra Filho o objetivo do mandado de injunção é evitar que normas constitucionais que prevejam garantias e direitos fundamentais sejam deixadas à própria sorte, desprovidas de mecanismos que as proteja, relegando-as a um mero conteúdo programático, desprovidas de efetividade[241].

A questão da identidade de gênero é, inegavelmente, uma realidade social que se mostra ignorada pelo ordenamento jurídico, em uma manifesta demonstração de marginalização de uma parcela da sociedade, numa grave ofensa a dignidade da pessoa humana, mormente ao se considerar que nesta área não se vê a plena utilização social e legislativa da aplicação dos preceitos genéricos firmados na Constituição Federal, nem mesmo a adequada aplicação das técnicas para o suprimento de lacunas legislativas.

Tereza Rodrigues Vieira atrela o tema à questão do direito à saúde, e cita José Afonso da Silva que pontua que deste direito decorre um outro, especial e

---

[239] Luiz Alberto David Araújo. Vidal Serrano Nunes Júnior. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 203

[240] Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos humanos fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 58.

[241] Willis Santiago Guerra Filho. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, São Paulo: RCS Editora, 2005, São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 141.

subjetivo, dotado de duplo conteúdo, que autoriza a propositura de ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, I, *a*, e 103, § 2º) em face de inobservância das tarefas estatais para a sua efetivação, como ainda a sua não concretude admitiria a impetração de mandado de injunção, pela falta de regulamentação[242].

Evidente que a elaboração de uma legislação apropriada ao tema se faz pertinente e facilitaria a garantia dos direitos à população transexual e intersexual que luta pelo reconhecimento de seus direitos inerentes a sua condição humana que se mostram ignorados na prática. Inegável que a correta interpretação do texto legal seria o suficiente para a atenção dos preceitos preconizados pela dignidade da pessoa humana e parâmetros estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito.

Todavia é de se entender que grande parte da dificuldade para o estabelecimento de um regramento que considere as necessidades deste grupo social especifico está vinculada à forte oposição religiosa a que isso se efetive, tanto nos meios sociais como nas casas legislativas. Não se pode negar a força e função da Igreja como um ator social, contudo não se pode mais admitir que ela venha agir como se não existisse a secularização do Estado[243].

As mudanças sociais são a grande força motriz para a alteração legislativa, trazendo em si a premência da imposição de uma norma reguladora que atenda às novas necessidades, ante a uma valoração daí imanente, como se dá atualmente com o conceito de família. Neste contexto, atendendo à perspectiva da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale:

---

[242] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 165-166.

[243] Juan Marco Vaggione. La sexualidad em un mundo post secular. El activismo religioso y los derechos sexuales y reproductivos. *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009, p. 149/156.

> "[...] a legislação chega bem depois do evento social, que força primeiramente um posicionamento do Judiciário. Exatamente é o que ocorre na atualidade, quando a afetividade passa a ser a tônica das relações pessoais, obtendo total reconhecimento do Judiciário, na vanguarda dos acontecimentos da sociedade" [244].

Ainda não se pode ignorar que a legislação vigente estabelece que a existência de lacuna legislativa, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), haverá de ser solucionado por meio da analogia, costumes e princípios gerais de direito, motivo pelo qual se pode sustentar que é possível a perfeita solução das questões relacionada com a sexualidade independentemente da necessidade de mandado de injunção ou qualquer nova legislação, bastando à efetivação da Constituição Federal.

Desta maneira, é de se entender que enquanto não se tenha uma legislação específica acerca do tema é imprescindível uma apreciação hermenêutica, partindo da perspectiva constitucional e encaminhando-se para uma visão infraconstitucional. Neste contexto não se pode olvidar a concepção kelseniana segundo a qual se tem por permitido tudo o que não for expressamente vedado ou proibido, que se encontra resguardada no texto constitucional no art. 5º, II (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei). Neste mesmo sentido, mas com uma redação um tanto mais explícita se vislumbra o equivalente a esta ideia na Constituición de la Nacion Argentina

> "Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe."

---

[244] Patrícia Corrêa Sanches. Mudança de nome e da identidade de gênero, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 442.

Desta visão é possível concluir que não havendo legislação proibitiva expressa está caracterizada uma lacuna, a qual há de ser "suprida pela interpretação extensiva ou pela analogia quando o fato citado pelo enunciado normativo (no caso, *fato homoafetivo*) possui o mesmo valor protegido pelo fato citado pelo enunciado normativo (no caso, o *fato heteroafetivo*)", como pontua Paulo Roberto Iotti Vecchiatti ao tratar das uniões homoafetivas, em que vislumbra o amor/afeto como o elemento valorativamente protegido[245].

> "O art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro determina a utilização dos elementos de integração, evitando, assim, que uma situação venha ao Judiciário e não seja julgada – o que ocasionaria uma verdadeira insegurança jurídica. Diante disso, embora a legislação brasileira não expresse em seu texto a família composta por pessoas do mesmo sexo, os julgadores, fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não discriminação, aliados à analogia, aplicam a proteção das uniões estáveis e passam a considerar a entidade familiar composta por duas pessoas do mesmo sexo" [246].

Os princípios gerais de direito, vinculado ao princípio da isonomia, que pugna pela aplicação do brocado *ubi eadem ratio, ibi idem jus* (quando a razão de fato for a mesma, deve ser aplicado o mesmo direito), concluindo que "quando não houver proibição/limitação expressa para a aplicação de um regime jurídico a uma situação idêntica ou idêntica no essência a outra expressamente citada no enunciado normativo, então esta situação não citada expressamente deve ter a si aplicado o referido regime jurídico por força da interpretação extensiva ou analógica" [247].

De se notar que o transexual e o intersexual encontram-se inseridos em uma realidade de minoria ou grupo vulnerável, sendo cabível a adoção de políticas públicas e ações afirmativas a fim de conter a discriminação histórica vivenciada por estas pessoas. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti suscita mesmo que estes poderiam ser

---

[245] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. A hermenêutica jurídica, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.154.
[246] Patrícia Corrêa Sanches. O reconhecimento da família homoafetiva no Brasil, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p.201.
[247] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, op cit., p.155.

perfeitamente enquadrados nos parâmetros utilizados pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA) para fins de discriminação jurídica, a chamada classificação suspeita, vez que vítimas de um totalitarismo imposto pela sociedade heterossexista que os afasta da isonomia esperada[248].

Em diversas partes do mundo as ações afirmativas se fazem presentes com o objetivo de conferir especial proteção às minorias sexuais, sendo que na Europa datam do final do século XX, com o fulcro de garantir a liberdade de orientação afetiva como um direito fundamental[249]. Em solo pátrio pode-se dizer que gozam desta característica o Programa Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH – 3) e o Programa Brasil sem Homofobia do Governo Federal, os quais, infelizmente, padecem de efetivação.

A inexistência de legislação específica que confira direitos a esta parcela específica da população, em clara leniência do Poder Público, revela manifesta ofensa ao povo e descaso com a cidadania, tornando o Estado cúmplice de toda a discriminação sofrida por quem não está inserido no preceito heteronormativo vigente, fomentando uma ferramenta de discriminação e ofensa à dignidade da pessoa humana[250].

Na ausência de legislação específica caberá ao Judiciário analisar o problema social apresentado e resolver a situação, valendo-se dos parâmetros legais existentes, não podendo relegar-se o sujeito a marginalidade quando o Poder Legislativo é leniente.

---

[248] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Minorias sexuais e ações afirmativas, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p. 46-47.
[249] Enézio de Deus Silva Júnior. Homossexualidade: caracterização, panorama histórico, evolução terminológica e direito fundamental, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p. 134-135.
[250] Mario Silvio Gerlero. La construcción de identidades desde los agrupamientos GLT. *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009, p. 192.

> "Al hacerse cargo de esta realidad de la vida social, los juristas y los operadores del derecho están obligados a resolver, en términos axiológicos, el inocultable problema de la transexualidad, debiendo encontrar para ello las soluciones formales o normativas adecuadas. Es así que algunos países ya cuentan con legislación específica que regula la materia, mientras otros han resuelto el problema a niveles judiciales y hasta administrativos. Finalmente, más allá de la existencia o no de normas reguladoras o de antecedentes jurisprudenciales aplicables al fenómeno humano y social de la transexualidad, el juez es creador de derecho, por lo cual, aun en ausencia de normas jurídicas positivas, debe resolver el problema humano dentro de los valores y los principios jurídicos con los que cuenta." [251]

Fato é que independentemente da existência ou não de legislação infraconstitucional tratando especificamente de boa parte dos temas vinculados à questão da sexualidade e da identidade de gênero, é de se entender que a Constituição Federal de 1988 concebe princípios que haveriam de ser suficientes a garantir ao menos os mesmos direitos àqueles que não se encontram enquadrados na concepção da heteronormalidade vigente que atribui aos tidos inseridos na perspectiva da pseudo normalidade socialmente imposta.

[251] Carlos Fernández Sessarego. Sexualidad y Bioética. La problemática del transexualismo, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Ano 8, n° 6º, Trujillo, 2006, p. 15.

5 REDESIGNAÇÃO SEXUAL

5.1 Notas preliminares

Aspecto bastante relevante vinculado à questão da identidade de gênero está atrelado às intervenções que sujeito pode se submeter a fim de viabilizar a adequação da sua condição física à percepção que tem de si mesmo quanto a sua identidade de gênero.

Neste contexto, surge a possibilidade de intervenções cirúrgicas e hormonais com o objetivo de equacionar este descompasso vivido tanto por intersexuais como por transexuais. Naquele caso se vislumbra uma situação que revela uma menor resistência acerca da sua efetivação, enquanto a questão para o transexual revela um posicionamento mais conflituoso, com previsão na resolução 1955/10 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Fato é que a questão clínica do intersexual e do transexual é de suma relevância para a perfeita inserção destas pessoas na sociedade, havendo de ser analisada com atenção para a plena compreensão da realidade daqueles que padecem das questões vinculadas à identidade de gênero.

5.2 Adequação sexual do intersexual

A intersexualidade é uma realidade social e surge como uma condição física de constatação complexa, vez que esta aferição pode se dar de maneira clara, logo no nascimento, ou pode vir a ser descoberta após algum tempo, dependendo da condição apresentada pelo sujeito.

Esta configuração clínica pode apresentar uma série de modalidades distintas, como a disgenesia gonadal, o pseudo hermafroditismo feminino ou masculino e o hermafroditismo verdadeiro, diferenciando-se cada uma destas situações pelas características físicas do sujeito. Em cada uma das hipóteses se faz necessária a devida adequação física do intersexual diagnosticado a fim de permitir que tenha uma condição de saúde plena, atendendo o princípio elementar da dignidade da pessoa humana, mediante uma intervenção cirúrgica corretiva.

Como se dá com qualquer patologia, o diagnóstico adequado (o quanto antes) e o encaminhamento ao tratamento adequado é indispensável a garantir a menor incidência de danos em decorrência da condição vivenciada pelo intersexual, podendo se asseverar, em sentido contrário, que a demora no tratamento adequado de quem apresenta a intersexualidade como uma condição física pode gerar severas consequências de cunho psicológico.

O entendimento que prevalece é que se tenda à prevalência do sexo genético em caso de intersexualidade, sendo certo que caso o aparelho genital se mostre muito rudimentar se optará pelo sexo feminino. Esta é uma solução que, de regra, é baseada em uma constatação superficial e realizada logo após o nascimento, ainda mais se considerando a estrutura do sistema de saúde nacional nos mais diversos rincões.

Em que pese o fato de não ser admissível a confusão entre gênero e orientação sexual, prevalece hoje o entendimento de que caso o intersexual já tenha estabelecido a sua identidade sexual, por volta dos 18 meses, esta é a que deve preponderar[252]. Evidente que é de se entender, ante a todo o contexto aqui

[252] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 280.

desenvolvido, que há de se rememorar que neste momento não se está a questionar a identidade de gênero ou orientação sexual do sujeito, mas, mais especificamente, o seu gênero (aspecto meramente físico).

Ocorrendo a feminilização do sujeito geneticamente masculino há de se fazer a abertura do seio urogenital, amputação do clitóris e plástica do vestíbulo, se antes dos 18 meses[253], o que se dá com o intuito de garantir uma identidade física ao sujeito em relação às informações constantes de sua documentação.

Se for o caso de ausência de vagina há de se faz uma neovaginoplastia ou uma dilatação progressiva no período da puberdade, sendo que no caso de ausência de pênis, necessária se faz a ortofaloplastia, correção da hipospádia (má formação congênita que atinge o pênis) e criptorquidia (não ocorrência da descida dos testículos do abdômen para a bolsa escrotal), além da extirpação de eventuais gônadas e órgão que não se adequem com o sexo do sujeito[254].

Além de todo o procedimento com o objetivo de adequação do fenótipo pode ser necessária a realização de tratamento hormonal, vez que a intersexualidade decorre de problemas endocrinológicos.

Antonio Chaves pontua que a garantia aos direitos fundamentais fixada no texto constitucional busca assegurar a todos o bem estar, sendo que isso, no caso do intersexual, apenas poderá ser alcançado ante a sua adequação física ao único sexo em que pode ser funcional[255].

Contudo é de se notar que, neste caso, a decisão acerca de qual seria a configuração física adequada àquela pessoa que apresenta formação genital

---

[253] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 280.
[254] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, op cit., p. 280 e 281.
[255] Antônio Chaves. *Direito a vida e ao próprio corpo*, São Paulo: RT, 1994, p. 140.

duvidosa se dá sem uma análise clínica de maior profundidade, mormente pontos mais ermos do país, ensejando muitas vezes a incidência de indicação cirúrgica equivocada, situação esta que relegará a pessoa a uma condição bastante delicada no âmbito psicológico.

De se consignar, também, que no mais das vezes a intervenção cirúrgica é realizada ainda com a criança em tenra idade, ou mesmo já em fase adolescente, sendo certo que nestas circunstâncias não se pode olvidar os princípios relacionados à criança e adolescente previstos na legislação, como a garantia de especial proteção do Estado, família e sociedade, como a prevalência do melhor interesse do menor presentes tanto na Constituição Federal quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, bastante delicada a condução de tal questão em um país em que a grande maioria das pessoas não compreende a natureza e extensão da patologia apresentada pelo intersexual.

Inicialmente, neste tipo de situação, não há que se questionar acerca da legalidade do ato a ser praticado, vez que a intervenção que sofre visa uma adequação morfológica de cunho terapêutico, buscando definir efetivamente a condição sexual do indivíduo, sendo de se entender tal intervenção como um ato reparador ou corretivo de uma deformidade física que permitirá uma efetiva adaptação sociopsicossexual daquele sujeito que padece de uma condição de indeterminação sexual.

As intervenções médico-cirúrgicas pelas quais passa o intersexual buscam eliminar uma condição de sexualidade dúbia e não de adequação de gênero, com a concordância plena quanto a retificação do nome e do sexo no registro civil[256], em que pese não ser possível em inúmeros casos, em decorrência do discernimento do

[256] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 320.

paciente, conseguir garantir o consentimento esclarecido por meio do termo de assentimento firmado com ele, mas apenas com o termo apresentado a seus responsáveis.

O fato é que o intersexual, por intermédio da intervenção cirúrgica, busca adequar seu corpo a uma condição de normalidade[257], vez que seu aspecto anatômico não se mostra íntegro, quando não, dúbio.

O consentimento do paciente para a realização de intervenções cirúrgicas é indispensável, sendo necessário que venha a ser informado do tratamento ao qual será submetido e suas consequências, sob pena de responsabilização. Contudo é interessante notar que Maria Helena Diniz pontua que o consenso esclarecido do paciente é indispensável e que não poderá ser suprido por representante legal[258] quando trata da questão do transexual, dando ensejo ao questionamento acerca da aplicação do mesmo preceito na hipótese do intersexual. O texto da resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM 1955/10) que trata especificamente dos transexuais revela ser o consentimento esclarecido imprescindível àqueles casos, não revelando qualquer vedação etária ou mesmo de capacidade.

Assim é de se pontuar que, inicialmente, na eventualidade da não atuação dos pais no sentido de efetivarem a intervenção cirúrgica necessária será possível, por meio da atuação do Ministério Público, conferir um curador especial para este incapaz a fim de se conseguir que venham a realizar o tratamento médico negado pelos pais (Art. 9º do Código de Processo Civil).

De qualquer sorte é de se consignar que a intervenção médico/cirúrgico/hormonal é a saída para a situação do intersexual, que apresenta

---

[257] Paola D'Addino Serravalle; Pietro Perlingieri; Pasquale Stanzione. *Problemi giuridici del transessualismo*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1981, p. 19.
[258] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 327.

uma inadequação física, ou mesmo uma deficiência física que pode vir a ser adequada, não havendo solução meramente psicológica ou psiquiátrica.

5.3 O processo de transgenitalização do transexual

O transexual, como explanado, apresenta uma incompatibilidade entre a sua estrutura morfológica e a sua compreensão psíquica no que se refere ao seu gênero, sendo que umas das possíveis etapas da adequação da identidade de gênero reside nos atos e intervenções de natureza médica realizadas com o objetivo de gerar a redesignação sexual do sujeito.

É de se entender que não se mostra adequado valer-se da expressão redesignação de gênero neste caso, vez que tal expressão está atrelada a um aspecto social, enquanto as intervenções visam atingir a constituição físico/anatômico e hormonal do indivíduo.

Neste contexto, portanto, não seria adequado pensar em mudança de gênero, mas sim em redesignação de sexo, considerando este no sentido do sexo aparente, externo ou fenótipo, por meio do que se convencionou denominar de transgenitalização. Por meio de tais atos se busca a mudança da aparência física, sendo evidente que a intervenção não tem o condão de alterar a identidade de gênero ou a condição genética do sujeito, o qual manterá sua identidade genética de homem (XY) ou mulher (XX), independente da sua identidade de gênero ou alteração fenotípica.

Esta concepção parece ser bastante clara para os transexuais, vez que segundo relatos clínicos há a consciência de que as intervenções teriam apenas o

condão de atingir seu aspecto físico, tendo claro que tal intervenção cirúrgica não revelará qualquer sorte de cura para a sua condição[259].

Mesmo entre os transexuais a efetivação da redesignação física de sexo é controversa, vez que existem aqueles que têm a intervenção hormonocirúrgica como um ato indispensável para o seu reconhecimento pessoal como alguém com identidade de gênero perfeitamente adequada, enquanto outros não vislumbram as mudanças físicas como indispensáveis, bastando a adequação de sua identidade civil[260].

Numa visão simplista seria de se pontuar que o mais adequado seria a troca do cérebro do transexual, já que fisicamente ele não apresenta nenhuma anomalia. Contudo nenhuma técnica se mostrou efetiva na tentativa de transformar a percepção psicológica do transexual acerca do seu gênero, e, ante a total ineficácia dos tratamentos psicoterapêuticos[261], a alteração da anatomia do transexual passa a ser a única alternativa possível a fim de garantir ao transexual uma vida minimamente digna, caso sinta a necessidade de uma adequação físico-psicológica. Assim, como pontua Henri Frignet, na maioria das vezes o tratamento psicológico é inócuo[262], restando apenas a solução que atinge a estrutura física do transexual.

O fato é que quanto antes tenha o transexual um tratamento adequado maiores as possibilidades de que sua situação revele-se menos gravosa, vez que segundo parcela da doutrina “o estado de saúde do transexual só melhorará quando fizer um tratamento hormono-cirúrgico e obtiver a alteração do nome e do sexo no

---

[259] Rafael Kalaf Cossi. *Transexualismo, psicanálise e gênero*. 51-52 f. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. 2010. .
[260] Rafael Kalaf Cossi, op cit., p. 53.
[261] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 321.
[262] Henri Frignet. *O transexualismo*, Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2000, p. 123.

registro civil" [263], situação esta em que o pronto atendimento de suas necessidades poderá garantir-lhe uma vida mais digna e plena.

Importante se ressaltar que o transexual, quando busca por tratamento médico, de certa maneira, pretende se enquadrar naquele conceito ordinário de normalidade, lutando por uma inserção plena na sociedade, afastando-se da condição de pária. Muitas vezes o faz não por sentir uma necessidade pessoal de adequação, mas sim por uma imposição social de ser considerado normal para os padrões vigentes.

> "[...] L'operazione di conversione è vista come liberazione, soluzione di ogni dubbio, ritorno ad uma situazione normale che gli permetta di chiarire l'equivoco della propria individualità, di riavvicinarsi agli altri, di superare il conflito morale e religioso" [264]

Nada mais justo e coerente do que conferir a este sujeito que revela uma condição de inadequação físico-psíquica meios para que consiga atingir, ou ao menos se aproximar deste conceito de normalidade, situação que permitirá que venha a se livrar de uma série de preconceitos e discriminações e possa ter uma vida mais condizente como o que se espera para todo ser humano.

Para a realização de qualquer dos atos do processo de transgenitalização não se exige, no ordenamento jurídico pátrio, qualquer sorte de autorização judicial, vez que o entendimento que impera é que se trata de uma intervenção de cunho terapêutico, ante a natureza da situação vivenciada pelo transexual.

---

[263] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 329.

[264] Paola D'Addino Serravalle; Pietro Perlingieri; Pasquale Stanzione. *Problemi giuridici del transessualismo*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1981, p. 16-17. "[...] A operação de conversão é vista como a libertação, a solução de qualquer dúvida, o retorno à situação humana normal que lhe permite esclarecer o mal-entendido de sua própria individualidade, para aproximar-se dos outros, de superar o conflito moral e religioso".

Vislumbra-se na doutrina posicionamento em contrário, pugnando pela necessidade de autorização judicial para a realização da intervenção, como pontua Elimar Szaniawski que sustenta que está se faz pertinente tanto para o transexual quanto para o intersexual, ainda que deva ser lastreada pelo critério médico, face ao seu condão de alterar o estado de pessoa. Afirma ainda que não cabe ao juiz a definição de sua conveniência e oportunidade[265], e, sendo constatada a situação clínica de inadequação sexual, caberia ao magistrado autorizar a intervenção. Neste mesmo sentido entende Roberto Senise Lisboa, para quem a autorização judicial se faz conveniente[266], posicionamento compartilhado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que sustentam não ser justo "que se imponha a um semelhante o suplício de ser aquilo que ele não é, sob pena de se lhe negar o superior direito à felicidade" [267], havendo de se conferir a permissão para a prática dos procedimentos transgenitalizadores.

Neste mesmo sentido, de que haveria a necessidade de prévia autorização judicial para a realização da operação, pontuam Carlos Fernández Sessarego[268], como também Alícia García de Solavagione após considerar a concepção argentina, em que pese não haver nenhuma exigência neste sentido na legislação vigente naquele país.

> "[...] sostenemos que **sí** es necesario por raziones de *orden publico, por necesidad de certeza jurídica, que todo cambio de sexo deba ser previamente autorizado por el órgano jurisdiccional del Estado y, consecuentemente, ser inscripto em los registros del estado civil* [...]" [269]

---

[265] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 205.
[266] Roberto Senise Lisboa. *Manual de Direito Civil: Teoria geral do direito civil*, São Paulo: Saraiva. 2009. p. 182.
[267] Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho. *Novo curso de direito civil: parte geral*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 208.
[268] Carlos Fernández Sessarego. Sexualidad y Bioética. La problemática del transexualismo, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Ano 8, n° 6º, Trujillo, 2006, p. 10.
[269] Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.172.

Contudo o posicionamento adotado pela autora argentina estava baseado em previsão constante na regulamentação fixada aos profissionais da medicina vigentes até então, que expressamente proibiam a operação salvo se autorizada judicialmente (inc. 4 da Lei 17.132 de 31 de janeiro de 1967) [270], contudo o texto da ley de identidad de gênero (Lei 26.743/12) traz expressamente que a sua aplicação independe de autorização judicial e de realização de operação prévia.

> ARTICULO 4º — Requisitos. Toda persona que solicite la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen, en virtud de la presente ley, deberá observar los siguientes requisitos:
>
> 1. Acreditar la edad mínima de dieciocho (18) años de edad, con excepción de lo establecido en el artículo 5° de la presente ley.
>
> 2. Presentar ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, una solicitud manifestando encontrarse amparada por la presente ley, requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservándose el número original.
>
> 3. Expresar el nuevo nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse. En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.

Nos Estados Unidos da América (EUA) a autorização para a realização da cirurgia há de ser precedida de uma declaração feita por parte do interessado, perante seu advogado, eximindo o médico pelas eventuais complicações fortuitas, conforme ressalta Maria Helena Diniz[271].

Havendo a orientação médica no sentido de se determinar o tratamento do transexual, é de se notar que este não se restringe apenas a intervenções de cunho cirúrgico para adequação genital e demais atos visando a alteração dos caracteres

---

[270] Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.196.
[271] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 326.

sexuais secundários, mas também a prescrição da utilização de hormônios, o que revela um procedimento de alta complexidade.

No âmbito hormonal, o que se busca é ministrar hormônios masculinos para que o transexual masculino (FTM) passe a apresentar características externas mais próximas daquelas esperadas de um homem com a administração de testosterona, enquanto o transexual feminino (MTF) passa a fazer uso de estrogênio com o objetivo de adquirir contornos femininos.

> "Com a administração de hormônios, os caracteres sexuais são reduzidos. Os homens em vias de feminilização passam a ter musculatura diminuída, os testículos e o pênis involuídos e o desenvolvimento dos seios. Os pelos são removidos por meio de eletrólise. As mulheres a ser virilizadas passam a ter reduzidas as mamas gordurosas e os seios, aumento da musculatura, aparecimento de pilosidade típica masculina e o tom de voz mais grave" [272].

Com o objetivo de cuidar da esfera anatômica do transexual, as intervenções cirúrgicas no homem vão promover a supressão do pênis e dos testículos, com a consequente construção de uma neo-vagina, utilizando-se as partes suprimidas como elemento material para tal fim. Já no caso das mulheres a intervenção promove a remoção dos seios e a construção de um neo-pênis por meio de enxertos[273].

Fato é que se atende a um longo procedimento até que o pleito de realização da operação de redesignação de sexo venha a ser efetivada, o qual passa por triagens, entrevistas, aplicação de testes, avaliações psicológicas e endocrinológicas, diagnósticos psicológicos e psiquiátricos, além de passar, o individuo, por um período vivendo socialmente como alguém do sexo que pretende

---

[272] Rafael Kalaf Cossi. *Transexualismo, psicanálise e gênero*. 44 f. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. 2010.
[273] Rafael Kalaf Cossi, op cit., p. 44.

transformar-se fisicamente (*real life test*), em procedimento que se estenderá por período mínimo de 2 (dois) anos[274].

Seja qual for o posicionamento adotado é preponderante que o paciente revele de forma expressa e inconteste o seu consentimento em participar do tratamento. O pleno exercício da cidadania e dos direitos inerentes a sua condição de pessoa, atrelado aos preceitos da dignidade da pessoa humana exigem que o sujeito seja plenamente informado de todos os elementos do tratamento que virá a enfrentar para que possa, de forma consciente, exarar a sua vontade de efetivamente passar por um determinado tratamento, sendo tal ato de ser entendido como sendo um negócio jurídico permeado de todos os elementos a ele inerentes[275].

De regra exige-se que o indivíduo ateste sua vontade em um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) no qual será informado de todos os passos e consequências do tratamento/intervenção, seus riscos e benefícios para que venha a expressar seu aceite. No caso do transexual é de suma relevância que o paciente seja devidamente esclarecido de todo o procedimento e consequências, mormente porque estas intervenções, em sua grande maioria, são irreversíveis ou, ao menos, geram efeitos permanentes na vida do sujeito, como o fato de que mesmo que a intervenção seja um sucesso, a funcionalidade da nova estrutura sexual será diferente daquela que teria caso tivesse nascido com aquele sexo[276]. A ausência deste esclarecimento e do respectivo documento pode dar ensejo à responsabilização de quem realizar tratamento ou intervenção sem o devido consentimento do paciente.

---

[274] Ainda que não apresente contornos legislativos *erga omnes*, atualmente o parâmetro utilizado para a realização do processo transgenitalizador no Brasil é a Resolução 1.955/10 do Conselho Federal de Medicina (CFM), a qual define os requisitos para a caracterização da transexualidade (art. 3º e 4º).
[275] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 72.
[276] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 323.

A Resolução 1955/10 do Conselho Federal de Medicina (CFM), em seu art. 6º, exige a prática do consentimento livre e esclarecido para a realização da operação de mudança de sexo, o qual deverá ser formalmente expresso em documento escrito, que, nos termos do anexo III da resolução 457/08 do Ministério da Saúde, haverá de ser elaborado pela unidade aonde o processo transexualizador venha a se dar.

O anexo III da Resolução 457/08 assevera que a cirurgia é apenas um dos recursos terapêuticos possíveis ao transexual e que a escolha pela sua realização exige que ele tenha ciência das circunstâncias que envolvem o processo de transgenitalização com um todo, o que permitirá que o sujeito tenha condições de proferir seu consentimento de forma consciente.

> "A cirurgia de transgenitalização deve ser concebida como um dentre outros recursos terapêuticos dos quais dispõe o indivíduo transexual em seu processo transexualizador. A escolha pela intervenção na genitália deve ser alcançada pelo usuário através do processo psicoterapêutico e social, requerendo:
>
> - conhecimento acerca dos aspectos cirúrgicos;
>
> - conhecimento dos resultados cirúrgicos em suas dimensões estética e funcional;
>
> - consideração crítica das expectativas que acompanham a demanda de transgenitalização;
>
> - consideração crítica das conseqüências estéticas e funcionais da intervenção cirúrgica na experiência pessoal e relacional do indivíduo transexual
>
> - consideração críticas de outras alternativas necessárias para a melhoria da qualidade de vida, sobretudo no que se refere às relações sociais."

Maria Helena Diniz pontua que o consenso esclarecido do paciente é indispensável e que não poderá ser suprido por representante legal[277], hipótese de aplicatividade restrita em nosso país vez que a resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) vigente (1955/10) afirma que um dos requisitos para a operação é

[277] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 327.

que o sujeito tenha mais de 21 anos (art. 4º, 2), sem questionar expressamente a figura da capacidade.

De se consignar que a transexualidade se estabelece em 66% (sessenta e seis por cento) dos casos já na infância, sendo certo que quanto mais tardar o início da transição sexual mais dolorosa esta será[278], o que pode se revelar numa objeção caso se entenda que o consentimento esclarecido há de ser conferido pelo próprio paciente, não sendo admissível a representação.

Considerando o preceito do melhor interesse da criança e do adolescente é de se entender que caso exista a caracterização médica da transexualidade haverá a possibilidade sim de se pensar na realização das intervenções médico cirúrgicas indicadas, mediante a apresentação do termo de consentimento esclarecido apresentado ao representante legal acompanhado de um termo de assentimento assinado pelo menor (mormente maior de 12 anos), no qual se fará de forma clara e compreensível a explicação da situação, intervenções que serão realizadas e suas consequências, considerando o seu grau de desenvolvimento e compreensão.

A situação de conflito constante pela qual passa o transexual o insere numa realidade de infelicidade que não o permite viver uma vida plena e realizada, mas que pode vir a ser afastada mediante a realização das intervenções médicas pertinentes a realizar a adequação de seu sexo físico ao psicológico[279].

Independentemente do posicionamento tomado, se favorável ou não à realização da intervenção cirúrgica, é evidente que esta gera consequências bastante severas, sendo de se pontuar uma tendência geral de que aqueles que

---

[278] Drauzio Varella. *Transexuais*. Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/sexualidade/transexuais/>. Acesso em: 08.ago.2013.

[279] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 64.

passaram pela cirurgia de redesignação de sexo tendem a ser mais beneficiados do que se não a tivessem realizado, com redução de ansiedade e sentimentos depressivos, como também uma melhora nos relacionamentos interpessoais[280], sendo certo que não será a cirurgia que gerará a alteração da percepção sexual da pessoa, apenas adequando a sua constituição física à sua realidade psíquica, vez que já antes da intervenção já se considerava como pertencente àquele sexo que fisicamente adquirirá ante a operação.

5.4 Redesignação sexual e suas consequências segundo a visão alienígena

A possibilidade da realização de intervenções cirurgicohomonal tem grande acolhida pelo ordenamento jurídico mundial, sendo certo que em alguns países a autorização para a sua realização remonta a primeira metade do século XX, revelando o quanto o ordenamento jurídico pátrio é atrasado na proteção dos interesses de transexuais e intersexuais.

O art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos estabelece o respeito a vida privada como um de seus elementos integrantes, o que serve de respaldo para o entendimento permissivo do processo transgenitalizador em caso de transexuais devidamente reconhecidos, ante ao seu caráter terapêutico, sendo este o posicionamento da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, pontuando o caráter curativo da intervenção que viabiliza a integração pessoal e social do sujeito ante a sua identidade de gênero, não havendo, portanto, que se falar em qualquer sorte de mutilação ou ilicitude, já que busca a redução ou cessação do sofrimento

[280] Rafael Kalaf Cossi. *Transexualismo, psicanálise e gênero*. 49 f. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. 2010.

mental do transexual, sem que se possa falar de perda de função do órgão extirpado, ainda mais se se considerar que este era inútil ao transexual[281].

Ainda em sede de continente europeu importante se consignar as recomendações do Comissário de Direitos Humanos do Conselho da Europa para todos os Estados membros no que concerne à identidade de gênero, constante do relatório temático “Direitos humanos e identidade de gênero” de 29 de julho de 2009, instruindo no sentido da elaboração de procedimentos eficazes e transparentes para a mudança de nome e sexo dos transexuais, bem como que os procedimentos de redesignação de gênero sejam reembolsados pelos sistemas de saúde pública.

> “V. Recomendaciones para los Estados miembros del Consejo de Europa
>
> Los Estados miembros del Consejo de Europa deberían:
>
> [...]
>
> 3. Desarrollar procedimientos eficaces y transparentes para el cambio de nombre y de sexo de una persona transgénero en los certificados de nacimiento, documentos de identidad, pasaportes, títulos académicos y otros documentos similares;
>
> [...]
>
> 5. Hacer accesibles para las personas transgénero los procedimientos de reasignación de género, como el tratamiento hormonal, la cirugía y el apoyo psicológico, y asegurar que sean reembolsados por los sistemas de seguros de la sanidad pública;”[282]

Neste contexto organismos internacionais podem ser acionados para analisar questões em que se verifique a ofensa aos tratados e convenções internacionais firmados. A Comissão Europeia de Direitos Humanos pode ser suscitada a manifestar-se por intermédio do pleito de particulares, associações ou sindicatos quando estes manifestam a existência de uma ofensa aos direitos humanos previstos na Convenção Europeia de Direitos do Homem, sendo certo que tal

---

[281] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 326.

[282] Disponível em: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH/IssuePaper(2009)2&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864> Acesso em: 15/01/2013.

alternativa só se admite após, esgotados todos os recursos internos existentes. Esse pleito gera a abertura de uma sindicância e tentará a composição das partes, e se esta não se mostrar frutífera, a Comissão poderá recorrer à Corte Europeia e seus juízes aferirão a existência ou não de ofensa aos direitos humanos, podendo solicitar a anulação da decisão e, se esta não se der, fixar reparação pecuniária[283].

Dentro do bloco dos países europeus é importante suscitar algumas situações. Nos países nórdicos a questão começou a ser tratada nos anos 1930, na Noruega e também na Dinamarca (1934 e 1935 respectivamente) [284], sendo atualmente perfeitamente aceitas as intervenções para transexuais na legislação norueguesa[285] e na dinamarquesa, na qual mudança do nome é autorizada pelo Ministério da Justiça caso o peticionário seja castrado ou esterilizado[286], além de encontrar permissivo também na legislação da Islândia e Finlândia[287].

O tema na Suécia foi objeto de positivação em 1972, em legislação que exigia atenção a uma série de critérios, exigindo que todos aqueles que pretendem se submeter à intervenção tenham mais de 18 anos, sejam naturais do país, solteiros e estéreis (precisam se tornar incapazes de procriar antes de fazer a operação).

> "Lag (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall
>
> 1 § En person ska efter egen ansökan få fastställt att han eller hon har en annan könstillhörighet än den som framgår av folkbokföringen, om han eller hon
>
> 1. sedan en lång tid upplever att han eller hon tillhör det andra könet,
>
> 2. sedan en tid uppträder i enlighet med denna könsidentitet,
>
> 3. måste antas komma att leva i denna könsidentitet även i framtiden, och
>
> 4. har fyllt arton år.

[283] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 170.
[284] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 132.
[285] Mauricio Luis Mizrahi. *Homosexualidad y transexualismo*. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 81.
[286] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 330.
[287] Mauricio Luis Mizrahi, op. cit., p. 80-81.

> 5. har steriliserats eller av någon annan orsak saknar fortplantningsförmåga”[288]

A exigência quanto a esterilização encontrava oposição do Conselho Nacional de Saúde e Bem-Estar Sueco, por ferir o art. 3º da Carta Europeia de Direitos Fundamentais[289], exigência esta suspensa em 01 de julho de 2013 pelo parlamento sueco, atendendo às convenções internacionais de direitos humanos[290], corroborando decisão da Corte Administrativa de Apelação de Estocolmo em 19 de dezembro de 2012 (processo n º 1968-12), que aboliu a prática a partir de 10 de janeiro de 2013 [291].

Ainda no continente europeu, a legislação alemã também autoriza a realização da operação de mudança de sexo, baseada no art. 2º da sua Constituição, que prevê a proteção do desenvolvimento da personalidade (*Entfaltung der Persönlichkeit*), autorizando também a mudança do registro civil[292].

> “Artikel 2
>
> [Persönliche Freiheitsrechte]
>
> (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

---

[288] Lei (1972:119) sobre a determinação do sexo
§ 1 A pessoa terá seu pedido de declaração de que ele ou ela tem um gênero diferente do que a indicada no registro da população, se demonstrar que
1. desde há muito tempo se sente pertencente ao outro sexo,
2. desde quando vive em consonância com esta identidade de gênero,
3. necessário assumir esta identidade de gênero no futuro, e
4. ter dezoito anos de idade .
5. ser esterilizado ou por qualquer outra razão não ser fértil.

[289] Dsiponível em: <http://www.edgeonthenet.com/index.php?ch=news&sc=international&sc2=news&sc3=&id=130129> Acesso em: 15/01/2013.
[290]Disponível em: <http://www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Utskottens-dokument/Betankanden/Arenden/201213/SoU24/> Acesso em: 15/12/2013.
[291] Dsiponível em: <http://newsfeed.time.com/2013/01/14/transgender-people-in-sweden-no-longer-face-forced-sterilization/> Acesso em: 15/12/2013
[292] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 316.

> (2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden."[293]

Em 1969 (15 de agosto) na Alemanha surge a *Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden* (Lei da castração voluntária e outros tratamentos) a qual permitia a castração voluntária a maiores de 25 anos, realizada com fins terapêuticos. Contudo a grande normatização surgiu com a *Gesetz über die Anderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtsgehörigkeit in Besonderen Fällen (Lei sobre a alteração do nome e Determinação do sexo em casos especiais)*, também chamada de *Transsexuellengesetz* ou simplesmente *TSG* de 1980, segundo a qual se pode pedir a adequação do prenome (§ 1.1) e registro (§ 8.1), desde que prove que há mais de 3 anos vive em conformidade com o sexo que aspira, e seja incapaz de procriar[294].

---

[293] Artigo 2
[Direitos de liberdade]
(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.
(2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.

[294] Änderung der Vornamen
§ 1 Voraussetzungen
(1) Die Vornamen einer Person sind auf ihren Antrag vom Gericht zu ändern, wenn
1. sie sich auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen
Geschlecht, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet und seit mindestens drei Jahren unter
dem Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben,
2. mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass sich ihr Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht nicht mehr ändern wird, und
3. sie
a) Deutscher im Sinne des Grundgesetzes ist,
b) als Staatenloser oder heimatloser Ausländer ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat,
c) als Asylberechtigter oder ausländischer Flüchtling ihren Wohnsitz im Inland hat oder
d) als Ausländer, dessen Heimatrecht keine diesem Gesetz vergleichbare Regelung kennt,
aa) ein unbefristetes Aufenthaltsrecht besitzt oder
bb) eine verlängerbare Aufenthaltserlaubnis besitzt und sich dauerhaft rechtmäßig im Inland aufhält.
(2) In dem Antrag sind die Vornamen anzugeben, die der Antragsteller künftig führen will.
[...]
Zweiter Abschnitt
Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit
§ 8 Voraussetzungen

De se consignar que originalmente a *Transsexuellengesetz – TSG* consignava a existência de um pressuposto etário, exigindo que o requerente contasse com ao menos 25 anos, sendo que este critério foi julgado inconstitucional em 16.05.1982 conforme a Decisão do Tribunal Constitucional Federal nº 60, 123.

> "BVerfGE 60, 123 (123)
>
> § 8 Abs. 1 Nr. 1 des Transsexuellengesetzes verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG, soweit bei einem Transsexuellen unter 25 Jahren trotz Durchführung einer geschlechtsumwandelnden Operation und Erfüllung der übrigen gesetzlichen Voraussetzungen die personenstandsrechtliche Feststellung der Zugehörigkeit zu dem anderen Geschlecht ausgeschlossen ist.

---

(1) Auf Antrag einer Person, die sich auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet und die seit mindestens drei Jahren unter dem Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben, ist vom Gericht festzustellen, daß sie als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen ist, wenn sie
1. die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 erfüllt,
2. (weggefallen)
3. dauernd fortpflanzungsunfähig ist und
4. sich einem ihre äußeren Geschlechtsmerkmale verändernden operativen Eingriff unterzogen hat, durch den eine deutliche Annäherung an das Erscheinungsbild des anderen Geschlechts erreicht worden ist.
(2) In dem Antrag sind die Vornamen anzugeben, die der Antragsteller künftig führen will; dies ist nicht erforderlich, wenn seine Vornamen bereits auf Grund von § 1 geändert worden sind.

Primeira Seção
Mudança de nome
§ 1 Requisitos
(1) Uma pessoa pode pedir a alteração do nome pelo tribunal se
1 em razão de sua condição transexual a indicação de sexo no seu registro de nascimento se mostra inadequado, sentindo-se pertencente ao sexo oposto há pelo menos 3 anos, vivendo de acordo com o sexo que pretende,
2 acreditar fortemente que seu sentimento de pertencimento ao outro sexo não vai mudar, e
3 que sejam
a) alemães, na acepção da Lei Fundamental ,
b) estrangeiro apátrida ou sem-teto com residência habitual no país,
c) pessoa o direito a asilo ou refugiado domiciliado na Alemanha ou
d) caso o direito nacional não conheça regulamentação esta compatível a um estrangeiro ,
aa) tenha direito de residência permanente ou
bb) tenha autorização renovável e permanentemente para residir legalmente na Alemanha.
(2) O pedido deve especificar o nome, o requerente quer usar no futuro.
[...]
Segunda Seção
Determinação do sexo
§ 8 condições
(1) O pedido da pessoa que revela condição transexual por não apresentar o sexo indicado em Registro de Nascimento, e que se sente pertencente ao sexo oposto há pelo menos três anos , com vontade de viver de acordo com o sexo pretendido, será reconhecido pelo tribunal se
1 atender aos requisitos do § 1º parágrafo 1, nº 1 a 3,
2 (revogado)
3 está permanentemente incapaz de reprodução e
4 suas características sexuais externas tiverem sido submetidas a cirurgia, atingindo substancial mudança na aparência sexual no sentido do sexo oposto.
(2) O pedido deve especificar o nome que o requerente quer usar no futuro, o que não é necessário se o seu nome já foi alterado com base no § 1.

Diese Entscheidung hat Gesetzeskraft."[295]

Ainda na Alemanha é importante pontuar que a questão do intersexual também é objeto de apreciação, sendo certo que desde novembro de 2013 os registros de nascimento não precisam mais consignar o sexo da criança no momento do nascimento, como consta do texto atual da lei de estado civil (PStG, §22, 3).

> "(3) Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen."[296]

Tal determinação vem de encontro com o que fora anteriormente exposto no sentido de que a indicação do sexo da criança recém-nascida nem sempre é simples, ante a série de disfunções que eventualmente possa vir a apresentar, relegando a difinição efetiva do gênero para um momento posterior, sendo possível a realização de exames que permitam uma aferição efetiva da condição clínica daquela criança.

A legislação austríaca também admite a operação de mudança de sexo[297], enquanto na Bélgica a jurisprudência tem entendido que o pedido de retificação de registro há de vir acompanhada de petição de alteração de nome[298], sendo emblemático o caso em que a Corte de Bruxelas recusou retificação de Daniel Van Oosterwijck (req. 7654/76) sob a afirmação de que não se alegou a existência de

---

[295] O § 8 parágrafo 1 nº 1 da Lei transexual viola o artigo 3, parágrafo 1 da Lei Fundamental na medida em que um transexual com menos de 25 anos, mesmo tendo realizado uma operação de mudança de sexo e atendendo aos outros requisitos legais, se vê excluído da adequação de sua personalidade.
Esta decisão tem força de lei.

[296] (3) se à criança não se puder atribuir sexo masculino ou feminino, poderá ficar sem tal especificação no registro de nascimento.

[297] Mauricio Luis Mizrahi. *Homosexualidad y transexualismo*. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 81.

[298] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 336.

erro no registro (não houve a alegação de que ele era homem desde o nascimento)[299], recorrendo à Comissão Europeia, recurso este que foi rejeitado por não ter esgotado os recursos internos (não havia passado pela Corte de cassação, contudo a Comissão afirmou ter havido violação aos direitos do autor)[300]. Ressalta-se que o Conselho Médico de Brabant (região leste da Bélgica) tem autorizado os médicos a realizar as intervenções cirúrgicas, sob o fundamento de serem terapêuticas face a necessidades psicológicas do paciente[301].

Em terras holandesas a questão transexual é tratada expressamente no Código Civil, conforme determinação de lei de 24 de abril 1985, consignando os requisitos, especificamente, no art. 28, que exige que o requerente tenha realizado modificações físicas e seja incapaz de ter filhos, mediante autorização judicial pode conseguir a alteração do sexo em seus documentos.

> "Artikel 28
>
> 1. Iedere Nederlander die de overtuiging heeft tot het andere geslacht te behoren dan is vermeld in de akte van geboorte en lichamelijk aan het verlangde geslacht is aangepast voor zover dit uit medisch of psychologisch oogpunt mogelijk en verantwoord is, kan de rechtbank verzoeken wijziging van de vermelding van het geslacht in de akte van geboorte te gelasten, indien deze persoon als mannelijk in de akte van geboorte vermeld staande, nimmer meer in staat zal zijn kinderen te verwekken, dan wel als vrouwelijk in de akte van geboorte vermeld staande, nimmer meer in staat zal zijn kinderen te baren.
>
> Artikel 28 b
>
> [...]
>
> 2.Indien de rechtbank het verzoek om wijziging van de vermelding van het geslacht inwilligt, kan zij desverzocht tevens de wijziging van de voornamen van de verzoeker gelasten."[302]

---

[299] Marina Camps Merlo. *Identidad sexual y derecho – Estudio interdisciplinario del transexualismo*. Navarra: Eunsa, 2007, p. 450-456.

[300] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 171.

[301] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 226.

[302] Artigo 28

1. Cada holandês que possui a convicção de pertencer ao sexo oposto ao indicado na certidão de nascimento e tenha o sexo fisicamente modificado, na medida do possível e por razões médicas ou psicológicas, poderá solicitar ao tribunal a alteração do registro para alterar o sexo na certidão de nascimento, e se considerado como homem no ato do nascimento mencionado acima, nunca seja capaz de ter filhos ou como mulher no ato do nascimento nunca seja capaz de ter filhos.

Ressalta-se que desde 2011 existe proposta de alteração do Código Civil holandês a fim de exigir que o pleito seja precedido por parecer de especialista constatando a condição de transexual, e que caso o requerente venha a ter um filho após a mudança retornará ao sexo original[303].

Na Espanha a lei 3/2007 (ley de identidad de gênero) permite a realização da intervenção cirúrgica, mudança de nome e designação de sexo nos documentos do indivíduo sem necessidade de processo judicial e de cirurgia de adequação de sexo prévia[304].

Artigo 28 b
[...]
2.Se concedido o pedido pelo tribunal para alterar a descrição de sexo, também pode-se pedir para que haja a alteração do nome do requerente.

[303] http://www.internetconsultatie.nl/transgenders Acesso em 15.dez.2013.

[304] **Artículo 1. Legitimación.**

1. Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo.

La rectificación del sexo conllevará el cambio del nombre propio de la persona, a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral.

2. Asimismo, la persona interesada podrá incluir en la solicitud la petición del traslado total del folio registral.

[...]

Artículo 3. Autoridad competente.

La competencia para conocer de las solicitudes de retificación registral de la mención del sexo corresponderá al Encargado del Registro Civil del docmicilio del solicitante.

Artículo 4. Requisitos para acordar la rectificación.

1. La rectificación registral de la mención del sexo se acordará una vez que la persona solicitante acredite:

a) Que le ha sido diagnosticada disforia de género.

La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia:

1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia.

2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior.

De se consignar que, ainda na Espanha, se define que o sistema público de saúde trate das pessoas transexuais, como se dá na Andaluzia, onde o parlamento determinou que o sistema público sanitário andaluz (SAS) atenda quem relate transexualidade[305].

Em Portugal a lei 7 de 15.03.2011 (aprovada em 26.11.2010, promulgada em 01.03.2011 e referendada em 02.03.2011) cria o procedimento de mudança de sexo e nome em favor daqueles que sejam considerados transexuais, mediante procedimento administrativo.

> "Artigo 2.º
>
> **Legitimidade e capacidade**
>
> Têm legitimidade para requerer este procedimento as pessoas de nacionalidade portuguesa, maiores de idade e que não se mostrem interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica, a quem seja diagnosticada perturbação de identidade de gênero."

Já para os intersexuais a legislação reconhece o direito de autodeterminação sexual, sendo licitas as intervenções curativas em intersexuais e alteração de registro, e necessária a apresentação de requerimento para o caso de indefinição que já se apresenta por ocasião do nascimento, e, se esta indefinição venha a ser constatada em momento posterior, necessária ação de estado, seguindo procedimento ordinário[306].

---

b) Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado.

2. No será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual. Los tratamientos médicos a los que se refiere la letra b) del apartado anterior no serán un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurran razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia.

[305] Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.82.

[306] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 244-245.

No Reino Unido, desde que a Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu dois transexuais masculino (MTF) como mulheres em julho de 2002, consignando que teria havido violação aos direitos da privacidade e da vida familiar delas, o governo britânico buscou a adequação das regras para proteger os interesses dos transexuais[307], sendo que a lei conhecida por Gender Recognition Act, de 2004, impõe as regras para a adequação do gênero em casos de transexualidade ou intersexualidade[308], considerando lícito o tratamento hormonocirurgico do transexual, com o Serviço Nacional de Saúde (National Health Service) assumindo os gastos relacionados à adequação sexual[309].

> "1 Applications
>
> (1) A person of either gender who is aged at least 18 may make an application for a gender recognition certificate on the basis of—
>
> (a) living in the other gender, or
>
> (b) having changed gender under the law of a country or territory outside the United Kingdom."[310]

Admite-se também a realização de operação de mudança de sexo quando da não concordância dos fatores biológicos com o sexo social do transexual na França[311], em que pese a inexistência de uma legislação específica sobre o tema. O caso emblemático foi Botella x França, de 25 de maio de 1992 em que Corte europeia de direitos humanos a condenou, entendendo que o não reconhecimento da mudança de sexo daria ensejo a uma ofensa ao direito à intimidade e a que se

---

[307] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 171.
[308] Carlos Alberto Dabus Maluf; Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 449/450
[309] Mauricio Luis Mizrahi. *Homosexualidad y transexualismo*. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 80.
[310] 1. Requisitos
(1) Uma pessoa de qualquer dos sexos que tenha ao menos 18 anos pode fazer requerimento de certidão de reconhecimento de gênero com base
(a) vivência segundo o outro gênero, ou
(b) ter mudado de gênero segundo as leis de um pais ou território fora do Reino Unido.
[311] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito,* São Paulo: Atlas, 2010, p. 273.

venha a se casar, previstos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, passando as intervenções cirúrgicas a ser admitidas de forma unânime pela Corte de Cassação a partir de 1992[312], o que influenciou direitamente todos os países europeus.

A jurisprudência deste país não é unânime em pontuar a necessidade ou não da realização prévia de intervenção cirúrgica para a realização da adequação documental do transexual, consignando-se que após a intervenção os transexuais franceses pleiteiam o reembolso com as despesas decorrentes da mudança de sexo junto ao seguro social, ainda que naquele país não mais se tenha a transexualidade como uma doença mental[313].

Contudo a circular DACS n° CIV/07/10 de 14 de maio de 2010[314], relativa aos pleitos de mudança de sexo e estado civil exige que o indivíduo tenha que ter passado por um tratamento médico irreversível, trazendo a necessidade de tal comprovação, em clara afronta à recomendação 4 do Comissário de Direitos Humanos do Conselho da Europa. De se ressaltar que, conforme conteúdo da referida circular, entende-se por tratamento médico-cirurgico indispensável à concessão do pleito a realização de cirurgia de transgenitalização.

O Código Civil francês não define sexo, contudo seu art. 57, alínea I determina a consignação do sexo no registro de nascimento (jurisprudência determina que este seja fixado pela aparência externa, o que vem cedendo espaço), sendo que a grande maioria dos autores admite as intervenções cirúrgicas, mediante

---

[312] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 213
[313] Daniel Borrillo. *Bioéthique*. Paris: Dalloz, 2011, p. 109.
[314]Disponível em: <http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1012994C.pdf>. Acesso em: 07/03/2014.

consentimento do paciente (vedado o constrangimento) [315], nos termos do art. 9º que preconiza o respeito à vida privada.

> **"Article 9**
>
> Chacun a droit au respect de sa vie privée.
>
> Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé."[316]

De se consignar que em território francês se faz necessária a indicação no registro de nascimento do sexo da criança seguindo o contexto binário, mas caso haja dificuldade de definição possa se utilizar a expressão "sexo indeterminado" em hipóteses em que se possa ter certeza desta definição em prazo de um ou dois anos mediante tratamento.

> "**Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 (Annexe)**
>
> Enfants de sexe indéterminé
>
> 288 Lorsque le sexe d'un nouveau-né est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication « de sexe indéterminé » dans son acte de naissance. Il y a lieu de conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical. C'est ce sexe qui sera indiqué dans l'acte, sauf à le faire rectifier judiciairement par la suite en cas d'erreur.
>
> Si, dans certains cas exceptionnels, le médecin estime ne pouvoir immédiatement donner aucune indication sur le sexe probable d'un nouveau-né, mais si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans, à la suite de traitements appropriés, il pourrait être admis, avec l'accord du procureur de la République, qu'aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite dans l'acte de naissance. Dans une telle hypothèse, il convient de prendre toutes mesures utiles pour que, par la suite, l'acte de naissance puisse être effectivement complété par décision judiciaire.

---

[315] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 228-229)

[316] Artigo 9
Toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada
Os juízes podem, sem prejuízo do dano sofrido, ordenar medidas, tais como seqüestro, arresto e outras para prevenir e impedir uma invasão da intimidade da vida privada: estas medidas podem, em caso de urgência, podem ser determinadas outras medidas.

> Dans tous les cas d'ambiguïté sexuelle, il doit être conseillé aux parents de choisir pour l'enfant un prénom pouvant être porté par une fille ou par un garçon."[317]

Ante a todo o relatado, Daniel Borrillo sustenta que em território francês a mudança legal do sexo poderia se dar simplesmente com a requisição perante o juiz, acompanhado de dois atestados que revelem a realidade e a vivência da pessoa como alguém do sexo oposto[318], independente dos requisitos que atualmente são postos.

A legislação italiana também autoriza a cirurgia de transgenitalização, mediante autorização judicial, nos termos da lei 164 de 14 de abril de 1982, que trata da retificação de sexo e reconhece a transexualidade como fenômeno gerador de efeitos jurídicos.

> "3. Il tribunale, quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, lo autorizza con sentenza. In tal caso il tribunale, accertata la effettuazione del trattamento autorizzato, dispone la rettificazione in camera di consiglio[319] ."[320]

---

[317] Instrução geral relativa ao estado civil de 11 de maio de 1999
Crianças de sexo indeterminado.
288 Quando o sexo do recém-nascido é incerto, deve-se evitar a utilização da expressão "de sexo indeterminado" em seu registro de nascimento. Será aconselhado aos pais a verificar junto ao seu médico a fim de saber o sexo mais provável, considerando, se for caso, os resultados possíveis de um tratamento médico. Este é o sexo que haverá de ser indicado no registro, Isto é o que o sexo é referido no documento, salvo caso de retificação judicial decorrente de erro.
Se, em casos excepcionais, o médico não puder dar imediatamente nenhuma indicação de um sexo provável ao recém-nascido, mas esse possa ser determinado definitivamente dentro de um ou dois anos após tratamento adequado, admiste-se, com o consentimento do procurador da República, nenhuma menção quanto ao sexo da criança será consignado inicialmente na certidão de nascimento. Nesse caso, deve tomar todas as medidas necessárias para garantir que, posteriormente, a certidão de nascimento pode ser efetivamente complementado por decisão judicial.
Nos casos de ambiguidade sexual, deve-se aconselhar os pais a escolher para a criança um nome que possa ser usado tanto por uma menina quanto por um menino.

[318] Daniel Borrillo. *Bioéthique*. Paris: Dalloz, 2011, p. 109-110.

[319] Camera di consiglio é modalidade de julgamento mais célere prevista no ordenamento italiano.

[320] 3. O tribunal, quando necessário o ajuste das características sexuais mediante tratamento médico-cirúrgico, o autoriza mediante sentença. Neste caso, o tribunal autorizando o trantamento determina a retificação por câmara de conselho.

Neste mesmo sentido e visando conciliar a realidade com a aparência jurídica, mediante a adequação sexo legal ao real, o art. 1º da mesma lei 164 de 1982 assevera que a retificação prevista no art. 454 do Código Civil italiano se faz por força de sentença do tribunal transitada, a qual há de atribuir a uma pessoa sexo diverso daquele que consta do registro, seguido de intervenção modificadora dos caracteres sexuais[321].

> "1. La rettificazione di cui all'articolo 454 del codice civile si fa anche in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali."[322]

A lei regula a "conversão curativa do sexo, para casos de transexualismo e intersexualismo, embasada no direito à diferença e identidade pessoal, tendo em vista a tutela constitucional da pessoa humana e o livre desenvolvimetno de sua personalidade", permitindo a redesignação sexual, "alteração de estado civil e de assento registral, contemplando assim as etapas do tratamento designado para os casos de disforia de gênero", tendo ainda por lastro o art. 32 da Constituição italiana que garante a tutela à saúde a ser entendida no seu sentido mais amplo (psíquico e clínico), fazendo com que em face a interpretação constitucional, direitos vinculados à reinserção do transexual passaram a ser admitidos, ainda que não de forma pacífica[323].

> **"Art. 32.**
>
> La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

---

[321] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 169.

[322] 1. A alteração do artigo 454 do Código Civil também é feita com base na decisão do tribunal transitada em julgado que atribui a uma pessoa sexo diferente do estabelecido no ato do nascimento, seguido de mudanças ocorridas em suas características sexuais.

[323] Carlos Alberto Dabus Maluf; Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 448.

> Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana."[324]

Assim, segundo o preceito fixado na legislação italiana, quem passou por cirurgia de mudança de sexo poderá obter do tribunal uma sentença constitutiva de atribuição de sexo diverso do constante no Registro Civil, ressaltando que o art. 4º da lei 164 de 1982 afirma que a sentença não tem efeito retroativo (presume-se que pretende abarcar apenas os casos de transexualidade, não atingindo o hermafroditismo, onde se impõe uma retificação com efeitos ex nunc)[325].

> "4. La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo. Essa provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso. Si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni."[326]

No território grego e suiço também se admite a mudança de sexo para os transexuais[327], bem como na Turquia, neste caso desde 1988[328].

No oriente médio Israel admite a cirurgia[329], mas extremamente interessante o posicionamento adotado pelo Irã, onde prevalece o islamismo, e se admite a operação de mudança de sexo, em decorrência de uma fatwa pronunciada pelo aiatolá Khomeini, reconhecendo-se que o transexual padece de um distúrbio de

---

[324] Artigo 32.
A República tutela a saúde como um direito fundamental de interesse individual e coletivo, e garante assistência médica gratuita aos carentes.
Ninguém pode ser forçado a um tratamento médico específico, a menos que exigido por lei. A lei não pode, em nenhum caso, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana.
[325] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 212.
[326] 4. A sentença de retificação de atribuição de sexo não tem efeitos retroativos. Ela gera a a dissolução do casamento ou cessação dos efeitos civis resultantes da transcrição do casamento religioso. Se aplica às disposições do Código Civil e da Lei de 1 de Dezembro de 1970, n º. 898, e demais modificações.
[327] Mauricio Luis Mizrahi. *Homosexualidad y transexualismo*. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 81.
[328] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 335.
[329] Maria Helena Diniz, op cit., p. 335.

identidade de gênero[330], numa situação inusitada em que se confere proteção ao transexual mas proíbe a homossexualidade.

Outros países muçulmanos como Afeganistão, Nepal e Paquistão reconhecem a existência de um terceiro gênero, tendo por base a concepção de que a instersexualidade é mencionada no Corão[331].

Na Oceania, Austrália e Nova Zelândia aceitam o pleito do transexual[332], sendo aceito o casamento entre pessoas do mesmo sexo neste último, o que se utiliza a fim de permitir o casamento do transexual[333]. Importante notar ainda que as diretrizes sobre o reconhecimento de gênero do Governo da Austrália[334] determina a possibilidade da utilização da letra X na indicação de sexo ou gênero em documentos oficiais para aqueles que não tenham esta indicação perfeitamente definida, beneficiando transexuais e intersexuais, em posicionamento adotado também pela Nova Zelândia[335].

Na Índia há a figura das hijras, nome que é dado aos transexuais na sociedade indiana, vistas como uma figura mítica em alguns momentos e hoje relegadas a uma condição de prostituição para sua sobrevivência, em que pese começarem, aos poucos, a livrar-se desta condição de marginalidade, aos quais se permite indicar a letra E, de eunuco, no passaporte no campo reservado ao sexo ou

---

330 Disponível em: <http://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/20070903-41593-nac-47-int-h3-not>. Acesso em 12/01/2013.

331 Disponível em: http://www.dw.de/nova-lei-na-alemanha-dispensa-indica%C3%A7%C3%A3o-de-sexo-no-registro-civil/a-17059087. Acesso em: 07/01/2014.

332 Mauricio Luis Mizrahi. *Homosexualidad y transexualismo*. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 81.

333 Nadia Soledad Socoloff. La diversidad sexual em el derecho internacional. *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009, p. 109.

334 Disponível em: <http://www.ag.gov.au/Publications/Pages/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender.aspx>. Acesso em 06/01/2014.

335 Disponível em: <http://www.passports.govt.nz/Transgender-applicants>. Acesso em: 07/01/2014.

gênero, desde 2005[336], posicionamento confirmado pela Suprema Corte daquele país abril de 2014[337].

Em território africano, emerge a solução traçada na África do Sul, através da Lei 49 de 2003, conhecida como Alteration of Sex Description and Sex Status Act, que permite a quem se submeteu a adequação de sexo por meio de intervenção médica ou cirúrgica, ou quem teve alteração natural da estrutura sexual ou ainda intersexuais requerer a adequação de sexo no registro.

> "Application for alteration of sex description
>
> 2. (1) Any person whose sexual characteristics have been altered by surgical or medical treatment or by evolvement through natural development resulting in gender reassignment, or any person who is intersexed may apply to the Director-General of the National Department of Home Affairs for the alteration of the sex description on his or her birth register."[338]

Na América do Norte, os Estados Unidos da América (EUA) atribuem competência legislativa sobre o tema aos estados (por se tratar de questão de saúde pública), sendo que por princípio se admite a mudança do prenome mediante autorização judicial e consequente mudança de documentação secundária, ante a regulamentação que deu-se precipuamente a partir de modificações e adaptações realizadas em normas já vigentes[339], sendo que vários estados (Califórnia, Arizona, Illinois, Colorado, entre outrlos) tem legislações específicas para o caso dos transexuais.

---

[336] Disponível em: <http://www.theguardian.com/world/2011/sep/15/australian-passports-third-gender-option>. Acesso em: 07/01/2014.

[337] Disponível em: <http://rt.com/news/india-court-third-gender-636/>. Acesso em: 20/04/2014.

[338] Requisitos para a alteração da indicação de sexo
2. (1) Qualquer pessoa que tenha suas características sexuais alteradas por cirurgia ou tratametno médico ou por evolução decorrente de desenvolvimento natural resultando em mudança de gênero, ou qualquer pessoa que seja intersexual pode requerar ao Diretor Geral do Departamento Nacional de Assuntos internos a alteração da indicação de sexo em seu registro.

[339] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 209.

No estado da Califórnia foi aprovada, em agosto de 2013, legislação (AB 1266) que determina que as escolas permita que os estudantes transgêneros usem banheiros e participem das atividades esportivas juntamente com os outros colegas do gênero com o qual se identificam. Trata-se de um posicionamento pioneiro vez que é a primeira lei estadual naquele país a tratar da proteção do aluno transgênero, em que pese a existência prévia de políticas públicas neste sentido em Massachusetts, Connecticut, Washington e Colorado. No estado de Maryland há a Fairness for All Marylanders Act of 2014 - SB 212 (Lei de Igualdade para todos os cidadãos de Maryland de 2014 – Lei 212) que tem por objetivo proibir a discriminação fundada na identidade de gênero em hotéis, cinemas, teatros, restaurantes e demais locais públicos.

Interessante consginar que a National Transgender Discrimination Survey (anexo I) traz que a maioria dos entrevistados afirma que os altos custos para a realização dos procedimentos médicos e a exclusão destes da maioria dos seguros de saúde torna inacessível a realização do processo transgenitalizador naquele país[340]. Neste aspecto é de se ressaltar que uma decisão do U. S. Departament of Health and Human Services de 30 de maio de 2014 determinou a cobertura, pelo Medicare (Sistema de seguro de saúde governamental) da cirurgia de redesignação sexual a um veterano de 74 anos de idade, reconhecendo se tratar de um procedimento médico necessário, superando posicionamento anterior em contrário[341].

---

[340] Jaime M. Grant; Lisa A. Mottet; Justin Tanis; Jody L. Herman; Jack Harrison; Mara Keisling. *National Transgender Discrimination Survey Report on health and health care*. Washington, 2010, p. 10.

[341] Decisão nº 2576 (Súmula nº A-13-87) de 30 de maio de 2014 da Appellate Division do Departmental Appeal Board

No México, a Assembleia Legislativa da Cidade do México aprovou reforma no Código Civil que inclui a permissão para alteração de nome e documentos do transexual, em agosto 2008[342], havendo ainda decisão da Suprema Corte de Justiça no recurso de amparo directo 6/2008 em que o Tribunal Pleno decidiu que a pessoa tem direito de decidir sobre seu sexo e expressar-se de forma livre em consonância com ele[343].

Ainda na América do Norte, especificamente no Canadá há, desde 1973, a autorização para a realização de operação de mudança de sexo[344], com a Carta Canadense de Direitos e Liberdades e, em Quebéc há a Carta de Direitos e Liberdades da Pessoa, que tutelam de modo genérico a dignidade do transexual, sendo que na província de Quebec a questão está regulamentada desde 31/12/77, onde o Código Civil, a partir do art. 71 admite a adequação do nome (seguindo o procedimento administrativo para a mudança de nome previsto no art. 57 e seguintes) a quem passou pela operação a qual se admite a quem tiver nacionalidade canadense há pelo menos um ano, mediante pedido acompanhado de laudo medico e de um atestado de êxito da terapia estabelecido por médico em exercício no Quebec, em pedido (deferido pelo Oficial do registro civil) que pode ser revisado pelo tribunal se solicitado por um interessado[345].

> "CHANGE OF DESIGNATION OF SEX
>
> 71. Every person who has successfully undergone medical treatments and surgical operations involving a structural modification of the sexual organs intended to change his secondary sexual characteristics may have the designation of sex which appears on his act of birth and, if necessary, his given names changed.

[342] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 171.
[343] Disponível em: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/cronicas_pdf_sr/cr_rect_acta.pdf>. Acesso em: 07/01/2014.
[344] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 132.
[345] Tereza Rodrigues Vieira, op cit., p. 214.

> Only a person of full age who has been domiciled in Québec for at least one year and is a Canadian citizen may make an application under this article.
>
> 72. The application is made to the registrar of civil status; it is accompanied with, in addition to the other relevant documents, a certificate of the attending physician and an attestation by another physician practising in Québec to the effect that the treatments and operations were successful.
>
> 73. The application is subject to the same procedure as an application for a change of name and to the same publication requirements and the same duties. The rules relating to the effects of a change of name, adapted as required, apply to a change of designation of sex."[346]

Na América Central é de se ressaltar o posicionamento cubano que, com base na Resolução Ministerial nº 126/08 determinina que compete ao Estado a realização de operações de mudança de sexo naquele país, sendo possível o pleito para a alteração do nome e sexo após a realização da intervenção cirúrgica.

Na América do Sul consigna-se que o tema começou a ganhar maior relevo em 1991 quando nas Primeiras Jornadas de Direito Civil organizada pelo Centro de Investigação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lima (Peru) se redigiu as "bases para uma legislação sobre adequação de sexo em casos de transexualidade e consequente modificação do nome" que reconhece, em linhas gerais, a identidade sexual, a necessidade de uma analise multidisciplinar e a admissibilidade das intervenções de adequação do sexo e posteriormente a

---

[346] MUDANÇA DE DESIGNAÇÃO DE SEXO
71. Todo aquele que foi submetido, com êxito, a tratamentos médicos e intervenções cirúrgicas envolvendo modificação estrutural dos órgãos sexuais com o objetivo alterar suas características sexuais secundárias pode ter alterada a designação de sexo que aparece em seu registro de nascimento e, se necessário, a mudança do nome.
Somente uma pessoa maior de idade domiciliada em Québec por pelo menos um ano e que seja cidadão canadense pode fazer requerimento com base neste artigo.
72. O requerimento é feito ao registro civil, acompanhado, além de outros documentos relevantes, de um atestado do médico responsável e de outro por médico que exerce suas atividades em Québec a fim de certificar que os tratamentos e operações foram bem sucedidas.
73. O requerimento está sujeito ao mesmo procedimento do pedido de mudança de nome e publicação às mesmas exigências e os mesmos deveres. As regras relativas aos efeitos da mudança de nome, adaptada conforme o caso, aplicam-se a mudança de designação de sexo.

mudança de nome e gênero nos documentos, sendo a autorização para a realização da cirurgia concedida apenas a pessoas não casadas[347].

Nos últimos anos os países da região começaram a efetivamente conferir alguma atenção à questão da identidade de gênero, ressaltando-se o posicionamento adotado por Argentina e Uruguai, cada qual com a sua ley de Identidad de Gênero. Na Argentina a lei 26.743 de 2012 autoriza a alteração do nome exigindo idade mínima de 18 anos independentemente de pleito judicial (se menor, exige-se a manifestação do Judiciário)[348].

Já no Uruguai a lei 18.620 de 2009 não estabelece requisito etário, em que pese apresentar a autorização judicial como um requisito, sem que seja necessária

[347] Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.175-176.

[348] ARTICULO 4º — Requisitos. Toda persona que solicite la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen, en virtud de la presente ley, deberá observar los siguientes requisitos:
1. Acreditar la edad mínima de dieciocho (18) años de edad, con excepción de lo establecido en el artículo 5° de la presente ley.
2. Presentar ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, una solicitud manifestando encontrarse amparada por la presente ley, requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservándose el número original.
3. Expresar el nuevo nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse.
En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.
ARTICULO 5° — Personas menores de edad. Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4º deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061.
Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

(tanto quanto na Argentina) a realização prévia de qualquer tratamento médico para que o pedido possa ser atendido[349].

Ainda em território sulamericano consigna-se que o Senado do Chile aprovou, em 21 de janeiro de 2014, a ideia de se legislar sobre a identidade de gênero, tendo sido apresentado o projeto de lei (Boletim 8924-07) neste sentido[350].

Com esta compilação evidencia-se que a questão da identidade de gênero é amplamente tratada na legislação alienígena, não sendo novidade em grande parte dos países que já passam a uma revisão dos textos anteriormente previstos, revelando o imenso atraso e leniência da legislação pátria no que concerne à atenção a esta parcela da população.

---

[349] Artículo 2º. (Legitimación).- Toda persona podrá solicitar la adecuación de la mención registral de su nombre, sexo, o ambos, cuando los mismos no coincidan con su identidad de género.
Artículo 3º. (Requisitos).- Se hará lugar a la adecuación registral de la mención del nombre y en su caso del sexo toda vez que la persona solicitante acredite:

1) Que el nombre, el sexo -o ambos- consignados en el acta de nacimiento del Registro de Estado Civil son discordantes con su propia identidad de género.

2) La estabilidad y persistencia de esta disonancia durante al menos dos años, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la presente ley.

En ningún caso se exigirá cirugía de reasignación sexual para la concesión de la adecuación registral de la mención del nombre o del sexo que fuere disonante de la identidad de género de la persona a que se hace referencia en dicho documento.
Cuando la persona haya procedido a la cirugía de reasignación sexual, no le será necesario acreditar el extremo previsto en el numeral 2) del presente artículo.
Artículo 4º. (Procedimiento y competencia).- La adecuación de la mención registral del nombre y del sexo será de iniciativa personal del titular de los mismos.

[350] Disponível em: <http://leydeidentidaddegenero.cl/>. Acesso em 22/01/2014.

6 IDENTIDADE DE GÊNERO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

As situações envolvendo identidade de gênero têm o condão de gerar inúmeras consequências na vida do sujeito, com reflexos bastante relevantes no aspecto social, mas que, indubitavelmente, depende e decorre de uma infinidade de questões de cunho jurídico. A luta pelo reconhecimento da identidade de gênero se mostra como um novo passo na busca da efetivação do Estado Democrático de Direito, vez que as questões de gênero relacionadas à igualdade entre homem e mulher já estão consolidadas e as de orientação sexual já bastante encaminhadas.

É necessário, portanto, se dispensar atenção com relação à identidade de gênero, sendo este o entendimento manifestado por uma das maiores revistas americanas, a Time Magazine, que afirma ser a busca da proteção aos transgêneros a próxima grande batalha a ser travada no campo dos direitos civis[351], situação enaltecida também por um editorial do The New York Times[352] que assevera que 18 estados americanos já incluem expressamente os transgêneros na proteção aos dirietos civis.

Ainda que de maneira bastante singela a questão da identidade de gênero vem tomando parte da vida da população como um todo, mediante notícias que apesar de serem apresentadas até mesmo de uma maneira jocosa tem poder de gerar algum tipo de discussão social sobre o tema, como no caso do delegado da cidade de Trindade - GO que realizou o processo de transgenitalização[353] ou a

[351] Disponível em: <http://lightbox.time.com/2014/05/29/meet-transgender-america/#1>. Acesso em: 04/06/2014.
[352] Disponível em: <http://www.nytimes.com/2014/06/10/opinion/progress-on-transgender-rights-and-health.html?ref=opinion&_r=1> Acesso em: 10/06/2014.
[353]Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/delegado-da-policia-civil-de-go-tira-licenca-como-thiago-volta-laura-11384114>. Acesso em: 05/06/2014.

gravidez do transexual masculino (FTM) na Argentina[354], além dos participantes de reality shows e personagens de novelas transgêneros.

Uma vez caracterizada a condição de intersexual ou transexual surge a possibilidade que várias situações se verifiquem na vida do indivíduo, mormente no que concerne a seus direitos e deveres. A determinação da condição de intersexual ou transexual decorre de constatação médica e que, uma vez verificada, exige que se dê atenção às consequências legais inerentes.

6.1 Redesignação sexual como requisito para o reconhecimento dos direitos da personalidade

Um ponto bastante relevante para a estruturação do presente trabalho está relacionado com a necessidade de realização ou não de intervenções cirúrgicas para que o sujeito que padece de qualquer situação vinculada à identidade de gênero tenha seus direitos inerentes a personalidade reconhecidos.

Revela-se como aspecto altamente controvertido tendo parcela da doutrina e dos julgados exigido como requisito para a concessão dos direitos pleiteados por transexuais e intersexuais que eles tenham passado previamente pelo processo transgenitalizador, como se vislumbra das considerações de Maria Helena Diniz[355].

Todavia, conforme consignado anteriormente, a condição de transexualidade decorre de constatação psicológica e não física (prevalência do sexo psicológico sobre o sexo anatômico), portanto independentemente da existência de intervenções cirúrgicas ou hormonais, razão pela qual se pode sustentar que tais intervenções

[354] Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2013/12/19/transexual-homem-da-a-luz-a-uma-menina-na-argentina.htm>. Acesso em: 05/06/2014.
[355] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 331 e 332.

para alteração anatômica não são indispensáveis à atenção dos pleitos de transexuais ou intersexuais.

Esse é o mesmo sentir de Tereza Rodrigues Vieira, a qual pontua que o desejo de realizar a cirurgia genital tampouco é requisito para a caracterização da transexualidade, por não se tratar de uma questão de mera sexualidade, mas sim de identidade, pois a "simples presença de um pênis não faz do indivíduo um homem"[356], considerando ainda que mesmo que seja natural ao transexual apresentar uma profunda rejeição com o seu corpo não é regra a vontade de alteração da sua estrutura física genital, como se vislumbra em inúmeros casos e se constata do posicionamento adotado, por exemplo, pela Associação Americana de Psiquiatria (American Psychiatric Association – APA), responsável pela elaboração do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV).

