

Cirurgia de Transposição de Sexo. Aspectos Jurídicos Decorrentes de sua Realização

Áurea Pimentel Pereira*

Desde os primeiros tempos da história da humanidade, o homem buscou, na mulher, a figura de sua companheira e parceira, com o objetivo inicial de procriação e mais tarde o de constituição de uma família.

Foi, portanto, um impulso biológico que, originariamente, uniu o homem à mulher, por muito tempo tendo-se mantido imutável essa escolha e opção.

No decorrer do tempo, dita opção passou a sofrer deformações, com o surgimento do homossexualismo, lesbianismo e transexualismo, atualmente já presentes na sociedade brasileira. Tais deformações de conduta foram vistas, inicialmente, como patologias, com raízes no plano psíquico, tendo estado, seus portadores, até o ano de 1994, incluídos na lista internacional de doenças, como portadores de distúrbio mental.

Como lembrou Emerson Garcia, eminente membro do Ministério Público do Estado, em bem lançado estudo jurídico: "A mudança de sexo e suas implicações jurídicas", publicado na Revista da EMERJ, nº 13/2010, páginas 181/201: "O sexo biológico, não o psíquico, sempre foi o critério utilizado na individualização da identidade jurídica das pessoas. A uniformidade alcançada por esse critério, ainda que não seja o melhor, certamente contribuiu para a harmonia e a paz no ambiente social." Assim, o sexo de uma pessoa há de ser definido, de acordo com os padrões biológicos que ostente: masculino ou feminino, sendo inconcebível conceber-se a existência de um *tertius genus*.

Aos marcados por opção, firmemente feita, por sexo diverso do de sua constituição biológica, a ciência médica conceitua como transexuais. O transexualismo como anotou com percuciência Emerson Garcia, em seu artigo jurídico acima citado: "tem sido visto como patologia, originária de falhas cromossômicas ou desequilíbrios hormonais, que impõe uma ruptura aparentemente definitiva entre a identidade psíquica e a realidade física." (*ibidem*, pg.182).

Pela sociedade moderna, todavia, essas opções por uma conduta sexual deformada vêm sendo admitidas, vistas como frutos da livre escolha de seus optantes, reflexo do inconformismo destes com o sexo biológico de sua constituição. Para solução de tão grave conflito de comportamento, passou-se a admitir, então, aos inconformados, a possibilidade de submeterem-se eles a uma cirurgia para a transposição de seu sexo original para o de sua opção.

* Desembargadora do T.J.R.J. Vice-Presidente do Fórum de Estudos Interdisciplinares da EMERJ.

Tal cirurgia, denominada de transgenitalização, esteve, no Brasil, durante muito tempo proibida, só a partir de 1997, tendo passado a ser autorizada pelo Conselho Federal de Medicina que, mais tarde, através da Resolução nº 1652/2002, editou regras a serem observadas quando de sua realização, nos casos comprovados de transexualismo.

À época em que tal cirurgia não havia tido, ainda, sua realização autorizada, mas vinha sendo perseguida, em juízo, permissão para sua realização, como lembrou Emerson Garcia, em seu trabalho jurídico, já anteriormente citado, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quando do julgamento da Apelação Cível nº 1992.001.06087, de que foi Relator o Des. Marden Gomes, ao desacolher o pedido que fora em tal sentido formulado, fê-lo sob a consideração de que: “a mudança aparente, ou seja, exteriormente, de órgãos genitais, em virtude de operação cirúrgica, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, não implica em transformar um homem em mulher, metamorfose que a natureza não admite e a engenharia genética ainda não logrou atingir.”

Atualmente, tal tipo de cirurgia já é, normalmente, realizada, autorizada que veio a ser sua efetivação por decisão proferida pela 3ª Turma do T.R.F. da 4ª Região, quando do julgamento da Apelação Cível nº 2001.7100.026279 RS, de que foi Relator o Des. Roger Raupp, que permitiu sua efetivação pelo Sistema Nacional de Saúde (SUS).

