

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A TRANSEXUALIDADE

Marcela Vila Nova *

Resumo:

O presente artigo abordará o tema dos Direitos da Personalidade. Devido à relevância do assunto, o texto aqui exposto tratará a referida tutela sob a ótica jurídico-constitucional, trazendo sua conceituação, finalidade, evolução histórica, características e classificação. Por fim, analisará os Direitos Personalíssimos aplicados ao caso concreto da transexualidade e questionará a possibilidade de transgressão à tutela da dignidade da pessoa humana, a partir dos procedimentos cirúrgicos realizados pelos transexuais, bem como da violação psicológica sofrida por aqueles que são portadores de tal transtorno.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade. Transexualidade. Dignidade da pessoa humana.

O ser humano nunca obteve tamanha relevância como a dos tempos hodiernos. Os Direitos Humanos, nas suas mais variadas formas de manifestação, estão presentes em códigos por todo o mundo, tornando-se, com algumas insignificantes variações, um direito universal, que transcende quaisquer diferenças culturais. Poder-se-ia dizer que é a “globalização jurídica”. Tal generalidade, contudo, não se deve a nenhum motivo que não seja a extrema relevância do tema.

* Estudante de Direito
E- mail: marcelavilanova@hotmail.com

Por este fato que ele é aqui exposto, sendo seus aspectos vistos sob a égide da transexualidade e as possibilidades jurídicas advindas deste importante e atual confronto.

Essencial para a compreensão dos Direitos da Personalidade é observar sua origem etimológica. A palavra “personalidade” deriva do grego *persona*, que consiste na máscara utilizada no teatro romano. Segundo as palavras do saudoso mestre Miguel Reale, eram utilizadas “a fim de configurar e caracterizar os tipos ou ‘personagens’ e, ao mesmo tempo, dar maior ressonância à voz”¹.

O ser humano possui como forma de exteriorização dos seus mais diversos âmbitos a imagem que projeta diante da coletividade, seja ela material ou imaterial, e por intermédio desta elucidação que nos remonta a própria palavra, é possível conceituar os Direitos da personalidade como a tutela do ser humano enquanto e somente enquanto indivíduo, nas suas projeções físicas, intelectuais e morais perante a sociedade. Seguindo a linha do Direito Natural, preleciona Goffredo Telles Jr., destacado por Maria Helena Diniz:

Por outras palavras, os Direitos da Personalidade 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.²

Sua origem não possui um marco, caracteriza-se essencialmente como difusa. É possível, contudo, vislumbrar no Direito grego e romano os primeiros passos dados nesta direção. Em Roma foi criada a *actio injuriarum* (ação contra injúria), que, nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, “consistia, *lato sensu*, em todo ato contrário ao Direito e, *stricto sensu*, em qualquer agressão física, bem como na difamação, no ultraje e na violação de domicílio”³.

¹ Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.231.

² Maria Helena Diniz. *Direito Civil Brasileiro – Parte Geral*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 122.

³ Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*, 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 141.

Por sua vez, a contribuição grega foi através da *dike kakegoric*, instituto através do qual havia a punição do infrator de algum interesse físico ou moral.

Maior evolução dos Direitos da Personalidade começa a ocorrer a partir da Idade Média. O teocentrismo difunde a idéia de valores inerentes ao ser humano, pelo fato de serem filhos de Deus e Sua imagem e semelhança. Importante tutela deste período foi a consagrada na Magna Charta Inglesa de 1215.

Embora sob a forma de liberdades públicas, o referido diploma assegurava aos cidadãos determinada proteção a direitos essenciais que fossem violados por autoridades, como, por exemplo, o direito à liberdade, dando origem ao *habeas corpus*.

No entanto, apesar das conquistas até então adquiridas, passos mais relevantes só foram dados após a II Guerra Mundial. Com o advento de tamanhas barbaridades, sobretudo àquelas provocadas pelo nazismo, a humanidade se viu na ânsia pela proteção a necessidades básicas do ser humano. A partir de tal reconhecimento foi que em meados do séc. XX houve a Carta das Nações Unidas, e em 1948 a publicação da Declaração Universal de Direitos do Homem.

