

TRANSEXUALIDADE, SEU CONCEITO JURÍDICO E AMPARO CONSTITUCIONAL À CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO

Autor: Gabriela Schneider Darolt; Orientador: Msc. Taís Vandresen.

UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí; gabriela.darolt@gmail.com

Resumo do artigo: O presente trabalho objetiva delimitar o conceito de transexualidade utilizado pelo ordenamento jurídico, além de demonstrar algumas garantias constitucionais para a realização da cirurgia de transgenitalização na seara do direito contemporâneo. Para alcançar este fim, fez-se uma análise histórica, conceitual e principiológica do indivíduo transexual, abordando a posição médica da transexualidade como patologia, bem como a psicológica, a favor da despatologização da transexualidade. Quanto à Metodologia empregada, foi utilizado o Método Indutivo na Fase de Investigação, o Método Cartesiano na Fase de Tratamento de Dados e conforme a base lógica indutiva Relatório dos Resultados foi composto. Conjuntamente, foram utilizadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica nas múltiplas fases da pesquisa. Por fim, a pesquisa resulta na demonstração dos diferentes veios de conceituação para a transexualidade, apontando o veio majoritário – e utilizado pelo meio jurídico – de conceituação médica, na qual a transexualidade é uma patologia. Além de discorrer sobre alguns princípios, direitos e garantias que amparam a realização da cirurgia de transgenitalização.

Palavras-chave: Transexualidade; Cirurgia de Transgenitalização; Princípios Constitucionais.

INTRODUÇÃO

O seu objetivo é delimitar o conceito de transexualidade utilizado pelo ordenamento jurídico, além de demonstrar algumas garantias constitucionais para a realização da cirurgia de transgenitalização na seara do direito contemporâneo. Para tanto, principiar-se-á a abordar apresentação histórica da transexualidade, seguido pela sua diferenciação de outras condições que podem vir a se confundir com a transexualidade, o conceito de transexualidade, para o âmbito médico, psicológico e jurídico, a atual conceituação deste como patologia, além dos princípios e direitos constitucionais que amparam o indivíduo transexual e a realização da cirurgia de transgenitalização.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação¹ foi utilizado o Método Indutivo², na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano³, e, o Relatório dos Resultados expresso no presente artigo é composto na base lógica indutiva.

¹ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 87.

² “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 91.

³ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia**

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁴, da Categoria⁵, do Conceito Operacional⁶ e da Pesquisa Bibliográfica⁷.

1. TRANSEXUALIDADE E O DIREITO BRASILEIRO

1.1. TRANSEXUALIDADE NA HISTÓRIA

A transexualidade vem se mostrando presente nas civilizações desde a antiguidade, sendo um de seus primeiros registros datados da época da Grécia antiga. Sua trajetória acompanha a evolução da história humana até o presente momento, passando pela Roma antiga, renascença francesa, tribos nativas da América do Norte e do Sul, mediterrâneo antigo, no continente asiático, Oceania e África⁸.

Apesar da existência da transexualidade em diversas culturas, em diferentes partes do mundo e em épocas históricas diferentes, sua análise clínica por uma área da medicina demandou tempo. Este panorama se dá apenas depois da Segunda Guerra Mundial, após inúmeros avanços em cirurgias reconstrutivas e referentes ao hermafroditismo.⁹

1.2. CONCEITO E POSICIONAMENTO DA TRANSEXUALIDADE PARA DIFERENTES ÁREAS DE ESTUDO

Harry Benjamin publicou um artigo em 1952 que introduziu a transexualidade no campo médico.¹⁰ Sendo que, para ele,¹¹ a transexualidade é um fenômeno

jurídica. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁴ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** p. 58.

⁵ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** p. 27.

⁶ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** p. 39.

⁷ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** p. 215.

⁸ GREEN, Richard. *Transsexualism: Mythological, Historical and Cross-Cultural Aspects.* In BENJAMIN, Harry. **Transsexual Phenomenon.** Symposium Publishing, Düsseldorf, 1999. (Edição original: 1966). Disponível em: <<http://www.mut23.de/texte/Harry%20Benjamin%20-%20The%20Transsexual%20Phenomenon.pdf>>. Acesso em: 17 de outubro de 2016. p. 97 - 102.

