

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**RODRIGO BARROS SOARES FILHO**

**A (DES)PATOLOGIZAÇÃO DA TRANSEXUALIDADE E A SAÚDE DE  
TRAVESTIS E TRANSEXUAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

VOLTA REDONDA  
2019

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**A (DES)PATOLOGIZAÇÃO DA TRANSEXUALIDADE E A SAÚDE DE  
TRAVESTIS E TRANSEXUAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Monografia apresentada ao Curso de  
Direito do UniFOA como requisito à  
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluno:

Rodrigo Barros Soares Filho

Professora Orientadora:

Marise Baptista Fiorenzano Henrichs

VOLTA REDONDA

2019



Fundação Oswaldo Aranha



## FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

Da (des)patologização da transsexualidade e a saúde  
de transtis e transsexuais como direito fundamental

Elaborado por Roberto Soares Barros Filho apresentado  
publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de  
Direito.

Aprovada em 23 de maio de 2019.

Banca Avaliadora:

Laise Baptista Saenzano Feres

Professor Orientador - Unifoa

Ronaldine

Professor Avaliador - Unifoa

[Signature]

Professor Avaliador - Unifoa

“Aos esfarrapados do mundo e aos que neles se descobrem e, assim descobrindo-se, com eles sofrem, mas, sobretudo, com eles lutam” (Paulo Freire, 1968)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus pelo dom da vida e por ter me proporcionado chegar a lugares inimagináveis.

À minha família por toda dedicação e por não medirem esforços em incentivar os meus estudos.

À minha orientadora Marise Baptista Fiorenzano Henrichs pelo empenho dedicado ao meu projeto de pesquisa, por todo o apoio e paciência ao longo da elaboração da presente monografia.

Ao professor Adilson Pereira por ter me incentivado na elaboração do projeto de iniciação científica.

## RESUMO

O trabalho dedica-se a analisar a constituição do direito fundamental à saúde na aplicação do processo transexualizador instituído no Sistema Único de Saúde e as implicações das mudanças realizadas no Catálogo Internacional de Doenças, elaborado pela Organização Mundial da Saúde, tendo em vista que na décima primeira versão do referido manual, a transexualidade deixou de ser considerada uma doença mental. Nesse sentido, busca-se examinar a necessidade de instituição de políticas públicas que buscam ampliar o acesso à saúde para transgêneros. Debate-se, ainda, a necessidade de enxergar o direito à identidade de gênero como garantia inerente à personalidade humana, abordando o conteúdo normativo do artigo 13, *caput*, do Código Civil vigente e a imprescindibilidade de sua análise conforme os princípios constitucionais.

**Palavras-chave:** direito à saúde; direitos fundamentais; despatologização da transexualidade.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>07</b>
<b>2 IDENTIDADE DE GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL: CONCEITOS, DIFERENÇAS E TERMOS.....</b>	<b>09</b>
<b>3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A AUTODETERMINAÇÃO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE.....</b>	<b>16</b>
<b>4 A CONCEPÇÃO JURÍDICA DA TRANSEXUALIDADE E O DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO.....</b>	<b>22</b>
4.1 França.....	22
4.2 Argentina.....	22
4.3 Portugal.....	23
4.4 Irã.....	25
4.5 Uruguai.....	26
4.6 Brasil.....	28
<b>5 A (DES)PATOLOGIZAÇÃO DA TRANSEXUALIDADE E SEUS EFEITOS MATERIAS.....</b>	<b>30</b>
5.1 Resoluções e Portarias Nacionais .....	35
5.2 Estudo de caso sobre a cirurgia de transgenitalização.....	38
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>41</b>
<b>7 REFERÊNCIAS.....</b>	<b>43</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Embora a transexualidade tenha se consolidado como condição médica no final dos anos 1970, definição que prevalece até a atualidade, é possível observar que um novo cenário configurou-se para a compreensão dessa experiência. Nas últimas décadas, diversos membros da sociedade civil organizada, aliados a dezenas de movimentos e programas sociais, se posicionaram criticamente à compreensão patologizada dessa vivência, o que impulsionou a problematização das implicações de se tratar as variações do gênero como anormalidade ou doença mental e introduziu um movimento de defesa pelo direito à autodeterminação do gênero e da despatologização.

Com influência dos movimentos “*Trans Lives Matter*” (vidas trans importam) e “*Stop Trans Pathologization*” (parem de patologizar o trans) alguns países, como a Argentina, adotaram o entendimento, defendido por renomados profissionais da saúde, de que a transexualidade não se configura como doença. Dessa forma, o referido país normatizou o tema, editando procedimentos regulados por lei específica, que são referência mundial de tratamento humanizado de travestis e transexuais.

Em 2018, a Organização Mundial da Saúde (OMS) editou nova versão da Classificação Internacional de Doenças, a CID-11, trazendo como novidade a retirada da transexualidade do capítulo referente aos transtornos mentais. Essa atualização conta com um novo capítulo, denominado “saúde sexual”, com o objetivo de englobar condições que eram categorizadas de maneira desatualizada, como a incongruência de gênero (transexualidade).

O objeto de discussão do presente trabalho é a tendência de despatologização total da transexualidade e suas aplicações no direito à saúde, em que aponta-se como essa tendência tem angariado adesão dos formadores de opinião e como as mudanças relativas ao Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais (DSM-V) e as modificações percebidas nas CID-10 e CID-11 demonstram tal evolução.

Busca-se ainda, analisar a necessidade de instituição de políticas públicas que objetivam ampliar o acesso à saúde para transgêneros de modo que possa atingir o campo da integralidade.

No primeiro capítulo, explicar-se-ão as diferenças envolvendo identidade de gênero e orientação sexual, analisando, ainda, a violência contra pessoas transexuais e travestis no Brasil.

No segundo capítulo, abordar-se-á o embasamento teórico da patologização da transexualidade, analisando a implicação de seus efeitos materiais. No tocante ao processo transexualizador, a exposição das portarias do Ministério da Saúde concernente ao tema, como também, as exigências para que pessoas transgêneros possam requisitar as cirurgias no âmbito privado ou público.

No terceiro capítulo, analisar-se-ão as principais leis do direito alienígena referente ao tema e suas contribuições para assegurar o direito à identidade de gênero e a autodeterminação.

No quarto capítulo, debater-se-á a necessidade de enxergar o direito à identidade de gênero como uma garantia inerente à personalidade humana, fazendo-se, ainda, uma análise crítica do artigo 13, *caput*, do Código Civil vigente e a imprescindibilidade de sua análise conforme os princípios constitucionais.

Em derradeiro, o quinto capítulo tratará do resultado alcançado pela presente pesquisa.

## 2 IDENTIDADE DE GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL: CONCEITO, DIFERENÇAS E TERMOS

O presente capítulo dedica-se a explicar as diferenças envolvendo identidade de gênero e orientação sexual a partir do viés antropológico, tendo em vista que, ao decorrer do trabalho, abordar-se-ão os citados conceitos sob a ótica da psicologia.

Quando o homem atribuíam 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 desse 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 mais nem menos valor do que possui hoje a crença no sexo masculino ou feminino do Sol (NIETZSCHE *apud* GOMES, 2012, p. 08).

Aproveita-se da filosofia de Friedrich Nietzsche supracitada para iniciar a análise das diferenças entre os conceitos de identidade de gênero e orientação sexual.

Segundo Jaqueline Gomes (2012), gênero se refere as formas de se identificar e ser identificado como homem ou identificada como mulher. Já a orientação sexual concerne à atração afetiva e sexual por alguém que pode ser do mesmo gênero ou do oposto.

Conforme se extrai da obra “Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos”, da autora supramencionada, orientação sexual e identidade de gênero não se confundem, tampouco dependem uma da outra:

Uma dimensão não depende da outra, não há uma norma de orientação sexual em função do gênero das pessoas, assim, nem todo homem e mulher é “naturalmente” heterossexual. O mesmo se pode dizer da identidade de gênero: não corresponde à realidade pensar que toda pessoa é naturalmente cisgênero. Tal qual as demais pessoas, uma pessoa trans pode ser bissexual, heterossexual ou homossexual, dependendo do gênero que adota e do gênero com relação ao qual se atrai afetivossexualmente: mulheres transexuais que se atraem por homens são heterossexuais, tal como seus parceiros; homens transexuais que se atraem por mulheres também o são. Já mulheres transexuais que se atraem por outras mulheres são homossexuais, e homens transexuais que se atraem por outros homens também. Não se pode esquecer, igualmente, das pessoas com orientação sexual bissexual. Nem todas as pessoas trans são gays ou lésbicas, apesar de serem identificados como membros do mesmo grupo político, o de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT (GOMES, 2012, p.13).

Usualmente, o termo “gênero” é empregado para classificar pessoal e socialmente as pessoas como homens ou mulheres, orientando papéis e expressões de gênero, não confundindo-se com o sexo.

Já o sexo é uma classificação biológica das pessoas como machos ou fêmeas, baseada em características orgânicas como cromossomos, níveis hormonais, órgãos reprodutivos e genitais (GOMES, 2012).

O Sexo é biológico; por fazer parte do corpo orgânico, também atua na construção das identidades (GIFFIN, 1991, *apud* SOUZA, MEGLHIORATTI, 2017).

Nesse sentido, quanto ao conceito do sexo biológico, Souza e Meglhioratti (2017), utilizando-se dos estudos de Arán (2006), esclarecem que o sexo biológico são os órgãos reprodutivos, os quais são programados e fixados ao corpo orgânico, conhecidos por pênis, vagina ou ambos.

A marca biológica componente do corpo orgânico não necessariamente definirá a identidade de gênero, muito menos a orientação sexual.

Ademais, é imperioso destacar a necessidade de pensar o conceito de sexo biológico através de uma perspectiva social. Nesse sentido, descreve Souza e Meglhioratti:

Nesse sentido, ressaltamos a ideia de se pensar o conceito de Sexo Biológico por um viés também social, uma vez que a sociedade construiu aspectos ideológicos e valores associados à presença das genitálias, mais especificamente, da genitália masculina, já que essa era referência de poder. O sexo biológico masculino e a presença do pênis foram e ainda são frequentemente associados ao poder, força e inteligência. Já o sexo biológico feminino e a presença de vagina são quase automaticamente associados à submissão ao homem, à fragilidade e à doçura. Já as pessoas que nascem com as duas marcas biológicas, conhecida pela medicina como hermafroditas e denominada pelos/as estudiosos/as da área sociológica como intersexo, são considerados/as por boa parte da sociedade como aberrações. Pessoas intersexo são comumente submetidos/as a procedimentos cirúrgicos para “adequar” sua “anormalidade”, uma vez que para a sociedade ela não está em conformidade com o todo. (SOUZA, MEGLHIORATTI, 2017, p. 07-08).