No Brasil, o passo mais expressivo da tutela aos Direitos Personalíssimos foi dado com a Constituição de 1988. Antes da constitucionalização de tais direitos, era possível encontrar uma esparsa proteção no âmbito ordinário. Contudo, é a partir da promulgação da nossa atual Carta Magna que a ideologia do ordenamento jurídico toma novos contornos: o ser humano torna-se centro de todas as relações. O art. 5º da Constituição, em alguns dos seus vários incisos, traz de forma expressa a tutela referida.

Os incisos V, X e XLI são alguns exemplos. No entanto, é possível dizer que dentre a proteção supralegislativa, é no art. 1º, inciso III ¹ que encontramos a forma mais eficaz de defesa.

Vivemos uma constante evolução. O homem, assim como a sociedade a qual está inserido e ao mesmo tempo é agente modificador, encontra-se numa dinâmica muitas vezes involuntária. Desta forma, não é possível tornar exaustivas as possibilidades jurídicas de proteção à personalidade, visto que os mais diversos casos concretos trazem situações não contempladas pela lei.

Por isso, torna-se essencial uma cláusula geral, de modo a satisfazer a ininterrupta modificação trazida pelas experiências humanas. É sob esta ótica que o art 1º, inciso III da Constituição Federal torna-se de extrema relevância para o alcance do objetivo final. É a Dignidade da Pessoa Humana a bússola dos Direitos Personalíssimos. É meio de interpretação e objetivo final almejado.

Ainda em relevo constitucional, contemplamos um importante passo conquistado com a atual Carta Magna. O Ministério Público, com os contornos dados à Instituição a partir de 1988, torna-se uma função essencial à justiça, sendo seu principal objetivo a defesa dos direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos, sob a forma de Liberdades Públicas.

Importante alusão e correlação é feita por Alexandre de Moraes à Teoria dos *Status*, de Jellinek.² Segundo a teoria, há diversas normas jurídicas que nos colocam sob diversas posições frente ao Estado.

¹ Art. 1º, inciso III: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana”.

² Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 586.

No *status* negativo, encontra-se o indivíduo na plena expressividade do direito fundamental à liberdade, visto que a ele é permitido agir em conformidade com tudo que não foi ordenado nem proibido; no *status* passivo, vemos a sujeição do ser humano, em meio a uma série de obrigações a ele imposta; o *status* positivo, por sua vez, permite que o indivíduo exija do Estado aquilo que é sua obrigação, fruto dos direitos conquistados, e, por fim, o *status* ativo, que se caracteriza essencialmente como o conjunto de normas pelas quais recebe o cidadão competências do Estado, com o intuito de formar a vontade geral, sendo um significativo exemplo o direito ao sufrágio.

É, pois, no contexto da teia de relações existente entre os indivíduos e o Estado, que o Ministério Público zela pela harmonia de todas essas situações, garantindo assim a efetividade dos direitos individuais e coletivos.

Paulatinamente os Códigos Civis começaram a introduzir a tutela aos Direitos da Personalidade em suas linhas, e a legislação brasileira não foi diferente. Nosso atual Código Civil, promulgado em 2002, traz como aperfeiçoamento do antigo Código (1916), dentre outras inovações, a proteção já referida, numa sistematização e complementação das normas constitucionais.

Em seus artigos 11 a 21 expressa claramente, e em consonância com a Carta Magna, as principais tutelas que devem ser proporcionadas para a garantia de uma vida digna a todo ser humano.