É de se entender que a intervenção cirúrgica que gera a alteração anatômica do sujeito não pode (sequer se deveria pensar ser possível) gerar qualquer alteração no que concerne a questão da cidadania do indivíduo. Nenhuma mudança física poderia ou deveria ter o condão de gerar alteração no conjunto de direitos e obrigações do sujeito, a não ser que esta alteração possa se mostrar limitante ao exercício de qualquer direito. O sujeito que vem a sofrer um acidente e passa a se ver na condição de paraplegia não tem variação no arcabouço de seus direitos e deveres, e, sendo mais pontual, nesta hipótese há a concessão de uma maior gama de garantias em razão de sua situação.

A transexualidade não é uma verificação física ou decorrente de qualquer transformação corpórea, mas sim uma realidade psicológica, não sendo coerente se

[356] Tereza Rodrigues Vieira. Adequação de nome e sexo e a vulnerabilidade do transexual, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p. 378.

vincular a caracterização e a concessão de benefícios à existencia de qualquer intervenção clínica, seja ela hormonal ou cirúrgica. Ressalta-se que nos Estados Unidos da América (EUA) se constatou que boa parte dos transexuais não realizou o processo transgenitalizador por questões financeiras, e nem por isso seus direitos da personalidade são menos reconhecidos.

> "Discrimination in the health care system presents major barriers to care for transgender people and yet a majority of our survey participants were able to access some transition-related care, with 75% receiving counseling and 62% obtaining hormones. Genital surgery, on the other hand, remains out of reach for a large majority, despite being desired by most respondents. This is one significant reason why legal rights for transgender people must never be determined by surgical status."[357]

Por estes motivos tem-se que a perfeita compreensão da identidade de gênero como elemento integrante dos direitos da personalidade há de ser efetiva, pois em alguns momentos o Judiciário (que vem se mostrando o Poder mais avançado na atenção aos interesses de transexuais e intersexuai), de maneira incompreensível, vincula a concessão de direitos à realização de intervenção cirúrgica, afastando-se da concepção de efetivação plena dos direitos da personalidade decorrentes de uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana ou cláusula geral de proteção da personalidade[358].

Desta maneira é importante consignar-se que a atenção aos direitos da personalidade não podem ficar sujeitos a realização de uma intervenção hormonal ou cirúrgica do requerente, sendo certo que não se tornará mais pessoa humana por

---

[357] Jaime M. Grant; Lisa A. Mottet; Justin Tanis; Jody L. Herman; Jack Harrison; Mara Keisling. *National Transgender Discrimination Survey Report on health and health care*. Washington, 2010, p. 16.
"A discriminação no sistema de saúde apresenta grandes barreiras para cuidar de pessoas transexuais e ainda a maioria dos nossos participantes da pesquisa foram capazes de acessar alguns cuidados relacionados à transição, com 75% recebendo aconselhamento e 62% tratamento hormonal. Cirurgia genital, por outro lado, mantém-se fora do alcance da grande maioria, apesar de ser desejada pela maioria dos respondentes. Esta é uma razão importante por que os direitos legais para as pessoas transexuais nunca devam ser determinada pelo estado cirúrgico."

[358] Flávio Tartuce. *Direito Civil, 1: Lei de Introdução e parte geral*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2013. p. 140 e 141.

realizar qualquer dos tratamentos relacionados com a transexualidade ou com a intersexualidade, tampouco será mais ou menos merecedor de proteção de seus direitos da personalidade por conta disso.

6.2 Identidade de gênero como parte integrante dos direitos da personalidade

O componente sexual é elemento revestido de primazia na vida de todos os sujeitos na atualidade, seja qual for a sociedade em que se viva, considerando que a primeira forma de distinção entre as pessoas, tão logo ela nasce, está relacionada com o seu sexo, e, no decorrer da vida, surge também a sexualidade e suas nuances.

Evidenciando que a sexualidade é parte inerente da personalidade de todo e qualquer ser humano, seja de forma mais ou menos pungente, é de se consignar que, inegavelmente, virá a ser consignada entre os direitos da personalidade, com claro vinculo com o princípio da proteção à dignidade da pessoa humana, havendo de ser entendidos como garantias inerentes à condição de ser humano às quais todo sujeito tem direito, e sem o que a personalidade não se efetivaria. O livre exercício da sexualidade e toda a sua amplitude é elemento inerente ao direito da personalidade, vez que a formação do indivíduo como pessoa passa por esta perspectiva.

A tutela jurídica do que se convencionou definir hodiernamente como direitos da personalidade remonta a Antiguidade, com a *actio injuriarum* do direito Romano e a *dike kakegorias* na Grécia, que visavam a proteção da pessoa punindo aquele que

contra ela praticava agressões físicas ou morais[359]. Estes direitos receberam nova contribuição com a Carta Magna da Inglaterra (no século XIII) e com os trabalhos de São Tomás de Aquino que discorreu sobre a valorização da dignidade do homem no contexto do cristianismo, seguida de grande fomento do iluminismo que enaltecia o ser humano diante do Estado[360].

Os direitos da personalidade, conforme pontua Maria Helena Diniz, são [...] direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta[361], o que revela a magnitude de sua importância e necessidade de prevalência diante de qualquer norma, seja ela de direito público ou privado.

Nestes direitos concentram-se tal sorte de conteúdo e relevância que eles extrapolam os meros interesses individuais, sendo imprescindíveis à estruturação do Estado Democrático de Direito e havendo de ser tutelados tanto pelo Direito Público quanto pelo Direito Privado, de maneira complementar, a fomentar a concepção da unidade do sistema jurídico como um todo[362].

São, assim, direitos que podem ser enquadrados em categorias do ser e não do ter, com o fim de garantir a todos a "proteção dos modos de ser das pessoas, das projeções físicas e não físicas das pessoas", garantindo o respeito a suas "projeções físicas e morais, de seus atributos personalíssimos, daquelas características que lhes são essenciais" e que devem ser objeto de tutela pelo ordenamento por serem

---

[359] Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral do direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 132.
[360] Roxana Cardoso Brasileiro Borges. Dos direitos da personalidade, *Teoria geral do direito civil*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 244.
[361] Maria Helena Diniz, op cit., p. 134.
[362] Flávio Tartuce. *Direito Civil, 1: Lei de Introdução e parte geral*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2013. p. 140.

bens e que se mostram respaldados desde a Constituição Federal até a legislação especial[363].

Elimar Szaniawski apresenta interessante compilação do entendimento de Heinrich Hubmann acerca da personalidade humana

> "[...] a personalidade é formada pelos elementos *dignidade, individualidade* e *pessoalidade*, que se qualificam como o trinômio que constitui o indivíduo, portador de caráter próprio e de uma força criadora que lhe permite se desenvolver, evoluir além de suas fronteiras internas, a fim de alcançar a auto-realização como ser humano espiritual que é." [364]

Esta personalidade inerente a cada pessoa deve ser, portanto, protegida de forma permanente a fim de garantir que cada uma das personalidades que compõem a sociedade consiga realizar-se e evoluir como ser humano, com possibilidade de crescimento e igualdade de oportunidades, viabilizando o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o qual há de ser devidamente tutelado mediante cláusula geral de proteção da personalidade[365].

No bojo desta personalidade surge o direito à autodeterminação, que se caracteriza pelo poder inerente a todo ser humano de determinar de *per si* o que se revela como melhor para a sua vida, no que tange à sua evolução pessoal e definição dos caracteres de sua personalidade. No contexto sexual tal autodeterminação se vê resguardada, por exemplo, na legislação alemã, que protege tal direito ao reconhecer a possibilidade de mudança de prenome e de

---

[363] Roxana Cardoso Brasileiro Borges. Dos direitos da personalidade, *Teoria geral do direito civil*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 245.
[364] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 252.
[365] Elimar Szaniawski, op cit., p. 253.

estado sexual do transexual, em atenção e tutela ao preceito geral de personalidade[366].

A concepção de autodeterminação está claramente vinculada à ideia de proteção à liberdade, sendo esta entendida em sua perspectiva mais ampla, a qual, segundo o liberalismo absoluto de John Stuart Mill, apenas poderia ser objeto de intromissão caso fosse necessária visando a sua proteção ou evitar que venha a prejudicar os demais[367].

Maria Helena Diniz ao tratar dos direitos da personalidade assevera que a personalidade não é um direito em si, razão pela qual não seria correto afirmar que o ser humano tem direito à personalidade, sendo esta a base na qual estariam lastreados os direitos e deveres que dela se irradiam, figurando como um objeto de direito e o bem primeiro que lhe pertence, permitindo que ela seja o que é para que sobreviva e se adapte ao ambiente em que vive, apresentando-se como um critério para que possa aferir, adquirir e ordenar outros direitos[368].

Por sua essência, têm-se que tais direitos se consideram absolutos (oponíveis *erga omnes* e representam um dever geral de abstenção), indisponíveis (apesar da admissão de mitigação[369]), intransmissíveis (não são passíveis de ser encaminhados a outra pessoa), imprescritíveis (não são atingidos pelo não exercício ou pelo decurso de tempo), impenhoráveis, irrenunciáveis (não se pode abdicar

---

[366] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 254-255.
[367] John Stuart Mill apud Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.199.
[368] Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral do direito civil*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 134.
[369] O Enunciado n. 139 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil de 2004 assevera que “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”.

deles) e ilimitados, podendo ser entendidos como aqueles direitos que “asseguram a existência do ser humano, constituindo sua essência” [370].

Os direitos da personalidade também devem ser entendidos por imprescindíveis e impossíveis de serem afastados de seu detentor, vez que por serem conferidos ao seu titular no momento de sua concepção e estarem vinculados à qualidade inerente ao ser humano, jamais poderão ser retirados da pessoa[371], havendo toda e qualquer forma de ofensa a estas garantias elementares de ser prontamente afastada sob pena de uma grave agressão a parâmetros mínimos da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito.

Como pontua Adriano de Cupis, existem direitos que se não outorgados ao sujeito daria ensejo a uma personalidade irrealizada e privada de concretude, sem os quais outros direitos subjetivos seriam irrelevantes, por serem essenciais[372]. A sexualidade, por característica, é elemento que não se pode dissociar da vida e, portanto, configura-se como parte integrante da personalidade, e ignorá-la como tal seria privar a personalidade de elemento essencial e vital[373].

Inegável que a identidade sexual faz parte dos direitos da personalidade, motivo pelo qual há de ser tratado com a devida relevância vez que:

> “[...] c) Entre los derechos de la personalidad humana hay uno muy importante: el *derecho a la identidad sexual, o sea ser varón o mujer, a tener sexo, a vivir conforme a él,*y todo ello aunque más no sea porque el hombre es un ser sexuado, estando su corporeidad y su psiquis signados por el sexo.”[374]

---

[370] Álvaro Villaça Azevedo. *Teoria geral do direito civil: parte geral*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 33.
[371] Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral do direito civil*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 136.
[372] Adriano de Cupis. *Direitos da personalidade*, Lisboa: Livraria Morais, 1961, p. 17 e 18.
[373] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 15.
[374] Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.130.

Elimar Szaniawski desenvolve o tema segundo a perspectiva de que a redesignação do transexual e a adequação de seu assento seria concernente a uma concepção atrelada ao exercício da cidadania[375], o que a vincula necessariamente com a percepção de que é parte integrante dos direitos da personalidade. A inadequação documental do transexual pode gerar situações de restrição quanto ao exercício de seus direitos de cidadão, como, por exemplo, votar, pois pode ser impedido do exercício do sufrágio caso se entenda que a pessoa que ali se apresenta não se coaduna com os dados constantes da documentação (mormente quando há foto no documento ou se exige a apresentação de um documento com foto), ou ainda uma alegação de falsidade ideológica, havendo até mesmo um estudo sobre o tema relacionado ao estado americano da Carolina do Norte[376].

A sexualidade, inegavelmente, faz parte da vida da pessoa, não podendo dela ser dissociada, sendo certo que a concepção meramente física ou anatômica do sexo não mais se mostra suficiente para compreender as especificidades humanas.

> "La sessualità permea di sé l'intera personalitá di un individuo. In realtà, la tradizionale distinzione tra caratteri sessuali anatomici e funzionali non puó esaurire l'argomento giacché, si avverte, l'impronta del sesso si trova in tutte le manifestazioni della vita. Anzi, qui piú che altrove, il rapporto corpo-anima rappresenterebbe una totalità organica. Si spiega cosi il dramma di quelle persone che, in forme diverse, presentano uno svillupo sessuale anormale."[377]

Especificamente quando relacionando o tema identidade de gênero e direitos da personalidade é possível consignar que a questão pode ser encontrada na

---

[375] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 248 e seguintes.

[376] Jody L. Herman. *The Potential Impact of a Strict Voter Identification Law on Transgender Voters in North Carolina*. The Williams Institute, UCLA School of Law. Los Angeles. 2013.

[377] Paola D'Addino Serravalle; Pietro Perlingieri; Pasquale Stanzione. *Problemi giuridici del transessualismo*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1981, p. 16-17. "A sexualidade permeia toda a personalidade de um indivíduo. Na verdade, a tradicional distinção entre características sexuais anatômicas e funcionais não pode esgotar o assunto, já que, se adverte, a marca do sexo é encontrada em todas as manifestações da vida. Na verdade, aqui mais do que em outros lugares, a relação entre o corpo e a alma constituem um todo orgânico. Isso explica a situação daquelas pessoas que, de várias formas, apresentam um desenvolvimento sexual anormal."

estrutura dos aspectos fundamentais da personalidade firmado por Rubens Limongi França, inserida nos direitos à integridade, entre os direitos ao próprio corpo, nos itens *h* (transexualismo) e *i* (relativos à mudança artificial do sexo), como também sendo parte dos direitos à integridade moral no item *k* (identidade sexual)[378].

Flávio Tartuce também posiciona o direito de transgenitalização do transexual entre os direitos da personalidade, lastreado no disposto no art. 13 do Código Civil, asseverando que o conteúdo do referido artigo "serve como uma luva para os casos de correção de sexo do transexual"[379].

Elimar Szaniawski faz uma clara vinculação entre a identidade sexual e os direitos da personalidade, asseverando existir interesse jurídico no que concerne ao exercício da própria identidade sexual, ante a inserção social de cada ser em um grupo, sendo que o "conteúdo de tal interesse da pessoa é representado, essencialmente, no reconhecimento, sob todos os aspectos da vida social, privada e pública, como sendo a mesma, pertencente ao próprio sexo", o que motivaria a inclusão do "direito à identidade sexual como um direito de personalidade"[380].

O Código Civil não trata do tema direitos da personalidade com a amplitude que seria adequada, deixando muito a ser resolvido pela doutrina e pela jurisprudência. Contudo a questão da identidade de gênero pode ser enquadrada, em uma de suas vertentes, no disposto no art. 13, no que concerne ao direito à integridade física, que apenas admite atos de disposição do corpo caso este não importe em diminuição permanente da integridade física ou vier a contrariar aos bons costumes.

---

[378] Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral do direito civil*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 139.
[379] Flávio Tartuce. *Direito Civil, 1: Lei de Introdução e parte geral*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 171.
[380] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 35.

De se notar que não se pode considerar que o direito a realização da operação de transgenitalização venha a encontrar obstáculo no disposto neste artigo, vez que todo o processo de transgenitalização tem um fim terapêutico, objetivando a efetivação de uma vida digna, vez que, como pontua Roxana Cardoso Brasileiro Borges, a intervenção "permitirá àquela pessoa o pleno desenvolvimento de sua personalidade"[381].

O transexual, tanto quanto o intersexual, quando buscam a realização da intervenção cirúrgica de adequação de sexo não tem a intenção de ofender a sociedade ou a moral pública, mas apenas buscam a possibilidade de ter uma condição de vida mais digna que lhes permita o acesso a uma condição de cidadania plena.

> "[...] el transexual quirúrgicamente operado, como ser humano es materia y espíritu. Necessita ***exteriorizar su corpo*** (materia) ***visible en consonancia con su espíritu***, por lo tanto le asiste todo el derecho de ***revelar*** su nueva identidad tal cual es, y que se respete y proteja social e jurídicamente esa proyección de imposiciones arbitrarias, pues ***no existen valores morales conculcados o afectados***. Su motivación es la imperiosa necessidad de vivir armoniosamente en el todo social del que forma parte y ser aceptado y reconocido como persona"[382]

Este aspecto dos direitos da personalidade foi objeto de análise na IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, dando ensejo ao Enunciado 276.

> **"Enunciado 276**
>
> Art.13. O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil."[383]

---

[381] Roxana Cardoso Brasileiro Borges. Dos direitos da personalidade, *Teoria geral do direito civil*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 243.

[382] Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.190.

[383] A IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal se deu em 2007, sendo certo que a ideia da autorização da mudança de sexo já era objeto de consolidação em evento correlato na Argentina desde 1995, portanto 12 anos antes, como se depreende do ponto 5 da Comissão nº 9 das

De se entender que o enunciado 276 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal está em consonância com os preceitos estabelecidos na Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (art. 8º), com a garantia de proteção à dignidade da pessoa humana e com o direito de igualdade inscritos na Constituição Federal, e todos os outros preceitos garantidores dos direitos inerentes a todo ser humano, inscritos nos mais diversos instrumentos, vez que se estabelece que o direito a vida privada e familiar, como também a identidade pessoal e sexual são inerentes ao homem.

Interessante se consignar apenas que ainda que exista a proteção a integridade física, prevista no Código Civil, proibindo atos de ablação que não tenha fins terapêuticos (que efetivamente não é o caso nem do transexual, tampouco do intersexual), a prerrogativa de reclamar do ato e suas consequências é de legitimidade exclusiva do paciente, como lembra Carlos Roberto Gonçalves[384].

Maria Helena Diniz assevera ser "o direito a conservação, invulnerabilidade, dignidade e reconhecimento da livre atuação da personalidade em todas as suas direções, gerando um dever jurídico de abstenção para todos os membros da coletividade", razão pela qual pontua se não seria exatamente este o motivo pelo qual aos transexuais caberiam todos os direitos pertinentes[385].

Aqui não se pode olvidar do direito a felicidade, uma prerrogativa dos direitos da personalidade como bem esclarece Álvaro Villaça Azevedo, e em razão disso há

XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil ("Deben autorizarse las intervenciones quirúrgicas de adequación de sexo a los transexuales".

[384] Carlos Roberto Gonçalves. *Direito Civil Brasileiro: Teoria geral*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 196.

[385] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 328.

de se garantir ao ser humano infeliz com seu sexo o direito à operação de transgenitalização, em respeito à dignidade da pessoa humana[386].

É de se pontuar que os direitos da personalidade não constituem *numerus clausus*, não se restringindo, portanto, aquelas situações expressamente indicadas no texto legal, mas englobando toda e qualquer hipótese que possa ser inserida na definição, considerando-se ainda que o "*direito à vida*, *o direito à integridade psicofísica* e o *direito à saúde* constituem o trinômio que informa o livre desenvolvimento da personalidade e a salvaguarda da dignidade do ser humano, traduzindo-se no exercício da cidadania"[387].

Pode-se vislumbrar a questão da identidade de gênero vinculada diretamente aos direitos da personalidade também quando se trata do acesso à saúde, uma concepção que decorre de um preceito maior, qual seja, a garantia da integridade física ou o direito à vida, o qual é competência do Estado que se valendo de políticas sociais e econômicas toma as medidas pertinentes a garantir a todos os tratamentos e cuidados indispensáveis à sua higidez.

O texto constitucional (art. 196 a 199) preconiza acesso universal e igualitário a todo cidadão aos meios necessários à manutenção da sua saúde, dispondo sobre instituição de um Sistema Único de Saúde (SUS), e firmando a saúde como uma garantia fundamental a todo cidadão, sendo possível se considerar este princípio como um mero desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à saúde, como ressaltado, se insere num contexto ainda maior, que seria o direito à vida, o qual há de ser entendido não apenas como o direito de ter vida, mas sim a garantia a uma vida digna, com qualidade, algo que vai bem além

[386] Álvaro Villaça Azevedo. *Teoria geral do direito civil: parte geral*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 37.
[387] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 194.

da mera concepção de sobrevivência ou manutenção com os sinais vitais, ou como pontuam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, o direito à vida "implica no reconhecimento estatal da legitimidade do combate individual e coletivo a todas as ameaças à sadia qualidade de vida"[388].

A integridade física e psicológica de todo cidadão é um escopo básico do Estado, havendo esta de ser entendida na sua vertente mais ampla e extensiva, a fim de permitir que todo sujeito possa, com plenitude, gozar da sua vida. A imposição de obstáculos a esta vida plena sempre há de ser extirpada do ordenamento jurídico e das práticas sociais como forma de garantir a todos o perfeito acesso ao direito à vida.

A intersexualidade e a transexualidade estão intimamente ligadas com a saúde do sujeito. Como bem lembra Maria Helena Diniz, a realização da operação de mudança de sexo (quanto ao aspecto físico do que se entende por saúde) tem uma elevada relevância, vez que comprovada a condição de transexualidade, a intervenção tem um caráter de "conversão curativa" para a saúde mental do paciente que, como qualquer pessoa, tem direito a uma vida feliz, afastando-se de um potencial estado depressivo que de ensejo a automutilação ou mesmo a tentativa ou efetivação de suicídio, em face de pungente prevalência do sexo psicológico face ao anatômico[389].

A questão do direito à saúde há de ser encarada de forma ampla, não se restringindo ao seu aspecto negativo, decorrente da enfermidade, mas também positivamente, como sinônimo de bem-estar[390], sendo que a compreensão plena de

---

[388] Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil: Parte geral***,** 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p.381.
[389] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 326.
[390] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 166

saúde abrange a integralidade do sujeito, inserida ai a salvaguarda da própria saúde sexual[391].

> "Los sostenedores de esta última posición sustentan su actitud en el respeto a la libertad del sujeto a vivir de acuerdo con su propio proyecto existencial, al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no se lesione el derecho o el interés de los demás. De otro lado, el transexual tiene derecho tanto a su propia identidad, a su "verdad personal", como también al fundamental derecho a la salud. El desequilibrio emocional, la perenne angustia y el drama que íntima y socialmente vive el transexual, suponen la ausencia de salud, de bienestar integral al que toda persona tiene derecho."[392]

A genérica garantia constitucional à saúde ganha contornos mais específicos ao se considerar o disposto no art. 199, § 4º que pode ser diretamente vinculado à questão da identidade de gênero[393].

Neste sentido, o tema já vem sendo objeto de atenção do Estado, com a determinação de que todo o processo transgenitalizador possa ser realizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), como define a Portaria 1707/08 do Ministério da Saúde, a qual, contudo, se mostra amplamente ignorada na legislação vigente.

Complementando a ideia de direito à saúde há a concepção do direito à integridade psíquica, a qual também há de ser salvaguardada, vez que o direito a saúde busca proteger a higidez do sujeito tanto no âmbito físico quanto no espectro psicológico, pontuando que a intervenção cirúrgica, neste caso é a forma por meio

---

[391] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 93.

[392] Carlos Fernández Sessarego. Sexualidad y Bioética. La problemática del transexualismo, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Ano 8, n° 6º, Trujillo, 2006, p. 13.

[393] Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
[...]
§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização

da qual o transexual encontrará seu “equilíbrio emocional, livrar-se-á das angustias e aflições e poderá desenvolver, livremente, sua personalidade”[394].

Flávio Tartuce assevera que a adequação sexual do transexual não se mostra como um mero capricho ou anseio pessoal, mas surge sim como uma necessidade, uma adequação social para uma patologia que não pode ser afastada em hipose alguma face a necessidade da busca da preservação da dignidade humana, ainda que se discurte de sua assertiva de que seria a cura para uma doença[395].

Possível ainda vincular a questão da identidade de gênero à prerrogativa estabelecida na Constituição Federal à proteção da intimidade e privacidade, conforme se vislumbra do texto do art. 5º, X da Carta Magna, sendo de se entender que esta não se confunde com o direito a privacidade.

A privacidade é de ser entendida como aquilo que se dá fora da vida pública de cada sujeito, ou aquilo que o indivíduo ordinariamente mantém oculto do público em geral[396], sendo que dentro deste conceito estaria inserido um ainda menor, mais nuclear, que é a intimidade.

A vida íntima do sujeito é aspecto social que só concerne especificamente a pessoa daquele individuo, não podendo ser ofendida tal intimidade sob qualquer pretexto, por ser uma garantia constitucional que não pode sofrer violação, sob pena de responsabilização do ofensor. É direito inerente a todo sujeito o que resguardar sua intimidade do conhecimento público, não sendo obrigado a dar publicidade de todos os atos e aspectos da sua vida pessoal para a sociedade.

---

[394] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 94.
[395] Flávio Tartuce. *Direito Civil, 1: Lei de Introdução e parte geral*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 174.
[396] Luiz Alberto David Araújo; Vidal Serrano Nunes Júnior. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 151.

O direito a intimidade está relacionado à ideia daqueles elementos ou conceitos que se busca manter restrito exclusivamente a si, inseridos na esfera do seu próprio "eu", sem que ninguém tenha acesso a eles, nem mesmo os mais próximos[397], como uma garantia inerente à condição humana de cada um. A essência humana faz com que cada um tenha ou mantenha consigo alguns segredos, verdades, anseios ou desejos que são personalíssimos e que não gostariam de tornar público.

Não se pode, assim, impor a ninguém que venha a externar elementos vinculados à sua sexualidade, nem, tampouco, determinar que a concessão de direitos se mostre atrelada a este aspecto que, além de ser elemento da maior intimidade, não se mostra como possuidor de qualquer relevância real para diferenciação das pessoas.

Todas as pessoas têm, por natureza, características, pensamentos ou concepções, sejam elas de qual cunho for, que não quer tornar públicos, sendo o exercício desta liberdade de expressão até mesmo uma forma de se proteger de uma sociedade que ainda não se mostra suficientemente madura para aceitar e respeitar as diferenças, como um caractere claro da personalidade humana.

Ignorar ou não respeitar direitos da personalidade é uma atuação altamente perniciosa à sociedade como um todo, vez que ao se menosprezar direitos inerentes à condição humana de um sujeito "importaría en menoscabo o aniquilamento del sujeto"[398].

---

[397] Luiz Alberto David Araújo; Vidal Serrano Nunes Júnior. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.
[398] Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.131.

Considerando o óbvio, que todas as pessoas têm anseios comuns e inerentes à sua condição humana, aqueles que lutam pelo reconhecimento de sua identidade de gênero não querem nada mais do que o atingir um equilíbrio (físico e psíquico), um perfeito relacionamento familiar e social e, principalmente, uma vida plena e permeada pela felicidade, não podendo a sociedade lhes fechar portas pelo simples fato de não serem adequadas àquilo que se convencionou ser o normal[399].

Vedar ao intersexual ou transexual a possibilidade de ver sua personalidade integralmente reconhecida e, ato contínuo, a sua perfeita inserção social é uma clara afronta a sua personalidade, uma restrição a que venha a desenvolver-se e possa gozar de uma vida plena. Mais obtuso é considerar que tal tipo de restrição é incompreensível, considerando-se que a Constituição Federal de 1988 traz todos os parâmetros para que isso ocorra, bastando a simples interpretação do texto em sua plenitude, sem a imposição de restrições desprovidas de parâmetros técnicos. O único motivo para toda esta sorte de obstáculos opostos é decorrente da incompreensão da realidade vivenciada por estes seres humanos, que gera um preconceito que não se pode mais admitir em nossa sociedade.

Em que pese todo o questionamento exposto acerca da sexualidade, não se pode afastar a verdadeira questão que se vislumbra, qual seja, a identificação de gênero deveria ser elemento relevante para a garantia dos direitos da personalidade e garantia da dignidade da pessoa humana? Outra não pode ser a resposta senão uma clamorosa negativa. Tantas outras informações tão ou mais relevantes (fortuna, raça, orientação política, religião, entre outras) não são consignadas em nenhum tipo de documento oficial exatamente para se garantir a igualdade, então não seria

---

[399] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 34-35.

coerente se pensar em abolir a necessidade de indicação do gênero nos documentos de identificação das pessoas?

Neste sentido, Daniel Borillo apresenta entendimento relacionado à realidade francesa da época (a qual já se mostra um pouco alterada conforme apresentado no corpo do presente trabalho).

> "[...] Bastaria, para isso, por fim à prática de colocar o sexo dos indivíduos na certidão de nascimento. Isso permitiria regularizar os problemas encontrados pelos intersexuais e transexuais e acabaria com a proibição do casamento e da adoção dos casais do mesmo sexo.
>
> Com efeito, com o desaparecimento da referência de sexo nas certidões de nascimento, a dualidade sexual deixaria de ser uma condição *sine qua non* do *ius connubii*. Fundamentada exclusivamente na dimensão espiritual (vontade), o casamento encontraria sua legitimidade no consentimento e não na diferença de sexos, versão moderna da *copula carnalis* canônica. Ao fim de tudo, o casamento permanece o contrato *intuito personae* por excelência, para o qual o sexo do cocontratante só é relevante para as partes. A modificação da linguagem jurídica dos códigos civis permitindo o casamento para casais do mesmo sexo e reconhecendo a filiação homoparental é reveladora dessa dependência do direito sem gênero. Assim, essas leis não se referem mais ao "marido" e à "mulher", mas aos "cônjuges", e não mais o "pai" e a "mãe", mas os "pais".[400]

Ainda no que tange à relevância da rigidez da identificação de gênero ou da perspectiva binária, Daniel Borillo conclui pontuando que a ideia de uma ordem jurídica democrática não se coaduna com a concepção binária dos gêneros e da heterossexualidade, asseverando que a legislação há de desconsiderar o sexo do indivíduo da mesma forma que se deu quanto à sua raça a fim de evitar consequências jurídicas maiores[401].

De se pontuar que alguns países já vem trabalhando com uma flexibilização neste conceito de imposição sexual binária nos documentos de identificação, como se pode constatar na Alemanha (onde não há mais a necessidade de consignar o

---

[400] Daniel Borrillo. O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei, *Meritum - Revista de direito da Universidade FUMEC* – v. 5, nº 2 (jul./dez. 2010) – Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2010, p. 315.
[401] Daniel Borrillo, op cit., p. 316.

sexo da criança no momento do nascimento – PStG, §22,3), França (permite-se a indicação como sexo indeterminado caso haja dificuldade de definição – instruction gènèrale de 11 de maio de 1999), Austrália e Nova Zelandia (possibilidade de utilização da letra X no campo sexo/gênero em documentos oficiais caso não haja uma definição clara do sexo) e India (Suprema Corte confirmou posicionamento neste sentido em abril de 2014), como apresentado no item 5.4 do presente trabalho.

Fato é que fica evidente que os direitos da personalidade são inerentes a todo o ser humano, valendo a concepção de que devem estes ser protegidos de forma incisiva, segundo a perspectiva de que alguns de seus direitos integrantes haveriam de ser entendidos como os essenciais entre os essenciais, quais sejam, a vida, a liberdade e a identidade, motivo pelo qual são merecedores de uma tutela jurídica preferencial por parte do Estado[402], o que infelizmente não se efetiva quando se trata da questão da identidade de gênero.

Fato é que configurada a identidade de gênero como sendo um direito da personalidade há de se aplicar a ele toda a gama de proteção inerente a esta modalidade jurídica, ressaltando até mesmo o disposto no art. 12 do Código Civil, que assevera que se pode exigir que cesse qualquer ameaça ou lesão eles, como também reclamar perdas e danos.

Desta sorte evidencia-se também que toda e qualquer forma de ofensa ou ameaça há de prontamente rechaçada, qualquer que seja o agente perpetrante de tal ataque, ainda mais se este for o próprio Poder Público.

---

[402] Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.148.

7 ELEMENTOS DE IDENTIFICAÇÃO DA PESSOA NATURAL COMO DIREITOS DA PERSONALIDADE

A concessão a todo e qualquer indivíduo de direitos, bem como a possibilidade de se exigir dele o cumprimento de seus deveres passa pela individualização da pessoa, com a atribuição de elementos caracterizadores que permitam discernir cada ser na coletividade, sendo que a legislação estabelece uma série de parâmetros que podem vir a auxiliar na indicação adequada do sujeito.

Neste sentido, o elemento de identificação da pessoa natural, na sua acepção, é o nome, ainda que existam outros tantos aspectos determinados no ordenamento jurídico com este mesmo objetivo, como o domicílio e as figuras componentes do estado (estado físico/natural, estado parental e estado político), aspecto este em que se insere a indicação do gênero da pessoa em seus documentos. No caso da identidade de gênero as questões vinculadas à identificação da pessoa natural são de suma relevância, pois as pessoas nesta condição podem revelar uma séria discrepância entre a realidade fática e sua situação formal.

Aquele que apresenta qualquer tipo de dissonância sexual necessita, inicialmente, aceitar a sua condição e superar sua inadequação como forma de seguir adiante, o que se torna um tanto difícil enquanto estiver vinculado oficialmente a um nome e um gênero que não representam a sua verdade, motivo pelo qual é preponderante considerar a possibilidade da adequação destes elementos, bem como o acesso ao direito ao esquecimento. O transexual, tanto quanto o intersexual, tem direito a omissão das informações anteriores à constatação da sua condição, como uma forma de preservar a sua integridade, permitir a sua total integração

social e afastar discriminações, sendo a adequação documental de sua condição a única maneira de se conseguir efetivar a dignidade da pessoa humana[403].

Nestes casos a necessidade contínua de apresentação de documentos pessoais em que nome e sexo estão consignados se mostra uma clara ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, vez que ante a inexistência de confluência entre a aparência do sujeito e os dados ali presentes, o que afeta de forma direta e constante sua vida privada, já que reiteradamente tem que explicar o motivo de tal incompatibilidade[404], expondo a sua intimidade e inviabilizando que possa plenamente exercer a sua cidadania.

No que se refere a este tema é importante se consignar que na V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal apresentou-se o seguinte enunciado

> "Art. 21
>
> Enunciado: Compreendem-se, na tutela da privacidade da pessoa humana, os controles espacial, contextual e temporal de seus dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem, ou potencialmente possam versar, sobre estado de saúde, condição sexual, origem racial ou étnica, convicções religiosas, filosóficas e políticas, ou de qualquer outro gênero que importe em estigmatização do indivíduo.[405]

---

[403] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 140.

[404] Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.147.

[405] Justificativa do enunciado:

Para nortear a tutela da privacidade, é necessário explicitar a existência de, ao menos, três nuances de controle de dados pela pessoa humana, que venham a tocar, sobretudo, as escolhas existenciais (dados/informações sensíveis). O controle espacial de dados importa na ciência quanto aos locais em que as informações da pessoa serão utilizadas; o controle contextual compreende o conhecimento da razão e do contexto em que serão tratados os dados; e o controle temporal (também já conhecido como direito ao esquecimento) significa conceder à pessoa a faculdade de obstar o uso de seus dados após o transcurso de certo tempo (art. 43, §1º, do Código de Defesa do Consumidor). É importante notar que o controle deve ser exercido por meio da ciência e do consentimento a ser outorgado pela pessoa, sendo que tais requisitos podem ser supridos mediante a incidência, no caso concreto, de outros interesses constitucionalmente tutelados e que venham a prevalecer sobre a autonomia existencial após a aplicação da técnica de ponderação (como exemplo, Enunciado 279 da IV Jornada de Direito Civil).

Já na VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, realizada em março de 2013, aprovou-se o Enunciado 531, que trata expressamente da perspectiva do direito ao esquecimento, ao relacionar a questão ao art. 11 do Código Civil. "*ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.*"[406]

Ainda no que se refere à identificação pessoal do sujeito que apresenta qualquer questão de identidade de gênero a ser equacionada é possível se afirmar que a manutenção de um nome ou documentos inconsistentes com a sua expressão de gênero traz consequências graves como a discriminação, a vergonha, a dificuldade de acesso ao trabalho e até mesmo restrição à liberdade de ir e vir, pois se vê com a preocupação de ter que apresentar seus documentos de identificação dissonantes com a sua realidade fática para a sociedade e suportar as consequências decorrentes da incompreensão e preconceito, bem como a alegação de alguma sorte de falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal).

A perfeita indicação dos característicos de gênero tem também o condão de determinar uma série de consequências para a vida cotidiana do cidadão, vez que a concessão de certos benefícios e direitos está vinculada à indicação do sexo/gênero nos documentos de identificação, como ocorre na previdência social, licença maternidade/paternidade, local de cumprimento de pena, prática de esportes, acesso a determinados lugares, entre outros.

---

[406] Justificativa do enunciado:

"Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados."

Ainda que se possa pugnar que a ninguém seria possível vindicar estado diverso do constante no registro de nascimento, previsto no art. 1604 do Código Civil, o texto legal está atrelado à perspectiva da paternidade, e, como o próprio dispositivo consigna, esta determinação pode ser afastada quando provado erro ou falsidade, razão pela qual o referido artigo não apresenta qualquer restrição ao objetivo aqui colimado.

A questão da alteração do nome e da identificação sexual do intersexual e do transexual em seus documentos acaba por revelar-se apenas como uma busca pela verdade, permitindo que a pessoa tenha institucionalmente reconhecido o que ela efetivamente sabe que é, demonstrando aquilo que ela reflete na realidade para a sociedade como um todo[407].

Fato é que o Superior Tribunal de Justiça reconhece aos transexuais o direito de alteração do nome e consignação da identidade de gênero em seus documentos[408], ressaltando-se a decisão proferida pela Min. Nancy Andrighi no REsp 1.008.398 pelo didatismo[409], bem como vem homologando as sentenças estrangeiras nas quais tais pleitos foram autorizados[410]. Todavia estas questões devem ser avaliadas com a devida profundidade técnica visando sua perfeita compreensão, a fim de se garantir que toda pessoa possa ter acesso a uma vida plena.

---

[407] Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.164.

[408] REsp. 678.933-SP, 3ª Turma, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 22.03.2007; REsp. 1.008.398, 3ª Turma, Relatora Min. Nancy Andrighi, j. 15.10.2009; REsp 737.993, 4ª Turma, Relator Min. João Otávio de Noronha, j. 10.11.2009.

[409] Anexo V

[410] SE 1058-IT, Relator Min. Barros Monteiro, j. 01.08.2006; SE 9.101-IT, Relator Min. Felix Fisher, j. 09.04.2013; SE 8.771-PT, Relator Min. Felix Fisher, j. 08.03.2013; SE 4.241-IT, Relator Min. Ari Pargendler, j. 07.12.2011; SE 6.442-IT, Relator Min. Ari Pargendler, j. 26.05.2011; SE 5.720-CH, Relator Min. Ari Pargendler, j. 10.11.2010; SE 4.179-IT, Relator Min. Cesar Asfor Rocha, j. 07.04.2009; SE 2.732-IT, Relator Min. Cesar Asfor Rocha, j. 07.04.2009; SE 2.149-IT, Relator Min. Barros Monteiro, j. 04.12.2006; SE 1058-IT, Relator Min. Barros Monteiro, j. 01.08.2006.

7.1 Nome como expressão da identidade de gênero

Em que pese a constante diminuição da relevância do nome em determinados contextos sociais, ante ao que se convencionou denominar de coisificação da pessoa natural, o nome continua sendo o instrumento maior de identificação do indivíduo, se revelando como o indicativo próprio que serve para individualizar a pessoa natural dentro da sua estrutura familiar e social.

O nome é composto por duas partes distintas, sendo o prenome o primeiro nome do sujeito, que tem por função estabelecer a identificação do indivíduo dentro de sua família, vez que nestes microcosmos, geralmente, todos possuem o mesmo sobrenome/patronímico/apelido de família, o qual, por sua vez, tem por função indicar a origem familiar daquele sujeito, e individualizá-lo na sociedade.

O nome é elemento de suma importância social, vez que é ele o cartão de visitas que a pessoa apresenta sempre que se tem por objetivo se individualizar, identificar e fazer-se conhecida perante terceiros, o que confere a esta designação uma força sem igual, com reflexos tanto na vida privada quanto na vida pública, vez que sem nome não pode casar-se, praticar atos da vida civil, ter acesso a benefícios sociais, entre outros[411], persistindo sua relevância até mesmo após a morte[412].

Toda pessoa, nos termos do disposto no Código Civil (direitos da personalidade) e na Lei de Registros Públicos (lei 6015/73), tem direito a um nome, que ela recebe quando vem a ser registrada no Cartório de Registro Civil da Pessoa Natural (art. 54, 4º), e que, de regra, é imutável, nos termos do art. 58.

---

[411] Álvaro Villaça Azevedo. *Teoria geral do direito civil: parte geral*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 45.
[412] Tereza Rodrigues Vieira. Transexualidade, *Nome e sexo: mudança no registro civil*, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 8.

Esta imutabilidade, porém, pode ser relativizada em inúmeros casos previstos na legislação, como é o caso da adoção (art. 47, § 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente), casamento (art. 1.565, §2º do Código Civil), separação, divórcio (art. 1.578 do Código Civil), proteção de testemunhas (arts. 57, § 7º e 58 da Lei de Registros Públicos – LRP e arts. 9º, §§ 1º a 5º, 16 e 17 da Lei 9.807/99), nome considerado vexatório (art. 55 da Lei de Registros Públicos – LRP), erro de grafia (art. 50 da Lei de Registros Públicos – LRP), troca no prazo de um ano a contar da assunção da capacidade plena (art. 56 da Lei de Registros Públicos – LRP), inserção de apelidos públicos notórios ou nome social (art. 58 e parágrafo único da Lei de Registros Públicos – LRP), bem como de patronímico de padrasto ou madrasta (art. 57, § 8º da Lei de Registros Públicos – LRP).

Não se vislumbra, desta forma, a determinação expressa no corpo do ordenamento jurídico pátrio para a adequação do nome face uma incompatibilidade entre o consignado nos documentos e a identidade de gênero do indivíduo, sendo certo que o intersexual sempre encontrou menos resistência para realizar a sua adequação de assento do que o transexual, face à natureza física de sua inadequação.

A razão da imutabilidade do nome, que em princípio passou a ser adotada no Brasil em decorrência do Decreto 18.542 de 24 de dezembro de 1928, se deve à questão de se impedir que mudanças neste elemento caracterizador maior venham a ser ensejadoras de atos objetivando benefícios escusos ou indevidos por parte dos cidadãos, causando prejuízo a terceiros.

Quando da aferição dos nomes vexatórios a questão da designação sexual atribuída ao sujeito quando do nascimento se faz relevante, vez que pode se considerar vexatório o nome eminentemente masculino dado a uma mulher, bem

como o manifestamente feminino atribuído a um homem, vez que a apresentação social de quem padece de questões de identidade de gênero se mostra conflitante com aquela consignada em seus documentos.

A apreciação da questão da mudança do nome, segundo a perspectiva do intersexual é bastante clara, vez que visa uma adequação do prenome que foi atribuído com base em uma informação inverídica ou equivocada quanto ao sexo da pessoa. Nesta hipótese a retificação do nome busca efetivamente indicar uma real correlação entre a sua condição sexual e o seu prenome, sendo de se entender tal intervenção como um ato reparador ou corretivo de um erro decorrente da indeterminação sexual.

Desta forma, o intersexual assevera o erro no nome consignado no seu registro de nascimento e consegue, de forma menos traumática que o transexual, a adequação de seu prenome a sua identidade sexual. A intersexualidade, por gerar um equívoco quanto a própria definição da identificação sexual do sujeito tem, por consequência, o condão de também fazer surgir uma inadequação quanto ao nome, e a sua retificação trata de eliminar uma condição de sexualidade dúbia, não tendo contornos de adequação de gênero, dando ensejo a uma concordância plena quanto a retificação do nome, compatível com a sua sexualidade definida[413].

Quanto ao transexual é de se entender que a manutenção do preceito da imutabilidade do nome no caso no transexual poderia gerar uma exposição ao ridículo, que por si só, segundo Maria Helena Diniz, no caso do operado, seria suficiente para a concessão do pleito de alteração do nome, lastreada no disposto

[413] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 320.

no art. 3º, IV (dignidade da pessoa humana) da Constituição Federal e arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB)[414], entre outros.

Ressalte-se que o posicionamento indicado pela autora é apenas para aquele transexual operado, e não para o transexual de forma geral, posicionamento do qual se ousa discordar por entender que o transexual já revela tal condição independentemente da intervenção cirúrgica[415] e pelo fato de que os dados indicam que nem todo transexual busca a redesignação fenotípica, sendo certo que "condicionar a alteração do registro civil à realização do procedimento cirúrgico é também um ato que viola a integridade do indivíduo"[416].

É de se consignar que, considerando que o nome caracteriza-se por ser o elemento de identificação da pessoa natural mais relevante, o mais forte e designativo que se apresenta na sociedade atual, a sua alteração no caso do transexual tem, também, um forte caráter de inclusão social e afetivo[417], gerando a plena inserção deste cidadão marginalizado.

A alteração do nome do transexual tem por objetivo reconhecer socialmente a sua percepção de pertencimento, ainda mais quando precedida do processo transexualizador físico (seja ele apenas hormonal ou também cirúrgico), vez que este não se restringe apenas a intervenções médicas. A harmonização da condição do transexual só será plena quando ele puder apresentar todos os caracteres adequados a sua condição de identidade de gênero, o que ultrapassa o mero aspecto físico, estando enraizado na questão da sua apresentação social por meio

---

[414] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 330.
[415] A presente questão já foi objeto de análise no item 6.1 do presente trabalho.
[416] Liliana Lopes Pedral Sampaio; Maria Thereza Ávila Dantas Coelho. Quando o estranhamento se traduz em preconceito: trajetórias de vida de pessoas transexuais, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p. 344.
[417] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 265.

dos seus documentos de identificação pessoal. Trata-se, portanto, de uma complementação do processo transexualizador e que se dá fora da esfera médica, efetivando-se no âmbito judicial e, ato contínuo, social.

Na atual conjuntura da sociedade brasileira é mais fácil e célere, ainda que se considere os prazos previstos na Resolução 1.955/10 do Conselho Federal de Medicina (CFM), conseguir a efetivação do processo transexualizador como um todo do que a alteração do nome, em que pese uma crescente atenção e acolhida desta modalidade de pleito pelo Poder Judiciário.

A mudança do nome depende, obrigatoriamente, de pedido motivado e apreciação por parte Poder Judiciário, em ação de jurisdição voluntária, ante a pedido motivado e como uma exceção, mediante a intervenção do Ministério Público (como prevê o art. 57 da Lei de Registros Públicos – LRP) e de competência, segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo, da Vara da Família e Sucessões (nos pleitos de retificação fundados em erro materiais ou que não atingirão em momento algum o estado do sujeito, a competência seria da Vara de Registros Públicos, quando existir, ou Cível)[418].

Pode-se fundamentar também a alteração do nome em decorrência da condição vexatória que o nome consignado nos documentos oficiais do transexual pode expô-lo, não só pelo fato de ser vexatório por si só, mas também por adquirir tal característica ao ser vinculado àquela pessoa que não reúne os caracteres de gênero inerentes ao nome adotado. Como firma Tereza Rodrigues Vieira no caso do transexual o ridículo está na patente desconformidade da aparência física do sujeito com o nome consignado em seus documentos, sendo que este se presta para servir

[418] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 248-249.

de elemento de identificação e não para ser motivo de chacota, asseverando ainda que a exposição ao ridículo neste caso se dá por uma causa superveniente[419].

Outro fundamento possível de ser usado é o de que o transexual é conhecido socialmente por nome diverso daquele que ele efetivamente possui, caracterizando o que a Lei de Registros Públicos (LRP) define como sendo o apelido público notório, que permite a alteração do nome, conforme descrito no art. 58. A alteração da Lei de Registros Públicos (LRP) pela lei 9708/98 conferiu um elemento a mais para facilitar o intento do transexual em alterar o seu prenome, vez que autoriza a substituição do prenome por apelidos públicos notórios (art. 58), ou seja, por aqueles nomes pelos quais a pessoa socialmente é conhecida, podendo se inserir aqui a concepção do “nome social”.

O nome social, que é aquele pelo qual a pessoa se identifica perante a coletividade, ainda que não se revele seu nome verdadeiro (constante de seus documentos de identificação) vem sendo admitido como forma efetiva de identificação em inúmeras searas, a fim de garantir os direitos da personalidade do sujeito quando padeça de uma dissonância quanto a sua identidade de gênero, minorando as consequências danosas do preconceito e discriminação[420].

A aceitação e reconhecimento do nome social tem ganhado força, sendo de se ressaltar que o anexo III da resolução 457/08 do Ministério da Saúde assevera que no formulário a ser preenchido pelo transexual para a verificação da sua condição e possibilidade de gozar dos benefícios do processo transexualizador constará além do nome com o qual ele foi registrado, o seu nome social, o qual prevalece para definir a enfermaria em que o paciente ficará (masculina ou

[419] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 182.
[420] Edinei Aparecido Mora; Augusto Montai y Lopes; Luiz Roberto Prandi. A utilização do nome social por travestis e transexuais na rede de ensino como forma de inclusão social, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p. 366.

feminina), em claro avanço com relação à ideia de garantia da integridade e higidez do sujeito. Tal fato evidencia mais uma vez que, ao menos, parte do Poder Público tem ciência da relevância da questão, bem como da importância de que o indivíduo tenha o reconhecimento do seu nome social, ainda que a legislação federal não garanta expressamente a alteração do nome em seus documentos oficiais.

Maria Helena Diniz se coloca de forma favorável a alteração do nome do transexual em seus documentos, sem qualquer indicação, ainda que sigilosa, de que isso tenha se dado, sob pena de se impedir a plena integração social e afetiva do transexual, que constantemente teria um elemento oficial dando ciência daquela condição que tanto lhe fez sofrer, impedindo que se afastasse da constante lembrança da dor[421], uma manifesta afronta ao direito ao esquecimento.

Também favorável a alteração do nome se posiciona Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, baseada no disposto na redação atual do art. 58 da Lei de Registros Públicos (LRP), contudo assevera que esta seria admissível após a realização de modificação cirúrgica do sexo da pessoa[422]. Roberto Senise Lisboa, por sua feita, admite a possibilidade de alteração do nome do transexual que tenha se submetido a operação de mudança de sexo, contudo fundamenta tal possibilidade na exposição da pessoa ao ridículo[423].

Já Antonio Chaves pontua que após a realização do processo transexualizador seria adequada a alteração do nome do transexual, fundado no fato de que a exposição ao ridículo é motivo que autoriza esta mutação do nome[424]. Silvio de Salvo Venosa, porém, assevera que seria cruel, comprovada a alteração do

[421] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 331 e 332.
[422] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 266.
[423] Roberto Senise Lisboa. *Manual de Direito Civil: Direito de família e sucessões*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 186.
[424] Antônio Chaves. *Direito a vida e ao próprio corpo*, São Paulo: RT, 1994, p. 160.

sexo, “impor a manutenção do nome do outro sexo à pessoa”, dando ensejo a uma “degradação que não é consentânea com os princípios de justiça social”[425], razão pela qual entende que o nome deva ser retificado.

No entender de Elimar Szaniawski é cabível a alteração do nome (bem como do estado sexual) caso haja o reconhecimento da transexualidade[426], posição esta compartilhada por Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, que acrescenta que tem que “ser deferida a mudança de prenome e de sexo jurídico do transexual, por ser absolutamente incompatível com a permissão estatal à realização da cirurgia a negação do direito de adequação do registro civil a esta nova realidade”[427].

Luiz Flávio Borges D’Urso, por sua vez, coloca-se contrário tanto à alteração do nome quanto do estado sexual do transexual, tecendo uma série de considerações acerca dos riscos dessa alteração (legalização de uma inverdade, abalo do sistema que toma como verdadeiras as informações constantes no registro de nascimento e riscos quanto a verificação da vida pregressa do sujeito), alegando que a alteração física do transexual não tem o condão de ensejar uma mudança do sexo definido no registro de nascimento[428].

Fato é que atualmente, ainda que não exista legislação especifica sobre o tema, inúmeras portarias, resoluções e decretos já determinam a adoção do nome social para a identificação dos transexuais, como a já citada resolução 457/08 do Ministério da Saúde, bem como a portaria 233/2010 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (favorecendo aos servidores públicos transexuais e travestis), portaria 1612/2011 do Ministério da Educação (tratamento pelo nome social nos

---

[425] Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil: Parte geral***,** São Paulo: Atlas, 2011, p. 205.
[426] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 93.
[427] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Os princípios fundantes, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.214.
[428] Luiz Flávio Borges D’Urso. *O transexual, a cirurgia e o registro*, Revista Jurídica, 1996.

procedimentos e atos), e a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde elaborada pelo Ministério da Saúde (em seu terceiro princípio estabelece que os pacientes tem o direito à utilização do nome social - item I), além de que grande parte dos estados da federação também permitirem o uso do nome social, bem como inúmeros municípios, como a São Paulo, com o Decreto 51.180/2010, por exemplo.

Entendendo-se qual é a condição do transexual e os preceitos constitucionais já aventados, cumulados com o disposto no art. 58 da Lei de Registros Públicos (LRP), evidencia-se a possibilidade de inserção de nome pelo qual o sujeito é conhecido socialmente nos documentos do transexual. De se entender, também, que, em que pese os posicionamentos doutrinários apresentados, o referido pleito independe da realização da operação de redesignação sexual, vez que este direito há de ser garantido ao transexual, que é condição que se constata independentemente da ocorrência ou não de qualquer processo transgenitalizador.

O importante é se consignar que vem ganhando corpo os pleitos de alteração de nome de transexual, os quais tem recebido acolhida cada vez maior nos tribunais, revertendo-se um paradigma preexistente em que não se dava provimento ao pleito de mudança do prenome, regra geral, nas decisões judiciais[429].

Quanto a definição do nome que passará a adotar o transexual ao formular seu pleito é interessante notar que não se exigirá a simples importação do nome feminino para o masculino ou vice-versa, cumprindo ao interessado o poder de escolher um novo nome, que pode não ter qualquer relação com o nome original[430], gozando de total liberdade para tal escolha.

---

[429] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 328.
[430] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 182.

Numa apreciação do tema vinculado ao direito comparado se vislumbra que a alteração do nome é autorizada em inúmeras nações, em algumas delas até mesmo se dispensando a apreciação judicial do pleito, como se dá na Argentina (Ley de identidad de gênero – lei 26.743/2012, art. 6º), África do Sul (Lei 49/2003), Canadá (Quebéc – arts. 71 e seguintes do Código Civil), Espanha (Lei 3/2007), Portugal (Lei7/2011), entre outros.

Na Alemanha a *Transsexuellengesetz – TSG* autoriza a mudança do prenome do transexual (§ 1.1), sendo que o mesmo consta da legislação holandesa, mais especificamente, no art. 28 do Código Civil, desde 1980. Na Dinamarca a mudança do nome é autorizada pelo Ministério da Justiça se o peticionário for castrado ou esterilizado[431], enquanto o Reino Unido apresenta o Gender Recognition Act, de 2004, que tem por escopo estabelecer as normas referentes aos interesses de transexuais e intersexuais, havendo o mesmo tipo de permissivo na legislação italiana (Lei 164/82).

Nos Estados Unidos da América (EUA) existem vários estados que admitem a alteração do prenome do transexual operado, visando a adequação do nome à identidade de gênero do sujeito, como se dá no estado da Louisiana, em que se assevera que quem quer que tenha nascido naquele estado e tenha o diagnóstico de transexualidade ou peseudo-hermafroditismo operado pode requerer à Corte nova certidão de nascimento. No estado de Illinois a Lei de 1º de janeiro de 1964 autoriza o registro público retifique a designação de sexo consignada na certidão de nascimento quando houver operação de transgenitalização visando adequar sexo biológico ao psicológico[432]. No estado da Louisiana, conforme prevê a codificação legislativa (Revised statutes 40:62) daquele estado desde 1968 há expressa

[431] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 330.
[432] Maria Helena Diniz, op cit., p. 330.

altorização para a alteração do prenome do transexual operado, mediante processo judicial que ao final haverá de ser selado e arquivado no registro de civil competente, e apenas poderá ser aberto mediante autorização do juízo que autorizou a expedição da nova certidão de nascimento[433].

Ainda nas Américas consigna-se que a alteração do nome encontra respaldo, podendo-se pontuar Canadá, México e Cuba como alguns de seus exemplos, e ainda, ressaltando-se que tanto na Argentina (Ley de identidad de gênero – lei 26.743/2012) como no Uruguai (Lei Ley Nº 18.620) a legislação autoriza a alteração do nome, sendo que naquele país a lei exige idade mínima de 18 anos independentemente de pleito judicial (se menor, exige-se a manifestação do Judiciário), enquanto não há previsão etária na legislação uruguaia, em que pese apresentar a autorização judicial como um requisito. Em nenhum dos dois países há a exigência da realização prévia de qualquer tratamento médico para que o pedido possa ser atendido.

Desta sorte, vislumbra-se que o posicionamento atual majoritário é consonante com a possibilidade de alteração do nome tanto do transexual como do intersexual em consonância com a necessidade de prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como parâmetro para a perfeita compreensão do tema.

7.2 A adequada consignação da identidade de gênero nos documentos de identificação

[433] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 210.

Os questionamentos relacionados à identidade de gênero podem, além da questão vinculada ao nome, trazer à tona a discussão acerca da necessidade da alteração da informação “sexo/gênero” a ser consignada nos documentos de identificação pessoal tanto do transexual quanto do intersexual.

Contudo no contexto da identificação do estado da pessoa, ainda que alguns sustentem ser o elemento sexual, ou simplesmente o sexo do indivíduo, o “seu agente identificador mais potente baseando-se em múltiplos fatores que estruturam a essência do ser humano”[434], é preponderante se entender o sexo da forma adequada para que ele possa vir a ser efetivamente considerado como um real elemento para a identificação da pessoa natural.

O tema se mostra bastante controverso por se considerar que os documentos de identificação apresentam, de regra, a indicação do sexo do individuo (art. 54, 2º da Lei de Registros Públicos – LRP), e não do gênero, hipótese em que se pode ter estabelecida a celeuma acerca das várias modalidades de sexo que podem ser consideradas hoje. Fosse consignada a expressão gênero e não sexo nos documentos a situação seria mais facilmente equacionada.

Inicialmente é de se entender que aqui prevalecerá um raciocínio lógico bastante similar ao que é usado para o pleito da alteração do prenome do transexual, vez que, novamente, se busca impedir que o transexual seja relegado a uma situação vexatória, ainda mais quanto a indicação do sexo nos documentos. Consigna-se que a situação pode até mesmo figurar como ainda mais ofensiva do que a que se refere ao nome pois, eventualmente, este pode ser até dúbio,

[434] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 249.

enquanto a indicação do sexo nos documentos é peremptória, e com efetivo potencial lesivo no caso de sua inadequação com a identidade de gênero.

Desta sorte é de se entender que, buscando garantir uma adequação dos documentos do transexual e do intersexual a sua realidade, e indicar corretamente a condição da identidade de gênero do sujeito, se faz perfeitamente pertinente a retificação da condição sexual do sujeito em seus documentos.

Em relação ao intersexual a situação é mais simples do que a do transexual, vez que a retificação dos documentos se dá pela simples necessidade de adequação do assento que não demonstra aquilo que a sua genitália dúbia efetivamente deveria revelar. Mediante uma perícia médica que constate a sua condição de hermafrodita ou pseudo hermafrodita será possível ao intersexual obter nova cédula de identidade[435] e demais documentos que apresentem a sua real condição sexual.

Já no que diz respeito à condição do transexual a questão é mais complexa em face daquela enfrentada pelo intersexual, ante a natureza da transexualidade, que enfrenta mais resistência social que a dispensada ao hermafroditismo.

Elimar Szaniawski é favorável à alteração do assento de nascimento, citando serem do mesmo entendimento José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco Ferreira Muniz[436], posicionamento também adotado por Paulo Roberto Iotti Vecchiatti[437]. Flávio Tartuce também adota tal posicionamento, baseando-se no art. 13 do Código Civil e enunciado 276 da IV Jornada de Direito Civil, suscitando a

[435] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 320.
[436] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 126.
[437] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Os princípios fundantes, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.214.

consolidação do posicionamento ante ao consignado no Informativo n. 415 do Superior Tribunal de Justiça[438].

Além da questão relativa a possibilidade ou não de se alterar o conteúdo descrito na certidão de nascimento do sujeito, há também que se questionar o que será ali consignado: a condição de transexual ou o novo gênero do indivíduo?

Rosa Maria de Andrade Nery apesar de ser contrária à mudança de sexo sustenta que caso esta venha a ocorrer a acomodação do registro de nascimento quanto ao sexo deve ser feita, sugerindo que para evitar qualquer ofensa a dignidade da pessoa humana se fizesse uma averbação sigilosa no registro de nascimento, possibilitando que em caso de casamento se pudesse extrair uma certidão de inteiro teor e ter ciência da real situação[439].

Já Antonio Chaves entende que não deve haver qualquer menção sobre a condição anterior do transexual operado, nem mesmo sigilosa, por ter a legislação previsto apenas dois sexos (feminino e masculino) e, ainda pra evitar qualquer sorte de discriminação[440], até mesmo como forma de garantir ao transexual o direito de uma vida sem preconceitos decorrentes desta sua condição, acobertado pelo direito ao esquecimento.

Maria Helena Diniz, após considerar os pontos relativos ao tema, assevera ser favorável que a retificação deveria determinar a inclusão do novo sexo (masculino ou feminino) e não transexual, com o arquivamento do mandado judicial de retificação, não se consignando qualquer menção a natureza das retificações,

---

[438] Flávio Tartuce. *Direito Civil, 1: Lei de Introdução e parte geral*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2013. p. 171-174.
[439] Rosa Maria de Andrade Nery *apud* Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 331.
[440] Antonio Chaves *apud* Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 331.

apenas com ressalvas de que o assento foi modificado por sentença judicial em ação de retificação de registro civil (cujo teor mantêm-se em segredo de justiça), com a possibilidade de se requerer, mediante autorização judicial, certidão do inteiro teor do mandado, em analogia ao que se aplica no caso de adoção[441], posição que se entende ser a mais adequada.

No mesmo sentido é o posicionamento de Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, que afirma que feito o diagnóstico da transexualidade e realizada a subsequente operação, há de ser feita no registro civil a acomodação competente, e que, por ser matéria de ordem pública, apenas poderá se dar mediante procedimento judicial[442], mas haveria a necessidade de se inserir o termo "transexual" no registro civil a fim de proteger eventual cônjuge[443].

Elimar Szaniawski se coloca favorável à inserção, à margem do registro civil do transexual, que trata-se de pessoa "portadora de *status* sexual redesignado, a fim de impedir-se que terceiro de boa-fé seja levado a erro quanto à identidade do redesignado" em eventual casamento[444], pontuando que tal alteração dependeria da ocorrência prévia de tratamentos cirúrgicos, asseverando

> "[...] no caso do efetivo reconhecimento da existência de um *sexo psíquico*, será lícito e legítimo o recurso ao procedimento de retificação do assento de nascimento em relação ao estado civil, que pressupõe um direito que sempre existiu mas, erroneamente, foi desconhecido pelo declarante e pelo oficial do registro civil, estando, por estas razões, o redesignado autorizado a utilizar-se do procedimento judicial de retificação do assento de nascimento, a fim de adequar seu prenome e o seu estado sexual à sua realidade."[445]

---

[441] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 336.
[442] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 257.
[443] Carlos Alberto Dabus Maluf; Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 438.
[444] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 132.
[445] Elimar Szaniawski, op cit., p. 93.

Ao analisar o conteúdo do projeto de lei 70/1995, que pugna pela inserção da expressão transexual nos documentos do indivíduo, Luiz Alberto David Araújo se coloca de forma contrária à inscrição da transexualidade no assento do sujeito[446].

Já Luiz Flávio Borges D'Urso afirma ser contrário a existência da alteração do estado sexual do transexual, sob a alegação de que a transformação física não teria o condão de mudar o sexo do sujeito[447], mesmo entendimento adotado por Matilde Josefina Sutter, pra quem a preservação do consignado no assento da pessoa no Cartório de Registro Civil é preponderante vez que se trata de instrumento que confere meios seguros de prova e que, portanto, há de ser verdadeiro[448].

Importante se consignar que expressão "transexual" nos documentos do sujeito seria um elemento que dificultaria a inserção social do sujeito e não refletiria a realidade, além de fomentar a discriminação que é evidentemente um dos elementos que se busca afastar quando do pleito de retificação de assento civil, gerando ainda a inviabilização à aplicação do direito ao esquecimento.

Ainda no que concerne a questão dos documentos faz-se mister consignar que Tereza Rodrigues Vieira assevera que a adequação de sexo deve ensejar apenas a averbação no livro do Cartório de Registro Civil da Pessoa Natural, sem qualquer menção do ocorrido nos documentos, podendo, porém, ser requerida certidão de inteiro teor por pedido do interessado ou mediante requisição judicial[449].

---

[446] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 131.
[447] Luiz Flávio Borges D'Urso. *O transexual, a cirurgia e o registro*, Revista Jurídica, 1996
[448] Matilde Josefina Sutter. *Determinação e mudança de sexo – Aspectos médicos-legais*, São Paulo, RT, 1993, p. 133.
[449] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 184-185.

Fato é que, mantendo a lógica anteriormente apresentada, é de se entender pela procedência do pedido de retificação de sexo nos documentos do transexual, fazendo consignar ali a sua condição de gênero, independentemente do aspecto morfológico, pontuando, por este motivo, ser a realização dos atos inerentes ao processo transgenitalizador desnecessários para a concessão do pleito, vez que este direito há de ser conferido a quem tem a transexualidade reconhecida, e não a quem sofreu uma intervenção cirúrgica.

As diretivas da Comunidade Europeia propugnam que após a realização da operação a alteração do registro deve se dar de maneira que não se tenha qualquer menção quanto a transexualidade[450], exatamente como o objetivo de se proteger a dignidade daquele indivíduo. Neste mesmo sentido surge a legislação alemã que dá suporte ao pedido de mudança do registro civil do transexual, fundada no art. 2º da sua Constituição, que prevê a proteção do desenvolvimento da personalidade (*Entfaltung der Persönlichkeit*)[451].

Na Itália, antes mesmo da legislação especifica (Lei 164 de 14/04/1982) atrelada à figura do transexual, a Corte italiana, reformando decisão proferida pelo Tribunal de Apelação de Nápoles, declarou em 24 de maio de 1975 que a retificação judicial de atribuição do sexo não se restringe aos casos de hermafroditismo, aplicando-se também ao transexual vez que a saúde psíquica está abrangida no direito à saúde[452].

Maria Helena Diniz, citando João Paulo F. Remédio Marques, consigna que em Portugal o reconhecimento da adequação e retificação do sexo está baseada no art. 26 da Constituição que resguarda o direito à identidade pessoal lastreado na

[450] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 134.
[451] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 316.
[452] Maria Helena Diniz, op cit., p. 329.

ideia de que se trata de uma intervenção terapêutica que tem o fulcro de resguardar a integridade física e psíquica do sujeito[453].

Já na Inglaterra vigora a lei de identidade de gênero (Gender Recognition Act de 2004) a qual assevera que diagnosticada a transexualidade o cidadão pode requerer a mudança de seus documentos, independentemente da realização de operação prévia, sendo que em terras espanholas também se permite a mudança do registro civil do transexual, nos termos da Lei 3/2007.

Na Holanda o Código Civil autoriza que mediante decisão judicial haja o pleito de alteração do sexo consignado na certidão de nascimento, desde que o pleiteante tenha realizado operações para a sua modificação física e seja estéril (art. 28), enquanto na Itália a Lei 164 de 14 de abril de 1982 em conjunto com o art. 454 do Código Civil, estabelece que a sentença de retificação fixará apenas o novo sexo, sem qualquer menção à condição de transexualidade. A legislação sueca (Lei 119/1972), por sua vez, além de proibir qualquer menção a condição de transexualidade estabelece punição a qualquer funcionário que, possuindo informações sobre o caso em razão do ofício, divulgue-as[454].

Na África do Sul a legislação confere ao Ministério do Interior a competência para ordenar a retificação do sexo no registro, baseado em cirurgia de trangenitalização que objetivou a adequação do sexo físico ao psíquico, com base na Lei 49/2003 (Alteration of Sex Description and Sex Act).

Nos Estados Unidos da América (EUA) compete aos Estados legislar acerca do tema, sendo que há previsão para a alteração do registro civil a fim de se consignar o adequado gênero do transexual em sua documentação pessoal em

[453] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 329.
[454] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 132.

diversos deles, como se dá em Illinois, Arizona, Califórnia, Louisiana, Arkansas, Colorado, Flórida, Havaí, Maryland, Michigan, Minnesota, New York, Ohio e Texas[455].

Na América do Sul, na Argentina há a autorização para a alteração da indicação do gênero nos documentos, com base na lei de Identidade de Gênero (Lei 26.743/2012[456]), havendo expressa proibição quanto a qualquer referencia nos documentos do requerente da alteração procedida com base na legislação[457], sendo a alteração também autorizada no Uruguai (Lei 18.620/2009).

Desta maneira, é possível se consignar a percepção majoritária no entender de que é necessária a adequação da designação de sexo/gênero nos documentos tanto do intersexual quanto do transexual, ainda que nesta derradeira hipótese pese celeuma acerca da informação que passará a constar do corpo do documento do indivíduo.

7.3 Reconhecimento da identidade de gênero: momento do pleito da adequação documental

Um elemento bastante relevante relacionado às questões de estado do sujeito que busca o reconhecimento de sua identidade de gênero é o momento em

---

[455] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 210 e 211.

[456] ARTICULO 3º — Ejercicio. Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida.

[457] ARTICULO 6° — Trámite. Cumplidos los requisitos establecidos en los artículos 4° y 5°, el/la oficial público procederá, sin necesidad de ningún trámite judicial o administrativo, a notificar de oficio la rectificación de sexo y cambio de nombre de pila al Registro Civil de la jurisdicción donde fue asentada el acta de nacimiento para que proceda a emitir una nueva partida de nacimiento ajustándola a dichos cambios, y a expedirle un nuevo documento nacional de identidad que refleje la rectificación registral del sexo y el nuevo nombre de pila. Se prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificada y en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma.

que ele será considerado como transexual ou intersexual e a partir de quando poderá ter a alteração de seus documentos de identificação com a consignação do seu novo nome e do sexo/gênero.

Inicialmente, preponderante se consignar que o elemento que possibilita mudança do nome e do sexo do transexual é a constatação da sua condição de disforia de gênero, que se revela mediante uma análise clínica, situação idêntica a do intersexual. De se entender, portanto, que constatada a transexualidade do sujeito estaria ele apto a pleitear todos os sucedâneos daí decorrentes, vez que a causa permissiva para o pleito já estaria presente.

Todavia esta lógica de se dar maior relevância ao sexo psicológico sofre, segundo o posicionamento adotado pela doutrina e jurisprudência, uma ofensa imediata logo em seguida, pois o entendimento majoritário em território nacional é de que as consequências jurídicas da constatação da transexualidade só poderiam ser pleiteadas após a realização da cirurgia de transgenitalização.

É de se entender, no entanto, que a intervenção cirúrgica é apenas um dos passos do processo como um todo, e, assim, não pode ser tida como marco caracterizador da condição de transexualidade, ou como requisito indispensável para a concessão de eventuais direitos, vez que esta não torna o sujeito em um transexual.

Considera-se também que se assim fosse a situação seria complexa no caso do transexual masculino (FTM), tendo em vista que o Conselho Federal de Medicina (CFM), nos termos da Resolução 1.955/10, ainda considera experimental a intervenção cirúrgica em tais circunstâncias, o que se verificaria em mais um impeditivo para este grupo, criando mais uma discriminação, agora dentro do próprio grupo transexual.

A imposição que venha a passar pela intervenção cirúrgica (bastante invasiva e dolorosa) para que tenha sua condição transexual reconhecida (e as consequências daí decorrentes) é ignorar a identidade de gênero e mais uma vez relegar a análise à mera condição anatômica, mormente quando se considera que existem transexuais que não se incomodam com a sua constituição morfológica[458].

No âmbito internacional, inicialmente, é de se consignar a questão segundo a perspectiva europeia. Neste continente, o Conselho da Europa traz a recomendação para que seus Estados membros estabeleçam a abolição da necessidade de esterilização ou de tratamento prévio como requisitos para a mudança de nome e sexo do transexual.

> "4. Abolir la esterilización y otros tratamientos médicos obligatorios como un requisito legal necesario para reconocer la identidad de género de una persona en las leyes que regulan el proceso de cambio de nombre y sexo;"

A legislação sueca requer que o transexual que pretende a realização da operação seja esterilizado e solteiro[459], enquanto a alemã (*transsexuelengesetz*) pontua como requisito para a realização da operação que o interessado não tenha condições de procriar (fundada na ideia de que se a operação vier a trazer esta condição seria um atentado ao direito de procriar, direito da personalidade que se caracterizaria como um interesse público)[460].

Pode-se suscitar também que a legislação italiana ao admitir que o casado (art. 4º da lei 164/82) realize o pedido de mudança de nome e sexo em seus documentos está a considerar a posibilidade de que o pleito seja realizado antes de

---

[458] Patrícia Corrêa Sanches. Mudança de nome e da identidade de gênero, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 436.

[459] Disponível em: <http://www.edgeonthenet.com/index.php?ch=news&sc=international&sc2=news&sc3=&id=130129> Acesso em: 15/01/2013.

[460] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 207.

qualquer intervenção cirúrgica, além do fato claro de que não se consignado no texto legal realização como requisito para o pleito.

No território francês entende-se que apenas é possível se requerer a mudança do estado civil ante a existência de tratamento médico irreversível (sem que se trate necessariamente da ablação dos órgãos genitais), nos termos da circular DACS n° CIV/07/10 de 14 de maio de 2010, relativa aos pleitos de mudança de sexo e estado civil, o que afronta a recomendação 4 do Comissário de Direitos Humanos do Conselho da Europa, além de ser entendida como uma forma de humilhação pelas associações transexuais a necessidade da requisição de certificados de esterilização e de modificação genital ao Estado[461].

Na Argentina a atual legislação assevera expressamente que a realização prévia de tratamento para a adequação sexual não é requisito para o pleito de mudança de nome e gênero do transexual (art. 4º da Lei 26.743/2012)[462], como também se dá na Lei de Identidade de Gênero uruguaia (Lei 18.620/2009)[463].

Todavia é de se entender que os direitos do sujeito relacionados a dignidade da pessoa humana não podem, exatamente por sua natureza, encontrar qualquer tipo de obstáculo, nem mesmo nos preceitos do direito de família, sob pena de se relegar o indivíduo que padece de uma inconformidade com relação a sua identidade de gênero a uma situação ainda mais agravada.

---

[461] Daniel Borrillo. *Bioéthique*. Paris: Dalloz, 2011, p. 108-109.

[462] ARTICULO 4º — Requisitos. Toda persona que solicite la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen, en virtud de la presente ley, deberá observar los siguientes requisitos:

[...]
En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico

[463] Artículo 3º. (Requisitos).- Se hará lugar a la adecuación registral de la mención del nombre y en su caso del sexo toda vez que la persona solicitante acredite:
[...]
En ningún caso se exigirá cirugía de reasignación sexual para la concesión de la adecuación registral de la mención del nombre o del sexo que fuere disonante de la identidad de género de la persona a que se hace referencia en dicho documento

7.4 Ausência de necessidade da indicação do sexo nos documentos de identificação pessoal

A legislação brasileira determina expressamente que haja a indicação do sexo da pessoa em sua certidão de nascimento, conforme prevê o art. 54, 2º) da Lei de Registros Públicos (LRP), conferindo a esta informação relevância considerável ao se considerar que não exige que outros dados detentores de potencial identificador sejam ali apostos.

Todavia é de se questionar qual a relevância da indicação das características morfológicas do sexo externo na certidão de nascimento, considerando a possibilidade da existência de equívocos e o potencial lesivo que estes apresentam ao se ter em mente que a partir da certidão de nascimento todos os demais documentos de identificação pessoal são elaborados[464].

Atualmente a indicação do sexo, na prática, se mostra cada vez menos relevante na concessão de direitos e deveres, sendo considerada apenas nas situações em que a distinção entre homens e mulheres podem se mostrar relevantes ante a existência de diferenças físicas efetivas que possam atingir o princípio da isonomia, e objetivando oferecer melhorias ou benefícios a quem se encontram em posição de desvantagem nesta relação. Ressalta-se que desde o movimento feminista pela igualdade em meados do século passado cada vez mais as mulheres lutam para que estas distinções sejam reduzidas ao mais estritamente necessário, exatamente como forma de fomentar a equiparação de gênero alcançada com o passar dos tempos.

[464] No item 1.2 do presente trabalho sustenta-se que se alguma informação devesse constar dos documentos de identificação pessoal esta deveria ser a da identidade de gênero, e não do sexo.

No Brasil, atualmente, a questão do gênero ainda tem relevância na concessão de benefícios previdenciários ou ligados a paternidade (licença-maternidade ou paternidade), obrigatoriedade de alistamento no serviço militar obrigatório, participação competições esportivas (mormente vinculadas a preponderância do aspecto físico), cumprimento de sanção penal em estabelecimento prisional, sendo certo que algumas destas separações podem ser entendidas como inadequadas ou mesmo, mais tecnicamente, inconstitucionais.

Não é o objetivo exato do presente trabalho, debater tais questões, contudo é de se suscitar a razão da existência de prazo menor para a concessão de beneficio previdenciário por tempo de serviço para a mulher, quando muitas vezes eles exercem o mesmo tipo de trabalho, ou ainda o homem labora em atividade muito mais sacrificante fisicamente. Ou mesmo o motivo para o alistamento obrigatório apenas para os homens, quando as mulheres podem fazer parte das fileiras das forças armadas. Ainda possível se questionar por qual motivo a licença maternidade é muito maior do que a paternidade, vez que aquela não tem por objetivo apenas a amamentação, mas toda sorte de cuidado com a criança, que compete também ao pai, conforme expressamente estabelecido na legislação[465].

