



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Efeitos Jurídicos da Transgenitalização sobre as Relações Jurídicas  
e Proteção dos Direitos Individuais

Renato Oliveira Teixeira

Rio de Janeiro  
2011

RENATO OLIVEIRA TEIXEIRA

**Efeitos Jurídicos da Transgenitalização sobre os Familiares  
e a Proteção de seus Direitos Individuais**

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção de título de Pós-Graduação.

Orientadores:

Dr. Guilherme Sandoval

Dr. Nelson Tavares

Dra. Mônica Areal

Rio de Janeiro  
2011

## **EFEITOS JURÍDICOS DA TRANSGENITALIZAÇÃO SOBRE OS FAMILIARES E A PROTEÇÃO DE SEUS DIREITOS INDIVIDUAIS**

**Renato Oliveira Teixeira**

Graduado em Direito pela Universidade  
Cândido Mendes. Advogado.

**Resumo:** Atualmente é quase pacífico tanto na jurisprudência quanto na doutrina o entendimento da possibilidade de alteração do registro civil da pessoa que passa pela cirurgia de transgenitalização. O STJ, por exemplo, no recente informativo 415 de 2009 exarou tal possibilidade. Apesar da resistência quanto a isso, tal discussão vem tomando ares de consenso geral. No entanto, tal discussão está deixando de lado os efeitos que tal mudança teria sobre os familiares e correlacionados com o transsexual. Como no caso de um transsexual masculino que, antes da cirurgia, tinha um filho. A essência deste trabalho é discutir até onde vai o direito da pessoa de ter seu nome alterado sem que esbarre no direito do outro, como no exemplo dado, no direito do filho ter o nome de seu pai em seu registro civil.

**Palavras-chaves:** Família. Filiação. Paternidade. Transgenitalização. Direitos Individuais.

**Sumário:** Introdução. 1. Transsexualidade e Direito da Personalidade. 2. O Registro Civil E A Mudança De Sexo. 3. A Situação Registral Das Relações Jurídicas Do Transexual. 4. O Transexual No Esporte. 5. Conclusões E Considerações Finais. Referências.

### **INTRODUÇÃO:**

O trabalho visa abordar a situação jurídica das pessoas ligadas de alguma forma à pessoa do transsexual quando este passa a assumir o nome condizente com seu atual gênero sexual. Pode-se citar para tanto o caso do cônjuge ou companheiro, mas principalmente do cônjuge que, apesar da mudança de sexo, pode preferir permanecer casado, hipótese em que resta a dúvida se o casamento se desfazeria por vício superveniente?! Como ficariam os direitos do cônjuge nessa hipótese?! Outro exemplo que deve levantar grandes discussões é acerca do

filho(a) do transsexual. Teria ele direito a manter o nome do seu ascendente, mesmo não mais tal nome ou pessoa exista para o ordenamento jurídico ou o direito do transsexual prevalece devendo o seu novo nome constar no registro de seu descendente?

## CAPÍTULO 1: TRANSSEXUALIDADE E DIREITO DE PERSONALIDADE

Segundo afirmam médicos especialistas em sexualidade e a Organização Mundial de Saúde – OMS, a diferença biológica entre homens e mulheres é resultado de dois processos biológicos: determinação e diferenciação sexual. O processo biológico de determinação sexual controla se o indivíduo, macho ou fêmea, seguirá o “caminho” do seu gênero sexual aparente. O processo biológico de diferenciação sexual (o desenvolvimento de determinado sexo) envolve diversas etapas de desenvolvimento hierarquicamente regulado pela genética e irá definir se fisicamente o indivíduo será macho ou fêmea<sup>1</sup>.

Gênero sexual, por sua vez, geralmente descreve, em termos de masculino e feminino, uma construção social que varia de cultura para cultura e conforme o tempo. Existem certas culturas em que, por exemplo, a diversidade de gêneros é ampla e nem sempre sexo e gênero estão tão claramente delineados quanto macho e fêmea, heterossexual e homossexual. Os “berdaches” (numa tradução livre: pessoas de duplo espírito) nos Estados Unidos, os “fa'afafine” no Pacífico (“a forma de uma mulher” em língua Samoa) e os “kathoey” (palavra que descreve um homem afeminado) na Tailândia são exemplos de categorias de gênero que diferem da tradicional divisão ocidental de pessoas em machos e fêmeas.

Alfred Charles Kinsey, um biólogo, entomologista e zoólogo norte-americano, que em 1947 fundou o Instituto de Pesquisa sobre Sexo, hoje chamado de Instituto Kinsey para

---

1 Organização Mundial da Saúde, *Gender and Genetics*. Disponível em <http://www.who.int/genomics/gender/en/index1.html>. Acesso em 14 de mai .2011.

Pesquisa sobre Sexo, Gênero e Reprodução, fez diversos estudos sobre a sexualidade humana, estudos um tanto quanto controversos e questionáveis atualmente. Em suas pesquisas sobre o tema, ele criou a Escala de Kinsey<sup>2</sup>, que tenta descrever o comportamento sexual de uma pessoa. Nesse estudo ele usa uma escala de 0 a 6, onde 0 significaria um comportamento exclusivamente heterossexual e 6 comportamentos exclusivamente homossexuais, com diversas fases misturando ambos os comportamentos entre as escalas. Em estudos posteriores ele introduziu ainda os assexuais, um sétimo comportamento sexual representado pelo autor como um “x”. Como já dito, tal estudo é amplamente questionado por médicos e pesquisadores atuais. Mas serve para ilustrar que a identidade sexual do indivíduo não é tão facilmente determinada pela ciência, não há uma fórmula científica que possa ser usada para determinar com absoluta certeza a sexualidade do indivíduo, a não ser a própria decisão do indivíduo ou a forma como ele se vê. A própria Escala Kinsey, segundo afirmava seu autor, se aplicaria apenas a momentos e comportamentos específicos do indivíduo e não a sua identidade sexual permanente.

Certos indivíduos se veem como se fossem do sexo oposto, ou melhor dizendo, indivíduos fisicamente homens se entendem internamente como mulheres, assim como mulheres se entendem por homens. Situação essa em que se verifica a transsexualidade do indivíduo.