É necessário, pois, enfatizar a relevância da ótica dos Direitos da Personalidade sob o ponto de Vista jurídico-constitucional. Como afirma Cristiano Chaves de Farias,

a afirmação da cidadania e da dignidade da pessoa humana como princípios constitucionais (art. I, II e III), juntamente com a proclamação da igualdade e da liberdade, dão novo conteúdo aos direitos da personalidade, realçando a pessoa humana como ponto central da ordem jurídica brasileira .¹

O ser humano ter alcançado relevância em nível constitucional é um fato que não pode ser olvidado, nem para a análise e interpretação do Código Civil, onde foram ali tais direitos ratificados, nem para qualquer outra legislação pertencente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Os Direitos da Personalidade, segundo a minuciosa classificação de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, são assim considerados: absolutos; gerais; extrapatrimoniais; imprescritíveis; impenhoráveis; vitalícios e indisponíveis (intransmissíveis e irrenunciáveis).

Tais Direitos são considerados absolutos por serem oponíveis *erga omnes*: todos possuem o dever de respeitar a tais direitos, tendo seu titular a possibilidade de exigir o cumprimento da garantia, independentemente de quem esteja violando e de qual esteja sendo a esfera afetada.

O caráter de generalidade advém do fato dos Direitos da Personalidade serem atribuídos a todos os seres humanos. Não há quaisquer distinções quando se trata da tutela personalíssima: o homem a possui pelo simples fato de existir.

A extrapatrimonialidade, por sua vez, pode ser considerada a explicação da característica da generalidade. Diferentemente de outros direitos, não é possível aferir os Direitos da Personalidade com valores pecuniários. A carga axiológica presente transcende qualquer possibilidade de avaliação patrimonial.

¹ Cristiano Chaves de Farias, *Direito Civil – Teoria Geral*, 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 102

No entanto, essa característica não impede que haja a possibilidade de manifestações pecuniárias ligadas a alguns Direitos da Personalidade, como, por exemplo, os valores prestados por quem viola algum direito essencial, ou o preço pago em um contrato de cessão de direitos autorais.

A característica de imprescritibilidade está intimamente ligada com o caráter de vitaliciedade, e pode ser conceituada como a perpétua possibilidade de exigência do cumprimento dos direitos. Não há a perda da tutela pelo não-uso. Sua garantia é constante. Todavia, cumpre ressaltar que a despeito da imprescritibilidade dos Direitos da Personalidade, a possibilidade de pretensão da reparação indenizatória devido a possíveis violações é de 3 anos.

Em síntese: Se houver a violação de direito essencial por outrem, o titular poderá, a qualquer tempo, exigir que a transgressão seja sanada. No entanto, o período para o ingresso com uma ação para a reparação de danos é de 3 anos.

A impenhorabilidade é outra característica dos Direitos Personalíssimos. Esse caráter mostra-se como consequência da extrapatrimonialidade, bem como da indisponibilidade. A impenhorabilidade, como o próprio nome já elucida, constitui-se como a impossibilidade jurídica de penhorar a tutela da pessoa humana. Essa proibição é uma clara manifestação da impossibilidade de atribuir valores pecuniários a um bem superior às especulações patrimoniais: o ser humano e suas projeções. No entanto, como já dito anteriormente, há direitos da personalidade que possuem consequências patrimoniais. Os direitos autorais, por exemplo, podem ser divididos em *direitos morais* e *direitos patrimoniais*. Os primeiros são os direitos da personalidade em si, e os segundos são aqueles direitos provenientes dos primeiros, como o “direito de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, perfeitamente avaliável em dinheiro”.¹

¹ Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*, 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 146.

Estes, considerados apenas como secundários àqueles, portanto, podem ter seu valor creditório penhorado sem qualquer ofensa à Legislação Maior.

O caráter de vitaliciedade é uma outra conclusão fácil de se chegar observando o objeto de estudo ora analisado. O Código Civil brasileiro, sobre a importante questão em relação a qual é o momento em que surge a personalidade jurídica do indivíduo, posicionou-se no sentido de atribuí-la a partir do nascimento. É a chamada *Teoria Natalista*, que encontra respaldo no art. 2º : “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida...” . Sobre o momento do seu término é que se conclui a atribuição do caráter de vitaliciedade: os Direitos da Personalidade são extintos apenas com a morte do indivíduo. O art. 6º do Código Civil reza: “Termina a existência da pessoa natural com a morte”.