Aliados ao conceito de gênero, têm-se as expressões: “identidade de gênero”, “expressão de gênero” e “papéis de gênero”, extremamente importantes para que se entenda que pessoas transexuais são plurais e que se deve desconstruir a ideia da transexualidade universal.

Identidade de gênero é como uma pessoa se identifica, que pode ou não concordar com o gênero que lhe foi atribuído quando de seu nascimento. Esta e orientação sexual são dimensões diferentes e que não se confundem. Pessoas transexuais podem ser heterossexuais, lésbicas, gays ou bissexuais, tanto quanto a pessoa cisgênero (GOMES, 2012).

Expressão de gênero é a forma como a pessoa se apresenta, sua aparência e seu comportamento, de acordo com expectativas sociais de aparência e comportamento de um determinado gênero, dependendo da cultura em que a pessoa vive (GOMES, 2012).

Conforme destaca Pellegrini, as tribos indígenas da América do Norte não faziam acepção por diversidade de gênero ou sexual, de outro modo; reconheciam cinco gêneros culturalmente aceitos, demonstrando que a construção de gênero é diferente de acordo com a sociedade e cultura analisadas:

Para começar, as tribos indígenas da América do Norte não discriminavam por diversidade de gênero ou sexual. Se reconhecia inclusive que os indivíduos que apresentavam características comportamentais dos dois sexos tinham “um coração e dois espíritos”, e de modo geral essa cultura distinguia cinco gêneros diferentes. As tribos mais importantes como os Navajo, os Cheyenne e os Cherokee utilizavam a expressão “gente de dois espíritos, e para elas simplesmente não existia um conjunto de regras que os homens e mulheres seriam obrigados a cumprir para que fossem considerados membros “normais” de sua tribo. Mais ainda, como relata o site *Indian Country Today*, o mais importante veículo sobre questões indígenas dos Estados Unidos -, as pessoas que apresentavam características tanto “masculinas” quanto “femininas” eram consideradas como dotadas de atributos e dons especiais pela própria natureza e, portanto, capazes de entender os dois lados de um todo. Em todas as comunidades se reconheciam esses papéis de gênero, só que com distintos – porém muito parecidos – nomes: Mulher, homem, mulher de dois espíritos, homem de dois espíritos, e transgênero. Mulher e homem são categorias de indivíduos bem definidos, que possuem um único espírito que está de acordo com o seu corpo (um espírito de homem num corpo de homem, um espírito de mulher num corpo de mulher); o homem e a mulher de dois espíritos, como o próprio nome indica, possuem dois espíritos, um de homem e outro de mulher, num mesmo corpo; e, finalmente, o transgênero, a pessoa que tem o espírito trocado: um espírito de homem num corpo de mulher, um espírito de mulher num corpo de homem. As diferenças, portanto, são bem estabelecidas. Mas o fundamental a se destacar é que todas as cinco categorias são aceitas como normais e naturais. E, no que diz respeito às relações afetivas e sexuais, todas as combinações são possíveis (PELLEGRINI, 2017).

Papel de gênero é o modo de agir em determinadas situações conforme o gênero atribuído às pessoas desde o nascimento, é a construção de diferenças entre homens e mulheres, possui cunho social, e não biológico (GOMES, 2012).

Pode-se categorizar as pessoas como “cisgênero” e “transgênero”, dependendo da sua identidade de gênero. Cisgênero, conforme Gomes (2012, p. 25), “trata-se de conceito ‘guarda-chuva’ que abrange as pessoas que se identificam com o gênero que lhes foi determinado quando de seu nascimento”.

Nessa linha intelectual, pessoas cisgênero são aquelas que se veem representadas, que se encaixam no conceito do gênero conferido em seus nascimentos. Entretanto, nem todo indivíduo se entende pertencente ao gênero atribuído em seu nascimento (GOMES, 2012).

Já transgênero “abrange o grupo diversificado de pessoas que não se identificam, em graus diferentes, com comportamentos e/ou papéis esperados do gênero que lhes foi determinado quando de seu nascimento” (GOMES, 2012, p. 25).

É importante destacar que, em termos de gênero, todos os seres humanos podem ser enquadrados como transgênero ou cisgênero. Deste modo, leciona Gomes:

Chama-se de cisgênero, ou de “cis”, as pessoas que se identificam com o gênero que lhes foi atribuído quando ao nascimento. Como já foi comentado anteriormente, nem todas as pessoas são assim, porque, repetindo, há uma diversidade na identificação das pessoas com algum gênero, e com o que se considera próprio desse gênero. Denomina-se as pessoas não-cisgênero, as que não são identificam com o gênero que lhes foi determinado, como transgênero, ou trans (GOMES, 2012, p. 11).

Historicamente, a população transgênero ou trans é estigmatizada, marginalizada e perseguida devido à crença na sua anormalidade, decorrente da crença de que o natural é que o gênero atribuído ao nascimento seja aquele com o qual as pessoas se identificam e, portanto, espera-se que elas se comportem de acordo com o que se determina ser o adequado para esse ou aquele gênero (GOMES, 2012).

Cada pessoa transexual age de acordo com o que reconhece como próprio de seu gênero. Mulheres transexuais adotam nome, aparência e comportamentos femininos, querem e precisam ser tratadas como quaisquer outras mulheres. Por outro lado, homens transexuais adotam nome, aparência e comportamentos masculinos, querem e precisam ser tratados como quaisquer outros homens (GOMES, 2012).

Pessoas transexuais geralmente sentem que seus corpos não estão adequados à forma como pensam e se sentem, e querem “corrigir” isso adequando seu corpo à imagem de gênero que têm de si. Isso pode se dar de várias formas, desde uso de roupas, passando por tratamentos hormonais e até procedimentos cirúrgicos, conforme será abordado nos próximos capítulos (GOMES, 2012).

Atualmente, o acesso das pessoas transgênero aos procedimentos cirúrgicos para adequação sexual é condicionado à avaliação de suas vivências de acordo com os padrões de gênero adotados pela sociedade em que se vive. Desta maneira, aduz Gomes:

Para a pessoa transexual, é imprescindível viver integralmente como ela é por dentro, seja na aceitação social e profissional do nome pelo qual ela se identifica ou no uso do banheiro correspondente à sua identidade de gênero, entre outros aspectos. Isso ajuda na consolidação da sua identidade, e no que se refere aos procedimentos clínicos atuais, tem servido para avaliar se as pessoas transexuais interessadas em se submeterem a uma cirurgia de transgenitalização — adequação cirúrgica do órgão genital à imagem que a pessoa tem dele — podem ser atendidas nesse aspecto (algumas pessoas transexuais não desejam fazer essa cirurgia), prática que tem sido questionada por estudiosos e ativistas (GOMES, 2012, p. 16).

Amara Moira, ativista transfeminista, analisa o fato das pessoas transexuais desejarem modificar seus corpos através de procedimentos cirúrgicos. Segundo a escritora, travestis e transexuais optam por fazer a cirurgia uma vez que é ensinado, para essas pessoas, que seus corpos são problemáticos, *in verbis*:

Nos reproduzimos padrões e esteriótipos de gênero assim como qualquer outra pessoa que viva em sociedade o faz, a gente não nasce querendo fazer a cirurgia, nos ensinam desde muito cedo que o nosso corpo é o problema e que se a gente transformar nosso corpo acreditaremos que seremos aceitas pela sociedade. Quando uma criança chega para os pais e diz “sou uma menina” e seus pais dizem que ela não é menina pois tem “pipi” não estão provando para aquela criança que ela é um menino, estão mostrando que ela não é para o outro o que é para si por conta de seu genital; nesse momento é que começam a nos ensinar a odiar o nosso genital e odiar no nosso corpo tudo aquilo que impede o outro de nos enxergar da forma que nós nos enxergamos. Desta forma, não é para estranhar que pessoas trans queiram fazer a cirurgia pois foram ensinadas a vida inteira que o genital é o que as impedem de ser para o outro o que já são para si (MOIRA, 2018).

Nesse mesmo sentido são as palavras de Daniela Andrade, mulher transexual conhecida pelo seu ativismo a favor da comunidade LGBTQ, sobre o desejo das pessoas trans em modificarem seus corpos através de procedimentos cirúrgicos, aproveita ainda para analisar a conceituação que a psiquiatria faz de travestis e transexuais, *in verbis*:

Se partirmos do entendimento da psiquiatria, a travesti é aquela que não quer fazer a cirurgia de redesignação sexual e que não se define nem como mulher, tampouco como homem. Já a transexual é aquela que quer fazer a cirurgia e está no corpo errado. Para mim não é assim, estou no meu corpo, se este precisa ser modificado não significa que estou no corpo errado. Quantos corpos de pessoas que não são travestis e transexuais são modificados o tempo inteiro e ninguém diz que essas pessoas estão nos corpos errados. Não deveria se diferenciar mulheres transexuais de travestis pautando-se unicamente na modificação dos corpos. Quanto a mulher transexual ser aquela que quer fazer a cirurgia, vejamos: se eu tenho a sociedade inteira dizendo que mulher tem vagina e eu me identifico como mulher, evidentemente eu, assim como a maioria das mulheres trans, vamos querer ter uma vagina. Da mesma forma que os homens trans querem fazer a cirurgia tendo em vista que para a sociedade “homem de verdade” tem pênis. Será que se essa sociedade não se pautasse no genital da forma que está pautada, se não reproduzisse o tempo inteiro que mulher é vagina e homem é pênis teríamos tantas pessoas transexuais querendo modificar seus corpos através de procedimentos cirúrgicos? (ANDRADE, 2015).

Em suma, a partir de uma visão antropológica, o que determina a identidade de gênero é a forma como as pessoas se identificam, e não um procedimento cirúrgico. Em decorrência disso, muitas pessoas que hoje se reconhecem ou são taxadas como travestis seriam, em teoria, transexuais (GOMES, 2012).

Ressalta-se que existem divergências entre profissionais da psiquiatria e da psicologia quanto à definição da transexualidade como patologia, assunto que será tratado em momento oportuno.

A orientação sexual diz respeito por qual ou quais gêneros a pessoa sente atração sexual e afeto; pessoas homossexuais se sentem atraídas por pessoas do mesmo gênero, e bissexuais por pessoas de qualquer gênero (GOMES, 2012).

Diferente se dá com os artistas transformistas, que não necessariamente são transexuais e/ou homossexuais, conforme explica Gomes (2012, p.13):

Ao mesmo tempo, é importante ressaltar, por exemplo, que um homem crossdresser, o qual sente prazer em usar roupas femininas, identifica-se como homem, e geralmente têm uma vivência heterossexual com uma parceira; e que um artista transformista (drag queen ou drag king), mesmo se vestindo — de forma caricata — como alguém de gênero diferente do seu, não necessariamente se reconhece como alguém desse outro gênero, e ao contrário da crença social, grande parte deles não é homossexual.