Inicialmente é de se consignar que a designação feita no registro de nascimento se mostra bastante fraca ao se considerar que leva em consideração o sexo aparente do recém-nascido, situação que pode ser extremamente complexa nos casos em que não há uma perfeita configuração genital ou esta venha a se mostrar dúbia, ou ainda quando simultânea (apresenta configuração fenotípica

[465] Os Tribunais do Trabalho já reconhecem o direito a extensão do período de licença paternidade, buscando equivalência com o concedido à mãe, baseado no princípio da igualdade, como se deu, por exemplo, em decisão do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (PROCESSO Nº CSJT-150/2008-895-15-00.0, Min. Carlos Alberto Reis de Paula) que tratou da concessão de licença adoção em prazo de 90 dias para adotante solteiro do sexo masculino (mesmo prazo conferido para adotante do gênero feminino) . A referida questão ganhará contornos ainda mais complexos com a expansão das possibilidades de inseminação artificial, como na situação de gestação em substituição.

masculina e feminina ao mesmo tempo, como se dá com o hermafrodita verdadeiro[466]).

Tal situação até mesmo acaba forçando, em alguns casos, a realização de cirurgias de adequação sexual sem muita acuidade técnica, mormente quando o nascimento se dá em localidades desprovidas de aparelhamento suficiente a permitir uma aferição exata da condição sexual do recém-nascido, como já apresentado anteriormente.

Esta questão da indicação do sexo, durante muito tempo, se mostrou de suma relevância quando da apreciação do direito de família, mais especificamente no que concerne ao casamento, contudo esta já se mostra de somenos importância com a pungente jurisprudência admitindo união estável e casamento entre pessoas do mesmo sexo[467].

De se notar que em vários países a questão vem perdendo força, sendo permitida a indicação de outra coisa que não homem e mulher, ou mesmo se relegando tal indicação a um momento posterior ao do nascimento em caso de dúvida. Na Alemanha, desde 2013, a legislação não mais exige que se indique o sexo da criança no seu nascimento (PStG, § 22, 3), situação similar a existente na França, tratada pela instrução geral relativa ao estado civil de 11 de maio de 1999, em que a definição será indicada em momento posterior.

Austrália e Nova Zelândia permitem a utilização da letra X no campo sexo/gênero dos documentos oficiais daqueles que não apresentem indicação

[466] O 1.4.1 trata da questão do hermafroditismo e suas modalidades.
[467] A presente questão será objeto de apreciação mais precisa no capítulo 8 do presente trabalho.

perfeitamente definida, como se dá também na India (indicação com a letra E) que teve tal determinação confirmada pela Suprema Corte no ano de 2014[468].

Mediante uma verificação ampla acerca da questão da inserção do sexo/gênero do sujeito em seus documentos de identificação da pessoa natural é possível se afirmar que tal designação se mostra irrelevante, quando não se apresenta ofensiva aos preceitos da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Não há a necessidade de que o individuo faça consignar em seus documentos elementos personalíssimos muito mais relevantes na sociedade atual, razão pela qual não há motivos para que se expresse ali a sua condição sexual fenotípica.

Não consta da certidão de nascimento (e demais documentos que dele decorrem e que o sujeito vai adquirindo no decorrer da vida, como passaporte, carteira de identidade, carteira de habilitação), por exemplo, se ela apresenta alguma deformidade física, ou ainda se padece de alguma doença mental, que seriam questões que poderiam ter relevância na concessão de dados direitos, sendo tais fatos constatados quando tais condições se mostrarem pertinentes para a atribuição de algum direito ou exigência do cumprimento de algum dever. Tampouco consta qualquer informação acerca da origem étinica, se destro ou canhoto, ou portador de alergia a determinados produtos alimentícios ou remédios, ou qual sua orientação política, religiosa ou sexual, ou ainda, sua identidade de gênero. Todas estas informações são menos importantes do que a da configuração genital do sujeito? É de se entender que são tão irrelevantes como ou mesmo mais do que saber se o sujeito ao nascer aparentava ser portador de órgão sexual masculino ou feminino.

[468] Tais questões foram expostas mais especificadamente no item 5.4.

Desta forma entende-se que a indicação do sexo/gênero do sujeito em seus documentos de identificação é determinação que fere os princípios constitucionais tanto da dignidade da pessoa humana (pois pode gerar ofensas e preconceitos dos quais todos deveriam ser protegidos) como a proteção à isonomia.

8 IDENTIDADE DE GÊNERO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO DE FAMÍLIA

Na estrutura do direito de família a sexualidade assume contornos de extrema relevância, pois é exatamente neste momento que o ordenamento jurídico pátrio suscita de forma mais severa a distinção entre o masculino e o feminino como elemento relevante. O direito de família por albergar em sua estrutura as figuras do parentesco (nela inserida a filiação e a adoção) e das uniões matrimoniais e convivenciais acaba sendo campo profícuo para a discussão e análise da questão do gênero.

O estabelecimento de normas e regras básicas de conduta são requisitos essenciais para a existência de uma sociedade minimamente estruturada e civilizada, cabendo a tais preceitos fornecer a regulamentação para as situações que se sucedem na vida de todos os elementos integrantes da sociedade. Evidencia-se, portanto, que o direito é uma decorrência natural da constituição de qualquer sociedade, sendo que sem a sua existência não há condições mínimas para que ele possa se manter íntegro e operante.

Os elementos mais nucleares do direito de família são o parentesco e as uniões afetivas (casamento e a união estável), sendo certo que este último tema é amplamente permeado pela questão da sexualidade (seja com relação à diversidade de sexos como requisito do casamento, orientação sexual de quem estabelece a união, imposição social da monogamia, entre outros) gerando uma série de celeumas de suma importância para o presente trabalho.

Pode-se consignar que tanto o casamento como a união estável, caracterizam-se, basicamente, pela união de duas pessoas que lastreadas no

interesse mútuo e livre, escolhem unir esforços em busca do estabelecimento de uma vida em comum, sendo aquele decorrente de uma celebração e ato solene a ser realizado nos termos da lei, e esta caracterizada ante o reconhecimento de uma situação de fato.

O casamento, para Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, é "a união de duas pessoas, regulamentada por lei, com o objetivo principal de formação da família, tendo em vista o afeto, a identidade pessoal e a afinidade espiritual das partes" [469], revelando uma definição que se pode considerar um tanto mais moderna por não trazer expressamente a necessidade de diversidade de sexos e consignar elementos subjetivos como parte da conceituação apresentada.

Numa perspectiva mais clássica, casamento é definido como sendo o "vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família"[470] ou "a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos"[471].

Numa acepção bastante semelhante à do casamento surge a união estável, prevista tanto no texto constitucional (art. 226, § 3), como no Código Civil (art. 1.723), caracterizada por ser uma situação de fato em que as pessoas se unem, de

[469] Carlos Alberto Dabus Maluf; Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 89.
[470] Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.
[471] Washington de Barros Monteiro. *Curso de direito civil: direito de família*, 33. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 12.

forma pública, contínua e duradoura, visando o estabelecimento de uma família, independentemente da realização de qualquer ato solene para tanto[472].

Para a sociedade moderna o elemento afetivo é preponderante para um casamento ou união estável, efetivos ou "verdadeiros", pontuando-se que estes institutos (principalmente o casamento) seriam a coroação do amor, contudo em aspectos práticos é possível se verificar a existência de inúmeras uniões que não apresentam este elemento, seja porque este veio a se perder no decorrer da vida em comum, ou porque sequer estava presente quando do seu início. Outro elemento bastante suscitado (segundo a visão clássica) como integrante do casamento era o seu fim procriador, o qual já não se reveste de relevância vez que a existência de filhos não é um requisito do casamento.

Tais considerações revelam que a visão clássica ou tradicional das uniões já não mais é a que se vislumbra na realidade da sociedade moderna, onde na prática coexistem modalidades ortodoxas de uniões com outras onde elementos antes preponderantes, como a monogamia, fidelidade, procriação ou amor, não gozam de nenhuma importância.

O casamento, nos termos estabelecidos pelo Código Civil, revela-se como sendo a união de duas pessoas, mediante a prática de um ato solene, que por manifestação de vontade livre, decidem estabelecer uma vida em comum e formar uma família, fundada no amor e no afeto (com caracteres especiais) [473]. As mesmas características são atribuídas à união estável, salvo a necessidade da

[472] Sobre a origem da família é importante consignar a obra *A origem da família, da propriedade privada e do estado* de Friedrich Engels, que trabalha o conceito histórico do tema até o final do século XIX.
[473] Sérgio Resende de Barros *apud* Carlos Roberto Gonçalves. *Direito civil brasileiro. Volume 6: Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

realização de um ato solene para que venha a se configurar, caracterizada como sendo uma situação de fato à qual o legislador confere proteção jurídica.

Antes de qualquer desenvolvimento acerca do tema é interessante notar que a regra das legislações é tratar o indivíduo de maneira neutra, sem qualquer indicação de gênero, salvo quando esta se faz necessária por motivos naturais ou imprescindíveis. Contudo a partir do instante em que se passa a tratar da união das pessoas lastreada no afeto há uma mudança radical por parte do legislador, passando a indicar os sujeitos de direito com base no gênero[474].

De qualquer sorte, a realização do casamento e da união estável traz uma série de requisitos as serem atendidos a fim de garantir a sua existência e validade. Inicialmente é de se considerar que o casamento é uma instituição milenar, e que por muito tempo foi entendido como o único meio legalmente existente para a constituição da família, a qual era vista como a base estrutural da sociedade.

O passar do tempo fez surgir inúmeras outras formas de constituição da familiar, sendo certo que atualmente o casamento passa a ser visto como uma das formas estabelecidas no ordenamento jurídico de constituição da família, ao lado da família convivencial, monoparental, sócio-afetiva, entre outras[475].

O estabelecimento da união entre as pessoas com o objetivo de constituir família há de atender a alguns requisitos, sob pena de não poder configurar-se efetivamente como uma modalidade de família ou entidade familiar juridicamente resguardada. O casamento, segundo a doutrina mais clássica, necessita para a sua existência da perfeita atenção a três requisitos, quais sejam, diversidade de sexo,

[474] Daniel Borrillo. O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei, *Meritum - Revista de direito da Universidade FUMEC* – v. 5, nº 2 (jul./dez. 2010) – Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2010, p. 306.
[475] Maria Berenice Dias trata das diversas modalidades de famílias em *Manual de direito das famílias*. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 40 e seguintes.

celebração e consentimento[476], além da atenção aos requisitos de validade (declaração de vontade expressa e sem qualquer vício, realizado por autoridade competente, com nubentes que já tenham atingido a idade núbil e sem qualquer ofensa aos impedimentos do casamento previstos no art. 1.521 do Código Civil).

Já a união estável revela-se como sendo uma situação de fato, independente da existência de qualquer modalidade de ato solene para a sua constituição (ainda que se admita, na prática, a realização de registro formal da união estável), precisando, segundo o que preconiza o Código Civil, da convivência pública, continua e duradoura de um homem e uma mulher, com o objetivo de constituir família (art. 1.723).

No que tange a questão da diversidade de sexos é de se consignar que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a possibilidade de se estender os benefícios da união estável às uniões homossexuais que apresentem as mesmas características da união estável (ADI 4277 e ADPF 132[477]), bem como o Superior Tribunal de Justiça (STJ)[478] já se decidiu de forma favorável ao casamento entre pessoas do mesmo sexo (a Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça confirma o teor da decisão e estabelece a obrigatoriedade de que todos os cartórios do país registrem casamento ou convertam em casamento civil as uniões entre pessoas do mesmo sexo[479]) o que afasta tal requisito da apreciação acerca da existência do casamento ou união estável.

---

[476] Planiol, Ripert e Buolanger *apud* Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68.
[477] Leandro Reinaldo da Cunha. *A união homossexual ou homoafetiva e o atual posicionamento do STF sobre o tema (ADI 4277)*, vol. 8, São Bernardo do Campo: Metodista, 2010.
[478] STJ, REsp. 1183378/RS, 4ª Turma, j. 25.10.2011, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 01.02.2012.
[479] Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 05/02/2014.

Independentemente do entendimento pessoal de cada um ou de determinados nichos sociais há uma visão elementar que perpassa, de regra, toda e qualquer concepção de constituição de família como base da sociedade, qual seja, a prevalência do amor e do afeto[480], ainda que estes não sejam considerados requisitos para a constituição de qualquer destas instituições. Daí emanam questionamentos essenciais para a compreensão do tema: amor e afeto são primazias da heterossexualidade? O direito ao acesso à felicidade é exclusividade daqueles que mantém relações sexuais heterossexuais? A prática de conjunção carnal é requisito para o casamento?

Evidencia-se, portanto, que a sexualidade, seja segundo o prisma do sexo/gênero, ou ante a orientação sexual, ou mesmo sob o viés da identidade de gênero, é elemento considerado preponderante para a constituição de casamento ou de união estável, o que torna o tema preponderante para a concepção da presente tese.

8.1 Diversidade de sexo como requisito para o casamento e união estável

Conforme apresentado anteriormente, a doutrina mais clássica pontua a diversidade de sexos como um dos requisitos essenciais para a configuração do casamento e da união estável, afirmando que a sua ausência daria ensejo à caracterização de um casamento inexistente e, portanto, sem condições de produzir qualquer efeito.

[480] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. A hermenêutica jurídica, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.145-148.

O Código Civil ao tratar do casamento afirma que este se realiza no momento em que o homem e a mulher são declarados casados pelo juiz após menifestarem a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal (art. 1.514). Segundo esta definição, não se vê, pois, uma asserção expressa no sentido de determinar a diversidade de sexo dos nubentes como elemento essencial ao casamento, tampouco existe a proibição expressa ao casamento entre pessoas do mesmo gênero[481], em que pese o posicionamento doutrinário que aduz que tal distinção sexual se presume por ser natural.

No caso da união estável a Constituição Federal (art. 226, § 3º) traz a ideia de que a sua caracterização é decorrente da vinculação entre um homem e uma mulher[482], sendo o mesmo entendimento reproduzido no art. 1.723 do Código Civil[483]. Ressalta-se que a concepção adotada para os termos homem e mulher no texto legal está atrelada a condição fenotípica da pessoa, vez que é esta a perspectiva técnica considerada para a elaboração da certidão de nascimento, bem como é o parâmetro que inicialmente é usado para a sua constatação.

Importante se consignar que ainda que se sustente que casamento e união estável são institutos da mesma lavra[484] (com exatamente os mesmos efeitos práticos, mas constituídos de forma diferente) e sem hierarquia entre eles[485], parte

---

[481] Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 205.

[482] Art. 226
[...]
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento;

[483] Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família

[484] Leandro Reinaldo da Cunha. *A união homossexual ou homoafetiva e o atual posicionamento do STF sobre o tema (ADI 4277)*, vol. 8, São Bernardo do Campo: Metodista, 2010, p. 290. O voto do Min. Ayres Brito na ADI 4277 e ADPF 132 é bastante claro no sentido de que inexiste distinção entre família (a qual seria constituída pelo casamento) e entidade familiar (decorrente da união estável).

[485] Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 422.

da doutrina se posiciona no sentido de que o casamento seria uma instituição maior e mais sólida que a união estável, não havendo a equiparação entre eles[486]. Em que pese o profundo respeito ao entendimento defendido por parte da doutrina é de se pontuar que entender o casamento como instituição diferenciada em face da união estável se revela ofensivo ao princípio constitucional da igualdade, além de dar ensejo a uma constatação complexa acerca do tema, vez que o instituto considerado mais fraco apresentaria expressamente, segundo esta mesma vertente doutrinária, um requisito (diversidade sexual) que o tido por maior não traz[487].

De qualquer sorte, é de se notar que o legislador não inseriu expressamente a questão da diversidade de sexos como requisito do casamento, tampouco consignou tal elemento como requisito para a validade, pois sua ausência não está no rol de situações que gerariam a nulidade ou a anulabilidade do casamento. Já quanto a união estável não se vê o legislador estabelecendo a diversidade de sexos efetivamente como um requisito intransponível, pois não há a afirmação de que esta apenas seja configurada exclusivamente entre homens e mulheres, havendo de prevalecer o entendimento de que o preponderante para a configuração tanto de um quanto do outro é o intuito de constituir família[488].

> "[...] quando se atribui ao art. 226, § 3º da CF/1988 uma (descabida) interpretação restritiva que aplica o regime jurídico da união estável apenas às uniões heteroafetivas e não às uniões homoafetivas, com base na (descabida) ideia de que o fato de dizer o enunciado normativo respectivo que é reconhecida a união estável "entre o homem e a mulher" traria como

[486] Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 426; Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil: Direito de família*, São Paulo: Atlas, 2011**.** p. 49; Flávio Tartuce; José Fernando Simão. Direito Civil, 5: Direito de família. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 263-264; Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil, vol. V*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 644.

[487] Na prática ainda é possível se afirmar que os deveres da união estável (art. 1.724 do Código Civil) são mais amplos do que os determinados para o casamento (art. 1.566 do Código Civil), bem como é mais fácil se constituir um casamento com objetivos fraudulentos do que uma união estável, vez que esta decorre do reconhecimento de uma situação de fato e não de um ato formal.

[488] Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 422-423.

> conclusão de que é conhecida como união estável "*apenas* entre o homem e a mulher" – este "apenas" só "lê" quem tem uma pré-compreensão contraria ao reconhecimento do *status* jurídico-familiar das uniões homoafetivas. Não se defende que a expressão "o homem e a mulher" abrangeria a união homoafetiva, mas que ela é meramente exemplificativa, tendo em vista que afronta a isonomia o não reconhecimento da união estável homoafetiva pela ausência de motivação lógico-racional que justifique discriminação das uniões homoafetivas relativamente às uniões heteroafetivas com base no critério diferenciador erigido, que é a homogeneidade de sexos e orientação sexual homoafetiva em um caso e a diversidade de sexos e orientação sexual heteroafetiva no outro."[489]

A inserção da necessidade de diversidade de sexos, como requisito para o casamento e para a união estável (que não pode se confundir com a necessidade da condição heterossexual dos cônjuges ou conviventes) poder-se-ia entender como uma restrição abusiva ao exercício de uma liberdade (ante a ausência de dispositivo legal), bem como daria ensejo ao surgimento de antinomia, contrapondo um regramento e princípios constitucionais (igualdade e dignidade da pessoa humana), situação em que estes obrigatoriamente deverão prevalecer. É possível ainda se pontuar que as cláusulas pétreas devem sobrepor-se hierarquicamente àquelas passíveis de alteração por via de emenda constitucional, razão pela qual a "interpretação restritiva do art. 226, § 3º, da CF/1988, que impossibilite o reconhecimento da união estável homoafetiva, por contraria cláusulas pétreas, implica inconstitucionalidade da referida restrição, por afronta à norma constitucional hierarquicamente superior"[490].

Neste sentido possível também colacionar o entendimento esposado por Maria Helena Diniz de que em caso de conflito real de normas, não sendo suficiente a aplicação dos critérios e metacritérios para a solução do conflito, caberá a

---

[489] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Colisão e antinomia entre princípios e regras, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.238.
[490] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, op cit., p.239.

aplicação do princípio supremo da justiça[491], que neste caso haveria de ser entendido no presente caso como o princípio da isonomia[492] ou o da dignidade da pessoa humana, tida como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. Um direito fundamental e uma garantia fundamental devem se sobrepor a outra norma constitucional sem tais características, em hierarquização reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 815-3/DF[493].

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho lembram que não há previsão expressa impedindo o casamento de pessoas do mesmo sexo, mas que por tradição do nosso sistema esta diversidade sexual seria pressuposta, consignando ainda que em Portugal era expressa esta necessidade, mas que desde 31 de maio de 2010 tal imposição foi revogada pela lei nº 9/2010, que dá nova redação ao art. 1.577 do Código Civil português[494].

Pontes de Miranda assevera que a diversidade de sexo para o casamento configura-se como algo natural e evidente, motivo pelo qual não há a necessidade de que o legislador o declare expressamente como sendo um requisito necessário à sua existência, e que o casamento que não atenda a esta previsão revela-se apenas como uma materialidade de fato desprovida de qualquer significado jurídico[495]. No mesmo sentido pontua Silvio de Salvo Venosa, asseverando que a diversidade de sexos é elemento natural do matrimônio[496], e Carlos Roberto Gonçalves, que afirma

---

[491] Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral do direito civil*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 108.
[492] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Colisão e antinomia entre princípios e regras, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 243.
[493] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, op cit., p.244 e 245.
[494] Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2011, p.205.
[495] Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. Tomo VII, São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 296.
[496] Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil: Direito de família*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 27.

ser uma “condição de tal modo evidente, que dispensa regulamentação legislativa”[497].

Tem-se, portanto, que o lastro do posicionamento a considerar a diversidade de sexos, como requisito para a existência do casamento não está no ordenamento jurídico, mas sim na compreensão do que é natural para os referidos doutrinadores. Contudo é de se questionar se este “ser natural” está em consonância com a sociedade de hoje pois, outrora, já se considerou natural que o homem fosse superior à mulher, ou que brancos fossem superiores a pretos, posionamentos hoje totalmente superados, havendo ainda de se pontuar que até mesmo que na natureza (biologia) este conceito já sofreu inúmeras mudanças no decorrer dos tempos.

Sustentam também que a legislação traria indícios de que esta diversidade seria necessária em razão da nomenclatura que dá às pessoas que se casam (marido e mulher), como se pode ver, como exemplo, dos termos que devem ser proferidos pela autoridade competente quando da realização do casamento descritos no art. 1.535 do Código Civil[498].

Primordial para o perfeito entendimento do tema é a compreensão quanto a diferença em se questionar a diversidade de sexos dos nubentes (ou conviventes) e a orientação sexual de cada um. A discussão sempre se instala acerca da diversidade de sexo como requisito para o casamento ou união estável, contudo se trata do tema como se fosse relacionado ao casamento ou união estável

---

[497] Carlos Roberto Gonçalves. *Direito civil brasileiro. Volume 6: Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 142-143.

[498] Art. 1535. [...] “De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.”

homossexual sendo certo que a distinção entre sexo e orientação sexual já foi abordada no presente trabalho[499].

Interessante notar que até mesmo os autores que se dedicam ao estudo do tema acabam por se equivocar e estabelecer uma relação direta entre identidade de gênero e orientação sexual, como se vê Elimar Szaniawski, por exemplo, que ao pontuar que entende que em caso de redesignação de transexual casado, haveria a lei de determinar o divórcio automático, "dissolvendo o matrimônio do transexual operado com seu cônjuge heterossexual" [500].

Não é correto, portanto, se discutir acerca da possibilidade do casamento ou união estável de homossexuais, vez que esta questão se faz absolutamente equivocada enquanto baseada em elemento que não tem respaldo legal (orientação sexual). Em momento algum o texto legal faz qualquer menção a tal aspecto da sexualidade dos nubentes ou conviventes, não havendo sentido técnico na vinculação da diversidade sexual entre aqueles que pretendem se casar ou estabelecer união estável e sua orientação sexual.

Tal vinculação direta entre diversidade sexual e heterossexualidade é equivocada, e não considera todas as nuances da sociedade atual, além de cometer o erro crasso de analisar a sexualidade segundo uma dicotomia (heterossexual e homossexual). Caso o elemento primordial a ser discutido fosse a orientação sexual de quem pretende se unir, além do questionamento acerca da possibilidade de casamento ou união estável do homossexual seria necessário que também se suscitasse a questão das outras condições de orientação sexual que não a heterossexualidade e homossexualidade, ou seja, a situação do assexuado e do

[499] Conforme se constata dos itens 1.3 e 1.4.
[500] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 126.

bissexual. Evidente que não se trata de uma discussão vinculada à orientação sexual, contudo por um desvio de interpretação técnica, a questão acaba sendo encaminhada a esta apreciação.

> "[...] apesar da orientação sexual não configurar pressuposto para a formação de uma família, os homossexuais ainda são alvo de discriminação, por se diferenciarem do padrão de normalidade determinado pela cultura dominante – a heteronormatividade – que é baseada em preconceitos de origem judaico-cristã." [501]

Ainda que algum sentido houvesse em se falar em distinção fundada na sexualidade quando da constituição do casamento ou da união estável, ante ao que há no texto positivado, esta haveria de ser direcionada à necessidade da diversidade de gênero ou de identidade de gênero, jamais ao sexo anatômico ou à orientação sexual.

O legislador em nenhum momento faz qualquer menção à orientação sexual daqueles que pretendem se casar ou unir-se por meio de união estável, o que deixa patente que o interesse sexual não é requisito para o casamento[502]. Interessante se notar que se duas pessoas de sexos (anatômico) diferentes quiserem se casar não se fará qualquer questionamento acerca da orientação sexual dos nubentes, mas, contudo, se estes tiverem o mesmo sexo físico há uma restrição à configuração do casamento ou da união estável, independentemente de se questionar a orientação sexual deles. Não se vislumbra a incidência de qualquer obstáculo para o casamento de quem apresente impotência *generandi* ou *coeundi*, ou de quem

---

[501] Amanda Pegorini Gimenes; Tereza Rodrigues Vieira. Homoafetividade: de Sodoma ao STF, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p.141 e 142.

[502] Interessante notar que até mesmo autores que se dedicam diretamente a tratar do casamento de pessoas do mesmo sexo reiteradamente usam como sinônimo casamento/união estável entre pessoas do mesmo sexo e casamento/união estável homossexual, como se vê, por exemplo, nos trabalhos de Maria Berenice Dias e Débora Vanessa Caús Brandão

simplesmente não tem qualquer interesse sexual (assexuados)[503], em situações em que o relacionamento sexual não se efetivará, contudo haveria restrições à união de quem queira manter relações sexuais fora da estrutura heterossexual, o que se mostra uma clara contradição, reforçado pela derrocada da característica procriadora do casamento.

> "Na atualidade, entretanto, entendemos que a procriação não deve mais ser vista como finalidade precípua do casamento. Razões de ordem médica, aliado à fruição do direito à autonomia pessoal e à liberdade de escolha, direitos personalíssimos, amparada no princípio da paternidade responsável faz com que o casal possa optar por não ter filhos, não invalidando por esta razão a higidez do casamento celebrado."[504]

Resta claro que se alguma questão há a ser discutida sobre o tema esta se vinculará na diversidade de gênero ou identidade de gênero e não de orientação sexual, razão pela qual se pode afirmar peremptoriamente que não há que se pensar em discutir casamento homossexual ou heterossexual. Assim, se alguma exigência existe na lei vinculando casamento ou união estável e sexualidade esta estaria atrelada à diversidade de sexo, jamais à orientação sexual, não cabendo, porntanto, se falar em casamento homossexual[505].

Hodiernamente vem ganhando força cada vez maior no ordenamento jurídico pátrio a figura da afetividade na seara do direito de família. A afetividade é, ou ao menos deveria ser, o elemento central tanto do casamento quanto da união estável, surgindo como núcleo mais básico da estruturação de qualquer sociedade familiar e, é de se entender, que esta não escolhe gênero ou orientação sexual.

---

[503] Ainda que tais questões possam vir a ser sucitadas em um eventual pleito de invalidade do casamento elas não impedem a realização do mesmo, sendo certo que uma eventual nulidade ou anulação do casamento não decorrem da situação em si, mas sim do desconhecimento de sua existência por parte do nubente, o que afrontaria o princípio da boa-fé.

[504] Carlos Alberto Dabus Maluf; Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 88-89.

[505] A crença de que toda pessoa casada é heterossexual se mostra absolutamente equivocada, vez que inúmeros casamentos não tem em si a existência de qualquer relação sexual, seja por falta de interesse sexual ou mesmo pela impossibilidade (física ou psicológica).

> "[...] como o conceito de união estável e casamento civil não está ligado indissociavelmente à diversidade de sexos pelo texto constitucional (o que ocorreria se estivesse escrito nos enunciados normativos que tais regimes jurídicos são reconhecidos '*apenas entre*' o homem e a mulher), não há afronta ao conteúdo *mínimo-estrutural do texto jurídico* da união estável e do casamento (para usar outra expressão de Streck), donde não parece que haja algo que o texto *diga* que impossibilite o interprete de adotar a tese aqui defendida (não há discricionariedade/decisionismo nesta conclusão) – pois a *união estável enquanto entidade familiar* e o *casamento civil enquanto entidade familiar*, em seu sentido estrutural mínimo, é a união de fato pautada pelo amor conjugal que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma contínua, pública e duradoura, pela qual os companheiros vivem *como se casados fossem* (o amor tem que ser *conjugal* para evitar que afetos *fraternos* sejam enquadrados no regime jurídico da união estável e do casamento civil, o que não se afigura correto pela sua *ratio*, embora aquelas uniões, se pautadas por um *amor familiar* fraterno, devam ser entendidas como entidades familiares)." [506]

A afetividade tem sido bastante discutida atualmente no que concerne ao reconhecimento do parentesco sócio-afetivo e na fixação de seus reflexos, como a possibilidade de determinação de guarda e visitas, pagamento de alimentos e sucessão ante a sua caracterização. O afeto é parâmetro para a discussão do direito e passa a gozar de considerável proteção legal, como se vislumbra na Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/10) e da nova redação dada ao art. 57 da Lei de Registros Públicos (LRP) que confere ao enteado, caso haja motivo ponderável, a possibilidade de requerer que seja averbado no registro de nascimento o nome de família de seu padrasto ou madrasta, mediante concordância expressa destes, sem prejuízo dos próprios apelidos de família (§ 8º).

Se o cerne do casamento e da união estável está no afeto ou amor (ou ao menos este deveria ser), porque motivo haveria de existir restrição à identidade de gênero, se estes sentimentos surgem independentemente desta caracterização? Pressupor que amor e afeto apenas surjam em um contexto em que exista diferença de sexos não é considerar a questão sob o prisma universal da diversidade dos

---

[506] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. A hermenêutica jurídica, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.158.

seres humanos. O fato de que dada pessoa não veja como sendo possível a existência do sentimento dentro de outro contexto que não o dela não significa que este não possa existir, sendo imprescindível o respeito às diferenças.

De se consignar a existência clara de posicionamento em contrário, nascendo dos mais diversos pontos, dos rincões tradicionalistas (como o posicionamento religioso-cristão) aos defensores dos direitos humanos, como se vê na obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho[507], que sustenta ser a diferenciação de sexo essencial.

Todavia, até mesmo aqueles que se colocam frontalmente contra a existência de casamento entre pessoas do mesmo sexo pontuam que entre os fins do casamento está satisfação sexual, como também a mútua assistência, procriação e a educação da prole[508], lastreado nos preceitos tradicionais do Direito Canônico. Porém, conforme já afirmado, a sociedade moderna já não tem a procriação (único dos elementos em que a diversidade de sexos seria necessária) como uma consequência necessária do casamento, o que afastaria qualquer impedimento formal à existência do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Reitera-se, mais uma vez, que não há em nenhum momento na legislação a proibição expressa para a realização de uniões entre pessoas do mesmo sexo, vez que a legislação regulamenta o "*fato heteronormativo*, sem proibição do *fato homoafetivo* para tais fins, visto que em direito de família somente os fatos citados pelos taxativos impedimentos matrimoniais podem ser tido como 'proibidos'"[509].

Neste mesmo sentido

---

[507] Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos humanos fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 117.
[508] Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil: Direito de família*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 28.
[509] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. A hermenêutica jurídica, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.155.

> "[...] O receio de atribuir efeitos jurídicos à união de indivíduos do mesmo sexo deve-se em razão de o casamento civil encontrar-se fundamentalmente amparado nos preceitos da união religiosa, que o eleva às fronteiras da fé. Ocorre que pré-concepções restritivas de direitos de ordem religiosa, cultural, política ou ideológica que aniquilem o escopo axiológico atribuído pelo Constituinte às entidades familiares em sua acepção ampla, como também posturas refratárias à laicidade do Estado, redundam em inconstitucionalidade, razão pela qual se impor reconhecer e tutelar uniões que, alicerçadas pelo afeto, assumem a feição de família."[510]

Interessante se notar o posicionamento que tem sido adotado por parcela da doutrina argentina que pugna não ser adequada a luta pela possibilidade do casamento fora da heterossexualidade, vez que o casamento tem uma origem legitimada pela Igreja e lastreada no pensamento de Tomás de Aquino, cabendo sim lutar pela concessão de vantagens jurídicas equivalentes, com a prevalência do pluralismo institucional, já que o direito cristão heterossexual não atende aos interesses destes grupos[511], demonstrando que claramente não está preocupada com o nome a ser dado a tal relacionamento, mas sim com os efeitos jurídicos que lhe serão garantidos.

A questão ganhou um elemento novo e de suma relevância com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI 4277 e ADPF 132[512], em decisão que solidificou o entendimento de que o alicerce da família moderna está no afeto e não como sendo um ambiente com fins de reprodução[513], bem como com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)[514] favorável ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, consolidado pela Resolução 175 do Conselho

---

[510] Maria Elizabeth Guimarães Teixeira da Rocha. A união homoafetiva à luz dos princípios constitucionais, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2012, p. 167.
[511] Mario Silvio Gerlero. La construcción de identidades desde los agrupamientos GLT. *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009, p. 193.
[512] Leandro Reinaldo da Cunha. *A união homossexual ou homoafetiva e o atual posicionamento do STF sobre o tema (ADI 4277)*, vol. 8, São Bernardo do Campo: Metodista, 2010.
[513] Patrícia Corrêa Sanches. O reconhecimento da família homoafetiva no Brasil, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p.197.
[514] STJ, REsp. 1183378/RS, 4ª Turma, j. 25.10.2011, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 01.02.2012.

Nacional de Justiça[515], que determina que todos os cartórios do país estão obrigados a registrarem o casamento de pessoas do mesmo sexo, bem como a converterem em casamento civil as uniões entre eles[516].

Fato é que "**toda pessoa tem** *o direito fundamental* de constituir família, **independentemente** de sua orientação sexual **ou** de identidade de gênero" vez que o entendimento de família há de se lastrear no preceito de afetividade, valor jurídico de natureza constitucional[517] e pressuposto inegável do conceito efetivo de família.

Importante se consignar que na Europa a Carta europeia de direitos fundamentais (art. 9º) direciona a questão do casamento no sentido da neutralidade, sem indicar a existência da necessidade da diversidade sexual, sendo certo que vem ocorrendo a retificação da legislação de vários países a fim de atender a esta diretriz, como na França[518], por exemplo.

Importante aventar-se aqui, ainda, o princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família, pois a constituição da família, com todos os seus elementos de cunho afetivo e sexual, é de ser entendida como uma questão da mais elevada intimidade, fundada no âmago de cada ser e onde a prevalência da vontade individual deveria estar totalmente protegida de qualquer ingerência do Estado. Segundo o referido princípio "ao Estado não cabe intervir no âmbito do Direito de Família ao ponto de aniquilar a sua base socioafetiva", como afirmam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, e complementam citando Rodrigo da Cunha

---

[515] Em 14 de maio de 2013 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na 169ª Sessão Ordinária disciplinou, nos termos da resolução nº 175, a atuação dos cartórios com relação a realização de casamento entre pessoas do mesmo sexo. No estado de São Paulo desde 01 de março de 2013 existe norma direcionada aos cartórios fixando os parâmetros para a habilitação e casamento entre pessoas do mesmo sexo, sem a necessidade de autorização prévia do juiz corregedor para tanto, como ocorria até então.

[516] Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 05/02/2014.

[517] AR no RE nº 477.554-MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 26/8/11.

[518] Lei 404 de 17 de maio de 2013, conhecida como Marriage pour tous

Pereira que aduz ter o Estado abandonado a figura de protetor-repressor e passado a adorar uma postura protetor-provedor-assistencialista, cabendo a ele apenas tutelar a família e dar-lhe garantias, como de ampla manifestação de vontade e meios propícios para a manutenção de seu núcleo afetivo[519].

Compete ao direito de família a disciplina apenas daquilo que for imprescindível para a realização da vontade de seus integrantes, graças às particularidades inerentes à seara a qual se destina, não podendo se revelar como uma expressão da vontade do Estado mas sim como um campo de proteção a garantir a todos o respeito a sua intimidade, em uma atividade de intervencionismo mínimo na qual não pode se verificar qualquer tipo de ingerência "sobre aspectos personalíssimos da vida privada que, seguramente, dizem respeito somente à vontade do próprio titular, como expressão pura de sua dignidade" [520].

Ocorre, todavia, que o preceito da intervenção mínima do Estado se mostra como um princípio que não tem perfeita aplicação no ordenamento jurídico, vez que hoje se vislumbra a intenção do Poder Público de restringir os limites do afeto a sua percepção do amor, conforme conceitos que não são necessariamente aqueles vivenciados por todos, em uma sanha fundada em preceitos religiosos, como se o Estado já não estivesse apartado da igreja de longa data.

A intervenção mínima no Estado é ressaltada, por exemplo, nos impedimentos de imposição de elementos de planejamento familiar previstos na Constituição Federal (art. 226, § 7º), na lei 9.263/1996 (Lei de Planejamento Familiar) e no Código Civil (art. 1.513). Ao apreciar o tema, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, asseveram, por exemplo, que ante ao princípio de

[519] Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de família – as famílias emperspectiva constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2011, p.105 -106.
[520] Cristiano Chaves Farias. Nelson Rosenvald. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 21.

intervenção mínima do Estado no Direito de Família, não seria cabível a imposição a todos, coercitivamente, da fidelidade e monogamia, a qual não se constituiria mais em um efetivo princípio, restando esta mais como uma nota característica do casamento em nosso sistema[521].

Não seria totalmente surreal se pensar que a discussão acerca da sexualidade relacionada com o casamento e a união estável venha a ser vista, em alguns anos, como o divórcio foi visto tempos atrás, quando sua legalização se deu como meio imprescindível para viabilizar a liberdade de culto e a valorização dos interesses da sociedade, em atenção à secularização e laicização do casamento[522].

Assim, entende-se não ser possível, jamais, se relacionar casamento ou união estável com orientação sexual, tampouco ser a diversidade de sexos elemento permissivo à confuguração de qualquer destas instituições, vez que estas devem ter por lastro o amor e o afeto.

Desta maneira é de se pontuar que além de se entender que não é dever do Estado se imiscuir nas particularidades da vida pessoal dos indivíduos no contexto do Direito de Família, há um grave equivoco técnico em se discutir a possibilidade ou não do casamento ou da união estável homossexual.

8.2 Casamento ou união estável do intersexual sob o prisma dos direitos da personalidade

Uma das questões complexas que se apresentam quando da análise do casamento sob a perspectiva da identidade de gênero é a hipótese da sua

[521] Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108.
[522] Carlos Alberto Dabus Maluf; Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36.

realização por parte do intersexual, vez que ele pode, em razão da sua condição física, apresentar uma configuração anatômica que não permite deixar claro o seu gênero, o que pode ter gerado reflexos no seu registro de nascimento, considerando a perspectiva clássica da exigência da diversidade de sexo como requisito para a existência do casamento.

Antes da realização da intervenção cirúrgica para a adequação sexual e retificação documental (nome e sexo) pode-se suscitar o questionamento acerca do gênero do intersexual: haverá de prevalecer aquele que se constata de seus documentos (baseados em um equívoco) ou aquele que efetivamente representa a sua condição psicosociobiológica?

Tal questionamento se faz relevante ao se considerar que ante a condição intersexual pode ocorrer a hipótese de que o sexo aparente/anatômico e documental seja distinto do hormonal ou genético, permitindo que se efetive, por exemplo, o casamento entre duas pessoas que apresentem o mesmo sexo. Tal evento seria uma afronta ao conceito clássico da diversidade de sexos, lastreada em uma formalidade documental que não se coaduna com a verdade genética.

É possível também se aventar a hipótese da realização do casamento e, posteriormente, o intersexual vem a conseguir a adequação de sua condição anatômica e consequente alteração de seu gênero nos documentos. Sob uma perspectiva meramente formal estar-se-ia diante de um matrimônio realizado entre pessoas do mesmo gênero, segundo o padrão doutrinário vigente, em situação de inexistência do casamento realizado (segundo o posicionamento clássico), mas em decorrência de uma causa superveniente.

O fato é que quando se trata da figura do intersexual é possível se vislumbrar a possibilidade de que ele venha a se casar com alguém do mesmo gênero

documental/oficial que ele ou mesmo que tal matrimônio se dê com quem disponha do mesmo sexo anatômico que o seu, mas que, contudo, não seja o adequado à sua identidade de gênero.

A alegação de uma inexistência por causa superveniente se mostra absolutamente questionável, sendo possível, contudo, se asseverar que uma anomalia nos órgãos genitais que impeça a determinação sexual, como a completa ausência ou atrofia destes seria assimilada como uma hipótese de impotência[523], o que poderia ser inserido no conceito de anulabilidade do casamento se houvesse desconhecimento de tal fato pelo outro cônjuge, com base no art. 1557, III (erro essencial por ignorância de defeito físico irremediável)[524].

É de se entender, porém, que não se pode permitir que um documento realizado com base em um equívoco técnico por parte do médico possa reger toda a vida do intersexual, com reflexos em toda a amplitude de sua existência. A pessoa, quanto ao sexo, há de ser entendida por aquilo que ela efetivamente é (considerando todos os conceitos e modalidades de sexo apresentadas[525]), sem que possa haver um império do sexo documental, o qual pode apresentar impropriedades, sem se ignorar a prevalência da identidade de gênero quando pertinente.

Segundo o posicionamento clássico da necessidade da diversidade de sexos como requisito para o casamento, o intersexual mesmo que não tenha realizado qualquer intervenção com o objetivo de adequação anatômica pode casar-se, desde que seu sexo documental seja distinto daquele apresentado pelo seu cônjuge, ainda

---

[523] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 127.
[524] A inexistência e a anulação do casamento serão analisadas de forma mais aprofundada no capítulo seguinte.
[525] Item 1.3 do presente trabalho.

que tenham sexo genético ou hormonal idênticos, vez que toda a verificação formal se dá com base nos documentos pessoas apresentados pelos nubentes para a habilitação do casamento (art. 1.525 do Código Civil). Caso queira se casar com alguém de sexo biológico ou hormonal distinto do seu, mas que apresente sexo documental idêntico seria necessário que realizasse anteriormente a retificação de seu assento civil, a fim de se garantir a efetivação do requisito da diversidade sexual requerida para o casamento, ainda segundo o entendimento mais tradicional.

Fato é que após a intervenção cirúrgica com o fulcro de se estabelecer a realidade anatômica do intersexual e com a adequação do registro de nascimento não haverá qualquer restrição ao casamento ou união estável, vez que nem mesmo se terá qualquer informação de que esta condição existiu.

Pontes de Miranda ao tratar da figura do casamento inexistente cita julgado do Tribunal Civil e Criminal do Distrito Federal de outubro de 1895, que na vigência do Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890 considerou inexistente o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, mas que neste acórdão se vislumbra a existência de um equívoco comum de se reputar como inexistente aquele contraído por uma "pessoa de sexo firme e outra de estado intersexual, hermafrodita", arrematando a ideia afirmando que "se o sexo preponderante é diferente do sexo do cônjuge normal, ou há dúvida sobre a preponderância, tal casamento apenas é anulável por defeito físico irremediável"[526], ressaltando-se que a alegação da anulabilidade é prerrogativa exclusiva do cônjuge (prejudicado/inocente).

Contudo, se o intersexual informar ao seu cônjuge ou companheiro a sua condição antes da união esta não será uma descoberta na decorrência do casamento, o que impede que se possa alegar a existência de erro essencial quanto

[526] Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. Tomo VII, São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 297.

a pessoa do outro cônjuge passível de eivar de anulabilidade o matrimônio realizado. Segundo Maria Helena Diniz, o intersexual tem plena aptidão para o casamento, sendo que haverá de informar ao seu futuro cônjuge sobre sua condição, sob pena da alegação da insuportabilidade da manutenção da vida em comum caso venha a tomar ciência desta situação após o casamento[527].

Porém, é de se consignar que a figura da caracterização da existência de erro essencial quanto a pessoa do outro cônjuge é deveras subjetivo, vez que leva-se em consideração perspectivas eminentemente personalíssimas, as quais dificilmente se pode definir por meio de um padrão geral. Consigna-se, contudo, que a imposição do dever de relatar sobre a intersexualidade, mormente quando já tenha passado por processo transexualizador, pode configurar uma ofensa ao direito à intimidade e ao esquecimento.

De qualquer sorte, estando perfeitamente adequada a efetiva condição física do intersexual ao seu sexo cromossômico nada obsta a realização de qualquer ato vinculado a sua conjugalidade, seja casamento ou união estável, podendo apenas se suscitar algum questionamento caso ainda não tenha se efetivado os atos cirúrgicos pertinentes e a adequação documental, segundo a perspectiva clássica da diversidade sexual como requisito do casamento. Reitera, porém, que conforme explanado anteriormente, é de se entender que tal requisito não tem respaldo legal a inviabilizar qualquer interesse de união.

[527] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 320.

8.3 Casamento ou união estável do transexual e os direitos da personalidade

A questão do gênero é tratada no ordenamento jurídico pátrio como sendo preponderante na compreensão do instituto do casamento e união estável, vez que segundo posicionamento mais clássico é possível se assumir que a legislação vigente assevera ser a diversidade de gênero requisito para a existência do casamento (exigência natural) e da união estável.

Uma das grandes restrições que se contrapõe a qualquer tipo de união que não venha a ser a clássica, fundada na heteronormatividade vigente, está lastreada na sua condição antinatural e que não permitiria a procriação, que seria um dos preceitos elementares do casamento. Contudo este conceito já se mostrava contestado nos primeiros séculos depois de Cristo, quando Musonius já pontuava que o casamento não era algo necessário para a procriação, sendo que esta não poderia justificar o casamento por si só, ressaltando o companheirismo como um elemento tão importante quanto a procriação para a união das pessoas[528].

Hiérocles pontua, como já fizera Platão nas *Leis*, que os homem são animais conjugais, e que esta condição lhe seria natural, pois além da descendência o casamento se prestaria a permitir que passasse a vida na companhia de um parceiro, sendo, portanto, naturalmente impulsionado à vida matrimonial[529].

Contudo durante os séculos a insituição do casamento passou por várias fases, cada qual com as suas características, podendo se estabelecer três estágios fundamentais, indo do matrimônio em grupos (estado selvagem), passando pelo

[528] Michel Foucault. *História da sexualidade 2: O uso dos prazeres,* Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 153.
[529] Michel Foucault. *História da sexualidade 1: A vontade de saber*, Rio de Janeiro: Graal, 1999, p. 155.

matrimônio sindiásmico e chegando ao período da civilização, em que o casamento se mostra atrelado à monogamia, complementada pelo adultério e a prostituição[530].

No século III escolas filosóficas se mostravam claramente favoráveis ao casamento, sendo que, num dado momento o casamento passou a ser visto como um dever, uma regra universal, pois o ser humano é conduzido a esta união por um impulso que se mostra ao mesmo tempo natural e racional, que é igual para todas as pessoas, como pontuavam os estóicos, em pensamento distinto do apresentando anteriormente por outras escolas (epicuristas e cínicos)[531].

Inicialmente é de se entender que, no Brasil, a legislação não prevê expressamente a realização de casamento ou união estável de pessoas do mesmo gênero e tampouco os proíbe, sendo certo que os tribunais superiores já tem se posicionado de forma favorável às uniões entre pessoas do mesmo sexo[532], consignando-se novamente que no cerne das discussões estava a orientação sexual daqueles que pretendiam se casar. Reitera-se mais uma vez, que a discussão acerca da possibilidade de casamento homossexual não aparenta ser adequada, vez que a lei não perquire em momento algum a orientação sexual dos nubentes, sendo de se entender que a questão estaria mais adequadamente apreciada (se fosse o caso) sob o prisma do sexo anatômico e não da orientação sexual[533].

Ainda que se entenda que a diversidade de gênero ou sexual seja relevante para o casamento, conforme entendimento clássico, surge o questionamento relacionado a qual é o preceito estabelecido na legislação para o casamento: o que

---

[530] Friedrich Engels. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. 14. ed.. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997, p.81.
[531] Michel Foucault. *História da sexualidade 2: O uso dos prazeres,* Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 156.
[532] STJ, REsp. 1183378/RS, 4ª Turma, j. 25.10.2011, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 01.02.2012; STF, ADI 4277/DF, j. 05.05.2011, Rel. Min. Ayres Brito.
[533] Conforme apresentado no item 8.1.

se requer é diversidade de sexo anatômico ou diversidade de gênero? O legislador ao preconizar que o casamento há de se realizado entre homem e mulher certamente não está atrelando o casamento a orientação sexual, mas sim ao elemento do sexo. Mas a expressão “homem e mulher” refere-se à identidade de gênero ou a percepção do sexo anatômico ocorrida quando do nascimento? Ou seria uma questão de sexo genético?

Como previamente exposto, ao menos no sentido universal, a razão do casamento ou da união estável, antes de mais nada é o amor ou o afeto, sendo que sua vinculação à figura do sexo, gênero ou orientação sexual induz a uma conclusão absolutamente equivocada de que transexuais, intersexuais ou quem não apresenta a orientação sexual tida como “adequada ou natural” não ama.

Tendo clara a concepção técnica aqui adotada para transexual, a qual independe da realização ou não de intervenção cirúrgica, emerge o entendimento de que se prevalecer o sexo formal ou jurídico, o casamento do transexual não se admite antes da realização da alteração dos documentos, sendo inserido na hipótese de inexistência do casamento ante a falta de diversidade sexual.

O mesmo ocorreria em caso de prevalência do sexo genético, pois ainda que realizada a cirurgia de redesignação sexual esta não seria suficiente para permitir a realização de casamento de transexual com alguém que tenha o mesmo sexo cromossômico que ele. De outra sorte, se o conceito a vigorar for o sexo anatômico, seria admissível o casamento do transexual após a intervenção cirúrgica, com consequente adequação documental.

As considerações acima mostram que relegar a definição da possibilidade ou não do casamento ao sexo/gênero pode dar ensejo a uma insegurança jurídica considerável, vez que a questão físico/anatômica pode ser alterada e a

genética/cromossômica não está afeita ao elemento mais primordial que seria a identidade de gênero.

Com isso é de se pontuar que a identidade de gênero pode não estar exposta ou inicialmente se encontrar reprimida por elementos sociais, mas esta é inalterável após configurada tecnicamente, havendo, portanto, de prevalecer, por expressar a verdade vivenciada por aquela pessoa. Assim, caso se entenda que a sexualidade é relevante para a realização do casamento, é a identidade de gênero que deve firmar os parâmetros para a realização do casamento, e não o sexo anatômico ou cromossômico, e, menos ainda, a orientação sexual dos nubentes.

A doutrina pátria quando trata do tema o analisa sob a perspectiva do sexo e não da identidade de gênero, sendo que Maria Helena Diniz assevera que não considera admissível o casamento do transexual operado com alguém do mesmo sexo de nascimento que ele, vez que a legislação brasileira não o autoriza[534], numa clara vinculação à ideia da prevalência do sexo cromossômico, pontuando pela inexistência, portanto, deste casamento caso venha a ser eventualmente realizado.

Ao tratar do tema Flávio Tartuce e José Fernando Simão asseveram que após passar por todos os trâmites médicos e legais o transexual há de ser considerado como pertencente ao seu novo gênero, sendo possível seu casamento com quem tenha o mesmo sexo que ela possuía originalmente, pontuando ainda não ser admissível se falar na tese de casamento inexistente vez que esta se encontra superada em se tratando da questão da diversidade de sexos, sendo, contudo, exigível que o transexual informe o outro desta sua situação face ao dever de boa-fé

[534] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 337.

objetiva a ser respeitado também nas relações familiares[535], cabendo, ainda, a caracterização da figura de erro essencial quanto a pessoa do outro cônjuge em caso de omissão desta informação[536].

Elimar Szaniawski assevera que enquanto não se realizar a mudança de sexo nos documentos do transexual, não se pode pensar em casamento com pessoa do mesmo sexo que o seu vez que haveria impedimento[537]. Em que pese o profundo respeito ao posicionamento exposto pelo doutrinador, não se pode com ele comungar ao se considerar que inexiste tal condição entre as previstas no art. 1.521 do Código Civil ao fixar os impedimentos para o casamento.

Nesta circunstância não seria possível sequer se pensar na possibilidade de reputar este casamento como putativo, vez que se inexistente não pode ser revestido de qualquer sorte de elemento qualificador, ou como pontualmente assevera Pontes de Miranda, "o matrimônio inexistente não goza, ainda quando de boa-fé, dos efeitos civis que a lei atribui ao casamento putativo"[538]. Neste mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves pontua que "se o casamento, como fato, inexiste, não pode ser declarado putativo" [539].

Ainda que não se entenda ser o caso de inexistência do casamento, poder-se-ia ainda pensar se tratar de hipótese de invalidade do casamento, por erro essencial quanto a pessoa do outro cônjuge, alegando desconhecer a situação anterior do nubente e que tal fato torna insuportável a manutenção da vida em comum do casal.

---

[535] Flávio Tartuce; José Fernando Simão. *Direito Civil, 5: Direito de família*. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 67.
[536] Flávio Tartuce; José Fernando Simão, op cit., p. 77.
[537] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 127.
[538] Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. Tomo VII, São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 297.
[539] Carlos Roberto Gonçalves. *Direito civil brasileiro. Volume 6: Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012,p. 142.

Luiz Alberto David Araújo considera coerente a possibilidade de alegação de erro quanto a identidade da pessoa do outro cônjuge caso não se tenha ciência da condição prévia de transexualidade[540], como também o faz Elimar Szaniawski[541], não se aventando a questão da inexistência do casamento. Neste mesmo sentido assevera Tereza Rodrigues Vieira que a ausência de informação pode ensejar a anulação do casamento, desde que atendido o prazo decadencial de 3 anos, ante a ignorância de tal situação que antecede ao casamento[542].

Por outro lado Paulo Roberto Iotti Vecchiatti entende que não seria hipótese de erro essencial quanto a pessoa do outro cônjuge, pontuando que o relacionamento entre as pessoas se estabelece pelo todo que cada uma representa, não apenas pela sua constituição genital, motivo pelo qual sustenta que se houver qualquer erro nesta situação este não seria essencial, motivo pelo qual seria admissível apenas o pleito de divórcio pela insuportabilidade de manutenção de vida em comum[543], cabendo ressalta-se que é de se entender que a questão do divórcio não está afeita a apresentação de motivação, nos termos da lei vigente.

Apenas à guisa de argumentação é interessante questionar qual a relevância de tal ato se o cônjuge que não foi cientificado da condição do transexual o ama a ponto de ter com ele se casado. Será que o amor se diluiria imediatamente ao se ter ciência de tal fato?

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, por sua feita, afirma entender possível a configuração do casamento ou união estável do transexual operado, pois

---

[540] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 138.
[541] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 128.
[542] Tereza Rodrigues Vieira. Transexualidade, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.424.
[543] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. O direito do transexual com filhos à cirurgia de transgenitalização, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.458.

com a nova conformação do sexo social se caracterizaria o elemento da diversidade sexual prevista na lei (?), posicionando-se no sentido da prevalência do sexo social ou da identidade de gênero em face do sexo cromossômico, ressaltando, porém, a possibilidade de alegação de erro quanto a identidade da pessoa caso o outro cônjuge desconheça a condição de transexual do seu nubente[544].

Entendimento favorável ao casamento do transexual também é apresentado por Maria Berenice Dias, pontuando que quem obteve a alteração do nome e da identidade de sexo pode contrair matrimônio, havendo de ser entendido como existente e válido, mas possível que se tenha por inválido ante a alegação do desconhecimento da condição do cônjuge, com base no erro essencial quanto a pessoa[545]. Elimar Szaniawski também se mostra favorável à possibilidade do casamento do transexual redesignado, desde que já tenha obtido a modificação judicial de seus status sexual e prenome[546].

A possibilidade do casamento do transexual também é admitida por Carlos Roberto Gonçalves, após a realização da intervenção cirúrgica, mudança de nome e sexo nos documentos, citando José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, ressaltando que a ignorância de tal fato admite a possibilidade do pleito de invalidade por erro essencial[547].

Já Antonio Chaves assevera que não se poderia admitir a figura do cansamento do transexual tendo em vista não se atender ao critério da diversidade

---

[544] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 270/271.
[545] Maria Berenice Dias. *Manual de Direito das Famílias*, São Paulo: RT, 2011, p. 273.
[546] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 127.
[547] Carlos Roberto Gonçalves. *Direito civil brasileiro. Volume 6: Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012,p. 145.

de sexos previstos na lei[548], em que pese ter se posicionado anteriormente de forma favorável no artigo *Castração – Esterilização – mudança artificial de sexo,* conforme assevera Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf[549].

No entender de Luiz Alberto David Araújo não existe qualquer impedimento para o casamento do transexual por entender que não se trata de casamento entre pessoas do mesmo sexo, e sim de sexos opostos, baseando-se no sexo psicológico que veio a ser corroborado pelo biológico exterior adequado pelos atos cirúrgicos[550].

Entendem, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ser um "absurdo contrassenso" a negativa da possibilidade de casamento ao transexual, especialmente tendo havido a mudança de sua identidade civil, sendo o contrário uma ofensa aos efeitos da decisão que determinou a retificação da identidade civil do transexual, gerando "um franco desrespeito à coisa julgada" e à dignidade da pessoa humana[551], e que, neste caso, efetivamente, se deu um casamento entre pessoas de sexos distintos.

Já Débora Vanessa Caús Brandão, que trabalha a questão da possibilidade das parcerias homossexuais, assevera que o casamento do transexual seria uma situação que fugiria à normalidade cotidiana e, portanto, deve ser tratada de tal maneira, asseverando que caso este venha a ocorrer, caberia o pleito de anulação do casamento[552].

---

[548] Antônio Chaves. *Direito a vida e ao próprio corpo*, São Paulo: RT, 1994, p. 165.
[549] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 271.
[550] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 137.
[551] Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 208.
[552] Débora Vanessa Caús Brandão. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: RT, 2002, p. 27.

Tereza Rodrigues Vieira pontua que ao admitir a adequação do sexo, o direito deve ser coerente e viabilizar que o transexual venha a casar-se, não podendo a incapacidade de procriar constituir qualquer impedimento para tanto, vez que não está entre os requisitos de validade do casamento[553]. Ressalta-se neste mesmo sentido que a manutenção de relações sexuais não é imprescindível à existência e validade do casamento, caso contrário não se poderia admitir o casamento *in extremis*[554] ou de pessoas com disfunção erétil, por exemplo.

A questão da impossibilidade de procriar vinculada ao casamento hoje se mostra um tanto quanto mitigada ao se considerar a possibilidade de que esta tenha por base os procedimentos de inseminação artificial bastante difundidos na sociedade moderna, além do fato de que nem todo aquele que se casa tem a intenção de ter filhos, ou mesmo a viabilidade da adoção.

Assim, em que pese os inúmeros posicionamentos consignados, é de se entender que na verdade o que há que prevalecer é a identidade de gênero do sujeito, caso se considere efetivamente necessária alguma distinção para a realização do casamento, não havendo que se falar em mudança de nome ou sexo como sendo o parâmetro a autorizar ou não o casamento. Reitera-se ainda que não se pode vincular o reconhecimento da transexualidade, nem mesmo a concessão de direitos, à efetivação de qualquer sorte de tratamento (hormonal ou cirúrgico), razão pela qual a realização do casamento não pode vincular-se a intervenções médicas.

A questão é objeto de análise no ordenamento jurídico alienígena já de longa data, sendo que na Europa a questão do casamento se direciona fortemente no sentido da autorização, vez que a Convenção Europeia de Direitos Humanos

---

[553] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 225.
[554] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 120.

garante, no artigo 12 o direito ao casamento a partir da idade núbil, e o art. 14 assegura o gozo dos direitos e liberdades ali firmados independentemente de sexo[555].

Dentro deste contexto continental, a legislação holandesa autoriza que o transexual venha a se casar (permitindo também que este se realize entre homossexuais)[556], e em Portugal, mudado o registro, se admite o casamento heterossexual do transexual[557]. Na Espanha a Lei 3/2007 permite a realização da intervenção cirúrgica, mudança de nome e designação de sexo nos documentos, admitindo-se também o seu casamento, questão esta já superada desde 2000 na região da Navarra, na qual a Lei Foral 6/2000, de 03 de julho assevera no art. 2º que união estável independe de orientação sexual[558].

Em território alemão é de se entender que, desde 1978, é possível o casamento de transexual, conforme decisão que reconheceu que a operação não era contrária aos bons costumes, cabendo a retificação da certidão de nascimento em caso de "transexualismo irreversível"[559].

---

[555] ARTIGO 12°
Direito ao casamento
A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito.
ARTIGO 14°
Proibição de discriminação
O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer
outra situação.

[556] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 338.

[557] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 272.

[558] Artículo 2. Concepto de pareja estable.
1. A efectos de la aplicación de esta Ley Foral, se considera pareja estable la unión libre y publica, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona

[559] Marina Camps Merlo. *Identidad sexual y derecho – Estudio interdisciplinario del transexualismo*. Navarra: Eunsa, 2007, p. 447.

Admite-se também a realização de operação de mudança de sexo quando da não concordância dos fatores biológicos com o sexo social do transexual na França, contudo o sexo registrado quando do nascimento é o parâmetro para a definição da autorização para o casamento, o que torna impossível a sua realização[560]. Todavia após a alteração documental do transexual há a possibilidade, segundo Daniel Borrillo, de que ele possa "exercer todos os direitos ligados ao novo sexo, inclusive o direito ao casamento"[561].

A questão da diversidade de sexo encontra-se atualmente superada em território francês ante a lei denominada de "Mariage pour tous" (casamento para todos) que tem por objetivo a alteração do art. 143 do Código Civil francês, asseverando ser o casamento um contrato efetivado entre duas pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo. Interessante notar-se que na seara alienígena a questão do casamento vinculada à transexualidade foi objeto de apreciação, em sua maioria, antes mesmo da análise da questão do dito casamento ou união homossexual (Dinamarca, Noruega, Suécia e Islândia – a partir de 1990; Portugal – 2001; Alemanha – 2001, Canadá – 2005)[562].

Nos Estados Unidos da América (EUA) a questão também gera bastante discussão, sendo que a princípio não haveria impedimento de o transexual redesignado vir a contrair matrimônio com quem apresente sexo oposto ao seu sexo psiquico[563]. No estado americano de New Jersey há a possibilidade do casamento do transexual operado, bem como que ele venha a desfrutar de todos os direitos que

---

[560] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 273.

[561] Daniel Borrillo. O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei, *Meritum - Revista de direito da Universidade FUMEC* – v. 5, nº 2 (jul./dez. 2010) – Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2010, p. 302.

[562] Maria Elizabeth Guimarães Teixeira da Rocha. A união homoafetiva à luz dos princípios constitucionais, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2012, p. 175-176.

[563] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 212.

tem aquele que possui designação de sexo inalterada, conforme decisão do ano de 1976[564], sendo que atualmente inumeros estados (como Illinois, Califórnia e New York, por exemplo) apresentam regulamentação para o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Desta forma, pugna-se pela possibilidade de casamento do transexual, sendo de se pontuar pela prevalência da diversidade de identidade de gênero como elemento para o casamento, caso se entenda que a referida diferenciação seja efetivamente um requisito, o que não se sustenta neste trabalho.

8.3.1 Adequação de sexo e sua relação com o estado civil

A transexualidade, em que pese ser uma condição personalíssima e afeita à intimidade do sujeito, tem reflexos que extrapolam a vida pessoal do indivíduo, atingindo outras pessoas que com ele tenham relações, mormente no âmbito da família. O transexual, como qualquer outra pessoa, tem família, se relaciona com seus parentes, e pode mesmo ser casado ou ter filhos, não sendo uma característica inerente a todo transexual o estado civil de solteiro.

Muitos transexuais se casam com pessoas que apresentam a mesma identidade de gênero que a sua como uma forma de fugir da sua condição, por pressão familiar, por orientação de psicólogos ou, ainda, como uma forma de tentar se adaptar à normalidade imposta pela sociedade[565]. Neste caso é possível se questionar se a realização de tratamento hormonocirurgico tem o condão de gerar

[564] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 330.
[565] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 122.

qualquer mudança na relação matrimonial existente, tema bastante controverso na doutrina e legislação de diversos países.

Antes mesmo de se ater às consequências do tratamento em relação ao estado civil do transexual é de se consignar que caso ele seja casado não há qualquer imposição de autorização ou concordância do cônjuge para a realização da operação[566], vez que se trata de ato personalíssimo do interessado, com um objetivo terapêutico, e inexiste no ordenamento jurídico tal previsão entre os deveres do casamento ou como uma modalidade de ato que depende de outorga uxória.

Alain Bénabent assevera não ser concebível pensar em conceder ao cônjuge a prerrogativa de vetar a liberdade de realização da operação transgenitalizadora, cabendo a ele somente a possibilidade do pedido de divórcio, ante a prática de injúria grave, caso a cirurgia venha a ser realizada[567]. Conferir tal poder ao cônjuge se revelaria uma manifesta ofensa a princípios inerentes à condição humana, transferindo a terceiros a gerência sobre a intimidade, personalidade e dignidade alheia.

Ainda mais severo no raciocínio se coloca Jean Claude Lambois, pontuando ser vedado ao sujeito casado a realização de operação de transgenitalização, o qual entende que o casamento criaria uma comunhão íntima entre os cônjuges, fazendo surgir um superior interesse da comunhão familiar a ser protegido[568], o que parece ser uma grave restrição ao exercício dos direitos da personalidade.

Pontuado que o transexual casado não depende de outorga do outro cônjuge para realização de processo trangenitalizador, é de se questionar se a realização da

---

[566] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 230.
[567] Alain Bérnabent *apud* Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 125.
[568] Jean Claude Lambois *apud* Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 124.

operação na constância do casamento pode trazer como consequência alguma ruptura automática deste enlace.

A extinção do casamento pode se dar ante a morte do cônjuge, invalidade (anulação ou nulidade) e separação/divórcio[569], sem se olvidar da teoria da inexistência do casamento. Considerando que a dissolução por morte não tem pertinência no presente estudo, cabe analisar se a realização de intervenções de natureza hormonal ou cirúrgica pode gerar como consequência o término do casamento, seja por ato voluntário ou de forma compulsória.

Inicialmente é mister afirmar que não há qualquer previsão no ordenamento jurídico acerca do estado civil daquele que deseja realizar tratamento hormonal ou cirúrgico com fim transgenitalizador, razão pela qual, de plano, se entende que tal questão não pode ser apresentada como obstáculo. Ainda assim, parte da doutrina apresenta como requisito para a realização da operação de transgenitalização que o transexual não seja casado (solteiro, viúvo ou divorciado)[570] e, sendo casado, esta só poderia ser autorizada após o divórcio, como pontuam Maria Helena Diniz[571] e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf[572], sob a alegação de que tal imposição quanto ao estado civil teria respaldo numa tentativa de se evitar constrangimentos ao cônjuge do sujeito que venha a buscar a realização da intervenção cirúrgica.

Luiz Alberto David Araújo posiciona-se no sentido de que apenas seria possível a realização das intervenções caso o transexual seja solteiro ou divorciado,

---

[569] Em que pese a Emenda Constitucional 66 entende-se que ainda é possível se pleitear a separação judicial.
[570] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 126.
[571] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 337.
[572] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 271.

sem fazer qualquer menção a figura do viúvo fundado no entendimento de que os direitos do transexual não são absolutos e haveriam de ser afastados em contraposição com o direito de família[573].

De qualquer sorte, ante a inexistência de impedimento legal expresso, é perfeitamente factível que o transexual casado venha a realizar o tratamento hormonal ou a intervenção cirúrgica na constância do casamento, o que geraria a possibilidade de se discutir se teria ocorrido uma injúria grave contra o outro cônjuge, ou a ruptura ao dever de respeito mútuo, bem como o surgimento de um casamento entre pessoas do mesmo sexo, discussão que só tem pertinência caso se considere a diversidade sexual como um dos requisitos do casamento, tendo o sexo morfológico e não o cromossômico ou a identidade de gênero como parâmetro.

Neste contexto, portanto, seria possível se suscitar a inexistência do casamento em decorrência da transgenitalização do cônjuge, contudo esta situação se mostra bastante complexa, pois ele não padecia de qualquer vício quando da sua realização e esta situação seria superveniente, o que não se coaduna com a ideia originária de inexistência de um negócio jurídico.

Pontes de Miranda não fala exatamente de transexualidade, mas assevera que caso ocorra uma operação ou tratamento que busque adequar o sexo de um dos cônjuges, no período entre a sua celebração e a propositura da ação declaratória, aquele casamento existe.

> "Se, durante o período que vai da celebração à propositura da ação declaratória, o que figurara como de sexo que não é o predominante se submete a operação ou tratamento que fixe sexo oposto ao do outro figurante, o casamento existiu e existe, pela consideração de que não era certo que um dos sexos não pudesse ser fixado, coincidindo ser contrário ao do outro figurante. Na ação declaratória, quer positiva quer negativa, somente pode ser alegado e provado que o sexo contrário ao do outro

[573] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 143-145.

> figurante já prepondera, e não que pode vir a preponderar. Todavia, o que alega a operabilidade ou o tratamento eficiente pode pedir que se marque prazo para a operação, ou o tratamento."[574]

Esta concepção de inexistência superveniente ante a redesignação sexual posterior ao casamento é afastada por José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco Ferreira Muniz, asseverando as consequências danosas que esta teoria causaria, sugerindo a criação de uma nova causa para a dissolução do casamento baseada neste fato[575], o que hoje já não se faz mais pertinente ante a nova realidade da extinção do vinculo matrimonial consignada na legislação vigente.

Por sua vez Jean Pineau sustenta que a alteração anatômica faria desaparecer um dos pressupostos de existência do casamento, o que ensejaria a caracterização de sua inexistência[576], havendo em território pátrio quem comungue da mesma ideia, asseverando que seria hipótese de inexistência do casamento apenas no caso de a alteração de sexo vir a ser reconhecida judicialmente na constância deste[577].

No entender de Carlos Roberto Gonçalves a realização do tratamento cirúrgico na constância do casamento faria desaparecer um dos requisitos de existência do casamento, contudo pontua decisão da Corte da cidade de Bochum em que se entendeu pela anulação por erro, refutando a alegação de inexistência

---

[574] Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. Tomo VII, São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 297.
[575] José Lamartine Correa de Oliveira, Francisco Ferreira Muniz *apud* Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 126.
[576] Jean Pineau *apud* Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 124.
[577] Débora Vanessa Caús Brandão. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: RT, 2002, p. 38.

por considerar irrelevante a operação, com base no princípio da imutabilidade sexual do ser humano[578].

Considerando, portanto, a concepção lógica de que a inexistência do ato jurídico se mostra presente deste a sua concepção (originária) é de se entender que esta não pode vir a ser caracterizada por causa superveniente, razão pela qual não se pode alegar ser inexistente o casamento em caso de transgenitalização do sujeito casado.

Não sendo causa de inexistência, é de se apreciar se o tratamento transexualizador pode ensejar a invalidação do casamento. A nulidade e a anulabilidade do matrimônio têm suas hipóteses expressamente consignadas na lei (arts. 1.548 e 1.550 do Código Civil respectivamente) e entre elas não há qualquer menção quanto ao fato de um dos conjuges vir a passar por qualquer sorte de tratamento médico.

Todavia ao se aferir os incisos que tratam da anulabilidade do casamento, é possível a inserção da realização de intervenções realizadas pelo transexual nas hipóteses ali consignadas. Admissível se asseverar a anulabilidade do casamento caso se entendesse ser a transexualidade (independentemente da operação) uma condição que precedia ao casamento (vez que ela sempre existiu), e desconhecida pelo outro cônjuge, caracterizando um erro quanto a identidade do outro cônjuge, nos termos do art. 1.556 e 1.557 do Código Civil.

Caso se sustente ser hipótese de invalidade do casamento, incluída no critério da anulabilidade, surgiria a necessidade de se considerar a questão temporal atrelada ao tema, havendo a determinação de prazo decadencial de 3 (três) anos, a

[578] Carlos Roberto Gonçalves. *Direito civil brasileiro. Volume 6: Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145.

contar da celebração do casamento (art. 1.560, III do Código Civil), para que o erro essencial quanto a pessoa do outro cônjuge seja arguido. Note-se que se o cônjuge passar pelo tratamento hormonocirurgico após 3 (três) anos da realizaçao do casamento não haverá a possibilidade de que o outro venha a se valer desta hipótese já que o prazo é contado da celebração do casamento e não da ocorrência ou conhecimento do fato que fundamenta o pleito de invalidação do casamento.

Quanto às figuras da separação ou divórcio, se ocorrerem de forma consensual ou por pleito de um dos cônjuges não haverá celeuma, vez que a estrutura vigente prescinde de comprovação de causa ou culpa para sua configuração, ante a possibilidade de mera alegação de insuportabilidade da manutenção de vida em comum. Por outro lado a questão que ganha reais contornos de dramaticidade quando pensada na modalidade compulsória, com a imposição da dissolução instantânea do casamento em decorrência da realização do processo transexualizador por parte de um dos cônjuges.

Inadmissivel se pensar numa figura de separação ou divórcio compulsório em decorrência da operação de adequação de gênero do casamento na constância, vez que estes institutos decorrem eminentemente de um ato volitivo dos cônjuges, sendo uma prerrogativa personalíssima deles e não uma imposição do ordenamento jurídico[579]. Elimar Szaniawski afirma que continuaria válido o casamento, mesmo com a realização da operação, caso esta tivesse ocorrido com o consentimento expresso do consorte[580].

Henri de Page afirma que ocorrendo a operação de mudança de sexo na constância do casamento a sua dissolução seria necessária, por meio de divórcio

[579] Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 538.
[580] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 124-125.

por mútuo consentimento ou por separação de fato, contudo sugere que seria adequado que se fixasse de forma expressa na lei a dissolução automática em caso de um dos cônjuges submeter-se a processo transgenitalizador na constância do casamento, consignando, por fim, ser mais adequado deixar esta decisão ao alvitre dos cônjuges[581]. Pensamento similar apresenta Elimar Szaniawski que propõe, *de lege ferenda*, que requisitada a mudança do estado sexual e do nome haveria o juiz de decretar o divórcio em procedimento incidental, no mesmo processo[582].

Para Tereza Rodrigues Vieira não se pode impor a dissolução do casamento caso um dos cônjuges venha a ser caracterizado como transexual, não sendo possível impedir que se mantenham vivendo maritalmente, em que pese entender que dificilmente as tendências transexuais se manifestem depois do casamento, defendendo ainda que a adequação do nome e sexo apenas deveria se dar após a dissolução do casamento[583].

Alain Bénabent sustenta que o dever de sinceridade tem que reinar no casamento, não sendo admissível a realização da operação sem o conhecimento do outro cônjuge, pois revelaria uma grave ofensa, dando ensejo ao pedido de divórcio motivado, baseado numa dissimulação, nos termos da legislação francesa[584], sendo que Fabrice Jugnet suscita o disposto no art. 190 do Código Civil francês que permite ao Ministério Público obrigar que os cônjuges se separem em certos casos de nulidade, em que se presumiria a existência de interesse público[585].

---

[581] Henri Page *apud* Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 227.
[582] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 126.
[583] Tereza Rodrigues Vieira. Transexualidade, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.423.
[584] Alain Bénabent *apud* Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 228.
[585] Fabrice Jugnet *apud* Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 228.

Não haveria a possibilidade, no ordenamento pátrio, de se exigir a dissolução do casamento caso tenha ocorrido a operação de mudança de sexo, tampouco haveria qualquer proibição para que se fundasse o pleito de divórcio neste fato, considerando que o texto legal não prevê a necessidade da apresentação de motivação para tal pedido.

Tereza Rodrigues Vieira conclui ainda que os cônjuges apenas devem se divorciar se assim desejarem, não cabendo ao Estado interferir na intimidade das pessoas, complementando que atualmente já se reconhece as uniões entre pessoas do mesmo sexo, sendo que "uma união heterossexual não pode diferir da homossexual"[586]. Todavia complementa afirmando que neste caso a manutenção da vida em comum do casal ficaria prejudicada, sendo oportuna a existência de uma causa de divórcio objetivo e bilateral[587] como proposta *de lege ferenda*.

O princípio da boa-fé é usado como lastro para a análise do tema por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, pois em seu entender o transexual casado que vier a conseguir a alteração da identidade civil há de informar a seu cônjuge acerca desta situação, sendo que, em caso de omissão, seria cabível a anulabilidade do casamento por erro essencial quanto a pessoa do outro cônjuge, sem eventual reparação por danos morais[588], indicando pensamento igualmente apresentado por Flávio Tartuce e José Fernando Simão, os quais afirmam ser questão de validade e enquanto aqueles de dissolução por divórcio.

Fato é que caso se venha a considerar o entendimento de que o que há de prevalecer é a identidade de gênero do sujeito, a alteração do sexo físico por meio da realização de um processo transgenitalizador não atingiria em nada aquele

[586] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 231.
[587] Tereza Rodrigues Vieira, op cit., p. 228 e 229.
[588] Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2011, p.209

casamento, e, caso o outro cônjuge não estivesse satisfeito com aquela situação, poderia requerer a dissolução do casamento.

É de se consignar que não se poderia exigir o fim compulsório da união estabelecida caso os nubentes queiram manter o casamento ou a união estável por eles estabelecida mesmo depois da realização da redesignação de sexo, por se entender que inexiste previsão legal fixando a dissolução automática nestas circunstâncias.

Importante se notar no âmbito internacional existem algumas considerações relevantes acerca do tema, sendo possível se iniciar com as recomendações do Conselho da Europa, que no relatório temático “Direitos humanos e identidade de gênero” orienta os estados membros a eliminar toda sorte de restrições ao casamento preexistente do transexual que tenha a mudança de gênero reconhecida.

> “6. Eliminar cualquier restricción al derecho de las personas transgénero a mantener un matrimonio preexistente después de lograr el reconocimiento del cambio de género;”

Analisando-se o consignado na legislação alienígena pode-se vislumbrar que o ordenamento alemão impedia a redesignação sexual de pessoa casada, sendo autorizada apenas para solteiras, em razão dos problemas de relacionamento com a prole, bem como a dificuldade de identificação daquele sujeito como sendo mãe ou pai[589], contudo o dispositivo que trazia tal exigência foi revogado (§ 8.1.2 da *Transsexuellengesetz - TSG*).