Em nossa opinião, contudo, dita cirurgia estaria sendo efetivada em absoluta distonia com princípios constitucionais vigentes e disposições contidas nos Códigos Civil e Penal, senão vejamos:

Com efeito, como é sabido, a cirurgia para mudança de sexo, quando procedida em um homem, envolve a remoção dos testículos, guardando frontal distonia com a norma do parágrafo único do artigo 13 do Código Civil, expressa a estabelecer que: “Salvo por exigência médica é defeso ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes.”

Tendo presente os exatos termos da Lei, forçoso é reconhecer, então, que uma cirurgia de remoção de testículos, de natureza indiscutivelmente mutiladora, quando for realizada não por exigência médica, mas por mera opção do paciente, estará sendo, afinal, efetivada com frontal desconsideração a preceito legal, *in casu*, à norma do parágrafo único do artigo 13 do Código Civil pátrio. De outro lado, consumada a mutilação, caracterizada estará a figura penal prevista no inciso III do parágrafo 2º do artigo 129 do Código Penal, que conceitua como lesão corporal grave, a de que tenha resultado a inutilização de membro, sentido ou função.

As mesmas críticas podem ser formuladas, com relação à cirurgia de transposição de sexo, quando realizada em uma mulher, na medida em que dela irá resultar igualmente mutilação, ocorrida quando da retirada das mamas, ao lado de, em certos casos, a aberrante implantação da prótese de um pênis.

Em um e outro caso, pensamos, estar-se-ia, ademais, diante de cirurgia em franco confronto com as regras da moral e bons costumes que o artigo 13 do Código Civil, *in fine*, prevê devam ser sempre preservadas.

Para o profissional médico, ademais, a decisão sobre a realização, ou não, de uma cirurgia para transposição de sexo, além dos aspectos legais referidos, pode se revelar questão tormentosa, exurgida se e quando grave conflito haja se instalado, em um transexual, entre o seu sexo biológico e o de sua opção, de ordem tal, capaz de conduzi-lo a atitudes extremas, inclusive a eliminação da própria vida (suicídio).

Ao lado de tais questões, parece-nos que se deve por em realce, para discussão quando se tiver de decidir sobre a realização, ou não, de uma cirurgia para transposição de sexo, a necessidade da preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, em sua sadia concepção, como prevista no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 e sua permeabilidade axiológica com as regras de moral e bons costumes, referidas no parágrafo único do artigo 13 do Código Civil.

Sobre a dignidade da pessoa humana como direito subjetivo público, na Carta Magna brasileira erigida em direito fundamental, escreveu Emerson Garcia em precioso artigo publicado na Revista do Ministério Público 2015, pg. 49/69, Edição Comemorativa, já anteriormente citado, advertindo que: “não basta dizer que determinada ação ou abstenção é essencial à dignidade humana. Essa conclusão, por si, é um invólucro destituído de conteúdo. A solidez do discurso pressupõe a possibilidade de sua reconstrução lógico-racional, o que se dará, por exemplo, com a demonstração de que o comportamento está em harmonia com certos padrões institucionais da sociedade (família, religião, etc.)”

Seguindo a esteira desse ensinamento, parece-nos difícil reconhecer que a opção que haja sido feita pela submissão a uma cirurgia para transposição de sexo possa ser aceita e reconhecida como em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, quando tal opção se revela, na verdade, em franco descompasso com as regras de moral e bons costumes e os “padrões institucionais da sociedade (família, religião, etc.)”

De outro lado, discutível se mostra o reconhecimento de que a opção que haja sido por alguém manifestada pela submissão a uma cirurgia de transposição de sexo possa ser vista como apoiada no direito à disposição do próprio corpo, em princípio a todos garantido.

Sobre o exercício do direito à disposição do próprio corpo, algumas considerações merecem ser deduzidas, com a invocação do magistério de Luiz Roldão de Freitas Gomes, em erudito artigo jurídico, publicado na Revista do Ministério Público, Edição Comemorativa, Rio de Janeiro, 2015, que ao discorrer sobre “Direito à vida e sobre o próprio corpo”, considerou como atos lícitos de disposição do próprio corpo, entre outros: “não só os da vida cotidiana, como cortar o cabelo e as unhas, sujeitar-se a operações cirúrgicas, ceder sangue para uma transfusão”.