Segundo Jaqueline Gomes (2012, p.12), “o espaço que se destina a homens transexuais, mulheres transexuais e a travestis é extremamente exclusivo, sem acesso a direitos civis básicos, sequer ao reconhecimento de sua identidade”.

Desta forma, tendo em vista a necessidade de se caracterizar e individualizar o preconceito e discriminação específica sofrida pela comunidade de pessoas transgênero, tem se utilizado o termo “transfobia” (GOMES, 2012).

Insta salientar que violências físicas, psicológicas e simbólicas são constantes. De acordo com a organização internacional *Transgender Europe*, entre 2008 e junho de 2016, 868 travestis e transexuais perderam a vida de forma violenta. Em 2017, o Brasil registrou 445 casos de assassinatos de pessoas LGBTQ, conforme dados extraídos do levantamento feito pelo Grupo Gay da Bahia (BORTONI *apud* GOMES 2018).

Essas violações repetem o padrão dos crimes de ódio, “motivados por preconceito contra alguma característica da pessoa agredida que a identifique como parte de um grupo discriminado, socialmente desprotegido, e caracterizados pela forma hedionda como são executados, com várias facadas, apedrejamento e armas de fogo” (GOMES, 2012, p.11).

Muito ainda tem de ser enfrentado para se chegar ao mínimo de dignidade e respeito à identidade das pessoas transexuais e travestis para além dos estereótipos. “Alguns desses estereótipos levam a sociedade a se esquecer que as pessoas transgênero vivenciam outros aspectos de sua humanidade, para além dos relacionados à sua identidade de gênero” (GOMES, 2012, p.12).

### **3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A AUTODETERMINAÇÃO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE**

O Juiz Federal George Marmelstein (2011, p.19) leciona sobre o conteúdo normativo dos direitos fundamentais, podendo-se conceituar estes como “os valores que o constituinte formalmente reconheceu como merecedores de uma proteção normativa especial, ainda que implicitamente. Esse reconhecimento formal ocorre através da positivação desses valores por meio de normas jurídicas”.

O autor supracitado, na obra “Curso de Direitos Fundamentais”, trabalha o conceito de direitos fundamentais como sendo normas jurídicas ligadas à dignidade da pessoa humana, *in verbis*:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e da limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico (MARMELSTEIN, 2011, p.19).

Existem cinco elementos basilares no conceito de direito fundamental, sendo eles: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação de poder, Constituição e democracia (MARMELSTEIN, 2011).

A Carta Magna de 1988 consagrou o direito de cada pessoa de ser tratada com igualdade em relação à sua identidade cultural, ainda quando esta se distancia de padrões hegemônicos da sociedade. É o que se chama de “direito à diferença”, se tornando inválida qualquer medida que desrespeite a diferença, indo contra aos critérios de proporcionalidade (MARMELSTEIN, 2011).

Quanto ao rol de direitos do Título II da CFRB/88, não se pode entendê-lo como exaustivo ou taxativo, uma vez que a o parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal estabelece uma regra, interpretada por muitos doutrinadores constitucionalistas como cláusula de abertura aos direitos não enumerados, que dispõe o seguinte: “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”.

O Poder Constituinte Originário adotou como fundamento da República Federativa do Brasil o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, conforme artigo 1º, inciso III, da Carta Magna.

Dessa forma, levando-se em consideração o fato do Constituinte Brasileiro ter admitido rol não exaustivo de direitos fundamentais, por força do artigo 1º, inciso III, combinado com o artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988, pode-se encontrar direitos fundamentais fora do Título II e até mesmo fora da Constituição, nas palavras de Marmelstein:

A positivação constitucional da dignidade da pessoa humana, aliada à precisão da cláusula de abertura, representa um avanço considerável na proteção institucional dos direitos fundamentais. (...) Não se deve confundir norma positivada com norma escrita, já que existem diversos direitos fundamentais positivados de forma implícita (não escrita), que decorrem do sistema constitucional como um todo, por força do já citado art. 5º, § 2º, da Constituição de 88 (MARMELESTEIN, 2011, p.24).

Ingo Sarlet, doutrinador constitucionalista, conceitua a Dignidade da Pessoa Humana a partir de um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram os indivíduos contra qualquer ato desumano, *in verbis*:

Qualidade intrínseca e distintiva do ser humano, que o torna merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, em um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra qualquer ato de cunho degradante ou desumano, como condições de existência mínima de ter uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável no destino de sua própria vida e em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001, p.61).

Invocar o fundamento constitucional da dignidade humana pressupõe reconhecer a pessoa como ser humano diferenciado dos demais seres devido sua racionalidade e sociabilidade, devendo se desenvolver em meio apropriado para atender às suas necessidades. É reconhecer na pessoa sua autodeterminação em relação ao Estado e a todos os outros seres, vez que tal primado é valor extremo que traz para si o núcleo de todos os direitos fundamentais do homem (IRIBURE; MATTOS, 2015).

A doutrina, a partir dos estudos de Otto Von Gierke, desenvolveu os direitos da personalidade, que segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2019), são os direitos fundamentais desenvolvidos no direito privado.

Buscando analisar os direitos da personalidade a partir de um viés histórico, os referidos doutrinadores lecionam que o Direito Romano não cuidou dos direitos da personalidade nos moldes que são concebidos na atualidade, conforme descrito abaixo:

Historicamente, o Direito Romano não cuidou dos direitos da personalidade nos moldes que são concebidos hodiernamente, apenas contemplando a chamada *actio injuriarum*, a ação contra a injúria, que foi elasticada para abranger qualquer atentado contra a pessoa (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p.182).

Os autores supracitados salientam, ainda, que o Direito Grego “não estruturou uma categoria jurídica específica para tutelar a personalidade. Existia, tão somente, uma ação denominada *dike kakegoric* tendendo à punição de quem violava algum interesse físico ou moral” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p.182).

Ainda analisando o esboço histórico dos direitos fundamentais, os referidos autores asseveram que “com o Cristianismo e a pregação de uma fraternidade universal, tem início um despertar para a proteção da personalidade humana” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p.182).

No século XIII, especificamente no ano de 1215, a Constituição da Inglaterra estabeleceu a proteção de aspectos fundamentais da personalidade humana, como a liberdade, reconhecendo, ainda que implicitamente, os direitos da personalidade.

Entretanto, somente após a Segunda Guerra Mundial, tendo em vista as violações de direitos praticadas contra a individualidade da pessoa humana e contra toda a humanidade, foi promulgada em 1968 a Declaração Universal dos Direitos do Homem, pois “sentiu-se a necessidade de proteção de uma categoria básica de direitos reconhecidos à pessoa humana. Era preciso assegurar uma tutela fundamental, elementar, em favor da personalidade humana, salvaguardando a própria raça.”, conforme lecionado a seguir:

Naturalmente, os Códigos Civis, como um todo, não faziam menção aos direitos da personalidade. O Código Civil francês (Code de France), o alemão (BGB) e o italiano eram silentes, não possuindo qualquer referência, até porque a categoria ainda não era tutelada. Com o pós-guerra, os Códigos foram paulatinamente reformados, vindo a sua grande maioria, na atualidade, a proteger, expressa e amplamente, os direitos da personalidade. Importante colaboração adveio do Direito alemão, preocupado, após os lamentáveis episódios ali ocorridos, atentatórios contra a humanidade, em afirmar a relevância na proteção da pessoa humana e de sua integridade (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p.182).

O doutrinador Sílvio de Salvo Venosa (2011) conceitua os direitos da personalidade como aqueles incidentes sobre bens imateriais ou incorpóreos, afirmando que as escolas do Direito Natural proclamam suas existências, por serem personalíssimos, in verbis:

Há direitos denominados personalíssimos porque incidem sobre os bens imateriais ou incorpóreos. As escolas do Direito Natural proclamam a existência desses direitos, por serem inerentes à personalidade. São, fundamentalmente, os direitos à própria vida, à liberdade, à manifestação do pensamento. A Constituição Brasileira enumera longa série desses direitos e garantias individuais (art. 5º). São direitos privados fundamentais, que devem ser respeitados como conteúdo mínimo para permitir a existência e a convivência dos seres Humanos. Muitos veem nesse aspecto direitos inatos, que são ínsitos à pessoa, cabendo ao Estado reconhecê-los (VENOSA, 2011, p. 169).

Para Chaves e Rosenvald, os direitos da personalidade foram admitidos após diversas contribuições legislativas e doutrinárias. Nesse mesmo sentido, o Projeto de Código Civil, criado na década de 1960, tratava da matéria de forma ampla, contudo, não foi aprovado em sua integralidade, conforme descreve-se a seguir:

Entre nós, os direitos da personalidade foram admitidos após importantes contribuições doutrinárias, alçados à atitude legislativa por normas esparsas e consagrados pelo Texto Constitucional de 1988. Antes disso, o Projeto de Código Civil elaborado pelo eterno mestre Orlando Gomes, na década de 1960, em 16 artigos, cuidava amplamente da matéria, inclusive emprestando disciplina mais profunda do que a legislação vigente. Apesar do acanhamento (ficando aquém das expectativas doutrinárias e do próprio avanço jurisprudencial dos anos mais recentes), o Código Civil de 2002 reconheceu, expressamente, os direitos da personalidade nos arts. 11 a 21. Hodiernamente, contudo, entendem muitos ordenamentos jurídicos, almejando tornar mais efetiva a dignidade do homem, elevada ao status de princípio fundamental em muitos deles, que o melhor caminho legislativo a seguir é inscrever nos textos constitucionais os direitos da personalidade. Ganha corpo, dessa maneira, o movimento de constitucionalização da proteção ampla e irrestrita da personalidade humana, como se percebe das experiências espanholas e italiana, além da necessária referência à ordem jurídica brasileira (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p.182-183).

O Código Civil dedicou proteção ao aspecto físico da personalidade nos artigos 13 a 15, aludindo à tutela jurídica do corpo vivo no artigo 13 (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

Dispõe, expressamente, o mencionado dispositivo do Código Civil de 2002 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”.

Segundo Farias e Rosenvald (2015, p. 184), “cuida-se de visível proteção do corpo vivo, reconhecendo a possibilidade ampla do titular dele dispor, desde que não cause diminuição permanente da integridade física e não gere ofensa aos bons costumes”.