Todavia, importante questão não pode deixar de ser ressaltada. Apesar dos limites iniciais e finais atribuídos à personalidade civil, os Direitos da personalidade os transcendem. É o que vemos claramente na segunda parte do art. 2º do Código Civil, que diz: “...mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. É assegurada ao nascituro, mesmo não sendo ainda uma pessoa, a garantia de cumprimento dos direitos da personalidade. Como exemplo, é possível contemplar essa tutela com a tipificação do crime de aborto, garantindo assim, àquele que ainda não possui vida independente, o direito de nascer.

Abrange também o aludido direito um limite posterior à morte. Referindo-se à questão da lesão ou ameaça a Direito da Personalidade, diz o art 12, parágrafo único do Código Civil: “Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral, até o quarto grau”. Diante do exposto neste artigo, percebe-se facilmente a extrapolação dos limites da personalidade civil. Pode-se afirmar que a peculiar tutela aqui tratada seria uma proteção não só daquele que um dia veio a existir, e sim um direito que transcende essa esfera, vindo a pertencer também ao

seu cônjuge e parentes, visto que os laços afetivos e a tradição familiar são canais que permitem a transmissibilidade dos bens extrapatrimoniais.

Por fim, cumpre citar o caráter de indisponibilidade. Este, por sua vez, divide-se em intransmissibilidade e irrenunciabilidade. A intransmissibilidade é a impossibilidade de passar os Direitos da Personalidade para outrem, seja por cessão ou sucessão. Tais garantias são um meio de proteção a bens jurídicos inerentes a cada indivíduo, não sendo possível transmiti-los. Contudo, apesar de tal característica, é perfeitamente possível a *cessão de uso* de alguns direitos personalíssimos, desde que haja um campo específico e um lapso temporal determinado.¹ Uma maior elucidação é encontrada nas palavras de Josaphat Marinho, citadas por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

Verifica-se que certos direitos, como os autorais e o relativo à imagem, “por interesse negocial e de expansão tecnológica”, entram na “circulação jurídica” e experimentam “temperamentos”, sem perder seus caracteres intrínsecos. É o que se apura na adaptação de obra para novela ou no uso da imagem para a promoção de empresas. Também é semelhante o fenômeno, sem interesse pecuniário, na cessão de órgãos do corpo para fins científicos ou humanitários. Daí, Henri, Leon et Jean Mazeaud poderem fixar, já em 1955, que “se a intransferibilidade aparece como caráter essencial dos direitos da personalidade, também se submete a certos abrandamentos” (*atténuations*).²

¹ O enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil : “art. 11: O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente, nem geral”.

Enunciado 139 da III Jornada de Direito Civil: “artigo 11: Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito do seu titular, contrariamente à boa fé objetiva e aos bons costumes”.

² Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*, 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 148.

A irrenunciabilidade, juntamente com a extrapatrimonialidade, constitui as características diferenciadoras dos Direitos da Personalidade em comparação a quaisquer outros direitos. Trata-se do impedimento à renúncia da proteção de bens tão intrínsecos ao ser humano. Nem mesmo seu titular possui a faculdade de abrir mão deles. Essa proteção irrestrita possui como fundamento o fato de que os Direitos Fundamentais, vistos sob a ótica da coletividade, possuem uma relevância que se projeta para além do individualismo. Não constitui direito de ninguém dispor da sua própria vida. Há, inclusive, legislações penais estrangeiras que sancionam aquele que pratica a tentativa de suicídio. Apesar desta regulamentação não existir em nosso país, o Código Penal brasileiro pune aquele que induz, instiga ou auxilia uma pessoa a cometer suicídio (art. 122).