[589] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 338.

Ainda no direito alemão há previsão de que com o nascimento de filho do transexual até 300 dias após a sentença de adequação de prenome está tornar-se-á ineficaz, sendo a mesma solução para o caso dele vir a se casar.

> "§ 7 Unwirksamkeit
>
> (1) Die Entscheidung, durch welche die Vornamen des Antragstellers geändert worden sind, wird unwirksam, wenn
>
> 1. nach Ablauf von dreihundert Tagen nach der Rechtskraft der Entscheidung ein Kind des Antragstellers geboren wird, mit dem Tag der Geburt des Kindes, oder
>
> 2. bei einem nach Ablauf von dreihundert Tagen nach der Rechtskraft der Entscheidung geborenen Kind die Abstammung von dem Antragsteller anerkannt oder gerichtlich festgestellt wird, mit dem Tag, an dem die Anerkennung wirksam oder die Feststellung rechtskräftig wird, oder
>
> 3. der Antragsteller eine Ehe schließt, mit der Abgabe der Erklärung nach § 1310 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs."[590]

A legislação sueca apresenta como requisito para a autorização do requerimento de mudança de sexo que o interessando não tenha nenhuma união registrada, nos termos do § 3º da lei (1972:119) que trata da redesignação de sexo naquele país[591].

No direito belga, não havendo consenso entre os cônjuges acerca do divórcio por consentimento mútuo, caberá ao interessado aguardar o prazo legal para a ruptura pela separação de fato[592], não existindo, portanto, uma forma compulsória de dissolução, considerando que neste país não se vislumbra legislação específica

---

[590] § 7 ineficácia
(1) A decisão pela qual o nome do requerente ter sido alterado, é ineficaz, se
1 até 300 dias do transito em julgado, nascer um filho do requerente, ou
2 nascida após 300 dias após a decisão se tornar definitiva, a criança for reconhecida pelo requerente ou determinada a filiação por via judicial, no momento em que esta se tornar definitiva, ou
3 o requerente inclui um casamento, com a apresentação da declaração, nos termos do § 1310, Seção 1, do Código Civil.

[591] 3 § [...]
Ansökan får inte bifallas om sökanden är registrerad partner
Tradução:
3 § [...]
Os requerimentos podem ser rejeitados se o requerente é um parceiro registrado.

[592] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 228

sobre o tema, em que pese as decisões dos tribunais deferindo o pleito de mudança de sexo.

Já o ordenamento italiano autoriza mesmo o sujeito casado a realizar a operação de adequação sexual, sendo que a sentença de retificação dissolve automaticamente o casamento.

> "4. La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo. Essa provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso. Si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni."[593]

Esta questão foi objeto de análise pelo Tribunal de Modena, numa situação em que um oficial da prefeitura anulou o casamento de um sujeito que realizara a operação de mudança de sexo quando este foi regularizar seus documentos. Após a manutenção do casamento pelo tribunal de Modena, o Tribunal de Apelação de Bolonha impôs o divórcio[594], sendo no mesmo sentido a decisão do Tribunal Constitucional (14329/2013) em junho de 2013, baseada na Convenção Europeia de Direitos do Homem. É exatamente neste mesmo caminho que sugere Elimar Szaniawski que se estabeleça a legislação pátria[595], pontuando ainda que a doutrina francesa inclina-se no sentido de entender caracterizada uma nulidade absoluta o fato de o sujeito vir a adquirir o mesmo sexo morfológico que seu cônjuge, fato que segundo ele, na prática, seria equiparável à inexistência do casamento[596].

Ainda quanto a realidade francesa acerca do tema Daniel Borrillo pontual que caso seja pleiteado pelo cônjuge a dissolução do casamento, o divórcio será

[593] 4. A sentença de retificação de atribuição de sexo não possui efeito retroativo. Ela provoca a dissolução do casamento ou cessação de seus efeitos civis após a transcrição do casamento celebrado com rito religioso. Se aplica o disposto no Código Civil e da lei n. 898 de 1º de dezembro de 19070, e sucessivas modificações.

[594] Disponível em: http://archive.equal-jus.eu/883/1/Decreto_Corte_d'Appello.pdf. Acesso em: 31/01/2013.

[595] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 126.

[596] Elimar Szaniawski, op cit., p. 124.

decretado (ante a violação de deveres e obrigações do casamento). Todavia caso os cônjuges apresentem o desejo de manter o casamento se entenderia que, segundo a doutrina majoritária, a mudança de sexo teria tornado a "união caduca por falta de um elemento essencial de ordem pública: a diferença de sexos"[597].

O Reino Unido também permite a mudança de sexo de quem já for casado, contudo o transexual tem que requerer sua dissolução voluntária após o pleito, recebendo uma certidão provisória enquanto não o fizer, nos termos do art. 4 da Gender Recognition Act[598].

De se consignar que o anexo 2 da Gender Recognition Act estabelece alterações na legislação dos países que compõem o Reino Unido no que se refere à dissolução do casamento em razão da mudança de sexo, pontuando que na Inglaterra e em Gales haverá a anulação do matrimônio caso qualquer cônjuge

---

[597] Daniel Borrillo. O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei, *Meritum - Revista de direito da Universidade FUMEC* – v. 5, nº 2 (jul./dez. 2010) – Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2010, p. 302/303. Ressalta-se que tal posicionamento se apresenta antes da promulgação da legislação que autoriza o casamento entre pessoas do mesmo sexo na França.

[598] 4 Successful applications

(1) If a Gender Recognition Panel grants an application under section 1(1) it must issue a gender recognition certificate to the applicant.
(2) Unless the applicant is married, the certificate is to be a full gender recognition certificate.
(3) If the applicant is married, the certificate is to be an interim gender recognition certificate.
(4) Schedule 2 (annulment or dissolution of marriage after issue of interim gender recognition certificate) has effect.
(5) The Secretary of State may, after consulting the Scottish Ministers and the Department of Finance and Personnel in Northern Ireland, specify the content and form of gender recognition certificates.

Tradução:
4 Pedidos deferidos
(1) Se um tribunal de reconhecimento de gênero conceder um pedido com base na seção 1 (1), deve emitir um certificado de reconhecimento de género ao requerente.
(2) A menos que o requerente seja casado, o certificado deve ser um certificado de reconhecimento de gênero completo.
(3) Se o requerente for casado, o certificado deve ser um certificado de reconhecimento de género interino.
(4) Anexo 2 (anulação ou dissolução do casamento após a emissão do certificado de reconhecimento de género interino) tem efeito.
(5) O Secretário de Estado poderá, após consulta aos ministros escoceses e do Departamento de Finanças e Pessoal na Irlanda do Norte, especificar o conteúdo e a forma de certificados de reconhecimento de gênero.

obtenha um certificado provisório de mudança de gênero, sendo o mesmo fixado para a Irlanda do Norte, enquanto na Escócia será decretado o divórcio.

Nos Estados Unidos da América (EUA) onde casa estado tem a discricionariedade para legislar sobre a questão é interessante notar o que consigna a codificação do Estado da Louisiana (RS 40:62, item B) que determina que haja o acompanhamento do cônjuge em todo o processo de requisição de emissão de nova documentação ao transexual redesignado, havendo de ser parte da ação, ainda que não exista a expressa indicação de necessidade de autorização[599].

Ante ao todo exposto é de se entender que não se faz possível a imposição de uma inexistência superveniente ou mesmo o surgimento de uma nulidade ou anulabilidade, ou ainda a cominação de uma separação ou divórcio compulsório em caso de adequação sexual do indivíduo casado.

8.4 Poder familiar e guarda após a adequação do gênero

Inegavelmente a realização do processo transgenitalizador gera alterações drásticas na forma como o transexual passará a apresentar-se perante a sociedade como um todo, o que inclui, obrigatoriamente, também a sua apresentação perante a

[599] Revised Statute 40
PART II. BIRTH RECORD AFTER CHANGE IN SEX DESIGNATION
§62. Issuance of new birth certificate after anatomical change of sex by surgery
B. [...] In the event the petitioner is married, the spouse shall also be a necessary party to the suit.

Tradução:
Estatudo Revisado 40
PARTE II. Registro de nascimento após mudança na designação sexual
§62. Emissão de nova certidão de nascimento após mudança anatômica do sexo por cirurgia
B. [...] Caso o requerente seja casado, o cônjuge deve necessariamente ser parte no processo.

família, gerando uma mudança severa naquele referencial parental ordinariamente estabelecido, principalmente caso o sujeito tenha prole menor.

Há que se considerar, inicialmente, que a questão encerra em si uma séria contraposição de conceitos, colocando de um lado a proteção plena à criança e ao adolescente preconizada no texto constitucional, no Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, e de outro o preceito da dignidade da pessoa humana do transexual.

Inicialmente é de se entender que o simples fato de ter o transexual passado pelo processo de transgenitalização não é, por si só, motivo para que venha a gerar qualquer alteração no poder familiar ou mesmo na guarda que o operado exerça sobre seus filhos. Todavia a doutrina sustenta que a operação de mudança de sexo pode vir a dar ensejo à ocorrência de alguma situação caracterizadora de ato ilícito e, consequentemente, gerar a responsabilização civil do transexual (caso sua conduta venha a atingir a educação da prole) bem como gerar restrições ao direito de visitas[600].

No entanto, reitera-se que a princípio, o simples fato da realização do processo transexualizador por um dos genitores mantém inalterada sua condição em relação à prole, como pontua Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf[601] e Luiz Alberto David Araújo[602]. A sexualidade de cada pessoa é condição individual de cada um, fazendo parte de sua personalidade e protegida por lei, razão pela qual não pode ser usada como um parâmetro para determinar se o genitor reúne condições morais para exercer seus direitos e deveres em face do filho menor sob

[600] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 337.
[601] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 275.
[602] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 144.

seu poder familiar, sendo ainda inadmissível qualquer sorte de discriminação por este motivo[603].

Entretanto, pontua Maria Helena Diniz que para os filhos menores e adolescentes a situação da transgenitalização do pai fará com que tenham que encarar situações delicadas nos seus relacionamentos sociais que poderão causar danos de cunho emocional, bem como no pleno desenvolvimento de sua personalidade[604], ponto este também suscitado por Luiz Alberto David Araújo, que aduz ser possível até mesmo, nestes casos, restrição ao convívio, citando um caso ocorrido nos Estados Unidos da América (EUA)[605].

Porém entende-se que o transexual não pode ser penalizado de forma alguma por exercer seu direito de ir ao encontro de sua perfeita adequação no que se refere a sua identidade de gênero, com base na dignidade da pessoa humana e na busca da felicidade. Inúmeras outras situações relacionadas aos pais são usadas como fundamento de agressão social aos filhos e nem por isso os pais sofrerão qualquer alteração no exercício de seu poder familiar.

Uma operação plástica não é motivo para se alterar o poder familiar, guarda e visitas daquele genitor, como se dá também com o fato de vir a perder um membro, vir a precisar de cadeira de rodas ou bengala para se locomover, ou mesmo o fato de apresentar uma deformidade física em decorrência de um acidente. As vítimas de tais situações são protegidas pelo ordenamento, vez que qualquer discriminação ou ofensa oriunda de tais fatos, por parte de colegas e da sociedade, podem dar azo a responsabilização do agente.

---

[603] As causas para a suspensão e perda do poder familiar estão expressamente descritas no Código Civil, arts. 1.635 a 1.638.
[604] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 338.
[605] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 144.

Fato é que mesmo com uma série de princípios vinculados principalmente à figura da criança e adolescente, não se pode impor restrições aos pais, impedindo-os de realizar o processo transgenitalizador, sacrificando sua identidade e dignidade em face dos filhos, havendo de prevalecer a sua dignidade humana ante a proteção integral da criança e do adolescente, ainda que moralmente discutível por parcela da doutrina.

> "[...] não se pode pretender sacrificar a dignidade humana de pais e mães em prol dos filhos. É claro que os pais devem se dedicar à tarefa de garantir todas as condições de desenvolvimento físico e psicológico sadio a seus filhos, mas apenas na medida do que lhes for possível e apenas na medida em que não sejam sacrificados (literalmente) por isso – e, no presente caso, é notório o profundo sofrimento subjetivo de transexuais por força da dissociação de seu *sexo físico* relativamente ao seu *sexo psíquico*, que muitas vezes pode levar a depressões profundas e mesmo ao suicídio."[606]

Tal circunstância pode dar ensejo a uma situação deveras delicada em que o genitor haverá de ponderar entre o surgimento de eventuais consequências para os filhos e a sua adequação sexual, em embate de alta complexidade em que se terá de um lado a proteção do filho contra eventuais ofensas e preconceitos reflexos e de outro a sua própria existência como pessoa, vez que a transexualidade pode conduzir o sujeito a profunda depressão e ao suicídio. De se questionar se seria melhor permitir o transexual de passar pelo processo transexualizador e dar ensejo ao risco de eventuais agressões e ofensas a seus filhos ou impedir que o faça e acabar dando ensejo à morte do pai, ante ao elevado índice de tentativa de suicídio entre a população transexual[607].

---

[606] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. O direito do transexual com filhos à cirurgia de transgenitalização, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.458.

[607] Jaime M. Grant; Lisa A. Mottet; Justin Tanis; Jody L. Herman; Jack Harrison; Mara Keisling. *National Transgender Discrimination Survey Report on health and health care*. Washington, 2010, p. 1.

O fato é que toda e qualquer consequência traumática para a criança terá, de regra, um fundo preconceituoso imposto pela coletividade, sendo certo que é imprescindível que este tipo de pensamento discriminatório seja extirpado da sociedade, a fim de garantir ao transexual uma condição digna de vida e a seus filhos o direito de ter o pleno convívio com seus pais.

Relevante se notar que o transexual sofre preconceito, da mesma forma que ocorre com o homossexual, contudo não se vislumbra cabível, no atual Estado Democrático de Direito em que se encontra a sociedade brasileira, a viabilidade jurídica da propositura pleito judicial com o objetivo de privar o sujeito do contato com seus filhos menores por conta de sua orientação sexual. Se absurdo este pensamento face o homossexual também o será quando direcionado ao transexual.

De qualquer sorte, é de se consignar que, como bem ressalta Tereza Rodrigues Vieira, o fato de o sujeito ser transexual não significa que ele tenha uma conduta reprovável ou de depravação, sendo esta visão social decorrente da concepção equivocada de equiparação do transexual com o travesti, que em determinadas situações, se dedica à prostituição[608] o que, ressalta-se, por si só também não seria motivo para qualquer alteração quanto a guarda, visitas ou poder familiar.

Todavia se for constatado que o processo transgenitalizador gerou um trauma para a prole menor do transexual, considerando a imaturidade inerente à tenra idade, pode se pugnar pela prevalência do princípio da integral proteção do menor, determinando-se que a guarda seja exercida pelo outro ascendente[609], mas sem que isso venha a impedir o exercício do direito de visitas, que caso se mostre

[608] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 239.
[609] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. O direito do transexual com filhos à cirurgia de transgenitalização, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.459.

necessário, pode ser realizado mediante acompanhamento. Neste mesmo contexto é possível suscitar relato apresentado por Elimar Szaniawski, o qual traz caso colacionado por Aracy Klabin em que, nos EUA, professor transexual deveria ser afastado do convívio com os filhos por causar-lhes danos psicológicos[610].

Por outro lado, não se pode olvidar a possibilidade de que a realização da operação de mudança de sexo tenha por condão gerar uma reação no outro cônjuge e este venha a ensejar atos caracterizadores de alienação parental, com a atribuição de afirmações ofensivas contra o transexual que possam vir a atingir os laços de afetividade existente entre aquele pai e seu filho e que, uma vez configurada, poderá ensejar a aplicação das consequências estabelecidas para esta situação, como se explanará posteriormente.

De qualquer forma evidencia-se que a imposição ao transexual de não realizar o tratamento hormonocirurgico não fará com que ele seja mais ou menos transexual, cabendo à sociedade como um todo aceitar a diversidade e respeitar a pessoa humana, garantindo que se mantenha o convívio entre os genitores e sua prole. Qualquer restrição desta natureza caracterizar-se-ia como um absurdo, sendo a prevalência do preconceito, discriminação e intolerância da sociedade em detrimento dos laços divinos decorrentes da paternidade.

8.5 Parentesco sob a ótica dos direitos da personalidade

O parentesco é o vínculo que une duas pessoas pertencentes ao mesmo tronco familiar ou unidas em decorrência de determinação legal (casamento ou

[610] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 138.

união estável, adoção ou do afeto), com o poder de gerar benefícios ou restrições na esfera jurídica de cada pessoa. Este vínculo pode ser consanguíneo (ou natural) por apresentarem estes indivíduos a mesma origem genética, ou civil (ou por força de lei), como se dá nos casos do parentesco por afinidade (aquele que une uma pessoa aos parentes do seu cônjuge ou companheiro), adoção (inserção de uma pessoa na estrutura da família de outra como se ela lá tivesse nascido, mediante decisão judicial) ou por socioafetividade (reconhecimento de laços afetivos que vinculam duas pessoas, independentemente da existência de uma relação sanguíneo ou matrimonial/convivencial).

As relações de parentesco obedecem a critérios fixados na lei, sendo aferidas com base em linhas e graus, firmando-se que em linha reta não existe limitação ara o estabelecimento da relação familiar, enquanto na linha colateral, na qual se busca o parente comum em linha reta de ambos, há a limitação ao 4º grau por consanguinidade e ao 2º grau por afinidade.

As relações de parentesco podem suscitar discussões ante as questões vinculadas à definição da identidade de gênero e mesmo em face a realização do procedimento de redesignação sexual, conforme se passa a apreciar.

8.5.1 Filiação e as consequências do reconhecimento da identidade de gênero como direito da personalidade

O critério de parentesco mais elementar e base para a fixação de toda vinculação está na filiação, que se caracteriza pela relação parental em linha reta de primeiro grau, definido tanto por meios consanguíneos como civis (adoção).

De regra, toda pessoa quando da apreciação da filiação apresenta um pai e uma mãe, dentro da dicotomia clássica estabelecida, dando ensejo à dúvida acerca da adequação da denominação caso um dos genitores do sujeito venha a passar por uma operação de redesignação de sexo já tendo prole constituída. A situação é facilmente superada pela simples menção da expressão “genitores” nos documentos de identificação (não se cogitando a indicação do sexo ou identidade de gênero), hipótese em que se afastaria todo e qualquer ranço de preconceito e de posicionamento antagônico socialmente impostos.

Evidente é que o parentesco entre o transexual e sua prole não será em nada alterado em decorrência da realização de operação de transgenitalização, ainda que se possa afirmar a possibilidade do surgimento de um questionamento acerca da atual condição do genitor: pai ou mãe.

Luiz Alberto David Araújo pontua que a caracterização da transexualidade não geraria a necessidade de qualquer averbamento no nome dos genitores no assentamento civil do seu filho[611], no mesmo sentido que Patrícia Corrêa Sanches[612] e Elimar Szaniawski, que assevera

> “Continuarão seus assentos de nascimento imutáveis, constando serem filhos daquele pai e daquela mãe, portando, no assento de nascimento, o estado civil originário dos seus pais. A existência de redesignação de um dos pais não deverá aparecer jamais em qualquer documento do filho.”[613]

---

[611] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 143.
[612] Patrícia Corrêa Sanches. Mudança de nome e da identidade de gênero, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 438.
[613] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 138.

Tereza Rodrigues Vieira pontua que o Código de Registro Civil de Portugal (art. 69), o parágrafo 11 da lei alemã que trata da transexualidade e a legislação holandesa (art. 29, *d*, 2º) asseveram que a transexualidade não gera consequências para a filiação existente[614].

A única questão que poderia surgir, assim, é a eventual necessidade de se consignar o novo nome adotado por aquele genitor na certidão de nascimento e demais documentos dos filhos, em evento semelhante ao que ocorre em caso de alteração de nome dos pais ante ao casamento ou sua dissolução.

Neste sentido, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti assevera que pode se manter o registro na forma original vez que reflete a verdade da época, ou realizar a alteração do registro original para consignar a nova realidade, sendo que demonstra preferência pela segunda solução, pois caso contrário haverá dificuldades de identificação entre pai e filho, entendendo que exigir-se que carreguem consigo o mandado de averbação do registro civil de alteração do prenome e sexo como algo pouco prático e que se revelaria como passível de causar constrangimentos desnecessários[615].

No caso do intersexual a questão se faz mais simples, vez que haverá de ser entendida como um mero equívoco no nome atribuído ao genitor, sem maiores celeumas, cabendo a perfeita adequação documental.

Daniel Borrillo pontua que na França a retificação não gera consequências para a filiação, vez que a retificação da certidão de nascimento do transexual não goza de efeitos retroativos, razão pela qual pode permanecer inalterada a certidão originalmente expedida. Assim, não havendo alteração na documentação dos

---

[614] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 237.
[615] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. O direito do transexual com filhos à cirurgia de transgenitalização, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 459.

descendentes do transexual, não haverá qualquer menção com relação a tal situação, tampouco mudanças no que tange ao poder familiar[616].

Apesar da simplicidade que emana da questão da adequação do nome dos genitores nos documentos de identificação pessoal em caso de sua alteração em decorrência do reconhecimento da transexualidade ou da intersexualidade, outros elementos relacionados a filiação podem surgir desta situação, como a alienação parental, abandono familiar entre outros.

8.5.1.1 Alienação parental decorrente da adequação de gênero e a dignidade da pessoa humana

A alienação parental revela-se como uma atuação altamente reprovável em face de crianças e adolescentes, com o objetivo de tentar impedir o estabelecimento ou gerar a ruptura dos vínculos afetivos entre a criança e o adolescente e seus pais ou parentes. Trata-se de ato dotado de potencial lesivo nefasto, podendo em muitos casos dar ensejo ao surgimento da Síndrome da Alienação Parental, doença de cunho psicológico que apresenta consequências severas, sendo relatado até mesmo um considerável aumento no índice de suicídios entre aqueles diagnosticados com a síndrome.

A alienação parental revela uma conduta que tem por objetivo atingir os laços divinos decorrentes da relação de parentesco, mormente a mais sagrada estabelecida entre pais e filhos, podendo-se afirmar que constitui-se como uma

[616] Daniel Borrillo. O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei, *Meritum - Revista de direito da Universidade FUMEC* – v. 5, nº 2 (jul./dez. 2010) – Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2010, p. 304.

forma de maus-tratos e abuso infantil[617] que deve ser radicalmente combatida face a especial proteção a ser conferida à criança e ao adolescente nos termos da Constituição Federal (art. 227) e Estatuto da Criança e do Adolescente.

Há de se consignar que a concepção de alienação parental adotada no Brasil se mostra mais ampla do que aquela originalmente concebida por Richard Gardner vez que a expressão originalmente cunhada (*parental alienation syndrome* - síndrome da alienação parental) traz o vocábulo inglês *parental* que é relativo aos pais, não englobando outros parentes (avós, padrastos, madrastas, tios, etc) como é possível na estrutura adotada em território pátrio.

Muito comum se pontuar que a alienação parental é decorrente do término do matrimônio ou união estável dos genitores, contudo isso nem sempre confere com a realidade, haja vista que atualmente muitas crianças são filhas de pais que nunca tiveram qualquer tipo de relacionamento estável, e, ainda assim, nestas situações, a alienação parental pode se manifestar. Contudo é inquestionável que no mais das vezes a alienação parental decorre de um desejo de vingança de alguém magoado e que de maneira absolutamente inconsequente decide fazer da criança ou adolescente o meio para atingir o fim que busca[618].

A legislação vigente (Lei 12.318/10) fixa uma série de consequências para a alienação parental, que vão desde a imposição de multa pecuniária até mesmo a troca da guarda do filho, a fim de evitar a incidência ou continuidade da alienação parental, sendo certo que é de se entender que o Código Civil já traz consequência mais severa para casos em que os pais praticam atos atentatórios aos bons

---

[617] Jorge Trindade. Síndrome de alienação parental, *Incesto e alienação parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 24.

[618] Rodrigo da Cunha Pereira. Alienação parental: uma inversão da relação sujeito objeto, *Incesto e alienação parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 32.

costumes em face do filho, como a perda do poder familiar (arts. 1.635 a 1.638). Evidente que a aplicação da Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/10) tem grande relevância para os casos em que a alienação parental não é praticada pelos pais, vez que estes agentes não podem ser atacados com a perda do poder familiar, sendo necessária a projeção de consequências para tais circunstâncias.

Segundo se vislumbra do texto da Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/10) é de se entender que a criança ou adolescente é sempre a vítima dos atos de alienação parental (art. 3º), contudo a atuação neste sentido pode romper os laços de afinidade e afetividade não só com relação aos genitores, mas também com avós, novos cônjuges ou companheiros do genitor, tios e demais parentes que tenham contato com o ele, mediante uma campanha de desmoralização destes.

De qualquer sorte a identidade de gênero dos genitores ou de qualquer outra pessoa da família que tenha laços afetivos estabelecidos com a criança ou adolescente é fator que pode ser motivador para atos de alienação parental, em manifesta ofensa à integridade psicológica da criança ou do adolescente.

Qualquer ato que tenha por objetivo atingir o vínculo entre a criança ou adolescente e seus parentes, rompendo ou impedindo o surgimento de laços naturais de afeto pode configurar a alienação parental, vez que o rol indicado no art. 2º da Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/10) é meramente exemplificativo.

Relevante notar-se a gravidade da alienação parental pode dar ensejo à Síndrome da Alienação Parental, situação indicada inicialmente por Richard Gardner em 1985, constatando as consequências psicológicas naqueles que haviam sofrido com a prática de atos objetivando gerar o afastamento ou impedir a aproximação de crianças e adolescentes com algum de seus genitores, mediante atos de ofensa à integridade moral daquela pessoa.

A constatação de atos de alienação parental permite ao magistrado a imposição de uma série de sanções ao agente de tal ofensa, que vão da imposição de pena pecuniária, admoestação, ampliação do regime de visitação em favor do ofendido e até mesmo alteração da guarda (art. 6º da Lei da Alienação Parental – Lei 12.318/10).

Importante, todavia, se reiterar que mesmo antes da vigência da Lei da Alienação Parental (lei 12.318/10) o Código Civil já apenava com a possibilidade de perda do poder familiar o genitor que praticasse atos contrários à moral e aos bons costumes, como podem se caracterizar inúmeros atos relacionados à alienação parental, nos termos do disposto no art. 1.638, III.

Considerando o melhor interesse da criança e do adolescente e a garantia de convivência com a família natural em sua plenitude, não se pode permitir que nenhum elemento seja o mote para a prática de alienação parental, mormente ante as consequências que tal atuação pode gerar.

Ainda importante ressaltar que a caracterização da alienação parental pode dar ensejo ao dever de indenizar por parte do alienador, ante ao abalo psicológico que este pode causar tanto na criança ou adolescente quanto em face ao alienado, sendo certo que nestas situações não há a necessidade da comprovação de culpa[619].

Não se pode admitir que os pais, sob qualquer argumento, venham a praticar atos de alienação parental, prevalecendo o melhor interesse da criança e do adolescente, garantindo a proteção à integridade psicológica dos filhos, como também pelo princípio da solidariedade que deve reger as relações familiares.

---

[619] Rodrigo da Cunha Pereira. Alienação parental: uma inversão da relação sujeito objeto, *Incesto e alienação parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 39.

A constatação de que o genitor ou outro parente seja intersexual ou transexual, e mesmo que tenha passado pelo processo de transgenitalização bem como todos os outros procedimentos a fim de adequar sua identidade de gênero não pode conferir o direito de denegrir a imagem do outro, ou valer-se desta situação para tentar romper os vínculos entre aqueles que por natureza o tem, ou que o construíram com o passar do tempo ante a demonstração de carinho e afeto.

8.5.1.2 Maus tratos, abandono afetivo e *bullying* familiar decorrente da identidade de gênero dissonante constatada em crianças e adolescentes

Quanto mais cedo se der o diagnóstico da transexualidade antes será possível se dar inícios à prática de medidas pertinentes à atenção de sua condição, reiterando-se que o tratamento realizado com a maior breviedade possível tem condições de surtir melhores efeitos e evitar danos mais profundos.

Em que pese este efetivo benefício decorrente do pronto diagnóstico é bastante comum que o sujeito venha a sentir mais precocemente as afrontas daí decorrentes, com a marginalização de seus direitos da personalidade em face de sua identidade de gênero, forçando-o a enquadrar-se na heterossexualidade que estabelecida pela heteronormatividade vigente.

A realidade do transexual se reveste de contornos peculiares, pois é de se notar com ele não se dá o que ordinariamente acontece, vez que em toda sorte de situação em que o sujeito se encontra enquadrado como uma minoria ele goza do apoio da família, um respaldo imprescindível para que possa seguir em frente.No caso das minorias sexuais os primeiros reflexos da discriminação emanam

exatamente dentro do seio familiar, o que se reveste de uma lesividade potencializada.

Constatada a ausência da normalidade sexual esperada pela família o sujeito passa a ser vítima de uma série de situações, que vão desde agressões (físicas e morais), encaminhamento compulsório para os mais diversos tipos de tentativas de "cura", expurgo sumário do convívio familiar e mesmo homicídio[620]. Inegável que os reflexos dessa situação gerarão uma marca indelével nesta pessoa, principalmente enquanto na condição de criança ou adolescente, período em que toda a sua personalidade é moldada.

A não adequação ao padrão socialmente imposto e esperado pode fazer com que no seio familiar se estabeleça uma série de ofensas contra o transexual, como também em face do intersexual, sendo recorrente a existência de casos de maus-tratos, *bullying* familiar e abandono afetivo[621] decorrente da incompreensão quanto a situação vivenciada por aquela pessoa.

No caso dos maus tratos, além das consequências penais possíveis de serem impostas, é de se entender que tal situação pode vir a dar azo à suspensão ou mesmo à perda do poder familiar quando os pais forem agente das ofensas, nos termos do que se pode aferir dos arts. 1.635 e seguintes do Código Civil.

Quando estes atos são praticados por outros familiares que não os pais não há como se pensar em consequências vinculadas ao poder familiar, cabendo a responsabilidade civil do agente, nos termos dispostos no art. 186 e 927 do Código

[620] Luiz Mott. Raízes persistentes da homofobia no Brasil, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p.177.
[621] O filme *Ma vie en rose* (Alain Berliner, 1987) apresenta um retrato sobre esta questão.

Civil[622]. Complexo, contudo, se dá quando o agente familiar das ofensas é outra criança ou adolescente (irmão, por exemplo), hipótese em que a responsabilidade civil, no aspecto patrimonial, será do mesmo representante legal do ofendido. Fato é, contudo, que dentro do ambiente familiar cabe aos pais, por meio de seus direitos e deveres decorrentes do poder familiar, garantir o desenvolvimento harmônico entre os filhos, sendo, mais uma vez, sua inépcia na condução deste mister passível de suspensão ou perda do poder familiar.

Reitera-se que o cerne desta conduta discriminatória contra a criança e o adolescente está na ignorância da população acerca da realidade vinculada às questões de identidade de gênero, havendo a ilusão de que se trata de uma mera vontade da pessoa a condição que ela apresenta e que a imposição de dor, de castigos físicos e outros meios punitivos pode "curar" ou "consertar" aquele desvio apresentado.

Outra consequência é a figura do *bullying*, que pode ser entendido como o ato de intimidar alguém no contexto do local em que a pessoa desenvolva suas atividades cotidianas, ou como pontua Flávio Tartuce, "em um ambiente de convivência" [623], tendo como vítimas mais ordinária crianças e adolescentes, em um contexto já bastante antigo e conhecido, ao qual, atualmente, se conferiu um novo nome.

No presente âmbito tem-se uma modalidade ainda mais nociva que a tradicional, vez que originado na base familiar do sujeito em decorrência de sua

[622] As condenações por atos discriminatórios em decorrência da sexualidade no seio familiar começam a ganhar corpo, podendo-se exemplificar com a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que condenou o padrasto ao pagamento de indenização por danos morais por atos discriminatórios contra o enteado em decorrência de sua homossexualidade (TJSP, 9ª Cam. de Direito Privado, Apelação nº 00329-75.209.8.26.073, Rel. Desembargador Piva Rodrigues, j. 05.08.2014).

[623] Flávio Tartuce. A responsabilidade civil dos pais pelos filhos e o bullying, *Família e responsabilidade: Teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 274.

identidade de gênero, ignorando-se sumariamente a garantia constitucional de proteção especial que se destina à criança e ao adolescente (art. 227). Qualquer forma de *bullying* se reveste de efetivo potencial lesivo, contudo quando esta prática se verifica no âmbito da família ela se mostra ainda mais danosa e nociva, pois é exatamente ai onde se procura, inicialmente, guarida com base nos elementos nucleares da estrutura familiar (amor, carinho, respeito, valorização)[624].

Evidente que a configuração de tais práticas pode ensejar uma série de consequências para os familiares que o praticaram. Se tais atos forem realizados pelos pais pode dar ensejo até mesmo à perda do poder familiar (art. 1.638 do Código Civil), contudo o problema se constata a partir do momento em que tais atos não são praticados por aqueles que são detentores de poder familiar, situação em que não se tem a perda do poder familiar como consequência a refrear atitudes indevidas ou sancionar a prática de tais atos. Nestas circunstancias há de se pensar mesmo no afastamento compulsório dos agentes de tais atos do convívio com a criança ou adolescente que tem sua identidade de gênero desrespeitada, além de responsabilização civil ante a eventuais danos morais e materiais.

Aqueles estudantes que não se adequam aos esteriótipos clássicos dos gêneros acabam, por vezes, tendo o seu direito de acesso à educação cerceado, seja por conta do *bullying* ou preconceito sofrido, seja em razão de sua expulsão da escola[625], em evidente violação aos direitos da personalidade, bem como a inúmeros preceitos e garantias constitucionais (acesso à educação, dignidade da pessoa humana, igualdade, entre outros).

---

[624] Valéria Silva Galdino Cardin; Fernanda Moreira Benevenuto. Do bullying ao transexual no seio familiar como violência velada: uma afronta à dignidade da pessoa humana, *Biodireito – CONPEDI/UNICURITIBA*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 14.

[625] David Brown. Making room for sexual orientation and gender identity in international human rights law: an introduction to the Yogyakarta principles. *Michigan Journal of International Law*. 31:821-879, 2010, p. 830 e 831.

Bastante recorrente ainda a situação dos pais que abandonam à própria sorte os filhos que não se enquadram na concepção ordinária de “normalidade”, dando ensejo ao que se nomina atualmente de abandono afetivo ou abandono paterno-filial, ato que ofende frontalmente o dever de solidariedade, dignidade da pessoa humana, paternidade responsável e do melhor interesse do menor[626].

A questão se mostrou bastante controvertida, baseando-se num entendimento de que não haveria o dever jurídico de amar, contudo, como bem pondera Rodrigo da Cunha Pereira, a ausência do amor não “exclui a necessidade e obrigação dos pais com o cuidado e a educação, a responsabilidade, a presença e a imposição de limites”[627].

O Superior Tribunal de Justiça entendeu, num dado momento, não ser possível se exigir o amor, contudo o posicionamento atual, consignado no *Informativo n. 496* da mesma Corte[628], estabeleceu o dever de indenização por danos morais, reconhecendo o cuidado com relação aos filhos como um valor jurídico, repesentando a “concretização jurídica dos princípios da dignidade e da solidariedade; sem perder de vista a função psicológica que deve ter a responsabilidade civil”[629].

> “[...] Abandono afetivo é o não exercício da função de pai ou mae, ou de filho em relação aos seus pais idosos. O exercício deste dever de assistência para com o outro éuma impsoição jurídica e o seu descumprimento caracteriza um ato ilícito, podendo ser fato gerador de reparação civil.” [630]

---

[626] Rodrigo da Cunha Pereira. Alienação parental: uma inversão da relação sujeito objeto, *Incesto e alienação parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 34.
[627] Rodrigo da Cunha Pereira, op cit, p. 34 e 35.
[628] STJ, REsp. 1159242/SP, 3ª Turma, j. 24.04.2012, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 10.052012.
[629] Flávio Tartuce; José Fernando Simão. *Direito Civil, 5: Direito de família*. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 12.
[630] Rodrigo da Cunha Pereira, op cit., p. 34.

Evidente que todos estes atos além de uma manifesta afronta aos princípios mais básicos do ordenamento jurídico pátrio, como a proteção à dignidade da pessoa humana e a garantia da igualdade, atinge ainda um elemento mais específico que é o da especial proteção aos interesses da criança e do adolescente consignado no art. 227 da Constituição Federal.

Desta forma fica evidente que crianças e adolescentes podem ser vítimas de inúmeros ataques que podem atingir a sua higidez físico-psicológica em decorrência da sua identidade de gênero, havendo de se resguardar sua integridade a fim de garantir o seu perfeito desenvolvimento, em atenção à determinação constitucional que lhes garante especial proteção do Estado.

8.5.1.3 Direto à identidade parental dos filhos de transexuais

A relação parental com o transexual, principalmente face ao critério da filiação é tema pertinente ao desenvolvimento do presente trabalho, seja no que se refere ao reconhecimento ou à investigação de paternidade/maternidade, as quais têm por objetivo estabelecer a existência da relação de parentesco em linha reta de 1º grau entre duas pessoas, situação em que a caracterização da identidade sexual do sujeito pode vir a ser elemento relevante.

Inicialmente, por óbvio, tem-se que o indicativo, na certidão de nascimento, do sexo do genitor é irrelevante para a caracterização da paternidade, havendo este de ser tratado mesmo na forma genérica (genitores), e não em suas espécies (pai ou mãe), vez que o objetivo é apenas indicar a origem familiar da pessoa e não se questionar a sexualidade de seus genitores. De se notar, contudo, que ainda que se

tenha a sexualidade como elemento absolutamente dispensável, a legislação vigente ao estabelecer os critérios para a fixação da filiação apenas trata da questão sob o prisma da investigação de quem seja o genitor masculino, vincunlado-se ao preceito já superado de que a mãe é sempre certa e o pai incerto (*mater semper certa est*), havendo ainda a fixação de critérios de presunção com relação a quem seja o pai quando o nascimento se dá na constância de um casamento (*pater est quem nuptiae demonstrant*), conforme dispõe o art. 1.597 do Código Civil.

Atualmente, ante as modalidades de reprodução assistida[631] e as inúmeras mudanças da sociedade, não há mais como prevalecer o adágio romano, não sendo mais pertinente se estabelecer posicionamento distintivo entre a investigação de paternidade e de maternidade, cabendo apenas a concepção da primeira hipótese, entendendo-se o termo paternidade em seu sentido genérico de pais, e não apenas na acepção de genitor do sexo masculino.

De outro lado é de se pontuar que a condição de genitor do sujeito não será alterada ante a sua identidade de gênero, vez que na fixação da paternidade é irrelevante a condição masculina ou feminina, já que a responsabilidade dos pais é idêntica, mormente com a prevalência atual da isonomia entre os genitores, nos termos do art. 226 da Constituição Federal e art. 1.630 e seguintes do Código Civil, além de outros dispositivos em legislações esparsas, como o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim a propositura de ação de investigação de paternidade (em sentido amplo) não encontra nenhum obstáculo na sexualidade dos genitores, não sendo a transexualidade do genitor fato que possa de qualquer maneira influenciar no

---

[631] Roberto Senise Lisboa. *Manual de Direito Civil: Direito de família e sucessões*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 281.

desfecho do pleito, independentemente da realização do processo de transgenitalização ou da adequação registral de seu nome e gênero. Desta forma, fica claro ser inócua qualquer tentativa de valer-se, em sede de defesa, da alegação de que não pode ser pai (genitor masculino) pois consta em seus documentos se tratar de uma mulher (redesignada), nem mesmo o contrário, pois neste tipo de hipótese o que valeria seria a condição original do sujeito, com prevalência de vinculação genética em relação ao filho.

Não se olvida aqui que a questão do reconhecimento da paternidade deve ainda considerar a figura do consentimento do filho reconhecido, imprescindível no caso de maiores, sendo ainda que o reconhecimento pode ser impugnado pelo menor no prazo de 4 (quatro) anos a contar da maioridade civil (art. 1.614 do Código Civil), fator que revela uma mudança no parâmetro outrora vigente, vinculando a filiação exclusivamente a preceitos biológicos. Ressalta-se que a possibilidade de impugnação reconhecimento por parte de filho não retira do reconhecimento da paternidade o caráter de unilateral, podendo ser considerado como um "ato unilateral receptício, que apenas depende da recepção da outra parte, até porque o ato de reconhecimento é o que predomina nessas hipóteses"[632].

Ocorre que a legislação não determina expressamente quais seriam os motivos pelos quais o filho poderia negar consentimento ao reconhecimento, tampouco quais hipóteses permitiriam ao menor impugná-lo após atingir a maioridade, o que dá azo à possibilidade de que a condição transexual do genitor seja causa para tal ato, situação em que se poderia suscitar a figura de uma eventual discriminação, além de consequências de cunho sucessório.

---

[632] Flávio Tartuce; José Fernando Simão. *Direito Civil, 5: Direito de família*. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 352.

Neste sentido é interessante notar que a legislação estrangeira prevê que o processo transexualizador e de alteração do registro do indivíduo transexual tem efeitos constitutivos, sendo mantidas as obrigações prévias à alteração, não sendo, portanto, obstáculo para a promoção da ação de investigação de paternidade/maternidade, vez que pleiteada com base no sexo originário do possível genitor, como o faz a legislação espanhola em seu artigo 5º [633] e a argentina no 7º [634].

Fato é que a condição de genitor independe da identidade de gênero do sujeito que deve arcar com todas as responsabilidades decorrentes de sua condição de ascendente e detentor do poder familiar (no caso de criança ou adolescente), não havendo uma eventual transexualidade ser motivo para qualquer sorte de obstáculo para a verificação da paternidade.

8.5.1.4 O direito à procriação e à doação de material genético por parte do transexual como direito da personalidade

[633] Lei 3/2007 (Espanha)
Artículo 5. Efectos.
1. La resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil.
2. La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición.
3. El cambio de sexo y nombre acordado no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral.

[634] Lei 26.743/2012 (Argentina)
ARTICULO 7° — Efectos. Los efectos de la rectificación del sexo y el/los nombre/s de pila, realizados en virtud de la presente ley serán oponibles a terceros desde el momento de su inscripción en el/los registro/s.
La rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables, incluida la adopción.
En todos los casos será relevante el número de documento nacional de identidad de la persona, por sobre el nombre de pila o apariencia morfológica de la persona

A paternidade, em seu sentido genérico, é vista por muitos como um objetivo de vida, um sonho e até mesmo como uma forma de manter-se vivo após a morte, através de sua descendência. Pode-se sustentar que tal interesse é algo natural ao ser humano, como uma forma de manutenção da espécie, sendo que a vontade de ter filhos independe da condição sexual ou identidade de gênero da pessoa.

Todavia, por questões das mais variadas matizes, nem sempre a pessoa reúne condições de procriar pelas vias ordinárias, necessitando de um auxílio científico a fim de viabilizar este desejo. A reprodução humana que não se mostrasse plenamente respaldada nas vias naturais era vista como objeto de ficção científica, sendo que se tornou realidade em 1978, quando nasceu, na Inglaterra Louise Joy Brown, o primeiro bebê de proveta decorrente da técnica de fertilização *in vitro*[635].

Na sociedade atual a reprodução assistida é uma realidade à qual a legislação não pode ignorar, carecendo de uma estruturação legislativa que possa permitir sua utilização de forma plena. Ocorre que o legislador pátrio praticamente ignora a existência das evoluções cientificas e todos os desdobramentos decorrentes da reprodução artificial, tocando no tema de maneira incipiente apenas quando trata da presunção de paternidade dentro do matrimônio (art. 1.597 do Código Civil).

A reprodução assistida é tema bastante delicado, trazendo no seu bojo uma série de celeumas históricas em sua modalidade ordinária lastreada na heteronormatividade vigente, sendo ainda mais complexa a sua apreciação em casos em que a discussão acerca da identidade de gênero também se faz presente, considerando a ausência de legislação acerca do tema. De se notar que a

[635] Ana Cláudia S. Scalquette. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

reprodução assistida é uma das poucas soluções que restam aos transexuais e intersexuais que buscam a paternidade, vez que no mais das vezes não reúnem condições de procriação pelas vias ordinárias ante a natureza da questão que enfrentam[636].

O Conselho Federal de Medicina (CFM) tem se dedicado à apreciação do tema (lembrando-se sempre que suas resoluções não se revestem de força legislativa, vinculando apenas os profissionais da área médica e não a população como um todo), trazendo a Resolução 2.013/13, de 09 de maio de 2.013, tratando da reprodução assistida e revogando a Resolução 1.957/10, ressaltando-se que a sua gênese está intimamente ligada ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união homossexual estável (o texto revogado não fazia qualquer menção a orientação sexual ou estado civil).

Nesta resolução o Conselho Federal de Medicina (CFM) assevera expressamente que as técnicas de reprodução assistida podem beneficiar qualquer pessoa, ainda que solteira ou em relacionamento homoafetivo, conforme dispõe o item II, 2[637], sem qualquer menção à questão da identidade de gênero, apenas de orientação sexual.

Ao lado da adoção, a questão da reprodução assistida cresce em importância na sociedade moderna, e está intimamente ligada a um interesse natural do ser humano, qual seja a perpetuação da espécie respaldada pelo direito de procriar, o qual ganha contornos mais fortes em se considerando aqueles que não podem ter filhos pelos meios ordinários. Elimar Szaniawski pugna pelo “direito à procriação do

[636] Caso que ganhou notoriedade acerca do tema ocorreu na Argentina, onde um transexual masculino (FTM) deu a luz ao filho. http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2013/12/19/transexual-homem-da-a-luz-a-uma-menina-na-argentina.htm. Acesso em 05.jun.2014.

[637] 2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

ser humano", que consistiria numa projeção da personalidade humana, decorrente do direito da personalidade, surgindo daí um direito subjetivo de procriar[638], desdobramento do direito à parentalidade.

De qualquer sorte é de se entender que prevalece no atual ordenamento a regra de que a mãe seria aquela que deu a luz à criança (*mater semper certa est*), contudo esta concepção não pode ser admitida no caso da gestação de substituição, também conhecida como barriga de aluguel, situação em que haverá de prevalecer o estabelecido entre as partes, havendo de se considerar aquela que solicitou a substituição como a mãe, ainda que a legislação brasileira não trate do tema frontalmente.

Ante a ausência de legislação pertinente ao tema pode-se suscitar, de forma geral, uma série de questionamentos, como se haverá a prevalência da questão biológica, cromossômica, contratual ou afetiva para a definição da parentalidade, bem como as consequências decorrentes dessa definição (poder familiar, parentesco, direito a guarda e visitas, dever de alimentar, direitos hereditários)[639].

Neste contexto é possível se conceber a ideia de que o transexual venha a extrair espermatozoides ou óvulos antes da realização da intervenção cirúrgica, com o objetivo de posteriormente ter a experiência de ter um filho, ainda que valendo-se de inseminação artificial para tanto, seja na modalidade homóloga (valendo-se de espermatozóide e óvulo dos futuros pais) ou heteróloga (utilizando de ao menos um parte de material genético alheio).

---

[638] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 140-143.

[639] Leandro Reinaldo da Cunha. Terezinha Domingos de Oliveira. Reprodução humana assistida: a resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM), *Revista de Direito Brasileiro* ano 3, vol. 6. Set./Dez. 2013.

O Código Civil vigente, como já asseverado, pouco trata da questão da inseminação artificial, o fazendo apenas ao tratar da presunção de paternidade de filhos nascidos em decorrência de casamento, nos termos do art. 1.597. A legislação estabelece que se presumem nascidos na constância do casamento os filhos nascidos por fecundação artificial homologa, mesmo que falecido o marido ou quando se tratar de embriões excedentários (a qualquer tempo), ou no caso da heteróloga, mediante autorização prévia do marido.

Evidente que a parca atenção dispensada pelo legislador ao tema não tem condições de atender a todas as nuances relacionadas ao tema, dando azo ao surgimento de lacunas legislativas que colocam em risco a segurança jurídica, e contrapõe o direito de família com o direito contratual.

Assim, se o tema não encontra respaldo legislativo suficiente na sua modalidade mais ordinária, a situação é ainda mais precária no que tange a sua incidência relacionada ao transexual. Elimar Szaniawski tece uma série de considerações acerca da inseminação artificial, questionando até mesmo a possibilidade da sua realização na modalidade heteróloga por mullher solteira, separada ou viúva, sob a alegação que neste caso a criança não encontraria uma família estruturada ao nascer, mas acrescenta que não vislumbra qualquer vedação à sua realização por parte de transexual casado ou que viva em uma união livre e estável, desde que seja na modalidade heteróloga, consignando entender que “a pretensão de certos transexuais redesignados, de tentarem por todos os meios e formas atingir a maternidade ou a paternidade, não passa de excesso de egoísmo e

de vedetismo exibicionista", e finaliza pontuando entender que a solução mais justa e adequada seria a adoção[640].

Em que pese o posicionamento adotado pelo referido autor, é de se questionar se, ainda que correto no seu entendimento, os motivos que levam à procriação são relevantes no caso dos transexuais, quando não são objeto de discussão quando em outras circunstâncias. Quando muito a doutrina afirma que seria necessária a existência de problema médico que impedisse ou contraindicasse a gestação pela própria mãe, como uma forma de impedir uma gestação de alguém que apenas não queira sofrer os incômodos e as modificações estéticas da gravidez[641].

A existência de uma família estruturada nos moldes tradicionais já não é mais um obstáculo para a concepção, haja vista a realidade social vivenciada na atualidade, podendo-se mesmo consignar que a existência de carinho, amor e responsabilidade por parte dos genitores é elemento muito mais relevante do que estrutura familiar.

De se notar que Álvaro Villaça Azevedo posiciona-se entendendo cabível em caso de transexualidade apenas a inseminação artificial homóloga, por entender que a modalidade heteróloga seria contrária à legislação vigente e os fundamentos do direito natural[642]. Numa hipótese bastante específica é possível se conceber a ideia de uma inseminação artificial homóloga de transexuais, caso ambos tenham mudado de sexo (situação que apesar de rara apresenta inúmeros relatos) e tenham realização a coleta do material genético antes do processo de transgenitalização.

---

[640] Elimar Szaniawski. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 152-156.
[641] Ana Cláudia S. Scalquette. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197-198.
[642] Álvaro Villaça Azevedo. *Ética, direito e reprodução assistida*, RT 729/43-51, 1996.

Ainda dentro da perspectiva do parentesco atualmente vem ganhando corpo a discussão acerca da reprodução *post mortem*, através da inseminação artificial. Trata-se de tema que se reveste de relevância técnica e complexidade extrema, mas que também não recebeu ainda o devido cuidado do legislador como anteriormente mencionado.

Falecendo o sujeito e deixando material genético com condições de permitir a fecundação extra-corpórea, sua identidade de gênero não deve ser elemento a ser avaliado para determinar ou não a produção de um embrião e consequente inseminação artificial, vez que o mesmo pode ser dito caso o falecido já tenha embriões produzidos quando do seu falecimento.

A referida questão tem o condão de gerar inúmeras discussões acerca de suas consequências e eventuais direitos por parte deste material genético ou embrião caso venha a se efetivar como um ser humano[643], sendo certo que esta discussão haverá de passar ao largo da identidade de gênero daquele que ofereceu o material genético.

No contexto latino-americano há de se consignar a *Red LARA* (Rede latino-americana de reprodução assistida), organismo científico supranacional que elaborou em 1995 (sem que tenha recebido qualquer atualização desde então), o "acordo latino-americano em aspectos éticos-legais relativos às técnicas de reprodução assistida", o qual manifesta-se expressamente no sentido de que as técnicas de reprodução assistida sejam destinadas a casais heterossexuais[644].

---

[643] Flávio Tartuce; José Fernando Simão. *Direito Civil, 5: Direito de família*. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 337-350.

[644] Jorge Alberto Álvarez Díaz. Reproduccion asistida para minorias sexuales, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p.258 e 259.

Neste contexto a legislação espanhola assevera que o anonimato protegerá, de regra, o doador de material genético, fazendo com que a sua mudança de sexo não tenha qualquer relevância, contudo se a doação for realizada por transexual casado ou que viva em união estável para a realização de fecundação *post mortem* caberá ao filho a utilização do nome do doador[645].

A Lei 3/2007 concede direitos civis básicos e viabiliza plena inserção social e constituição de família, vez que o art. 5, 2 os torna aptos ao exercício de todos os direitos inerentes a sua nova condição, sendo que a reprodução assistida vem regulada pela lei 14/2006 de 26 de maio[646].

> **"Artículo 7. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.**
>
> 1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.
>
> 2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.
>
> 3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido."

Na França a questão da inseminação artificial, denominada de PMA (*procréation médicalement assistée* – reprodução medicamente assistida) é prevista no Código Civil daquele país (art. 311-19 e 311-20) e aduz que quando esta inseminação tiver a doação de material de terceiros este estará protegido pela confidencialidade, e com ele não se poderá estabelecer qualquer parentesco, decorrendo de consentimento do cônjuge ou companheiro, sem que o texto trate expressamente da sexualidade de quem quer que seja.

---

[645] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 275.

[646] Carlos Alberto Dabus Maluf; Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 448 e 449.

Porém, como o texto francês falava em casamento ou concubinato (equivalente à ideia de união estável no Brasil), o que requeria a diversidade sexual prevista para tanto na legislação francesa para o casamento, mas não requerida para o concubinato (art. 515-8 do Código Civil francês). De se consignar, porém, que a doutrina francesa não se mostrava pacificada com relação ao tema, sendo que Daniel Borillo assevera que ainda que seja possível se pensar na adoção por parte do transexual ele não tem acesso às técnicas de reprodução artificial, vez que a legislação é destinada a casais heterossexuais estéreis[647]. Todavia atualmente, a questão da diversidade de sexo se mostra superada em território francês ante a legislação denominada de “Mariage pour tous” (Lei 404 de 17 de maio de 2013), a qual permite o casamento de pessoas do mesmo sexo.

Assim evidencia-se que inexiste no ordenamento jurídico pátrio qualquer obstáculo para que os transexuais tenham acesso aos meios de reprodução assistida, seja na modalidade homóloga, seja na heteróloga, sendo que a imposição de restrições pode configurar uma manifesta ofensa aos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

8.5.2 Adoção e identidade de gênero sob a perspectiva dos direitos da personalidade

A adoção como modalidade civil de estabelecimento de parentesco, por meio da qual, mediante autorização judicial, alguém passa a ser considerado filho de outra pessoa e vem a fazer parte da família como se lá tivesse nascido, sem que se

[647] Daniel Borrillo. O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei, *Meritum - Revista de direito da Universidade FUMEC* – v. 5, nº 2 (jul./dez. 2010) – Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2010, p. 304.

possa estabelecer qualquer diferença jurídica entre o filho consanguíneo e o adotivo, figura como elemento relevante para o projeto familiar do intersexual e do transexual.

O regramento atual acerca da adoção está totalmente estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo sido revogadas as disposições constantes do Código Civil acerca do tema, mantendo-se lá apenas a informação de que a adoção seja ela de maior ou menor passará pelo regramento fixado naquela legislação.

A adoção, de regra, revela-se como um ato humanitário, fundado no preceito humanista que rege o nosso ordenamento jurídico, ressaltado tanto no corpo do texto constitucional (dignidade da pessoa humana) quanto em seu preâmbulo[648] e pode ser a solução para o interesse de constituição familiar com filhos (juntamente com a reprodução assistida) para quem não pode procriar por meios naturais, que é a regra nos casos dos intersexuais e dos transexuais operados.

Hodiernamente, no caso de orientação sexual, muito se questiona sobre a possibilidade de adoção por casais homossexuais, o que vem sendo acolhido de forma cada vez mais recorrente pelos Tribunais, mormente após o julgamento da ADI 4277 pelo STF[649], sendo de se considerar que as mais diversas áreas da ciência já se posicionaram no sentido de que tal modalidade de inserção em família substituta não caracteriza ofensa ao bem estar do adotado[650].

A orientação sexual daquele que busca adotar não pode ser usada como parâmetro para definir se alguém tem condições de dar um lar a uma pessoa e criá-

[648] Leandro Reinaldo da Cunha. Terezinha de Oliveira Domingos. *A nova perspectiva da adoção nacional e o capitalismo humanista*, vol. 10, São Bernardo do Campo: Metodista, 2012.
[649] Leandro Reinaldo da Cunha. *A união homossexual ou homoafetiva e o atual posicionamento do STF sobre o tema (ADI 4277)*, vol. 8, São Bernardo do Campo: Metodista, 2010.
[650] Roberto Arriada Lorea. Intolerância religiosa e casamento gay, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 40.

la atendendo aos parâmetros legais para tanto, o que se aplica, portanto aos casais de homossexuais. Ressalta-se que é de se entender que a discussão estabelecida se mostra totalmente desprovida de respaldo, e ainda que este existisse, a questão haveria de vincular-se não à orientação sexual daquelas pessoas, mas sim na identidade de gênero. A sexualidade do adotante, seja pela sua orientação sexual ou sua identitidade de gênero, não consta como requisito legal para que se conceda a adoção, razão pela qual qualquer restrição baseada neste aspecto há de ser frontalmente combatida por representar manifesta ofensa ao princípio a igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Isso pode ser afirmado vez que o ordenamento jurídico atualmente afirma que apenas podem adotar em conjunto aqueles que sejam casados ou vivam em união estável (mesmo que já estejam separados desde que o processo tenha se iniciado durante a convivência do casal e com a fixação de guarda e visitas quando da dissolução da união), fazendo vir à tona novamente a questão da necessidade de diversidade de gênero como requisitos para o casamento ou união estável[651].

Assim a possibilidade de adoção por parte de casal em que um ou ambos sejam transexuais é evidente vez que se pode pugnar que a legislação vigente exige apenas que para a adoção conjunta eles sejam casados ou vivam em união estável, não se perquirindo a questão da identidade de gênero de quem quer que seja.

A questão da adoção por casais de pessoas do mesmo sexo já se encontra regulamentada em inúmeros países ocidentais, com larga aceitação no continente

[651] Ver item 8.1 do presente trabalho.

europeu, como também em grande parte dos países das Américas[652], mas sem que a questão tenha recebido a devida atenção do Poder Legislativo pátrio.

A discussão que se tem mais clara nos meios sociais está na questão das consequências da criação de uma criança no seio de uma família formada por pessoas do mesmo sexo, ou que não se adaptam ao conceito heteronormativo de família concebido.

Diversos estudos mostram que a orientação sexual dos pais não tem influência direta na adequação social da criança, como já se manifestou a Academia Americana de Pediatria[653]. Recentemente começaram a surgir os resultados de um estudo realizado nos Estados Unidos da América (EUA) que pela primeira vez leva em consideração de famílias lésbicas planejadas, com filhos nascidos, por inseminação artificial, quando as mães já se identificavam como homossexuais.

Os resultados do Estudo Nacional Longitudinal de Famílias Lésbicas dos EUA (NLLFS) mostram que os filhos destes casais apresentavam desempenho escolar muito bom, inúmeros amigos e laços familiares bem constituídos, com uma indicação de bem-estar elevada em relação à média dos adolescentes, além de considerar, em 93,4% dos casos, as mães bons modelos a serem seguidos, percentual considerado excepcional para esta faixa etária[654].

Especificamente quando se analisa a questão sob o prisma da identidade de gênero pode surgir o questionamento acerca da possibilidade de que alguém que não apresente plena conformidade com a normalidade heterossexual vigente, tenha

---

[652] Silvana do Monte Moreira. Adoção por casais homoafetivos, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p.192

[653] Marianna Chaves. Parentalidade homoafetiva a procriação natural e medicamente assistida por homossexuais, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 364.

[654] Disponível em:< http://www.nllfs.org/>. Acesso em: 07/02/2013.

ele passado ou não por um processo de adequação sexual, possa vir a adotar alguém.

E neste aspecto a resposta há de ser bastante simples e direta. Não sendo a identidade de gênero um dos requisitos estabelecidos na legislação para o deferimento da adoção, a condição de transexual, intersexual, homem ou mulher do adotante é totalmente irrelevante para o deferimento do pleito formulado.

Com a realização da operação de mudança de sexo seria possível se questionar a possibilidade de adoção por parte do transexual operado, contudo não há restrição no ordenamento jurídico neste sentido, sendo certo, reitera-se, que qualquer impedimento à adoção pelo simples fato da transexualidade se mostraria atentatório a todos os preceitos legais aqui consignados, caracterizando um ato discriminatório, ofendendo a dignidade da pessoa humana, a isonomia e os direitos da personalidade.

Os requisitos da adoção são claros no Estatuto da Criança e do Adolescente, não sendo a identidade de gênero um deles, havendo que prevalecer, sempre, o melhor interesse da criança e do adolescente, preceito maior que lastreia o conteúdo do texto legal, sem a incidência de preconceitos e discriminações contra quem quer que seja.

Tereza Rodrigues Vieira assevera expressamente ser favorável à adoção por transexuais, entendendo que estes são pessoas dotadas de plena capacidade para conferir uma família àquela criança que dela carece[655], pontuando no mesmo sentido Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, que pugnam ainda pela possibilidade da adoção do filho do cônjuge ou

[655] Tereza Rodrigues Vieira. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 240

companheiro, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 41, § 1º), tanto para o transexual quanto para o intersexual[656].

No âmbito internacional é interessante se consignar a legislação holandesa que confere aos transexuais amplitude total de direitos, permitindo que ele venha a adotar, impondo apenas que a criança seja holandesa, a fim de se evitar quaisquer problemas com outras nações[657].

Na Espanha o transexual pode adotar independentemente de seu estado civil, sendo certo que pode mesmo adotar ao filho de seu consorte, em situação mais tranquila do que no caso de homossexuais, pois sustenta-se que neste caso estaria afetado o referencial tradicional de família[658].

Desta maneira, a adoção precisa de pessoas realmente interessadas em constituir uma família e cuidar do adotado como seu filho consanguíneo, mormente caso este seja uma criança ou adolescente, sendo totalmente irrelevante a sexualidade desta pessoa.

---

[656] Carlos Alberto Dabus Maluf; Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 602.
[657] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 338.
[658] Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 275.

9 QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS PROBLEMAS ALUSIVOS À IDENTIDADE DE GÊNERO

A manutenção da paz social é um elemento preponderante para a existência de um Estado Democrático de Direito lastreado pelos parâmetros estabelecidos na Constituição Federal vigente, sendo que um dos pólos pacificadores previstos na legislação é a responsabilização de quem venha a causar danos a terceiros, podendo esta ser de natureza penal ou civil. Sob a perspectiva do direito civil, que é o escopo do presente trabalho, a responsabilização busca o restauro do equilíbrio perdido em decorrência do dano causado, visando restabelecer o *status quo ante*.

Assim todo aquele que causa dano a outrem, ainda que meramente moral, por ação ou omissão, ou ainda quem age com abuso no exercício de um direito (arts. 186 e 187 do Código Civil) pratica ato ilícito, e este, há de ser reparado, conforme preconiza o art. 927 do mesmo diploma jurídico, preceitos protegidos também pelo disposto no art. 5º, V e X da Constituição Federal.

As questões do gênero são um nicho bastante profícuo para a proliferação de situações de dano que ofendam a integridade tanto material (danos materiais) quanto imaterial (danos morais) do sujeito, dando ensejo ao dever de indenizar, bem como possibilitando o exercício de meios que visem impedir que eventuais danos venham a se materializar, mormente considerando-se o que consigna o art. 12 do Código Civil, vinculado à proteção dos diretos da personalidade.

A sexualidade como um todo, por sua própria natureza, têm por base a condição psíquica do sujeito no âmbito interno, e o preconceito na esfera social se faz pungente, atingindo a coletividade que padece de alguma questão relacionada ao gênero de maneira bastante atroz. Atualmente o aspecto sexual vem se

mostrando presente nas questões vinculadas à responsabilidade civil, como se vê na figura do dano sexual, já objeto de considerável discussão na Europa[659].

É patente a existência de uma situação traumática para o intersexual que não tem uma definição fenotípica adequada, como também para o transexual que se vê preso num emaranhado psicossocial terrível, em que se entende como pertencente a um gênero mas o seu aspecto físico é condizente com outro, o que por certo tem o condão de gerar um sofrimento psíquico considerável ante a sua inadequação de gênero e dificuldade de convivência social.

A inserção social e acesso a uma profissão se tornam ainda mais difíceis para os transexuais em razão de todo o preconceito existente, que tem origem em uma rejeição familiar bastante recorrente, ridicularização e marginalização social, tendo que enfrentar um desgaste desnecessário toda vez que precisa apresentar seus documentos de identificação que mostram a sua condição biológica e não psicossocial[660].

Fato é que presentes os elementos caracterizadores da responsabilidade civil há que se buscar o equilíbrio perdido pelo dano causado[661], com o restabelecimento da condição originária de existência atingida pelo ato praticado pelo agente do ilícito. Para tanto se faz necessária a presença de uma ação, que cause um dano, bem como se verifique a existência de um nexo causal entre o ato praticado e o prejuízo verificado, além de culpa (*lato sensu*)[662], sendo certo que este último elemento será presumido ou pré-constituído nos casos de responsabilidade civil objetiva.

---

[659] Anderson Schreiber. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. Ed., São Paulo: Atlas, 2013. p. 102.
[660] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 318.
[661] Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil***.** 10ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Saraiva, 2012. p.49.
[662] Flávio Tartuce. *Direito Civil, 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 8. ed. ver., atual. e ampl.. São Paulo: Método, 2013. p. 344.

A ação ou comportamento humano, primeiro elemento indicado para a configuração da responsabilidade civil revela-se na atuação ativa ou omissiva do agente[663] que dá ensejo ao segundo dos elementos, o dano. Este, por sua vez, é a redução da condição originária de existência do bem juridicamente tutelado e atingido pelo agente, e que há de ter a sua recomposição estabelecida a fim de garantir o equilíbrio necessário, ou simplesmente, restabelecer o *status quo ante*.

O dano pode surgir nas modalidades material ou moral. O dano material é o passível de mensuração direta já que atinge um bem físico, tangível e de existência diretamente mensurável, enquanto o dano moral se mostra imaterial, já que não se faz tangível ou passível de mensuração direta, revelando-se, normalmente, como a dor, a vergonha, o medo e toda sorte de abalo psíquico efetivo que pode decorrer do dano ocorrido.

Há de se consignar que o dano material apresenta suas modalidades, quais sejam, os danos emergentes e os lucros cessantes, sendo que aquele se traduz nas despesas necessárias para reconduzir o bem jurídico à sua condição de existência preexistente, ou então, o gasto para consertar o objeto atingido pelo dano. Já os lucros cessantes são os benefícios ou ganhos que o sujeito ordinariamente deixou de receber em razão do dano sofrido, os quais também devem ser indenizados[664].

Importante se pontuar a existência hoje da teoria da perda de uma chance, que não tem tratamento específico no ordenamento jurídico mas que vem recebendo ampla atenção nos tribunais, e que se define pela indenização de uma hipotética,

---

[663] Roberto Senise Lisboa. *Manual de Direito Civil – Obrigações e responsabilidade civil*. 4. ed. reform.. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 238.

[664] Carlos Roberto Gonçalves. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 371 e 372.

mas real, possibilidade de ganho da qual o sujeito foi privado[665], ou pela frustração de uma expectativa ou oportunidade futura que "dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal"[666].

O terceiro dos elementos da responsabilidade civil é o nexo causal, o qual se estabelece pela demonstração da existência de um liame ou vínculo entre o ato praticado pelo agente e o dano verificado[667], para que aquele venha a se obrigar exclusivamente pelas consequências decorrentes deste ato e nada além.

O último dos elementos necessários para a caracterização da responsabilidade civil é a culpa em sentido amplo (*lato sensu*), que é a possibilidade de se indicar o agente como responsável pelos danos causados, vinculando esta aferição com sua intenção de agir daquela maneira. A culpa, em seu sentido genérico, se classifica em culpa *stricto sensu* e dolo, sendo este o ato com a real intenção de atingir o fim danoso, enquanto aquele a atuação que não tinha esta finalidade mas que, com uma conduta imperita, imprudente ou negligente, acabou por causar uma lesão a alguém[668].

Evidente, portanto, que a ofensa a qualquer bem jurídico do sujeito há de ser tutelado, ainda mais quando se tratar dos direitos da personalidade, ante a sua natureza nuclear em relação ao ser humano.

> "[...] o dano moral deve ser considerado como uma lesão a qualquer um dos elementos que constituem o basilar princípio da dignidade da pessoa humana. Toda ação ou omissão que atingir a pessoa em sua condição humana, de modo a afetar a sua dignidade, deve ser reparada, pois somente com ampla proteção constitucional será

---

[665] Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil: Responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 40-43.
[666] Flávio Tartuce; José Fernando Simão. *Direito Civil, 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 8. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Método, 2013, p. 423.
[667] Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil***.** 10ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Saraiva, 2012, p.133.
[668] Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro – Responsabilidade civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

> possível garantir às pessoas a preservação de sua personalidade e, em linhas gerais, de sua intrínseca dignidade."[669]

O desrespeito patente a parte da população em razão da sua não adequação ao conceito clássico da normalidade revela clara ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual não pode apenas ser entendido como uma ideia meramente conceitual mas que depende, necessariamente, de efetividade sob pena de tornar-se uma concepção meramente ética[670], sendo certo que a forma atual de se buscar a consecução dos ditames da dignidade da pessoa humana só se dará mediante a educação (a longo prazo) e a responsabilização de todo aquele que infringir direitos da personalidade de qualquer cidadão.

Germán José Bidart Campos pontua a hipocrisia social que está relacionada ao tema, asseverando que não se pode admitir a concepção de que os transexuais atingiriam a moral pública, entendendo-se que

> "[...] la violación existente tal vez se atenuará si el transexual operado pudiera reubicarse un poco mejor en la sociedad que no lo asume en su defectuosidad, de la que nadie es responsable humanamente, pero si hay responsabilidad humana, cerrando los ojos de la justicia, no reabsorbiendo el problema, ni manejando la tolerancia."[671]

Portanto, presentes os elementos ensejadores da responsabilidade civil, o agente do ilícito há de responsabilizar-se e indenizar o lesado, sendo certo que esta caracterização, em se tratando da discussão da identidade de gênero, pode se verificar em inúmeras situações, como as que a seguir são arroladas.

---

[669] Roberta Vieira Larratéa. Dano moral por discriminação, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 343.
[670] José Carlos Teixeira Giorgis. A natureza jurídica da relação homoerótica. *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 128.
[671] Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.171.

Desta forma o intuito não é esmiuçar os elementos relativos à responsabilidade civil neste momento, mas apenas tornar explícito que os preceitos do dever de indenizar se fazem presentes quando da apreciação da identidade de gênero, não se podendo permitir que o preconceito e a discriminação sejam obstáculos para que aquele que venha a sofrer um dano possa pleitear a sua devida reparação. Assim, todas as discussões que permeiam o universo da responsabilidade civil também podem ser aplicadas quando o cerne da questão estiver fundada na identidade de gênero.

9.1 A intervenção cirúrgica redesignatória e suas consequências na personalidade

A realização de qualquer processo complexo de tratamento está sujeita a uma série de percalços que podem e devem ser evitados pelos profissionais que a encabeçarão e a intercorrência de fatos ou circunstâncias desta natureza, que venham a acarretar em um dano, dão azo à possibilidade do pleito de reparação.

Quando se trata da realização do processo transexualizador fica evidente que ante a sua complexidade e parâmetros técnicos estabelecidos se está diante de uma situação passível de inúmeras ocorrências de erro médico e danos daí decorrentes, cabendo, ato contínuo, mediante a verificação dos elementos pertinentes, a responsabilização do agente do ilícito.

O ponto inicial é se entender que o conjunto de intervenções realizadas pelo intersexual e pelo transexual não tem caráter meramente estético, mas essencialmente terapêutico, conferindo uma complexidade ainda maior à situação

sob o prisma jurídico, pois podem ser encaradas em dados momentos como obrigações de meio e noutros como de resultado.

Maria Helena Diniz pontua que no seu entendimento a operação para adequação do sexo físico ao psicológico apresenta-se como uma obrigação de meio e não de resultado, vez que o médico não tem como garantir a cura mental do paciente, a perfeição absoluta ou mesmo a obtenção de orgasmo, o que seria diferente da situação em que o profissional se compromete a garantia de que o sujeito após a operação continue a ter condições de continuar a realizar as suas necessidades fisiológicas, como também o será de resultado a intervenção que tenha cunho meramente estético, ensejando responsabilidade civil objetiva (RJTJSP, 137:182)[672].

Já Roberto Senise Lisboa, por sua vez, pontua ser a operação uma obrigação de resultado, havendo o cirurgião que "alcançar o fim desejado pelo paciente", cabendo a responsabilidade objetiva do profissional liberal por dano físico que venha a ser impetrado[673].

É de se entender, todavia, que a obrigação é de resultado no que se refere ao aspecto físico buscado através da cirurgia de redesignação sexual, informado devidamente o paciente de suas consequências e restrições (funcionalidade sexual do órgão e possibilidade de orgasmo, por exemplo), não havendo qualquer vinculação do médico com a questão psicológica correlata.

Contudo, em que pese a possível celeuma acerca da natureza da obrigação do profissional médico no processo de transgenitalização, é inegável que qualquer dano no decorrer da sua realização possibilitará ao paciente pleitear a devida

[672] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 327.
[673] Roberto Senise Lisboa. *Manual de Direito Civil: Direito de família e sucessões*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 186.

indenização pelos danos materiais e morais sofridos em decorrência do ato, caso não se atinja os fins esperados e prometidos pela equipe médica.

Neste âmbito importante afirmar que se o processo de avaliação da transexualidade se der em unidade vinculada ao Sistema Único de Saúde (SUS) e vier a se verificar equivocada, como também se houver qualquer problema no desenvolvimento da cirurgia (dentro da concepção da obrigação de resultado que se estabelece ali) haverá a configuração da responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do disposto na Constituição Federal[674]. Caso o processo ou a intervenção se dê em sede de uma clínica/hospital particular não se pode olvidar a possibilidade de aplicação do disposto no Código de Defesa do Consumidor, com todas as suas nuances, incluindo elementos como a inversão do ônus da prova.

O que não se pode olvidar é que o processo transexualizador, como qualquer intervenção de natureza médica, está sujeita à ocorrência de erros que, caso seja devidamente caracterizado (elemento culpa), cumulado com a incidência de dano e nexo, ensejará a responsabilidade civil do agente, com a imposição do dever de indenizar. Desta sorte não se retira do transexual ou do intersexual o direito de pleitear indenização por erro médico apenas por se tratarem de pessoas com estas características.

De se pontuar também que ainda que se entenda que a intervenção cirúrgica não seja uma imposição para o intersexual ou para o transexual (massivo o relato do desconforto com relação à condição física, contudo o interesse ou vontade de

[674] Art. 37
[...]
§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

realizar a operação para adequação dos genitais não é uma regra[675]) compete ressaltar que o entendimento atual é que a cirurgia tem caráter terapêutico e pode gerar uma considerável melhora na condição de vida do indivíduo.

Interessante notar que, a fim de afastar a responsabilidade, nos Estados Unidos da América (EUA), conforme ressalta Maria Helena Diniz, a autorização para a realização da cirurgia há de ser precedida de uma declaração feita por parte do interessado, perante seu advogado, eximindo o médico pelas eventuais complicações fortuitas[676].

Desta maneira, qualquer que venha a ser o dano sofrido pelo paciente no decorrer do processo transgenitalizador haverá a responsabilização do agente, sendo sempre preponderante a apreciação se efetivamente houve a quebra do dever por parte do agente com base na concepção de obrigação de meio e de resultado.

9.2 Consequências do equívoco na identificação e registro do intersexual como ofensa aos direitos da personalidade

A definição original do sexo se dá mediante a constatação anatômica realizada pelo médico quando do nascimento da criança, e compete a ele, inicialmente, a caracterização daquele recém-nascido como sendo homem ou mulher, definindo o sexo que irá constar da certidão de nascimento. A fixação do sexo, num primeiro momento, se dá ante uma verificação física realizada pelo

[675] Simona Argentieri. Travestismo, transexualismo, transgêneros: identificação e imitação, *Jornal de Psicanálise*, 42:77, São Paulo, 2006, p. 171
[676] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 326.

profissional que fez o parto da criança, sendo certo que a ele se atribui esta responsabilidade.

A afirmação do profissional, portanto, é o que valerá para a designação do sexo do recém-nascido, ao menos de forma originária. Contudo este pode se encontrar em uma situação em que a anatomia não permita uma perfeita indicação do sexo, caracterizando uma das modalidades clássicas de intersexualidade.

Em que pese a existência de uma eventual dificuldade técnica para a constatação da intersexualidade, é de se entender que compete ao profissional da área médica a correta consignação do sexo do intersexual, sendo sua obrigação valer-se de todos os meios técnicos a fim de oferecer um diagnóstico adequado ao paciente, como preconiza o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/2009)[677], e, ato contínuo, ter condições de indicar as intervenções cirúrgicas que vierem a ser necessárias, a fim de se adequar a condição do intersexual e para que o seu registro seja feito de forma perfeita, indicando corretamente o seu sexo.

A culpa do profissional da área médica na configuração da intersexualidade, indicando o sujeito como sendo pertencente a gênero distinto daquele ao qual realmente pertence por não ter agido com o esmero que seria de se esperar de um técnico pode caracterizar uma situação de responsabilidade civil, cabendo a sua

[677] CAPÍTULO V
RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES
É vedado ao médico:
[...]
Art. 32 - Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente conhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

responsabilização, por erro de diagnóstico[678], com a incidência da teoria da indenização por perda de uma chance de cura[679].