Os aludidos autores lecionam que, historicamente, o corpo humano não poderia sofrer intervenções de particulares, tendo em vista a forte influência religiosa sobre ele. Esta realidade foi modificada através da autonomia privada assegurada pelo direito contemporâneo:

Historicamente, o tratamento jurídico dedicado ao corpo humano sofreu influências religiosas, chegando a se compreender o corpo humano como uma dádiva divina, impossibilitando qualquer intervenção pelo próprio titular. Por evidente, na contemporaneidade, a autonomia privada (liberdade do titular) alterou essa compreensão, admitindo-se um verdadeiro direito ao corpo humano (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.185).

Apesar do artigo 13 do Código Civil fazer alusão ao termo “exigência médica”, Farias e Rosenvald entendem que não se pode radicalizar a ideia de que o corpo humano só pode ser modificado nesses casos, *in verbis*:

Não é possível radicalizar a compreensão de que a diminuição da integridade física somente é autorizada por força de exigência médica. Efetivamente, a prática de cirurgias plásticas com finalidade embelezadora, puramente estética, vem demonstrando, largamente, que a intervenção no corpo humano não decorre, somente, de exigência médica. O cotidiano revela ser extremamente comum cirurgia plástica para levantamento ou aumento de mamas, através de silicone. Até porque, muita vez, a cirurgia embelezadora decorre de inúmeros fatores pessoais ( vaidade, senso estético, autoestima etc.), menos de uma necessidade médica (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.185).

Ademais, o aludido dispositivo deve ser interpretado sob a ótica constitucional e suas garantias fundamentais, uma vez que suposta proibição violaria a dignidade da pessoa humana, que possui o direito de se autodeterminar. Nessa perspectiva, salientam Farias e Rosenvald:

A leitura fria da regra esculpida no art. 13 do Código Civil pode fazer crer que existe uma proibição de que se realize o citado ato cirúrgico de transgenitalização, muito embora essa suposta proibição viole a garantia da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente assegurada. Bem por isso, a leitura atenta do dispositivo legal, à luz das garantias fundamentais constitucionais, conduz à conclusão de que, sendo caso de necessidade médica, o sistema legal está permitindo a cirurgia de mudança de sexo, nos casos de transexualidade (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.187).

Em idêntico sentido, é o entendimento firmado pelo Enunciado 276, da IV Jornada de Direito Civil (2006) ao consolidar a compreensão de que as cirurgias de transgenitalização são permitidas, desde que em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, conforme se comprova na íntegra:

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.

Para diversos doutrinadores civilistas, é constitucionalmente garantido a todas as pessoas, não só o direito à integridade física, como também à psíquica, justificando, assim, a submissão de homens e mulheres trans a cirurgia de transgenitalização:

Em outras palavras, a pessoa transexual tem direito (constitucionalmente garantido) à integridade física e psíquica e, por conta disso, poderá submeter-se à cirurgia de readequação sexual, independentemente de autorização judicial. Pensar de forma diversa seria negar-lhe o direito à própria felicidade, condenando a conviver com uma desconformidade físico-psíquica, que, sem dúvida, afeta o seu direito a uma vida digna (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.187).

Por fim, Elimar Szaniawski em “os direitos de personalidade e sua tutela” afirma que se somente através da cirurgia a pessoa transexual ou travesti encontrará equilíbrio emocional e desenvolverá livremente sua personalidade, o referido procedimento cirúrgico deve ser realizado, fundamentando-se nos direitos da personalidade, como liberdade, livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação:

Ora, todo ser humano tem a sua dignidade afirmada constitucionalmente, sendo possuidor de um direito à integridade física e psíquica. “Colocando na balança os bens e interesses do transexual, em relação às vantagens ou desvantagens trazidas pela intervenção cirúrgica, na modificação de seu sexo morfológico, parece-nos que a mesma pende favoravelmente para as terapias de mudança de sexo, inclusive a cirúrgica, pois será somente através desta que o paciente transexual encontrará o equilíbrio emocional, livrar-se-á das angústias e aflições e poderá desenvolver, livremente, sua personalidade”, como destaca Elimar Szaniawski (SZANIAWSKI *apud* FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.187).

## **4 A CONCEPÇÃO JURÍDICA DA TRANSEXUALIDADE E O DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO**

Este capítulo é dedicado à análise do sistema jurídico alienígena, com o objetivo de demonstrar a evolução dos direitos inerentes à personalidade humana no tocante à identidade de gênero.

### **4.1 França**

Desde 10 de fevereiro de 2010, por iniciativa da ministra da Saúde da França, Roselyne Bachelot, a transexualidade e os distúrbios precoces da identidade de gênero foram removidos da lista de condições psiquiátricas, sendo o primeiro país a deixar de considerar as identidades trans como doença mental, segundo decreto publicado no Diário oficial (JARDIM, 2010).

### **4.2 Argentina**

O segundo país a despatologizar a transexualidade foi a Argentina, tendo, em 2012 sancionado a lei de identidade de gênero, assegurando a todas as pessoas com mais de dezoito anos de idade o gozo de sua saúde em geral, o acesso à cirurgia total e parcial e/ou tratamentos hormonais, para adequar seu corpo à sua identidade de gênero autopercebida, sem requerer autorização judicial ou administrativa.

Com a promulgação da lei nº 26.743/12, o Estado Argentino passou a garantir, através do sistema público de saúde, estadual e privado, a cobertura para os seguintes benefícios: intervenções cirúrgicas e tratamentos hormonais parciais ou integrais, para adaptar o corpo à identidade de gênero, sem necessidade de autorização judicial ou administrativa, e sem a obrigatoriedade de submeter-se a diagnósticos e/ou protocolos médico, psiquiátrico e/ou psicológico.

Todas as vantagens referidas na lei supracitada estão incluídas no programa médico obrigatório (PMO). As pessoas que solicitem ou desejem aderir aos processos de modificação corporal devem receber da equipe de saúde informações adequadas e oportunas, numa linguagem compreensível sobre todas as etapas dos tratamentos e dos procedimentos, como também, das suas contraindicações, efeitos previsíveis e adversos (ARGENTINA, 2012).

O ato normativo ainda define ser essencial que todos possam ter acompanhamento da sua saúde e que a consulta permita espaço para ser capaz de levantar todas as dúvidas e preocupações (ARGENTINA, 2012).

Quanto ao acesso aos procedimentos/tratamentos cirúrgicos por adolescentes, a intervenção judicial é necessária quando se tratar de intervenção para modificação corporal, hormonioterapia ou mudança de registro civil, sem a conformidade de seus representantes legais (ARGENTINA, 2012).

A lei assegura, ainda, a reprodução medicamente assistida, consistindo em uma série de procedimentos e técnicas que permitem que uma pessoa seja mãe/pai em caso de não ser capaz por várias razões. Independentemente da orientação sexual, identidade de gênero ou estado civil, qualquer cidadão pode acessar as técnicas e procedimentos de reprodução assistida gratuitamente (ARGENTINA, 2012).

Não se pode olvidar que as pessoas transexuais, como quaisquer outras, podem desejar ter filhos, por isso é necessário o aconselhamento sobre as possibilidades de procriação em cada situação particular. Aqueles que desejam tem a alternativa de se reproduzir através de suas próprias gravidezes ou de seus parceiros. Além disso, de acordo com as regulamentações vigentes, podem realizar tratamentos de reprodução medicamente assistidos ou acesso à adoção, isoladamente ou em pares (ARGENTINA, 2012).

Ademais, é possível notar a evolução da legislação Argentina, uma vez que não é necessário nenhum diagnóstico médico para se ter acesso à retificação do nome e gênero, como, também, às cirurgias, tendo como único requisito o termo de consentimento informado.

### **4.3 Portugal**

Em Portugal, a Lei n.º 7/2011 conferiu caráter administrativo ao processo de reconhecimento legal da identidade de gênero. Tinham legitimidade para requerer este procedimento as pessoas de nacionalidade portuguesa, maiores de idade e residentes em território nacional ou estrangeiro.

O pedido podia ser apresentado em qualquer cartório de registo civil e devia ser acompanhado de relatório que comprovasse o diagnóstico de “perturbação de identidade de gênero”, elaborado por uma equipe clínica multidisciplinar de sexologia clínica em estabelecimento de saúde público ou privado, nacional ou estrangeiro.

Não obstante, em 31 de julho de 2018, com a reivindicação da sociedade civil organizada, juntamente com o movimento “*Stop Trans Pathologization*”, o Congresso português aprovou nova lei tratando da temática.

A lei 38/2018 garante o exercício do direito à autodeterminação da identidade de gênero e expressão de gênero de uma pessoa, mediante o livre desenvolvimento da respectiva personalidade de acordo com a sua identidade e expressão de gênero (PORTUGAL, 2018)

A referida lei imputa ao Estado garantir, a quem o solicitar, o acesso a serviços de referência ou unidades especializadas no Serviço Nacional de Saúde, designadamente para tratamentos e intervenções cirúrgicas, farmacológicas ou de outra natureza, destinadas a fazer corresponder o corpo à sua identidade de gênero (PORTUGAL, 2018).

A Direção-Geral da Saúde deve adotar modelo de intervenção, através de orientações e normas técnicas, a ser implementado pelos profissionais de saúde no âmbito das questões relacionadas com a identidade de gênero, e características sexuais das pessoas (PORTUGAL, 2018).

A lei preleciona, ainda, que o Estado deve garantir a adoção de medidas no sistema educativo, em todos os níveis de ensino e ciclos de estudo, que promovam o exercício do direito à autodeterminação da identidade de gênero e do direito à proteção das características sexuais das pessoas, através do desenvolvimento de:

a) Medidas de prevenção e de combate contra a discriminação em função da identidade de gênero, expressão de gênero e das características sexuais;

b) Mecanismos de detenção e intervenção sobre situações de risco que coloquem em perigo o saudável desenvolvimento de crianças e jovens que manifestem identidade de gênero ou expressão de gênero não compatível com o sexo atribuído à nascença;

c) Condições para proteção adequada da identidade de gênero, expressão de gênero e das características sexuais, contra todas as formas de exclusão social e violência dentro do contexto escolar, assegurando o respeito pela autonomia, privacidade e autodeterminação das crianças e jovens que realizem transições sociais de identidade e expressão de gênero;

d) Formação adequada dirigida a docentes e demais profissionais do sistema educativo no âmbito de questões relacionadas com a problemática da identidade de gênero, expressão de gênero e da diversidade das características sexuais de crianças e jovens, tendo em vista a sua inclusão como processo de integração socioeducativa;

Em relação à educação, estabelecimentos do sistema educativo, independentemente da sua natureza pública ou privada, devem garantir as condições necessárias para que as crianças e jovens se sintam respeitados de acordo com a identidade de gênero e expressão de gênero manifestadas e as suas características sexuais.