Como já dito anteriormente, as várias projeções do homem são tuteladas pelos Direitos da personalidade, não sendo os artigos 11 a 21 do Código Civil, nem tampouco os preceitos constitucionais, um rol exaustivo. A matéria encontra-se em constante evolução. No entanto, além da cláusula geral encontrada no art. 1º, III da CF/88, há, especialmente no Código Civil, uma sistematização das principais manifestações do ser humano, nos âmbitos do corpo, espírito e intelecto. A partir desta tricotomia é que se chega a uma classificação dos Direitos Personalíssimos, que variam em alguns aspectos na visão de cada autor, sem perderem, contudo, sua essencialidade.

Basicamente a classificação é feita em vida e integridade física; integridade psíquica e criações intelectuais; integridade moral.

Unindo a classificação do direito à integridade corporal com o caráter de irrenunciabilidade já analisado, surge uma intrigante e fascinante questão: a cirurgia de mudança de sexo (transgenitalização) ofende o direito à inteireza corporal? Seria ela a renúncia deste direito personalíssimo?

Indubitavelmente não, pelos motivos que serão expostos.

O art. 13 do Código Civil dispõe que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Diante deste preceito, é nítida a proibição da automutilação, como consequência da irrenunciabilidade já analisada. No entanto, é preciso cautela ao aplicar o referido artigo ao caso dos transexuais.

A transexualidade pode ser conceituada como uma psicopatologia que leva à inconformidade entre o sexo biológico e o psíquico, e à consequente vontade de adequar seu corpo às suas convicções (Transtorno de Identidade Sexual - CID 64). O indivíduo transexual não aceita sua condição física, considerando-se uma mulher aprisionada no corpo de um homem ou vice-versa. Segundo estudos, o lado psíquico da dicotomia corpo-mente não pode ser modificado, sendo a cirurgia para a mudança de sexo a única maneira de alívio da angústia sofrida por aqueles que vivem tal conflito. Interessante foi o pronunciamento feito por Maria Berenice Dias, citado por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

“Psicanalistas norte-americanos consideram a cirurgia corretiva do sexo como a forma de buscar a felicidade a um invertido condenado pela anatomia. Segundo Edvaldo Souza Couto, o que define e caracteriza a transexualidade é a rejeição do sexo original e o consequente estado de insatisfação. A cirurgia apenas corrige esse ‘defeito’ de alguém ter nascido homem num corpo de mulher ou ter nascido mulher num corpo de homem”.¹

Importante comentário é sobre a diferenciação entre o homossexual, o travesti e o transexual. A homossexualidade caracteriza-se como a atração sexual pelo mesmo sexo, havendo, no entanto, a conformação do indivíduo com o seu sexo biológico. O travesti, de maneira semelhante, aceita sua situação natural, vestindo-se de mulher apenas com o intuito de obter excitação.

¹ Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*, 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 160.

O transexual, por sua vez, usa roupas do sexo oposto como forma de exteriorização da sua verdadeira identidade, pois trajar-se em consonância com seu estado físico seria uma violação da sua psique.

Pela peculiar conceituação em relação à mutilação (*lato sensu*), a transexualidade deve ser analisada de forma cautelosa no tocante à preservação dos Direitos da Personalidade. Diante desse transtorno de gênero, não é possível considerar os procedimentos necessários à conformação do sexo como atos de infringência aos Direitos personalíssimos.

A conscientização de que tal situação não se trata de conveniência é a ideologia crescente nos dias atuais. Sem dúvidas um grande avanço contra quaisquer atos discriminatórios ou ignorantes. É necessária a veemente crítica contra episódios lamentáveis como o ocorrido no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: Civil. Estado individual. Imutabilidade. Cirurgia de transgenitalização. Autorização judicial. Pedido. Impossibilidade jurídica. O art. 13, "caput", do Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002) veda o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, salvo por exigência médica. A exigência médica a que se refere o dispositivo do Código Civil deve ser entendida como a necessidade imperiosa de transformação ou de remoção de órgão do corpo, cientificamente provada, em decorrência de patologia grave e curável, exclusivamente, por meio daqueles procedimentos interventivos extremos. O sexo, como estado individual da pessoa, é informado pelo gênero biológico. O sexo, do qual derivam direitos e obrigações, procede do Direito e não pode variar de sua origem natural sem legislação própria que a acautele e discipline. Nega-se provimento ao recurso.¹

¹ Apelação Cível n. 1.0672.04.150614-4/001, quarta câmara cível, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Almeida Melo, julgado em 12/05/2005.