Transsexualidade seria, então, uma condição psicológica, considerada pela Organização Mundial de Saúde – OMS como um transtorno de identidade de gênero. Sendo considerada por outros estudiosos do assunto como apenas um extremo do espectro de transtorno de identidade de gênero. Tal transtorno se define pela condição de um indivíduo que possui auto-identidade diversa daquela designada a ele em seu nascimento, identidade essa definida, a princípio, pelo órgão sexual apresentado pelo recém-nascido. Podendo haver exame químico para se definir o gênero, excepcionalmente em caso de hermafroditismo, em

---

2 The Kinsey Institute. *Kinsey's heterossexual-homossexual rating scale*. <http://www.iub.edu/~kinsey/research/ak-hhscale.html>. Acesso em 14 mai. 2011.

que se examinam os cromossomos sexuais.

Ainda segundo a OMS, hermafroditismo é uma condição genética na qual os indivíduos afetados têm tanto tecido maduro ovariano e testicular<sup>3</sup>. Não há publicação de estimativas da população a nível da frequência dos hermafroditas verdadeiros. Já com relação aos cromossomos, sabe-se que os seres humanos tem 46 deles, ou 23 pares. Nos quais o 23º par é tido como o cromossomo do sexo, pois determinará o órgão sexual que se apresentará no indivíduo.

Usualmente homens e mulheres transexuais apresentam uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico, desejam fazer uma transição de seu sexo de nascimento para o sexo oposto (sexo-alvo) com alguma ajuda médica (terapia de reatribuição de gênero) para seu corpo. A explicação vulgar é de "uma mulher presa em um corpo masculino" ou vice-versa.

Pautado principalmente na dignidade da pessoa humana, mas também nos direitos à saúde, identidade e personalidade, o Estado não pode deixar de conferir ao indivíduo a proteção a sua identidade sexual. A identidade sexual faz parte dos elementos individualizadores da pessoa natural.

Os elementos individualizadores da pessoa natural são o nome, o domicílio e o estado. No qual esse último, estado, se divide ainda em estado individual, estado civil, estado familiar e estado político. Vale mencionar que a palavra “estado” provem do latim *status*, usada na Roma antiga para determinar os vários atributos da personalidade<sup>4</sup>. Forma a soma das valores da pessoa na sociedade, capazes de produzir efeitos jurídicos. Para Clóvis Beviláqua é o modo particular de existir, uma situação jurídica resultante de certas qualidades inerentes à pessoa<sup>5</sup>.

---

3 Organização Mundial da Saúde, *Gender and Genetics*. Disponível em <http://www.who.int/genomics/gender/en/index1.html>. Acesso em 14 mai. 2011.

4 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1, p. 77.

5 BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 7. ed. atualizada por Archilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1995, p. 70.

Estado político do indivíduo é qualidade proveniente de sua posição política na sociedade, podendo a pessoa ser nacional ou estrangeiro. Já o estado familiar indica a sua situação no seio familiar, refere-se ao matrimônio e ao parentesco da pessoa, ou seja, se a pessoa é casada, solteira ou tem companheiro, com relação ao matrimônio. E sua relação de parentesco com outras pessoas, seja por consanguinidade (pai, filho, mãe, filha etc) ou por afinidade (sogro, sogra, cunhado etc).

O estado individual, que tem maior relevância para o tema, é o modo de ser da pessoa com relação a idade, sexo, cor, altura, saúde etc. Diz respeito aspectos ou particularidades da constituição orgânica da pessoa. Para Francisco Amaral, o estado individual seria atributo da personalidade e também “objeto de um direito subjetivo, o direito ao estado, que protege o interesse da pessoa no reconhecimento e no gozo desse estado”<sup>6</sup>. O estado individual determinaria a capacidade civil da pessoa, no entanto, para a doutrina o sexo em nada influência na capacidade civil.

Certas características do estado individual da pessoa são publicizados e eternizados através do Registro Civil, que tem como finalidade servir de prova do estado da pessoa e onde se grava os atos que o direito considera relevante para a vida da pessoa<sup>7</sup>. A função de tal instituto é dar autenticidade, segurança e eficácia aos fatos jurídicos de maior relevância para a vida e os interesses dos sujeitos de direito.

Entre as diversas características que se grava no Registro Civil, o sexo ou gênero vem tomando grande importância ultimamente. Devido a possibilidade de mudança de sexo ou gênero da pessoa obrigatoriamente deverá haver a adequação do registro com a realidade da pessoa com isso as alterações pode chegar tão longe quanto o nome, que a princípio seria imutável.

Há alguns anos, a jurisprudência brasileira não admitia a modificação do registro civil relativamente ao gênero da pessoa, mas, tão somente, a retificação do registro realizado

---

6 AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.232.

7 *Ibidem*, p. 238.

por erro de designação, como, por exemplo, no caso de uma criança que nasce com um problema de pseudo-hermafroditismo, aparentando uma genitália feminina ao nascer, a qual se modifica posteriormente, prevalecendo a funcionalidade e aparência masculina.

Vedava-se a retificação do gênero mesmo nos casos de cirurgia de transgenitalização (alteração do órgão sexual para o seu oposto). Com efeito, tal cirurgia sequer era permitida, no Brasil, era tida como lesão corporal sob o risco de o cirurgião responder por mutilação do paciente. Quem quisesse submeter-se a tal procedimento cirúrgico teria que fazê-lo no exterior, como foi o caso da conhecida transexual brasileira Roberta Close, nos anos 1980.

Ao retornar ao Brasil, Roberta Close pleiteou na Justiça apenas a mudança de nome, sequer ousando pedir em Juízo a mudança de gênero. Sua pretensão foi negada, sob o fundamento de não ser possível designar, por um nome feminino, alguém “originariamente” do gênero masculino, sendo certo que a alteração do gênero era considerada absolutamente inviável, à luz da disciplina legal pertinente.

Hoje, a questão recebe outro tratamento jurídico. Entende-se que o registro civil não é mais o retrato de uma realidade sexual, mas a representação de uma individualidade sexual. Atualmente, não só é permitida a cirurgia de transgenitalização, como é a mesma custeada pelo Sistema Único de Saúde – SUS. Assim, feita a transgenitalização, a pessoa tem o direito de mudar nome e gênero, perante o registro civil.

O enunciado 276<sup>8</sup> da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal – CJF reflete essa visão:

276 – Art.13. O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.

Há de se atentar que essa mutação hermenêutica vem ocorrendo sem qualquer modificação legislativa, com fundamento apenas na aplicação de princípios, notadamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, o que configura um expressivo exemplo do

---

8 Conselho da Justiça Federal. Enunciados da IV Jornada de Direito Civil. Disponível em <http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2016>. Acesso em 14 mai. 2011.



fenômeno da constitucionalização do direito civil.