Finalmente, a lei salienta que os membros do governo têm o prazo máximo de 180 dias para adotar as medidas administrativas necessárias para a implementação das políticas públicas asseguradas pela lei nº 38/2018.

#### **4.4 Irã**

A partir do final da década de 1970, o Irã passou a ser governado através de regime dotado de fundamentalismo religioso, desta forma, o país que era conhecido como “a Europa no Oriente-Médio”, transpôs para uma época marcada por repressão e violação de direitos.

Não sendo diferente com a população LGBTQ, o país permanece tipificando a homossexualidade como infração passível de pena de morte por apedrejamento. Em contrassenso, o Estado oferece tratamento cirúrgico para travestis e transexuais.

O governo iraniano oferece ajuda de custo que abrange metade do valor do tratamento cirúrgico. Para se vestir com as roupas do gênero autodeterminado, anteriormente à cirurgia, o indivíduo necessita de autorização do governo local, sob pena de prisão por comportamento desrespeitoso às leis islâmicas (HAMEDANI, 2014).

Não há informações confiáveis sobre o número de operações de mudança de sexo realizadas no Irã. *Khabaronline*, uma agência de notícias alinhada com o governo, aduziu que os números subiram de 170 em 2006 para 370 em 2010 (HAMEDANI, 2014).

#### 4.5 Uruguai

Em outubro de 2018, a Câmara dos Deputados, após aval do Senado, aprovou, com 62 votos a favor do total de 88, o Projeto de Lei de Identidade de Gênero, que declara de interesse geral a concepção, promoção e implementação de ações afirmativas na esfera pública e privada voltadas à população trans, visando garantir o direito das/os transexuais de todas as idades, de diferentes orientações sexuais, ou deficiência, uma vida livre de discriminação.

Para os fins de interpretação, a lei entende como:

a) Identidade de gênero, a experiência interna e individual do gênero de acordo com cada pessoa se sente e se autodetermina, sem ter que ser definido por outros. Coincidente ou não com o sexo atribuído ao nascer, podendo ou não envolver a modificação da aparência ou função corporal através farmacológicos, processos cirúrgicos ou outros meios, desde que seja escolhido livremente (URUGUAI, 2018).

b) Expressão de gênero, como a externalização da identidade de gênero por meio da linguagem, aparência, comportamento, vestuário, características corporais, nome, entre outros (URUGUAI, 2018).

c) Pessoa trans, aquela que se autopercebe e se autodetermina pertencente ao gênero distinto do sexo biológico, ou convencionalmente atribuído no nascimento (URUGUAI, 2018).

Para a referida lei, sem prejuízo de outros significados sociais atuais e futuros, a identidade trans abrange várias formas de expressão da identidade de gênero. Em particular, inclui pessoas identificadas como travestis, transgêneros e transexuais, e pessoas de gênero diferenciado, bem como aquelas que definem seu gênero como neutro, ou sem gênero, ou descrevem sua identidade em suas próprias palavras. Um dos principais objetivos da norma é acrescentar a "identidade de gênero" em todos os sistemas de informação e de estatística oficial (URUGUAI, 2018).

Conforme dispõe o referido preceito, o pedido de registo de nome e sexo será feito pela Comissão de Identidade de Gênero e Mudança, que, por meio de entrevista com o requerente, elaborará relatório sobre o pleito (URUGUAI, 2018).

O relatório produzido pela Comissão de Identidade de Gênero e Mudança deverá ser de uso confidencial e exclusivo do requerente, e em nenhum caso será exposto publicamente (URUGUAI, 2018).

Quanto à educação, o Sistema Nacional de Educação Pública, em todos os níveis, assegurará a inclusão de pessoas trans em todos os ambientes educacionais, devendo ser levado em consideração os princípios estabelecidos na Lei nº 18.437, que dá regulamento geral à educação (URUGUAI, 2018).

A referida lei preleciona, ainda, que o Estado deve assegurar os direitos dos grupos que se encontram em situação particularmente vulnerável, através do oferecimento de alternativas específicas quando circunstâncias especiais colocam em risco o acesso e a permanência de pessoas trans no sistema educacional (URUGUAI, 2018).

As pessoas transgênero têm direito aos cuidados de saúde como está previsto nos artigos 1º e 3º, da Lei nº 18.211, que regulamenta o Sistema Nacional de Saúde Integrado, sem qualquer discriminação e/ou patologização de sua identidade de gênero.

Em relação às cirurgias de transgenitalização, as pessoas maiores de dezoito anos de idade podem, nos termos da lei, se submeter aos procedimentos mencionados, ter acesso aos tratamentos hormonais e terapêuticos para adequar seus corpos segundo a sua autopercepção de identidade de gênero, não sendo exigida autorização judicial ou administrativa.

Para o acesso aos tratamentos hormonais integrais, não será necessária a vontade de se submeter à intervenção cirúrgica. Em ambos os casos, somente o consentimento informado da pessoa será o suficiente.

## 4.6 Brasil

No que diz respeito ao direito à saúde das pessoas transgêneros, tramita projeto de lei nº 5002/2013, conhecido popularmente como “Lei João W. Nery”<sup>1</sup>. O referido entende como identidade de gênero “a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo” (CONGRESSO NACIONAL, 2013).

A proposta obriga o Sistema Único de Saúde (SUS) e os planos de saúde a custear tratamentos hormonais integrais e cirurgias de redesignação sexual a todas as pessoas interessadas maiores de 18 anos, as quais não será exigido nenhum tipo de diagnóstico, tratamento ou autorização judicial.

Conforme dispõe o referido projeto de lei, o exercício do direito à identidade de gênero pode envolver a modificação da aparência ou da função corporal através de meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra índole, desde que isso seja livremente escolhido, e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de fala e maneirismos (SILVEIRA, 2013).

A proposta também permite a mudança do prenome para os maiores de 18 anos, sem necessidade de autorização judicial. Outrossim, consente a mudança do sexo nos documentos pessoais, com ou sem cirurgia de redesignação sexual. Os números dos documentos deverão ser mantidos, e os nomes originais serão omitidos por completo (SILVEIRA, 2013).

Tanto nos tratamentos hormonais, cirurgias e retificação do nome e gênero nos documentos, se o interessado for menor de 18 anos, o requerimento deverá ser feito pelos pais ou responsáveis legais. Se estes não concordarem, o adolescente poderá recorrer à assistência da Defensoria Pública para autorização judicial, mediante procedimento que deve levar em consideração os princípios de capacidade progressiva e o interesse superior da pessoa interessada (SILVEIRA, 2013).

A mudança do sexo não altera o direito à maternidade ou à paternidade. Também será preservado o matrimônio, se os cônjuges quiserem, sendo possível

---

<sup>1</sup> João W. Nery foi o primeiro homem trans a realizar cirurgia de transexualização no Brasil.

retificar a certidão de casamento, para constar a união homoafetiva ou vice-versa, conforme o caso (SILVEIRA, 2013).

De acordo com projeto, as pessoas trans também terão o direito de adotar nome social diferente do que figura na carteira de identidade, sem necessidade de fazer a retificação dos documentos em cartório. Esse nome terá de ser respeitado por órgãos públicos e empresas privadas (SILVEIRA, 2013).

Quanto a esse aspecto, em 2018, o Supremo Tribunal Federal, entendeu ser possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação. A decisão ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI-4275 (STF, 2018).

A ação foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) a fim de que fosse dada interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 58 da Lei 6.015/1973, que dispõe sobre os registros públicos, no sentido de ser possível a alteração de prenome e gênero no registro civil mediante averbação no registro original, independentemente de cirurgia de transgenitalização.

Todos os ministros da Corte reconheceram o direito, e a maioria entendeu que, para a alteração, não é necessária autorização judicial. Votaram nesse sentido os ministros Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e a presidente da Corte, Cármen Lúcia (STF, 2018).

## 5 A (DES)PATOLOGIZAÇÃO DA TRANSEXUALIDADE E SEUS EFEITOS MATERIAIS

Em “Os desafios da despatologização da transexualidade: reflexões sobre a assistência a transexuais no Brasil”, Daniela Murta (2011, p. 17) disserta a respeito do “surgimento” da transexualidade a partir da primeira intervenção terapêutica tornada pública de um ex-soldado da marinha americana, conforme descrito abaixo:

Embora a transexualidade faça parte da literatura psiquiátrica desde o século XIX, através de autores como Von Krafft-Ebing (1840-1902) e Magnus Hirschfeld (1868-1935), de modo geral, localiza-se o surgimento desse fenômeno fundamentalmente a partir da primeira intervenção terapêutica tornada pública que foi a cirurgia do ex-soldado do exército americano George Jorgensen realizada por Christian Hamburger, em 1952 na Dinamarca (Frignet, 2002, p.23). Esta cirurgia, que se tornou a matriz das transformações corporais demandadas por transexuais no mundo inteiro, teve um significado histórico que não se refere apenas à possibilidade de mudar médica e cirurgicamente a aparência, mas por ter dado início a uma ampla discussão em torno da identidade sexual e das categorias de gênero (Castel, 2001, p.85). Além disso, esta intervenção inaugural suscitou a problematização das consequências deste procedimento que teve um aumento expressivo de demanda e passou a ser realizado em diversos países.

No final dos anos 50, cientistas, médicos e psicólogos começaram a deslocar o foco do sexo biológico para a compreensão do sexo psicológico que, na atualidade, é definido como gênero, conforme preleciona a autora supracitada:

A noção de sexo psicológico foi introduzida pela sexologia no final do século XIX para distinguir o sexo identificado pela genitália do gênero. Amplamente empregada na literatura médica para descrição de casos de identificação com o sexo oposto e atração pelo mesmo sexo, foi formalmente conceitualizada através de pesquisas com intersexos, quando médicos confrontados com a necessidade de definir cirurgicamente o sexo de indivíduos com genitália ambígua precisaram estabelecer critérios para tal (Meyerowitz, 2002, p. 112). De acordo com Hausman (1995, p. 79), a questão central para os médicos era como, em um cenário no qual os parâmetros para a definição do sexo tinham se tornado mais complexos, intervir da forma mais eficiente para descartar qualquer ambiguidade de modo que paciente pudesse ser um verdadeiro representante do sexo a ele atribuído tanto física quanto psicologicamente. É nesse contexto que se inserem as investigações realizadas nos EUA por John Money e seus colaboradores a partir da década de 50 que, ao investigar as relações entre a identidade nuclear de um indivíduo (*core identity*), sua anatomia, sua fórmula cromossômica e seus hormônios, introduziram a noção de gênero. A partir de suas pesquisas, definiram que a experiência de pertencimento a um determinado sexo não seria orientada pela biologia, mas sim pela educação, de modo que o gênero seria fixado nos primeiros anos de vida sendo irreversível e prevalente em relação às características físicas quando alcançada a maturidade sexual. Nessa perspectiva, recomendaram que em casos de genitália ambígua em bebês e recém-nascidos o sexo deveria ser

definido primariamente com base na apresentação das características anatômicas e genéticas, e em crianças maiores e adultos o primeiro aspecto a ser considerado seria o gênero manifestado (MURTA, 2011, p.17).