Havendo meios técnicos que tornem possível ao profissional constatar exatamente qual a real condição física do interessexual e com isso indicar os procedimentos corretos a fim de preservar a integridade do recém-nascido haverá de fazê-lo, sob pena de caracterização de sua negligência e responsabilização, já que deveria ter determinado a realização de exames e não o fez, gerando um diagnóstico inadequado e desprovido das bases técnicas imprescindíveis[680].

A declaração do profissional que realizou o parto reveste-se de uma elevada relevância jurídica e social, mormente ao se considerar os seus reflexos na vida do indivíduo, vez que a sua manifestação técnica será usada como base para uma série de situações da sua vida civil, que vão da elaboração de seus documentos pessoais à concessão ou não de certos direitos.

Há ainda a possibilidade de que este equívoco decorra da indicação errônea do intersexual para a intervenção cirúrgica determinando que lhe seja atribuído uma configuração anatômica de um sexo quando o adequado seria a do outro.

O dano no presente caso seria evidente vez que a indicação equivocada do médico pode gerar desdobramentos bastante severos para a vida daquela pessoa, que pode vir a passar um considerável período sendo tratada como sendo de um sexo e, na verdade, pertencer a outro. As consequências físicas e psicológicas podem ser graves e inegavelmente decorrentes da imperícia do profissional da área

---

[678] Carlos Roberto Gonçalves. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 271.
[679] Flávio Tartuce; José Fernando Simão. *Direito Civil, 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 8. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Método, 2013, p. 427.
[680] Rui Stoco. *Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: RT. 2001, p. 409.

médica, sendo até mesmo possível, mais uma vez, se vislumbrar a construção de uma hipótese de dano decorrente da perda de uma chance[681].

Ressalta-se ainda que no presente caso seria preponderante um cuidado ainda maior por parte dos agentes de saúde, seja no âmbito público ou no privado, considerando que a Constituição Federal garante especial proteção à criança (art. 227), motivo pelo qual evidencia-se que havendo qualquer dúvida acerca do gênero da criança caberia a indicação para a realização de exames mais elaborados a fim de constatar a efetiva condição sexual do recém-nascido, mitigando o risco de uma indicação equivocada decorrente de um erro de diagnóstico.

Havendo a ineficácia na verificação do gênero em decorrência da intersexualidade é de se entender a responsabilidade a qual será objetiva, do Estado, caso o parto tenha se dado em estabelecimento público (art. 37, § 6º da Constituição Federal) ou hospital/clínica ante a relação de consumo estabelecida (art. 14 do Código de Defesa do Consumidor), enquanto o médico responde direitamente apenas de forma subjetiva, cabendo a comprovação da sua imperícia.

Evidencia-se, portanto, que o erro no reconhecimento da intersexualidade pode gerar graves danos, como também se reveste de potencial altamente lesivo a realização de intervenção no intersexual de forma equivocada, e havendo a constatação do erro atribuível ao profissional da área médica, haverá este de se responsabilizar pelo dano causado.

---

[681] Carlos Roberto Gonçalves. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 269.

9.3 Erro na indicação da realização do processo de adequação de gênero e os direitos da personalidade

A realização de todo o processo transgenitalizador se mostra bastante amplo e complexo, com a realização de análises médicas por parte de uma equipe interdisciplinar, composta de médicos, psicólogos e psiquiatras, que tem por objetivo aferir se o candidato efetivamente revela uma condição de transexualidade, definindo, também, se a intervenção se faz aconselhada ou não naquele caso concreto.

A cirurgia de redesignação de sexo, como uma das fases do processo transexualizador, pode se dar não só por meio de estabelecimentos particulares, mas também está vinculada à atuação do Estado, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), ante a Portaria 1.707/08 do Ministério da Saúde, em locais apresentem as características determinadas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) e portarias do Ministério da Saúde.

A inexistência de legislação específica sobre o tema conduz à utilização das determinações do Conselho Federal de Medicina (CFM) para se conceber os parâmetros para a realização da intervenção, havendo de se reiterar que estas previsões não gozam de força de lei, bem como que o presente trabalho não tem por escopo discutir questões de cunho clínico, apenas seus reflexos jurídicos.

Qualquer que seja a opção feita pelo transexual quanto ao estabelecimento em que virá a ter a realização de seu processo transexualizador claro está que esta será feita seguindo os parâmetros estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), vez que ainda que suas resoluções não se revistam de força de lei para a população geral ela fixa as regras de conduta a serem adotadas pelos profissionais

vinculados àquele Conselho. Tal questão é consignada pelo próprio Ministério da Saúde no anexo III da portaria 457/08 que define as diretrizes de Assistência ao indivíduo com indicação para a realização do Processo Transsexualizador. Neste anexo consta

> "Reconhecendo então que esta situação é determinante para um processo de sofrimento e de adoecimento a que estão sujeitos os transexuais e a necessidade de distinguir transexualismo dos demais transtornos da identidade sexual, o que possibilitaria erros incorrigíveis no atendimento a estas populações, estabeleceram-se diretrizes, as quais buscam garantir a eqüidade do acesso e orientar as boas práticas assistenciais, primando pela humanização e pelo combate aos processos discriminatórios como estratégias para a recuperação e a promoção da saúde" (grifos nossos)

A seleção, portanto, de quem poderá ou não vir a sofrer a intervenção cirúrgica é feita seguindo as bases fixadas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) e pelo Estado, havendo esta de ser extremamente criteriosa considerando a magnitude de tal ato, bem como todas as consequências que o acompanham. A perfeita seleção do candidato é de suma relevância para se evitar um tremendo mal ao cidadão, que pode não ser efetivamente um transexual.

Tereza Rodrigues Vieira assevera, citando Alexandre Saadeh, que "a exclusão das patologias que possam se confundir com transtorno de identidade de gênero é de essencial importância, sobretudo quando se tem conhecimento de que não há critérios precisos de diagnóstico para o quadro e, portanto, o risco de má indicação cirúrgica ou mesmo errônea é significativo" [682]. Neste sentido, Rafael Kalaf Cossi pontua que "pacientes mal selecionados para a cirurgia correm risco de se

[682] Tereza Rodrigues Vieira. Transexualidade, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p.413.

arrepender, recorrer à justiça ou até mesmo ao suicídio (o mesmo risco se corre com cirurgias mal sucedidas)"[683].

Evidente, portanto, que pode ocorrer de que, por algum equívoco no desenvolvimento das atividades preliminares, seja indicada a realização da intervenção cirúrgica para alguém que efetivamente não se caracterize com a condição de disforia de gênero que permitiria a realização da operação, hipótese em que poder-se-ia vislumbrar a possibilidade do arrependimento[684] do paciente e a intenção de voltar a sua condição originária, o que se mostra bastante complexo na prática, senão impossível.

A indicação de tratamento transgenitalizador a quem não se revele efetivamente como um transexual, por erro de diagnóstico, se revela como situação de suma gravidade, mormente ao se considerar que se trata uma intervenção que, de regra, terá caráter irreversível. O erro de diagnóstico tem o condão de gerar o dever de indenizar caso venha a causar um dano para o paciente em decorrência a avaliação equivocada do profissional da área médica, que deveria reunir meios técnicos para indicar o tratamento adequado[685].

De regra é de se entender que todo o procedimento estabelecido tem por objetivo impedir que tais situações se verifiquem, contudo o processo pode não vir a se efetivar de forma adequada, gerando uma situação como a relatada, com a imposição de um severo dano ao cidadão.

---

[683] Rafael Kalaf Cossi. *Transexualismo, psicanálise e gênero*. 48 f. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. 2010.

[684] Quando bem indicado, o tratamento cirúrgico traz melhoras para o paciente, havendo a constatação de um índice de arrependimento apenas de 1% a 2%, conforme Drauzio Varella. *Transexuais*. Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/sexualidade/transexuais/>. Acesso em: 08.ago.2013.

[685] Rui Stoco. *Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: RT. 2001, p. 409.

Considerando que a determinação vigente define que a autorização para a intervenção cirúrgica apenas virá após a realização de todo o procedimento específico para a configuração da transexualidade e conveniência da operação, se este procedimento se der pelo Sistema Único de Saúde (SUS) pode-se sustentar a existência de uma figura de responsabilidade objetiva do Estado, fundada no art. 37, § 6º da Constituição Federal.

Se, por outro lado, toda a análise acerca da adequação da intervenção se der fora do âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), caberá a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em face da clínica/hopital que prestou um serviço de má qualidade, indicando indevidamente a realização da intervenção cirúrgica, cabendo objetivamente o dever de indenizar, conforme disposto no art. 14, *caput* do Código de Defesa do Consumidor[686].

De qualquer sorte, a incompetência na verificação da adequação e conveniência da realização dos procedimentos médicos para o sujeito que alega ser transexual, ante a todo o intervencionismo do Estado no tema, traz como consequência a responsabilização daquele que agiu de forma precária no desenvolvimento de sua atividade.

9.4 O atentado aos direitos da personalidade ante a demora na realização do tratamento do transexual e do intersexual

A questão do transexual e do intersexual apresenta ainda uma figura bastante delicada a ser tratada no que concerne à realização das intervenções pertinentes e

[686] Carlos Roberto Gonçalves. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 276.

necessárias àqueles que padecem destes males. É de entendimento cristalino que toda e qualquer demora no início do tratamento de uma enfermidade pode se mostrar extremamente prejudicial para o futuro do sujeito, sendo que o pronto e adequado tratamento tem o potencial manifesto de gerar maiores efeitos. Assim, a realização da intervenção de forma eficaz no que tange ao seu momento pode, além de permitir uma solução melhor à situação vivenciada, reduzir os danos sofridos.

Reconhecida a condição de transexualidade de forma cabal e definitiva não se pode permitir que se mantenha o interessado aguardando os prazos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) e pelo Ministério da Saúde, seja com relação ao prazo mínimo em que se desenvolverá o processo de seleção de quem vira a passar pela intervenção cirúrgica ou mesmo a idade mínima de 21 (vinte e um) anos indicada para a sua realização.

Conforme anteriormente exposto a transexualidade é condição que já pode ser constatada desde a infância, razão pela qual é pertinente se pensar em se iniciar os tratamentos adequados, conforme os parâmetros médicos, de forma pronta e eficaz, a fim de permitir que o indivíduo tenha acesso a uma vida o mais próximo possível da normalidade, minorando o mais prontamente possível as agruras que se vê compelido a enfrentar.

O tratamento pertinente haverá de envolver, de acordo com parecer de profissionais especializados na área, uma variada gama de intervenções, desde aquelas de cunho psicológico até as interferências físicas, por meio de tratamento hormonal e operações, a fim de conferir ao transexual uma aparência física que se coadune com a sua percepção de gênero[687]. Evidente que o profissional da área

[687] O processo transexualizador é tratado no item 5 do presente trabalho.

médica se responsabilizará por todas as orientações e intervenções sugeridas, como é da natureza de sua atividade profissional.

As intervenções de caráter psicológico podem ser realizadas desde a mais tenra idade, tão logo se verifique a condição transexual (que pode se manifestar logo na primeira idade), sendo este o passo inicial para a constatação da condição de disforia de gênero da criança, nos termos do código 302 do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV), que explicitamente indica os critérios de diagnóstico da transexualidade em crianças. Neste caso, a constatação de indícios de que a criança apresenta característicos da transexualidade compete, inicialmente, aos pais, bem como à escola, cabendo a responsabilização destes caso se verifique que não se deu o devido encaminhamento da criança para tratamento de forma pronta.

Constatada a condição de disforia de gênero nos termos do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV) há de se começar a aferir quais as próximas condutas a serem tomadas, pois a transexualidade pode ensejar a realização do tratamento hormonal e cirúrgico, sendo que no Brasil o processo transexualizador é previsto na Portaria 1.707/08 do Ministério da Saúde (que institui o processo no âmbito do SUS) e na Resolução 1.955/10 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

O texto da resolução estabelece um critério etário para autorizar a realização da cirurgia de redesignação sexual (art. 4º, 2), fixando que esta apenas pode ser realizada a partir dos 21 anos, sem que se apresente qualquer indicação em relação ao início dos tratamentos de fundo hormonal, havendo de se pontuar que esta parte do tratamento há de preceder àquela.

Tanto a fixação de um critério etário para a realização da intervenção cirúrgica quanto a ausência de qualquer informação acerca do momento de início dos tratamentos hormonais geram questionamentos, pois não há sentido em se estabelecer um parâmetro para uma das partes integrantes do processo transexualizador e para a outra não.

Ante a ausência de informações na Resolução 1.955/10 quanto ao momento indicado para o início da hormonoterapia, o Conselho Federal de Medicina (CFM) foi questionado formalmente[688], e em resposta asseverou que tão logo os primeiros sinais de puberdade comecem a ser notados (normalmente aos 12 anos) o tratamento há de ser iniciado, mediante intervenção hormonal visando o bloqueio da puberdade do gênero de nascimento. Havendo a manutenção do diagnóstico da transexualidade, aos 16 anos haverá de se induzida a puberdade do gênero oposto ao do nascimento e vinculado à sua percepção de pertencimento.

Nota-se aqui que o Conselho Federal de Medicina (CFM) confere ao profissional médico, ante a sua análise técnica, a discricionariedade de aferir qual seria o momento mais adequado para o início do tratamento hormonal, não impondo uma idade exata para que tal situação ocorra, e esta parece ser a solução mais adequada, pois levará em consideração as especificidades clínicas de cada caso.

Infelizmente nem o Conselho Federal de Medicina (CFM) na Resolução 1.955/10, tampouco o Ministério da Saúde na Portaria 1.707/08 e seus desdobramentos teve a mesma compreensão da questão transexual quanto a realização de intervenções cirúrgicas, vez que neste caso há a imposição de um

[688] PROCESSO-CONSULTA CFM nº 32/12 – PARECER CFM nº 8/13.

critério etário fixo ante a determinação de que as operações pertinentes não podem ser realizadas antes que o indivíduo complete 21 anos[689].

Aqui não se trata de estabelecer um questionamento dos critérios médicos e clínicos fixados, todavia ao se acorrentar a possibilidade da realização de intervenções a partir de certa idade é possível que tal circunstância venha a gerar um dano de grandes proporções para a vida do transexual, que teria que aguardar esta carência para poder passar pelo processo transexualizador mesmo após já ter ocorrido o diagnóstico pleno de sua condição.

Cumpre indicar a inicial estranheza da imposição de que seja o interessado no processo transexualizador maior de 21 (vinte e um) anos, dado que já constava desde a resolução inicial do Conselho Federal de Medicina sobre o tema (1.652/02), tendo sido repetida nas subsequentes (1.482/97 e 1.955/10). E tal informação talvez revele a causa da determinação desta idade especifica, pois quando da elaboração da Resolução 1.482/97 vigia em território nacional o Código Civil de 1916, em que a maioridade estava vinculada aos 21 anos, o que já não mais vigora desde que o atual Código Civil passou a surtir seus efeitos em janeiro de 2003.

Considerando que a legislação vigente fixa a aquisição da capacidade plena aos 18 anos (art. 5º do Código Civil), idade na qual o indivíduo pode praticar todos os atos da vida civil, atrelado à ideia de que a operação de transgenitalização goza de caráter terapêutico, havendo a indicação médica de sua pertinência, não poderá haver qualquer tipo de restrição para a sua realização, seja por conta do disposto na Resolução 1.955/10 do Conselho Federal de Medicina (CFM), seja pelo conteúdo da Portaria 1.707/08 do Ministério da Saúde.

[689] Em 31/07/2013 o Min. da Saúde, através da Secretaria de Atenção à Saúde, publicou no DOU a Portaria 859/13 em que trazia a possibilidade do inicio da hormonoterapia aos 16 anos e dos procedimentos cirúrgicos aos 18 anos para os transexuais (art. 11, § 2º). Contudo a portaria teve seus efeitos revogados no dia seguinte pela Portaria 1.579/13.

Interessante se consignar neste momento que não se vê a criação de grande celeuma social com relação a realização de cirurgias estéticas por parte de garotas menores de 18 anos, quando autorizada pelos pais, para a colocação de implante de silicone nos seios, contudo se vislumbra uma série de restrições quando a questão está atrelada ao transexual.

Evidencia-se, portanto, que caso constatação da transexualidade o profissional da área médica enfrentará uma difícil escolha entre cumprir as regras do Conselho Federal de Medicina (CFM) ou atender ao seu juramento solene de cuidar de seus pacientes determinando o tratamento adequado de maneira célere e eficaz, sem que se olvide jamais que qualquer dano que venha a causar haverá de ser responsabilizado. Caso atenda o preconizado por seu conselho de classe estará afrontando um regramento interno que pode trazer-lhe sérios problemas profissionais, contudo se vier a se opor à realização da intervenção sua atitude se mostrará atentatória à saúde do transexual, vez que o protelamento pode gerar graves consequências.

O mesmo pode ser dito quanto ao intersexual, pois uma vez constatada a efetiva condição de hermafroditismo, em qualquer de suas vertentes, é imprescindível que a intervenção necessária se dê de forma pronta, atendendo aos requisitos médicos pertinentes e não a prazos e idades fixados sem fundamentos clínicos. Nesta seara não se vê a existência de muitas restrições médicas à realização das intervenções que entendem necessárias, sem a existência de qualquer regramento etário a pautar o tratamento.

Caso se constate essa inatividade ou leniência na realização da intervenção, sem a existência de parâmetros clínicos a sugerirem este retardo no início do processo de adequação fenotípica é plausível se verificar a incidência de

responsabilidade civil sempre que constatado o dano ou mesmo uma condição de perda de uma chance.

Não se pode olvidar, nestes casos, que caso a vítima da leniência do Estado seja uma criança ou um adolescente, o dano se revelará ainda mais profundo e cruel, considerando a ofensa a princípios básicos a este grupo específico, como o da proteção especial do Estado e garantia da atenção ao melhor interesse da criança e do adolescente previstos no ordenamento jurídico.

Não é possível que se continue a ignorar e marginalizar o transexual, pois sua realidade é extremamente grave, e a demora na determinação do início do tratamento majora o risco de que esta pessoa venha a ser inserida na assutadora estatística de tentativas de suicídio entre os transexuais, que alcança a 41% (quarenta e um por cento) deste grupo social, como constatado pela National Transgender Discrimination Survey Report on Health and Health Care[690].

Fato é que havendo qualquer objeção ou retardo na realização das intervenções necessárias ao transexual por conta da existência de critérios etários impostos nos regramentos existentes é possível se pugnar pela interposição de mandado de segurança, visando garantir o acesso ao direito líquido e certo da saúde e integridade física e psíquica do sujeito, que tem que se fazer valer dos benefícios e proteções expressamente garantidos no texto constitucional.

Ainda que se possa entender ser responsabilidade do Estado por indenizar a família do transexual, em razão dos obstáculos que indevidamente impõe ou por sua leniência e omissão no cuidado e atenção do cidadão, evidente que a vida não será recomposta pela indenização monetária. Cabe ao Poder Público atuar como

[690] Jaime M. Grant; Lisa A. Mottet; Justin Tanis; Jody L. Herman; Jack Harrison; Mara Keisling. *National Transgender Discrimination Survey Report on health and health care*. Washington, 2010. - Anexo I.

preconiza a lei, afastando qualquer imposição desprovida de fundamento lógico/técnico e que possa gerar um dano para o indivíduo, bem como efetivar as diretrizes de direitos humanos por ele mesmo estabelecidas e proporcionar uma vida digna à população, não agindo de forma temerária e mesmo irresponsável, colocando em risco a integridade física e psicológica destas pessoas.

Tal conduta do Estado além de estar permeada de elevado potencial lesivo para o transexual e para o intersexual, revela-se como ofensiva também à figura do médico, que pode se ver preso a uma situação fática extremamente delicada, simplesmente porque o Estado não teve o cuidado de tomar as medidas cabíveis para atender os interesses e necessidades de uma parcela considerável da população que ele tinha conhecimento necessitar de respaldo.

Ao impedir ou dificultar que o indivíduo alcance aquilo que ordinariamente ele teria condições de conseguir faz com que o transexual ou o intersexual seja privado da possibilidade de reunir melhores condições de vida, hipótese perfeitamente adequada ao conceito de responsabilidade civil, em que se faz cabível até mesmo o dever de indenizar em decorrência da perda de uma chance.

9.5 Responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa

Muitos dos problemas e dificuldade enfrentadas pelos transexuais e interessexuais decorre da ausência de atuação do Estado no exercício de uma de suas atividades precípuas, qual seja, o exercício do poder de legislar. Evidencia-se que não se entende que a solução dos problemas da sociedade esteja apenas no estabelecimento e criação de novas leis, contudo quando estas se fazem

necessárias não pode o Poder Público se privar de exercer a sua atividade jurisdicional no campo legislativo.

A criação indiscriminada de leis e normas não é o mote deste trabalho, contudo é uma das prerrogativas do Estado ativar-se legislativamente quando não há legislação no ordenamento jurídico para atender uma questão preponderante ou visando estabelecer ações afirmativas a fim de que se efetive dados direitos gerais que não são conferidos a determinadas minorias.

A Constituição Federal garante a todos os cidadãos direitos fundamentais, consagra a dignidade da pessoa humana e a igualdade como alicerces elementares do Estado Democrático de Direito brasileiro, contudo parte da população é sumariamente privada do acesso a tais prerrogativas básicas, sendo indispensável que se reforce o acesso destas minorias aos direitos inerentes a todos.

Não se pode dizer que o Poder Público não tenha ciência da gravidade da questão da identidade de gênero, tanto que revela em situações esporádicas sua preocupação com o tema, apontando claramente que se o Poder Legislativo não tutela os interesses dessa parcela da população de forma clara e efetiva o faz por descaso e leniência, numa clara situação de omissão.

Vislumbra-se a plena ciência do Poder Publico ao se constatar o conteúdo do Programa Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH – 3), Resoluções do Ministério da Saúde e inúmeros projetos de lei e propostas de emenda constitucional vinculadas ao tema. Note-se mesmo o conteúdo fundante da Resolução 1.707/08 do Ministério da Saúde, que trata do processo transexualizador no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS):

> "Considerando que a orientação sexual e a identidade de gênero são fatores reconhecidos pelo Ministério da Saúde como determinantes e condicionantes da situação de saúde, não apenas por implicarem práticas sexuais e sociais específicas, mas também por expor a população GLBTT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais) a agravos decorrentes do estigma, dos processos discriminatórios e de exclusão que violam seus direitos humanos, dentre os quais os direitos à saúde, à dignidade, à não discriminação, à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade."

Com base nestas considerações é possível se entender que ante a gravidade da realidade do transexual e do intersexual a leniência Estatal em atender aos seus interesses e necessidades pode dar ensejo a um agravamento na condição deste sujeito, o que não se daria caso tivesse recebido um atendimento eficiente e pronto, cabendo a responsabilidade civil do Estado nestes casos. Em sede de responsabilidade civil do Estado por omissão ou falta de serviço há a verificação de responsabilização subjetiva, pressupondo a existência de culpa (imprudência, imperícia ou negligência), em que pese posicionamento entendendo ser a responsabilidade objetiva[691].

Ao não elaborar normas que conferirão operatividade prática a direitos constitucionalmente estabelecidos caracteriza a figura de omissão legislativa, hipótese específica de omissão estatal na qual é possível se sustentar a responsabilização do Estado[692].

Ainda que se entenda que há a discricionariedade do Estado em elaborar a legislação que se mostre conveniente a fim de garantir direitos constitucionalmente previstos é evidente que tal conveniência não pode se sobrepor ao interesse da norma e da sociedade, sob pena de tal omissão "fazer de uma garantia constitucional uma letra morta, despida de sentido prático e operativo", concluindo

---

[691] Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro – Responsabilidade civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 673.
[692] Maria Helena Diniz, op cit., p. 676.

que a leniência do legislador, não elaborando norma em prazo razoável, ensejará o dever de indenizar, fundado no fato de haver o impedimento do exercicio de uma garantia constitucional ante a inércia legislativa[693].

No presente caso não há como se negar que o Poder Legislativo não sabia de seu dever ou mesmo não teve tempo suficiente para redigir a norma adequada a garantir aos transexuais e intersexuais o pleno exercício de suas garantias constitucionais, vez que trata-se de tema conhecido de longa data e as garantias ofendidas estão descritas expressamente no corpo da Constituição Federal desde o início de sua vigência. Ressalta-se ainad que existem inúmeros projetos parados nas casas legislativas[694] aguardando o interesse e conveniência do legislador em respeitar a pessoa humana e as prerrogativas firmadas na Carta Magna, contudo nada há de concreto no nosso ordenamento jurídico, relegando este grupo social cada vez mais à marginalização e opressão.

José Joaquim Gomes Canotilho apresenta o questionamento acerca da admissibilidade do pleito de indenização por parte do lesado pela inércia legislativa ante ao dever constitucional atribuído ao legislador de conferir operatividade prática às garantias consignadas no corpo do texto constitucional, em que pese afirmar que tal circunstância encontraria obstáculos para a sua efetivação prática em terras portuguesas, onde entende ser cabível ao cidadão somente valer-se dos meios institucionalmente estabelecidos para compelir o órgão legiferante a suprir a omissão legislativa existente[695].

---

[693] Maria Emília Mendes Alcântara. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e judiciais*. São Paulo: RT, 1988, p. 69.
[694] O Anexo X traz uma breve exposição acerca dos projetos de lei em trâmite nas casas legislativas.
[695] José Joaquim Gomes Canotilho. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974, p. 163.

Inadmissível atualmente é comungar com a ideia de que a inoperância do legislador possa causar ou continuar a causar danos aos cidadãos sem que nenhuma responsabilidade tenha por tal omissão[696]. A função precípua do Estado é atuar no sentido de atender os interesses da população, garantindo que todos os preceitos e garantias constitucionais se efetivem, razão pela qual a sua inadequação no cumprimento deste mister há de ser objeto de apreciação, com a devida responsabilização caso tal ato venha a causar dano em quem quer que seja.

Se é pacífico que cabe ao Estado indenizar quando por meio da desastrosa elaboração de lei acaba por causar danos aos cidadão haverá ele também de responsabilizar-se quando se constatar a sua falta de atuação legislativa que fere a igualdade e a dignidade da pessoa humana, vez que o dano pode ser decorrente tanto de uma atuação comissiva como de uma omissão.

Desta forma, constatando-se que o Estado se mostra leniente, relegando solenemente parcela a população a uma condição de segragação e degradação, por não estatuir meios a fim de viabilizar o conteúdo constitucional há de ser responsabilizado, vez que assim o será quando sua atitude for atentatória.

9.6 Redesignação na constância do casamento/união estável ou a sua descoberta como ofensa aos direitos da personalidade

O momento da realização da cirurgia de redesignação de sexo pode se mostrar um elemento bastante importante no que concerne a questão da responsabilidade civil, considerando a relevância social conferida às figuras do casamento e da união estável, como também à instituição da família tradicional.

---

[696] Maria Emília Mendes Alcântara. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e judiciais*. São Paulo: RT, 1988, p. 70.

No Brasil, onde sequer existe legislação sobre o tema, não há qualquer menção acerca do estado civil de quem pretende realizar o processo transexualizador nos poucos instrumentos existentes (Resolução do Conselho Federal de Medicina – CFM e portarias do Ministério da Saúde), o que abre espaço para a discussão acerca do momento em que seria passível de autorização a realização da operação, considerando o estado civil do sujeito.

Questionar-se o estado civil daquele que busca o processo de transgenitalização está vinculado à ideia de proteção da família como um todo, vez que esta mudança traria severas e irreversíveis consequências para a estrutura familiar, bem como uma ofensa preceitos morais do outro cônjuge, caracterizando-se como um atentado contra a sua personalidade[697].

É de se imaginar, certamente, que a realização do processo transgenitalizador em pessoa casada poderia gerar uma série de consequências. Uma destas consequências seria a de se questionar a existência de responsabilidade civil por parte do transexual que se opera em face de seu cônjuge, sem sua autorização ou o expondo a uma situação social vexatória.

Neste sentido Maria Helena Diniz sugere ser possível se pensar, em caso de operação do transexual na constância do casamento, na possibilidade de ação de responsabilidade civil por dano moral pela ocorrência de injúria grave pois a intervenção poderia gerar traumas e constrangimentos ao cônjuge[698]. Luiz Alberto David Araújo também consigna que a realização do processo de transgenitalização traria um risco à família caso o interessado seja casado, não se admitindo, portanto, a realização do processo transgenitalizador nestes casos, pontuando que, no seu

[697] Pedro Sampaio. *Divórcio e separação judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 64.
[698] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 337.

entender, os direitos do transexual não são absolutos e restariam afastados, prevalecendo o direito de família[699].

De inicio, em que pese o profundo respeito às opiniões acima, é de se entender que inexiste a necessidade da autorização do cônjuge para a realização de qualquer sorte de intervenção cirúrgica ou tratamento terapêutico, sendo que, caso o cônjuge venha a se sentir ofendido com o ato praticado, caberia, inicialmente, apenas a dissolução do vínculo matrimonial estabelecido, por uma eventual ruptura de um dos deveres do casamento.

A simples realização do tratamento transexualizador, dotado de caráter terapêutico, não pode, por si só, ser causa suficiente para a caracterização do dever de indenizar por parte do transexual ou do intersexual, vez que se trata de uma medida atrelada à integridade física e psicológica do sujeito, não podendo ser o exercício deste direito fonte para eventual dever de indenizar. Seria plausível se pensar em dever de indenizar do cônjuge pelo simples fato de o outro ter assumido a sua homossexualidade? Por ter se convertido a uma outra religião? Ou por ter mudado de orientação política? Entende-se que a resposta há de ser negativa, sob pena de se cercear a liberdade e o pleno exercício dos direitos da personalidade do cônjuge, ressaltando-se que o casamento gera vínculos entre os cônjuges, porém não tem o poder de privá-los de exercer seus direitos humanos em sua total plenitude.

Todavia Flávio Tartuce e José Fernando Simão pontuam ser possível se pensar em dever de reparar caso o transexual tenha ocultado a informação de seu nubente, ofendendo ao dever de informar vinculado ao da boa-fé objetiva que há de

---

[699] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 143-145.

vigorar também nas relações familiares, levando-se em consideração as circunstâncias em que se deu a descoberta do fato e o trauma gerado[700], mas não trata da figura da realização do processo transexualizador na constância do casamento ou união estável.

Quanto a percepção da boa-fé pré-nupcial há ainda a possibilidade de se pensar em transferir a responsabilidade civil ao Estado, sob a alegação de que ao se omitir a consignar informações acerca da condição transexual nos documentos públicos do indivíduo seria responsável pelo erro eventualmente praticado por terceiros de boa fé, fazendo com que venha a tornar-se "cúmplice de uma cadência de informações imprecisas, juntamente com o transexual que não expõe transparentemente sua vida ao seu parceiro"[701]. Segundo esta concepção, portanto, a responsabilidade por não relatar ao cônjuge sobre a condição transexual antes da realização do casamento ensejaria não só a responsabilidade daquele que não revelou todas as informações do seu passado, como também atingiria o Estado.

De outra sorte é de se pensar, contudo, que em decorrência do direito à intimidade, bem como do direito ao esquecimento é possível se questionar esta necessidade de informação como indicado, mormente se se considerar que o casamento se deu em decorrência de quem a pessoa é hoje, e não de sua realidade de gênero incompatível anterior.

Em uma contraposição de princípios, colocado de um lado o princípio da boa fé entre os nubentes e, de outro, o direito a dignidade da pessoa humana, com todos seus desdobramentos (proteção da intimidade, direito ao esquecimento, busca da felicidade), é de se entender pela prevalência destes, como uma modalidade de

[700] Flávio Tartuce; José Fernando Simão. *Direito Civil, 5: Direito de família*. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 67.
[701] Débora Vanessa Caús Brandão. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*, São Paulo: RT, 2002, p. 27.

princípio superior[702], não podendo o exercício de tais prerrogativas dar ensejo a nenhum tipo de dever de indenizar por parte de quem deles se valeu. Ousa-se ainda afirmar que em um embate entre a dignidade da pessoa humana do transexual e a proteção da visão clássica de família há que prevalecer aquele em face deste, já que as pessoas podem viver sem a família, contudo o sujeito sem o respeito a sua dignidade pode perder a vida, o que é evidentemente muito mais grave.

O mesmo pensamento exposto acerca da realização do processo transexualizador na constância do casamento é pertinente quando diante da união estável, não havendo qualquer possibilidade de proceder a um pedido de indenização por parte do companheiro face a realização da intervenção por parte de seu convivente, podendo-se mesmo asseverar ser aqui o caso de excludente de ilicitude ante ao exercício regular de um direito constitucionalmente instituído.

Na legislação alienígena há a determinação, em alguns países como Alemanha, Suécia e Holanda, que a intervenção não seja realizada em pessoas casadas, exigindo-se que o sujeito seja solteiro, separado/divorciado ou viúvo para que se permita a realização da cirurgia[703].

Nos Estados Unidos da América (EUA) cabe indicar o posicionamento adotado pelo Estado da Louisiana onde a legislação (RS 40:62, B.) exige a participação do cônjuge como parte do processo de requisição de nova documentação caso o requerente seja casado.

Assim entende-se não ser admissível qualquer sorte de indenização pelo simples fato da ocorrência da mudança de sexo do consorte, vez que ao agir assim o sujeito está em exercendo direitos naturais e inerentes à sua condição humana,

---

[702] Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30-32.
[703] Ver item 8.3.1 do presente trabalho.

valendo-se de seus direitos da personalidade e respaldado pelos parâmetros dos direitos humanos.

9.7 Tratamento discriminatório, sua origem e a ofensa à personalidade

Um dos momentos em que a questão da identidade de gênero mais conduz a existência de responsabilidade civil está atrelado à infinidade de situações em que a pessoa é vítima de tratamento discriminatório, em que pese a sua expressa proibição tanto no texto constitucional (princípio da isonomia, art. 5º) quanto na lei 9.029/95, que veda qualquer tipo de prática discriminatória.

Os conceitos de fundo moral, a influência cultural-religiosa e os tidos tabus surgem como efetivos obstáculos para uma transformação do comportamento humano[704], inviabilizando a aceitação de cada pessoa dentro de sua individualidade, vez que a atual estruturação da República Federativa do Brasil está lastreada em uma "democracia laica e não de uma monarquia religiosa"[705].

Segundo o preceito religioso estabelecido pela Biblia todos são irmãos e criados à imagem e semelhança de Deus, razão pela qual jamais seria possível se pensar em um posicionamento preconceituso e discriminatório baseado no texto bíblico, contudo tais atos são constantes, em um claro contrasenso entre os dogmas estabelecidos e a sua efetivação prática.

Considerando-se que a Constituição Federal trabalha com a perspectiva da igualdade material lastreada num ideário de justiça e estabelece a proteção a toda

[704] Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 45.
[705] Roberto Arriada Lorea. Intolerância religiosa e casamento gay, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 43.

sorte de identidade, haveria de ser efetivamente reconhecida a isonomia revestida de imparcialidade, com efetivo respeito à diversidade. Este estágio de maturidade institucional e social apenas será possível a partir do momento em que houver uma real separação entre o Estado e a Igreja, fundando-se numa percepção absolutamente laica, com o afastamento do poder inegavelmente exercido pela Igreja que atualmente se impõe a toda a população[706].

Ocorre que ante a laicidade do Estado os preceitos religiosos bíblicos, ou de qualquer outro livro religioso, não podem fixar os parâmetros legislativos, ainda que nosso ordenamento jurídico tenha se lastreado por séculos na doutrina católica. De se considerar também que mesmo a interpretação dos textos religiosos passa por alterações interpretativas, não prevalecendo hoje o mesmo entendimento bíblico de décadas ou séculos atrás, considerando-se que a população católica já não segue cegamente as imposições bíblicas, como se vê quanto a possibilidade da venda de uma filha como escrava, a pena de morte para quem trabalha aos sábados e a proibição de que deficientes se aproximem do altar de Deus[707], ou a utilização de meios contraceptivos, sexo antes do casamento e mesmo algumas modalidades de aborto[708].

A modernidade e a secularização do Estado não pode, ou ao menos não deveria, permitir que instituições ou crenças religiosas dominassem a construção do direito, vez que religião e direito se estabelecem em esferas distintas e autônomas. A ingerência de uma esfera na outra traz conflitos inadequados a um Estado Democrático de Direito, gerando questionamentos acerca da distinção entre

[706] Flávia Piovesan; Roberto B. Dias da Silva. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Européia de Direitos Humanos e no judiciário brasileiro, *Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e justiça*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 84.
[707] Amanda Pegorini Gimenes; Tereza Rodrigues Vieira. Homoafetividade: de Sodoma ao STF, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p.146.
[708] Roberto Arriada Lorea. Intolerância religiosa e casamento gay, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 43.

moralidade e legalidade ou pecado e delito, colocando em risco, ao menos formal, a distinção entre Estado e Igreja[709].

Tratando da perspectiva da Igreja acerca do tema, interessante se consignar manifestação de Leonardo Boff dada ao Jornal da Tarde em 02 de agosto de 2003, em que afirma que ela "não pode julgar a natureza da homossexualidade (...). É uma atitude absolutamente ultrapassada. Essa atitude da igreja hierárquica, que não é de toda a Igreja (é de parte da Igreja), vive ainda o sonho medieval de a Igreja ter a hegemonia não mais política, porque seria ridículo, mas a hegemonia moral sobre a humanidade; não só sobre os cristãos"[710].

O preconceito revela-se nas mais diversas formas, sendo certo que a sexualidade é um dos elementos geradores desta conduta de consequências de profunda gravidade, vez que, em que pese a igualdade prevista na Constituição Federal, alguns são afastados do direito de fruição de certos direitos por sua conta, além do incontestável isolamento e marginalização daí decorrentes, o que inviabiliza a sua perfeita inserção na comunidade que os circunda[711].

Não se pode em nenhum momento se olvidar que a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, XLI expressamente afirma que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais", o que respalda a objeção a toda e qualquer forma de discriminação. Tratando do tema, mas sob a perspectiva da orientação sexual e casamento, o Ministro Celso de Mello pontua

> "**NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL**.

---

[709] Juan Marco Vaggione. La sexualidad em un mundo post secular. El activismo religioso y los derechos sexuales y reproductivos. *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009, p. 148.

[710] Enézio de Deus Silva Júnior. Diversidade sexual e suas nomenclaturas, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 103.

[711] Maria Elizabeth Guimarães Teixeira da Rocha. A união homoafetiva à luz dos princípios constitucionais, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2012, p. 161.

> - **Ninguém**, *absolutamente ninguém*, **pode** ser privado de direitos **nem** sofrer **quaisquer** restrições de ordem jurídica **por motivo** de sua orientação sexual. **Os homossexuais**, *por tal razão*, **têm** direito de receber **a igual proteção** *tanto das leis quanto do sistema político-jurídico* instituído pela Constituição da República, **mostrando-se** arbitrário **e** inaceitável **qualquer** estatuto *que puna*, *que exclua*, *que discrimine*, *que fomente* a intolerância, *que estimule* o desrespeito **e** *que desiguale* as pessoas **em razão** de sua orientação sexual"[712].

A discriminação vai além da mera constatação da existência de diferenças, pois se revela quando estas são usadas de maneira a minorar aquele que não se adequa na conduta ou característica que se entende ser a correta, superior ou dotada de valoração (ainda que não se tenha um verdadeiro critério valorativo fixado).

> "[...] Está-se diante de uma situação de discriminação quando um determinado grupo, segundo critérios adotados naquela sociedade, deve receber tratamento isonômico e não o obtém, porque uma parcela da sociedade entende que eles não fazem jus. Nessa hipóteses, viola-se diretamente a dignidade humana por negar-se fidedigno direito sob a alegação de aquele grupo ou pessoa não serem merecedores, ou pior, por não se lhes reconhecerem, sequer, dita subjetividade. A discriminação começa quando os homens não se limitam apenas a constatar a diferença, mas a acrescer valores que afirmem sua superioridade em relação ao outro."[713]

Importante se consignar que não se trata de uma escolha[714] da pessoa ser ou não transexual, mas sim uma situação que está totalmente apartada de qualquer volitividade, sendo inadmissível se pensar que esta situação tida como uma doença seja mote para qualquer sorte de diferenciação ensejadora de preconceito, ou como pontua Alícia Garcia de Solovagione, ao discorrer sobre a transexualidade, esta "no

---

[712] AR no RE nº 477.554-MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 26/8/11.

[713] Maria Elizabeth Guimarães Teixeira da Rocha. A união homoafetiva à luz dos princípios constitucionais, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2012, p. 161, nota2.

[714] A Ministra Nancy Andrighi (REsp. 1.008.398 - SP – Anexo V), bem como o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (REsp. 678.933 - RS – Anexo IV) asseveram que viver a transexualidade seria decorrente de uma atividade volitiva do sujeito, ou uma escolha, posicionamento também visto, entre outros, em *Problemi giuridici del transessualismo* de Paola D'Addino Serravalle; Pietro Perlingieri; Pasquale Stanzione de utilizam a expressão "sesso di elezione" (sexo de eleição), p. 25.

es un vicio ni un capricho, ni siquiera uma elección sexual, se trata de una patologia en que el paciente siente que tiene el sexo contrario"[715].

Maria Helena Diniz ao tratar da inserção social do transexual chega a levantar o questionamento: "Deveras, quem daria emprego a um homem vestido de mulher ou a uma mulher com indumentária masculina?". O transexual enfrenta uma severa dificuldade de inserção social e profissional, contudo esta questão é claramente decorrente de um preconceito atroz e tolo, vez que esta dificuldade profissional não pode estar vinculada a uma inaptidão intelectual, ainda mais se considerar-se que estudos demonstram que possuem um quociente de inteligência (QI) acima da média da população[716].

Evidente que todas as dificuldades que sofre neste aspecto decorrem de uma visão social deturpada que leva em consideração a aparência do indivíduo e a toma como parâmetro de adequação, capacidade e decência. Contudo não se pode admitir que tal situação perdure, havendo de ser frontalmente rebatida e afastada toda e qualquer sorte de preconceito decorrente da identidade de gênero de quem quer que seja.

Maria Helena Diniz cita um caso de uma companhia aérea (Companhia Aérea Eastern Airlines) que por ordem da Justiça Federal americana, baseada em lei alusiva a direitos cívicos que proíbe a discriminação sexual, se viu compelida a readmitir em sua tripulação um piloto que fora despedido por ter mudado de sexo, além de pagar todos seus salários e juros desde a dispensa[717].

---

[715] Alícia Garcia de Solovagione. *Transexualismo. Análisis jurídico y soluciones registrales*. Córdoba: Advocatus, 2008, p.83.
[716] Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 318.
[717] Maria Helena Diniz, op. cit., p. 319.

Possível mesmo se entender que boa parte da discriminação sofrida pelo transexual é decorrente da leniência do Estado em não garantir de forma clara e patente a estes cidadãos a proteção de seus direitos da personalidade e inerentes à dignidade da pessoa humana prevista no texto constitucional. A omissão do Poder Público ou sua parca atuação pode ser considerada a principal causa das inúmeras agruras enfrentadas por aqueles que têm que lutar pela garantia de direitos mínimos que deveriam ser resguardados de forma ferrenha pelo Estado.

O fato de certas ou determinadas pessoas, sejam elas maioria ou não, serem contrárias a garantia de direitos àqueles que não se enquadram na condição tida como sexualmente normal não pode permitir que isso se reflita no ordenamento jurídico e no Judiciário, vez que a Constituição Federal impõe a promoção de uma sociedade justa, livre e solidária, sendo vedada qualquer forma de discriminação, o que haveria de proteger a diversidade sexual[718].

A situação do transexual faz com que exista um índice de 41% de tentativas de suicídio entre este grupo específico[719], sendo possível se afirmar que a conjuntura como um todo faz surgir este elevado percentual, considerando que o este índice é de 1,6% na população em geral. Se o Poder Público tem parcela de culpa neste mal do qual o transexual tem que enfrentar há, também, de responsabilizar-se por isso.

---

[718] Roberto Arriada Lorea. Intolerância religiosa e casamento gay, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, São Paulo: RT, 2011, p. 43.

[719] Jaime M. Grant; Lisa A. Mottet; Justin Tanis; Jody L. Herman; Jack Harrison; Mara Keisling. *National Transgender Discrimination Survey Report on health and health care*. Washington, 2010, p. 1.

Possível até mesmo se suscitar na esfera penal[720] a ideia de se pugnar pela caracterização de uma forma de induzimento ou incitação ao suicídio, conforme preconizado no art. 123 do Código Penal, considerando que todo aquele que impede, dificulta ou não pratica os atos devidos em favor deste grupo social com alto índice de suicídio se não está agindo com dolo direito, o faz na modalidade eventual[721].

O descaso nacional com os transexuais e intersexuais é uma aberração, considerando-se que até a presente data não existe nenhuma legislação que trate especificamente dos transexuais, enquanto pelo mundo a proteção do transexual remonta a meados do século passado.

Esta leniência estende seus braços nas mais variadas direções, causando danos das mais diversas naturezas, como se dá no caso das relações de trabalho desta minoria sexual, com reflexos sociais severos considerando que a questão da empregabilidade atinge de forma direta a própria condição de existência da pessoa.

> "A Administração Pública e a iniciativa privada devem promover campanhas com o objetivo de elevar a qualificação profissional de travestis e transexuais, transgêneros e intersexuais para que tenham as mesmas chances e oportunidades que os demais cidadãos" [722].

Em que pese a sugestão de que se formule meios para a qualificação profissional de transexuais e intersexuais, tal medida não logrará qualquer êxito enquanto o preconceito não for dizimado, vez que o maior foco da dificuldade laboral

---

[720] Leandro Reinaldo da Cunha. Identidade de gênero e a licitude dos atos redesignatórios, *Revista do curso de direito da Universidade Metodista de São Paulo* – v. 11. São Bernardo do Campo: Metodista. 2013.

[721] Heleno Cláudio Fragoso. Provocação ou auxílio ao suicídio in *Revista de Direito Penal*. (11/12) julho-dezembro de 1973, pp. 35-47, São Paulo: RT, 1973, p. 42 e 43.

[722] Alexandre Magno Augusto Moreira; Tereza Rodrigues Vieira. Homofobia: a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero na relação de trabalho, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p.192.

deste grupo social não está na sua capacidade profissional, mas sim no preconceito e na discriminação.

A discriminação verificada no seio das atividades laborativas, surge em manifesta afronta ao disposto no art. 7º da Constituição Federal, hipótese esta que também pode ser ensejadora de responsabilidade civil, e, ato contínuo, de dever de indenizar, nos termos dispostos na lei 9029/95, alterada pela lei 12.288/10, que traz a proibição de práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, esfera em que atitudes discriminatórias podem dar ensejo a caracterização de assédio moral[723], questão tipificada como crime no projeto do Estatuto da Diversidade Sexual (art. 102).

Tais práticas podem também ter incidência dentro do mundo estudantil, gerando a figura do *bullying* (e do *cyberbullying*), a qual há de ser reprimida e admite também a responsabilidade civil de quem perpetua tal conduta, como também, em dados casos, do estabelecimento de ensino. Nesta mesma seara se vislumbra a existência de outro elemento de cunho discriminatório relacionado a utilização de sanitários, vez que socialmente se vê a existência de banheiros distintos a serem usados por homens e mulheres (o que não se dá no âmbito particular, por exemplo), podendo ensejar sérias celeumas[724].

> "A escola é um ambiente essencial para a formação da identidade de qualquer ser humano, pois é nela que se estabelecem as relações sociais e se permite a construção e formação do caráter e da personalidade intelectual. Uma boa formação acadêmica vem ao encontro de uma vida profissional de sucesso. No entanto, travestis e transexuais não atingem seus objetivos educacionais por não conseguirem frequentar o ambiente

[723] Alexandre Magno Augusto Moreira; Tereza Rodrigues Vieira. Homofobia: a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero na relação de trabalho, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p.192.

[724] Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/04/crianca-transexual-e-proibida-de-usar-banheiro-feminino-em-escola-nos-eua.html>. Acesso em 12/11/ 2013.

> escolar ou até mesmo por não conseguirem finalizar seus estudos simplesmente pelo preconceito sofrido nestes estabelecimentos."[725]

Neste contexto é importante consignar a figura da responsabilidade civil por ato de terceiros, a qual se enquadraria na hipótese deste *bullying* ocorrer por prática de ato de criança ou adolescente, em que haveria a responsabilidade objetiva de seu representante legal, nos termos do art. 933 do Código Civil, havendo, no entanto, para a sua caracterização a necessidade de se comprovar a culpa (*lato sensu*) do agente, hipótese que se replicaria no caso da responsabilidade da escola por atos do aluno, sem que haja a hipótese de direito de regresso nos termos do art. 934 do Código Civil[726].

Ressalta-se que o art. 942 do Código Civil pontua a existência de solidariedade neste tipo de circunstância, surgindo a celeuma acerca da sua aplicação aos incisos de forma conjunta ou apenas individualmente, sendo de se entender mais adequada a primeira hipótese, em que seria possível responsabilizar simultaneamente os pais e as instituições de ensino pelo *bullying* praticado pela criança ou adolescente em suas dependências[727], não se desconhecendo aqui a figura da responsabilidade direita do incapaz (de natureza subsidiária) disposta no art. 928 deste mesmo código, bem como a perspectiva da responsabilidade objetiva do Estado no caso dos eventos ocorrerem nas dependências de uma escola pública (art. 37, § 6º da Constituição Federal), ou da responsabilidade objetiva pela prestação de serviços com base no Código de Defesa do Consumidor.

---

[725] Edinei Aparecido Mora; Augusto Montai y Lopes; Luiz Roberto Prandi. A utilização do nome social por travestis e transexuais na rede de ensino como forma de inclusão social, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p. 368.
[726] Flávio Tartuce. A responsabilidade civil dos pais pelos filhos e o bullying, *Família e responsabilidade: Teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 285.
[727] Flávio Tartuce, op cit., p. 286.

Constata-se também na atualidade a figura do *bullying* até mesmo dentro da estrutura familiar nestes casos, o que se reveste de contornos ainda mais profundos, como já apresentado anteriormente.

Qualquer que seja a discriminação ou ofensa que tenha por origem a identidade de gênero do sujeito esta será passível de pleito de reparação de danos materiais e morais, sendo de se consignar que esta indenização há de se revestir, hoje, não só de um contorno reparatório mas também de um fundo pedagógico a fim de conscientizar a sociedade como um todo, como se dá com a questão das ofensa de cunho racial.

> "Louvável é a coragem de ousar quando se ultrapassam os tabus que rondam o tema sexualidade e quano se rompe o preconceito que persegue as entidades familiares homoafetivas. Houve um verdadeiro enfrentamenteo a toda uma cultura conservadora e uma oposição à jurrisprudência ainda apegada a um conceito conservador de família. Não é ignorando certos fatos, deixando determinadas situações descobertas do manto da juridicidade que se faz justiça. Condenar à invisibilidade é a forma mais cruel de gerar injustiças e fomentar a discriminação, afastando-se o Estado de cumprir com sua obrigação de conduzir o cidadão à felicidade." [728]

Fato é que a legislação impõe ao Estado uma obrigação de fazer, exigindo que este garanta os meios necessários para que todas as pessoas, independentemente de suas diferenças e características, goze de seus direitos em sua plenitude, sendo que o descumprimento desta determinação caracteriza uma grave ofensa à personalidade daquele sujeito, o que não pode ser ignorado.

> "A partir do momento em que o Estado garante a pluralidade de ideias e possibilita aos indivíduos pautar-se de acordo com estas convicções, assegura o direito de livre desenvolvimento da personalidade e também reconhece um direito fundamental à identidade de gênero, devendo, consequentemente, o Estado, bem como a sociedade fornecer os meios necessários para que o indivíduo goze a plenitude de sua personalidade."[729]

---

[728] Maria Berenice Dias. Uniões homoafetivas, *Família e responsabilidade: Teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 36.

[729] Edinei Aparecido Mora; Augusto Montai y Lopes; Luiz Roberto Prandi. A utilização do nome social por travestis e transexuais na rede de ensino como forma de inclusão social, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012, p. 363.

A não disponibilização aos transexuais e intersexuais de meios para que possam exercer sua personalidade de forma plena caracteriza um dano de larga extensão, atingindo o sujeito em seu âmago, havendo de responsabilizar-se aquele que impetra tal lesão a esta pessoa. Estas atitudes discriminatórias, uma vez caracterizadas, não podem ser ignoradas e devem ser objeto de questionamento judicial, ensejando a possibilidade do pleito de indenização por danos materiais, morais e até mesmo por uma eventual condição de perda de uma chance.

Elizabeth Zambrano, analisando os dados da pesquisa *Diversidade sexual e homofobia no Brasil: intolerância e respeito às diferenças sexuais* assevera que o cerne do preconceito contra os transexuais está na mudança de sexo como elemento impeditivo mais relevante à aceitação social deste grupo, e pontua

> "[...] A inconformidade com a própria "natureza" e com as "leis de Deus", bem como a sua "visibilidade" faz que pessoas transexuais sejam percebidas como "aberrações". Pode-se conjecturar que as demandas cirúrgicas dos transexuais contrariam as regras sociais de heteronormativas que pressupõem a existência de uma "realidade sexual" da ordem da "natureza", que não poderia ser modificada." [730]

Interessante se notar que em sede internacional a questão ganha contornos de relevância, como se pode constatar do relatório "Direitos humanos e identidade de gênero" do Conselho da Europa em que se vislumbram várias recomendações aos Estados membros com o objetivo de proteger os transexuais da discriminação[731].

---

[730] Elizabeth Zambrano. *Transexuais: identidade e cidadania*, São Paulo: Perseu Abramo, 2011, p. 101.

[731] 1. Implementar los estándares internacionales de derechos humanos sin discriminación y prohibir explícitamente la discriminación por razón de identidad de género en la legislación nacional anti-discriminación. Los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género deberían ser utilizados como guía para la implementación nacional en esta materia;

Desta maneira, a questão da sexualidade se mostra como um campo fértil para a proliferação de atos discriminatórios, situação esta que não pode ser admitida e, tampouco, respaldada por um Estado preconceituoso, ainda que assevere ser democrático de direito.

---

2. Promulgar una legislación sobre crímenes de odio que proporcione protección específica a las personas transgénero contra crímenes e incidentes transfóbicos;

[...]

9. Abordar los derechos humanos de las personas transgénero y la discriminación basada en la identidad de género mediante la educación y los programas de formación en derechos humanos, así como a través de campañas de concienciación;

[...]

11. Incluir la problemática de derechos humanos de las personas transgénero en el ámbito de actividades de los organismos de igualdad y estructuras nacionales de derechos humanos;

12. Desarrollar proyectos de investigación para recoger y analizar datos sobre la situación de derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la discriminación e intolerancia que encuentran, con la debida consideración al derecho a la privacidad de las personas afectadas.

10 SUGESTÃO DE LEGE FERENDA

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

O ser humano é dotado de uma série de características que o tornam individual, único e especial, havendo de ser respeitado em sua diversidade. Tais elementos caracterizadores são esculpidos no intimo de cada pessoa, revelando-se como fatores de determinação de sua identidade como pessoa.

A sexualidade é parte destas características inerentes à condição humana, fazendo parte dos direitos da personalidade como característica proveniente dos direitos humanos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem. A estes direitos da personalidade se soma a garantia à liberdade, ao livre desenvolvimento, à saúde plena, e o direito à felicidade.

A plenitude do desenvolvimento humano só será alcançada caso o Estado garanta às pessoas o acesso a uma vida digna em uma sociedade que respeita as diferenças e confere àqueles que não estão alinhados ao conceito posto de normalidade a proteção devida a fim de que possam exercer sua cidadania de forma efetiva.

A identidade de gênero é conceito já consolidado nos meios científicos, não sendo admissível que a legislação se mantenha cega em relação ao tema, relegando transexuais e intersexuais a uma condição de total marginalidade, vez que não se reconhece a eles a aplicação plena das leis vigentes, tampouco se confere um posicionamento que lhes garanta o direito a uma vida lastreada nos preceitos da dignidade da pessoa humana.

Assim, entende-se que uma vez configurada a condição de necessidade de prevalência da identidade de gênero sobre aspectos genéticos, gonodais ou documentais, este deve prosperar, sob pena de uma grave ofensa ao ser humano.

Constatada a condição clínica de transexualidade ou intersexualidade caberá ao sujeito o acesso a todos os meios pertinentes a fim de conferir a ele uma adequação de seus meios de identificação, a fim de resguardar a sua integridade psicológica, mitigando ao máximo os danos decorrentes da situação vivenciada.

A alteração documental há de ser feita de forma incontinenti, sob pena de responsabilização, sem demasiada burocracia a fim de valorizar a pessoa humana que padece de uma condição de grande aflição, sendo que o status adquirido será exercitado de forma plena, como se original.

E é com este fim de garantista, respeitando o ser humano em sua essência que se apresenta a proposta legislativa em tela.

São Paulo, xx de xxxxxxxxxxxxx de 201x

PROJETO DE LEI Nº xxxx/14

Institui a lei de proteção à identidade de gênero e dá outras providências.

Considerando as premissas constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem como os preceitos dos direitos humanos garantidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e tratados dos quais o Brasil é signatário;

Considerando a necessidade de plena atenção à diversidade humana cumulada com o respeito às diferenças;

Considerando a necessidade de proteção à população que enfrenta a marginalização em decorrência de sua identidade de gênero, que não permite o pleno desenvolvimento da cidadania;

Considerando a identidade de gênero como fator determinante dos direitos da personalidade merecedor de proteção, atrelado ao direito à dignidade, à não discriminação, à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade;

Considerando o Programa Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH – 3), bem como a Portaria 1.707 do Ministério da Saúde.

Art. 1º. A identidade de gênero, baseada na sensação de pertencimento do sujeito ante a sua sexualidade, é reconhecida como parte integrante dos direitos da personalidade, merecendo todo o respaldo garantido aos demais direitos da mesma natureza, lastreado no conceito da igualdade e dignidade da pessoa humana.

Art. 2º. Constatada, mediante laudo médico multidisciplinar, a incompatibilidade entre o aspecto físico/cromossômico do sujeito e sua percepção de pertencimento (transexualidade) confere-se ao sujeito o direito de ver reconhecido seus direitos com base na sua identidade de gênero.

§ 1º A caracterização da transexualidade confere ao indivíduo o direito de requerer a adequação de seus documentos no que tange ao nome.

§ 2º Quanto a indicação de gênero o mesmo se aplica enquanto não for afastada a necessidade da consignação desta informação nos documentos oficiais

.

Art. 3º. A alteração documental não depende de autorização judicial, sendo realizada de forma administrativa perante o Cartório de Registro Civil da Pessoa Natural em que se deu o assento originário de nascimento do requerente.

§ 1º A retificação do assento de nascimento do requerente tem efeitos *ex nunc*, mantendo-se inalterados os direitos e deveres já estabelecidos, e será deferida mediante apresentação de laudo médico que constate a condição desconformidade de gênero, seja por transexualidade ou intersexualidade.

§ 2º A partir da retificação do assento passa o sujeito a gozar de todos os direitos inerentes a sua condição reconhecida, sem qualquer restrição.

§ 3º. Não poderá constar no assento de nascimento qualquer tipo de informação que revele a alteração realizada, contudo tal informação poderá ser requerida a quem demonstre judicialmente real interesse.

§ 4º Formulado o pleito o Cartório de Registro Civil da Pessoa Natural competente há de realizar as alterações necessárias no prazo máximo de 15 (quinze) dias, sob pena de responsabilização.

§ 5º Aplicar-se-á as penas descritas na legislação penal para o caso de apresentação de documento falso a fim de se requerer os benefícios previstos nesta lei.

Art. 4º. Não se excluirá do transexual ou do intersexual qualquer direito, mormente ao casamento/união estável, à adoção e acesso a meios de reprodução assistida.

§ 1º Qualquer restrição fixada ao transexual em decorrência de sua identidade de gênero será considerada preconceito, sendo aplicados os mesmos dispositivos legais relacionados à discriminação racial ou de outra natureza, prevalecendo em caso de conflito aquela que apresentar a pena maior.

§ 2º. Qualquer ameaça ou ofensa ao transexual ou intersexual em razão de sua condição há de ser imediatamente rechaçada, com a cominação da indenização pertinente caso venha a configurar qualquer dano ao sujeito, nos termos do Código Civil.

§ 3º. Aplica-se à presente lei o disposto no art. 461 do Código de Processo Civil.

Art. 5º. Em caso de constatação de dubiedade com relação ao sexo anatômico da criança ao nascer é vedada qualquer modalidade de intervenção cirúrgica buscando uma definição sexual antes da realização análise por corpo multidisciplinar que indique a intervenção, sob pena de responsabilização, independentemente da aferição de culpa.

§ 1º Nos casos previstos no presente artigo haverá a necessidade de que o análise realizada por corpo médico multidisciplinar composto de profissionais especializados na área;

§ 2º. Em caso de manifesta urgência médica com o objetivo de evitar um mal maior, poderá ser dispensada a apresentação de laudo médico multidisciplinar;

§ 3º. O descumprimento do disposto enseja a aplicação das penas cabíveis à lesão corporal grave prevista no Código Penal.

Art. 6º. Por se tratar de questão de saúde pública compete ao Estado subvencionar todo o processo de transgenitalização ou de adequação de sexo a ser efetivado por meio de equipe especializada, seja no âmbito psicológico, hormonal ou cirúrgico, sob pena de responsabilização, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal.

Art. 7º. Compete à União, bem como aos Estados, Municípios e Distrito Federal promover ações sociais com o objetivo de educar a população acerca da questão da identidade de gênero.

Art. 8º. Quando o critério de gênero for requisito para o acesso a determinados locais, será garantido ao sujeito fazê-lo com base em sua identidade de gênero, sob pena de responsabilização, independentemente de culpa.

Art. 9º. Os direitos garantidos na presente lei independem da idade ou do estado civil do requerente, bem como prescindem da realização de qualquer intervenção médica prévia de adequação física do requerente.

§ 1º A fixação da idade adequada para o início dos tratamentos médicos pertinentes, sejam eles homonais, psicológicos ou cirúrgicos, devem ser objeto de determinação por parte de equipe multidisciplinar, inexistindo qualquer restrição prévia.

§ 2º É objetiva e solidária a responsabilidade de cada um dos membros da equipe multidisciplinar pela indicação indevida de tratamento ou pelo retardamento imotivado de seu início.

Art. 10. Esta lei revoga o art. 54, § 2º da Lei de Registros Públicos (LRP), bem como todos os dispositivos de lei que exijam a consignação de sexo ou gênero, prevalecendo, contudo, o conteúdo no que não se atenha ao tema.

Parágrafo único. Não se revogará dispositivo em que se consigne a diferenciação em decorrência de sexo/gênero quando tal distinção for pertinente a fim de proteger um grupo ou então esta distinção seja relevante.

Art. 11. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

CONCLUSÃO

A sexualidade sempre foi considerada uma figura importante na estruturação das sociedades, vez que desde os tempos mais remotos tal questão é parte integrante da organização social, mostrando-se como um dos elementos mais relevantes para a compreensão do ser humano, pois as relações vinculadas com o tema fazem parte do núcleo da identidade humana.

Ante a tamanha relevância não se pode conferir ao entendimento da sexualidade e a seus desdobramentos uma condição de somenos importância, pois como parte preponderante da condição humana acaba por ser, por consequência lógica, elemento basilar da própria sociedade, já que esta, de regra, é um reflexo da coletividade que a compõe.

No Estado Democrático de Direito estabelecido para o Brasil com a Constituição Federal de 1988 se vislumbra a fixação de parâmetros que visam garantir que a sociedade seja erigida sob sólidas bases de respeito e proteção ao ser humano, com todas as idiossincrasias que lhe são peculiares, em busca da formação de uma nação que tenha como princípios estruturais elementares a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Fundado neste propósito elementar é de se entender ser da essência da constituição desta sociedade o reconhecimento da existência de diferenças entre os seus entes componentes, bem como o respeito a esta diversidade de ser, agir e pensar. Todavia este conceito principiológico inerente ao Estado Democrático de Direito estabelecido nem sempre se reflete na prática, pois o Estado que haveria ser inclusivo, fraterno e solidário se mostra repleto de exclusões, discriminações e preconceitos que maculam toda esta concepção teórica que o sustenta.

E pela realidade constatada é possível se perceber que toda a marginalização presenciada na sociedade decorre de uma necessidade de se estabelecer conceitos de normalidade ou maioria, fazendo com que aqueles que não venham a se inserir nestes contextos acabem por ser subjugados. De se notar que a concepção de normalidade e maioria nem sempre se reveste de fundamentação lógica ou técnica, sendo, inúmeras vezes, apenas uma ideia estabelecida por quem é o detentor de alguma forma de poder (seja religioso, político, cultural, social, etc).

No campo da sexualidade é possível se entender que a normalidade ou maioria está firmada segundo o conceito dicotômico de sexo (macho/masculino e fêmea/feminino) e gênero (homem e mulher), além de ter a heterossexualidade como padrão de orientação sexual. Qualquer situação que não esteja inserida exatamente dentro destes parâmetros acaba sendo tida pela grande maioria da sociedade não só como uma diversidade, mas sim como uma afronta, uma ofensa ou uma conduta errada e que deve ser expurgada.

É exatamente dentro deste contexto social que a identidade de gênero floresce como aspecto integrante da sexualidade e da natureza humana. A identidade de gênero não tem na sua concepção um lastro de cunho físico como se dá com a definição de sexo ou gênero, estando atrelada ao sentimento de pertencimento vivenciado pela pessoa, em um claro respeito ao ser humano em sua plenitude, não o definindo pela sua constituição física, mas sim por toda a complexidade que lhe é inerente.

Aqueles que estão inseridos no padrão da normalidade institucionalizado não sentem qualquer necessidade de discutir a sua identidade de gênero, pois esta equivale ao seu sexo ou gênero, não havendo nenhum tipo de dificuldade ou conflito a ser superado. Todavia há uma parcela da população que está fora desta

percepção geral de normalidade sexual, apresentando uma incompatibilidade entre a sua condição física e a psicológica, em situação de elevada gravidade ante aos reflexos sociais e pessoais dela decorrentes.

Este grupo social luta para ser reconhecido por aquilo que efetivamente é, e não pelo que a sociedade impôs a eles como parâmetro de identificação, numa batalha árdua que enfrenta um forte preconceito decorrente do medo, incompreensão e ignorância, além das características inerentes à sua condição pessoal.

Inseridos nesta situação estão os intersexuais e os transexuais, os quais são considerados como cidadãos comuns, tanto quanto a qualquer outro quando do cumprimento dos deveres instituídos no ordenamento jurídico não gozam do reconhecimento da mesma condição quando da concessão de direitos, numa realidade que os conduz a uma percepção de profunda injustiça, sendo sujeitos de obrigações em sua modalidade plena, mas apenas parcialmente quando do percebimento dos direitos.

A transexualidade e a intersexualidade são condições que efetivamente existem e atingem parte da população, não podendo o Estado ignorar a existência deste fato, nem mesmo exigir que eles deixem de ser o que efetivamente são para que possam ter acesso aos direitos previstos no ordenamento jurídico. O inadequado neste caso é o sistema que não lhes garante o respeito a todos os direitos, mormente aqueles atrelados ao conceito de direitos da personalidade, vez que são inerentes a todo ser humano, e sem os quais, o sujeito deixa de ser uma pessoa convertendo-se em uma mera coisa.

Preponderante se ter claro que a questão em tela não está vinculada à orientação sexual das pessoas, mas sim à sua identidade de gênero, sendo

concepções técnicas distintas, havendo de se tratar cada qual sob a sua efetiva perspectiva conceitual a fim de evitar maiores conflitos. O correto entendimento quanto a verdade clínica vivenciada pelos transexuais e interessexuais é elemento preponderante para que boa parte do preconceito enfrentado venha a esvair-se, permitindo uma aproximação com a sociedade colimada no texto constitucional.

O fato de o indivíduo não apresentar uma condição de conformidade com os conceitos de normalidade vigentes não faz com que ele deixe de ser uma pessoa na acepção jurídica do termo, tampouco é razão suficiente para que ele enfrente restrições de acesso a direitos. A não confluência com a normalidade não pode ser razão para segregação, havendo toda e qualquer diversidade que ser respeitada, não se podendo impor que a maioria se adeque à maioria, nem mesmo o inverso.

Evidencia-se que não se pugna pela ideia de tolerância, em que se pressupõe que alguém suporte um agravo ou ofensa por uma razão maior. O entendimento a prevalecer é o do respeito, aceitando-se a diferença, sem que isso seja visto como um ônus a suportar ou mesmo um mal a ser extirpado para que a ofensa cesse. A evolução que fez com que os microorganismos viessem a se transformar nos seres humanos de hoje tem como base esta diversidade, vez que o desenvolvimento decorre da diferença.

Infelizmente o que se vivencia atualmente ainda é uma era de desrespeito às diferenças, mormente no que concerne ao critério da sexualidade, fundado em uma perspectiva que se mostra permeada de um forte elemento religioso, que se faz inadmissível considerando-se a laicidade do Estado. Contudo este ranço preconceituoso de origem religiosa perdura e infecta o ordenamento jurídico que se apresenta, hodiernamente, lastreado em um conceito heteronormativo.

Por conta de tal realidade vislumbra-se que o Estado tem plena ciência da existência das questões vinculadas à identidade de gênero e ignora as agruras que esta minoria sexual se vê obrigada a enfrentar. Tanto tem conhecimento que apresenta algumas parcas considerações relacionadas ao tema, sem, contudo, agir da forma que lhe compete e garantir firmemente o respeito a estas pessoas nos termos previstos na Constituição Federal, em uma clara afronta aos princípios que regem o atual Estado Democrático de Direito.

É esquizofrênico um Estado que tem um Poder Executivo que faz planos e estabelece diretrizes para proteger os interesses e necessidades do transexual (Programa Nacional de Direitos Humanos 3 e portarias do Ministério da Saúde), tem um Poder Judiciário que vem acolhendo os pedidos de mudança de sexo e nome em favor do mesmo grupo, e que no âmbito do Poder Legislativo federal não toma as medidas necessárias, para atender a dignidade da pessoa humana e a igualdade previstas na Constituição Federal. O Estado brasileiro é capaz de determinar que o Sistema Único de Saúde (SUS) custeie todo o processo transgenitalizador mas não legisla especificamente no sentido de garantir a esta mesma pessoa os reflexos jurídico-sociais decorrente da mesma situação, que se revestem de importância prática tão ou mais substancial.

Toda pessoa tem o direito a ter documentos de identificação pessoal que revelem a sua real condição, apresentem os elementos indicadores que apropriadamente a representam, sendo inadmissível se pensar em uma imutabilidade formal totalmente desprovidade de propósito. Desta forma é evidente que há o Poder Legislativo Federal de exercer o seu mister precípuo e conferir à população um ordenamento jurídico que atenda às necessidades apresentadas.

A inserção de norma expressa no ordenamento jurídico autorizando a mudança do nome e da indicação do sexo nos documentos do transexual e do intersexual a fim de que se reconheça a sua identidade de gênero é uma conduta imprescindível a garantir a prevalência do principio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, cumprindo o seu dever institucional, reconhecendo os direitos da personalidade de transexuais e intersexuais. Sequer há a possibilidade de que aqueles que são contrários ao reconhecimento de tais direitos venham a alegar a existência de qualquer prejuízo a eles, já que estas alterações estão relacionadas apenas a cencessão de direitos aos transexuais e intersexuais, sem qualquer consequência para o resto da sociedade.

A alegação de que tais alterações colocariam em risco conceitos existentes não passam de falácias com o objetivo de manter a estrutura discriminatória vigente, pois as informações relativas às alterações estarão consignadas em cartório, ainda que de forma sigilosa, mas havendo o direito ao acesso em caso de autorização judicial, como ocorre em caso de adoção.

Pontua-se que a autorização quanto a mudança de nome e gênero revelam-se como direitos dos transexuais e intersexuais, lastreados na perspectiva dos direitos humanos e dos direitos da personalidade e devem ser determinadas independentemente da realização de qualquer tipo de intervenção cirúrgica ou hormonal, vez que a transexualidade e a intersexualidade independem da realização de tratamentos médicos para serem constatadas. A imposição de exigências desta natureza não atenderiam plenamente a complexidade técnica do problema na medida que fariam com que parte dos atingidos por tais situações continuassem marginalizados, vez que nem todos tem o interesse em realizar qualquer sorte de intervenção cirúrgica.

Ressalta-se que parte dos problemas vivenciados pelos transexuais e intersexuais seria sumariamente extirpada com o fim da necessidade da indicação de sexo ou gênero nos documentos de identificação pessoal, exigência existente atualmente mas que se mostra desprovida de relevância prática, o que já vem recebendo acolhida no direito alienígena.

Os transexuais e intersexuais ainda enfrentam uma série de questões vinculadas à sua condição na esfera do direito de família, sendo que a problemática da possibilidade do casamento ou da união estável vem diminuindo, cabendo se estabelecer normas claras a fim de garantir seus direitos a fim de que não reste nenhuma dúvida com relação à possibilidade do exercício de todas as prerrogativas inerentes à sua condição de pessoa.

Ressalta-se que a transexualidade e intersexualidade não podem ser elementos a gerar qualquer tipo de alteração nos conceitos de parentesco ou poder familiar, nem tampouco ser causa a sustentar atos atentatórios contra a dignidade do individuo no seio da estrutura familiar, havendo de ser frontalmente afastados os atos de alienação parental, maus tratos, abandono afetivo ou *bullying* praticados, garantindo-se, ainda, o pleno acesso ao direito à paternidade, seja por meio da adoção ou de inseminação artificial.

Não se pode olvidar também que a sexualidade é campo fértil para a proliferação de ofensas ensejadoras de responsabilidade civil, pois além dos atos discriminatórios sofridos pelos transexuais e intersexuais, há também os riscos decorrentes dos procedimentos médicos pelos quais passam, como também eventuais danos decorrentes da atividade registral do Estado.

Ainda no campo da responsabilidade civil há que se considerar as situações em que a demora no reconhecimento dos direitos aos transexuais e intersexuais

geram danos, sejam eles matérias, morais ou até mesmo na modalidade da perda de uma chance, como é possível se vislumbrar nos casos de início do tratamento tardio e em decorrência da omissão legislativa.

A não disponibilização aos transexuais e intersexuais de meios para que possam exercer sua personalidade de forma plena caracteriza um dano de larga extensão, atingindo o sujeito em seu âmago, havendo de responsabilizar-se aquele que impetra tal lesão a esta pessoa. Estas atitudes discriminatórias, uma vez caracterizadas, não podem ser ignoradas e devem ser objeto de questionamento judicial, ensejando a possibilidade do pleito de indenização pleno, ante a toda a extensão de dano causado.

Desta forma fica patente que cabe à sociedade como um todo, bem como ao Estado, cumprir as diretrizes firmadas de maneira solene no corpo da Constituição Federal e reconhecer que os transexuais e intersexuais são pessoas, e como tais precisam ter garantidos todos os direitos inerentes à sua condição humana, sem a imposição de restrições ou dificuldades de acesso apenas por conta de sua sexualidade, como forma de manter Estado Democrático de Direito como preconizado, e não apenas um seu arremedo preconceituoso e discriminatório.

O presente trabalho pretende deixar patente que é indispensável o respeito ao ser humano em sua essência, sem que características individuais sejam usadas como desculpas para se extrair de alguém a condição plena de pessoa. Só o reconhecimento da diversidade e o respeito ao ser humano farão com que a sociedade evolua e possa um dia vir a ser efetivamente reconhecida como sendo “fraterna, pluralista e sem preconceitos” como preconiza a Constituição Federal.

Ergue-se a bandeira do reconhecimento da diversidade. Pugna-se pela valorização respeito ao ser humano. Exige-se o respeito à humanidade.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Luiz Eduardo. Justiça e desigualdade no direito brasileiro, *Revista de direito brasileira*. Ano 3, vol. 5 (maio-ago./2013) São Paulo: Conpedi, 2013.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e judiciais*. São Paulo: RT, 1988

ALDAO, Martín. El matrimônio igualitario y su impacto en el derecho de familia: antes y después de la reforma, *Matrimônio igualitario – perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Buenos Aires: Eudeba, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

AMARAL, Sylvia Mendonça, *Manual prático dos direitos de homossexuais e transexuais*. São Paulo: Edições Inteligentes, 2003.

ANTUNES, Pedro Paulo Samarco; MERCADANTE, Elisabeth Frohlich. Travestis, envelhecimento e velhice, *Revista Kairós Gerontologia Temática*. 14 (5) Dez. 2011:109 – 132, São Paulo: 2.

ARÁN. Márcia. LIONÇO. Tatiana. Normas de gênero e diversidade sexual no SUS: considerações sobre as políticas de saúde para transexuais no Brasil, *Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARARIPE. Jales de Alencar. Direitos da personalidade: uma introdução, *Direito civil constitucional* – Coord. Renan Lotufo. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

_____. *A pessoa transexual e o princípio da dignidade da pessoa humana: aplicação da principiologia constitucional*. em http://www.saraivajur.com.br/menuesquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=128. Acesso em 31.03.2012.

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, 12. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva. 2008.

ARAÚJO, Sandra Maria Baccara. O genitor alienador e as falsas acusações de abuso sexual, *Incesto e alienação parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ARGENTIERI, Simona. Travestismo, transexualismo, transgêneros: identificação e imitação, *Jornal de Psicanálise*. v. 42 n. 77: 167-185 São Paulo. dez. 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral do direito civil: Parte geral*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Ética, direito e reprodução assistida*, RT 729/43-51, 1996.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana, *Família e cidadania – o novo CCB e a Vacatio Legis* **–** Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, *Revista de Direito Público*. n. 57/58. jan/jun. 1991

BARBEDO, Cláudia Gay. Uma reflexão sobre o idoso e o jovem serem sujeitos de alienação parental, *Incesto e alienação parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARBOSA, Guilherme Vieira; SABINO, Mauro César Cantareira. Direito da personalidade e transexualismo: a dignidade da pessoa humana sob uma ótica plural da intimidade e identidade sexual, *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 10, n. 1, p. 69 – 89, jan./jun. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARUFI, Melissa Telles. Alienação parental – interdisciplinaridade: Um caminho para o combate, *Incesto e alienação parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil contratual*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BERTONCINI, Matheus Eduardo Siqueira Neves; TONETTI, Felipe Laurini. Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, constituição e responsabilidade social das empresas, *Revista de direito brasileira*. Ano 3, vol. 5 (maio-ago./2013) São Paulo: Conpedi, 2013.