A falta de legislação quanto ao tema cria certas lacunas que deverão ser enfrentadas pela doutrina e jurisprudência muito em breve, tal como os reflexos da mudança de sexo ou gênero no que diz respeito a relações de parentesco e relações jurídicas de direito civil. Controvertida, também, é se, admitida a retificação do gênero perante o registro civil, deve constar no documento a informação de que a pessoa é “transsexual”; ou se a referência deve ser apenas ao novo gênero adquirido, de modo que a circunstância da transgenitalização não seja tornada pública. Devendo-se, com isso, considerar eventuais efeitos tal como a possibilidade de manutenção de um casamento ou a viabilidade da pessoa competir em esportes divididos pelo gênero, tal como boxe ou atletismo.

## 2 – O REGISTRO CIVIL E A MUDANÇA DE SEXO:

O registro civil, como é sabido, tem como escopo principal a perpetuação e publicização dos dados pessoais dos membros da coletividade e dos fatos jurídicos de maior relevância em suas vidas para fins de autenticidade, eficácia e, principalmente, segurança jurídica. No presente estudo as atenções devem se focar no registro civil de pessoas naturais, no qual pode-se encontrar a história civil da pessoa, o que as individualiza como ser em uma sociedade de iguais. Mais especificamente encontramos também duas informações de maior pertinência para o presente trabalho: o prenome e o sexo da pessoa.

A matéria é regulada pela Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, e pelo Código Civil, que apenas determina o registro dos fatos essenciais ligados ao estados das pessoas.

Tais registros estão a cargo de pessoas que recebem do poder público por delegação tal tarefa, sendo denominados Oficiais do Registro Civil de Pessoas Naturais, havendo ainda

previsão de outras pessoas para fazer certos atos de registro, tal como o comandante da aeronave (art. 173 do Código Brasileiro de Aeronáutica) e autoridades consulares (art. 18 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Sabe-se ainda que o prenome é imutável, em regra. Tal imutabilidade é salutar, mas pode, ou deve, ser afastada em caso de comprovada necessidade, frisando-se que deve se dar tão somente diante de comprovada necessidade e não por simples desejo ou vontade do seu portador ou porque não lhe agrada. Qualquer tentativa do poder público de facilitar a mudança do nome pode ser lesiva aos interesses públicos, principalmente no que tange a segurança jurídica das relações.

A Lei dos Registros Públicos prevê algumas hipóteses de alteração do prenome, ou seja, o legislador no caso adotou uma inalterabilidade relativa. Deve, então, tal inalterabilidade se adequar às exceções expressamente trazidas na lei e àquelas que se depreendem da Constituição, servindo como forma de validação da regra.

Dentre as exceções que permitem a alteração do prenome encontramos a possibilidade de fazê-lo nos casos em que há exposição do seu portador a ridículo, que tem como base o parágrafo único do art. 55<sup>9</sup>. Para que ocorra tal alteração, no entanto, é que a pessoa recorra ao procedimento de retificação de nome, previsto no art. 109 da referida lei, que se dará perante juiz. A jurisprudência aceita que tal retificação se dê, entre outras hipóteses, no caso de pessoas do sexo masculino registradas com nomes femininos e vice-versa.

Nesse contexto, verifica-se que a autorização judicial para a mudança do prenome decorreria do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim também pode-se falar que a alteração do gênero sexual no registro civil poderia se dar pelo mesmo fundamento, harmonizando a realidade fática com a registral.

---

9 Redação do parágrafo único do art. 55: “Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente”.

Com isso tem a jurisprudência aceito que se faça a mudança do nome e do sexo do indivíduo no seu registro civil para adequá-lo a realidade dele após a cirurgia de transgenitalização. Tal alteração, no entanto, não é tão simples. Traz diversas consequências que devem ser observadas. A primeira delas seria quanto à necessidade ou não de anterior cirurgia para que haja a efetiva alteração registral.

Para a psicanálise o sexo não advém de meros aspectos físicos, mas da psique do ser humano. Ou seja, a determinação sexual da pessoa não teria qualquer relação com a genitais que ela apresenta, mas tão somente com sua autodeterminação interna. Dessa maneira, para a psicanálise, bastaria que uma pessoa apresentasse distorção quanto a sua sexualidade fática para que fosse considerado como transsexual. O que, diga-se, não pode ser aceito pelo direito para fins de registro. Infelizmente, nesse sentido, o direito deve se pautar na realidade fática, nas qualidades físicas apresentadas pelo indivíduo.

Não sem razão, no direito alemão entrou em vigor, em 1981, lei regulando a alteração do registro decorrente de transsexualidade, chamada *Transsexuellengesetz* (TSG). Prevê tal lei que as alterações no registro serão admitidas, mas deve a pessoa ter no mínimo 25 anos de idade, preencher requisitos de nacionalidade e apresentar, por no mínimo três anos, o sentimento de que pertence ao sexo oposto. Sendo que a alteração do sexo no registro estaria condicionada a prévia cirurgia, dando maior importância, como já dito, à realidade física do indivíduo sobre a realidade psíquica.

Vale ainda mencionar, como trazido por Emerson Garcia<sup>10</sup>, em artigo publicado na Revista da EMERJ, que:

Especificamente em relação à alteração do sexo no registro civil, o Tribunal Constitucional alemão (Bundesverfassungsgericht – BverfG), interpretando o princípio da dignidade humana e a especial proteção que o estado confere ao casamento e à família, decidiu que a referida medida não estaria ao alcance de pessoas casadas, enquanto permanecerem casadas, ainda que já submetidas à cirurgia de transgenitalização.

Tais disposições seriam perfeitamente possíveis de ser aplicadas no Brasil. Sendo

---

10 GARCIA, Emerson. *A 'Mudança de Sexo' e suas implicações jurídicas*: breves notas. Revista da EMERJ, v13, nº 52. Rio de Janeiro, 2010, p.112.

essa última mais propensa a evitar problemas quanto ao registro do casamento, como, por exemplo, no caso do transsexual que, mesmo casado e com a anuência do cônjuge, passa pelo procedimento cirúrgico de mudança de sexo. Tal exemplo inviabilizaria a própria existência do casamento, entendido por muitos tão somente como a união entre indivíduos do sexo oposto e também pelo recente entendimento do STF na ADI 4227. Não restou claro quanto à possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas deu-se a impressão de que seria tal prática impossível no ordenamento jurídico pátrio, sendo a única possibilidade de tais indivíduos a união estável homoafetiva. Lembrando que tal entendimento não restou claro, sendo essa interpretação acima exarada feita por alguns, já que na ação não se discutia diretamente o casamento homoafetivo, mas tão somente o reconhecimento da entidade familiar com status de união estável.