Na contemporaneidade, mesmo com a evolução científica e com o crescimento das discussões relacionadas a gênero, os manuais internacionais de medicina: a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, frequentemente designada pela sigla CID e editada pela Organização Mundial da Saúde e o Manual de Diagnostico de Transtornos mentais (DSM), editado pela Associação Americana de Psiquiatria, continuam codificando a transexualidade.

Em 2018, a Organização Mundial da Saúde anunciou a nova edição da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, a denominada CID-11, na qual a transexualidade deixa de ser classificada como doença (G1, 2018).

A referida versão substitui a CID-10 que foi editada em 1990, tendo sido aplicada no Brasil desde o ano de 1993. Nessa, a transexualidade era definida como “transexualismo”, através do código F64.0 e abordada dentro de capítulo próprio denominado como, “Transtornos da Identidade Sexual”.

Na nova versão da CID, apesar da transexualidade não ser mais considerada doença mental, continua tipificada, agora como incongruência de gênero, em um novo capítulo, denominado “condições relacionada à saúde sexual”, todavia, não mais como doença, e sim como “condição” (G1, 2018).

No catálogo, a chamada "incongruência de gênero" é entendida como "incongruência acentuada e persistente entre o gênero experimentado pelo indivíduo e àquele atribuído em seu nascimento. Mero comportamento variante e preferências pessoais não são uma base para o diagnóstico" (G1, 2018).

A atualização da CID também inclui o tópico específico para "incongruência de gênero de adolescente ou adulto" que é entendida como "uma incongruência acentuada e persistente entre o sexo experimentado pelo indivíduo e o sexo atribuído", e estabelece que o "diagnóstico" não pode ser realizado antes da puberdade (G1, 2018).

Em nota oficial, a Organização Mundial da Saúde afirma que a expectativa é "reduzir o estigma e aumentar a aceitação social de indivíduos que vivem com incongruência de gênero" (G1, 2018).

Nos últimos 10 anos, especialistas ligados à OMS analisaram as informações científicas mais recentes sobre diversos temas cujos padrões poderiam ser usados por profissionais da saúde do mundo inteiro. Cada país, no entanto, precisa se adaptar à nova CID até 1º de janeiro de 2022 (G1, 2018).

A expressão pública das pessoas transexuais, atualmente interligada aos movimentos sociais, tem permitido que seja observada uma tendência despatologizante da transexualidade. Dessa mesma forma, durante a formulação da quinta versão do DSM existiram discussões sobre a possibilidade da despatologização das identidades trans, o que não ocorreu de forma definitiva; todavia, a versão mais recente do já citado manual deixou de classificá-la como transtorno de identidade de gênero, passando a adotar a terminologia "disforia de gênero".

A transexualidade, do ponto de vista médico, é entendida como um fenômeno complexo, no qual a pessoa humana se apresenta a partir da descrição de um sentimento de não pertencimento ao sexo anatômico, sem que necessariamente implique em uma negação de sua anatomia sexual; desta forma, tal negação não configura um distúrbio delirante (MURTA, 2011).

Alguns estudiosos, assim como a militância LGBTQ, entendem que a transexualidade não trata de quadro com bases orgânicas, como é o caso da intersexualidade ou outros casos de mutações endócrinas (CASTEL, 2001 *apud* MURTA, 2011).

Para a psiquiatria, está relacionada à desordem mental denominada "Transtorno de Identidade de Gênero", caracterizando-se pela certeza do indivíduo de pertencer ao sexo oposto daquele indicado por sua genitália, demonstrando o desejo de viver como membro desse sexo com o qual se identifica e, em geral, alterar sua aparência corporal, incluindo os órgãos genitais (LOBATO, 2001 *apud* MURTA, 2011).

Em 1990, a Organização Mundial de Saúde editou a CID-10 e incluiu a transexualidade no capítulo relacionado às doenças mentais.

O DSM-5 é um dos textos mais importantes na defesa de uma base biológica para as múltiplas identidades de gênero, buscando orientar os psiquiatras, e, de modo geral, os profissionais da saúde, que têm o condão de produzir pareceres sobre as demandas das pessoas transgênero e travestis tanto para a realização das cirurgias de transgenitalização, quanto em processos jurídicos de mudança dos documentos (BENTO, 2017).

O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, produzido pela *American Psychiatric Association* (APA), em tradução livre, Sociedade Americana de Psiquiatria, na sua quinta versão, traz o seguinte conceito para a transexualidade:

Transexual indica um indivíduo que busca ou que passa por uma transição social de masculino para feminino ou de feminino para masculino e que, em muitos casos (mas não em todos), envolve também uma transição somática por tratamento hormonal e cirurgia genital (cirurgia de redesignação sexual) (APA, 2013).

Ademais, o referido manual preceitua que um indivíduo com disforia de gênero apresenta discrepâncias entre o gênero de nascimento e o experimentado, devendo haver evidências de sofrimentos, apresentando, ainda, as principais características diagnósticas expostas a seguir:

Indivíduos com disforia de gênero apresentam incongruências acentuadas entre o gênero que lhes foi designado (em geral ao nascimento, conhecido como gênero de nascimento) e o gênero experimentado/expresso. Essa discrepância é o componente central do diagnóstico. Deve haver também evidências de sofrimento causado por essa incongruência. O gênero experimentado pode incluir identidades de gêneros alternativas além dos estereótipos binários. Em consequência, o sofrimento não se limita ao desejo de simplesmente pertencer ao outro gênero, podendo incluir também o desejo de ser de um gênero alternativo, desde que diferente do designado. A disforia de gênero manifesta-se de formas diferentes em grupos etários distintos. Meninas pré-puberais com disforia de gênero podem expressar o desejo de serem meninos, afirmar que são meninos ou declarar que serão homens quando crescerem. Preferem usar roupas e cortes de cabelo de meninos, com frequência são percebidas como meninos por estranhos e podem pedir para serem chamadas por um nome de menino. Geralmente apresentam reações negativas intensas às tentativas dos pais de fazê-las usar vestidos ou outros trajes femininos. Algumas podem se recusar a participar de eventos escolares ou sociais que exigem o uso de roupas femininas. Essas meninas podem demonstrar identificação transgênero acentuada em brincadeiras, sonhos e fantasias. Com frequência, sua preferência é por esportes de contato, brincadeiras agressivas e competitivas, jogos tradicionalmente masculinos e ter meninos como pares. Elas demonstram pouco interesse por brinquedos (p. ex., bonecas) ou atividades (p. ex., usar vestidos ou

desempenhar papéis femininos em brincadeiras) tipicamente femininos. Às vezes, recusam-se a urinar na posição sentada. Algumas meninas podem expressar o desejo de ter um pênis, afirmar ter um pênis ou que terão um pênis quando forem mais velhas. Também podem afirmar que não querem desenvolver seios ou menstruar. Meninos pré-puberais com disforia de gênero podem expressar o desejo ou afirmar que são meninas ou que serão meninas quando crescerem. Preferem usar trajes de meninas ou de mulheres ou podem improvisar roupas com qualquer material disponível (p. ex., usar toalhas, aventais e xales como cabelos longos ou como saias). Essas crianças podem desempenhar papéis femininos em brincadeiras (p. ex., brincar de “mãe”) e com frequência se interessam intensamente por bonecas. Na maioria das vezes, preferem atividades, jogos estereotípicos e passatempos tradicionalmente femininos (p. ex., “brincar de casinha”, desenhar quadros femininos, assistir a programas de televisão ou vídeos com personagens femininos favoritos). Bonecas estereotípicas femininas (p. ex., Barbie) geralmente são os brinquedos favoritos, e as meninas são as companheiras de brincadeira preferidas. Eles evitam brincadeiras agressivas e os esportes competitivos e demonstram pouco interesse por brinquedos estereotipicamente masculinos (p. ex., carrinhos, caminhões). Alguns fingem que não têm pênis e insistem em urinar sentados. Mais raramente, podem dizer que sentem repulsa pelo pênis ou pelos testículos, que gostariam que eles fossem removidos ou que têm, ou gostariam de ter, uma vagina. Em adolescentes jovens com disforia de gênero, as características clínicas podem se assemelhar às de crianças ou de adultos com a mesma condição, dependendo do nível de desenvolvimento. Como as características sexuais secundárias de adolescentes jovens ainda não estão totalmente desenvolvidas, esses indivíduos podem não manifestar nenhum sentimento de repulsa em relação a elas, mas se preocupam com as mudanças físicas iminentes. Em adultos com disforia de gênero, a discrepância entre a experiência de gênero e as características físicas sexuais é frequentemente, mas nem sempre, acompanhada por um desejo de livrar-se das características sexuais primárias e/ou secundárias e/ou por um forte desejo de adquirir algumas características sexuais primárias e/ou secundárias do outro gênero. Em maior ou menor grau, adultos com disforia de gênero podem adotar o comportamento, as vestimentas e os maneirismos do gênero experimentado. Sentem-se desconfortáveis com o fato de serem considerados pelos outros ou de funcionar na sociedade como membros do seu gênero designado. Alguns adultos podem sentir desejo intenso de pertencer a um gênero diferente e de ser tratados como tal e podem ter a convicção interior de sentirem e reagirem como o gênero experimentado sem procurar tratamento médico para alterar as características corporais. Eles podem encontrar outras maneiras de solucionar a incongruência entre o gênero experimentado/expresso e o gênero designado, vivendo parcialmente o papel desejado ou adotando um papel de gênero que não seja convencionalmente masculino nem convencionalmente feminino (APA, 2013).

No Brasil, a assistência terapêutica de travestis e transexuais é pautada em modelo patologizante, cujo caráter corretivo, normalizador e restritivo limita a autonomia das pessoas trans. Nessa linha intelectual, dispõe Murta:

Este é o caso da regulamentação da assistência a pessoas trans no Brasil, que baseada em um modelo psiquiatrizado e corretivo da atenção, tem um caráter normalizador e restritivo que limita a autonomia e o acesso ao cuidado de pessoas que se definem como trans. Notadamente baseada na noção de que variações de gênero são anormalidades e que a intervenção médica

sobre os corpos deve objetivar a adequação, a regulamentação dos procedimentos de modificação corporal do sexo denota estar atrelada a concepções normativas do sistema sexo-gênero e, nesse sentido, torna-se necessário problematizar os critérios que condicionam o acesso às tecnologias de modificação corporal bem como seus referenciais (MURTA; CORRÊA, 2015, p. 02).