⁹ DIAS, Maria Berenice; ZENEVICH, Letícia. Um histórico da patologização da transexualidade e uma conclusão evidente: a diversidade é saudável. **Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito.** Centro de Ciências Jurídicas - Universidade Federal da Paraíba Nº 02, Seção 01, p.11-23 - 2º Semestre de 2014. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/ged/article/view/20049/11794>>. Acesso em: 27 de setembro de 2016. pp. 11 - 12.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice; ZENEVICH, Letícia. Um histórico da patologização da transexualidade e uma conclusão evidente: a diversidade é saudável. **Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito.** pp. 12 - 13.

¹¹ BENJAMIN, Harry. *The Transsexual Phenomenon.* 1999. Apud DO COUTO, Júlia Cristina Guerra de Carvalho. **Transexualidade: Passado, Presente e Futuro.** Dissertação (Mestrado em Medicina Legal) – Instituto de Ciências Biomédicas de Abel Salazar da Universidade do Porto. 2013. p. 29.

exclusivo dos homens, sendo a transexualidade feminina um fenômeno totalmente diferente, com outro desenvolvimento e outra frequência de aparecimento na multidão.

No entanto, este conceito de Harry Benjamin fora sucedido por novas explicações sobre a transexualidade e, para alcançar a definição atual, antes, é necessário delimitá-la para que consiga ser feita a diferenciação de alguns conceitos, como os de gênero, sexo, papel de gênero, identidade de gênero, sexualidade, homossexualidade, travestismo e hermafroditismo. Destarte, o conceito de transexualidade adotado é o proveniente dos estudos e compilações de Do Couto¹²:

[...] aqui deparamo-nos com uma inexistência de consenso universal acerca do que define a transexualidade. Terá sido Harry Benjamin que, em 1953, descreveria a transexualidade como “a plena convicção por parte de um indivíduo de determinado sexo de pertencer ao sexo oposto, e o comportamento visando realizar essa convicção” (Benjamin, 1999). No entanto, atualmente, o transexual é aquela pessoa que apresenta um distúrbio de identidade de gênero, constante e persistente, que evolui na busca da mudança permanente do sexo anatómico, passando pelo vestir-se e comportar-se de acordo com o outro gênero, dando sequência a um tratamento hormonal e culminando numa cirurgia de redesignação sexual. Temos assim homens transsexuais (mulher para homem, ou FtM, do inglês Female-to-Male) e mulheres transexuais (homem para mulher, ou MtF, do inglês Male-to-Female) (Ilga, 2008). Este fenômeno é independente da orientação sexual do sujeito, podendo o transexual ser heterossexual, homossexual ou até bissexual.

Outrossim, pode-se dizer que a transexualidade é uma característica de um indivíduo que não possui harmonia entre seu sexo biológico e seu gênero – ou sexo psicológico – e repudia seu corpo pois este apresenta apenas características biológicas, assim, não representando a realidade da psique do transexual.

Tendo em vista a evolução do conceito de transexualidade para a área médica, como presente no DSM-5¹³, esta é considerada uma patologia denominada no livro como disforia de gênero, abaixo estão transcritas as definições de transexual e disforia de gênero:

Transexual indica um indivíduo que busca ou que passa por uma transição social de masculino para feminino ou de feminino para masculino, o que, em muitos casos (mas não em todos), envolve também uma transição somática por tratamento hormonal e cirurgia genital (cirurgia de redesignação sexual). Disforia de gênero refere-se ao sofrimento que pode acompanhar a incongruência entre o gênero experimentado ou expresso e o gênero designado de uma pessoa. Embora essa incongruência não cause desconforto em todos os indivíduos, muitos acabam sofrendo se as intervenções físicas desejadas por meio de

¹² DO COUTO, Júlia Cristina Guerra de Carvalho. **Transexualidade**. p.23.