Sendo assim, partindo do pressuposto de que no ordenamento pátrio ainda não é possível o casamento entre pessoas do mesmo sexo, um “casamento” com tal configuração seria no mínimo inexistente. Mas o problema seria se tal situação surgisse após iniciado o casamento, após esse já existir. Se na vigência do matrimônio um dos cônjuges deixasse de ser do sexo oposto. Não se poderia dizer aquele casamento é inexistente, pois que ele existiu e teve seus efeitos tanto no mundo dos fatos quanto no mundo do direito. Também não seria inválido ou ineficaz pois tal elemento atinge a esfera da existência e não da validade ou eficácia. Ficando tal casamento em um “limbo” jurídico que seria evitado com a vedação entendida pela Corte Constitucional alemã de que não poderia haver a mudança no registro para pessoas casadas.

A exigência de previa cirurgia para a alteração do sexo no registro civil também evitaria a possível redução na credibilidade dos registros. Uma vez que o registro civil deve refletir fielmente a realidade fática da pessoa. Permitir que o registro fosse alterado por mera vontade do indivíduo, apesar de condizente com os aspectos inerentes à personalidade individual, faz com que o registro retratasse tão somente o que a pessoa sente e não o que é

visto na realidade, como devem ser, levando tais documentos ao descrédito.

Outro problema que se pode ver com a ocorrência da cirurgia de mudança de sexo para os registros civis diz respeito a necessidade ou não de ser inserido alguma informação que diga respeito a escolha e mudança do gênero do indivíduo. Na parca doutrina que fala sobre isso, encontramos quem aponte que a opção de coexistir de ambas as informações, tanto o anterior gênero quanto o atual, levaria a um mal maior que é justamente o que se busca extirpar: a perpetuação do conflito interno do indivíduo com relação a sua sexualidade. Mas também há de se levar em consideração que a supressão de tal informação sobre a mudança de gênero levaria a falsa retratação de que o indivíduo é, desde o seu nascimento, daquele gênero que atualmente se apresenta. E também, como já dito, claramente comprometeria a segurança jurídica e a legítima confiança que a sociedade deposita nos registros públicos.

Uma vez que o registro público deve retratar a realidade, não é aceitável que seja suprimido dele a informação de que a pessoa teve, por parte de sua vida, outro nome e pertencia a outro gênero do atual, inviabilizando com isso o acesso de terceiros interessados a essa informação da pessoa.

Toda e qualquer dinâmica que ocorre na vida de uma pessoa, que tenham relevância jurídica e fática para a individualização e situação do indivíduo no seio da sociedade, que permitam o seu reconhecimento social, deve estar impresso em seus registros justamente pela relevância social que apresentam. Assim, nesse prisma, ter como originário o que foi adquirido já no decorrer da vida é uma falsidade inaceitável para um documento que tem por objetivo principal retratar a realidade fática. E o pior, uma falsidade sob os auspícios do Estado, o que não pode ocorrer pois que o Estado não pode corroborar com tal feito.

Nesse sentido, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito do STJ em seu voto como relator no Resp. 678.933/RS, entendeu que deveria constar no registro que a mudança de nome e gênero se deu por decisão judicial. Em seu voto, disse o Ministro que:

Não se pode esconder no registro, sob pena de validarmos agressão à verdade que ele deve preservar, que a mudança decorreu de ato judicial, nascida da vontade do

autor e que tornou necessário ato cirúrgico complexo. Trata-se de registro imperativo e com essa qualidade é que se não pode impedir que a modificação da natureza sexual fique assentada para o reconhecimento do direito do autor. Conheço do especial e lhe dou provimento para determinar que fique averbado no registro civil que a modificação do nome e do sexo do recorrido decorreu de decisão judicial.

Mas, deve ser também destacado o direito que se buscava tutelar com aquela demanda. Em seu voto o Relator destacou que o direito que pretendia tutelar não era o do transsexual, mas o direito à informação e o princípio da verdade. Conforme se destaca do trecho a seguir:

No presente feito, não se examina o direito do recorrido de mudar de sexo, mas, apenas, se esse direito alcançado deve, ou não, constar dos registros, devidamente averbado o fato de que houve modificação cirúrgica do sexo.

Devendo-se destacar ainda que o Relator não se despiu de preconceitos ultrapassados para fazer seu julgamento, como deveria um magistrado nessa situação, conforme se verifica nesse trecho de seu voto:

Não creio que os argumentos postos no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tenham substância capaz de justificar a conclusão que acolheu, particularmente com a infeliz comparação com a mulher que por qualquer patologia não pode gerar. Aquela que não pode gerar tem a mesma benção da sua natureza daquela que pode. Ao dom da criação, que homem e mulher repartem, com a fecundação, fruto de amor e entrega, de doação e unidade, não se nega a origem nascida nem se esconde fato resultante de ato judicial. Não se trata de ato submetido ao registro civil. Não se trata de modificação da sua natureza gerada.

E ainda acusa o transsexual de ter ele mesmo causado sobre si os problemas decorrentes do transsexualismo, jogando por terra, no trecho a seguir, o que a psicanálise mais moderna vem entendendo:

O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito.

Apesar de visivelmente preconceituoso e contrário ao que afirma a psicanálise, já que esta afirma que tal condição do transsexual seria uma patologia e não uma vontade interna do indivíduo, o Ministro deu solução razoável. Explica-se, apesar de não atentar a nuance da

condição fragilizada do indivíduo em se encontrar preso a um corpo em que não condiz com a representação psíquica de seu próprio ser, o Ministro tão somente determinou que no registro conste que a mudança “decorreu de decisão judicial” e não que tenha decorrido de cirurgia. Com isso manteve a intimidade do indivíduo, mesmo que de maneira no mínimo duvidosa, uma vez que não expôs o fato de ter sido decorrente de cirurgia, mas deixou claro que a mudança ocorreu na vida da pessoa, ao invés de simplesmente omitir tal fato.