Felizmente posições como esta não são prevaletes. O entendimento majoritário dos Tribunais está em favor da aceitação do procedimento, sendo atualmente a maioria das questões pertinentes somente ao pedido de autorização de mudança do nome e sexo no registro civil, visto que a partir da Resolução 1.652/02, do Conselho Federal de Medicina, tal procedimento não necessita mais de autorização judicial, desde que atenda aos padrões e requisitos estabelecidos:

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 e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo.

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.

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 abaixo 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 Que as cirurgias para adequação do fenótipo feminino para masculino só poderão ser praticadas em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados para a pesquisa.

Art. 6º Que as cirurgias para adequação do fenótipo masculino para feminino poderão ser praticadas em hospitais públicos ou privados, independente da atividade de pesquisa.

Parágrafo 1º - O Corpo Clínico destes hospitais, 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.

Parágrafo 2º - As equipes devem ser previstas no regimento interno dos hospitais, inclusive contando com chefe, obedecendo os critérios regimentais para a ocupação do cargo.

Parágrafo 3º - A qualquer ocasião, a falta de um dos membros da equipe ensejará a paralisação de permissão para a execução dos tratamentos.

Parágrafo 4º - Os hospitais deverão ter Comissão Ética constituída e funcionando dentro do previsto na legislação pertinente.

Art. 7º - Deve ser praticado o consentimento livre e esclarecido.

Art. 8º - Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se a Resolução CFM nº 1.482/97.¹

Negar o procedimento cirúrgico nesses casos é lesionar a vida digna, corolário dos Direitos da Personalidade, de todos que vivem o tormento de possuir uma identidade sexual física distinta da psíquica.

A exigência médica descrita no Código Civil não pode ser interpretada de maneira restrita. O objetivo final almejado não é apenas a saúde física, mas também a saúde mental, requisito indispensável para o respeito ao ser humano em seus mais diversos aspectos.²

No entanto, a despeito da autorização judicial para a realização do procedimento, é inviável para o Sistema Único de Saúde (SUS) o custeio da referida transformação.

É algo notório e inquestionável a grave deficiência da assistência à saúde em nosso país. É do conhecimento de todos, através dos mais diversos meios de comunicação, a rotina dos brasileiros em degradantes filas, na busca de um atendimento digno para suas necessidades básicas, bem como a morte de outras tantas devido à falta de instalações e aparelhagens adequadas e disponíveis.

¹ Disponível em

<<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=3114&tipo=RESOLUCAO&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1652&situacao=VIGENTE&data=06-11-2002>>. Acesso : 3 de janeiro de 2008.

² Enunciado n. 6 da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “A expressão exigência médica, contida no art. 13, refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente”.

Diante da vergonhosa realidade, defendo veementemente que o procedimento para mudança de sexo não seja realizado pelo SUS. Apesar da violação do direito à vida digna, bem como à liberdade de expressão daqueles que são portadores da transexualidade, não menos importante é o direito à vida (e à dignidade) daqueles que por falta de recursos dependem da assistência pública. Se em nossa atual conjuntura somos constantemente chocados com as estatísticas provenientes desse caos, o que aconteceria se houvesse ainda mais dispêndio de instalações, aparelhagens e medicamentos, bem como a necessidade de mais profissionais voltados para a questão da cura da psicopatologia analisada? Sem dúvidas um maior descontrole da situação.