“Estes atos e outros”, acrescentou o douto jurista, “constituem direitos sobre o próprio corpo e sua prática não lesa direitos alheios, nem ofende os supremos princípios da conservação e utilidade social da moral pública ou os interesses do Estado.”

Todavia, advertiu o jurista emérito, inseridos que se encontram, aqueles atos, nos “chamados direitos de personalidade”, sendo conceituados como atos lícitos, estão eles: “na esfera de atividade extrajurídica do homem, limitados por imperativos de ordem pública e moral, não contravindo as regras dos *bonos more*.” (*ibidem*, p.1025).

Seguindo a linha de tal advertência, possível é, então, a indagação que fazemos sobre se uma cirurgia que se proponha a realização de uma transposição de sexo não estaria em testilhas com as regras de moral e bons costumes, a que todos se encontram submetidos. Em nossa opinião, o confronto com tais regras seria evidente.

Autorizada, todavia, que se encontra, em nosso país, a realização de cirurgia para transposição de sexo a exemplo, aliás, do que vem acontecendo em países outros do mundo, resta examinar, nos limites do tema sobre o qual discorreremos, as providências legais que podem ser pela autoridade judiciária deferidas, quando pelos interessados requeridas, sempre em harmonia com dispositivos de lei vigentes.

Com relação às providências legais que podem ser, em princípio, requeridas por parte de quem tenha sido a tal tipo de cirurgia submetido, lembre-se que são, via de regra, as seguintes: Realizada que haja sido uma cirurgia para transposição de sexo, é certo que quem a ela tenha se submetido venha a buscar autorização judicial para ver alterados, em seu registro de nascimento, o prenome original, para o de sua opção, e a indicação do sexo, de modo a adequá-los à sua nova forma física, o que se tem admitido, com a preservação, sempre, da verdade registral original, cujo conhecimento deve-se garantir a terceiros que venham a se relacionar, posteriormente, com quem a tal tipo de cirurgia haja se submetido.

A autorização para a mudança de nome e alteração da designação do sexo em registro de nascimento de quem se submeteu a uma cirurgia de transgenitalização constitui exceção à regra ou princípio da imutabilidade da verdade registral, consagrada no artigo 58 da Lei nº 6015/1973 (redação da Lei nº 9708/1998), por inaugurar contradição com o que originariamente constava do registro, em evidente confronto com a norma do artigo 5º, XIV da Constituição Federal, garantidora do exercício do direito à informação.

Essa questão foi, com percuciência, examinada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quando do julgamento da Apelação Cível nº 2817/2004 de que foi Relator o Des. Otávio Rodrigues que só em parte acolheu o pedido formulado por transexual que havia se submetido à cirurgia de transgenitalização para alteração de seu prenome, no Registro Civil, inadmitindo, todavia, a alteração, no registro, da indicação do sexo de masculino para o de feminino que foi considerado inatendível, pena de ofensa às normas dos artigos 226 § 3º da Constituição Federal e 1515 do Código Civil. (Vide ementa do acórdão transcrito no final deste capítulo).

De anotar-se, contudo, que a jurisprudência dos Tribunais de Justiça do País, posteriormente, firmou entendimento, no sentido do acolhimento dos pedidos de alteração de prenome e de designação de sexo, quando formulados por transexual, que haja se submetido à cirurgia de transgenitalização.

Divergência existe, porém, ainda na jurisprudência, com relação a cabimento, ou não, de se fazer constar, no registro de nascimento, averbação noticiando a efetivação das alterações procedidas.

De acordo com o nosso entendimento, acolhidos que venham a ser os pedidos de alteração de prenome e de designação de sexo, em registro de nascimento de um transexual que haja se submetido à cirurgia para transposição de sexo, imperioso será fazer constar, naquele registro, averbação esclarecedora de que as alterações foram procedidas em cumprimento à decisão judicial.