Num primeiro exame somos levados a crer que o prenome e o sexo do indivíduo digam respeito tão somente a ele, mas tal conclusão não resiste a uma análise mais apurada das relações e interações sociais pela qual um indivíduo passa no decorrer da vida. Tal informação pode ter reflexos sobre a vida e patrimônio de terceiros, mesmo que inicialmente digam respeito tão somente a intimidade de cada um.

Um pai orgulhoso com o casamento do filho mais novo, por exemplo, crendo que brevemente terá netos, já que seu outro filho não pode-lhe conferir por não ser casado, deixa sob usufruto aos nubentes rica fazenda que deverá ser dada ao seu neto, por testamento em favor de terceiro, na forma do permissivo do inciso I do art. 1.901 do Código Civil. Usufruto esse que ele não faria se soubesse que a noiva é transexual incapaz de lhe dar netos, não por preconceito, mas porque desejava que seu neto primogênito seguisse seus passos o fosse dono de fazenda. Usufruto esse que se não ocorresse tal fazenda estaria sob os cuidados do outro filho mais capaz de cuidar do bem por ser já administrador de outras fazendas da família, o que renderia maior proveito econômico e mais empregos a terceiros.

É claro que tal hipótese acima é tão somente exemplo que pode ou não vir a ocorrer e seus reflexos restariam tão somente na esfera do “se”. Mas não se pode ignorar que a vontade do testador restou prejudicada pela falta de conhecimento do real situação de sua nora.

Outro exemplo apontado pela jurisprudência e por autores que falam do tema é com relação a pessoa que irá se casar com um transsexual. Não se pode ignorar que muitas pessoas se casam para constituir família, com o sonho de ter filhos, hipótese essa impossível para o

transsexual de qualquer origem, seja ela anteriormente homem ou mulher. Seria admissível negar-lhes o direito de saber de antemão que o futuro cônjuge possuía outro nome e gênero? Tal silêncio no registro inviabilizaria o acesso aos interessados de significativa parte da vida do transsexual. Assim como tal silêncio poderia causar diversas anulações de casamento com base em erro essencial sobre a pessoa, prevista no art. 1.557 do Código Civil, mais precisamente no inciso I do dispositivo que fala em erro de um cônjuge sobre o outro no que diz “respeito à sua identidade”. Ora, se a mudança de sexo não diz respeito a identidade da pessoa, toda a presente discussão é inócua! Sendo assim, deveria ser garantido ao nubente ter ciência de tal mudança, ainda que isso possa vir desrespeitar a intimidade do transexual, uma vez que ignorar tal fato pode vir a desrespeitar a intimidade do outro cônjuge.

A solução apontada por alguns de que aquele que se sentir enganado sempre pode pleitear em juízo tanto a anulação quanto eventuais danos morais e materiais é deveras simplista e leviana por não se coadunar com os valores constitucionais envolvidos. Valores esses que dizem respeito à pessoa do outro cônjuge, pois também ele possui uma dignidade a ser respeitada e o Estado não pode manter-se favorável a tal engodo. Além do mais, a anulação do casamento tem prazo decadencial de três anos<sup>11</sup>, o que pode gerar maiores gastos e problemas se ultrapassado tal prazo.

Tanto o princípio da intimidade quanto o direito à informação possuem estatura constitucional. Pois veja-se o art. 5º, XIV da Carta Política quando fala que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Mesmo que deva haver ponderação e coexistência entre os princípios constitucionais, não podendo nunca um anular completamente outro, o direito à informação deve sempre prevalecer quando não disser respeito única e exclusivamente à intimidade alheia ou à subsistência do Estado, mas quando tais informações possam gerar efeitos na esfera jurídica de demais pessoas do convívio social.

---

11 Código Civil, arts. 1.557, I combinado ao 1.560, III.



### 3 – A SITUAÇÃO REGISTRAL DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DO TRANSEXUAL

É obrigação dos pais, ao nascimento dos filhos, efetuar o registro civil do nascituro. Este será a publicização do nascimento com vida da pessoa e suas ligações ascendentes. É o primeiro documento civil da pessoa, que irá identificá-lo no meio social e a partir do qual poderá exercer todos os demais atos da vida civil. Sua importância é ímpar, pois sem tal registro não será possível para o nascituro, posteriormente, conseguir outros documentos essenciais a vida civil tal como número de identidade civil ou Registro Geral e o Cadastro de Pessoa Física, CPF.

Referidos deveres não só estão conectados a determinados direitos fundamentais dispersos, mas a todos os princípios constitucionais referentes a pessoa decorrentes da dignidade da pessoa humana, principalmente a personalidade civil e demais direitos decorrentes desses princípios, como por exemplo o direito à herança.

Diante da importância do direito ao nome, os pais quando recebem do hospital ou estabelecimento de saúde, público ou privado, a declaração de nascimento do filho<sup>12</sup> devem, munidos desse documento providenciar o registro de nascimento do recém-nascido junto ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais mais próximo do local do parto<sup>13</sup>.

A personalidade civil da pessoa se inicia com o nascimento com vida<sup>14</sup>, sendo tal nascimento o marco inicial da personalidade civil, ainda sim os direitos do nascituro serão respeitados desde a sua concepção, desde o início da formação do ser.

---

12 Art. 10, IV do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Lei 8.069/90

13 Art. 50 da Lei 6.015/73 c/c art. 1.063 do Código Civil.

14 Código Civil: Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Vale esclarecer quando ocorre o nascimento com vida. Segundo aponta Caio Mario<sup>15</sup>, o nascimento ocorre quando a criança é separada do ventre materno, tenha tal separação ocorrido de forma cirúrgica e programada ou através de parto natural, sem intervenção cirúrgica. Aponta o autor que o que importa para a configuração do nascimento é o desfazimento da unidade biológica constituída por mãe e filho de forma a constituírem dois corpos independentes, com “vida orgânica própria”<sup>16</sup> mesmo que não tenha havido o corte do cordão umbilical ainda.

Para se dizer que o nascimento ocorreu com vida, no entanto, o direito aponta como requisito que no mínimo o nascituro tenha respirado por ao menos uma vez, se respirou é porque nasceu vivo. Apesar do avanço tecnológico da medicina para se chegar de forma conclusiva se o feto nasceu ou não com vida, na doutrina jurídica ainda se faz menção ao exame clínico denominado de docimasia hidrostática de Galeno. Tal exame parte do pressuposto de que o feto nascido vivo tenha que ter respirado, assim se respirou inflou os pulmões de ar, se inflou os pulmões as paredes alveolares se separaram formando um espaço vazio no pulmão, como uma balão de ar. Assim, se retirados do corpo da pessoa e imersos em água deverão emergir significando que nasceu com vida. Se, ao colocá-los na água, os pulmões submergirem significa que não houve entrada de ar neles e, conseqüentemente, teria o feto nascido sem vida.