BENTO. Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. São Paulo: Garamond, 2006.

_____. Da transexualidade oficial às transexualidades, *Sexualidade e saberes: convenções e fronteiras*. Rio de janeiro: Gaamond, 2004

_____. *O que é transexualidade*. São Paulo: Brasiliense, _____.

_____. *Transgêneros, direitos humanos e legislação*. Em http://www.secom.unb.br/unbcliping/cp050502-11.htm. Acesso em 07.abr.2012

BLACKLESS, Melanie; CHARUVASTRA, Anthony; DERRYCK, Amanda; FAUSTO-STERLING, Anne; LAUZANNE, Karl; LEE, Ellen. How sexually dimorphic are we? Review and synthesis. *American Journal of Human Biology*. 12:151-166, 2000.

BOGAERT. Anthony F. *Asexuality: prevalence and associated factors in a national probability sample*. J Sex Res. 2004, 41:279-87

BOLEN. Jean Shinoda. *As deusas e a mulher: Nova psicologia das mulheres*. São Paulo: Paulinas, 1990.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da personalidade, *Teoria geral do direito civil*. coord. Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas, 2008.

BORRILLO, Daniel. *Bioéthique*. Paris: Dalloz, 2011.

_____. O sexo e o direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da lei, *Meritum – Revista de Direito da Universidade Fumec* – vol. 5 número 2 (jul/dez 2010). Belo Horizonte: Universidade Fumec, 2010.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caus. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: RT, 2002.

BROWN, David. Making room for sexual orientation and gender identity in international human rights law: an introduction to the Yogyakarta principles. *Michigan Journal of International Law*. 31:821-879, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUGLIONE, Samantha. VENTURA, Miriam. ALVES, Marcelle. Os tribunais brasileiros e os direitos sexuais e reprodutivos, *Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero – feminismo e subversão da identidade*. Ed. Civilização brasileira: Rio de Janeiro, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.

_____. ORIONE, Marcus; PAULA, Érica. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; BENEVENUTO, Fernanda Moreira. Do reconhecimento dos direitos dos transexuais como um dos direitos da personalidade, *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 13, n. 1, p. 113-130, jan./jun. 2013.

_____. Do bullying ao transexual no seio familiar como violência velada: uma afronta à dignidade da pessoa humana, *Biodireito – CONPEDI/UNICURITIBA*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 106 – 130.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de Família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2009

CASSETTARI, Chistiano. *Elementos de direito civil*. São Paulo: Saraiva. 2011

CERVI, Taciana Marconatto Damo. A transexualidade na sociedade multicultural: repercussões jurídicas da redesignação sexual, *Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Transexualidade, redesignação sexual e livre desdobramento da personalidade*. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 9, n. 2, p. 487-503, jul./dez. 2009.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao corpo: interesexualidade, transexualidade, transplantes*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1994.

CHAVES, Marianna. Parentalidade homoafetiva a procriação natural e medicamente assistida por homossexuais, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

CLÉRICO, Laura. El matrimônio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomia, *Matrimônio igualitario – perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. 1ª ed., Buenos Aires: Eudeba, 2010.

COFFMAN, Katherine B.; COFFMAN, Lucas C.; ERICSON, Keith M. Marzilli. *The size of the LGBT population and the magnitude of anti-gay sentiment are substantially underestimated*. Cambridge:National Bureau of Economic Research. Working Paper nº 19.508, October 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Os 60 anos da Declaração e nossa Constituição, *Brasil Direitos Humanos, 2008: A realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal*. Brasília: SEDH, 2008.

CORDEIRO, Desirée Monteiro; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Transgêneros – travestis: a dura aceitação social, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012.

COSSI, Rafael Kalaf. *Transexualismo, psicanálise e gênero*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo em 2010.

COUTINHO. Adriana Rocha de Holanda. A importância dos princípios constitucionais na concretização do direito privado, *Direito Civil Constitucional* – Coord. Renan Lotufo. São Paulo: Malheiros, 2002.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Breves considerações sobre a relação entre o direito de família e os direitos humanos, *Direitos Humanos - Um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2009. p. 85 - 98.

_____. A união homossexual ou homoafetiva e o atual posicionamento do STF sobre o tema (ADI 4277), *Revista o Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo* – v. 8. São Bernardo do Campo: Metodista. 2010.

_____. Identidade de gênero e a licitude dos atos redesignatórios, *Revista o Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo* – v. 10. São Bernardo do Campo: Metodista. 2013.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. DOMINGOS, Terezinha de Oliveira. A nova perspectiva da adoção nacional e o capitalismo humanista, *Revista o Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo* – v. 10. São Bernardo do Campo: Metodista. 2012.

_____. Reprodução humana assistida: a resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM), *Revista de Direito Brasileiro,* ano 3, vol. 6. Set./Dez. 2013.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Morais Ed., 1961.

DIAS, Joaquim José de Barros. Direito Civil Constitucional**,** *Direito Civil Constitucional* – Coord. Renan Lotufo. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

_____. Liberdade sexual e direitos humanos, *Família e cidadania – o novo CCB e a* Vacatio Legis **–** Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

_____. Alienação parental: um crime sem punição, *Incesto e alienação parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Rumo a um novo ramo do direito, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Uniões homoafetivas, *Família e responsabilidade: Teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

DÍAZ, Jorge Alberto Álvarez. Reproduccion asistida para minorias sexuales, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2005

_____. *O estado atual do biodireito*. 8ª ed. rev. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral do direito civil*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Curso de direito civil brasileiro – Responsabilidade civil*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Curso de direito civil brasileiro – Direito de família*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONIZETTI, Elpídio. QUINTELLA. Felipe. *Curso didático de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. Qual a posição da criança envolvida em denúncias de abuso sexual quando o litígio familiar culmina em situações de alienação parental: inocente, vítima ou sedutora, *Incesto e alienação parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DUARTE, Marcos. A lei de alienação parental em auxílio aos diplomas internacionais de proteção da criança e do adolescente, *Incesto e alienação parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *O transexual, a cirurgia e o registro*, Revista Jurídica, 1996.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. 14 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

FACHIN Luiz Edson. FACHIN, Melina Girardi. A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Família, direito e uma nova cidadania, *Família e cidadania – o novo CCB e a Vacatio Legis* – Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

FACHIN, Rosana. Em busca da família do novo milênio*, Família e cidadania – o Novo CCB e a Vacatio Legis* – Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 21

FÉO, Christina; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Reflexões acerca da reprodução artificial em casais homoafetivos, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Sexualidad y Bioética. La problemática del transexualismo, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Ano 8, n° 6, Trujillo, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, Maria Helena Mariante. Memórias falsas ou apuração inadequada? *Incesto e alienação parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FIUZA. César, *Direito Civil – Curso completo*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FOUCAULT. Michel. *História da sexualidade 1: A vontade de saber*. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

_____. *História da sexualidade 2: O uso dos prazeres*. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

_____. *História da sexualidade 3: o cuidado de si*. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Transexualismo – Cirurgia. Lesão corporal, *Revista de Direito Penal* (27), julho-dezembro de 1979, pp. 25-34. São Paulo:Forense, 2006.

_____. Provocação ou auxílio ao suicídio, *Revista de Direito Penal*. (11/12) julho-dezembro de 1973, pp. 35-47, São Paulo: RT, 1973.

FRANÇA, Kelly Bedin. Corpo, gênero e sexualidade: discussões, *Revista Estudos Feministas*; volume 13, número 1, páginas 186-190. Abril 2005.

FREITAS, Marta. Transgêneros (travestilidades), *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012.

FRIGNET, Henry. *O transexualismo*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2000.

FUJITA, Jorge. *Filiação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, vol. I: Parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Novo curso de direito civil, vol. III: Responsabilidade civil*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Novo curso de direito civil, vol. VI: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GÂNDAVO, Pero de Magalhães. *Tratado da Terra do Brasil; História da Província Santa Cruz*, Belo Horizonte: Itatiaia, 1980.

GARCÍA DE SOLAVAGIONE, Alicia. *Transexualismo – analisis jurídico y soluciones registrales*. Códoba: Avocatus, 2008.

GARGARELLA. Roberto. Matrimônio y diversidad sexual: el peso del argumento igualitário, *Matrimônio igualitario – perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Buenos Aires: Eudeba, 2010.

GERLERO. Mario Silvio. El pluralismo jurídico y la diversidad sexual, *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009.

_____. La construción de identidades desde los agrupamientos GLT, *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009.

GIMENES, Amanda Pegorini; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Homoafetividade: de Somoma ao STF, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica, *Família e cidadania: O novo CCB e a* vacatio legis. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

GOMES, Flávia Zoé. Identidad sexual y discurso político: sus vínculos desde los gêneros de opinión, *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Volume 1: Parte geral*. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Direito civil brasileiro. Volume 4: Responsabilidade civil*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Direito civil brasileiro. Volume 6: Direito de Família*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Responsabilidade civil*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

GRANT, Jaime M.; MOTTET, Lisa A.; TANIS, Justin; HERMAN, Jody L.; HARRISON, Jack; KEISLING, Mara. *National Transgender Discrimination Survey Report on health and health care*. Washington, 2010.

GREEN, James N.; POLITO, Ronald. *Frescos trópicos*. São Paulo: José Olympio, 2006.

GUAZZELLI, Mônica. A falsa denúncia de abuso sexual, *Incesto e alienação parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. ver. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005.

GUIMARÃES. Anibal. Sexualidade heterodiscordante no mundo antigo, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Os princípios de Yogyakarta, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HERMAN, Jody L.. *The Potential Impact of a Strict Voter Identification Law on Transgender Voters in North Carolina*. The Williams Institute, UCLA School of Law. Los Angeles. 2013.

HENGSTSCHLÄGER, Markus. TROTSENBURG, Michael Van. Sex chromosome aberrations and transsexualism**,** *Fertil Steril*, vol. 3, 2003, nº 79 p.639-640.

HIGHWATER. Jamake. *Mito e sexualidade*. São Paulo: Saraiva, 1992.

HILDER. Renata. Matrimônio Igualitario y espacio público em Argentina, *Matrimônio igualitario – perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Buenos Aires: Eudeba, 2010.

HOOFT, Pedro Frederico; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Autorização para realização da cirurgia e adequação do nome e sexo na Argentina, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012.

HU, Weilie. LU, Jun. ZHANG, Lichao. WU, Wen. NIE, Haibo. ZHU, Yunsong. DENG, Zhixiong. ZHAO, Yongbing. SHENG, Wen. CHAO, Qiyou. QIU, Xiaofu. YANG, Jinghua. BAI, Ying. A preliminary report of penile transplantation, *European urology* - 50 (2006) 851–853. Milan:Elsevier B. V., 2006. p. 851-853

JESUS. Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos*. Brasília: Autor, 2012.

KLABIN. Aracy Augusta Leme, *Aspectos jurídicos do transexualismo*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da FADUSP em 1977.

LAGRASTA NETO. Caetano. *Direito de Família: A família brasileira no final do Século XX*. São Paulo: Malheiros, 2000.

LAQUEUR, Thomas. Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos à Freud. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

LARRATÉA. Roberta Vieira. Dano moral por discriminação, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEITE JÚNIOR. Jorge. *Nossos corpos também mudam: Sexo, gênero e a invenção das categorias "travesti" e "transexual" no discurso científico*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Ciências Sociais da PUC-SP em 2008.

LISSNER. Ivar. *Os césares*. Belo Horizonte: Itatiaia. 1964..

LISTA. Carlos Alberto. Heteronomia vs. Autonomía: derecho, moral pública y homossexualidad en los noventa, *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009.

LITARDO, Emiliano. Tensiones y conflictos entre los principales agrupamientos políticos GLBTTTBI: Antecedentes y desarrollo, *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além dos *numerus clausus, Família e cidadania – o Novo CCB e a Vacatio Legis* **–** Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

LOPES, Caetano Levi. Direito ao conhecimento da ascendência genética – Conveniência e oportunidade, *Família e responsabilidade: Teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

LOREA, Roberto Arriada. Intolerância religiosa e casamento gay, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LÖWE, Ilana. Intersexe et transsexualités : les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique du sexe social, *Cahiers du Genre*, 2003/1 n° 34, p. 81-104. Paris: Harmattan, 2003.

LÖWE, Ilana; ROUCH, Hélène. *La distinction entre sexe e genre: une histoire entre biologie et culture*. Paris: Harmattan, 2003.

_____. Genèse et développement du genre : les sciences et les origines de la distinction entre sexe et genre, *Cahiers du Genre*, 2003/1 n° 34, p. 81-104. Paris: Harmattan, 2003.

LUCHI, Cinthia Sebenello Barden. *Bioética, direito e sexualidade*. São Paulo: Lawbook, 2007.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MALLORY, Christy; LIEBOWITZ, Sarah. *Local Laws and Government Policies Prohibiting Discrimination Based on Gender Identity in New York*. The Williams Institute, UCLA School of Law. Los Angeles. 2013.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010.

MARCHIORI. Alvaro. COCO. Nicola. *Il transessuale e la norma***.** Roma: Kappa, 1993

MATOS. Ana Carla Harmatiuk. Perspectiva Civil-Constitucional, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELO, Rogério Amador de; VIEIRA, Tereza Rodrigues. A heteronormatividade das representações midiáticas; símbolos presentes na construção da subjetividade homoafetiva, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MERLO, Marina Camps. *Identidad sexual y derecho – Estudio interdisciplinario del transexualismo*. Navarra: Eunsa, 2007.

MECCIA, Ernesto. Los peregrinos a la ley. Una tipología sobre discursos de expertos, jueces y legisladores em torno a las demandas LGTB y al matrimônio igualitário, *Matrimônio igualitario – perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Buenos Aires: Eudeba, 2010.

MEYEROWITZ, Joanne. *How sex changed: a history of transexuality in the United States*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, Tomo VII, 3ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1947.

MIZRAHI, Mauricio Luis. *Homosexualidad y transexualismo*. Buenos Aires: Astrea, 2006.

MOLD, Cristian Fetter. Alienação parental recíproca, *Incesto e alienação parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*, 33. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

MONTEZUMA, Márcia Amaral. Síndrome de alienação parental: diagnóstico médico ou jurídico, *Incesto e alienação parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORA, Edinei Aparecido; MONTAI Y LOPES, Augusto; PRANDI, Luiz Roberto. A utilização do nome social por travestis e transexuais na rede de ensino como forma de inclusão social, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, Alexandre Magno Augusto; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Homofobia: a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero na relação de trabalho, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012.

MOREIRA, Silvana do Monte. Adoção por casais homoafetivos, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012.

MOTT, Luiz. Raízes persistentes da homofobia no Brasil, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

_____. *Curso de direito civil: Direito de família – Vol. V*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de direito de família*. São Paulo: RT, 2013.

NERY JUNIOR. Nelson; NERY. Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado***.** 7ª ed. São Paulo: RT, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. *Aurora*, São Paulo, Escala, 2008.

NUNES, Rizzato. *Manual da Monografia Jurídica*, 4. ed. rev. ampl. atual., São Paulo, Saraiva, 2003.

OLIVEIRA JÚNIOR, Albino Queirós de. Direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, inclusive seus direitos sociais, *Direito civil constitucional* – Coord. Renan Lotufo. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA. Elisabete Regina Baptista de. Assexualidade e medicalização na mídia televisiva norte-americana, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012.

OLIVEIRA, Euclídes de. Alienação parental, *Família e responsabilidade: Teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

OLIVEIRA. Maria Rita de Holanda Silva. Reflexos da constitucionalização nas relações de família, *Direito civil constitucional* – Coord. Renan Lotufo. São Paulo: Malheiros, 2002.

OVÍDIO. *Metamorphosis*. Virgínia: A. S. Kline, 2000.

PECHENY, Mario. DAHESA, Daniel de la, Sexualidades y políticas em América Latina: el matrimônio igualitario em contexto, *Matrimônio igualitario – perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Buenos Aires: Eudeba, 2010.

PEDRIDO, Odile. Reparo de la identidad de gays-lesbianas-trans (GLT) em el área jurídica, *Derecho a la Sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009.

PEDROSA, João Batista. Bissexuais, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil – Vol. I*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

_____. *Instituições de direito civil: Direito de família – Vol. V*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

PEREIRA, Carolina Grant. Bioética e transexualidade: o “fenômeno transexual” e a construção do dispositivo da transexualidade (transexualismo) – o paradigma do “transexual verdadeiro” vigente no direito brasileiro, *Biodireito – CONPEDI/UNICURITIBA*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 76 – 105.

_____. Bioética e transexualidade: para além da patologização, uma questão de identidade de gênero. *Anais do XIX Encontro nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 842 – 858. http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4144.pdf. Acesso em 07.abr.2012.

PEREIRA, Pedro Paulo Gomes. A teoria queer e a Reinvenção do corpo, *Cadernos Pagu* (27), julho-dezembro de 2006: pp. 469-477. São Paulo, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Alienação parental: uma inversão da relação sujeito e objeto, *Incesto e alienação parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo: O direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife. Renovar. 2001.

PERES, Elizio Luiz. Breves comentários acerca da lei da alienação parental (lei 12.318/2010), *Incesto e alienação parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PERONA, Javier López-Galiacho. *La problemática jurídica de la transexualidad*. Madrid. McGraw-Hill. 1998.

PINTO, Mónica. La igualdad de la democracia, *Matrimônio igualitario – perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Buenos Aires: Eudeba, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. SILVA, Roberto B. Dias da. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Européia de Direitos Humanos e no judiciário brasileiro, *Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PORTILLO, Wendy; PAREDES, Raus. Asexualidad, *Revista Digital Universitaria*, Volumen 12 Número 3. Universidad Autonoma de Mexico, 2011.

PRADO, Marco Aurélio Máximo. JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia, hierarquização e humilhação social, *Diversidade sexual e homofobia no Brasil*. Coord. VENTURA, Gustavo. BOKANY, Vilma. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2011.

QUINTEROS, Nicolás. La representación de la homossexualidad em el cine comercial: una mirada sociojurídica, *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009.

RAGAZZI, José Luiz. GARCIA. Thiago Munaro. Princípios constitucionais, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAO, Diego. La diversidad sexual en la formación del abogado, *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009.

RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e autonomia da vontade em face das normas constitucionais, *Direito Civil Constitucional* – Coord. Renan Lotufo. São Paulo: Malheiros, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

_____.. *Função social da família*. Disponível em: http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm . Acesso em: 18.ago.2011

REIS, Carine Delgado Caúla. A dignidade da pessoa humana como limite ao exercício da liberdade de expressão, *Direito civil constitucional* – Coord. Renan Lotufo. São Paulo: Malheiros, 2002.

RENAULT, Mary. *O gênio de Alexandre*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1976.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A união homossexual à luz dos princípios constitucionais, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Direito Civil – 4: Direito de Família***.** São Paulo: Malheiros, 2011.

ROCLAW, Patricio Andrés. Travestismo y criminalización: hacia la búsqueda de la indiferencia, *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009.

ROUGHGARDEN, Joan. *Evolution's rainbow: diversity, gender, and sexuality in nature and people***.** Los Angeles: University of California Press. 2004.

_____. *Evolução do gênero e da sexualidade*. Londrina: Planta. 2005.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. Repensando a Síndrome de alienação parental, *Incesto e alienação parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RUGGIERI, Vezio; RAVENNA, Anna Rita. *Transessualismo e identità di genere***.** Roma: Gli Incontri. 1999

SAADEH, Alexandre. *Transtorno de identidade sexual: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino*. Tese de Doutorado, Departamento de Psiquiatria da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. 2004.

SAMPAIO, Liliana Lopes Pedral; COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. Quando o estranhamento se traduz em preconceito: trajetórias de vida de pessoas transexuais, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012.

SAMPAIO, Pedro. *Divórcio e separação judicial***.** Rio de Janeiro: Forense. 1978

SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O reconhecimento da família homoafetiva no Brasil, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012.

SANTOS, Moara de Medeiros Rocha. *Desenvolvimento da identidade de gênero em casos de intersexualidade: contribuições da psicologia*. Tese de Doutorado, Instituto de Psicologia da Universidade de Brasília. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. 2 tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. *Da eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Curitiba: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. *Direitos fundamentais sociais – estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA. Wagner. *Capitalismo Humanista – Filosofia humanista de direito econômico*. Petrópolis: KBR, 2011.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. . *Estatuto da Reprodução Assistida.* São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. 2013.

_____. *Novos paraadigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEFFNER, Fernando. *Identidade de gênero, orientação sexual e vulnerabilidade social in Diversidade sexual e homofobia no Brasil*. Coord. VENTURA, Gustavo. BOKANY, Vilma. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2011.

SENISE LISBOA, Roberto. *Manual de Direito Civil: Teoria geral do direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2009

_____. *Manual de Direito Civil – Obrigações e responsabilidade civil*. 4. ed. reform. São Paulo: Saraiva. 2009.

_____. *Manual de Direito Civil – Direito de Família e Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

SERRAVALLE, Paola D'Addino; PERLINGIERI, Pietro; STANZIONE, Pasquale. *Problemi giuridici del transessualismo.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1981.

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

_____. Homossexualidade: caracterização, panorama histórico, evolução terminológica e direito fundamental, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*, Brasília: Consulex, 2012

SILVA JÚNIOR, Jonas Alves. Uma explosão de cores: Sexo, sexualidade, gênero e diversidade, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*. Brasília: Consulex, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMÕES, Júlio Assis. FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-iris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2009.

SOCOLOFF, Nadia Soledad. La diversidad sexual em el derecho internacional, *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: RT, 2001.

SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo – Aspectos médicos-legais*, São Paulo, RT, 1993.

SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual: estudo sobre o transexualismo: aspectos médicos e jurídicos*. São Paulo: RT, 1998.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, 1: Lei de Introdução e parte geral*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2013.

_____. *Direito Civil, 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

_____. A responsabilidade civil dos pais pelos filhos e o bullying, *Família e responsabilidade: Teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil, 5: Direito de família*. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. 3. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Record, 2000.

TRINDADE. Jorge. Síndrome de alienação parental, *Incesto e alienação parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TOZZI, Piero A. *Six problems with "Yogyakarta Principles"*. Whashington, DC: C-FAM, 2007.

VAGGIONE, Juan Marco. La sexualidad em un mundo post secular. El activismo religioso y los derechos sexuales y reproductivos, *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009.

VALLE, Mariano Fernández. Después de "Matrimônio Igualitario", *Matrimônio igualitario – perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. 1ª ed., Buenos Aires: Eudeba, 2010.

VARELLA, Drauzio. *Transexuais*. Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/sexualidade/transexuais/>. Acesso em: 08.ago.2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. A hermenêutica jurídica, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Os princípios fundantes*, Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Minorias sexuais e ações afirmativas, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*. Brasília: Consulex, 2012.

_____. O STF e a união estável homoafetiva: análise dos fundamentos da decisão da ADPF nº 132 e da ADIN nº 4.277, *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*. Brasília: Consulex, 2012.

_____. Colisão e antinomia entre princípios e regras*, Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O Direito do transexual com filhos à cirurgia de transgenitalização, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Volume I – Parte geral*. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Direito Civil. Volume IV – Responsabilidade civil*. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Direito Civil. Volume VI – Direito de Família*. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Código Civil Interpretado*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

VENTURA, Miriam; BUGLIONE, Samantha. O direito à singularidade: a questão da transexualidade*, Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Transexualismo e respeito à autonomia: um estudo bioético dos aspectos jurídicos e de saúde da "terapia da mudança de sexo"*. Dissertação de Mestrado, Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca. 2007.

VIEIRA, Andréa Maria dos Santos Santana; VIEIRA, Pedro Gallo. Monumentos culturais e direitos fundamentais: a síntese dos ideais de um povo a partir de pré-compreensões ideológicas, *Revista de direito brasileira*. Ano 3, vol. 5 (maio-ago./2013) São Paulo: Conpedi, 2013.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e sexualidade***.** São Paulo: Cultura Jurídica, 2004.

_____. *Nome e Sexo – Mudanças no Registro Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Adequação de nome e sexo e a vulnerabilidade do transexual*, Minorias sexuais: direitos e preconceitos, Brasília: Consulex, 2012.*

_____. *Mudança de Sexo: Aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo: Santos, 2006.

_____. Transexualidade, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Aspectos psicológicos, médicos e jurídicos do transexualismo, *Psicólogo inFormação* ano 4, nº 4, jan/dez. 2000. São Paulo: Metodista, 2000.

_____. *Pelo reconhecimento da legalidade do direito de adequação do sexo do transexual*. Tese de Doutorado, PUC-SP. 1995.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. PIRES, Roberta Martins. Responsabilidade penal do cirurgião, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WARDLE, Lynn D. Questões de família: a importância da estrutura familiar e da integridade familiar*, Família e cidadania – o Novo CCB e a Vacatio Legis* **–** Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

ZAMBRANO, Elizabeth. Transexuais: identidade e cidadania, *Diversidade sexual e homofobia no Brasil*. Coord. VENTURA, Gustavo. BOKANY, Vilma. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2011.

REFERÊNCIA FILMOGRÁFICA

A Papisa Joana (Die Päpstin). WORTMAN, Sönke. Alemanha. 2009. 149 min, colorido, legendado.

A Pele que Habito (La piel que habito). ALMODÓVAR, Pedro. Espanha. 2011. 113 min, colorido, legendado.

A troca – Conexão repórter. SBT. Documentário. Brasil. 2013. 43 min, colorido.

American Transgender. National Geografic Channel. Documentário. Estados Unidos da América. 2012. 60 min., colorido, legendado.

Chaz Bono: Mudança de sexo (Becoming Chaz). BAILEY, Fenton. BARBATO, Randy. Documentário. Estados Unidos da América. 2011. 80 min, colorido, legendado.

Eu sou Jazz: uma família em transição (I'm Jazz: a family in transition). Documentário. Estados Unidos da América. 2011. 42 min, colorido, legendado.

Meu eu secreto – histórias de crianças trans. WALTER, Barbara. 20/20. Documentário. Estados Unidos da América. 2007. 44 min, colorido, legendado.

Meninos não choram (Boys don't cry). PEIRCE, Kimberly. Estados Unidos da América (EUA), 1999. 118 min., colorido, legendado.

Minha vida em cor de rosa (Ma vie en rose). BERLINER, Alain. 1997. 88 min., colorido, legendado.

Mistérios da sexualidade (Science of gender). ELISCO, David. National Geographic Channel. Documentário. Estados Unidos da América. 2012. 46 min, colorido, legendado.

Mutilações sexuais – Tabu América latina. ELISCO, David. National Geographic Channel. Documentário. Estados Unidos da América. 2010. 51 min, colorido, dublado.

Os transexuais do Irã. ESHAGHIAN, Tanaz. Documentário. Estados Unidos da América. 2010. 53 min, colorido, legendado.

Questão de gênero. NAJAR, Rodrigo. Brasil. 2011. Documentário. 90 min, colorido.

Transamérica. TUCKER, Duncan. Estados Unidos da América. 2005. 103 min., colorido, legendado.

Tabu Brasil – Mudança de sexo. RAJABALLY, Eduardo. National Geographic Channel. Brasil. 2013. Documentário. 44 min, colorido.

Um dia de cão (Dog Day afternoon). LUMET, Sidney. Estados Unidos da América. 1975. 124 min, colorido, legendado.

Vera. SEGALL, Sérgio Toledo. Brasil. 1983. 83 min, colorido.

APÊNDICES

ANEXO I

National Transgender Discrimination Survey Report on Health and Health Care

NATIONAL TRANSGENDER DISCRIMINATION SURVEY REPORT ON HEALTH AND HEALTH CARE

National Transgender Discrimination Survey Report on health and health care

Findings of a Study by the National Center for Transgender Equality and the National Gay and Lesbian Task Force By Jaime M. Grant, Ph.D., Lisa A. Mottet, J.D., and Justin Tanis, D.Min.

With Jody L. Herman, Ph.D., Jack Harrison, and Mara Keisling October 2010

Access to health care is a fundamental human right that is regularly denied to transgender and gender non-con- forming people.

Transgender and gender non-conforming people frequently experience discrimination when accessing health care, from disrespect and harassment to violence and outright denial of service. Participants in our study reported barri- ers to care whether seeking preventive medicine, routine and emergency care, or transgender-related services. These realities, combined with widespread provider ignorance about the health needs of transgender and gender non- conforming people, deter them from seeking and receiving quality health care.

Our data consistently show that racial bias presents a significant, additional risk of discrimination for transgender and gender non-conforming people of color in virtually every major area of the study, making their health care ac- cess and outcomes dramatically worse.

KEY HEALTH CARE FINDINGS

- Survey participants reported **very high levels of postponing medical care** when sick or injured due to discrimination (28%) or inability to afford it (48%);
- Respondents faced **significant hurdles to accessing health care**, including:
  - **Refusal of care**: 19% of our sample reported being refused care due to their transgender or gender non-conforming status, with even higher numbers among people of color in the survey;
  - **Harassment and violence in medical settings**: 28% of respondents were subjected to harassment in medical settings and 2% were victims of violence in doctor's offices;
  - **Lack of provider knowledge**: 50% of the sample reported having to teach their medical providers about transgender care;
- Despite the barriers, the **majority of survey participants have accessed some form of transition-related medical care**; the majority reported wanting to have surgery but have not had any surgeries yet;
- **If medical providers were aware of the patient's transgender status, the likelihood of that person experiencing discrimination increased**;
- Respondents reported **over four times the national average of HIV infection**, 2.64% in our sample compared to .6% in the general population, with rates for transgender women at 3.76%, and with those who are unemployed (4.67%) or who have engaged in sex work

(15.32%) even higher;

- Over a quarter of the respondents **misused drugs or alcohol specifically to cope with the discrimination** they faced due to their gender identity or expression;
- A staggering **41% of respondents reported attempting suicide** compared to 1.6% of the general population, with unemployment, low income, and sexual and physical assault raising the risk factors significantly.





Contents

Key Health Care Findings, 1

About the Survey, 2

Visual Non-Conformity, 2

Outness, 3

Transition, 3

Various Terms related to our transgender and gender non- conforming respondents, 4

Access to Health Care, 4

Transition-Related Care, 10

Counseling, 10

Hormone Therapy, 10

Surgery—Male-to-female, 11

Surgery—Female-to-male, 12

Health Vulnerabilities, 13

HIV, 13

Drug and Alcohol Use, 14 Smoking, 14

Suicide Attempts, 14

ABOUT THE SURVEY

Every day, transgender and gender non-conforming people bear the brunt of social and economic marginaliza- tion due to their gender identity. Advocates who work with transgender and gender non-conforming people have known this for decades as they have worked with clients to find housing, to obtain health and partnership benefits, or to save jobs terminated due to bias. Too often, policy makers, service providers, the media and society at large have dismissed or discounted the needs of transgender and gender non-conforming people in their communities,

and a paucity of hard data on the scope of anti-transgender discrimination has hampered the struggle for basic fairness.

In 2008, the National Center for Transgender Equality and the National Gay and Lesbian Task Force formed a ground-breaking research partnership to address this problem, launching the first comprehensive national transgen- der discrimination study. Over eight months, a team of community-based advocates, transgender leaders, research- ers, lawyers, and LGBT policy experts came together to create an original survey instrument. Over 7,000 people responded to the 70 question survey, providing data on virtually every significant aspect of transgender discrimi- nation—including housing, employment, health and health care, education, public accommodation, family life, criminal justice, and identity documents.

We present our health findings here, having just scratched the surface of this vast data source. We encourage advocates and researchers to consider our findings with an eye toward much-needed, in-depth future research. We expect this data set to both answer and provoke many questions for years to come about the discrimination trans- gender people experience. Please note that in some places, due to rounding, percentages will not add to 100%.

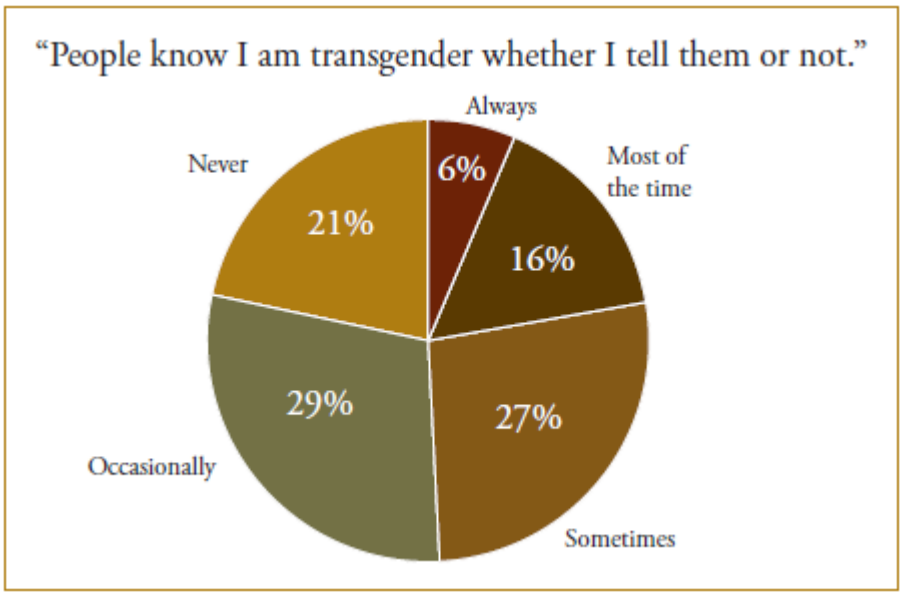
More extensive demographic and methodological information is presented at the end of this report. We present here some key terms and the ways in which we have used them later in this report.

Visual Non-Conformity

At the outset of our study, the research team hypothesized, based on our anecdotal experience, that those respon- dents whom others recognized as transgender might be at higher risk for discrimination and violence. Thus,

we asked whether the respondents believed their presentation matched their gender identity: "People know I am transgender whether I tell them or not." The term we developed for the study participants who are perceived to be transgender primarily because of visual indicators is *visual non-conformers*.

Throughout the report, we note the significance of visual non-conformity as a risk factor in eliciting anti-transgen- der bias and its attendant social and economic burdens.

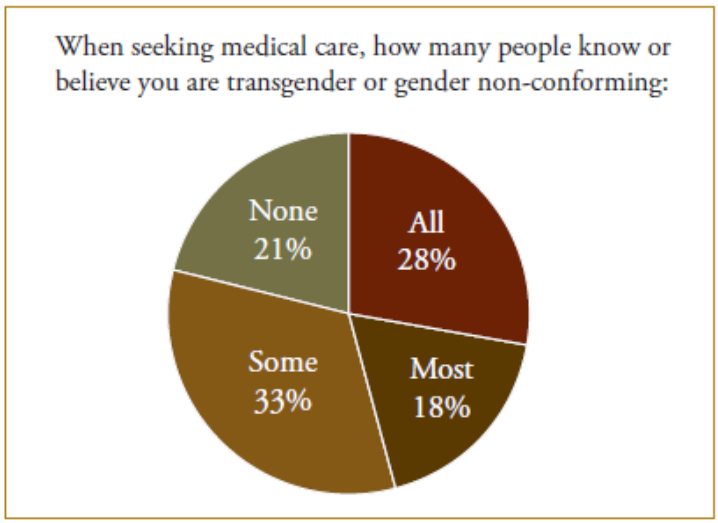


Outness

Along with visual conformity, the research team wondered about ***outness*** in the lives of our respondents. Our ques- tion was: does self-reporting in society that one is transgender or expressing gender non-conformity have a protec- tive effect against discrimination? In LGBT communities, there is an understanding of the process of ***coming out*** as a path to self-empowerment and public understanding. Some studies among lesbian, gay and bisexual people have shown positive effects of being out on social and economic outcomes.[1] Is the same true for transgender and gender non-conforming people? Multiple questions on levels of outness helped us establish a range of categories

from "out everywhere" to "not out at all" in order to ascertain whether outness has a positive or negative effect in the lives of transgender and gender non-conforming respondents.

Twenty-eight percent (28%) of respondents said they were out to all their medical providers. Eighteen percent (18%) said they were out to most, 33% said some or a few, and 21% were out to none.



Transition

Transition is a process that some, but not all, transgender and gender non-conforming people undertake to live as a gender different from the one they were assigned at birth. For some, the journey traveled from birth sex to their

current gender may involve primarily a social change but no medical component; for others, medical procedures are an essential step toward embodying their gender.

For some gender non-conforming respondents, transition as a framework has no meaning in expressing their gender—there may be no transition process at all, only recognition of a gender identity that defies convention. For other gender non-conforming people, transition is a meaningful concept that they do feel applies to their journey from birth gender to their current identity.

Respondents in our sample were asked questions that helped us identify whether or not they had embarked on a social or medical transition process in achieving embodiment of their gender. We hoped this data would be use- ful to us and to future researchers in considering the role of transition in (among other things) transgender health, economic security, experience of bias, and family life.

Two terms that we use throughout this report are ***medical transition*** and ***surgical transition***. Here we use surgical transition to identify those respondents who have had any type of transition-related surgical procedure. Medical transition includes any surgeries or hormonal treatment.

Various terms related to our transgender and gender non-conforming respondents

As discussed more extensively in the methodology and demographics section at the end of this report, we divided respondents into three categories for purposes of analysis: male-to-female transgender respondents, also called MTF or transgender women; female-to-male transgender respondents, also called FTM or transgender men; and gender non-conforming respondents, who are occasionally further divided into those on the female-to-male and those on the male-to-female spectrum.

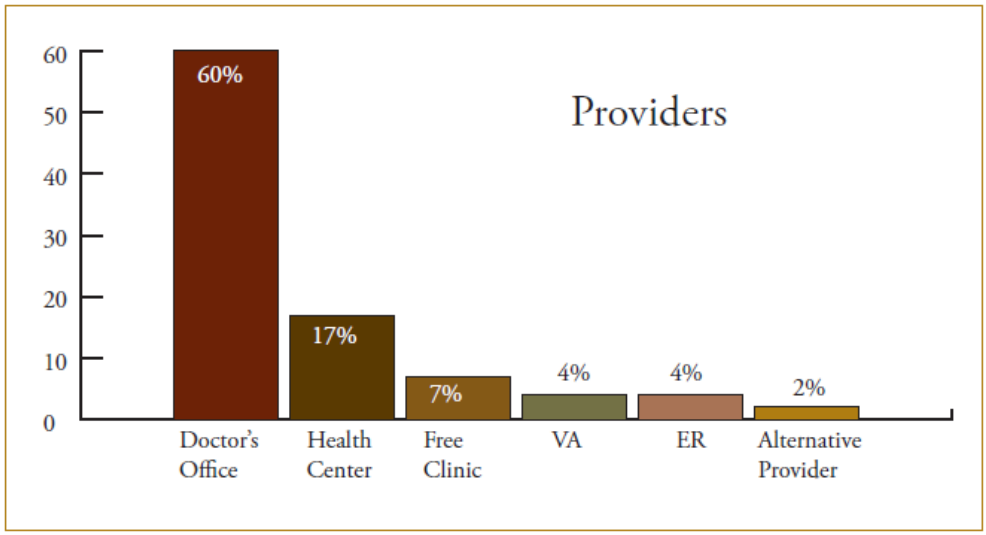
ACCESS TO HEALTH CARE

Health care settings

A majority of study participants sought care ("when you are sick or need advice about your health") through a doctor's office (60%); however a significant minority used health centers and clinics (28%). Four percent (4%) of respondents primarily used emergency rooms for care. Several studies have shown that individuals who use emer- gency rooms for primary care experience more adverse health outcomes than those who regularly see a primary physician.[2] Factors that correlated with increased use of emergency rooms (ERs) were:

- Race—17% of African-Americans used ERs as did 8% of Latino/a respondents;
- Income—8% of respondents earning under $10,000 per year used ERs;
- Employment status—10% of unemployed respondents and 7% of those who had lost their jobs due to bias used ERs;
- Education—13% of those with less than a high-school diploma used ERs.

Visual conformers and those who had identity documents that matched their presentation had the highest rates of using doctor's offices for their care.



Discrimination by Medical Providers

Denial of health care and multiple barriers to care are commonplace in the lives of trans- gender and gender non-conforming people. Subjects in our study seeking health care were denied equal treatment in doctor's offices and hospitals (24%), emergency rooms (13%), mental health clinics (11%), by EMTs (5%), and in drug treatment programs (3%).[3] Female-to-male respondents reported higher rates of unequal treatment than male-to-female respondents. Latino/a respondents reported the highest rate of unequal treatment of any racial category (32% by a doctor or hospital and 19% in both emer- gency rooms and mental health clinics).

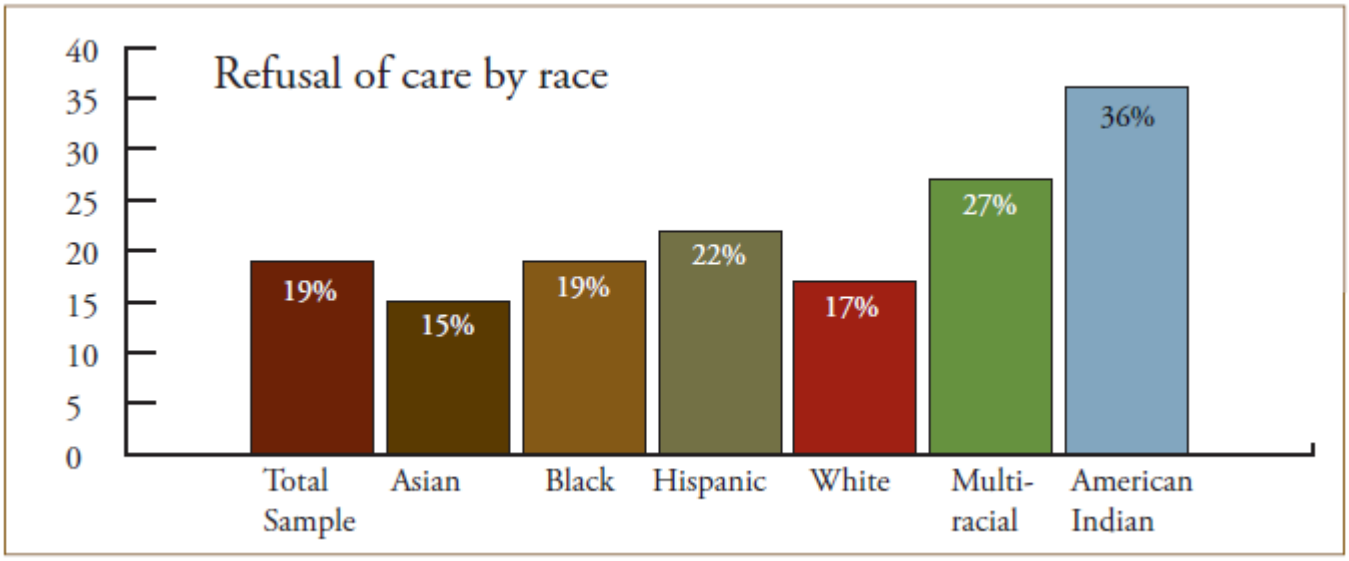
19%

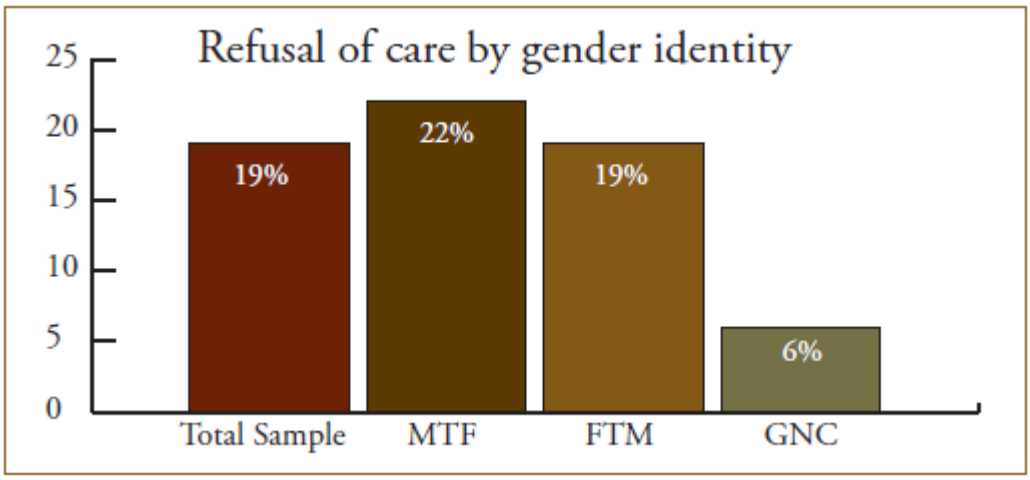
of respondents were refused treatment

We also asked whether respondents had been ***denied service altogether*** by doctors and other providers.[4] Nineteen percent (19%) had been refused treatment by a doctor or other provider because of their transgender or gender non-conforming status.

Twenty-two percent (22%) of MTF respondents reported having been refused treatment altogether, whereas 19% of FTM respondents did. Respondents who had lost jobs due to bias (36%); those who engaged in sex work, drug sales or other underground economies for income (30%); those on public insurance (28%); and those living full- time as their gender identity (25%) experienced high occurrence of refusal to treat.

A doctor or other provider refused to treat me because I am transgender or gender non-conforming:




Refusal of care by gender identity
25
20
15
10
5
0
19%
22%
19%
6%
Total Sample
MTF
FTM
GNC

Violence and Harassment when Seeking Medical Treatment

Doctors' offices, hospitals, and other sources of care were often unsafe spaces for study participants. Over one-quarter of respondents (28%) reported verbal harassment in a doctor's office, emergency room, or other medical setting and 2% of the respondents reported being physically attacked in a doctor's office.

2%

of the respondents reported being physically attacked in a doctor's office

Those particularly vulnerable to physical attack in doctors' offices and hospitals include those who have lost their jobs (6%); African-Americans (6%); those that engaged in sex work, drug sales or other underground economies (6%); those who transitioned before they were 18 (5%); and those who are undocumented non-citizens (4%). In emergency rooms, those more vulnerable to attack include those who are undocumented (6%); those who have engaged in sex work, drug sales, or other underground econo- mies for income (5%); those who lost their jobs (4%); and Asians (4%). Obviously, harassment and physical attacks have a deterrent effect on patients seeking additional care and impact the wider community as information about such abuses circulates.

Outness

In accordance with professional standards, doctors can provide more effective care when they have all medically relevant information about their patients. Unfortunately, our data shows that doctors' knowledge of a patient's transgender status increases the likeli- hood of discrimination and abuse. Medical professionals' awareness of their patient's transgender status ***increased experiences of discrimination*** among study participants up to eight percentage points depending on the setting:

- **Denied service altogether:** 23% of those who were out or mostly out to medical providers compared to 15% of those who were not out or partly out

28%

reported being verbally harassed in a medical setting

- **Harassment in ambulance or by EMT**: 8% of those who were out or mostly out to medical providers compared with 5% of those who were not out or partly out
- **Physically attacked or assaulted in a hospital**: 2% of those who were out or mostly out to medical providers compared with 1% of those who were not out or partly out

Medical Providers' Lack of Knowledge

When respondents saw medical providers, including doctors, they often encountered ignorance about basic tenets of transgender health and found themselves required to "teach my provider" to obtain appropriate care. Fully 50% of study respondents reported having to teach providers about some aspect of their health needs; those who report- ed "teaching" most often include female-to-male transgender respondents (61%), those who live full-time as their gender identity (61%), and those on public insurance (56%).

Postponement of Necessary and Preventive Medical Care

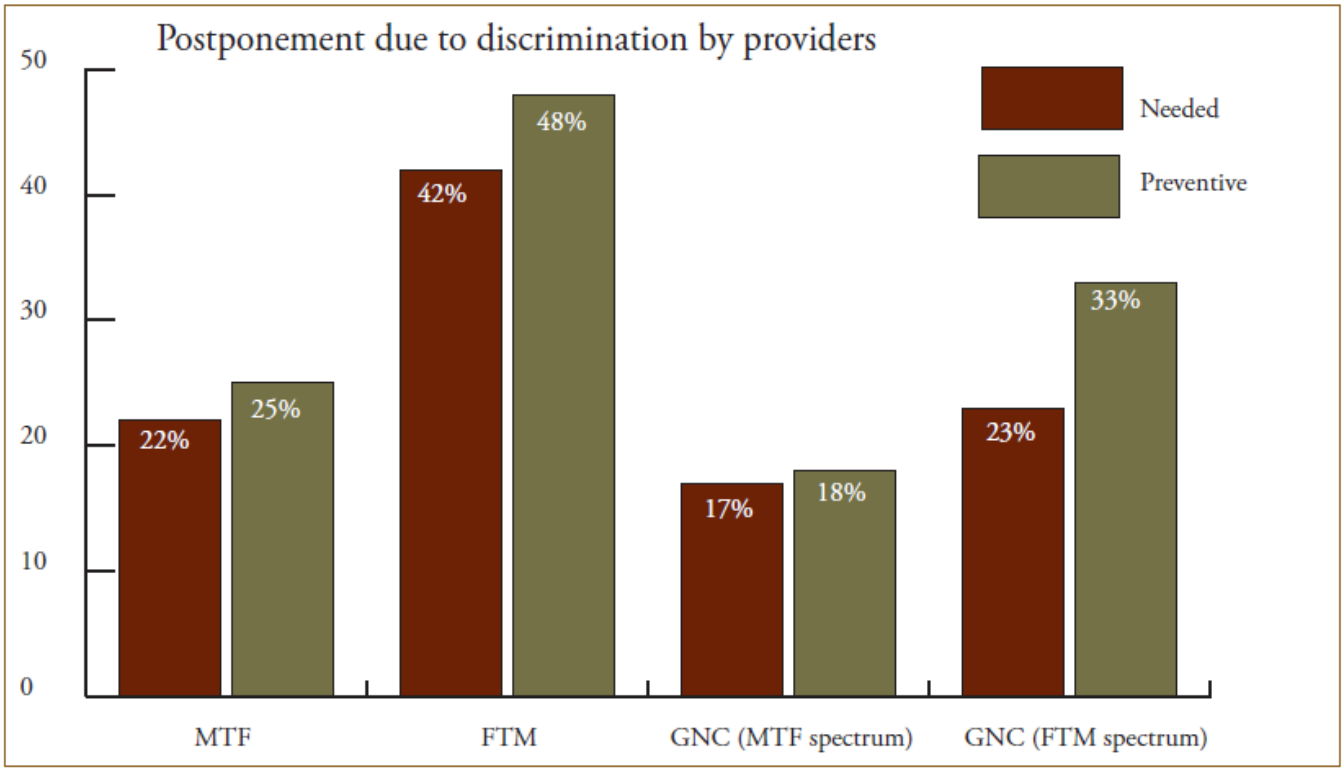
We asked respondents whether they postponed or did not try to get two types of health care: preventive care "like checkups" and necessary care "when sick or injured." We found that many postponed care because they ***could not afford it*** and many postponed care because of ***discrimination and disrespect from providers***.

One fourth of study participants report delaying needed care because of disrespect and discrimination from medical providers.

A significant number of study participants postponed necessary medical care due to inability to afford it, whether seeking care when sick or injured (48%), or pursuing preventive care (50%). Female-to-male transgender respondents report postponing any care due to inability to afford it at higher rates (55%) than male-to-female transgender respondents (45%).

Insurance played a significant factor: those who have private insurance were much less likely to postpone care because of inability to afford it when sick or injured (37%) than those with public (46%) or no insurance who postponed care (86%).

In terms of preventive care, those without insurance reported delaying care due to inability to afford it much more frequently (88%) than those with private insurance (39%) or public insurance (44%). Failing to obtain preventive care is known to lead to poor long-term health outcomes.



Due to discrimination and disrespect, 28% postponed or avoided medical treatment when they were sick or injured and 33% delayed or did not try to get preventive health care. Female-to-male transgender respondents reported postponing care due to discrimination and disrespect at a much higher frequency (42%, sick/injured; 48% preven- tive) than male-to-female transgender respondents (22%, sick/injured; 25% preventive). Those with the highest rates of postponement included those who have lost a job due to bias (45%) and those who have done sex work, sold drugs, or engaged in other underground economies for income (45%). Twenty-nine percent (29%) of re- spondents who were "out" or "mostly out" to medical providers reported they had delayed care when ill and 33% postponed or avoided preventive care because of discrimination by providers.

Access to Insurance

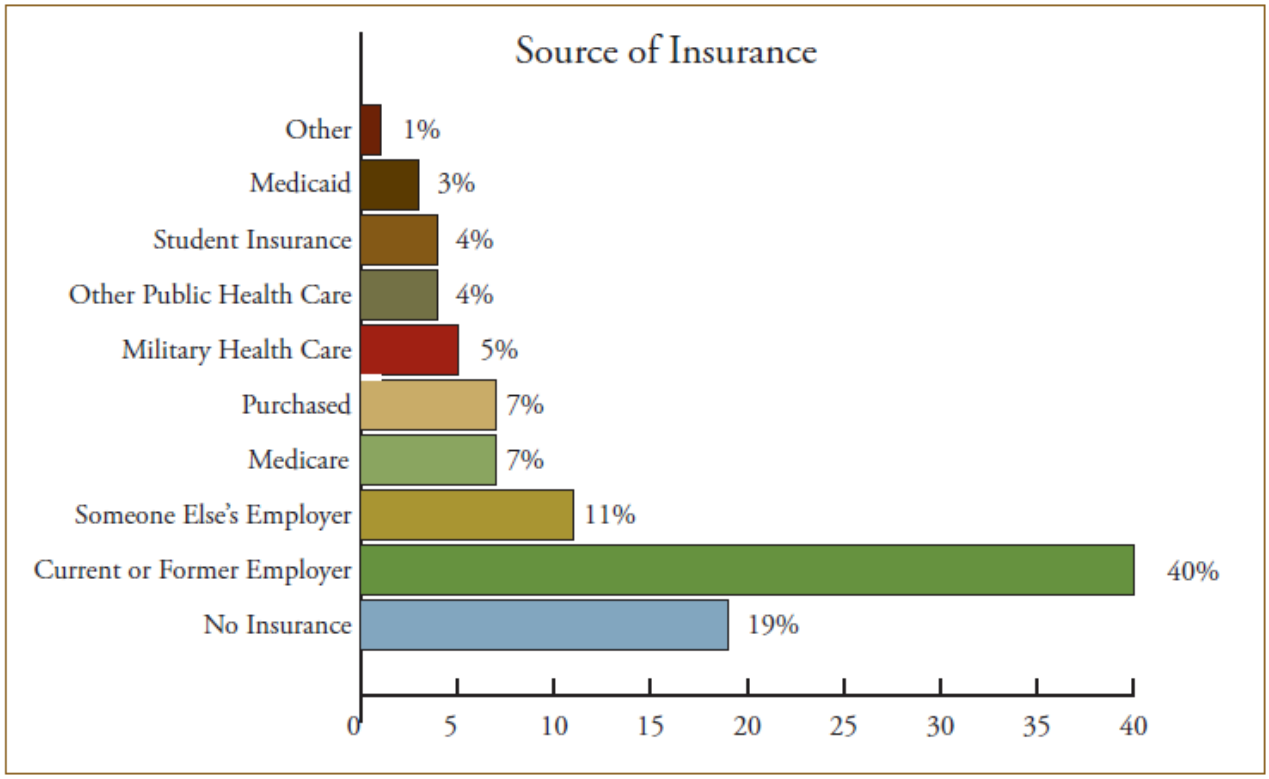
Study participants were less likely than the general population to have health insurance, more likely to be covered by state programs such as Medicare or Medicaid, and less likely to be insured by an employer.

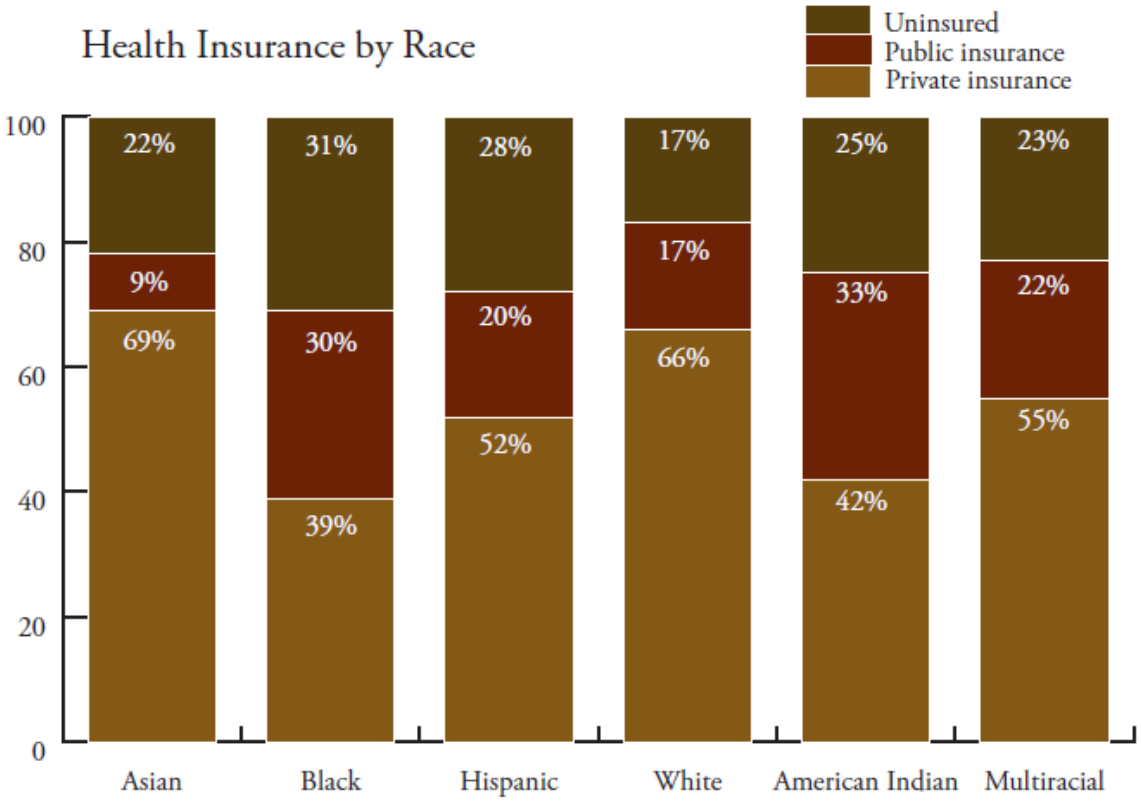
Nineteen percent (19%) of the sample lacked any health insurance compared to 15% of the general population.[5]

African-American respondents had the worst health insurance coverage of any racial category: 39% reported private coverage and 30% public. Thirty-one percent (31%) of Black respondents reported being uninsured; by contrast 66% of white respondents reported private insurance, 17% public insurance and 17% uninsured.

Undocumented non-citizens had very low rates of coverage: 26% reported private insurance, 37% public insurance, and 36% no insurance. The South was the worst region for coverage where 59% of respondents reported private insurance, 17% public insurance and 25% no insurance. In terms of gender, MTFs reported private insurance

at 56%, public insurance at 23% and 20% uninsured. FTMs reported private insurance at 69%, public insurance at 13% and 19% with no insurance. Gender non-conforming respondents were insured at higher rates than their transgender counterparts, with 73% private insurance, 11% public insurance, and 17% uninsured.




Health Insurance by Race
Uninsured
Public insurance
Private insurance
100
80
60
40
20
0
22%
9%
69%
31%
30%
39%
28%
20%
52%
17%
17%
66%
25%
33%
42%
23%
22%
55%
Asian
Black
Hispanic
White
American Indian
Multiracial

TRANSITION-RELATED CARE

Most survey respondents had sought or accessed some form of transition-related care. Counseling and hormone treatment were notably more utilized than any surgical procedures, although the majority reported wanting to "someday" be able to have surgery. The high costs of gender-related surgeries and their exclusion from most health insurance plans render these life-changing (in some cases, life-saving) and medically necessary procedures inacces- sible to most transgender people.

Throughout this section, we focus primarily on transgender people rather than on gender non-conforming people. Gender non-conforming people may also desire and sometimes acquire various forms of gender-related medical care.

The World Professional Association for Transgender Health (WPATH) publishes Standards of Care[6] which are guidelines for mental health, medical, and surgical professionals on the current consensus for providing assistance to patients who seek transition-related care. They are intended to be flexible to assist professionals and their patients in determining what is appropriate for each individual. The Standards of Care are a useful resource in understanding the commonly experienced pathways through transition-related care.

Counseling

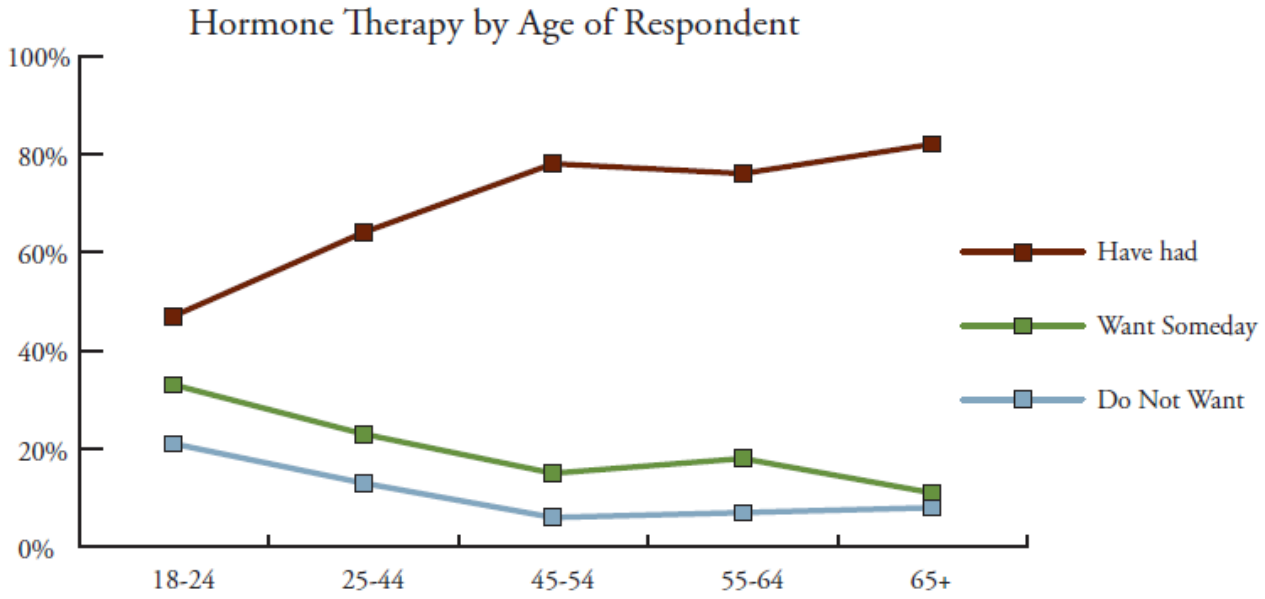
Counseling often plays an important role in transition. Because of the WPATH Standards of Care, medical provid- ers often require a letter from a qualified counselor stating that the patient is ready for transition-related medical care; transgender people may seek out counseling for that purpose. Counseling may also play a role in assisting with the social aspects of transition, especially in dealing with discrimination and family rejection.

Seventy-five percent (75%) of respondents received counseling related to their gender identity and an additional 14% hoped to receive it someday. Only 11% of the overall sample did not want it. Those who identified as trans- gender were significantly more likely to have had counseling (80%) than those who are gender non-conforming (48%). Eighty-nine percent (89%) of those who medically transitioned have received counseling along with 91% of those who had some type of surgery.

Part of counseling can involve receiving a gender-related mental health diagnosis such as "Gender Identity Disor- der." Many doctors require this diagnosis before providing hormones or surgical treatment, but the diagnosis itself is widely criticized as pathologizing naturally occurring gender variance.[7] Fifty-percent (50%) of study participants have received a gender-related mental health diagnosis. MTFs reported a higher rate of diagnosis (61%) than FTMs (53%); and transgender-identified participants had a significantly higher rate of diagnosis (58%) than gender non-conforming respondents (11%).

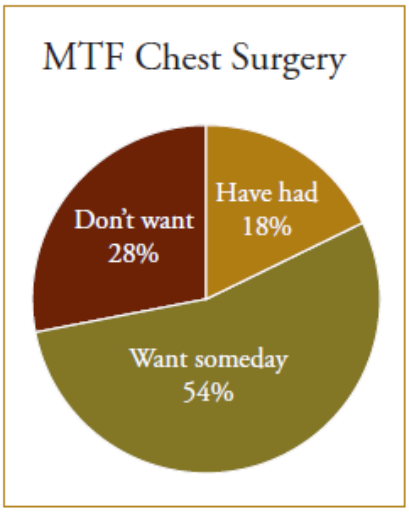
Hormone Therapy

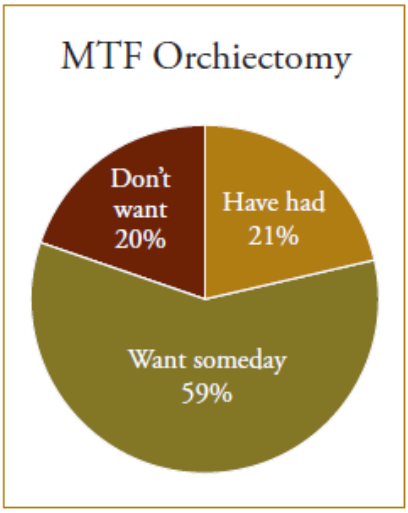
Sixty-two percent (62%) of respondents have had hormone therapy, with the likelihood increasing with age; an additional 23% hope to have it in the future. Transgender-identified respondents accessed hormonal therapy at much higher rates than their gender non-conforming peers, with those who identified as MTF more likely to have accessed hormone therapy (71%) than FTM respondents (66%). Almost all respondents who reported undertak- ing transition-related surgeries also reported receiving hormone therapy (93%).

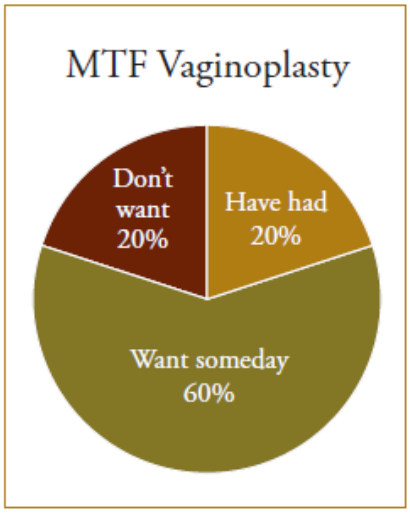


Surgery—Male-to-female

Transgender women may elect to undertake a variety of surgeries, including breast augmentation, orchiectomy (re- moval of testes), vaginoplasty (creation of a vagina and/or removal of the penis), and facial feminization surgery. We asked respondents to report on chest surgery, orchiectomy, and vaginoplasty. Three-quarters of transgender women reported that they desired to have surgery at some point in the future or had already done so. However, it is impos- sible to know how many would desire or utilize surgery if it were more financially accessible.

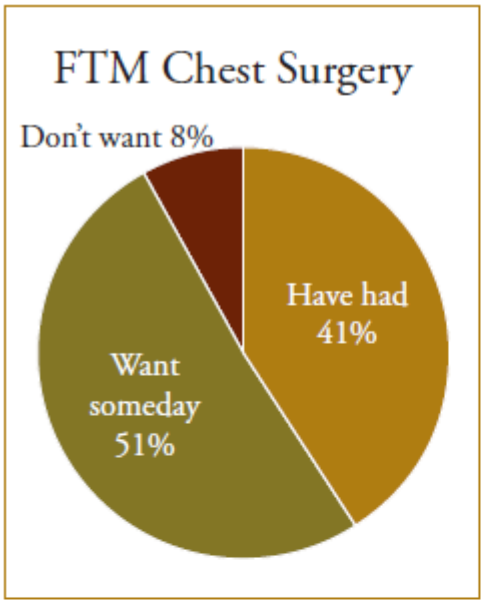

MTF Chest Surgery
Don't want 28%
Have had 18%
Want someday 54%

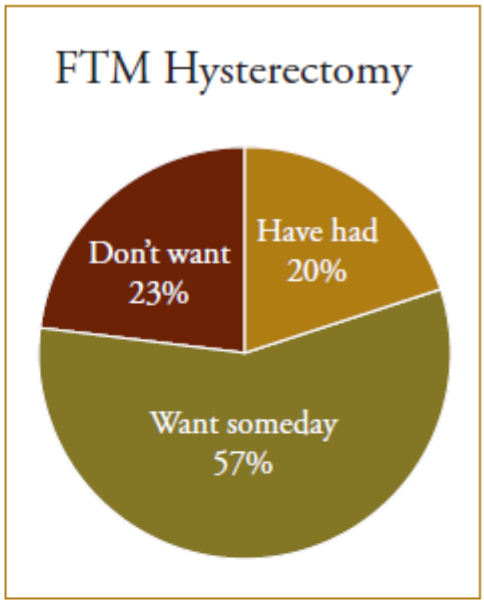

MTF Orchiectomy
Don't want 20%
Have had 21%
Want someday 59%

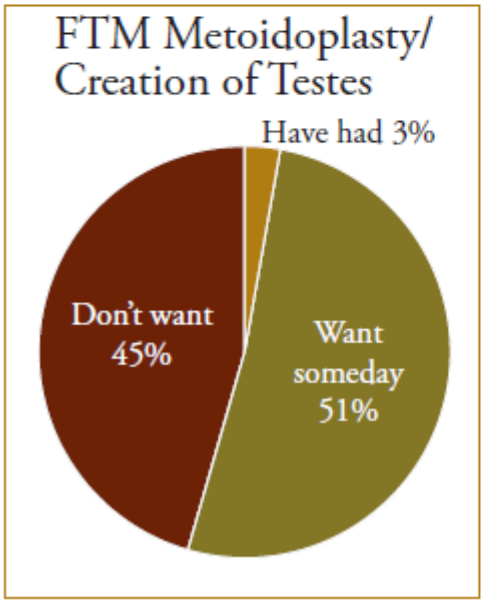

MTF Vaginoplasty
Don't want 20%
Have had 20%
Want someday 60%

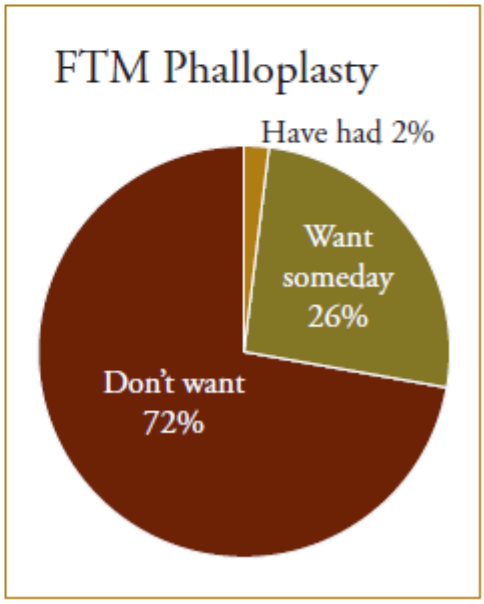
Surgery—Female-to-male

Transgender men may elect to undertake a variety of surgeries, including chest reconstruction, hysterectomy and other genital surgeries. We asked respondents to report on chest surgery; hysterectomy; metoidioplasty, which releases the clitoris; surgeries that create testes; and phalloplasty, which surgically creates a penis and testes. The majority of FTM transgender-identified respondents wanted to have, or have already had, chest surgery and a hysterectomy. However, when it came to genital surgeries, very few reported having such surgeries; a slim majority (51%) reported desiring other genital surgery such as metoidoplasty in addition to the 3% that have had it; and one-quarter (26%) wanted to have a phalloplasty in addition to the 2% who have had it. It is impossible to know how these rates would change if these surgeries were financially accessible.







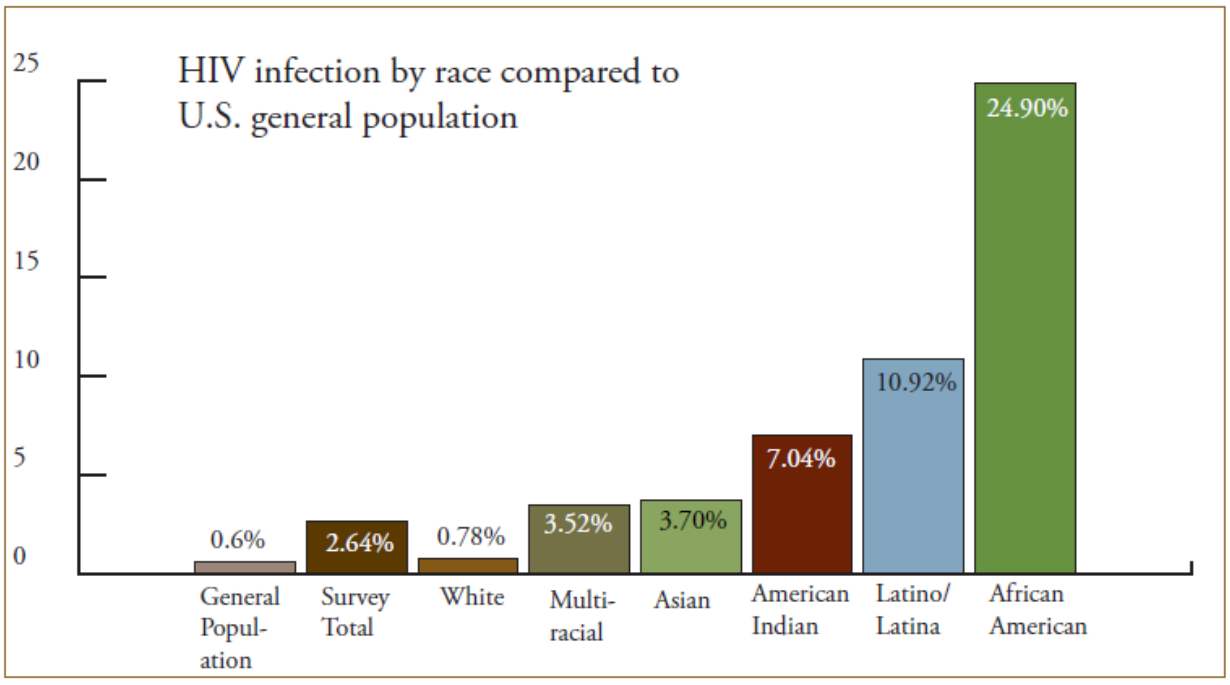


HEALTH VULNERABILITIES

Survey participants reported poorer health outcomes than the general population in a variety of critical health areas.

HIV

Respondents reported an HIV infection rate of 2.64%, over four times the rate of HIV infection in the general United States adult population (0.6%) as reported by the United Nations Programme on HIV/AIDS and the World Health Organization.[8] People of color reported HIV infection at significantly higher rates: 24.90% of African- Americans, 10.92% of Latino/as, 7.04% of American Indians, and 3.70% of Asian-Americans in the study reported being HIV positive. This compares with national rates of 2.4% for African Americans, .08% Latino/as, and .01% Asian Americans.[9] Non-U.S. citizens in our sample reported more than twice the rate of HIV infection of U.S. citizens (2.41%), with documented non-citizens at 7.84% and undocumented at 6.96%.



Engaging in sex work for income clearly was a major risk factor for study participants, with 61% of those who reported HIV infection in our sample having engaged in sex work. To consider this from a different angle, of all the people in our sample who had engaged in sex work, 15.32% reported being HIV positive.

Among survey participants, 91% of those who reported being HIV positive identified as either MTF or gender

non-conforming on the male-to-female spectrum. The reported rate of HIV infection for the MTF transgender re- spondents was 3.76%. The reported rate of HIV infection for FTM respondents was .48%, lower than the national average.

Other categories that reported significantly higher HIV rates than the sample as a whole were:

- Those without a high-school diploma (13.49%)
- Those with income below $10,000 a year (6.40%)
- Those who had lost a job due to bias (4.59%) or reported being unemployed

(4.67%) Eight percent (8%) of our sample reported that they did not know their HIV

status.

Drug and Alcohol Use

The National Institutes of Health (NIH) estimate that 7.3% of the general public abuses or is dependent on alcohol, while 1.7% abuses or is dependent on non-prescription drugs.[10] Eight percent (8%) of study participants reported currently using alcohol or drugs specifically to cope with the mistreatment that they received as a result of being transgender or gender non-conforming, while 18% said they had done so in the past but do not currently. We did not ask about general use of alcohol and drugs, only usage which the respondents described as a coping strategy for dealing with the mistreatment they face as a transgender or gender non-conforming person.

26% use or have used alcohol and drugs to cope with the impacts of discrimination.

Participation in sex work, drug sales, and other underground economies for income more than doubles the risk of alcohol or drug use because of mistreatment, with 19% of these respondents currently using alcohol and/or drugs while 36% reported that they had done so in the past. Also at elevated risk were those who had lost a job due to discrimination; 12% reported currently using drugs and alcohol, while 28% have done so in the past.

Alcohol and drug use decreased by age among our participants, the same as in studies of the general population,[11] with those 65 years and above reporting less than half the rate of use (4%) of those who are the 18-44 age range (9%). This contrasts with studies of LGBT populations that show a less dramatic decrease in use over the life cycle;[12] however, because our study only asked about use connected to mistreatment, the comparisons with both the general population and LGBT studies are not exact.