¹³ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**. pp. 451 - 452.

hormônios e/ou de cirurgia não estão disponíveis. O termo atual é mais descritivo do que o termo anterior transtorno de identidade de gênero, do DSM-IV, e foca a disforia como um problema clínico, e não como identidade por si própria.

Logo, para o CID-10¹⁴, a transexualidade também é considerada uma doença, recebendo o nome de “transexualismo” e sendo classificada na posição F64.0 da lista de classificação internacional de doenças e problemas relacionados à saúde.

O Conselho Federal de Medicina¹⁵ (CFM), em sua resolução nº 1.955/2010 traz, em suas considerações iniciais, uma compreensão de o quem se encaixaria em um perfil de transexual para que seja possível a realização da cirurgia de transgenitalização:

CONSIDERANDO ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio;

Vale ressaltar que, também, para o Conselho Federal de Medicina a transexualidade é uma patologia e que, conforme art. 3º da resolução nº 1.955/2010¹⁶ deverá obedecer os seguintes critérios:

Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
- 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- 4) Ausência de outros transtornos mentais.(Onde se lê “Ausência de outros transtornos mentais”, leia-se “Ausência de transtornos mentais”)

No entanto, conforme nota técnica do Conselho Federal de Psicologia¹⁷, na esfera de estudos psicológicos a transexualidade não é considerada patologia, dando um significado diverso a este conceito do que o usado pela medicina.

Por fim, o universo jurídico busca a compreensão do que é transexualidade em matérias interdisciplinares, como medicina e psicologia, e a partir de tais noções é possível verificar consequências para o direito brasileiro, como a possibilidade de mudança do registro civil,

¹⁴ CENTRO COLABORADOR DA OMS PARA A CLASSIFICAÇÃO DE DOENÇAS EM PORTUGUÊS – CBCD. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde**: CID-10. Décima rev., Vol. I, Versão 2008. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm>>. Acesso em: 13 de outubro de 2016.

¹⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.955/2010**.

¹⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.955/2010**. Art. 3º.

¹⁷ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Nota técnica sobre processo trans exualizador e demais formas de assistência às pessoas trans**. 2013. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Nota-técnica-processo-Trans.pdf>>. Acesso em: 13 de outubro de 2016. p. 02.

tanto o nome quanto, em alguns casos, o sexo. O ordenamento jurídico pátrio atual ainda adota a vertente da patologização da transexualidade, segundo o que se encontra disposto nos principais guias da área médica, como CID-10¹⁸, DSM-5¹⁹, e resoluções do Conselho Federal de Medicina²⁰. Quanto a parte jurídica, segundo Levi et al²¹:

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 13, assevera 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". De acordo com a tese da patologização da transexualidade, levando-se em consideração o artigo supra, a cirurgia de redesignação sexual configura lesão de caráter permanente à integridade física do indivíduo, restando necessário, desta feita, o diagnóstico médico comprovador do distúrbio psíquico do sujeito, ou seja, a comprovação da lesão à integridade psíquica do mesmo, caracterizando este diagnóstico a "exigência médica" referida no artigo.

Assim, adota-se neste trabalho a posição de transexualidade como patologia, todavia não perdendo a validade de suas considerações caso demonstrada a despatologização.

1.3. PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

O princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental figurado no artigo 1º, inciso II, da CRFB/88, e reafirma a totalidade dos direitos e garantias constitucionais expressos na CRFB/88, assim, evidenciando uma inegável e fundamental ordem social e um valor constitucional supremo. Por conseguinte, isto demonstra o superior valor concedido à integridade moral do indivíduo, independentemente de fatores discriminatórios, como raça, cor, sexo, posição social ou origem²². Dias parafraseia Sarlet²³ para alcançar seu entendimento de dignidade da pessoa humana:

[...] dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Implica em um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegure a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a garantir-lhe as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

¹⁸ CENTRO COLABORADOR DA OMS PARA A CLASSIFICAÇÃO DE DOENÇAS EM PORTUGUÊS – CBCD. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde**.

¹⁹ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**. pp. 451 - 452.

²⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.955/2010**. Bem como as resoluções CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.652/2002**. e CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.482 /97**. Sendo estas últimas revogadas pela resolução mais atual.

²¹ LEVI, Elnaide Carvalho et al. A Transexualidade à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro: autonomia e patologização. **Direito Unifacs: Debate Virtual**, Salvador, v. 163, 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2920/2112>>. Acesso em: 06 de março de 2017. p. 09.

²² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 513.

²³ SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais... apud DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e Direitos LGBTI**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 128.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana traduz a repressão constitucional ao preconceito, exclusão social e intolerância de qualquer gênero, propiciando o acesso à justiça, aos que se sentirem lesados em seus direitos ou garantias, compreendendo seus efeitos desde o ventre materno até a morte do indivíduo²⁴. Neste sentido, pode-se inferir que o referido princípio visa garantir a honra e o bem-estar dos indivíduos, como, por exemplo, o brio restaurado aos indivíduos que sentem a necessidade e/ou a vontade de realizar a cirurgia de transgenitalização.

Vale ressaltar que os direitos personalíssimos, salvaguardados pelo Direito Civil brasileiro, se repousam neste princípio constitucional. Conforme Reale²⁵ [...] cada direito da personalidade corresponde a um valor fundamental [...]", e complementa Leal²⁶:

Estes direitos compreendem-se como aqueles relativos à pessoa humana, considerados inerentes à sua sobrevivência, além de se mostrarem essenciais à sua integridade, em todos os sentidos.

Deste modo, os direitos personalíssimos encontram limites oriundos do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como de outros princípios, que visam uma proteção menos restrita à integridade física, e mais ampla na totalidade do ser humano, a fim de garantir sua dignidade.

O Princípio da Isonomia carrega em si o direito fundamental à igualdade, podendo esta ser igualdade na lei ou igualdade perante a lei. A principal diferença entre estes dois tipos de igualdade é que a igualdade na lei se destina ao legislador, ele não poderá fazer qualquer discriminação na elaboração de uma lei. Já a igualdade perante a lei se destina ao poder Judiciário e Executivo, visto a lei estar vigente, a igualdade deve ser respeitada na aplicação da lei, excetuando-se desta obrigação a União e demais pessoas jurídicas de direito público aos quais pode a lei conceder privilégios impostos pelo interesse público.²⁷

Em suma, o princípio da igualdade não admite a manifestação de distinção por meio de discriminação ou privilegio e encontra-se em concordância com os artigos 3º, inciso III, 5º, caput e incisos I e XIII, 7º, incisos XXX a XXXII, 14, caput, 37, incisos I e II, 226, §5º e

²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 513.

²⁵ REALE, Miguel. **Os Direitos da Personalidade**. 2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em 23 de abril de 2017.

²⁶ LEAL, Poliane Lagner de Silveira. **Os Direitos da Personalidade na Perspectiva Constitucional**. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <<https://polianelagner.jusbrasil.com.br/artigos/111839893/os-direitos-da-personalidade-na-perspectiva-constitucional>>. Acesso em 23 de abril de 2017.

²⁷ CAPEZ, Fernando. **Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 290p. (Coleção direito simplificado). pp. 66 - 67.

227, § 6º, todos da CRFB/88²⁸. Ao refutar a segregação de parcela populacional por suas individualidades, vem também amparar a possibilidade do tratamento igualitário aos sentem ser preciso a realização cirurgias plástico-reconstrutivas para vivenciar – de forma mais confortável consigo mesmo – seu convívio social, independente do tipo, inclusive a de transgenitalização.

O direito individual à vida engloba o direito à vida, bem como os direitos à integridade física, o direito ao próprio corpo e direito às partes separadas do corpo, à integridade moral, à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem²⁹. O direito à integridade física significa que é assegurado a incolumidade do corpo do ser humano. Deste modo, o direito a integridade física engloba o direito ao próprio corpo e direito às partes separadas do corpo³⁰. Isto posto, o direito ao próprio corpo assegura, além da integridade física, a vedação de tratamentos que contrariem a dignidade da pessoa humana³¹. Já o direito às partes separadas do corpo é atinente à integridade dos órgãos do indivíduo, sendo assegurado a possibilidade de coleta, processamento e transfusão de sangue, órgãos e afins com a finalidade de pesquisa, transplante ou terapia³². Deste modo, haja vista que direito brasileiro vislumbra a transexualidade como patologia, o direito à integridade física, em um todo, aceita e alicerça a possibilidade da realização da cirurgia de transgenitalização.