Não devemos discutir a situação jurídica do nascituro, pois ela não terá qualquer relevância para o desenvolver do presente trabalho. Mas não custa mencionar, de forma resumida, que há três teorias que tentam resolver tal questão. A teoria natalista afirma que a personalidade civil se inicia com o nascimento com vida. Enquanto a Teoria da Personalidade Condicional sustenta que a personalidade está em condição suspensiva enquanto não ocorre o nascimento com vida, mas que ela retroage até a concepção, se ocorre o nascimento com vida. Já a teoria concepcionista afirma que a personalidade acompanha o feto desde de sua

---

15 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.146.

16 *Ibidem*, pag. 146.

concepção.

A partir da lavratura de certidão de nascimento, a criança torna-se efetiva e legitimamente cidadão de um determinado país e adquire um *status* passando a ser detentor de relações jurídicas. Com o registro civil a criança liga-se a uma determinada família, acrescentando ao prenome o sobrenome dos pais<sup>17</sup>, surgindo daí os direitos decorrentes do parentesco.

O caráter personalíssimo do direito ao estado de filiação previsto no art. 27 do ECA foi derogado pela lei nº 8.560/92 tendo como escopo a extensão da legitimidade ativa para ajuizar a ação de investigação de paternidade conferida também ao Ministério Público, conforme o art. 2º, §4º da lei 8.560/92. O que claramente expressa a importância e o caráter público que tem o reconhecimento do parentesco da pessoa, tanto que o legislador deu ao *parquet* a legitimidade para propôr ação que, a princípio, seria de legitimidade personalíssima. Este é o prisma de importância do registro civil.

A propósito, as principais características do reconhecimento do estado de filiação estão previstas no art. 27 do ECA, acrescentando-se a irrevogabilidade prevista no art. 1.610 do Código Civil a perpetuidade, a irrenunciabilidade e a unilateralidade. Além disso, o direito à filiação é um ato puro e simples, não admitindo termo ou condição. O reconhecimento de paternidade ou de maternidade, seja voluntário ou judicial, tem natureza de ato declaratório pois não cria o laço de parentesco, mas o declara como já existente. Com isso, seus efeitos são retroativos, ou *ex tunc*, alcançando o dia do nascimento da pessoa.

Considerando-se a já explorada importância do registro civil no capítulo anterior, somando-se a importância do registro civil do recém-nascido ou filho, chegando ao ponto do legislador ter permitido que ação de cunho personalíssimo fosse intentada pelo Ministério Público, o que fazer com o registro do filho(a) de pessoa que resolve alterar seu gênero sexual e, conseqüentemente, alterar seu nome em seu próprio registro? Devemos ter em mente que

---

17 Código Civil: “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.

na certidão de nascimento consta o nome do pai e da mãe da pessoa, individualizando-o no meio social a partir de tais informações e conectando-o diretamente ao registro de seus genitores.

Se, conforme foi aventado anteriormente, permitíssemos que o registro do transsexual fosse alterado sem qualquer ressalvas, o que é justo e evita preconceitos, teríamos como consequência a perda de uma das ligações de individualização da pessoa, um de seus genitores deixaria de existir, dando lugar a uma nova pessoa do mesmo gênero sexual do outro genitor. Criando uma confusão, no mínimo, ridícula, pois afetaria o direito a ancestralidade da pessoa. Direito esse reconhecido pelo STJ, do qual se destaca no julgamento do Resp. 807849<sup>18</sup> o voto da Min. Nancy Andrighi, de notório conhecimento no tema:

**O direito à busca da ancestralidade**, tal como denominado por Alice de Souza Birchall (in A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos . Afeto, e o Novo Código Civil – Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 43) é **personalíssimo e, dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos arts. 5º e 226, da CF/88.**

Ao dispor o art. 1.591 do CC/02, no sentido de que “são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras em relação de ascendentes e descendentes”, não estipula limitação para a regra, de modo que todas as pessoas oriundas de um tronco ancestral comum, sempre serão consideradas parentes entre si, por mais afastadas que estejam as gerações. Dessa forma, **uma vez declarada a existência de relação de parentesco ascendente na linha reta a partir do segundo grau, esta gerará todos os efeitos que o parentesco em primeiro grau (filiação) faria nascer. O parentesco em linha reta, é infinito, tal como estruturado pelo CC/02 nos arts. 1.591 e 1.594, não se esgotando sequer com a morte, o que impõe a sua tutela pelo Direito.**

Ainda sobre o tema, no mesmo julgado, a respeitável Relatora foi buscar fundamentos do direito alemão, que já havia discutido sobre o tema e tem até mesmo lei já editada a cerca da matéria, conforme se verifica no seguinte trecho de seu voto:

A jurisprudência alemã já abordou o tema, adotando a solução ora defendida. Em julgado proferido em 31/1/1989 e publicado no periódico jurídico NJW (Neue Juristische Woche) 1989, 891, o Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG) afirmou que 'os direitos da personalidade (Art. 2 Par. 1º e Art. 1º Par. 1º da Constituição Alemã) contemplam o direito ao conhecimento da própria origem genética.'

Em hipótese idêntica à presente, analisada pelo Tribunal Superior em

18 STJ. Jurisprudência. Disponível em

[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600032847&dt\\_publicacao=06/08/2010](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600032847&dt_publicacao=06/08/2010). Acesso em 25 ago 2011.

Dresden (OLG Dresden) por ocasião de julgamento ocorrido em 14 de agosto de 1998 (autos n.º 22 WF 359/98), restou decidido que “em ação de investigação de paternidade podem os pais biológicos de um homem já falecido serem compelidos à colheita de sangue”.

Essa linha de raciocínio deu origem à reforma legislativa que provocou a edição do § 372a do Código de Processo Civil Alemão (ZPO) em 17 de dezembro de 2008, abaixo transcrito (tradução livre):

'§ 372a Investigações para constatação da origem genética

I. Desde que seja necessário para a constatação da origem genética, qualquer pessoa deve tolerar exames, em especial a coleta de amostra sanguínea, a não ser que o exame não possa ser exigido da pessoa examinada.