Smoking

Thirty percent (30%) of our sample reported smoking daily or occasionally, compared to 20.6% of U.S. adults.[13] Studies of LGBT adults show similar rates to our study, with elevated rates of 1.1-2.4 times that of the general population,[14] and a 2004 California study found a 30.7% smoking rate for transgender people.[15] In the general population, men smoke at higher rates than women, but in LGBT studies, women smoke at higher rates than men. Our sample resembled the LGBT data regarding elevated smoking levels but differed in that more men than women in our sample smoke, a pattern which is closer to that of the general population. When asked if they would "like to quit," 70% of smokers in the study selected yes.

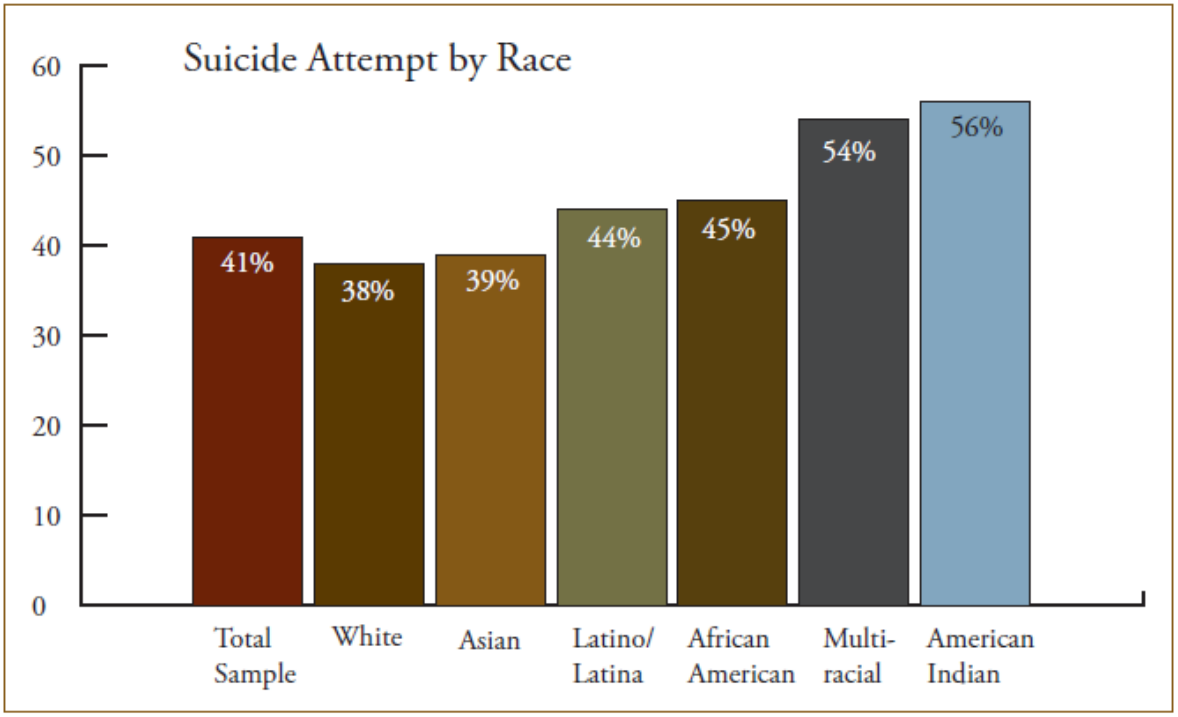
Comparisons[16]	General Population	Lesbian and Gay	Bisexual	Our Sample
Men	23.1%	26.5-30.9%	29.5-38.1%	33%
Women	18.3%	22.3-26%	30.9-39.1%	29%

Suicide Attempts

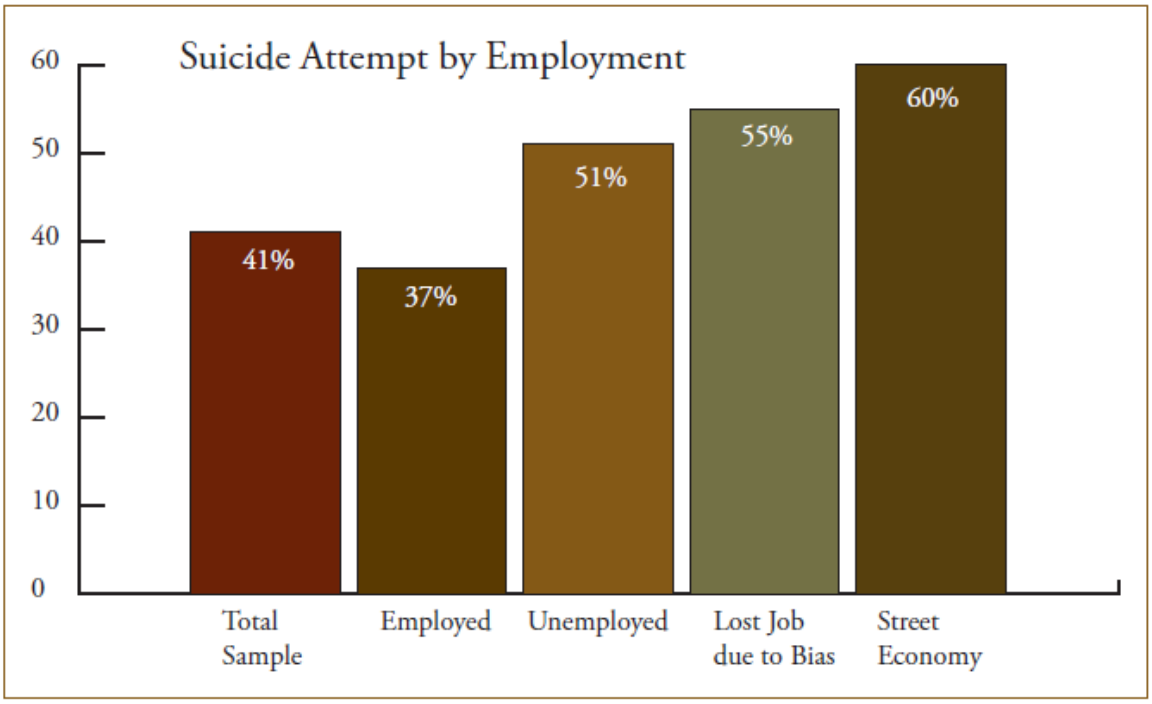
When asked "have you ever attempted suicide?" 41% of respondents answered yes. According to government health estimates, five million, or 1.6%, of currently living Americans have attempted suicide in the course of their lives.[17] Our study asked if respondents had ever attempted suicide while most federal studies refer to suicide at- tempts within the last year; accordingly it is difficult to compare our numbers with other studies. Regardless, our findings show a shockingly high rate of suicidality.

The National Institute for Mental Health (NIMH) reports that most suicide attempts are signs of extreme distress, with risk factors including precipitating events such as job loss, economic crises, and loss of functioning.[18] Given that respondents in this study reported loss in nearly every major life area, from employment to housing to family life, the suicide statistics reported here cry out for further research on the connection between the consequences of bias in the lives of transgender and gender non-conforming people and suicide attempts.[19]

NIMH also reports that generally African-Americans, Hispanics and Asians have significantly lower suicide rates than whites and American Indians; our sample showed a different pattern of risk for suicide by race.



Respondents' work status had a significant impact on their likelihood of having attempted suicide:



In terms of age cohort risk, the highest rates of suicide attempts in this study were reported among those in the 18-44 age cohort (45%), with only 16% of those over 65 reporting a suicide attempt. These rates are inverse to the general population, which shows a higher incidence of attempts among older Americans than youth.

Our data does not show at what age the respondents made suicide attempts and therefore it is difficult to draw conclusions about the risk of suicide over their life spans. However, there are a number of attributes that correlate with an increased rate of attempted suicide. High risk cohorts include visual non-conformers (44%); those who are generally out about their transgender status (44%); and those who have only some of their identity documents in their preferred gender (46%). Those who have medically transitioned (45%) and surgically transitioned (43%) have higher rates of attempted suicide than those who have not (34% and 39% respectively).

Those who were bullied, harassed, assaulted, or expelled because they were transgender or gender non-conforming in school also reported significantly elevated levels of suicide attempts (51% compared with 41% of our sample as a whole). Most notably, suicide attempt rates rise dramatically when teachers were the reported perpetrators: 59% for those harassed or bullied by teachers, 76% among those who were physically assaulted by teachers and 69% among those who were sexually assaulted by teachers. These numbers speak to the urgency of ending violence and harass- ment of transgender students by both their peers and their teachers.

Education and income both correlate with suicide rates, with those earning $10,000 annually or less at extremely high risk (54%), while those making more than $100,000 are at comparatively lower risk (26%), while still astronomically higher than the general population. Those who have not completed college attempted suicide at higher rates (48% among those with no high school degree, 49% for those with a high school degree only, and 48% for those with some college education) while those have completed college (33%) or graduate school (31%) have sig- nificantly lower rates.

Those who had survived violence perpetrated against them because they were transgender or gender non-conform- ing were at very high risk; 61% of physical assault survivors reported a suicide attempt, while sexual assault survi- vors reported an attempt rate of 65%.

CONCLUSION AND RECOMMENDATIONS

Respondents in our study reported significant barriers to health care and outrageous frequencies of anti-transgender bias in care, from disrespect to refusal of care, from verbal harassment to physical and sexual abuse. Transgender people of color and low income respondents faced significantly elevated risk of abuse, refusal of care, and poor health outcomes than the sample as a whole.

The data gathered here speak to a tremendous need to examine the connection between multiple incidences of discrimination, harassment, and abuse faced by our respondents in the health care system and the high risk for poor health outcomes. Additionally, our data suggest that discriminatory events are commonplace in the daily lives of transgender people and that this has a cumulative impact—from losing a job because of bias to losing health insur- ance; from experiencing health provider abuse to avoiding health care; from long-term unemployment to turning to work on the streets. The collective impact of these events exposed our respondents to increased risk for HIV infec- tion, smoking, drug/alcohol use, and suicide attempts.

It is important to note that the traumatic impact of discrimination also has health care implications. Transgender people face violence in daily life, compounded by the high rates of physical and sexual assault that transgender people face while accessing medical care, which leads to additional health care costs, both to treat the immediate trauma as well as ongoing physical and psychological issues that may be created.

As we have seen across a number of categories in the survey, the ability to work significantly impacts transgender health. In particular, those who have been fired due to anti-transgender bias and those who have engaged in sex work, drug sales, or other underground economies for income are much more likely to experience health risks that are shown to lead to poorer health outcomes.

Discrimination in the health care system presents major barriers to care for transgender people and yet a majority of our survey participants were able to access some transition-related care, with 75% receiving counseling and 62% obtaining hormones. Genital surgery, on the other hand, remains out of reach for a large majority, despite being desired by most respondents. This is one significant reason why legal rights for transgender people must never be determined by surgical status.

Recommendations

- Anti-transgender bias in the medical profession and U.S. health care system has catastrophic consequences for transgender and gender non-conforming people. This study is a call to action for the medical profession;
  - The medical establishment must fully integrate transgender-sensitive care into its professional standards, and this must be part of a broader commitment to cultural competency around race, class, and age;
  - Doctors and other health care providers who harass, assault, or discriminate against transgender and gender non-conforming patients should be disciplined and held accountable according to the standards of their professions.

- Public and private insurance systems must cover transgender-related care; it is urgently needed and is essential to basic health care for transgender people.
- Ending violence against transgender people must be a public health priority, because of the direct and indirect negative effect it has on both victims and on the health care system that must treat them.
- Medical providers and policy makers should never base equal and respectful treatment and the attainment of government-issued identity documents on:
  - Whether an individual has obtained surgery, given that surgeries are financially inaccessible for large majorities of transgender people because they are rarely covered by either public or private insurance;
  - Whether an individual is able to afford or attain proof of citizenship or legal residency.

- Rates of HIV infection, attempted suicide, drug and alcohol abuse, and smoking among transgender and gender non-conforming people speak to the overwhelming need for:
  - Transgender-sensitive health education, health care, and recovery programs;
  - Transgender-specific prevention programs.

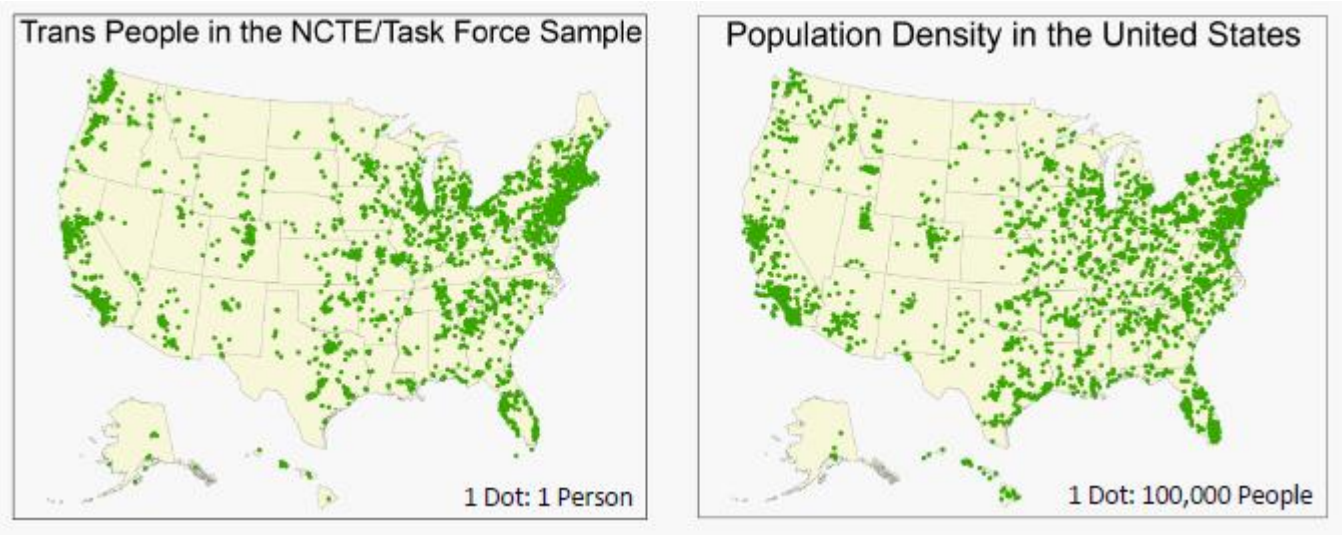
- Additional data about the health outcomes of transgender and gender non-conforming people is urgently needed;
  - Health studies and other surveys need to include transgender as a demographic category;
  - Information about health risks, outcomes and needs must be sought specifically about transgender populations;
  - Transgender people should not be put in categories such as "men who have sex with men" (MSM) as transgender women consistently are and transgender men sometimes are. Separate categories should be created for transgender women and transgender men so HIV rates and other sexual health issues can be accurately tracked and researched.

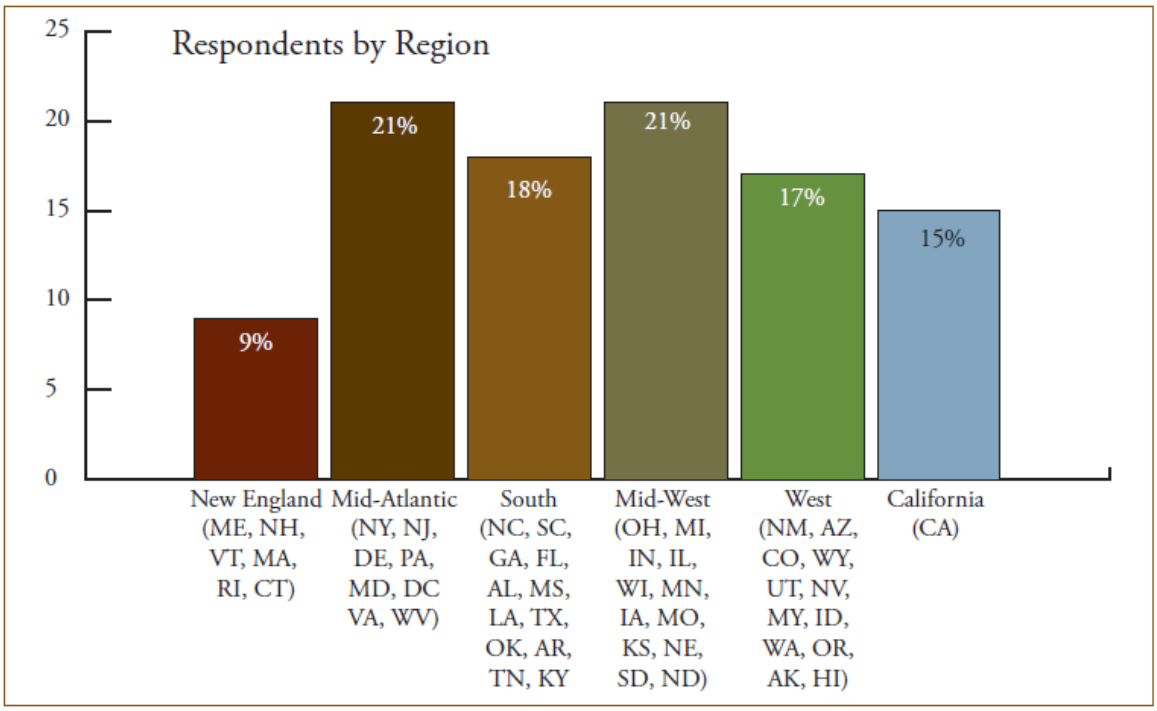
METHODOLOGY

The National Transgender Discrimination Survey is the most extensive survey of transgender discrimination ever undertaken. Over four months, our research team fielded its 70 question survey through direct contacts with more than 800 transgender-led or transgender-serving community-based organizations throughout the United States. We also contacted possible participants through 150 active online community listservs. The vast majority of respon- dents took the survey on-line, through a URL established at Pennsylvania State University.[21]

Additionally, we distributed 2,000 paper surveys to organizations serving hard-to-reach populations – including rural, homeless, and low-income transgender and gender non-conforming people –conducting phone follow-ups over three months. With only $3,000 in dedicated funding for outreach, we paid stipends to workers in home- less shelters, legal aid clinics, mobile health clinics, and other service settings to host "survey parties" to encourage respondents whose economic vulnerability, housing insecurity, or literacy level might pose particular barriers to participation. This effort resulted in the inclusion of 500 paper surveys in the final sample.[22]

While over 7,000 people completed online and paper surveys, the final study sample includes 6,450 valid respon- dents from all 50 states, the District of Columbia, Puerto Rico, Guam, and the U.S. Virgin Islands. Our geograph- ic distribution mirrors that of the general U.S. population.





Demographics.

We asked participants questions to help us create categories by which we could consider their reported experiences. Any attempt to create such constructs is limited and constraining. We did so in the interest of analyzing conditions and situations that are more harmful or less harmful and more empowering or more threatening to the well-being of our respondents.[23]

Gender Identity

Respondents identified across a broad spectrum of gender identities.

We asked several questions to establish the gender identity of our respondents, including: sex assigned at birth; cur- rent gender identity; and a list of terms that describe various gender identities including MTF, FTM, genderqueer, androgynous, two-spirited, etc. We asked respondents to indicate where they rested along a spectrum of identifica- tion with the many terms on our list, from "strongly" to "not at all." From this set of

responses, we created criteria for several gender categories that, though limited, provide a framework from which to analyze strengths, resiliencies, and exposure to prejudice and abuse.

In this report on health, we generally commented on the experiences of respondents who—via the choices described above—identify as male-to-female transgender (MTF), also referred to as transgender women, and female-to-male transgender (FTM), also referred to as transgender men. Fully 88% of all respondents fall into one of these two categories.

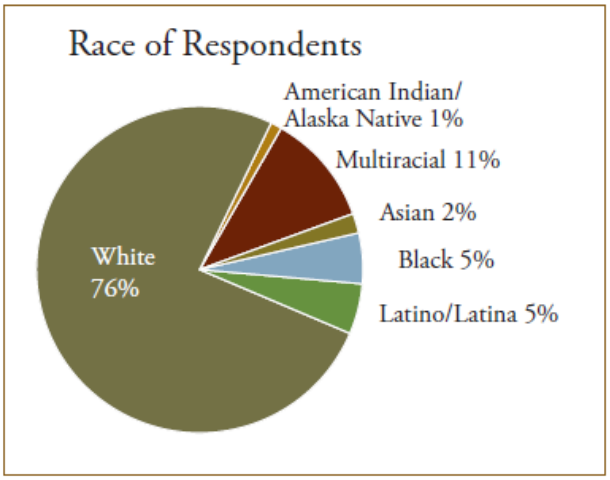
We also discussed the experiences of the 12% of the sample to whom we refer as "gender non-conforming," which includes those who identified as gender queer or as gender non-conforming. Three percent (3%) of our sample self-reported identifying as gender non-conforming along a male-to female spectrum of gender identity and 9% describe themselves as gender non-conforming along a female-to-male spectrum of gender identity.

While the research team understands gender identity and expression to be more complex and layered than the col- lapsed categories presented here, for the purposes of this study, these constructs created useful "containers" in which to organize and analyze respondents' experiences of anti-transgender bias and its impacts.

Race

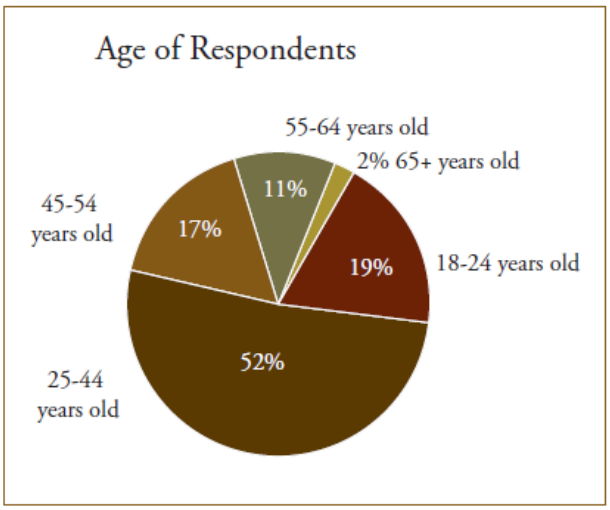
Along the same lines as our questions on gender, the research team used standard but simplified racial categories for the purposes of analysis and to avoid statistically insignificant sample sizes. The persistence of racism in the U.S. creates observable negative outcomes in terms of present-day realities for our transgender respondents. Our find- ings confirm what is obvious in American society today: structural racism—and its significant consequences—persists.

With a "check all that apply" instruction, respondents chose from a limited list of race signifiers. While our choices do not mirror Census demographic categories on race, which are more extensive, our sample's racial and ethnic breakdown resembles the national portrait of race and ethnicity.



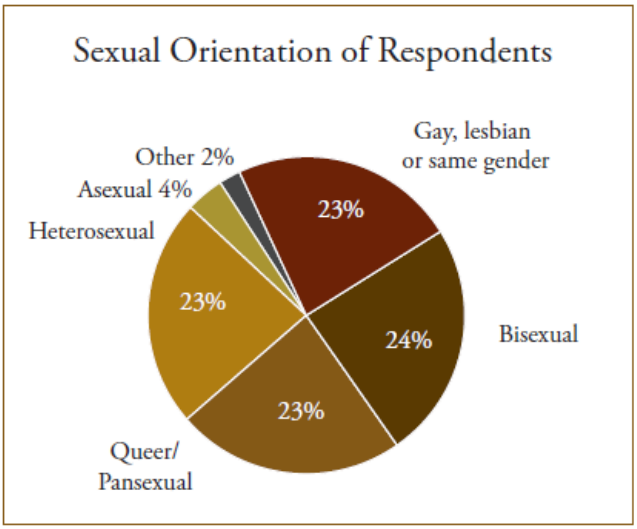
Age

The sample includes participants from 18 to 89 years of age. In nearly every age category, this is the largest sample of transgender experiences of discrimination ever collected.



Sexual Orientation

The sexual orientation of the sample demonstrates the diverse spectrum of sexual orientations among transgender and gender non-conforming people. Among respondents, 23% reported a lesbian, gay, or same-gender attracted sexual orientation; 24% identified as bisexual; 23% reported a queer/pansexual orientation; 23% reported a hetero- sexual sexual orientation; 4% describe themselves as asexual; and 2% wrote in other answers.



This chart illustrates the range of sexual orientations in the transgender community. Those who assume all trans- gender people are straight after transition are as incorrect as those who would assume them all to be gay, lesbian, or bisexual. These assumptions create additional barriers even in supposedly transgender-friendly spaces.

The common assumption that gender identity and sexual orientation form the basis for two distinct communities obscures the reality, documented here, that the majority of transgender people are lesbian, gay, bisexual, or queer- identified. While debate in the LGBT community often draws clear lines of demarcation between the LGBs and the Ts, our findings suggest that there is significant overlap.

ENDNOTES

[1]Some researchers have found that coming out to family members and others may have some positive influence on identity formation and social and intimate relationships for lesbians and gay men. Savin-Williams, R. (1989).

"Coming Out to Parents and Self-Esteem Among Gay and Lesbian Youths," *Journal of Homosexuality* 18(1-2); Mey- er, Ilan. (2003). "Prejudice, Social Stress, and Mental Health in Lesbian, Gay, and Bisexual Populations: Conceptual Issues and Research Evidence," *Psychol Bull* 129(5); Eliason, M. (1996). "Identity Formation for Lesbian, Bisexual, and Gay Persons," *Journal of Homosexuality* 30(3).

[2]See for example Foraselli, P., DeAngelis, C., & Kaszuba, A. (1985). Compliance with follow-up appointments generated in a pediatric emergency room. *Am J Prev Med*, 1(3), *Pediatr Emerg Care*. Chande, V.T., Krug, S.E., & Warm, E.F. (1996). Pediatric emergency department utilization habits: a consumer survey. *Pediatr Emerg Care*, 12(1).

[3]These results were based on our question 30, which was prefaced by: "Based on being transgender/gender non- con- forming, please check whether you have experienced any of the following in these public spaces," and asked respon- dents to indicate whether they had been "denied equal treatment or service" for each of the various locations.

[4]These results were based on our question 43, which was prefaced by: "Because you are transgender/gender non- conforming, have you had any of the following experiences?" and asked respondents to indicate whether "a doctor or other provider refused to treat me because I am transgender/gender nonconforming."

[5]DeNavas-Walt, C., Proctor, B., Smith, J., & U.S. Census Bureau. (2009). Current Population Reports, Income, Poverty, and Health Insurance Coverage in the United States: 2008. Retrieved September 22, 2010, from http:// www.census.gov/prod/2009pubs/p60-236.pdf

[6]World Professional Association of Transgender Health. (2001). Standards of Care for Gender Identity Disorders, Sixth Version. Retrieved September 21, 2010, from http://www.wpath.org/documents2/socv6.pdf

[7]The National Gay and Lesbian Task Force's statement on reform of the American Psychiatric Association's Diagnos- tic and Statistical Manual (DSM) can be accessed at http://www.transgenderlaw.org/medicalhealthcare/NGLTF_ DSM_Statement.pdf . The National Center for Transgender Equality's position may be found at http://transgende- requality.wordpress.com/wp-admin/post.php?post=264&action=edit .

[8]United Nations Programme on HIV/AIDS (UNAIDS), & World Health Organization (WHO). (2007). 07 AIDS Epidemic Update. Retrieved September 14, 2010, from http://data.unaids.org/pub/EPISlides/2007/2007_epiup- date_en.pdf

[9]Henry J. Kaiser Family Foundation. (2007). The HIV-AIDS Epidemic in the United States. Retrieved September 14, 2010, from http://www.kff.org/hivaids/upload/3029-071.pdf

[10]Substance Abuse and Mental Health Services Administration. (2009). Results from the 2008 National Survey on Drug Use and Health: National Findings. Retrieved September, 14, 2010, from http://www.oas.samhsa.gov/ nsduh/2k8nsduh/2k8Results.pdf

[11]Substance Abuse and Mental Health Services Administration. (2010). Results from the 2009 National Survey on Drug Use and Health: Volume I. Summary of National Findings. Office of Applied Studies, NSDUH Series H- 38A, HHS Publication No. SMA 10-4586Findings. In particular, see p. 30, chart 3.1.

[12]National Institute on Alcohol and Alcoholism. (2005). Sexual Orientation and Alcohol Use Disorders. Retrieved September 24, 2010, from http://pubs.niaaa.nih.gov/publications/social/Module10GSexualOrientation/Modu- le10G.html.

[13]American Lung Association. (2010). Smoking Out a Deadly Threat: Tobacco Use in the LGBT Community. Retrieved September 14, 2010, from http://www.lungusa.org/assets/documents/publications/lung-disease-data/lgbt- report.pdf

[14]Review of literature aggregated in American Lung Association. (2010). Smoking Out A Deadly Threat: Tobacco Use in the LGBT Community. Retrieved September 14, 2010, from http://www.lungusa.org/assets/documents/ publications/lung-disease-data/lgbt-report.pdf.

[15]Bye, L., Gruskin, E., Greenwood, G., Albright, V., & Krotki, K. (2005). California Lesbians, Gays, Bisexuals, and Transgender (LGBT) Tobacco Use Survey – 2004. California Department of Health Services. Retrieved September 14, 2010, from http://www.cdph.ca.gov/programs/tobacco/Documents/CTCP-LGBTTobaccoStudy.pdf

[16]The general population, lesbian and gay, and bisexual data in this table is from Bye, L., Gruskin, E., Greenwood, G., Albright, V.,& Krotki, K. (2005). California Lesbians, Gays, Bisexuals, and Transgender (LGBT) Tobacco Use Survey – 2004. California Department of Health Services. Retrieved September 14, 2010, from http://www.cdph. ca.gov/programs/tobacco/Documents/CTCP-LGBTTobaccoStudy.pdf. The data on transgender persons is ours.

[17]"U.S.A. Suicide: 2002 Official Final Data," prepared for the American Association of Suicidology by John L. Mc- Intosh, Ph.D. Official data source: Kochanek, K.D., Murphy, S.L., Anderson, R.N., & Scott, C. (2004). Deaths: Final data for 2002. National Vital Statistics Reports, 53 (5). Hyattsville, MD: National Center for Health Statistics DHHS Publication No. (PHS) 2005-1120. Population figures source: table I, p.108. of the National Center for Health Statistics (Kochanek et al., 2004), see http://www.sprc.org/library/event_kit/2002datapgv1.pdf

[18]National Institute of Mental Health. (2010). Suicide in the U.S.: Statistics and Prevention. Retrieved September 22, 2010, from http://www.nimh.nih.gov/health/publications/suicide-in-the-us-statistics-and-prevention/index. shtml

[19]American Foundation for Suicide Prevention. (2010). Risk Factors for Suicide. Retrieved September 22, 2010, from http://www.afsp.org/index.cfm?fuseaction=home.viewPage&page_id=05147440-E24E-E376-BDF4BF-8BA6444E76. According to the Substance Abuse and Mental Health Services Administration, adults who have had a major depressive episode—the leading risk factor for suicide—in the previous twelve months had an attempt rate of 10.4%.

[20]National Institute of Mental Health. (2010). Suicide in the U.S.: Statistics and Prevention. Retrieved September 22, 2010, from http://www.nimh.nih.gov/health/publications/suicide-in-the-us-statistics-and-prevention/index. shtml

[21]The National Transgender Discrimination Survey met the standards established by Pennsylvania State University's Institutional Review Board (IRB) to ensure the confidentiality and humane treatment of our survey participants.

We are grateful to Dr. Susan Rankin, a nationally recognized LGBT researcher, for hosting our study through Penn- sylvania State University's Consortium on Higher Education.

[22]We are grateful to the LGBT Tobacco Control Network for this funding, which undoubtedly improved access to the study and allowed us to explore levels of tobacco use among transgender people.

[23]We use terms in this study that have different meanings across nations, cultures, and regions. For the purposes of analyzing information reported in this study, we necessarily had to develop working definitions that may differ in other contexts.

ACKNOWLEDGEMENTS

We are grateful for the supplemental funding for this study provided by the LGBT Tobacco Control Network.

We would like to thank the other members of the original team for their invaluable contributions: Susan (Sue) Rankin, Ph.D, Steve Aurand, and especially Somjen Frazer. We also extend our gratitude to Scout, Ph.D, Moon- hawk River Stone, Tey Meadow, Stephen Wiseman, Robert Valadéz, Chloe A. Mirzayi, Amanda Harris, Morgan Goode, and Nick Ray.



1325 Massachusetts Avenue NW, Suite 700
Washington, DC 20005
202.903.0112
www.TransEquality.org



1325 Massachusetts Avenue NW, Suite 600
Washington, DC 20005
202.393.5177
www.TheTaskForce.org

ANEXO II

Resolução CFM Nº 1.955/10

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA
RESOLUÇÃO CFM nº 1.955/2010
(Publicada no D.O.U. de 3 de setembro de 2010, Seção I, p. 109-10)

O **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO a competência normativa conferida pelo artigo 2º da Resolução CFM nº 1.246/88, publicada no DOU de 26 de janeiro de 1988, combinado ao artigo 2º da Lei nº 3.268/57, que tratam, respectivamente, da expedição de resoluções que complementem o Código de Ética Médica e do zelo pertinente à fiscalização e disciplina do ato médico; **(onde se lê "Resolução CFM nº 1.246/88, publicada no D.O.U. de 26 de janeiro de 1988", leia-se "Resolução CFM nº 1.931/2009, publicada no D.O.U. de 24 de janeiro de 2009, Seção I, p. 90.")**
CONSIDERANDO ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio;
CONSIDERANDO que a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal brasileiro, haja vista que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico;
CONSIDERANDO a viabilidade técnica para as cirurgias de neocolpovulvoplastia e/ou neofaloplastia;
CONSIDERANDO o que dispõe o parágrafo 4º do artigo 199 da Constituição Federal, que trata da remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como o fato de que a transformação da genitália constitui a etapa mais importante no tratamento de pacientes com transexualismo;
CONSIDERANDO que o artigo 14 do Código de Ética Médica veda os procedimentos médicos proibidos em lei, e o fato de não haver lei que defina a transformação terapêutica da genitália *in anima nobili* como crime;
CONSIDERANDO que o espírito de licitude ética pretendido visa fomentar o aperfeiçoamento de novas técnicas, bem como estimular a pesquisa cirúrgica de transformação da genitália e aprimorar os critérios de seleção;
CONSIDERANDO o que dispõe a Resolução CNS nº 196/96, publicada no DOU de 16 de outubro de 1996;
CONSIDERANDO o estágio atual dos procedimentos de seleção e tratamento dos casos de transexualismo, com evolução decorrente dos critérios estabelecidos na Resolução CFM nº 1.652/02 e do trabalho das instituições ali previstas;
CONSIDERANDO o bom resultado cirúrgico, tanto do ponto de vista estético como funcional, das neocolpovulvoplastias nos casos com indicação precisa de transformação do fenótipo masculino para feminino;
CONSIDERANDO as dificuldades técnicas ainda presentes para a obtenção de bom resultado tanto no aspecto estético como funcional das neofaloplastias, mesmo nos casos com boa indicação de transformação do fenótipo feminino para masculino;
CONSIDERANDO que o diagnóstico, a indicação, as terapêuticas prévias, as cirurgias e o prolongado acompanhamento pós-operatório são atos médicos em sua essência;
CONSIDERANDO o Parecer CFM nº 20/10, aprovado em 12 de agosto de 2010;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária de 12 de agosto de 2010,

RESOLVE:

Art. 1º Autorizar a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo.
Art. 2º Autorizar, ainda a título experimental, a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia.
Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:
1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
4) Ausência de outros transtornos mentais.(Onde se lê "Ausência de outros transtornos mentais", leia-se "Ausência de transtornos mentais")
Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:
1) Diagnóstico médico de transgenitalismo;
2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.
Art. 5º O tratamento do transgenitalismo deve ser realizado apenas em estabelecimentos que contemplem integralmente os pré-requisitos estabelecidos nesta resolução, bem como a equipe multidisciplinar estabelecida no artigo 4º.
§ 1º O corpo clínico destes hospitais, devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina, deve ter em sua constituição os profissionais previstos na equipe citada no artigo 4º, aos quais caberá o diagnóstico e a indicação terapêutica.
§ 2º As equipes devem ser previstas no regimento interno dos hospitais, inclusive contando com chefe, obedecendo aos critérios regimentais para a ocupação do cargo.
§ 3º Em qualquer ocasião, a falta de um dos membros da equipe ensejará a paralisação de permissão para a execução dos tratamentos.
§ 4º Os hospitais deverão ter comissão ética constituída e funcionando dentro do previsto na legislação pertinente.
Art. 6º Deve ser praticado o consentimento livre e esclarecido.
Art. 7º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se a Resolução CFM nº 1.652/02.

Brasília-DF, 12 de agosto de 2010

ROBERTO LUIZ D'AVILA HENRIQUE BATISTA E SILVA
Presidente Secretário-geral

ANEXO III

PORTARIA Nº 1.707/08 (Ministério da Saúde)

Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão.

PORTARIA Nº 1.707, DE 18 DE AGOSTO DE 2008

Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão.

O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso das suas atribuições, que lhe confere os incisos I e II do parágrafo único do artigo 87 da Constituição e,

Considerando que a orientação sexual e a identidade de gênero são fatores reconhecidos pelo Ministério da Saúde como determinantes e condicionantes da situação de saúde, não apenas por implicarem práticas sexuais e sociais específicas, mas também por expor a população GLBTT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais) a agravos decorrentes do estigma, dos processos discriminatórios e de exclusão que violam seus direitos humanos, dentre os quais os direitos à saúde, à dignidade, à não discriminação, à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade;

Considerando que a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, instituída pela Portaria nº 675/GM, de 31 de março de 2006, menciona, explicitamente, o direito ao atendimento humanizado e livre de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero a todos os usuários do Sistema Único de Saúde (SUS);

Considerando que o transexualismo trata-se de um desejo de viver e ser aceito na condição de enquanto pessoa do sexo oposto, que em geral vem acompanhado de um mal-estar ou de sentimento de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico, situações estas que devem ser abordadas dentro da integralidade da atenção à saúde preconizada e a ser prestada pelo SUS;

Considerando a Resolução nº 1.652, de 6 de novembro de 2002, do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre a cirurgia do transgenitalismo;

Considerando a necessidade de regulamentação dos procedimentos de transgenitalização no SUS;

Considerando a necessidade de se estabelecerem as bases para as indicações, organização da rede assistencial, regulação do acesso, controle, avaliação e auditoria do processo transexualizador no SUS, e

Considerando a pactuação ocorrida na Reunião da Comissão Intergestores Tripartite - CIT do dia 31 de julho de 2008, resolve:

Art. 1º - Instituir, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador a ser empreendido em serviços de referência devidamente habilitados à atenção integral à saúde aos indivíduos que dele necessitem, observadas as condições estabelecidas na Resolução nº 1.652, de 6 de novembro de 2002, expedida pelo Conselho Federal de Medicina.

Art. 2º - Estabelecer que sejam organizadas e implantadas, de forma articulada entre o Ministério da Saúde, as Secretarias de Saúde dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, as ações para o Processo Transexualizador no âmbito do SUS, permitindo:

I - a integralidade 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 discriminação, 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 a e 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 pólos de educação permanente em saúde.

Art. 3º - Determinar à Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde - SAS/MS que, isoladamente ou em conjunto com outras áreas e agências vinculadas ao Ministério da Saúde, adote as providências necessárias à plena estruturação e implantação do Processo Transexualizador no SUS, definindo os critérios mínimos para o funcionamento, o monitoramento e a avaliação dos serviços.

Art. 4º - Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

JOSÉ GOMES TEMPORÃO

ANEXO IV

RECURSO ESPECIAL Nº 678.933 - RS (2004/0098083-5)

RELATOR: MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

RECURSO ESPECIAL Nº 678.933 - RS (2004/0098083-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO	:	PAULO CESAR DE OLIVEIRA CRISTY
ADVOGADO	:	NESY MARINA RAMOS E OUTRO

EMENTA

Mudança de sexo. Averbação no registro civil.

1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito.

2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 22 de março de 2007 (data do julgamento).

MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 678.933 - RS (2004/0098083-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpõe recurso especial, com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional, contra acórdão da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grandedo Sul, assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. Alteração do registro de nascimento. Nome e sexo. Transexualismo. Sentença acolhendo o pedido de alteração do nome e do sexo, mas determinando segredo de justiça e vedando a extração de certidões referentes à situação anterior. Recurso do Ministério Público insurgindo-se contra a não publicidade do registro. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO" (fl. 107).

Aponta o recorrente dissídio jurisprudencial, colacionando julgados de outros Tribunais no sentido de que haja "*necessidade de averbação, à margem do registro, que a alteração de nome e sexo é oriunda de decisão judicial, ocorrida após cirurgia de transgenitalização*" (fl. 120).

Contra-arrazoado (fls. 138 a 143), o recurso especial (fls. 117 a 126) foi admitido (fls. 145/146).

O ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Durval Tadeu Guimarães**, opina pelo não-conhecimento do recurso especial (fls. 153/154).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 678.933 - RS (2004/0098083-5)

EMENTA

Mudança de sexo. Averbação no registro civil.

1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio,

desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito.

2. Recurso especial conhecido e provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

O recorrido ajuizou pedido de alteração de registro para que seu nome seja alterado de Paulo César de Oliveira Cristy para Cristiane de Oliveira Cristy, afirmando que desde cedo manifesta *"comportamento predominantemente afeito ao genótipo feminino"* (fl. 2). Afirma que foi submetido *"à cirurgia de redesignação sexual em Agosto de 2002"* (fl. 3).

A sentença julgou procedente o pedido para que *"seja procedida a retificação pretendida no assento de nascimento do requerente, determinando que seu nome seja alterado de PAULO CESAR DE OLIVEIRA CRISTY para* ***CRISTIANE DE OLIVEIRA CRISTY****, bem como para que o sexo seja alterado de masculino para* ***feminino****"* (fl. 72), vedando *"por ocasião do fornecimento de certidões, referência a sua situação anterior. O expediente deverá ser arquivado em segredo de justiça. Informação ou certidão não poderá ser dada a terceiros, salvo ao próprio interessado ou no atendimento de requisição judicial"* (fl. 72).

A apelação do Ministério Público foi desprovida no ponto em que a sentença determinou *"a não publicidade da condição de transexual do apelado, alegando, em suma, o possível prejuízo aos terceiros de boa-fé que venham a se envolver com o recorrido"* (fl. 110). O fundamento do Tribunal local está assim alinhavado:

"Quando se fala em prejuízos a terceiro, na verdade se fala na possibilidade de um homem envolver-se emocionalmente e, por que não dizer, sexualmente com o apelado e descobrir, em determinado momento, que ela não poderá ter filhos, ou até mesmo que não é mulher 'de nascimento'. Sendo essa a questão a ser enfrentada, até certo ponto, o mesmo aplicar-se-ia à mulher estéril. Será que deveriam essas mulheres ter em seus documentos e noregistro civil contida esta condição? Ou seria uma humilhação para elas? Sofreriam algum tipo de discriminação? E se os seus possíveis companheiros aceitassem essa condição por entenderem ser o amor o bem maior? As respostas são conhecidas. Os casos são assemelhados, e por não ter a mulher estéril que expor sua condição perante a sociedade, não terá P.C. que expor a sua.

Cabe ressaltar que essas suposições de eventuais prejuízos que possam sofrer terceiros, são hipóteses, não havendo certeza quanto ao caso concreto. Poderia acontecer ou não. Por isso, não seria plausível a exposição da condição de transexual feminino do recorrido em virtude de projeções, e, como tais, aleatórias. Se houver, no futuro, alguém que se sinta ameaçado, ou até mesmo prejudicado moralmente em razão da alteração de vida pela qual optou o apelado, que procure o remédio jurídico cabível.

O Direito não pode ficar atrelado ao que dispõem as normas vigentes no país. O Direito é realidade, é fato social. É o excepcional. Deve, portanto, o Direito, não

fechar os olhos à realidade, e se inserir nos tempos modernos, evitando qualquer situação constrangedora para as partes que litigam perante a justiça, contribuindo sempre para a paz social" (fls. 111⁄112).

O especial chega amparado em precedente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em que se decidiu dever a alteração de sexo ficar averbada no registro como decorrente de decisão judicial, *"pela sua condição de transexual submetido a cirurgia de modificação do sexo"* (fl. 133). Tenho-o, portanto, como absolutamente pertinente ao caso sob julgamento, o que autoriza seja o especial conhecido.

No clássico "A Natureza do Bem" (De Natura Boni), escrito para enfrentar os maniqueus por volta do ano de 400, **Santo Agostinho** (354 a 430), ensina que *"toda e qualquer natureza enquanto natureza é sempre um bem – não pode provir senão do supremo e verdadeiro Deus, porque o ser de todos os bens, tanto os que pela sua excelência se aproximam do Sumo Bem como os que pela sua simplicidade se afastam d'Ele, não pode provir senão do Sumo Bem. Por conseguinte, todo e qualquer espírito está sujeito a mudança, e todo e qualquer corpo provém de Deus – e a espírito e matéria reduz-se toda natureza criada. Segue-se daí necessariamente, que toda e qualquer natureza ou é espírito ou é corpo. O único espírito imutável é Deus; o espírito sujeito a mudança é uma natureza criada, ainda que seja superior ao corpo. Por sua vez, o corpo não é espírito, nem sequer o vento, porque, conquanto nos seja invisível e por isso o chamemos, em sentido figurado, espírito, lhe sentimos perfeitamente os efeitos"* (tradução de Carlos Ancêde Nougué, Ed. Sétimo Selo, 2ª ed., 2006, págs. 3 e 5).

Julgamentos dessa natureza precisam ser postos sempre debaixo do amor pela humanidade, naquele sentido agostiniano da natureza criada, ou, na civilização moderna, na avalanche dos questionamentos entre os que crêem e os que não crêem, debaixo do critério da igualdade de direitos e da fecunda compaixão que deve unir todos os homens na realização plena de sua natureza pessoal e social. Com isso, afasta-se, desde logo, qualquer tipo de preconceito, de discriminação, posta a questão no plano da realidade jurídica, sem perder de vista a integralidade do ser do homem na sua dignidade, na sua felicidade existencial e espiritual. Somos todos um só homem quando nos encontramos iguais em nossa natureza criada.

No presente feito, não se examina o direito do recorrido de mudar de sexo, mas, apenas, se esse direito alcançado deve, ou não, constar dos registros, devidamente averbado o fato de que houve modificação cirúrgica do sexo.

Não creio que os argumentos postos no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tenham substância capaz de justificar a conclusão que acolheu, particularmente com a infeliz comparação com a mulher que por qualquer patologia não pode gerar. Aquela que não pode gerar tem a mesma benção da sua natureza daquela que pode. Ao dom da criação, que homem e mulher repartem, com a fecundação, fruto de amor e entrega, de doação e unidade, não se nega a origem nascida nem se esconde fato resultante de ato judicial. Não se trata de ato submetido ao registro civil. Não se trata de modificação da sua natureza gerada.

O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância

que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito.

Não se pode esconder no registro, sob pena de validarmos agressão à verdade que ele deve preservar, que a mudança decorreu de ato judicial, nascida da vontade do autor e que tornou necessário ato cirúrgico complexo. Trata-se de registro imperativo e com essa qualidade é que se não pode impedir que a modificação da natureza sexual fique assentada para o reconhecimento do direito do autor.

Conheço do especial e lhe dou provimento para determinar que fique averbado no registro civil que a modificação do nome e do sexo do recorrido decorreu de decisão judicial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2004/0098083-5 **REsp 678933 / RS**

Números Origem: 70006828321 70008274656 96193

PAUTA: 01/06/2006 JULGADO: 22/03/2007

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro CASTRO FILHO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MAURÍCIO DE PAULA CARDOSO

Secretária

Bela. SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO	:	PAULO CESAR DE OLIVEIRA CRISTY
ADVOGADO	:	NESY MARINA RAMOS E OUTRO

ASSUNTO: Civil - Registros Públicos - Nascimento - Alteração

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília, 22 de março de 2007

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO

Secretária

ANEXO V

RECURSO ESPECIAL Nº 1.008.398 - SP (2007/0273360-5)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECURSO ESPECIAL Nº 1.008.398 - SP (2007/0273360-5)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : CLAUDERSON DE PAULA VIANA

ADVOGADO : ANA PAULA CORRÊA DA SILVA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.

- Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

- A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.

- A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.

- Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

- Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana.

- A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida

civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo.

- Conservar o "sexo masculino" no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.

- Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.

- Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015⁄73.

- Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar.

- Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.

- De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar "imperfeições" como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, consequentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida

pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília (DF), 15 de outubro de 2009(data do julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.008.398 - SP (2007/0273360-5)

RECORRENTE : CLAUDERSON DE PAULA VIANA

ADVOGADO : ANA PAULA CORRÊA DA SILVA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por CLAUDERSON DE PAULA VIANA, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJ/SP.

Ação (inicial às fls. 2/16): procedimento de "alteração e retificação de assentamento de registro de nascimento quanto ao nome e gênero", ajuizada pelo recorrente, perante a 4ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto – SP.

O autor, do sexo masculino, de prenome "Clauderson", pretende a alteração do assento do seu registro de nascimento civil, para que dele passe a constar o prenome "Patrícia", bem como a modificação do designativo de seu sexo, atualmente constante como masculino, para feminino, aduzindo como causa de pedir o fato de ser transexual, tendo realizado cirurgia de transgenitalização. Acrescenta que a aparência de mulher, por contrastar com o nome e o registro de homem, causa-lhe diversos transtornos e dissabores sociais, além de abalos emocionais e existenciais.

Parecer do MP/SP (fls. 61/64): o Ministério Público do Estado de São Paulo opinou pelo indeferimento da pretensão inicial, sob o argumento de que *"a hipótese em tela não insere-se* [sic] *nas exceções de retificação previstas no parágrafo único do mencionado art. 58, da Lei 6.015/73"* (fl. 62).

Sentença (fls. 66/94): o pedido formulado pelo recorrente foi julgado procedente, ao entendimento de que a imutabilidade do prenome não é absoluta, comportando exceções, especialmente quando o registro civil não reflete a realidade do transexual que foi submetido a tratamento cirúrgico.

Acórdão (fls. 144/149): deu provimento, por maioria, à apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a fim de reformar a sentença, tendo em vista que *"em linha de registro civil, prevalece a regra geral da imutabilidade dos dados, nome, prenome, sexo, filiação etc. Há, portanto, um interesse público de manutenção da veracidade dos registros, de modo que a afirmação dos sexos*

(masculino ou feminino) não diz com a aparência, mas com a realidade espelhada no nascimento, que não pode ser alterada artificialmente" (fl. 146).

Voto vencido (fls. 150/151): da lavra do eminente Des. Rel. Conti Machado, em que anulou a sentença recorrida para restabelecer a instrução processual, com a realização de perícia médica e a juntada de certidões dos cartórios distribuidores.

Recurso especial (fls. 155/205): alega ofensa aos arts. 4º e 5º, da LICC; 55, 58 e 109 da Lei n.º 6.015/73; 11, 13, 16, 17, 19, 20 e 21 do CC/02; além de dissídio jurisprudencial.

Recurso extraordinário: às fls. 212/231.

Contrarrazões (fls. 235/238): manifestadas pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Juízo Prévio de Admissibilidade (fls. 240/241): o TJ/SP admitiu o recurso especial pela alínea "c" da norma autorizadora, determinando a remessa dos autos ao STJ.

Parecer da Procuradoria Geral da República: o Parquet apresentou parecer da lavra do i. Subprocurador-Geral da República, João Pedro de Saboia Bandeira de Mello Filho, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.008.398 - SP (2007/0273360-5)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	CLAUDERSON DE PAULA VIANA
ADVOGADO	:	ANA PAULA CORRÊA DA SILVA
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cinge-se a lide a analisar a possibilidade de alteração e retificação do assento de nascimento do recorrente, a fim de obter a modificação de seu prenome, de CLAUDERSON para PATRÍCIA, bem como a indicação de sexo para "feminino".

Sustenta o recorrente que cresceu e se desenvolveu como mulher, com hábitos, reações e aspecto físico tipicamente femininos. Aduz, ainda, que *"tendo sido submetido a tratamento multidisciplinar, identificou todos os transtornos e dúvidas existentes ao longo de sua vida, com o diagnóstico de transexualismo"*. Afirma que foi submetido à cirurgia de mudança de sexo, no Brasil. Não obstante o êxito no procedimento cirúrgico, alega o recorrente que seus documentos de identificação ainda lhe provocam grandes transtornos, já que não condizem com sua atual aparência, que é completamente feminina.

Em suas razões recursais (fls. 155/205), o recorrente colacionou diversos julgados proferidos por vários tribunais pátrios, dentre eles os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, do Amapá e de Pernambuco, nos quais foi adotada solução distinta daquela acolhida pelo aresto ora recorrido. A similitude entre as hipóteses está evidente, pois os acórdãos alçados a paradigma tratam especificamente da possibilidade de alteração e retificação do assento de nascimento de transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual.

Assim, patente a existência de divergência jurisprudencial, deve o recurso especial ser conhecido pela alínea "c" do permissivo constitucional. Passa-se, portanto, à análise de mérito e aplicação do direito à espécie, conformeautoriza o art. 257 do RISTJ.

I – Da pretensão de alteração do designativo do sexo (de masculino para feminino).

Muito embora o recorrente se considere verdadeira mulher, é certo que o referido ato cirúrgico de redesignação sexual, por si só, não modifica o sexo de uma pessoa. A questão posta nos autos é delicada, merecendo análise aprofundada.

Quando se iniciou a obrigatoriedade do registro civil, a distinção entre os dois sexos era feita baseada na conformação da genitália. Hoje, com o desenvolvimento científico e tecnológico, existem vários outros elementos identificadores do sexo, razão pela qual a definição do gênero não pode mais ser limitada somente ao sexo aparente. Todo um conjunto de fatores, tanto psicológicos quanto biológicos, culturais e familiares, devem ser considerados. A título exemplificativo, podem ser apontados, para a caracterização sexual, os critérios cromossomial, gonadal, cromatínico, da genitália interna, psíquico ou comportamental, médico-legal, e jurídico.

O critério objeto da presente lide é o sexo jurídico, hoje constante como masculino. As possibilidades de alteração de registro previstas pela Lei n.º 6.015/73, são restritivas e excepcionais, a fim de que reste preservado o princípio da segurança jurídica.

Por outro lado, a cirurgia de transgenitalização já é uma realidade institucional, incluída, recentemente, na lista de procedimentos custeados pelo Sistema Único de Saúde. O Conselho Federal de Medicina reconhece o "transexualismo" como um **transtorno de identidade sexual** e a cirurgia de redesignação sexual como uma solução terapêutica. Tanto é assim, que o procedimento foi regulamentado pela Resolução desse Conselho sob n.º 1.482/97,que foi substituída, em 6 de novembro de 2002, pela Resolução n.º 1.652/2002, tendo como inovação significativa o fato de que as cirurgias para adequação do fenótipo masculino para feminino deixam de ser experimentais, considerados os avanços da medicina e o grande número de cirurgias realizadas com êxito no mundo todo.

Os preceitos contidos na referida resolução se coadunam com o art. 13 do CC/02, segundo o qual a disposição de parte do próprio corpo apenas seria possível nos casos de exigência médica.

Ocorre que não há norma específica no ordenamento jurídico brasileiro regulando a alteração do assento de nascimento em casos de transexualidade, em que pese a existência, no Congresso Nacional, do Projeto de Lei n.º 70, do ano de 1995, o qual propõe acréscimo de dois parágrafos ao art. 58 da Lei dos Registros Públicos e possibilita, assim, a mudança do prenome e do sexo do transexual em seu assento de nascimento.

Essa constatação, todavia, não tem o condão de fazer com que o fato social da transexualidade fique sem solução jurídica, sendo aplicável à espécie o disposto nos arts. 4º da LICC e 126 do CPC. Cumpre à construção pretoriana, *incasu*, suprir a lacuna legislativa.

Conforme se infere do acórdão recorrido na declaração de voto vencido, *"o caso é típico de transexualismo masculino como diagnosticou o prof. Dr. Carlos Adib Cury, da Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto, realizando-se depois o ato Cirúrgico correspondente em 19 de maio de 2005, com fundamento na Resolução de número 1.652, de 2002, do Conselho Federal de Medicina, como se vê às fls. 26⁄27"*.

Desta feita, em consonância com o art. 13 do CC⁄02 e, mais do que isso, com a solução aplicada em casos semelhantes pelos acórdãos paradigmas, conclui-se que se o Estado consente com a possibilidade de realizar-se cirurgia de transgenitalização, logo deve também prover os meios necessários para que o indivíduo tenha uma vida digna e, por conseguinte, seja identificado jurídica e civilmente tal como se apresenta perante a sociedade.

E a tendência mundial é a de alterar-se o registro adequando-se o sexo jurídico ao sexo aparente, ou seja, à identidade sexual, formada também por componentes psicossociais. Analisada a questão com base no direito comparado, constata-se, por exemplo, a existência de lei alemã regulando o registro dos transexuais desde 10 de setembro de 1980 (Lei dos Transexuais – *Transsexuellengesetz* – TSG). Essa norma permite tanto a alteração do prenome do transexual (*kleine Lösung* – "pequena solução"), quanto a modificação do gênero sexual em seu assento de nascimento, desde que tenha sido submetido à cirurgia de redesignação sexual (*groâe Lösung* – "grande solução").

A regulamentação da situação registrária dos transexuais alemães ocorreu após uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), de 11 de outubro de 1978, que reformou acórdão proferido pelo Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof* – BGH), o qual considerava o processo de metamorfose sexual imoral e contrário aos bons costumes. Considerando a lacuna legislativa então existente, o Tribunal constitucional alemão asseverou que *"a sexualidade de uma pessoa não deve ser determinada somente pelas propriedades de seus órgãos sexuais, mas também por suas características psicológicas. O ordenamento jurídico não pode deixar de considerar esse aspecto, porque ele influi na capacidade pessoal de integração da pessoa às funções sociais de seu gênero sexual da mesma maneira que suas características físicas, quando não de maneira maior."* (*Bundesverfassungsgericht*, j. em 11 de outubro de 1978 – 1 BvR 16⁄72, *in* BverfGE 49, 286, <291>).

O Prof. Antonio Chaves, em artigo sobre o assunto, compilou ainda alguns acórdãos proferidos por Tribunais italianos que admitem a possibilidade de o transexual obter a retificação de seu registro civil (Antonio Chaves,*Castração. Esterilização. Mudança artificial de sexo*, Revista Forense, vol. 276, p. 13).

A lei portuguesa tampouco faz qualquer referência explícita à situação dos transexuais. A solução consolidada na jurisprudência portuguesa, em face de tal situação, é a de admitir a alteração do registro, desde que verificadas as circunstâncias que a permitam, uma vez que o registro deve manter-se em conformidade com a nova realidade relativa ao sexo adquirido por quem efetuou a cirurgia de transgenitalização. Nesse sentido, cabe transcrever ementa de acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, ao considerar a existência de lacuna legislativa e a necessidade de pronunciamento acerca da possibilidade jurídica da mudança de sexo:

"I – O transexual, ou seja, o indivíduo cujo perfil psicológico profundo é contrário ao seu cariotipo, tem tendência insensível de fazer coincidir sua aparência sexual com o seu verdadeiro sentir, 'corrigindo, assim, a natureza'.

II – Deste modo, um pseudo-hermafrodita masculino, que mediante operações tomou a aparência física de mulher, tem direito, visto a lei portuguesa o não proibir, ainda que o não preveja, de ver rectificado o seu registro civil, de forma a que dele passe a constar ser indivíduo do sexo feminino e não masculino." (Tribunal da Relação de Lisboa, Apelação n.º 16009, j. em 17/1/1984, Rel. Des. Ribeiro de Oliveira).

O Tribunal Europeu de Direitos do Homem, por sua vez, pronunciou-se com decisão condenatória contra a França, pelo fato de a Corte de Cassação francesa não ter acatado pedido de redesignação no assento civil de transexual operado. A condenação provocou uma reformulação no entendimento do Judiciário francês, que tem proferido decisões favoráveis à pretensão de alteração do designativo do sexo de transexuais operados, com base no respeito ao princípio da vida privada e familiar das pessoas, disposto no art. 8º da Convenção Européia dos Direitos do Homem.

Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

O transexual, segundo literatura médica, experimenta a insustentável condição de nascer com cromossomos, genitais e hormônios de um sexo, mas com a convicção íntima de pertencer ao gênero oposto. Repudia o que a natureza lhe legou, vivendo um estranhamento em relação ao próprio corpo, o que desencadeia grande frustração e desconforto, rejeição do fenótipo, bem como tentativas de automutilação e até mesmo de autoextermínio.

Explicam, os psiquiatras, que os transexuais não são pessoas de um sexo que desejam se tornar do outro sexo; psicologicamente eles já são do sexo oposto ao

biológico, o que gera o transtorno de identidade sexual, incluído na 10ª versão da Classificação Internacional de Doenças, da Organização Mundial da Saúde, catálogo conhecido como CID-10.

A título ilustrativo e histórico, vem a lume a casta das *hijra*, que deita raízes na Índia antiga. Composta de transexuais que, a fim de evitar a sina e a angústia da masculinização, são submetidas a cirurgia de castração, sob condições primitivas, tendo o ópio como única anestesia. A maioria das *hijra* se submete a esta cirurgia pouco depois do começo da puberdade, mesmo sabendo que muito provavelmente jamais terá contato novamente com a sua família e que terá de se confrontar com a degradação social durante o resto de sua vida. São medidas extremas e angustiantes que tomam estas adolescentes transexuais para ter uma aproximação com o gênero feminino, e que testificam a realidade e a seriedade do conflito de gênero do qual padecem. Tudo para que não sejam obrigadas a cumprir o papel social ditado pelos órgãos genitais, precariamente extirpados.

Pelo viés da Biomedicina, muitas descobertas e aplicações científicas têm provocado a reintrodução de ponderações éticas e jurídicas, arrimadas no princípio da tutela da dignidade da pessoa humana em toda a sua plenitude, nosentido de que ao preservar a natureza está o homem conhecendo a si mesmo, e, consequentemente, autopreservando-se, o que reflete a origem da afirmação da dignidade humana como epicentro da ordem social e do ordenamento jurídico, tal como consagrado na CF brasileira.

A temática da redesignação sexual, enquadrada na quarta geração, conforme classificação da evolução dos direitos do homem concebida por Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5 et seq.), por abranger um conjunto de direitos diretamente resultantes dos novos conhecimentos e tecnologias decorrentes das pesquisas científicas da atualidade, está inserida no campo da Bioética, que convoca, em razão de sua abrangência multidisciplinar, a Medicina, a Biologia, a Sociologia, a Psicologia, a Economia, a Filosofia e o Direito, entre outros ramos e, em especial, toda a sociedade, para se manifestarem a respeito da mudança de *status* sexual dos indivíduos operados.

Por afetar a essência da natureza humana e a própria sociedade, declara RAUL CLEBER DA SILVA CHOERI (*in O conceito de identidade e redesignação sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 6) que a cirurgia de transgenitalização, coloca “em questão os limites do direito de *dispor do próprio corpo*, do direito de *redesignação sexual* e do direito de *identificação pessoal*, elementos indispensáveis à segurança social e à construção da individualidade, bem essencial à preservação da dignidade humana.”

A definição da identidade sexual – que deve ser examinada como um dos aspectos da identidade humana – e a autorização para a modificação do designativo de sexo dos transexuais, devem ser examinadas sob o crivo do direito à saúde –

compreendida, segundo a OMS, como a busca do bem estar físico, psíquico e social –, à luz do princípio da dignidade humana, autêntico arquétipo primordial, uma das bases principiológicas mais sólidas nas quais se assenta o Estado Democrático de Direito.

Sob essa perspectiva, a afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.

A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.

Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, emespecial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana.

A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro denascimento, quanto ao nome e designativo de sexo. Ressalte-se que não se trata de hermafroditismo, fenômeno no qual a criança nasce em situação de ambivalência sexual, com alterações no aparelho sexual, tanto da genitália interna, quanto da externa. O hermafrodita apresenta um pouco dos dois tecidos (ovariano e testitular) na gônada.

A ambiguidade sexual decorrente do fenômeno da transexualidade, por sua vez, é de índole meramente biológica, porque no sentido psicossocial, o transexual tem a convicção de pertencer ao sexo oposto, com sentimentos, percepções, índole e conduta condizentes com o sexo oposto, em contraposição à genitália, que lhe expõe ao opróbio, aviltando-lhe o espírito.

Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.

Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.

II– Da pretensão de alteração de prenome.

Da análise dos dispositivos da Lei de Registros Públicos, não se vislumbra em nenhum momento vedação à pretensão do recorrente. O art. 55, parágrafo único, do mencionado diploma legal determina que “os oficiais do registro civil *não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores* (...)”. O art. 57 da Lei n.º 6.015⁄73 permite a alteração do nome, desde que seja feita *“por exceção e motivadamente”*, e após manifestação do juiz a que estiver sujeito o registro. O art. 58, *caput* e parágrafo único, da mesma Lei, dispõe que *“o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos e notórios.”* E, por fim, o art. 109, § 4º, prescreve que *“julgado procedente o pedido, o Juiz ordenará que se expeça mandado para que seja lavrado, restaurado e retificado o assentamento, indicando, com precisão, os fatos ou circunstâncias que devam ser retificados, e em que sentido, ou os que devam ser objeto do novo assentamento.”*

Com o aspecto hoje apresentado pelo recorrente, não se ignora o fato de que o prenome CLAUDERSON o expõe a situação vexatória. Assim, mesmo que não se admita erro registral, está autorizada a sua modificação pelo art. 55, parágrafo único, combinado com o art. 109, ambos da Lei n.º 6.015⁄73.

Como bem destacou um dos acórdãos colacionados pelo recorrente, *“resulta estreme de dúvidas que, diante da excepcionalidade do caso em tela, é de prevalecer à regra da imutabilidade o direito à alteração do prenome, por força do art. 58 da Lei n.º 6.015⁄73. Inclusive, tem-se por desnecessária a prova a respeito das situações vexatórias vivenciadas pelo recorrente, sendo do conhecimento de todos os constrangimentos diários pelos quais passam pessoas como o apelante.”* (fl. 179 – TJRS, AC 70013909874 – 7ª C. Civ. – Rel. Des. Maria Berenice Dias – j. em 5⁄4⁄2006).

Saliente-se que a causa do constrangimento alegada pelo recorrente não é o seu atual prenome, adequado a seu sexo biológico, mas sim a desconformidade entre esse prenome e o aspecto físico que apresenta em razão das modificações provocadas pela cirurgia de redesignação de sexo, bem assim, a desarmonia psicossocial que o assentamento civil causa à sua identidade pessoal e sexual, sobremodo em decorrência do fato de sempre ter se identificado com o sexo feminino, a despeito de ter nascido com o sexo biológico masculino.

Assinale-se, desse modo, não ser razoável submeter o recorrente ao constrangimento de ter de identificar-se como homem no exercício de suas atividades cotidianas. Somente a alteração de seu prenome será capaz de solucionar a incômoda situação na qual se encontra. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome "PATRÍCIA" para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar.

Vetar a alteração corresponderia, portanto, a colocá-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos. Trata-se de situação anômala que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada.

O nome CLAUDERSON, com efeito, transmite a ideia de alguém com atributos masculinos. Sua manutenção representaria, portanto, um fator de instabilidade para todos aqueles que celebrassem quaisquer negócios jurídicos com o recorrente, uma vez que não corresponde, de maneira alguma, à aparência do recorrente e à maneira com a qual ele aparece em suas relações com a comunidade.

Dessa forma, restam atendidos os pressupostos indispensáveis quanto à alteração do prenome do recorrente, devendo ser o recurso especial conhecido e provido, também nesse particular.

III – Conclusão.

Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar.

Sobretudo, assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa

humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.

De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar “imperfeições” como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, consequentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado.

Por fim, destaca-se que o recorrido trouxe aos autos certidões expedidas por diversos órgãos federais e estaduais, de modo a resguardar eventuais direitos de terceiros.

Forte em tais razões, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO ao presente recurso especial, para julgar procedente a pretensão do recorrente, determinando assim a alteração de seu assento de nascimento, a fim de que nele constem asalterações do designativo de sexo, de “masculino” para “feminino”, e do prenome, de “CLAUDERSON” para “PATRÍCIA”.

Determino, outrossim, que das certidões do registro público competente não conste que a referida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de redesignação sexual de transexual.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2007/0273360-5 **REsp 1008398 / SP**

Números Origem: 26462005 4520364 4520364000

PAUTA: 15/10/2009 JULGADO: 15/10/2009

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MASSAMI UYEDA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MAURÍCIO VIEIRA BRACKES

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	CLAUDERSON DE PAULA VIANA
ADVOGADO	:	ANA PAULA CORRÊA DA SILVA
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: Civil - Registros Públicos - Nascimento - Alteração

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília, 15 de outubro de 2009

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 1.008.398 - SP (2007/0273360-5)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	CLAUDERSON DE PAULA VIANA
ADVOGADO	:	ANA PAULA CORRÊA DA SILVA
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO

O SR. MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS): Sr. Presidente, naturalmente, antes de mais nada, quero elogiar o longo, profícuo e bem lançado voto da eminente Ministra Relatora, que percorreu todo o ramo da Ciência, os ramos do Direito Comparado, da Medicina, da Psiquiatria; lembrou que não há legislação específica e nem por isso o juiz deve se abster de decidir; pelo contrário, deve criar. É uma criação que está sendo, neste momento, efetuada. Citou S. Exa., o Direito Comparado, o Direito Alemão, o Direito Europeu, foi para a bioética, trouxe exemplos da Índia, adentrou na Biomedicina e, afinal, repousou sua decisão na dignidade da pessoa humana, que faz jus a uma vida digna, a uma vida que realmente lhe traga conforto e não apenas que possa viver num mundo, que lhe seja um peso.

Estou plenamente de acordo.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.008.398 - SP (2007/0273360-5)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : CLAUDERSON DE PAULA VIANA

ADVOGADO : ANA PAULA CORRÊA DA SILVA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO-VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO PAULO FURTADO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/BA):

Sr. Presidente, gostaria apenas de fazer uma observação, no sentido de que penso que, literalmente, o voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi esgotou o assunto. Pensei, inclusive, em pedir vista até para concordar, mas não há o que acrescentar.

Devo dizer a V. Exa., Sr. Presidente, que, inclusive, imaginei que esse problema da discriminação em virtude da opção sexual já fosse considerado uma coisa medieval, mas não. Neste caso específico, segundo deduzi do voto da Sra. Ministra Relatora, e cujos termos tive acesso anteriormente, o oficial insiste em referir que a alteração do sexo de masculino para feminino é por determinação judicial. Ele o faz por determinação judicial, mas há, no voto da Sra. Ministra Relatora, na última folha:

"Determino, outrossim, que nos livros e certidões (...)" – no livro até admito que conste que foi por determinação judicial, até para resguardar o oficial de registro, mas na certidão, não.

Sr. Presidente, quero apenas acrescentar, para concluir, que este voto que há de ser publicado, deve ser publicado, retrata o brilhantismo da Sra. Ministra Nancy Andrighi, que todos nós conhecemos e proclamamos já de muito tempo.

Concordo plenamente com a eminente Relatora, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.008.398 - SP (2007/0273360-5)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	CLAUDERSON DE PAULA VIANA
ADVOGADO	:	ANA PAULA CORRÊA DA SILVA
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO-VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Srs. Ministros, efetivamente essa questão que foi, aqui, com muita maestria conduzida, trazida, pela eminente Ministra Nancy Andrighi e exaltada por todos nós, em todos os votos, mostra essa sensibilidade da grande julgadora, da juíza, que é a Sra. Ministra Nancy Andrighi, e eleva o próprio Superior Tribunal de Justiça a essa designação tão carinhosa que lhe é dada: Tribunal da Cidadania. Essa questão é uma questão candente, como já tive oportunidade de dizer na abertura deste julgamento. É uma realidade presente, não há uma previsão legal específica; daí, então, S. Exa. a Sra. Ministra Relatora, com muita propriedade, lembra que há uma vulneração ao próprio art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que possibilita exatamente essa oportunidade de preencher lacunas legislativas, porque sabemos muito bem que a atividade do Legislativo não pode, evidentemente, e nem seria isso desejável, que contemplasse todas as ocorrências da vida.

E essa dificuldade ou impossibilidade também já foi proclamada pelos antigos Romanos, quando diziam, nos seus aforistas, que todos nós estudamos desde os primeiros anos de Direito, que do fato nasce o direito: **ex facto oritur jus**.

Então, o fato social está aí, a norma ainda não foi editada, tanto que a Sra. Ministra Relatora, no seu bem lançado voto, cita a trajetória do processo legislativo e um projeto de lei que está tramitando no Congresso Nacional desde 1995 e ainda não veio a lume.

Também é bom que se diga que o processo legislativo não deve ser realizado de maneira açodada, precipitada, porque uma lei mal elaborada causa um prejuízo enorme para o corpo social, e esta lei é e certamente será debatida por todos os segmentos da sociedade, e resultará, depois, num consenso que expressa a vontade do povo, da população, da cidadania.

Mas também a jurisprudência, que é dos princípios gerais de direito, é uma das fontes do Direito. A fonte primária é a lei e, na ausência desta, o fato social, com essa força da dinâmica da vida, surgindo, faz com que a jurisprudência, então, passe a apreciar.

V. Exa., Sra. Ministra Nancy Andrighi, ao prolatar seu brilhante voto, traz toda a problemática existente nessa questão, que é transcendental, e às pessoas diretamente envolvidas com esse drama, existencial. É uma questão de identificação do próprio ser. E nisso também encontraremos um fundamento constitucional para cimentar, alicerçar, embasar esse tipo de pretensão, que é o art. 1º da Constituição Federal, que estatui lá tratar-se o respeito à dignidade da pessoa humana um dos princípios basilares do próprio Estado. Quer dizer, não teríamos uma razão de ser, como um Estado democrático de direito, se não pautássemos com a observância desse princípio que determina: toda a ação do Estado, toda a ação da sociedade deve observar o respeito à dignidade da pessoa humana – e a identificação de cada um dos seres é fundamental para compor esse conjunto de elementos que compõem a identificação do ser.

Então, esse conflito, esse paradoxo que o recorrente enfrenta, bem como todos os demais, outros que se encontram nessa situação e que já passaram, vivenciaram esse problema: essa rejeição, essa incompreensão.

V. Exa., Sra. Ministra Nancy Andrighi, no seu percurciente voto, faz um esforço, inclusive histórico, trazendo as castas da Índia; a rejeição dessa classe, dessa casta que, mutilados após todo esse sofrimento, ainda eram banidos da sociedade.

Então, esse fato social já não é de hoje, é antigo, e sofre enfoque de valores, na concepção do Professor Miguel Reale, na Teoria Tridimencional do Direito: fato, valor e norma é que compõem o tripé do Direito.

Estamos exatamente nesse momento vivenciando uma análise de um fato, a valoração que a própria sociedade já está dando e a tramitação da norma num *fieri* que virá a ser para que, então, conjuguemos. O Direito não é feito por sobressaltos, é um Direito que tem que ter sedimentação.

Um dos grandes males que acomete a nossa realidade, particularmente brasileira, é a multiplicidade de textos normativos. É dito aí que temos, entre atos normativos, que têm força de lei e textos normativos, mais de setenta mil textos legais, quando, na verdade, se observássemos o princípio do respeito à observância dos direitos de cada qual, assentando mais uma vez naquela lição dos antigos (...), não teríamos todo esse cipoal de leis.

V. Exa., também, ao trazer, nesse brilhante voto, a experiência do Direito Comparado. Não que devamos aplicar **ipsis verbis** o Direito de outros países, mas mostra que esse problema já foi enfrentado, há mais de 20 anos, na Alemanha e mesmo em Portugal, que, pela leitura do voto de V. Exa. e na lavra do Relator que assim emitiu, está exatamente na mesma situação: não há lei, mas a jurisprudência já está admitindo.

Eu queria dizer que hoje, mais uma vez, estamos tendo a oportunidade de decidir um tema muito importante, porque diz respeito à felicidade do ser humano, e o escopo de todos nós, na realização das nossas atividades, é também ser um difusor disso.

Quero parabenizar V. Exa., recomendar, expressamente, a divulgação desse acórdão que figurará, sem dúvida, como um dos *leading case*, um dos paradigmas e, certamente, norteará gerações, para a exata compreensão das gerações do direito.

Dizer-se que esse Direito de identificação seria já um exemplo característico da quarta geração dos direitos, talvez até pudéssemos dizer que estaria dentro da configuração dos Direitos Humanos, tanto que V. Exa. lembra, também, a decisão da Corte Internacional dos Direitos Humanos Européia, que condena a França por não ter reconhecido. Estamos num mundo em que tratados internacionais, desde que ratificados, têm força de lei, e o Brasil também tem feito muito nesse sentido.

Acompanho, integralmente, o voto de V. Exa., pela profundidade e sensibilidade com que o apresenta. Conheço do recurso especial e dou-lhe provimento.

Srs. Ministros, um adendo apenas.

V. Exa., Sra. Ministra Nancy Andrighi, faz, da Justiça, exatamente um coroamento daquilo que, na *Samford University*, em Birmingham, no Alabama, no atrium da Faculdade de Direito: existe uma estátua, um bronze que representa a Justiça. Na concepção da Faculdade de Direito de Birmingham e *Stanford*, a Justiça é representada pela deusa Têmis, que está sentada, não de pé como vemos, portando na sua mão esquerda a balança, na mão direita o gládio, a espada. E, aqui, a nossa Têmis é a espada em riste e nessa estátua ela está com a espada em posição de descanso, com a venda nos olhos, vindo do alto do céu um anjo com as asas abertas e as mãos em concha sussurrando no ouvido da Deusa. O nome da obra dessa estátua é *Justice and mercy*: Justiça e Compaixão. E é o que V. Exa. fez aqui.