O direito à integridade moral, segundo Moraes³³, compreende os direitos à intimidade, privacidade, honra e imagem, ademais, a definição de integridade moral adotada por este doutrinador é que esta consiste em um valor social e moral inerente da pessoa humana³⁴. Ora, o direito à privacidade é alusivo ao convívio social entre os indivíduos, definido por três esferas concêntricas e sobrepostas³⁵. Estas esferas, de acordo com Moraes³⁶, são:

Na esfera social, as pessoas humanas procuram satisfazer os seus interesses enquanto membros da sociedade, comportando os fatos que são suscetíveis de conhecimento por todos. Na esfera privada, as pessoas humanas procuram satisfazer os seus interesses enquanto membros de uma comunidade, compreendendo os fatos que podem ser compartilhados com um número restrito de pessoas. Na esfera individual ou íntima, as pessoas humanas procuram satisfazer os seus interesses isoladas do grupo social, resguardadas as suas particularidades, contemplando os fatos que estão subtraídos do conhecimento das outras pessoas, [...]

²⁸ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. p. 96.

²⁹ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. p. 551.

³⁰ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. p. 554.

³¹ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. pp. 554 - 555.

³² MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. pp. 555 - 556.

³³ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. p. 557.

³⁴ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. p. 557.

³⁵ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. p. 558.

³⁶ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. p. 558.

Assim sendo, o direito à privacidade, ou à vida privada, assegura o direito do indivíduo estar só, viver sua vida sem intervenção de terceiros ou do Estado no que tange sua vida pessoal, sexual, amorosa e familiar, sem ser pressionado a realizar determinados comportamentos exigidos pela sociedade³⁷. O direito à intimidade diz respeito ao modo de ser do indivíduo³⁸, assim, pertence apenas ao indivíduo a ciência de tudo a que ele se alude, excluindo o conhecimento dos demais³⁹. E o direito à honra protege um bem imaterial⁴⁰ e remete às características pessoais do indivíduo que trazem reconhecimento e apreço na vivência em sociedade⁴¹. Posto isto, devido ao caráter íntimo da decisão para a realização da cirurgia de transgenitalização, o direito a integridade moral vem salvaguardar a liberdade individual de escolhas e definição de elementos tão viscerais e particulares da vida do indivíduo, como este.

A Liberdade é mais um direito fundamental expresso na CRFB/88 em seu artigo 6º⁴², este direito pode ser delimitado, conforme Oliveira⁴³, como:

De acordo com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, “a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites apenas podem ser determinados pela lei”.

Logo, o direito a liberdade engloba, mas não se restringe à liberdade de locomoção, sendo abrangidos todos os atos que não violem o direito do próximo. Por conseguinte, direito fundamental à liberdade assegura a faculdade, mesmo que limitada pelo direito de terceiros e por lei, de realizar os atos necessários para que o transexual se sinta confortável com seu papel, sua imagem, na sociedade. Novamente, o direito de escolha sobre a realização da cirurgia de transgenitalização volta a ser assegurado, agora, pelo direito à liberdade.

O direito à segurança pode ser apontado como limitações, impedimentos e prerrogativas que objetivam asseverar o cumprimento de certo direito individual fundamental⁴⁴. A esfera da segurança engloba os direitos à segurança jurídica e à segurança das relações jurídicas⁴⁵.

³⁷ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e Direitos LGBTI**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 130.

³⁸ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. p. 557.

³⁹ FERNANDES, Milton. Direito à Intimidade. 1977. Apud MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 557.

⁴⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 573.

⁴¹ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. p. 559.

⁴² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

⁴³ OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito Constitucional**. p. 170.