Os §§ 386 a 390 são igualmente aplicáveis. Em caso de repetida e injustificada recusa ao exame médico, poderá ser utilizada a coação, em particular a condução forçada da pessoa a ser examinada'.

Da análise do sistema jurídico alemão, a Ministra passou a análise da busca da ancestralidade na atual sistemática do direito de família no Brasil. Afirmando ser tal busca inerente ao direito da personalidade. Conforme se verifica no trecho a seguir:

**Sob a ótica da moderna concepção do Direito de Família, não se mostra adequado recusar aos netos o direito de buscarem, por meio de ação declaratória, a origem desconhecida.** Se o pai não propôs ação investigatória quando em vida, a via do processo encontra-se aberta aos seus filhos, a possibilitar o reconhecimento da relação de parentesco pleiteada. Exigem-se, certamente, provas hábeis, que deverão ser produzidas ao longo do processo, mas não se pode despojar do solo adequado uma semente que apresenta probabilidades de germinar, lançando mão da negativa de acesso ao Judiciário, no terreno estéril da carência da ação.

Negar aos netos o exercício de ação declaratória de sua respectiva linhagem significa, acima de tudo, negar-lhes a prestação jurisdicional. Se o filho não quis ou foi impedido de exercer o seu direito de filiação, **não se há que proibir que seu descendente o exerça, sob pena de se estar negando ao neto o exercício de direito personalíssimo, ao nome, à ancestralidade.**

Finalizando seu voto, a Ministra considerou ainda conjuntamente com o direito da ancestralidade a preservação da memória dos mortos, o qual considerou também elemento do direito a personalidade. Tal afirmação pode ser depreendida do seguinte trecho:

Considere-se, sobretudo, que **a preservação da memória dos mortos não pode se sobrepor à tutela dos direitos dos vivos que, ao se depararem com inusitado vácuo no tronco ancestral paterno, vêm, perante o Poder Judiciário, deduzir pleito para que a linha ascendente lacunosa seja devidamente preenchida.**

**Neste contexto, qualquer investigação sobre o parentesco na linha reta, que é infinita, e, também, na linha colateral, limitada ao quarto grau, é possível, porque o direito ao parentesco (natural ou civil) é direito da personalidade, e, conseqüentemente, sua pretensão é imprescritível, porque seu objetivo é uma declaração de estado.** Ressalte-se que não o são os direitos patrimoniais e notadamente os sucessórios que derivam desses direitos personalíssimos. A obtenção dos efeitos patrimoniais dessa declaração de estado será, portanto, limitada às hipóteses em que não prescrita a pretensão sucessória.

Deve, portanto, ser assegurado aos netos o direito de ver declarada a relação de parentesco com o avô, a ser buscada pelos meios processuais postos ao

alcance de todos, sobrepondo-se a qualquer cláusula restritiva ao direito de personalidade.

Em suma, a Ministra Nancy Andrichi reconheceu a importância da ancestralidade de forma a permitir que a investigação de paternidade seja estendida de tal forma a abranger não só os ascendentes diretos, mas também os ascendentes de 2º grau em diante tanto homem quanto mulher.

Desatacou-se no julgado que tal direito não diz respeito apenas ao direito de personalidade, mas também deve ser observado no que diz respeito ao direito a herança, ou seja, de cunho patrimonial. Explica-se, se um transsexual falece não é possível concluir se deixou filhos ou não, uma vez que tal informação não consta em seu registro civil, a prova de parentesco se daria pela certidão de nascimento ou no registro de seu filho(a).

No entanto, no registro de seus herdeiros legítimos, filhos(as), estaria apenas o nome que o transsexual adotava antes da sua alteração de gênero sexual. Ou seja, não seria possível provar a relação de parentesco e, conseqüentemente, não seria possível exercer seu direito a herança legítima.

Infelizmente na jurisprudência não se encontra ainda a discussão desse problema, uma vez que as cirurgias de mudança de sexo são novidades, não havendo ainda discussão a cerca do patrimônio do *de cujos* que tenha feito tal mudança. Além do mais para haver a sucessão normalmente o *de cujos* é pessoa já idosa que veio a falecer, e não se fala em tal tipo de cirurgia para idosos, tanto pelo risco da própria cirurgia quanto pela criação havida até então em que não se permitia sequer cogitar tal possibilidade.

A solução para isso, no entanto, poderia levar o filho(a) do transsexual a passar por vexame desnecessário, tal como já foi comentado anteriormente com relação ao próprio transsexual. A anotação de tal mudança no registro do transsexual afetaria seu direito a privacidade e possíveis situações de preconceito no futuro, o que não seria aceitável para o ordenamento, conforme já mencionado anteriormente, ao mesmo tempo que a opção de coexistência de ambas as informações, tanto o anterior gênero quanto o atual levaria a

perpetuação do conflito interno do indivíduo com relação a sua sexualidade.

A supressão de tal informação claramente comprometeria a segurança jurídica e a legítima confiança que a sociedade deposita nos registros públicos, uma vez que o registro público deve retratar a realidade. Não seria aceitável que seja suprimido dele a informação de que a pessoa teve, por parte de sua vida, outro nome e pertencia a outro gênero do atual, inviabilizando com isso o acesso de terceiros interessados a essa informação da pessoa

Por outro lado, fazer tal anotação no registro do filho(a) do transsexual pode levar ao mesmo problema de preconceito e conflito de identidade no indivíduo, mas dessa vez direcionado ao filho(a) que nada tem haver com a “escolha”, por assim dizer pois já foi demonstrado que não se trata de escolha, do seu genitor(a). Enquanto a supressão de tal informação levaria a problemas como o da herança, mencionado anteriormente, entre outros.

Não se poderia imputar sobre a pessoa as mudanças ocorridas na vida de seus ascendentes, além do mais, não seria possível colocar na certidão de nascimento que a pessoa tem duas mães ou dois pais, uma vez que um deles adotaria o mesmo gênero sexual do outro, sem que se mencione a dada cirurgia de mudança de sexo.

Nesse caso então, em que se colocaria a informação da mudança do genitor na própria certidão de nascimento, estaríamos violando a intimidade do genitor e voltariamos aqueles mesmo problemas que ocorreriam se tal informação constasse no registro do próprio transsexual.