Ministro MASSAMI UYEDA

ANEXO VI

RECURSO ESPECIAL Nº 737.993 - MG (2005/0048606-4)

RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

RECURSO ESPECIAL Nº 737.993 - MG (2005/0048606-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
RECORRENTE	:	R N R
ADVOGADO	:	JULIANA GONTIJO E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

REGISTRO PÚBLICO. MUDANÇA DE SEXO. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO. DECISÃO JUDICIAL. AVERBAÇÃO. LIVRO CARTORÁRIO.

1. Refoge da competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, em sede de recurso especial, a interpretação de normas e princípios de natureza constitucional.

2. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte *a quo*.

3. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC.

4. A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei n. 6.015/73 confere amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive.

5. Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade.

6. No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial.

7. Recurso especial conhecido em parte e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de novembro de 2009(data de julgamento)

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 737.993 - MG (2005/0048606-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
RECORRENTE	:	R N R
ADVOGADO	:	JULIANA GONTIJO E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Trata-se de recurso especial interposto por R. N. R. com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão assim ementado:

"Retificação. Registro Civil. Estado individual da pessoa. Competência. Vara de Família. Nome. Conversão jurídica do sexo masculino para o feminino. Incide a competência da Vara de Família para julgamento de pedido relativo a estado da pessoa que se apresenta transgênero. A falta de lei que disponha sobre a pleiteada ficção jurídica à identidade biológica impede ao juiz alterar o estado individual, que é imutável, inalienável e imprescritível. Rejeita-se a preliminar e dá-se provimento ao recurso" (fls. 109/125).

Seguiu-se o julgamento dos embargos infringentes em acórdão assim ementado:

"Civil. Sexo. Estado individual. Imutabilidade. O sexo, como estado individual da pessoa, é informado pelo gênero biológico. A redefinição do sexo, da qual derivam direitos e obrigações, procede do Direito e não pode variar de sua origem natural sem legislação própria que a acautele e discipline. Rejeitam-se os embargos infringentes.
V.V.
EMBARGOS INFRINGENTES - TRANSEXUAL - RETIFICAÇÃO DE REGISTRO - NOME E SEXO - Negar, nos dias atuais, não o avanço do falso modernismo que sempre não convém, mas a existência de um transtorno sexual reconhecido pela medicina universal, seria pouco científico. Embargos acolhidos para negar provimento à apelação, permitindo assim a retificação de registro quanto ao nome e sexo do embargante" (fls. 234/321).

Os embargos declaratórios subseqüentemente opostos foram rejeitados (fls. 361/366).

Sustenta a parte recorrente que o acórdão recorrido, além de divergir de julgados proferidos por outros Tribunais, violou os arts. 5º, § 2º; 1º, III; 3º, I, III e IV; 5º, *caput* e incisos II, X, XXXV, XLI; e 6º e 196 da Constituição Federal; 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil; 109; 55, parágrafo único; e 58 da Lei n. 6.015/73; 11; 12; 13; 16 a 21 do Código Civil de 2002.

Para tanto, alega-se que:

a) a ausência de legislação específica que regule as conseqüências jurídicas advindas de cirurgia efetivada em transexual não justifica a omissão do Poder Judiciário a respeito da possibilidade de alteração de prenome e de sexo constantes de registro civil;

b) os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana, juntamente com a cláusula geral dos direitos da personalidade, asseguram ao transexual o recebimento da mesma garantia e proteção do Estado independentemente da existência de direito positivo sobre o assunto;

c) a chamada "redesignação legal do sexo" impõe-se inclusive para fins de segurança das relações jurídicas;

d) o transexual, em respeito à sua dignidade, à sua autonomia, à sua intimidade e à sua vida privada, deve ter assegurada a sua inserção social de acordo com sua identidade individual, que deve incorporar seu registro civil;

e) o transexualismo consiste em uma doença cuja única cura é a cirurgia para alteração da genitália externa e não há prova alguma de que o ato cirúrgico (amparado pela Resolução n. 1.482/97 do Conselho Federal de Medicina e, posteriormente, pela Resolução n. 1.664, de 12/5/2003) agrave a situação do operado;

f) o conceito de sexo deve levar em consideração os fatores genéticos, somáticos, psicológicos e sociais;

g) a possibilidade de alteração de prenome que exponha a pessoa ao ridículo encontra previsão expressa no art. 16 do Novo Código Civil e no art. 58 da Lei n. 6.015/73, com a redação dada pela Lei n. 9.708/98;

h) o prenome "Romar" causa constrangimento e é totalmente discrepante da aparência feminina que a parte recorrente ostenta; daí por que ela requer a modificação para "Bruna"; e

i) o sexo "masculino" indicado no registro civil deve ser alterado para "feminino".

As contra-razões foram apresentadas (fls. 663/672).

Admitido o recurso na origem (fls. 685/686), ascenderam os autos ao STJ.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso especial (fls. 695/698).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 737.993 - MG (2005/0048606-4)

EMENTA

REGISTRO PÚBLICO. MUDANÇA DE SEXO. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ.REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO. DECISÃO JUDICIAL. AVERBAÇÃO. LIVRO CARTORÁRIO.

1. Refoge da competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, em sede de recurso especial, a interpretação de normas e princípios de natureza constitucional.

2. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte *a quo*.

3. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC.

4. A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei n. 6.015/73 confere amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive.

5. Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade.

6. No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial.

7. Recurso especial conhecido em parte e provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (RELATOR):

Cuida-se de ação de alteração de registro civil objetivando autorização judicial para alteração de prenome e de sexo que constam de certidão de nascimento.

A parte recorrente alega que, desde criança, embora nascido com a genitália masculina e nesse gênero registrado, identificava-se com o sexo feminino e que, a partir dos 10 (dez) anos, começou a travestir-se e a utilizar hormônios femininos. Pondera ainda que viveu maritalmente por 10 (dez) anos com um indivíduo do sexo masculino e que nunca teve relação sexual com seu genital masculino.

Assevera que, após longo tratamento psiquiátrico e psicoterápico, sofreu intervenção cirúrgica de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e, assim, requereu autorização judicial para retificação no registro civil: 1) do seu nome - de "Romar Nogueira Rabelo" para "Bruna Nogueira Rabelo"; e 2) do sexo indicado na certidão - de "masculino" para "feminino".

O juiz singular autorizou as modificações pleiteadas (fls. 45⁄52), asseverando que "não é crível que a questão envolvendo o transexualismo seja solucionada apenas na área medicinal e que o Direito cerre os olhos ao tema, numa atitude cômoda e ortodoxa, totalmente alheios à realidade das coisas".

A Corte *a quo*, reformando a sentença, deu provimento à apelação do Ministério Público, entendendo que inexiste previsão legal para a obtenção da alteração onomástica requerida; asseverou também que "o sexo integra os direitos da personalidade e não existe previsão de sua alteração".

No julgamento dos embargos infringentes, o Tribunal de origem, após longo debate, manteve a decisão impugnada, pois entendeu que o pedido era juridicamente impossível.

Passo, pois, à análise das proposições deduzidas.

I - Ofensa aos arts. 5º, § 2º; 1º, III; 3º, I, III e IV; 5º, *caput* e incisos II, X, XXXV, XLI; e 6º e 196 da Constituição Federal

O recurso especial não é via adequada ao exame de matéria constitucional, já que destinado à apreciação de controvérsias situadas no patamar do direito federal.

II - Negativa de vigência aos arts. 11, 12, 13 e 16 a 21 do Código Civil de 2002

Os temas insertos nos dispositivos tidos como violados no recurso especial não foram objeto de debate no acórdão recorrido, tampouco no aresto que julgou os embargos de declaração. Caso de aplicação das Súmulas n. 282⁄STF e 211⁄STJ.

Ressalte-se, nessa hipótese, que, para viabilizar o conhecimento do recurso especial, caberia à parte recorrente alegar ofensa ao art. 535 do CPC.

III - Violação dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil; 55, parágrafo único, 58 e 109 da Lei n. 6.015⁄73; e divergência jurisprudencial

O objeto da controvérsia suscitada no presente recurso especial cinge-se à discussão sobre a possibilidade de retificação de registro civil no que concerne a prenome e a sexo, tendo em vista a realização de cirurgia de transgenitalização.

Constato a alegada violação dos dispositivos supracitados.

O art. 58 da Lei n. 6.015⁄73, com a nova redação dada pela Lei n. 9.807⁄99, dispõe o seguinte:

"Art. 58 - O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.
Parágrafo único - A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente de colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público."

A mesma Lei de Registros Públicos estabelece, em seu art. 55, a possibilidade de o prenome ser modificado quando expuser seu titular ao ridículo.

No caso em análise, o transexual operado (conforme laudo médico e documentos de fls. 14⁄23), convicto de pertencer ao sexo feminino, portando-se e vestindo-se como tal, fica exposto a situações vexatórias ao ser chamado em público pelo nome de "Romar".

A intervenção cirúrgica, por si só, não é capaz de evitar constrangimentos.

A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei de Registros Públicos confere amparo legal para que o recorrente obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o pelo apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive, qual seja, "Bruna".

Quanto à retificação do sexo, informado pelo gênero biológico que consta do assento de nascimento, o Tribunal de origem também entendeu que o pedido é juridicamente impossível, asseverando, para tanto, que a falta de lei que disponha sobre o assunto impede o juiz de alterar o estado individual.

Entendo que, ao assim decidir, a Corte de origem diverge da orientação adotada por outros Tribunais de Justiça.

Ora, não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade.

Deter-se o julgador a uma codificação generalista, padronizada, implica retirar-lhe a possibilidade de dirimir a controvérsia de forma satisfatória e justa, condicionando-o a uma atuação judicante que não se apresenta como correta para promover a solução do caso concreto, quando indubitável que, mesmo inexistente um expresso preceito legal sobre ele, há que suprir as lacunas por meio dos processos de integração normativa, pois, atuando o juiz *supplendi causa*, deve adotar a decisão que melhor se coadune com valores maiores do ordenamento jurídico, tais como a dignidade das pessoas.

Vale trazer à colação, por oportunos, trechos do voto vencido proferido pelo Desembargador revisor Hyparco Immesi na Corte de origem, ao se posicionar pela superação da impossibilidade jurídica do pedido:

"Não pode o Judiciário ficar insensível a esse aspecto da realidade social, de modo a deixar indefinida uma situação que reclama solução, como na espécie.
(...)
Ora, em seu registro de nascimento e, obviamente, em seus documentos de identidade, a indicação de prenome e sexo que NÃO CORRESPONDEM, em nada, ao modo pelo qual o apelado aparece em suas relações com a comunidade, equivale a situá-lo numa insustentável e odiosa posição de incerteza, de conflitos e inibições, deixando-o tolhido em seus passos, além de angustiado, o que acaba por causar embaraços ao exercício de suas atividades sócio-laborais. E equivale, também, a negar-lhe o direito de exercer a cidadania em sua plenitude, embora assegurado no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, negativa que o impede de fruir, de resto, os direitos básicos do cidadão.
(...)
Por outro lado, a alteração do prenome e do sexo além de não acarretar prejuízos, seja à sociedade, seja a terceiros, dará solução à incômoda situação em que se encontra o apelado, superando os transtornos que, de longa data, está a suportar" (fls. 116⁄119).

Nesse contexto, sem perder de vista os direitos e garantias fundamentais expressos da Constituição de 1988, especialmente os princípios da personalidade e da dignidade da pessoa humana e, levando-se em consideração o disposto nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, entendo que deve ser deferida a mudança do sexo (de "masculino" para "feminino") que consta do registro de nascimento, adequando-se documentos e, logo, facilitando a inserção social e profissional.

Sobre o tema, encontra-se o seguinte comentário de Tereza Rodrigues Vieira na obra intitulada de Bioética e Sexualidade, pág. 117:

"O transexual masculino não pode realizar-se como ser humano pertencente ao sexo masculino, pois não se sente homem, nunca foi homem e nunca o será. Essa convicção é atestada por ele e por todos os especialistas que o examinaram e o indicaram para a cirurgia.
Eles passam por um tratamento doloroso porque querem viver em sociedade da única maneira digna e que corresponde ao sexo a que sentem psicológica e fisicamente pertencer: sexo feminino.
O Direito não pode andar na contramão do progresso científico, afinal tal cirurgia é reconhecida como ética pelo Conselho Federal de Medicina desde 1997.
Negar tal pedido àquele que fez a cirurgia é negar-lhe o direito de viver dignamente, é marginalizá-lo, mantendo seu sofrimento. O Direito deve atender às justas necessidades das pessoas, sobretudo quando não prejudicam terceiros.
É justo que em nome de um sexo cromossômico (que ninguém vê) se obrigue alguém a assumir um sexo ao qual jamais pertenceu verdadeiramente e a que jamais pertencerá? O sexo masculino não lhe corresponde, nem o identifica, pelo contrário."

Vale ressaltar que os documentos públicos devem ser fiéis aos fatos da vida, além do que deve haver segurança nos registros públicos. Dessa forma, no livro cartorário, à margem do registro das retificações de prenome e de sexo do requerente, deve ficar averbado que as modificações procedidas decorreram de sentença judicial em ação de retificação de registro civil.

Tal providência decorre da necessidade de salvaguardar os atos jurídicos já praticados, objetiva manter a segurança das relações jurídicas e, por fim, visa solucionar eventuais questões que sobrevierem no âmbito do direito de família (casamento), no direito previdenciário e até mesmo no âmbito esportivo.

Sobre a necessidade de averbação no registro civil, a mesma autora, acima citada, *in* Repertório IOB de Jurisprudência de fevereiro de 1996, pág. 48, preleciona que:

"Os Registros Públicos relatam fatos históricos da vida do indivíduo. Assim, acreditamos que a adequação de prenome e de sexo deve constar para demonstrar que determinado indivíduo passe oficialmente, a partir daquele momento, e não do seu nascimento, a chamar-se fulano de tal, pertencente ao sexo X (não retroativo). Entendemos que os direitos dos transexuais e de terceiros estariam muito mais explicitamente assegurados, se, no Registro Civil constar a alteração ocorrida.
Trata-se de uma ação modificadora do estado da pessoa, com a adequação de sexo, devendo, portanto, ser averbada (art. 29, § 1º, letra f, da Lei 6.015/73)."

Todavia, tal averbação deve constar apenas do livro de registros, não devendo constar nas certidões do registro público competente nenhuma referência de que a aludida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de cirurgia de mudança de sexo, sob pena de manter a exposição do indivíduo a situações constrangedoras e discriminatórias.

IV - Conclusão

Ante o exposto, **conheço parcialmente do recurso especial e dou-lhe provimento** para, reconhecendo a possibilidade jurídica do pedido formulado na inicial, autorizar:

a) a modificação do nome que consta do registro civil - de "Romar Nogueira Rabelo" para "Bruna Nogueira Rabelo";

b) a alteração do sexo indicado no registro civil - de "masculino" para "feminino";

c) a averbação, apenas no livro cartorário e à margem do registro civil, de que as alterações são oriundas de decisão judicial; vedada qualquer menção nas certidões do registro público, sob pena de manter a situação constrangedora e discriminatória.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 737.993 - MG (2005/0048606-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
RECORRENTE	:	R N R
ADVOGADO	:	JULIANA GONTIJO E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

Sr. Presidente, estava vendo o voto, muito bem elaborado, do Sr. Ministro João Otávio, claro, brincadeiras à parte, mas a questão é muito séria quando envolve mudança do próprio sexo. Eu tive oportunidade de julgar, na Segunda Instância, em um Tribunal do Rio de Janeiro, e apenas a título de curiosidade, eu julguei uma questão que era autorização para a realização da cirurgia. Não se faz uma cirurgia dessa, e aqui eu vejo o histórico da identificação com sexo feminino desse personagem, desde os dez anos de idade ele se identifica. Ele, na verdade, no íntimo dele, é do sexo oposto. Ele não se comporta...não é só uma mudança física, é uma mudança psicológica e psicossomática. E, nesse caso que eu apreciara, foram alguns anos de tratamento psicológico antes da cirurgia para se permitir a mudança do sexo. Ignorar isso, no mundo de hoje, eu penso que é negar a realidade.

O voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, aqui a questão é simplesmente a de alteração do registro. Ora, se ele já realizou a troca, se ele já fez a operação, se o registro está em desconformidade com o mundo fenomênico, não vejo motivo para não deferir e também não vejo motivo para constar da certidão, porque seria um opróbrio ainda maior para ele ter que mostrar uma certidão em que consta um nome do sexo masculino. Fica lá no registro, preserva terceiros e ele segue a vida dele pela opção que ele fez.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dando-lhe provimento.

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA

Número Registro: 2005/0048606-4 **REsp 737993 / MG**

Números Origem: 024026245852 2960763

PAUTA: 05/11/2009 JULGADO: 05/11/2009

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator
Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro FERNANDO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. DURVAL TADEU GUIMARÃES

Secretária
Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	R N R
ADVOGADO	:	JULIANA GONTIJO E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ASSUNTO: Civil - Registros Públicos - Nascimento - Alteração

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado para a Sessão do dia 10.11.2009, por indicação do Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de novembro de 2009

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 737.993 - MG (2005/0048606-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (PRESIDENTE):

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dando-lhe provimento.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA

Número Registro: 2005/0048606-4 **REsp 737993 / MG**

Números Origem: 024026245852 2960763

PAUTA: 05/11/2009 JULGADO: 10/11/2009
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator
Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro FERNANDO GONÇALVES

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. ANA MARIA GUERRERO GUIMARÃES

Secretária
Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	R N R
ADVOGADO	:	JULIANA GONTIJO E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ASSUNTO: Civil - Registros Públicos - Nascimento - Alteração

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.
Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de novembro de 2009

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 737.993 - MG (2005/0048606-4)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Presidente, estou acompanhando o voto do eminente Relator. Entendo que a sociedade, hoje, não pode mais fechar os olhos para essa realidade. E, de um jeito ou de outro, o comportamento feminino não vai deixar de existir. É melhor que se faça em conformidade com o que se pode permitir a respeito, que é a alteração do registro a fim de compatibilizá-lo com a nova realidade. De modo que estou inteiramente de acordo com o eminente Relator.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dando-lhe provimento.

ANEXO VII

LEI ESTADUAL (SP) Nº 10.948/01

Dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual e dá outras providências

LEI N. 10.948, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2001

(Projeto de lei nº 667/2000, do deputado Renato Simões - PT)

Dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual e dá outras providências

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO:

Faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu promulgo a seguinte lei:

Artigo 1.º - Será punida, nos termos desta lei, toda manifestação atentatória ou discriminatória praticada contra cidadão homossexual, bissexual ou transgênero.

Artigo 2.º - Consideram-se atos atentatórios e discriminatórios dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos homossexuais, bissexuais ou transgêneros, para os efeitos desta lei:

I - praticar qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica;

II - proibir o ingresso ou permanência em qualquer ambiente ou estabelecimento público ou privado, aberto ao público;

III - praticar atendimento selecionado que não esteja devidamente determinado em lei;

IV - preterir, sobretaxar ou impedir a hospedagem em hotéis, motéis, pensões ou similares;

V - preterir, sobretaxar ou impedir a locação, compra, aquisição, arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis de qualquer finalidade;

VI - praticar o empregador, ou seu preposto, atos de demissão direta ou indireta, em função da orientação sexual do empregado;

VII - inibir ou proibir a admissão ou o acesso profissional em qualquer estabelecimento público ou privado em função da orientação sexual do profissional;
VIII - proibir a livre expressão e manifestação de afetividade, sendo estas expressões e manifestações permitidas aos demais cidadãos.

Artigo 3.º - São passíveis de punição o cidadão, inclusive os detentores de função pública, civil ou militar, e toda organização social ou empresa, com ou sem fins lucrativos, de caráter privado ou público, instaladas neste Estado, que intentarem contra o que dispõe esta lei.

Artigo 4.º - A prática dos atos discriminatórios a que se refere esta lei será apurada em processo administrativo, que terá início mediante:

I - reclamação do ofendido;

II - ato ou ofício de autoridade competente;

III - comunicado de organizações não-governamentais de defesa da cidadania e direitos humanos.

Artigo 5.º - O cidadão homossexual, bissexual ou transgênero que for vítima dos atos discriminatórios poderá apresentar sua denúncia pessoalmente ou por carta, telegrama, telex, via Internet ou facsímile ao órgão estadual competente e/ou a organizações não-governamentais de defesa da cidadania e direitos humanos.
§ 1.º - A denúncia deverá ser fundamentada por meio da descrição do fato ou ato discriminatório, seguida da identificação de quem faz a denúncia, garantindo-se, na forma da lei, o sigilo do denunciante.

§ 2.º - Recebida a denúncia, competirá à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania promover a instauração do processo administrativo devido para apuração e imposição das penalidades cabíveis.

Artigo 5º-A - A Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, para cumprir o disposto nesta lei e fiscalizar o seu cumprimento, poderá firmar convênios com os Municípios, com a Assembleia Legislativa e com as Câmaras Municipais

Artigo 6.º - As penalidades aplicáveis aos que praticarem atos de discriminação ou qualquer outro ato atentatório aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana serão as seguintes:

I - advertência;

II - multa de 1000 (um mil) UFESPs - Unidades Fiscais do Estado de São Paulo;
III - multa de 3000 (três mil) UFESPs - Unidades Fiscais do Estado de São Paulo, em caso de reincidência;

IV - suspensão da licença estadual para funcionamento por 30 (trinta) dias;

V - cassação da licença estadual para funcionamento.

§ 1.º - As penas mencionadas nos incisos II a V deste artigo não se aplicam aos órgãos e empresas públicas, cujos responsáveis serão punidos na forma do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado - Lei n. 10.261, de 28 de outubro de 1968.

§ 2.º - Os valores das multas poderão ser elevados em até 10 (dez) vezes quando for verificado que, em razão do porte do estabelecimento, resultarão inócuas.
§ 3.º - Quando for imposta a pena prevista no inciso V supra, deverá ser comunicada a autoridade responsável pela emissão da licença, que providenciará a sua cassação, comunicando-se, igualmente, a autoridade municipal para eventuais providências no âmbito de sua competência.

Artigo 7.º - Aos servidores públicos que, no exercício de suas funções e/ou em repartição pública, por ação ou omissão, deixarem de cumprir os dispositivos da presente lei, serão aplicadas as penalidades cabíveis nos termos do Estatuto dos Funcionários Públicos.

Artigo 8.º - O Poder Público disponibilizará cópias desta lei para que sejam afixadas

nos estabelecimentos e em locais de fácil leitura pelo público em geral.

Artigo 9.º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Palácio dos Bandeirantes, 5 de novembro de 2001.

GERALDO ALCKMIN

Edson Luiz Vismona
Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania
João Caramez
Secretário-Chefe da Casa Civil
Antonio Angarita
Secretário do Governo e Gestão Estratégica

Publicada na Assessoria Técnico-Legislativa, aos 5 de novembro de 2001.

ANEXO VIII

DECRETO Nº 55.839, DE 18 DE MAIO DE 2010
(Estado de São Paulo)

Institui o Plano Estadual de Enfrentamento à Homofobia e Promoção da Cidadania LGBT e dá providências correlatas

DECRETO Nº 55.839, DE 18 DE MAIO DE 2010

Institui o Plano Estadual de Enfrentamento à Homofobia e Promoção da Cidadania LGBT e dá providências correlatas

ALBERTO GOLDMAN, Governador do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais,

Considerando a criação da Coordenação de Políticas para a Diversidade Sexual do Estado de São Paulo junto à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, por meio do Decreto nº 54.032, de 18 de fevereiro de 2009;

Considerando que a Coordenação de Políticas para a Diversidade Sexual do Estado de São Paulo conta com o Comitê Intersecretarial de Defesa da Diversidade Sexual;

Considerando que as resoluções da I Conferência Estadual GLBTT, convocada pelo Decreto nº 52.770, de 3 de março de 2008, resultaram em diretrizes de atuação e propostas de políticas públicas destinadas ao enfrentamento da discriminação homofóbica e promoção dos direitos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais;

Considerando que a partir das resoluções da I Conferência Estadual GLBTT, o Comitê Intersecretarial de Defesa da Diversidade Sexual elaborou metas e ações destinadas ao enfrentamento à discriminação homofóbica e promoção da cidadania LGBT; e

Considerando a importância de instituir políticas públicas destinadas ao respeito à diversidade sexual e promoção dos direitos da população LGBT,

Decreta:

Artigo 1º - Fica instituído o Plano Estadual de Enfrentamento à Homofobia e Promoção da Cidadania LGBT, composto por metas e ações a serem cumpridas pelas Secretarias de Estado constantes do Anexo que faz parte integrante deste decreto.

Parágrafo único - A implementação do Plano Estadual de Enfrentamento à Homofobia e Promoção da Cidadania LGBT, além das Secretarias de Estado nele indicadas, poderá envolver parcerias com outros órgãos públicos.

Artigo 2º - As metas do Plano Estadual de Enfrentamento à Homofobia e Promoção da Cidadania LGBT serão cumpridas no biênio 2010-2011.

Artigo 3º - O cumprimento das metas e ações que compõem o Plano de que trata

esse decreto será acompanhado e monitorado, nos respectivos âmbitos de atuação, pela Coordenação de Políticas para a Diversidade Sexual do Estado de São Paulo com o auxílio do Comitê Intersecretarial de Defesa da Diversidade Sexual, e pelo Conselho Estadual dos Direitos da População de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Artigo 4º - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação. Palácio dos Bandeirantes, 18 de maio de 2010

ALBERTO GOLDMAN

Ricardo Dias Leme

Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania

Marcos Antonio Monteiro

Secretário de Gestão Pública

Almino Monteiro Álvares Affonso

Secretário de Relações Institucionais

Luiz Carlos Delben Leite

Secretário Estadual de Assistência e Desenvolvimento Social

Pedro Rubez Jeha

Secretário do Emprego e Relações do Trabalho

Antonio Ferreira Pinto

Secretário da Segurança Pública

Lourival Gomes

Secretário da Administração Penitenciária

Paulo Renato Costa Souza

Secretário da Educação

Luiz Roberto Barradas Barata

Secretário da Saúde

Angelo Andréa Matarazzo

Secretário da Cultura

Carlos Alberto Vogt

Secretário de Ensino Superior

Luiz Antonio Guimarães Marrey

Secretário-Chefe da Casa Civil

Publicado na Casa Civil, aos 18 de maio de 2010.

ANEXO
a que se refere o artigo 1º do Decreto nº 55.839, de 18 de maio de 2010

Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania

Apresentam-se as seguintes diretrizes de ação para o enfrentamento à homofobia e suas decorrentes manifestações de intolerância no âmbito da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania:

Meta 1. Assegurar o tratamento pelo pré-nome social de travestis e transexuais nos órgãos públicos.

Ação 1.1. Fomentar a criação de instrumento normativo que estabeleça o tratamento nominal de travestis e transexuais pelo pré-nome social nos órgãos da administração direta e indireta do Governo do Estado de São Paulo.

Ação 1.2. Realizar encontros para discutir a viabilidade jurídica do instrumento legal que estabeleça o tratamento nominal de travestis e transexuais pelo pré-nome social nos órgãos da administração direta e indireta do Governo do Estado de São Paulo.

Ação 1.3. Promover campanha institucional para ampla divulgação do instrumento legal que estabelece o tratamento nominal de travestis e transexuais pelo pré-nome social nos órgãos da administração direta e indireta do Estado de São Paulo.

Meta 2. Promover a Lei estadual nº 10.948, de 5 de novembro de 2001.

Ação 2.1. Firmar parceria com a Procuradoria Geral do Estado para realização da fase de instrução processual, quando do recebimento de denúncias decorrentes do interior do Estado, pelas Procuradorias Regionais das cidades de Araçatuba, Bauru, Campinas, Marília, Presidente Prudente, Ribeirão Preto, Santos, São José do Rio Preto e Taubaté.

Ação 2.2. Criar, em parceria com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, postos de atendimento a casos de discriminação homofóbica, em unidades da Defensoria Pública localizadas no interior do Estado, especificamente nos

municípios de Campinas, São José do Rio Preto, Presidente Prudente, Santos e Bauru.

Ação 2.3. Promover campanha institucional para ampla divulgação da Lei estadual nº 10.948, de 5 de novembro de 2001.

Ação 2.4. Promover campanha institucional para incentivo de denúncias de discriminação homofóbica ocorridas no Estado de São Paulo.

Ação 2.5. Realizar um seminário para debater a eficácia da Lei estadual nº 10.948, de 5 de novembro de 2001.

Ação 2.6. Propor, em parceria com a Procuradoria Geral do Estado, a adoção de instrumento legal regulamentar dos procedimentos administrativos de averiguação das denúncias de discriminação homofóbica.

Meta 3. Capacitar Gestores Públicos.

Ação 3.1. Realizar, em parceria com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Cursos de Capacitação em Direitos Humanos e Diversidade Sexual para gestores públicos de Secretarias do Governo do Estado de São Paulo.

Ação 3.2. Realizar, em parceria com a Procuradoria Geral do Estado, Curso de Direitos Humanos e Diversidade Sexual para Procuradores do Estado de São Paulo.

Ação 3.3. Realizar capacitação acerca da temática “Direitos Humanos e Diversidade Sexual” para servidores da Fundação Centro de Atendimento Sócio-Educativo ao Adolescente - Fundação Casa.

Meta 4. Apoiar ações de visibilidade da população LGBT.

Ação 4.1. Realizar atividades comemorativas em alusão ao Dia da Visibilidade Trans.

Ação 4.2. Realizar atividades comemorativas em alusão ao Dia do Combate à Homofobia.

Ação 4.3. Realizar atividades comemorativas em alusão ao Dia do Orgulho LGBT.

Ação 4.4. Realizar atividades comemorativas em alusão ao Dia da Visibilidade Lésbica.

Ação 4.5. Divulgar, nos sites das Secretarias do Governo do Estado de São Paulo que compõem o Comitê Intersecretarial de Defesa da Diversidade Sexual, os instrumentos normativos que asseguram direitos da população LGBT paulista.

Meta 5. Publicar referenciais teóricos.

Ação 5.1. Publicar os resultados da I Conferência Estadual LGBT.

Ação 5.2. Apoiar publicações que tratem da temática diversidade sexual e direitos da população LGBT.

Meta 6. Apoiar iniciativas da sociedade civil.

Ação 6.1. Apoiar a realização de projetos, tais como festivais culturais, seminários, encontros, participação em eventos, Paradas do Orgulho LGBT, dentre outros.

Ação 6.2. Estabelecer diálogo com poderes públicos municipais, com o intuito de estimular a criação de órgãos governamentais destinados à promoção dos direitos da diversidade sexual e cidadania LGBT.

Meta 7. Adotar ações de enfrentamento ao tráfico de travestis e transexuais para exploração sexual.

Ação 7.1. Sensibilizar lideranças travestis e transexuais do Estado de São Paulo para a promoção da efetiva prevenção da violência e enfrentamento do Tráfico de Pessoas a partir do enfoque da diversidade sexual.

Ação 7.2. Formar agentes multiplicadores de prevenção da violência e enfrentamento do Tráfico de Pessoas a partir do enfoque da diversidade sexual, com especial atenção à população de travestis e transexuais.

Ação 7.3. Informar casos de tráfico de travestis e transexuais para exploração sexual a órgãos federais, a fim de contribuir para o enfrentamento dessa prática.

Ação 7.4. Elaborar o Manual de Formação de Agentes Multiplicadores para auxiliar na atuação da prevenção da violência e enfrentamento do Tráfico de Pessoas, destinando especial atenção à população de travestis e transexuais paulistas.

Ação 7.5. Promover campanha, ampliando as ações de prevenção da violência e enfrentamento do Tráfico de travestis e transexuais, para todo o Estado de São Paulo.

Meta 8. Firmar parceria com o Programa de Humanização da Secretaria da Saúde.

Ação 8.1. Realizar capacitações para a promoção do atendimento humanizado na rede de saúde hospitalar, com enfoque nas demandas da população LGBT.

Meta 9. Publicar material informativo para servidores públicos.

Ação 9.1. Elaborar e publicar material educativo para orientar os servidores públicos para a prestação adequada dos serviços à população LGBT.

Meta 10. Promover campanha institucional.

Ação 10.1. Financiar a realização de um vídeodocumentário acerca do Sistema Paulista de Proteção aos Direitos da Diversidade Sexual e Promoção da Cidadania LGBT.

Meta 11. Apoiar as Paradas do Orgulho LGBT do interior do Estado.

Ação 11.1. Incentivar a realização de eventos de visibilidade e promoção do orgulho LGBT, por meio do apoio às Paradas nas cidades do interior paulista.

Ação 11.2. Fortalecer e consolidar ações com o objetivo de promover a cidadania e os direitos humanos nas Paradas do Orgulho LGBT.

Meta 12. Criar espaço institucional de diálogo permanente com a sociedade civil.

Ação 12.1. Fomentar a criação de um Conselho Estadual, composto por representantes do Poder Público e da sociedade civil.

Ação 12.2. Realizar encontros para discutir a criação de um Conselho Estadual LGBT, envolvendo representantes do Poder Público e da sociedade civil que atuam com a temática da diversidade sexual.

Secretaria de Gestão Pública

Apresentam-se as seguintes diretrizes de ação para o enfrentamento à homofobia e suas decorrentes manifestações de intolerância no âmbito da Secretaria de Gestão Pública:

Meta 1. Promover a Lei Complementar n° 1.012, de 5 de julho de 2007.

Ação 1.1. Divulgar a legislação para servidores públicos do Estado de São Paulo por meio eletrônico (e-mails e sites institucionais).

Ação 1.2. Divulgar a legislação nos holerites dos servidores.

Ação 1.3. Divulgar a legislação em informativos de órgãos da administração direta e indireta do Governo do Estado de São Paulo.

Meta 2. Alterar o Sistema de “Recadastramento do Servidor”.

Ação 2.1. Promover alteração no Sistema de recadastramento do Servidor público, permitindo a auto-identificação da “orientação sexual” e “identidade de gênero”.

Meta 3. Capacitar Gestores Públicos.

Ação 3.1. Realizar, por meio da FUNDAP, capacitação acerca da temática “Direitos Humanos e Diversidade Sexual” para dirigentes e gestores de Programas que compõem a administração direta e indireta, por meio dos instrumentos de educação telepresencial.

Meta 4. Capacitar Servidores dos Programas “Acessa São Paulo” e “PoupaTempo”.

Ação 4.1. Realizar, por meio da FUNDAP, capacitação acerca da temática “Direitos Humanos e Diversidade Sexual” para servidores dos Programas “Acessa São Paulo” e “PoupaTempo” que prestam atendimento direto à população, por meio dos instrumentos de educação telepresencial.

Meta 5. Capacitar servidores do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual.

Ação 5.1. Realizar capacitação acerca da temática “Direitos Humanos e Diversidade Sexual” para servidores Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual.

Secretaria de Relações Institucionais

Apresentam-se as seguintes diretrizes de ação para o enfrentamento à homofobia e suas decorrentes manifestações de intolerância no âmbito da Secretaria de Relações Institucionais:

Meta 1. Capacitar os Conselheiros de Cidadania.

Ação 1.1. Incentivar e realizar capacitação acerca da temática “Direitos Humanos e Diversidade Sexual” para os membros dos Conselhos de Cidadania, de modo a promover a atuação transversal desses órgãos observadas as demandas da população LGBT.

Meta 2. Divulgar o programa “Selo Paulista da Diversidade”.

Ação 2.1. Destacar e estimular empresas a adotarem políticas de valorização da diversidade sexual, promovendo a inclusão da população LGBT, bem como a igualdade de oportunidades e de tratamento aos seus membros.

Ação 2.2. Implantar o Selo Paulista da Diversidade, como política pública, promovendo grupos de discussão e sensibilização com palestrantes especializados no seguimento LGBT, dentro das organizações do mundo corporativo.

Secretaria Estadual de Assistência e Desenvolvimento Social

Apresentam-se as seguintes diretrizes de ação para o enfrentamento à homofobia e suas decorrentes manifestações de intolerância no âmbito da Secretaria Estadual de Assistência e Desenvolvimento Social:

Meta 1. Alterar o Sistema Web dos Planos Municipais de Assistência Social - PMAS.

Ação 1.1. Incluir a categoria “Orientação Sexual” e “Identidade de Gênero”, permitindo a identificação de demandas da população LGBT na rede de serviços sócio-assistenciais de atendimento.

Ação 1.2. Incluir, na categoria “Discriminação”, espaço reservado à identificação de “discriminação por orientação sexual/identidade de gênero”, possibilitando o mapeamento de demandas decorrentes de práticas homofóbicas.

Meta 2. Alterar o Sistema Pró-Social.

Ação 2.1. Incluir a categoria “Orientação Sexual” e “Identidade de Gênero”, permitindo a identificação de demandas da população LGBT na rede de serviços Pró-Social.

Meta 3. Ampliar o acesso da população LGBT nos serviços de assistência social.

Ação 3.1. Estimular a inclusão da temática “Direitos Humanos e Diversidade Sexual” nas capacitações e treinamentos dos profissionais de serviços sócio educativos de municípios e entidades sociais, em especial os que atendem crianças, adolescentes, idosos e famílias.

Ação 3.2. Incluir a temática da diversidade sexual nas orientações e supervisões aos municípios, especificamente as destinadas às instituições de passagem e de longa permanência voltadas à população LGBT adolescente, portadora de deficiência, idosa e em situação de rua.

Meta 4. Capacitar Agentes Sociais.

Ação 4.1. Incluir a temática “Diversidade Sexual” na capacitação para os serviços especiais de média e alta complexidade.

Ação 4.2. Realizar capacitação em Direitos Humanos e Diversidade Sexual para servidores públicos das Diretorias Regionais de Assistência e Desenvolvimento Social. Secretaria do Emprego e Relações do Trabalho Apresentam-se as seguintes diretrizes de ação para o enfrentamento à homofobia e suas decorrentes manifestações de intolerância no âmbito da Secretaria do Emprego e Relações do Trabalho:

Meta 1. Alterar os Sistemas de Cadastros.

Ação 1.1. Incluir a categoria “Orientação Sexual” e “Identidade de Gênero”, permitindo a identificação de demandas da população LGBT nos serviços prestados pela Secretaria. Meta 2. Publicar manual informativo para atendentes.

Ação 2.1. Elaborar e publicar material educativo para orientar os servidores públicos para a prestação adequada dos serviços à população LGBT, formas de encaminhamento ao mercado de trabalho formal e de enfrentamento da homofobia no local de trabalho.

Meta 3. Ampliar o acesso da população LGBT ao Sistema Emprega São Paulo.

Ação 3.1. Realizar capacitação acerca da temática “Direitos Humanos e Diversidade Sexual” para servidores da SERT.

Ação 3.2. Realizar capacitação de Assistentes Sociais de órgãos públicos que atuam no atendimento à população LGBT.

Ação 3.3. Promover ampla distribuição de material informativo para os postos de atendimento.

Meta 4. Ampliar o acesso da população LGBT aos Postos de Atendimento ao Trabalhador.

Ação 4.1. Realizar capacitação acerca da temática “Direitos Humanos e Diversidade Sexual” para coordenadores regionais dos Postos de Atendimento ao Trabalhador.

Ação 4.2. Realizar capacitação acerca da temática “Direitos Humanos e Diversidade Sexual” para atendentes dos Postos de Atendimento ao Trabalhador, por meio dos instrumentos de educação telepresencial.

Ação 4.3. Promover ampla distribuição de material informativo para os Postos de Atendimento ao Trabalhador.

Meta 5. Ampliar o debate em torno da temática “A População LGBT e o Mercado de Trabalho”.

Ação 5.1. Realizar seminário estadual envolvendo gestores públicos, comissões municipais de emprego e sociedade civil.

Ação 5.2. Elaborar propostas de políticas públicas para a ampliação da inserção da população LGBT no mercado de trabalho.

Secretaria da Segurança Pública

Apresentam-se as seguintes diretrizes de ação para o enfrentamento à homofobia e suas decorrentes manifestações de intolerância no âmbito da Secretaria da Segurança Pública:

Meta 1. Alterar o Registro de Ocorrências.

Ação 1.1. Criar nos documentos de registros policiais espaços para declaração facultativa de orientação sexual e identidade de gênero.

Meta 2. Incluir a temática da diversidade sexual nos currículos de formação e aperfeiçoamento.

Ação 2.1. Inserir a temática da diversidade sexual nas disciplinas de “Direitos Humanos” dos currículos dos Cursos de Formação e Aperfeiçoamento das Escolas das Policias Civil e Militar, constituindo matéria obrigatória.

Meta 3. Levantar dados sobre discriminações homofóbicas.

Ação 3.1. Desenvolver pesquisas, a partir dos bancos de dados da SSP, para a consolidação de informações e estatísticas com recorte da população LGBT e especificidades quanto aos crimes resultantes de discriminações homofóbicas.

Ação 3.2. Orientar a atuação das Polícias Civil e Militar para a efetiva prevenção aos delitos de intolerância homofóbica - DECRADI.

Meta 4. Ampliar a Delegacia de Crimes Raciais e Delitos de Intolerância - DECRADI.

Ação 4.1. Ampliar o quadro de funcionários da DECRADI.

Ação 4.2. Equipar a DECRADI com os equipamentos necessários à sua melhor atuação.

Ação 4.3. Fomentar a criação de instrumento normativo que estabeleça a obrigatoriedade de que ocorrências policiais registradas em toda e qualquer delegacia do Estado proveniente de discriminação homofóbica seja informada para a DECRADI a fim de atualizar o banco de dados sobre crimes decorrentes de homofobia.

Ação 4.4. Criar a Central de Inteligência da DECRADI destinada ao mapeamento das ocorrências de intolerância em todo o Estado.

Ação 4.5. Informatizar os bancos de dados da DECRADI.

Meta 5. Publicar manual informativo para atuação dos agentes da segurança pública.

Ação 5.1. Elaborar e publicar manual didático-pedagógico com orientações acerca da melhor abordagem e tratamento à população LGBT, considerando as suas peculiaridades.

Ação 5.2. Promover ampla distribuição de material informativo para os agentes da segurança pública.

Secretaria da Administração Penitenciária

Apresentam-se as seguintes diretrizes de ação para o enfrentamento à homofobia e suas decorrentes manifestações de intolerância no âmbito da Secretaria de Administração Penitenciária:

Meta 1. Realizar pesquisa para identificar a situação e necessidades da população LGBT no sistema penitenciário.

Ação 1.1. Realizar pesquisa para identificar o perfil, a realidade da população LGBT no sistema penitenciário paulista.

Ação 1.2. Promover, a partir dos resultados das pesquisas, medidas para a promoção do respeito às distintas orientações sexuais e identidades de gênero nas unidades penitenciárias.

Meta 2. Enfrentar a discriminação homofóbica nas unidades prisionais.

Ação 2.1. Promover para servidores penitenciários, dirigentes e internos do sistema, ampla divulgação da Lei estadual 10.948, de 5 de novembro de 2001, dos centros de referência de combate a homofobia, do Ambulatório de Saúde Integral para Travestis e Transexuais, do Hospital Estadual de Diadema e do Centro de Referência da Diversidade.

Meta 3. Capacitar dirigentes e servidores do Sistema Penitenciário.

Ação 3.1. Realizar, por meio da Escola de Administração Penitenciária, cursos de atualização, seminários, ciclo de palestras, capacitação em “Direitos Humanos e Diversidade Sexual”.

Ação 3.2. Inserir a disciplina “Direitos Humanos e Diversidade Sexual” nas grades curriculares dos Cursos oferecidos pela Escola de Administração Penitenciária.

Meta 4. Promover acesso à educação e ao trabalho.

Ação 4.1. Por meio da Fundação “Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel” - FUNAP, fomentar a participação de presos LGBT nos cursos, oficinas de trabalho e programas de cultura e esportes.

Secretaria da Educação

Apresentam-se as seguintes diretrizes de ação para o enfrentamento à homofobia e suas decorrentes manifestações de intolerância no âmbito da Secretaria de Educação:

Meta 1. Capacitar Gestores Públicos.

Ação 1.1. Realizar “Ciclos de Conferências” para capacitar gestores da rede estadual de educação acerca da temática “Diversidade Sexual na Sala de Aula”.

Ação 1.2. Fomentar a troca de experiências sobre iniciativas desenvolvidas que abordam questões de gênero, sexualidade e diversidade sexual na escola.

Meta 2. Capacitar professores.

Ação 2.1. Realizar, por meio da “Rede do Saber”, cursos de Capacitação e Sensibilização em Direitos Humanos e Diversidade Sexual para professores coordenadores da Oficina Pedagógica das Diretorias de Ensino, por meio dos instrumentos de educação telepresencial.

Ação 2.2. Propiciar, por meio de estudos dirigidos, a discussão sobre práticas pedagógicas e mecanismos de enfrentamento ao preconceito homofóbico nos espaços escolares.

Meta 3. Garantir a realização das diretrizes curriculares.

Ação 3.1. Promover discussão com a Coordenadoria de Estudos e Normas Pedagógicas em torno dos currículos escolares de modo a incrementar a temática da diversidade sexual na formação discente, a partir da reflexão sobre as dimensões de gênero e sexualidade.

Ação 3.2. Implementar a abordagem do assunto diversidade sexual na prática docente, de acordo com os Parâmetros Curriculares Nacionais e o Currículo do Estado de São Paulo.

Meta 4. Ampliar o acervo bibliotecário da rede estadual de ensino.

Ação 4.1. Ampliar a aquisição de livros que abordem a temática da diversidade sexual, distribuindo-os uniformemente para as escolas.

Ação 4.2. Ampliar a aquisição de material áudiovisual que abordem a temática da diversidade sexual, distribuindo-os uniformemente para as escolas.

Meta 5. Enfrentar a discriminação homofóbica nos ambientes escolares.

Ação 5.1. Promover ações de enfrentamento à discriminação homofóbica no ambiente escolar.

Ação 5.2. Incrementar a continuidade da parceria com a Secretaria da Saúde, por meio da realização do projeto “Saúde e Prevenção nas Escolas”.

Secretaria da Saúde

Apresentam-se as seguintes diretrizes de ação para o enfrentamento à homofobia e suas decorrentes manifestações de intolerância no âmbito da Secretaria da Saúde:

Meta 1. Realizar atividades de capacitação e sensibilização para gestores e profissionais da Saúde.

Ação 1.1. Realizar capacitação e sensibilização em Direitos Humanos e Diversidade Sexual para servidores de hospitais da Secretaria da Saúde.

Ação 1.2. Realizar capacitação e sensibilização em Direitos Humanos e Diversidade Sexual para Ouvidores alocados nos Departamentos Regionais de Saúde (DRS).

Ação 1.3. Monitorar os desdobramentos das sensibilizações ocorridas em 2009 em hospitais da Secretaria da Saúde.

Ação 1.4. Realizar Seminário Estadual envolvendo Programas Municipais de DST/aids, universidades, institutos de pesquisa, mídia e sociedade civil organizada para discutir e construir estratégias para o enfrentamento da epidemia de Aids e o controle das DST’s entre as mulheres.

Meta 2. Implementar e aperfeiçoar as ações de enfrentamento da epidemia de aids e outras DST’s, enfatizando o incentivo a testagem precoce para o HIV.

Ação 2.1. Sensibilizar e instrumentalizar gestores dos Programas Municipais de Saúde e profissionais da Rede Especializada em DST/Aids para a inclusão de

metas, ações específicas e alocação de recursos para prevenção das DST/HIV/Aids para gays, outros HSH e travestis em seus Planos de Ações e Metas (PAM).

Ação 2.2. Incluir metas, ações específicas e alocação de recursos para prevenção das DST/HIV/Aids para gays, outros HSH e travestis no Plano de Ações e Metas do Estado de São Paulo.

Ação 2.3. Apoiar a realização de atividades de prevenção às DST/Aids e incentivo à testagem do HIV, sífilis e hepatites B e C para os municípios e Organizações da Sociedade Civil (ONG).

Ação 2.4. Constituir um Grupo de Trabalho de monitoramento e avaliação do Plano Estadual de Enfrentamento da Epidemia de Aids e outras DST's entre Gays, outros HSH e Travestis composto por gestores públicos e representantes da sociedade civil organizada.

Ação 2.5. Ampliar a aquisição e distribuição de gel lubrificante íntimo para as ações de prevenção direcionadas a gays, HSH e travestis.

Ação 2.6. Realizar encontro estadual de prevenção às DST/Aids com destaque para as temáticas relacionadas à diversidade sexual, ao Plano de Enfrentamento da Epidemia entre Gays, HSH e Travestis e ao Plano de Enfrentamento da Feminização da Aids e outras DST.

Ação 2.7. Realizar campanha estadual de incentivo a testagem precoce para o HIV.

Ação 2.8. Desenvolver estratégias para ampliar o acesso à vacinação contra a Hepatite B junto aos 145 municípios que recebem recursos via PAM.

Ação 2.9. Realizar campanha de comunicação para redução da vulnerabilidade, além de publicizar os dados da epidemia entre gays.

Ação 2.10. Produzir e divulgar material informativo sobre especificidades e contextos de vulnerabilidade associados à epidemia do HIV/aids e agravos à saúde de gays e travestis.

Ação 2.11. Realizar pesquisa epidemiológica para determinar e acompanhar a prevalência do HIV, HPV e das hepatites entre HSH na cidade de São Paulo e, paralelamente, desenvolver estudo qualitativo para identificar questões relacionadas a atitudes e práticas associadas ao risco de infecção pelo HIV que possam subsidiar as ações de prevenção.

Meta 3. Implantar Assistência Interdisciplinar a Travestis e Transexuais em Ambulatórios Especializados.

Ação 3.1. Criar um Ambulatório de Saúde Integral para Travestis e Transexuais.

Ação 3.2. Desenvolver protocolos de atendimento e tecnologias de atenção e cuidados passíveis de serem reproduzidos por outros serviços.

Ação 3.3. Adotar medidas de referência no atendimento aos travestis e transexuais com vista à ampliação da capacidade de atendimento e especialidades oferecidas, melhoria da qualidade dos serviços de saúde e observância ao respeito à identidade de gênero da população usuária.

Ação 3.4. Produzir material educativo específico para a prevenção de doenças e promoção da saúde das travestis e transexuais.

Ação 3.5. Desenvolver estratégias para a discussão e inclusão das especificidades de saúde dos travestis e transexuais nas ações de assistência àqueles que vivem com HIV/aids.

Ação 3.6. Implantar, no Ambulatório de Saúde Integral para Travestis e Transexuais, os quesitos “orientação sexual” e “identidade de gênero” nas fichas de atendimento, para avaliação e posterior implantação nos demais serviços especializados em DST/Aids.

Meta 4. Garantir apoio técnico e institucional aos movimentos sociais LGBT.

Ação 4.1. Priorizar projetos de organizações da sociedade civil direcionados a ações de prevenção, assistência e defesa dos direitos da população LGBT, apresentados nas seleções públicas do PE-DST/aids.

Ação 4.2. Apoiar os movimentos sociais LGBT, em seus projetos de fortalecimento das redes.Secretaria da Cultura Apresentam-se as seguintes diretrizes de ação para o enfrentamento à homofobia e suas decorrentes manifestações de intolerância no âmbito da Secretaria de Cultura:

Meta 1. Definir políticas acerca da Cultura LGBT.

Ação 1.1. Realizar Seminário Estadual sobre Cultural LGBT, com o propósito de reunir artistas, agentes culturais, pesquisadores para discutir e propor ações de incentivo à “cultura LGBT”.

Ação 1.2. Promover a discussão transversal da temática “cultura LGBT”, tendo como referência as questões de gênero, etnias, religiosas, geracionais e jurídicas, dentre outras.

Meta 2. Criar fonte de fomento às iniciativas culturais LGBT.

Ação 2.1. Criar o PROAC - LGBT (Programa de Apoio à Cultura), adotando critérios públicos de financiamento às iniciativas da “cultura LGBT”, por meio de editais específicos.

Meta 3. Promover ações de visibilidade das manifestações da “cultura LGBT”.

Ação 3.1. Organizar e catalogar as manifestações artísticas que tratam da temática da diversidade sexual.

Ação 3.2. Dar visibilidade às ações culturais LGBT desenvolvidas no interior do Estado.

Ação 3.3. Promover, em parceria com a Associação Amigos das Oficinas Culturais do Estado de São Paulo, a identificação e divulgação de artistas LGBT, incluindoos nas ações do Projeto “Oficinas Culturais”.

Ação 3.4. Promover ações que abordem a temática LGBT por meio das Unidades da Pasta que implementam as atividades artísticas e culturais.

Ação 3.5. Apoiar atividades culturais desenvolvidas nas Paradas do Orgulho LGBT.

Meta 4. Incentivar a produção literária que aborde a temática da diversidade sexual.

Ação 4.1. Promover eventos, em parceria com a “Poesis - Organização Social de Cultura”, para divulgar a produção literária, por meio apoio à realização de saraus literários e apresentações teatrais.

Meta 5. Incluir a temática da “cultura LGBT” na programação da “Virada Cultural Paulista”.

Ação 5.1. Incluir na programação do projeto “Virada Cultural Paulista” atividades culturais que abordem a temática de gênero e diversidade sexual.

Meta 6. Estimular a produção cultural em torno da temática “direitos humanos e diversidade sexual”.

Ação 6.1. Promover concurso, com periodicidade fixa, para premiar as atividades da “cultura LGBT”.

Secretaria de Ensino Superior

Apresentam-se as seguintes diretrizes de ação para o enfrentamento à homofobia e suas decorrentes manifestações de intolerância no âmbito da Secretaria de Ensino Superior:

Meta 1. Estimular a pesquisa científica em diversidade sexual.

Ação 1.1. Realizar um seminário estadual para reunir pesquisadores das IES do Estado de São Paulo para debater meios de incentivo e fomento à pesquisa em diversidade sexual, com posterior publicação dos seus anais.

Ação 1.2. Definir linhas de incentivo e fomento à pesquisa em diversidade sexual.

Ação 1.3. Criar um “Observatório de Pesquisas da Diversidade Sexual” com fins de articular os diversos pesquisadores, Centros e Núcleos de estudos espalhados pelas IES paulistas para a promoção do intercâmbio de pesquisadores e de conhecimento.

Ação 1.4. Promover, com periodicidade fixa, concurso para premiar o melhor ensaio, pesquisa, dissertação ou tese sobre a temática da diversidade sexual e população LGBT ou, ainda, sobre a sua memória no Estado de São Paulo.

Meta 2. Estimular a inclusão da temática “diversidade sexual” nas grades curriculares.

Ação 2.1. Implantar grupo de trabalho para a criação de área de concentração específica referente aos estudos da diversidade sexual e temas a ela relacionados nas IES.

Ação 2.2. Fomentar a criação de disciplinas, especialmente na área das Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, que tangenciem e contemplem as questões atinentes

à diversidade sexual e a produção do conhecimento oriundo e vinculado à população LGBT.

Meta 3. Enfrentar a discriminação homofóbica nos ambientes universitários.

Ação 3.1. Criar políticas institucionais de apoio aos discentes, docentes e servidores LGBT, aberta à toda a comunidade acadêmica.

Ação 3.2. Incentivar a formação de grupos de discussão, apoio, convivência LGBT surgidos por iniciativa discente, de diretórios centrais ou centros acadêmicos.

Ação 3.3. Implantar campanhas institucionais permanentes que visem facilitar a convivência da população LGBT no âmbito acadêmico, bem como incentivar a cultura do respeito e da tolerância à livre expressão homoafetiva e à diversidade sexual.

Meta 4. Preservar a memória LGBT e dos movimentos sociais de defesa da diversidade sexual.

Ação 4.1. Promover diálogo com outros órgãos públicos, com vista à criação de um Centro de Memória, destinado à preservação da documentação e iconografia da história LGBT e promoção da diversidade sexual.

Meta 5. Financiar estudos e pesquisas sobre diversidade sexual.

Ação 5.1. Promover suporte institucional e fomento financeiro a grupos de estudo, núcleos, grupos de pesquisa, discussão, convivência e demais iniciativas pertencentes às IES paulistas e outras instituições públicas, interessadas na temática da diversidade sexual e população LGBT.

Ação 5.2. Criar linhas específicas de fomento às investigações ligadas à diversidade sexual, bem como às pesquisas de Iniciação Científica e de Inovação Tecnológica, nas IES, na Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo e demais centros de fomento às pesquisas congêneres.

Meta 6. Manter diálogo institucional com demais órgãos públicos.

Ação 6.1. Estabelecer um grupo de trabalho formado por profissionais das diversas áreas do saber para redigirem documento a ser encaminhado aos órgãos nacionais de fomento à pesquisa, com o intuito de estimular a criação de linhas de pesquisa e financiamento ligadas a diversidade sexual e população LGBT.

Meta 7. Divulgar o programa “Selo Paulista da Diversidade”.

Ação 7.1. Estimular que IES adotem políticas de promoção da diversidade sexual, desenvolvendo iniciativas de valorização e respeito à população LGBT.

Ação 7.2. Estimular que IES se insiram no Programa “Selo Paulista da Diversidade”.

ANEXO IX

DECRETO Nº 51.180, DE 14 DE JANEIRO DE 2010 (Município de São Paulo)

Dispõe sobre a inclusão e uso do nome social de pessoas travestis e transexuais nos registros municipais relativos a serviços públicos prestados no âmbito da Administração Direta e Indireta, conforme especifica

DECRETO Nº 51.180, DE 14 DE JANEIRO DE 2010

Dispõe sobre a inclusão e uso do nome social de pessoas travestis e transexuais nos registros municipais relativos a serviços públicos prestados no âmbito da Administração Direta e Indireta, conforme especifica.

GILBERTO KASSAB, Prefeito do Município de São Paulo, no uso das atribuições que lhe são conferidas por lei,

D E C R E T A:

Art. 1º. Os órgãos e entidades da Administração Municipal Direta e Indireta devem incluir e usar o nome social das pessoas travestis e transexuais em todos os registros municipais relativos aos serviços públicos sob sua responsabilidade, como fichas de cadastro, formulários, prontuários, registros escolares e outros documentos congêneres.

§ 1º. Entende-se por nome social aquele pelo qual travestis e transexuais se reconhecem, bem como são identificados por sua comunidade e em seu meio social.

§ 2º. A anotação do nome social das pessoas travestis e transexuais deverá ser colocada por escrito, entre parênteses, antes do respectivo nome civil.

Art. 2º. As pessoas travestis e transexuais deverão manifestar, por escrito, seu interesse na inclusão do nome social, mediante o preenchimento e assinatura de requerimento próprio, conforme modelo constante do Anexo I deste decreto.

Parágrafo único. No caso de pessoa analfabeta, o servidor ou empregado público municipal que estiver realizando o atendimento certificará o fato, na presença de 2 (duas) testemunhas, mediante declaração cujo modelo consta do Anexo II deste decreto.

Art. 3º. É dever da Administração Pública Municipal Direta e Indireta respeitar o nome social do travesti ou transexual, sempre que houver, usando-o para se referir a essas pessoas, evitando, no trato social, a utilização do respectivo nome civil.

§ 1º. Havendo a necessidade de confecção de crachás, carteiras ou outro tipo de documento de identificação, deverá ser observado, mediante prévia solicitação por escrito do interessado, o nome social do travesti ou transexual e não o nome civil dessas pessoas.

§ 2º. Nas manifestações que eventualmente se fizerem necessárias em documentos internos da Administração Direta e Indireta, relativas às pessoas travestis e/ou transexuais, deverá ser utilizado o termo “nome social”, vedado o uso de expressões pejorativas.

§ 3º. Nos casos em que o interesse público exigir, inclusive para salvaguardar direitos de terceiros, deverá ser considerado o nome civil das pessoas travestis e transexuais.

Art. 4º. Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, aos 14 de janeiro de 2010, 456º da fundação de São Paulo.

GILBERTO KASSAB, PREFEITO

JOSÉ RICARDO FRANCO MONTORO, Secretário Municipal de Participação e Parceria

Publicado na Secretaria do Governo Municipal, em 14 de janeiro de 2010.

CLOVIS DE BARROS CARVALHO, Secretário do Governo Municipal

ANEXO X

PROPOSTAS LEGISLATIVAS EM TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL

PROPOSTAS LEGISLATIVAS EM TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL

Não são poucas as tentativas de se regulamentar a questão da identidade de gênero no Congresso Nacional, contudo em decorrência de uma série de preconceitos e interesses estes projetos permanecem vagando sem uma definição por longo período, em claro demonstrativo da leniência do Estado, na sua esfera legislativa, em cumprir o seu dever de garantir a tudos a dignidade da pessoa humanae a igualdade.

A fim de clarear a questão, pertinente se faz um breve levantamento dos principais projetos legislativos em andamento relacionados ao tema, indicando de forma suscinta qual o objetivo colimado em cada um deles.

Inicialmente relata-se a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 66/2003, da lavra da então senadora Maria do Rosário, que almeja a alteração do disposto nos arts. 3º e 7º da Constituição Federal. Com relação ao conteúdo do art. 3º a proposta é de adequação do inciso IV, tornando-o um tanto mais específico, vez que o texto vigente estabelece a promoção do bem de todos, indicando algumas formas de preconceito que são vedados, bem como “quaisquer outras formas de discriminação”.

O texto proposto consigna expressamente a inadmissibilidade de discriminação de etnia, orientação e expressão sexual, crença religiosa, convicção política, condição socioeconômica e condição física, psíquica ou mental, além daquelas já indicadas. No que se refere ao art. 7º a proposição é de complementação do inciso XXX, buscando uma constituição similar àquela proposta

ao art. 3º, no que concerne à proibição da distinção salarial, exercício de funções e critérios de admissão.

É de se consignar que as propostas não trazem efetivamente nenhuma inovação ao texto legal, vez que este já preconiza proibição a qualquer forma de discriminação, sendo que as figuras elencadas, por óbvio, já se encontravam inseridas no contexto geral. De se entender que ao inserir a vedação expressa no tesxto à discriminação de orientação e expressão sexual revela interesse de proteger a identidade de gênero de todos, ainda que não tenha se valido desta locução.

A justificação apresentada junto a este projeto aduz que o objetivo é indicar de forma clara a proibição à prática de atos de natureza discriminatória por orientação e expressão sexual, crença religiosa, convicção política, condição física, psíquica ou mental com o intuito de atualizar o texto constitucional às “preocupações sentidas pela sociedade brasileira”.

Em seguida compete apresentar uma segunda Proposta de Emenda Constitucional, agora de 2011, a PEC 110/2011 apresentada pela senadora Marta Suplicy, cujo objetivo é alterar “o art. 7º da Constituição para dispor sobre licença-natalidade, licença após adoção e vedar discriminação de trabalhador em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero”.

A proposta altera o inciso XVIII para que se reforme o nome do instituto de licença-maternidade para licença-natalidade, além de aumentar o prazo de gozo de 120 para 180 dias, além de acrescentar que a licença paternidade haverá de ser “concedida após o nascimento, a adoção ou a concessão de guarda para fins de adoção, assegurada a ambos os pais”.

Finaliza a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) com a inserção dos termos orientação sexual e identidade de gênero no inciso XXX do mesmo art. 7º, que traz a proibição da diferenciação salarial, de exercício de função e critério de admissão.

Na justificação se pontua ser inadmissível a exclusão do gozo de um dado benefício em razão de elementos que não justificam qualquer tipo de distinção, como se verifica nas hipóteses de identidade de gênero e orientação sexual, considerando ainda a realidade demográfica do país. Não traz qualquer explicação específica para a inserção dos termos no inciso XXX do art. 7º, ainda que se possa depreender por lógica qual seria sua razão, em uma proposição com a mesma natureza que a anterior mas com a efetiva utilização do termo “identidade de gênero”.

À esta proposta segue-se, também da lavra da senadora Marta Suplicy, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 111/2011 com o escopo de alterar “o art. 3º da Constituição Federal para incluir entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos relativos a identidade de gênero ou orientação sexual”.

Ainda que seja possível se reitarar que a inclusão seria desnecessária a partir do momento em que consta do texto a proibição à quaisquer formas de discriminação, a inclusão dos termos objetiva reforçar a ideia da proteção a estas características humanas.

O objetivo de salientar a questão da identidade de gênero e orientação sexual no texto constitucional, da mesma forma que se verifica nas duas propostas anteriores, visa conferir uma força maior em busca da garantia dos direitos destes

grupos sociais que encontram-se, atualmente, absolutamente desamparado no âmbito legislativo.

Em sede infraconstitucional a questão da identidade de gênero, que é objeto de legislação alienígena desde meados da década de 70 do século passado, ainda é tema estranho ao ordenamento jurídico nacional, em que pese a existência de um vasto número de projetos de lei que buscam atender a esta realidade social tramitando no Congresso Nacional.

Inúmeras as tentativas de se fazer inserir no ordenamento jurídico normas que busquem conferir plena atenção à questão da identidade de gênero, com alguns projetos já apresentados que não lograram êxito e outros continuam aguardando que o Poder Legislativo venha a exercer de forma efetiva o seu poder jurisdicional, fixando as normas atinentes a este problema social estabelecido e marginalizado.

Desta forma, é possível se consignar o Projeto de Lei 658/2011, que tramita no Senado Federal, apresentado também pela senadora Marta Suplicy com o objetivo de reconhecer os direitos à identidade de gênero e à troca de nome e sexo nos documentos de identidade de transexuais. O art. 1º do referido projeto defende a liberdade do desenvolvimento da personalidade, garantindo a identidade de gênero independentemente do sexo, trazendo a distinção técnica entre a ideia de identidade de gênero que não se confunde com a de sexo, além de indicar algumas das modalidades deste indicativo (biológico, anatômico, morfológico, hormonal, de atribuição), pontuando também a possibilidade de alteração do nome e da indicação de sexo assinalado nos mais diversos documentos do indivíduo, conforme consigna o parágrafo único.

Segundo o projeto, o direito de adequação do nome e do sexo nos documentos é um direito garantido a todos quando estes não coincidirem com sua

identidade de gênero (art. 2º), desde que haja esta dissonância e que seja ela atestada por laudo técnico, o qual se dispensa caso o requerente já tenha realizado a operação mudança de sexo. Nota-se que o texto do projeto expressamente faz menção a desnecessidade da realização da intervenção de transgenitalização para a concessão dos direitos ali previstos (§ 1º).

Determina ainda que a legitimidade para o pleito é prerrogativa exclusiva e pessoal do próprio interessado (art. 4º), a tramitar em segredo de justiça perante a Vara de Registros Públicos (§ 2º), fixando ainda a impossibilidade do restabelecimento dos referidos dados em período de 5 anos (§ 1º).

O projeto requer ainda que a petição inicial seja acompanhada dos laudos, o que não inviabiliza a apresentação de outros tipos de prova (§ 3º), e a sentença que der provimento ao pedido será objeto eficaz para realizar as mudanças nela determinadas, sem qualquer alteração dos números de registro (§ 4º), e produzirá efeitos de natureza constitutiva a partir do trânsito em julgado (art. 5º), contudo tais efeitos serão oponíveis a terceiros apenas a partir da alteração realizada no Registro Público (§ 1º). Finalmente o § 2º do art. 5º assevera que aquele que tiver a alteração do sexo e do nome deferidos fará jus a todos os direitos inerentes à condição reconhecida, não podendo esta adequação ser usada em seu prejuízo ou mesmo oposta perante terceiros.

Em sede de justificação o projeto traz a definição de transexualismo e que esta situação é uma realidade nacional que não pode ser ignorada, consignando ainda a total ausência de legislação acerca do tema, suscitando a existência de uma lacuna no Código Civil e que o art. 13 do mesmo diploma é usado contra quem deseja realizar cirurgias de adequação.

Indica a dignidade da pessoa humana prevista na Constituição Federal, bem como o disposto no art. 199, § 4º como elementos a serem considerados para a aprovação do projeto, além de consignar que o presente projeto teve por base a Lei uruguaia nº 18.620, de 17 de novembro de 2009.

Também com o objetivo de permitir a alteração do prenome há o projeto de lei 70/1995 (apresentado em 22/02/1995) de autoria do deputado José Coimbra (PTB/SP) em trâmite na Câmara dos Deputados e que, atualmente, encontra-se pronto para pauta no plenário. Além do prenome, a ser alterado mediante autorização judicial, o presente projeto dispõe sobre a licitude das intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo, alterando o Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 1940), com a inserção de um inciso IX no art. 129 prevendo a exclusão do crime de lesão corporal em caso de intervenção com objetivo de transgenitalização. Pugna também pela alteração da Lei de Registros Públicos (LRP – lei 6015/73) para que o art. 58 passe a contar com dois novos parágrafos.

Estes novos parágrafos trazem a possibilidade de mudança do prenome, mediante autorização judicial, ao transexual operado, bem como que se consigne no registro de nascimento do sujeito e documento de identidade a condição de transexual, apresentando na justificativa do projeto que isso seria necessário para que ninguém pudesse ser enganado.

Luiz Alberto David Araújo apresenta um considerável arrazoado acerca do referido projeto de lei, questionando o fato de o projeto não asseverar que a operação seria autorizada apenas a quem se configurasse efetivamente como

transexual, além de entender inconstitucional a inserção da expressão transexual nos documentos do cidadão[732].

Ante a natureza do projeto de lei e o fato de ser o mais antigo em trâmite no Congresso Nacional sobre o tema, a ele foram apensados cinco outros projetos afeitos ao tema, quais seja, o 3727/97, de Wigberto Tartuce (PPB/DF), permitindo a mudança do prenome ao transexual operado; o projeto 5872/2005, de autoria do deputado Elimar Máximo Damasceno (PRONA/SP) que pugna pela proibição da mudança de prenome em casos de transexualismo; bem como os projetos de lei.

Dentre os projetos apensados destoa o 5872/2005, do deputado Elimar Máximo Damasceno (PRONA/SP), pois traz na ementa a proibição da alteração do prenome em caso de transexualismo, propondo a mudança do art. 58 da Lei de Registros Públicos (LRP), com a inserção de um § 2º no qual expressamente haveria a proibição para a mudança de nome em caso de transexualismo.

Em sua justificativa afirma que o nome compõe os direitos da personalidade e que ante as suas características de identificação e individualização deve ser imutável e que os transexuais agiriam “contra a sua individualidade mutilando os próprios caracteres sexuais, e ainda lhes são oferecidos a oportunidade de mudança de prenome”, situação com a qual não concorda.

Segue justificando o seu projeto de lei afirmando que “o transexual, em retirando os caracteres sexuais com os quais a natureza o contemplou, atira em Deus a sua revolta”, e finaliza afirmando que “não podemos compactuar com esses descalabros. Urge que a lei impeça o Judiciário de permitir esses desatinos”.

---

[732] Luiz Alberto David Araújo. A proteção constitucional do transexual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 127-133.

No mesmo sentido do posicionamento adotado pelo deputado Elimar Máximo Damasceno estava o projeto de lei 3349/1992 do deputado Antonio de Jesus (PMDB/GO) que se encontra arquivado nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD).

Ainda tratando do tema há o projeto de lei 6655/2006 do deputado Luciano Zica (PT/SP) que também busca alterar o art. 58 da lei 6015/73 (Lei de Registros Públicos – LRP) a fim de permitir a substituição do prenome de pessoa transexual, como visto no conteúdo do projeto de lei 70/1995 e naqueles que a ele foram apensados, sendo que já se determinou o apensamento àquele, contudo este ainda não se deu.

Importante também se consignar o projeto de lei 756/2011 do deputado Paulo Pimenta (PT/RS) que tem por escopo fixar normas de eqüidade de gênero e raça, igualdade das condições de trabalho, oportunidade e remuneração no serviço público, impondo remuneração equivalente independentemente do sexo do servidor, determinando à Administração Pública Federal o desenvolvimento de políticas para este fim. Neste projeto a questão da identidade de gênero se faz presente de forma reflexa, vez que com a sua implementação o transexual ou intersexual não poderiam sofrer qualquer sorte de discriminação em decorrência da sua condição no emprego público, justificando-se no princípio da isonomia presente no art. 5º da Constituição Federal, corroborado pela percepção de que o valor do servidor público independe de sexo, cor, etnia ou crença.

Há também o projeto de lei (7627/10) proposto pela deputada Janete Rocha Pietá (PT/SP) que pretende incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “gênero” e suas relações intra e interpessoais, justificando a necessidade de uma convivência pacífica entre os gêneros, com um

afastamento da cultura machista predominante. Ainda que a justificativa não tenha o escopo de atingir diretamente a identidade de gênero é evidente que a discussão da temática “gênero” nos bancos escolares permitiria o desenvolvimento da compreensão do tema e, ato contínuo, favoreceria a percepção correta da identidade de gênero.

Há ainda o projeto de lei 3047/2008, do deputado Sandes Júnior (PP/GO), que visa definir como crime de tortura o constrangimento com violência em razão de discriminação de gênero e a violência contra a mulher, agravando a pena quando o crime é cometido em decorrência de relações de parentesco, casamento ou união estável. O escopo deste projeto de lei também não é exatamente a proteção da identidade de gênero, contudo ao proteger o gênero em si o projeto de lei tem força para garantir direitos àqueles que sofrem as agruras decorrentes do não reconhecimento de sua identidade.

O projeto de lei 4610/2001 da deputada Iara Bernardi (PT/SP) dispõe sobre a linguagem inclusiva na legislação e documentos oficiais, estabelecendo a “vitalização de vocábulos do gênero masculino apenas para referir-se ao homem; exigindo que toda referência à mulher deverá ser feita expressamente utilizando-se o gênero feminino”. Justifica seu projeto de lei na alegação da igualdade decorrente do art. 5º da Constituição Federal, consignando que a reconstrução da linguagem é procedimento necessário a uma nova consciência de igualdade, sendo a sua não utilização uma forma de contribuir para a perpetuação de atitudes de exclusão e discriminação. De se notar que a posição adotada pela deputada não leva em consideração a concepção das expressões genéricas, as quais não possuem conotação nem masculina, nem feminina, apenas de gênero, não se revelando efetivamente como uma questão relevante.

A mesma deputada Iara Bernardi (PT/SP) apresenta o projeto de lei 122/2006 que tem por objetivo a criminalização de condutas discriminatórias baseadas na orientação sexual e da identidade de gênero, alterando dispositivos da lei 7716/89 e da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O projeto pugna para proteção do todos, sem que atos discriminatórios venham a ofender a integridade das pessoas em razão da sua sexualidade, considerando que as legislações alteradas com o projeto já punem atos discriminatórios de outras naturezas. Na justificação pontua ser a orientação sexual um direito personalíssimo, um atributo vinculado intrinsecamente à pessoa humana e, por assim ser, imprescindíveis a uma sociedade que atenda aos preceitos de um Estado Democrático de Direito. Indica, ainda, que é responsabilidade do Estado a elaboração de legislação que atenda a diversidade inerente à população brasileira, independentemente de valores e conceitos pessoais.

Especial atenção merece o projeto de lei 2285/2007 que tem por objetivo criar o estatuto das famílias, com a adequação da norma vinculada ao tema aos preceitos contemporâneos relacionados com a sociedade, fixando regras específicas para o tema.

Em seu art. 7º o texto do estatuto das famílias pugna pelo dever da sociedade e do Estado na promoção do respeito à diversidade de orientação sexual. De se ressaltar que, mais uma vez, o posicionamento prevalente é de garantia da liberdade de orientação sexual, e não de diversidade sexual, que é conceito mais amplo e adequado.

No art. 23 o texto do projeto de lei ao tratar da capacidade para o casamento não apresenta qualquer informação sobre diversidade sexual, fazendo com que a questão do casamento entre pessoas do mesmo gênero deixe de ser um obstáculo

a ser superado, já que o texto não estabelece qualquer restrição, exigindo a capacidade apenas.

Ainda o mesmo projeto dedica um capítulo (Capítulo IV do Título III – Das entidades familiares) para estruturar o que ele convenciona denominar de união homossexual, em apartado do que se estabelece em relação à união estável. Apresenta um único artigo em que se afirma que a união pode se dar entre pessoas do mesmo sexo e remete aos mesmos padrões da união estável ordinária. Incompreensível não se ter simplesmente inserido a duas hipóteses no mesmo momento já que tratam de situações idênticas.

Outro ponto que salta aos olhos é a utilização do termo homoafetiva e não homossexual (pensando na raiz etimológica da expressão), além de o texto do artigo falar em diversidade de sexo e não de orientação sexual.

Ainda sob a perspectiva familiar consigna-se o projeto de lei 4914/2009, que atenta para a questão da identidade de gênero, buscando atender, de forma específica, um dos pontos relacionados a discriminação sofrida por este grupo social, qual seja, a possibilidade de estabelecer-se como família. O texto do projeto assevera que tem por escopo acrescentar disposições relacionadas à união estável de pessoas do mesmo sexo.

O texto propõe o acréscimo ao Código Civil vigente, no título pertinente à união estável, do art. 1.727 A, com o seguinte conteúdo: “Art. 1.727 A. São aplicáveis os artigos anteriores do presente Título, com exceção do artigo 1.726, às relações entre pessoas do mesmo sexo, garantidos os direitos e deveres decorrentes.”

A justificação apresentada ao projeto de lei recai, no entanto, no mesmo equívoco comum ao tema, ao asseverar que o objetivo do texto proposto seria atender as questões de uniões homoafetivas, contudo a inserção do referido artigo atenderia também aos interesses dos intersexuais e transexuais. Justifica ainda que a questão já vem sendo plenamente reconhecida nos tribunais e já se encontra positivada em diversos países, não estando eivada de qualquer inconstitucionalidade.

Ante ao todo exposto, vislumbra-se que efetivamente existem propostas visando a atenção dos direitos relativos à identidade de gênero, contudo fica evidente a total leniência do Estado, por meio do Poder Legislativo, em fazer com que tais projetos sejam encaminhados para votação e possam vir a fazer parte do ordenamento jurídico pátrio.