A inserção, em casos tais, nos registros, de uma averbação, será necessária para resguardar terceiros, de boa-fé, do risco de engano, a respeito do conhecimento da verdade registral no documento contida, conhecimento este ínsito no direito à informação, na Carta Magna brasileira, a todos garantido.

No sentido da exigência de uma averbação, se e quando efetivadas tais alterações, em cumprimento à ordem judicial, vem decidindo, com maior frequência, a jurisprudência dos Tribunais de Justiça brasileiros.

Entendimento diferente perfilhou, contudo, o acórdão da 3ª Turma do S.T.J, proferido quando do julgamento, feito em 15/10/2009, do Recurso Especial nº 1008.398/SP, de que foi Relatora a Ministra Nancy Andrighi, que invocando os princípios constitucionais da dignidade e privacidade, da pessoa humana, decidiu pela não efetivação da averbação de alteração de prenome e designação de sexo, feita em registro de nascimento de transexual.

Pode-se dizer, portanto, que sobre essa instigante questão, não existe, ainda nos Tribunais do País, entendimento uniforme, à guisa de ilustração, merecendo ser trazido à colação, o acórdão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferido quando do julgamento, em 26/08/2014, do Agravo de Instrumento nº 70060459930, de que foi Relator o Des. Rui Portanova, que acolheu os pedidos de alteração de prenome e indicação de sexo formulados por transexual, mesmo em caso em que não havia ele se submetido à cirurgia de transgenitalização (vide ementa de acórdão transcrita no final deste capítulo).

Com respeito a essa última decisão, deixamos, contudo, registrada nossa opinião de que as alterações de prenome e de sexo, feitas em registro de nascimento de transexual, mesmo quando não haja ele se submetido à cirurgia para transposição de sexo, não se justificariam, representando, inclusive, para terceiros, quadro de verdadeira insegurança jurídica, ocorível se é quando, por absoluta desinformação, sobre a verdade registral, sempre possível de ocorrer se e quando viesse, aquele, com o detentor do registro eventualmente se envolver.

Jurisprudência

Ementa: “Mudança de sexo. Averbação no registro civil. 1 – O recorrente quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre para alterar no seu registro 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 caminhar 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. (S.T.J., 3ª T.R. Especial nº 678933. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Publ.D.J. 21/05/2007.

Apelação Cível nº 2817/2004 RJ, T.J. R.J

Relator: Des. Otávio Rodrigues

Ação de Retificação de Registro Civil. Pedido para mudança de sexo de masculino para feminino e também de nome. Requerente que se submeteu à cirurgia para troca de sexo. Sentença julgando extinto o feito. Recurso de Apelação Cível. Reforma Parcial decretada. Código Civil de 2002 em seu artigo 1604, que repetiu o artigo 348, dispõe que: “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”. Embora tenha trazido laudo médico emanado de um cirurgião que realizou a operação para mudança de sexo, bem como um parecer psicológico, o fato é que a prova definitiva teria de ser feita pelo laudo de análise citogenética. Todavia, em nosso entender, apesar do próprio aspecto humanitário, ele não pode ultrapassar os limites legais e constitucionais, diante da vedação em nosso direito de casamento envolvendo pessoas do mesmo sexo (artigo 226 §3º C.F/1988 e mais artigo 1515 do Código Civil de 2002). Assim, dada a situação atual da legislação e mais a necessidade de plena segurança das pessoas em seu negócio jurídico na vida social, a postulação revela-se incompatível. Aceita-se, tão somente, a mudança do nome visando minorar os constrangimentos diante da situação de fato existente. Provimento parcial do recurso.

Agravo de Instrumento nº 70060459930 TJ/RS – 8ª Câmara Cível.

Relator: Des. Rui Portanova Publicação 26/08/2014.

Ementa: Agravo de Instrumento. Retificação de Registro. Mudança de sexo. Ausência de cirurgia de transgenitalização. Constatada e comprovada a condição de transgênero, inclusive já com alteração do nome deferida e efetivada, mostra-se viável deferir a alteração do sexo, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização. Enunciados nºs 42 e 43 da Jornada de Direito da Saúde promovida pelo CNJ. Precedentes. Deram provimento.