A transexualidade é um transtorno comportamental cujos males não estão aqui sendo desprezados ou minimizados. É de relevância constitucional, pelo potencial de ofensa a direitos intrínsecos ao ser humano, o trato da matéria. No entanto, os fatos vividos em nosso país vergonhosamente fazem com que analisemos a questão pelo ponto de vista mais primitivo possível: a luta pela sobrevivência. Quando não há recursos para que se questione o problema sob a ótica da evolução da civilização, só nos resta contemplarmos o instinto de sobrevivência, e é sob este ângulo que é exposto o texto, na defesa do direito à vida, já constantemente ameaçado.

Corroborando com tal visão, o STF pronuncia recentemente sua opinião sobre o fato, deferindo a suspensão do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, como é possível ver no seguinte trecho:

Não desconheço o sofrimento e a dura realidade dos pacientes portadores de transexualismo (patologia devidamente reconhecida pela Organização Mundial de Saúde: CID-10 F64.0), que se submetem a programas de transtorno de identidade de gênero em hospitais públicos, a entrevistas individuais e com familiares, a reuniões de grupo e a acompanhamento por equipe multidisciplinar, nos termos da Resolução 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina, com o objetivo de realizar a cirurgia de transgenitalização, pessoas que merecem todo o respeito por parte da sociedade brasileira e do Poder Judiciário. Ressalte-se, entretanto, que, no caso em apreço, foi concedida tutela antecipada, determinando-se à União que promova, no prazo de 30 dias,

“todas as medidas apropriadas para possibilitar aos transexuais a realização, pelo Sistema Único de Saúde, de todos os procedimentos médicos necessários para garantir a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários, conforme os critérios estabelecidos na Resolução nº 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina” (fls. 147-148), bem como edite ato normativo que preveja a inclusão desses procedimentos cirúrgicos na tabela de procedimentos remunerados pelo Sistema Único de Saúde (Tabela SIH/SUS).

É dizer, no presente caso, não se está analisando uma situação concreta, individual, um caso específico, determinou-se, sim, à requerente que tome providências normativas e administrativas imediatas em relação aos referidos procedimentos médico-cirúrgicos, motivo pelo qual entendo que se encontra devidamente demonstrada a ocorrência de grave lesão à ordem pública, em sua acepção jurídico-constitucional, porquanto a execução do acórdão ora impugnado repercutirá na programação orçamentária federal, ao gerar impacto nas finanças públicas.¹

Essencial é sempre a busca do equilíbrio no trato dos Direitos da Personalidade. O relevante princípio constitucional da isonomia não pode ser olvidado. O direito à vida digna deve ser uma garantia do Estado a todos, sendo necessário para isso a análise de cada caso concretamente, em virtude da enorme carga de subjetividade encontrada nos conceitos.

Só é possível contemplarmos um escopo de civilização e cidadania quando há a mútua concessão em prol dos direitos alheios, não existindo distinções referentes à cor, raça, religião ou quaisquer outras garantias constitucionalmente garantidas.

O reconhecimento dos Direitos da Personalidade pode ser considerado o marco inicial de uma significativa evolução social, e sua efetiva proteção um instrumento eficaz na busca de um parâmetro palpável para este aperfeiçoamento.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de tutela antecipada n. 185-2. Apelação Cível n. 2001.71.00.026279-9, Relator: Ministra Ellen Gracie.

Referências Bibliográficas:

COTIDIANO. Folha Online. Campinas, 5 de abril de 2006. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u120078.shtml> > Acesso em: 3 jan. 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro – Parte Geral*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Parte Geral*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

YOSHIDA, Luzia; PEREIRA, Cláudia; SOUSA, Lívia; KLEIN, Silvana; CORDEIRO, Silvia. Transexualismo: uma visão psicanalítica. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, v. 4, n. 2, p. 92-112. Disponível em < http://64.233.169.104/search?q=cache:x7dmht24cAMJ:www.fundamentalpsychopathology.org/art/jun1/7.pdf+transexualismo+psicopatologia&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=5&gl=br&lr=lang_pt > , Acesso em: 3 jan. 2008.