⁴⁴ OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito Constitucional**. p. 171.

⁴⁵ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. p. 575.

A priori, Moraes⁴⁶ ensina que: “A segurança jurídica é derivada da estabilidade nas relações interpessoais, em face da previsibilidade da atuação dos poderes públicos suscetíveis de repercutirem na esfera jurídica dos particulares.”

Quanto ao direito à segurança jurídica, sob sua ótica subjetiva, cabe a esta salvaguardar a convicção, confiança e legítimas expectativas de indivíduos sobre a ininterrupção da ordem jurídica⁴⁷.

Por outro lado, o direito à segurança das relações jurídicas pode ser retratado como intangibilidade do direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito. Portanto, existindo previamente direito em decorrência de lei vigente ao tempo do fato, ou decisão judicial irrecorrível, ou ato jurídico já consumado na época da realização do ato, é assegurado que estes não sejam prejudicados, nem alterados, caso haja modificação posterior no âmbito jurídico⁴⁸. Assim, conforme o ordenamento jurídico pátrio atual autoriza a realização da cirurgia de transgenitalização, futuramente este direito pode ser pleiteado e discutido em vista de modificações, como a possibilidade da despatologização da transexualidade, que afetem diretamente a esfera do direito.

O artigo 6º da CRFB/88⁴⁹ dispõe que a saúde é um direito fundamental, devendo ser respeitado e provido, levando em conta a limitação orçamentária do Estado⁵⁰. De acordo com Moraes⁵¹:

O direito à saúde é implementado por políticas sociais e econômicas que visem à redução de risco de doenças e de outros agravos e acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, de acordo com a Lei nº 8.080/90, como também a Lei nº 9.313/96.

O acesso a este direito fundamental se fundamenta no princípio da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que promovem, protegem e recuperam⁵². O artigo 196 da CRFB/88⁵³ traz a seguinte redação:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido 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 sua promoção, proteção e recuperação.

⁴⁶ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. p. 575.

⁴⁷ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. p. 575.

⁴⁸ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. p. 576.

⁴⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

⁵⁰ CAPEZ, Fernando. **Direito Constitucional**. p. 95.

⁵¹ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. p. 587.

⁵² CAPEZ, Fernando. **Direito Constitucional**. p. 95.

⁵³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

No entanto, necessita-se de um conceito de saúde para que o Poder Público possa cumprir seu dever. Para tal, recorre-se à Abreu⁵⁴ que explica o conceito de saúde da Organização Mundial de Saúde:

“Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença.”

Tantas vezes citado, o conceito adotado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em 1948, longe de ser uma realidade, simboliza um compromisso, um horizonte a ser perseguido.

Desta maneira, a saúde mostra-se um direito fundamental a ser perseguido e a ser objetivado pelo Estado, demonstrando que para alcançá-lo deve-se unir o conforto físico, psíquico e social. Consequentemente, a realização da cirurgia de transgenitalização vem a se encaixar e satisfazer, com o alcance de seus resultados, o conceito de saúde para a pessoa que se submeteu a este procedimento. Assim, trazendo conforto à psique, harmonia com o corpo físico e a melhora no convívio social do transexual, visto que este alcançaria o equilíbrio, para si, de sua imagem com sua expectativa psíquica de seu papel na sociedade.

Apesar de não distinguidas dos direitos fundamentais na CRFB/88⁵⁵, as garantias são as ferramentas pelas quais os direitos fundamentais se fazem assegurados e defendidos dos descomedimentos do Estado⁵⁶ e pelas quais o Poder Público é limitado⁵⁷. As garantias são, em suma, o acesso do indivíduo à proteção de seus direitos pelo Estado e pelos meios legais cabíveis⁵⁸.

Conclusões

A transexualidade, para a seara jurídica, toma forma a partir dos moldes de caracterização médica desta condição, e, assim, seguindo a corrente majoritária atual e não adotando a nova vertente – acolhida pela psicologia – da despatologização da transexualidade.