Apesar do auxílio terapêutico de travestis e transexuais constituir benefício para este grupo populacional, paradoxalmente, essa assistência médica é pautada nas normas de gênero como referência para fixação dos requisitos de acesso aos procedimentos de modificação corporal, conforme salienta a aludida autora:

Assim, considerando o paradoxo de que, ao mesmo tempo em que a assistência a pessoas trans se constituiu como um benefício a esta população, o seu modelo patologizado e corretivo restringe o direito à atenção médica e o exercício da autonomia, pretende-se aqui discutir o que está em jogo na disponibilização das tecnologias de modificação corporal do sexo para travestis e transexuais. A partir da hipótese de que as normas de gênero servem como referência para a definição das condições de acesso aos procedimentos de modificação corporal do sexo para este segmento pretende-se analisar os parâmetros para regulamentação dos processos de cuidado a pessoas trans no Brasil bem como o problematizar o modelo atual de atenção discutindo os dilemas bioéticos que se colocam a partir da medicalização e normatização destas experiências (MURTA; CORRÊA, 2015, p. 02).

A Carta Magna da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, em seu artigo 6º, *caput*, assegura a saúde como direito social e fundamental, uma vez que integra o rol de artigos que tratam das garantias e direitos fundamentais. Levando-se em conta, ainda, a importância do artigo 196, *caput*, da Constituição Federal, que confere ao Estado o dever de garantir a saúde a todos, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção proteção e recuperação desta.

O direito à saúde está amplamente interligado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em virtude dos direitos fundamentais serem normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade.

### **5.1 Resoluções e Portarias nacionais**

Em 2010, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução no 1.955/10, revogando a Resolução nº 1.652/02, passando a permitir, independentemente de autorização judicial, a realização de cirurgias de transgenitalização, em casos de transexualidade.

Para ter acesso à aludida cirurgia, é necessário ser maior de 21 anos, não podendo possuir características físicas inapropriadas para a cirurgia, ter diagnóstico médico atestando a condição de transexualidade, além de submissão ao protocolo transexualizador.

O referido protocolo consiste em processo terapêutico acompanhado por equipe multidisciplinar composta por: psicólogo, psiquiatra, assistente social, endocrinologista e cirurgião. O paciente deve ser maior de 21 anos, não pode possuir características físicas inapropriadas para a cirurgia, necessitando, ainda, de diagnóstico médico de “transexualismo” (sic).

Se a cirurgia for de adequação de fenótipo feminino para o masculino, só poderá ser praticada em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados para a pesquisa.

Já a cirurgia para adequar o fenótipo masculino para o feminino pode ser realizada tanto nos hospitais públicos como nos privados, consoante disposto na Resolução 1995/2010 do CFM. Em nenhum dos casos o direito ao tratamento cirúrgico é condicionado à autorização judicial.

De acordo com o Ministério da Saúde (2017), o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde foi instituído por meio da Portaria nº 1.707/GM/MS, de 18 de agosto de 2008 e da Portaria nº 457/SAS/MS, de 19 de agosto de 2008. Estas portarias estavam pautadas na habilitação de serviços em hospitais universitários e na realização de procedimentos hospitalares referentes às demandas relacionadas a saúde das mulheres transexuais, homens transexuais e de travestis.

Marilena Correa e Daniela Murta expõem os motivos da criação das Portarias 1.707/GM e 457 da Secretaria de Assistência de Saúde, responsáveis por definir diretrizes de assistência à saúde de travestis e transexuais:

Considerando a necessidade de implementação de uma política de atenção integral voltada especificamente para pessoas trans no Brasil e da definição de diretrizes de assistência a este segmento comprometidas com o que foi preconizado pelos fóruns de debate sobre o tema, em 2008, o Ministério da Saúde formalizou e regulamentou o Processo Transexualizador no SUS7 através da Portaria 1.707/GM e pela Portaria 457 da Secretaria de Assistência de Saúde, respectivamente. Reconhecendo a orientação sexual e a identidade de gênero como determinantes sociais da situação de saúde, esta normativa propôs a constituição de serviços de referência habilitados a

prestar atenção integral e humanizada a transexuais não se restringindo à cirurgia de transgenitalização (MURTA; CORRÊA, 2015, p.06).

Considerando a grande demanda dos Movimentos Sociais LGBTQ pela ampliação do atendimento especializado às pessoas transexuais e travestis e pelo acolhimento sem discriminação, tanto na atenção básica quanto na especializada, em 30 de julho de 2013 foi publicada a Portaria nº 859 com o objetivo de revisar a “lógica do cuidado” por meio da estruturação de uma linha de atuação organizando a atenção à saúde desde a básica à especializada, sendo esta última focada não somente no procedimento cirúrgico e hospitalar, mas também na estruturação e ampliação dos serviços de atenção ambulatorial (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2017)

No entanto, tendo em vista a necessidade de definição de protocolos clínicos de atendimento no âmbito do processo transexualizador, foi publicada a Portaria nº 1.579, de 31 de julho de 2013, que suspendeu os efeitos da Portaria SAS nº 859 até que fossem definidos os referidos protocolos.

Em 19 novembro de 2013 foi publicada a Portaria nº 2.803 que redefiniu e ampliou o Processo Transexualizador no SUS (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2017).

O objetivo é atender as pessoas que sofrem com a incompatibilidade de gênero, quando não há reconhecimento do próprio corpo em relação à identidade de gênero (masculino ou feminino). A condição transexual é causa de intenso sofrimento daquelas/es que não se reconhecem pertencentes ao gênero designados no nascimento. Esta situação leva a diversos distúrbios de ordem psicológica acompanhados de tendências à automutilação e ao suicídio (ARÁN 2009 *apud* MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2017).

A implementação do Processo Transexualizador no SUS, que regulamenta os procedimentos para a readequação sexual, se insere no contexto da Política Nacional de Saúde Integral LGBT e o desafio subsequente é a garantia do acesso a todas as pessoas que necessitam desta forma de cuidado.

## 5.2 Estudo de caso sobre a cirurgia de transgenitalização

George Marmelstein (2011), autor da obra: Curso de Direitos Fundamentais, analisa o direito à cirurgia de transgenitalização no Brasil.

Após décadas de discussão a respeito da legalização e regulamentação da cirurgia de transgenitalização no Brasil, o Ministério Público do Rio Grande do Sul ingressou com uma Ação Civil Pública que tinha como objetivo declarar a obrigação do Sistema Único de Saúde de incluir na sua tabela de procedimentos médicos a cirurgia de transgenitalização, de modo a permitir que as pessoas transexuais pudessem realizar, gratuitamente, a cirurgia de mudança do genital (MARMENLSTEIN, 2011). O caso gerou grande discussão, analisando-se, a seguir, os argumentos favoráveis e contrários.

O direito fundamental de liberdade tem relação direta com os direitos ao livre desenvolvimento da personalidade, da privacidade, concebendo os indivíduos como sujeitos de direito em vez de objetos de regulação alheia, protegendo a sexualidade e identidade de gênero como esfera da vida individual, livre da interferência de terceiros, afastando imposições indevidas sobre os indivíduos, independente de sua orientação sexual e identidade de gênero (MARMENLSTEIN, 2011).

A proibição constitucional prevista no artigo 3º, III, da CRFB/88, de discriminação por motivo de sexo, deve proteger todas as pessoas a partir do momento que a orientação sexual ou identidade de gênero seja decisiva para a imposição de tratamentos desfavoráveis. A referida vedação compreende, além da proteção contra tratamentos discriminatórios fundados na distinção biológica entre homens e mulheres, proteção diante de tratamentos desfavoráveis decorrentes do gênero, relativos ao papel social, à imagem e às percepções culturais referentes à masculinidade e à feminilidade (MARMENLSTEIN, 2011).

O princípio da igualdade impõe a adoção de mesmo tratamento aos destinatários das medidas estatais, exceto nos casos que existam motivos relevantes para a diversidade de tratamento, recaindo o ônus argumentativo sobre o cabimento da diferenciação (MARMENLSTEIN, 2011).

Marmelstein afirma não existir justificativa para o tratamento desfavorável de transexuais quanto ao custeio pelo SUS das cirurgias de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, visto que se tratam de prestações de saúde adequadas e necessárias para o tratamento médico dessas pessoas (MARMENLSTEIN, 2011).

Nesse mesmo sentido, a exclusão das cirurgias de transgenitalização da lista de procedimentos médicos custeados pelo SUS, em desfavor de transexuais, configura discriminação proibida constitucionalmente, além de ofender os direitos fundamentais da liberdade, do livre desenvolvimento da personalidade, da privacidade, da proteção à dignidade humana e da saúde (MARMENLSTEIN, 2011).

O direito à saúde é fundamental, dotado de eficácia e aplicabilidade imediata, apto a produzir direitos e deveres nas relações dos poderes públicos entre si e diante dos cidadãos, devendo restar superada a noção de norma meramente programática, sob pena de esvaziamento do caráter normativo da Constituição (MARMENLSTEIN, 2011).

A norma de direito fundamental que consagra a proteção à dignidade humana requer a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, em vez de meio para a realização de fins e de valores externos e impostos por terceiros; desta forma, são inconstitucionais as visões de mundo heterônomas, que imponham limites às pessoas transexuais, além de restrições indevidas, com repercussão no acesso a procedimentos médicos (MARMENLSTEIN, 2011).

O oferecimento das cirurgias de transgenitalização pelo SUS configura proteção ao direito fundamental à saúde, devendo a atuação judicial eliminar toda e qualquer forma de discriminação indevida que impeça o acesso igualitário ao serviço público (MARMENLSTEIN, 2011).

Grande parte dos argumentos contra a realização das cirurgias de transgenitalização pelo SUS diz respeito à escassez orçamentária e incapacidade financeira. Em razão disso, verifica-se uma crise permanente no SUS, vez que muitas crianças e adultos necessitam dos serviços médicos, seja para tratamento ou medicina especializada, porém não os recebem (MARMENLSTEIN, 2011).

Constata-se que a precariedade do SUS impede-o de atender ao mínimo existencial, qual seja, assegurar a vida e a saúde garantidos pela Constituição Federal; logo, para aqueles que defendem que esta cirurgia não está compreendida na noção de mínimo existencial, não haveria direito fundamental à intervenção cirúrgica da transgenitalização (MARMENLSTEIN, 2011).

Desta forma, verifica-se que o tema é controverso, motivo pelo qual diversas vezes o Poder Judiciário é acionado para dirimir conflitos envolvendo direitos, por muitos considerados como intrínsecos ao homem, tendo em vista a falta de lei específica tratando do tema.

## 6 CONCLUSÃO

Com a finalização da presente pesquisa, foi possível chegar ao resultado da problemática inicial, conforme apresentar-se-á a seguir.

Tendo em vista que a Carta Magna da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, em seu artigo 6º, *caput*, assegura a saúde como direito social e fundamental, uma vez que integra o rol de dispositivos que tratam das garantias e direitos fundamentais. Levando-se em conta, ainda, a importância do artigo 196, *caput*, da Constituição Federal, que confere ao Estado o dever de garantir a saúde a todos, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação desta.

A Organização Mundial da Saúde, em 1948, elaborou o conceito de saúde, definindo-a como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”.

Destarte, caso a transexualidade deixe de ser patologizada em todos os âmbitos e aspectos, o Estado Brasileiro, através do Sistema Único de Saúde, deverá continuar fornecendo os tratamentos assegurados pelo protocolo transexualizador, sejam eles terapêuticos, hormonais ou cirúrgicos, tendo em vista o conceito de saúde criado pela OMS e adotado pelo Conselho Federal de Medicina.

Avançando na análise dos dados coletados, percebe-se que, para a concretização do acesso de travestis e transexuais à saúde integral, é necessário que se criem políticas públicas para a maior conscientização da população no que se refere à transexualidade, uma vez que a falta de informação, a discriminação e o preconceito são motivos de sofrimento psíquico, desencadeando enfermidades como Síndrome do Pânico, Depressão e Transtorno de Ansiedade Generalizada, por exemplo.

O Poder Público tampouco poderá beneficiar-se da cláusula da reserva do possível para inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas pela Constituição da República.

Em se tratando da controvérsia sobre a legalidade e legitimidade do protocolo transexualizador, conclui-se que a elaboração e implementação deste foi necessária para assegurar a assistência médica e psicológica das/os transgêneros.

Apesar da Portaria 2803/GM/MS, de 19 de novembro de 2013 ter redefinido o processo transexualizador no Sistema Único de Saúde, não foi possível encontrar dados que atestam a sua efetividade.

A despeito do número de hospitais que oferecem as cirurgias pelo SUS terem aumentado de quatro para cinco após a implementação da portaria supracitada, tal montante ainda é ineficaz, levando-se em conta as extensões continentais do Brasil.

Desta forma, levando em consideração que apenas cinco unidades de saúde realizam os procedimentos cirúrgicos em um país de dimensões acentuadas, com duzentos milhões de habitantes, é patente a precariedade do serviço prestado, concluindo-se que a o direito à saúde das travestis e transexuais não está sendo efetivado em sua integralidade, ainda que não se possa alegar a reserva do possível quando se trata de direitos fundamentais.

Quanto ao artigo 13, *caput*, do Código Civil, este 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”.

É importante salientar que a expressão “contrariar os bons costumes” deve ser interpretada a partir de uma análise histórica, tendo em vista que a definição de “bons costumes” há 50 anos não chega perto da sua concepção atual.

Contemporaneamente, não há que se falar em violação dos bons costumes quando se trata das cirurgias de transgenitalização. Proibir o acesso a elas baseando-se em conceitos construídos socialmente do que seriam bons costumes seria uma violação expressa à Dignidade da Pessoa Humana e ao direito de se autodeterminar.

Por último, compreendeu-se que a identidade de gênero é um dos direitos da personalidade, uma vez que estes são conceituados como inerentes à personalidade humana, derivados do direito natural e da noção de dignidade do homem, sendo, ainda, de caráter absoluto, oponíveis *erga omnes*.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Gabriel Barreto. **Transexualidade e Direito Fundamentais: o direito à identidade de gênero.** 2013. 33f. Monografia (Graduação). –Universidade Estadual da Paraíba, 2013. Disponível em: <dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/5905/1/PDF%20%20Gabriela%20Barreto%20Alves.pdf>. Acessado em: 24/02/2019.

AMARAL, Daniela Murta. **Os desafios da despatologização da transexualidade: reflexões sobre a assistência a transexuais no Brasil.** Disponível em: <www.academia.edu/2530081/Os\_desafios\_da\_despatologização\_da\_transexualidade\_reflexões\_sobre\_a\_assistência\_a\_transexuais\_no\_Brasil>. Acessado em: 24/02/2019.

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. **Manual Diagnóstico de Transtornos Mentais.** 5. Ed. Disponível em: <http://www.tdahmente.com/wp-content/uploads/2018/08/Manual-Diagn%C3%B3stico-e-Estat%C3%ADstico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5.pdf>. Acessado em: 15/03/2019.

ARPINI, Naiara. **Psicóloga explica diferença entre identidade de gênero e orientação sexual.** Disponível em: <https://g1.globo.com/espirito-santo/noticia/psicologa-explica-diferenca-entre-identidade-de-genero-e-orientacao-sexual.ghtml>. Acessado em: 24/02/2019.

BBC. **Uruguai aprova lei que permite mudar de gênero em identidade.** In BBC. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/10/091012\_uruguai\_gay\_rc>. Acessado em: 24/02/2019.

CARVALHO, Marília Pinto. **O conceito de gênero: uma leitura com bases nos trabalhos do GT Sociologia da Educação da ANPEd (1999-2009).** Disponível em: <https://bdpi.usp.br/bitstream/handle/BDPI/6399/art\_CARVALHO\_O\_conceito\_de\_ge

nero\_uma\_leitura\_com\_2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em: 24/02/2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1.955/10**. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm)>. Acessado em: 24/02/2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1652/02**. Disponível em: <[https://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao\\_impressao.php?id=3114](https://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=3114)>. Acessado em: 24/02/2019.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Despatologização das identidades trans e travestis**. Disponível em: <<https://despatologizacao.cfp.org.br/sobre/>>. Acessado em: 24/02/2019.

DANTAS, Nathalia Martins. **Transexualidade e as implicações jurídicas decorrentes do reconhecimento do direito à identidade sexual**. Disponível em: <<http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Nathalia%20Martins%20Dantas.pdf>>. Acessado: 24/02/2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ. **A despatologização da transexualidade**. Disponível em: <<http://www.defensoriapublica.pr.def.br/2018/07/1071/A-despatologizacao-da-transexualidade.html>>. Acessado em: 24/02/2019.

EL PAÍS. **OMS retira a transexualidade da lista de doenças mentais**. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/18/internacional/1529346704\\_000097.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/18/internacional/1529346704_000097.html)>. Acessado: 24/02/2019.

GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo. **Nietzsche e o feminino**. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1517-24302002000100001](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-24302002000100001)>. Acessado em: 24/02/2019.

GLOBO. **Congresso da Argentina aprova lei de identidade de gênero.** Disponível em: < <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/05/congresso-da-argentina-aprova-lei-de-identidade-de-genero.html>>. Acessado em: 24/02/2019.

GUARANHA, Camila. **O desafio da equidade e da integralidade: Travestilidades e Transexualidades no Sistema Único de Saúde.** Disponível em:<<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/115052/000956446.pdf?sequence=1>>. Acessado em:24/02/2019.

HAMEDANI, Ali. **Gays sofrem pressão para mudar de sexo e escapar da pena de morte no Irã: BBC** Disponível em: <[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141105\\_ira\\_gays\\_hb](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141105_ira_gays_hb)>. Acessado em: 24/02/2019.

ILGA. **A lei de identidade de gênero.** Disponível em :< [http://ilga-portugal.pt/ficheiros/pdfs/Folheto\\_Lei\\_Identidade\\_Gen.pdf](http://ilga-portugal.pt/ficheiros/pdfs/Folheto_Lei_Identidade_Gen.pdf)>. Acessado em: 24/02/2019.

JESUS, Jaqueline Gomes. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termo.** Disponível em: <<http://www.diversidadessexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/GÊNERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>>. Acessado em: 24/02/2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Atlas, 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 2.836.** Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2836\\_01\\_12\\_2011.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2836_01_12_2011.html)>. Acessado em: 24/02/2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Processo Transexualizador no SUS.** Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/atencao-especializada-e-hospitalar/especialidades/processo-transexualizador-no-sus>>. Acessado em: 24/02/2019.

MORAES, Maria Celina Bodin; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros. **A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo.** Disponível em: <file:///C:/Users/rodri/Documents/TCC/A%20autonomia%20existencial%20nos%20atos%20de%20disposi%C3%A7%C3%A3o%20do%20pr%C3%B3prio%20corpo.pdf>. Acessado em: 30/03/2019.

OLIVEIRA, Evaldo Rosa. **A existência precede a essência: a condição humana em Sartre.** Disponível em: < http://pensamentoextemporaneo.com.br/ ?p=634>. Acessado em: 24/02/2019.

PORTUGAL. **Decreto n.º 228/XIII. Direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa.** Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c755a47566a636d563062334d7657456c4a5353396b5a574d794d6a677457456c4a5353356b62324d3d&fich=dec228XIII.doc&Inline=true>. Acessado em: 24/02/2019.

PORTUGAL. **Aprovada a nova Lei da Identidade de Género.** Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc21/comunicacao/comunicado?i=aprovada-a-nova-lei-da-identidade-de-genero>. Acessado: 24/02/2019.

PRESSE, France. **Transexualismo é retirado de lista de doenças mentais na França.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/equilibrio/noticias/ult263u693920.shtml>. Acessado em: 24/02/2019.

RAMALHO, Renan. **Relator no STF vota a favor do uso de banheiro feminino por transexual: GLOBO.** Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/11/relator-no-stf-vota-favor-do-uso-de-banheiro-feminino-por-transexual.html>. Acessado em: 24/02/2019.

ROSENVALD, Nelson; FARIA, Cristiano Chaves. **Direito Civil – Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN. SUBSECRETARÍA DE PROMOCIÓN DE DERECHOS HUMANOS ESPACIO MEMORIA Y DERECHOS HUMANOS. **Guía de derechos para personas Trans**: SDH Disponível em: <[http://www.jus.gob.ar/media/3120651/cartilla\\_trans\\_web.pdf](http://www.jus.gob.ar/media/3120651/cartilla_trans_web.pdf)>. Acessado em: 24/02/2019.

SOUZA, Bruno Barbosa; MEGLHIORATTI, Fernanda Aparecida. **Uma reflexão a respeito dos conceitos de sexo biológico, identidade de gênero e identidade afetivo-sexual**. 2017. Disponível em: <<http://www.sies.uem.br/trabalhos/2017/3178.pdf>>. Acessado em: 01/05/2019.

STF. **Estrangeiros na Argentina podem trocar gênero na identidade**. Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalNoticias&idConteudo=230872>>. Acessado: 24/02/2019.

STF. **STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>>. Acessado em: 24/02/2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.