Ademias, tendo em vista o alicerce principiológico e de direitos constitucionais que englobam a possibilidade de realização da cirurgia de transgenitalização – como os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, bem como os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à saúde – vislumbra-se que o ordenamento jurídico atual comporta a sua realização e demonstra que esta pode ser garantida, inclusive, constitucionalmente.

⁵⁴ ABREU, A. R. et al. **Saúde**. p. 59-90. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf>>. Acesso em: 10 de abril de 2017. p. 65.

⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Título II.

⁵⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 532.

⁵⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 532.

⁵⁸ OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito Constitucional**. p. 168.

Portanto, a cirurgia de transgenitalização recebe amparo constitucional haja vista seu caráter íntimo, mantenedor da saúde, pessoal e harmonizador para com a psique, o físico e o convívio social do indivíduo que a realiza.

Referencias Bibliográficas

ABREU, A. R. et al. **Saúde**. p. 59-90. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf>>. Acesso em: 10 de abril de 2017. p. 65.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5**. 5ª edição. Porto Alegre: Artmed, 2014. Tradução por Maria Inês Corrêa Nascimento ... et al.

BENJAMIN, Harry. The Transsexual Phenomenon. 1999. In DO COUTO, Júlia Cristina Guerra de Carvalho. **Transexualidade: Passado, Presente e Futuro**. Dissertação (Mestrado em Medicina Legal) – Instituto de Ciências Biomédicas de Abel Salazar da Universidade do Porto. 2013. p. 29.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva: 2015.

CAPEZ, Fernando. **Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 290p. (Coleção direito simplificado).

CENTRO COLABORADOR DA OMS PARA A CLASSIFICAÇÃO DE DOENÇAS EM PORTUGUÊS – CBCD. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde: CID-10**. Décima rev., Vol. I, Versão 2008. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm>>. Acesso em: 13 de outubro de 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.482/97**. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 01 de agosto de 2016. Sendo estas últimas revogadas pela resolução mais atual.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.652/2002**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 04 de setembro de 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.955/2010**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 04 de setembro de 2016.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Nota técnica sobre processo transexualizador e demais formas de assistência às pessoas trans**. 2013. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Nota-técnica-processo-Trans.pdf>>. Acesso em: 13 de outubro de 2016.

DIAS, Maria Berenice; ZENEVICH, Letícia. Um histórico da patologização da transexualidade e uma conclusão evidente: a diversidade é saudável. **Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito**. Centro de Ciências Jurídicas - Universidade Federal da Paraíba Nº 02, Seção 01, p.11-23 - 2º Semestre de 2014. Disponível em:<<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/ged/article/view/20049/11794>>. Acesso em: 27 de setembro de 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e Direitos LGBTI**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DO COUTO, Júlia Cristina Guerra de Carvalho. **Transexualidade: Passado, Presente e Futuro**. Dissertação (Mestrado em Medicina Legal) – Instituto de Ciências Biomédicas de Abel Salazar da Universidade do Porto. 2013.

GREEN, Richard. Transsexualism: Mythological, Historical and Cross-Cultural Aspects. In BENJAMIN, Harry. **Transsexual Phenomenon**. Symposium Publishing, Düsseldorf, 1999. (Edição original: 1966). Disponível em: <<http://www.mut23.de/texte/Harry%20Benjamin%20-%20The%20Transsexual%20Phenomenon.pdf>>. Acesso em: 17 de outubro de 2016.

LEAL, Poliane Lagner de Silveira. **Os Direitos da Personalidade na Perspectiva Constitucional**. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <<https://polianelagner.jusbrasil.com.br/artigos/111839893/os-direitos-da-personalidade-na-perspectiva-constitucional>>. Acesso em 23 de abril de 2017.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEVI, Elnaide Carvalho et al. A Transexualidade à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro: autonomia e patologização. **Direito Unifacs: Debate Virtual**, Salvador, v. 163, 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2920/2112>>. Acesso em: 06 de março de 2017.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Coleção elementos do direito; v. 1).

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

REALE, Miguel. **Os Direitos da Personalidade**. 2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em 23 de abril de 2017.