Como se vê, o problema exposto não é de fácil solução, mas uma há de ser encontrada. Poderia se apontar como solução simplista para o caso da herança o testamento deixando os bens para o herdeiro legítimo. No entanto tal solução, além de deveras superficial, não resolveria o problema da ancestralidade. Além de causar possíveis brigas familiares, já que, na falta de ascendentes e descendentes, a herança irá aos colaterais, na forma do art. 1.829 do Código Civil. O que poderia causar disputas judiciais em torno dos bens deixados por testamento.

Ao que parece, apesar dos problemas já mencionado, a solução mais técnica seria o registro de tal informação tanto no registro civil do transsexual quanto de seus filhos(as). Apesar de violar a privacidade deles e causar possíveis preconceitos em decorrência de tal mudança, tais registros devem retratar a realidade, sendo tal a realidade deve lá conter tais informações. Ademais, qualquer preconceito deve ser punido na forma da lei penal e civil.

A justificativa de que poderá causar preconceitos por haver tal informação é real, no entanto o Estado não pode se furtar de retratar a realidade nos registros civis por medo de tais acontecimentos. Mas deve ser mais enérgico com tais condutas afim de evitar que ocorram.

O ordenamento não deve se curvar a quem, em pleno século XXI, ainda se preocupa com a orientação sexual dos outros de forma a causar transtornos na esfera jurídica dessa minoria, devendo o Estado protegê-los de tais pessoas.

Ainda sim, temos que aguardar o posicionamento a cerca do tema dos tribunais superiores. Mas tal discussão é quase tão espinhosa quanto a dos fetos anencéfalos ou do uso de células tronco em pesquisas científicas. Felizmente o judiciário não tem se deixado levar pelas pressões conservacionistas de certas mentes que se prendem ainda a paradigmas ultrapassados, ligados ainda à um positivismo jurídico ligado ao Estado liberal de direito, pois veja o resultado dos julgados que permitiu o uso da célula tronco em pesquisas científicas e o recente posicionamento do STF a cerca da união estável homoafetiva.

#### 4 – O TRANSEXUAL NO ESPORTE:

O esporte é parte importante na vida de toda a sociedade mundial. Tal importância é facilmente constatada com as quantias de dinheiro que o esporte faz circular mundialmente. A maioria absoluta<sup>19</sup> dos esportes praticados mundialmente é dividido por gênero sexual por

---

19 Deve-se levar em conta atividades consideradas como esporte no qual a gênero não tem qualquer



razões de vantagens bio-físicas dos competidores, num intuito de igualar, na medida do possível, a força e outros atributos físicos e mentais necessários ao esporte.

A primeira organização internacional de esportes para tratar da questão foi Associação Internacional de Federações de Atletismo em 1990. Especialistas em um seminário recomendaram por unanimidade que qualquer pessoa que sofreu mudança de sexo antes da puberdade devem ser aceitos no esporte sob o sexo atribuído. Indivíduos que se submeteram à mudança de sexo após a puberdade foram considerados para representar um problema mais complexo, uma vez que estiveram sob a influência de hormonas em seu gênero durante a sua ex-puberdade. Em particular, uma puberdade masculina significaria uma influência da testosterona, o que poderia, em teoria, ser de importância, mesmo depois de uma transferência para o sexo feminino. Foi, portanto, recomendado que qualquer caso seria avaliado individualmente por especialistas competentes antes que uma decisão seja tomada pelas autoridades esportivas relevantes. Estas recomendações têm servido como princípios orientadores também por outro comités e federações esportivas.

Com isso uma questão que pode ainda gerar certa confusão é no caso do transsexual que pratica esportes profissionalmente. Homens não podem competir, por exemplo, em atletismo na corrida de 100 metros rasos feminino porque tem maior explosão muscular, o que faz com eles consigam melhores resultados nessas corridas. Deve-se registrar aqui que não se trata de machismo, mas mero dado científico que pode ser facilmente comprovado ao se observar os recordes dessa modalidade de corrida. Enquanto o atleta Usain Bolt<sup>20</sup> conseguiu, em 2009, a marca de 9,58 segundos nos cem metros, a atleta Florence Griffith-Joyner<sup>21</sup> conseguiu em 1988 recorde, que se mantém inquebrável até a presente data, com tempo de 10,49 segundos.

---

importância, como corrida automobilística e o hipismo de corrida.

20 IAAF. Associação Internacional de Federações de Atletismo, *Toplist* disponível em: <http://www.iaaf.org/statistics/toplists/inout=o/age=n/season=0/sex=M/all=y/legal=A/disc=100/detail.html>. Acesso em 15 set 2011.

21 IAAF. Associação Internacional de Federações de Atletismo, *Toplist* disponível em: <http://www.iaaf.org/statistics/toplists/inout=o/age=n/season=0/sex=W/all=y/legal=A/disc=100/detail.html>. Acesso em 15 set 2011.

É visível a diferença entre homens e mulheres por uma questão biológica. A preocupação com relação à mudança de sexo nos esportes parece mais característica no caso do transsexual feminino, ou aquele que passou de homem para mulher, pois poderia significar uma forma de *doping* indireto, já que transsexual, mesmo com a mudança cirúrgica de suas características sexuais, poderia manter ainda as suas características atléticas.

Por esse motivo, em 2004, o Comité Olímpico Internacional – COI estabeleceu regras para que o transsexual pudesse participar do jogos olímpicos. Outras organizações esportivas também tem regras para a participação de transexuais, tal como a Ladies Professional Golf Association – LPGA. Tais regras, no entanto, são rígidas, consideradas por alguns, como a reporter Donna Rose<sup>22</sup>, até mesmo preconceituosas, mas não é unânime tal opinião.

Segundo o COI o número crescente de casos de mudança de sexo também tem vindo a afetar a competitividade esportiva. Embora indivíduos que se submetem a mudança de sexo costumem ter problemas pessoais que fazem dos esportes uma atividade de competição improvável em suas vidas, há alguns para quem a participação no desporto é importante. Assim, a questão que tem sido levantada é quanto aos requisitos específicos para sua participação em esportes, se poderiam ser exigidos e que requisitos deveriam ser esses.

Para se competir em esportes olímpicos, pelas regras do COI, deve a transsexual feminina ter os níveis de testosterona e massa muscular nos níveis femininos após a terapia hormonal e a cirurgia de harmonização sexual. Sendo concedida autorização para competir pelos médicos do Comité após reconhecidas todas essas mudanças físicas através de exames médicos elaborados pelos próprios e de ser considerada legalmente como do sexo alvo.

Por outro lado, o transexual masculino, ou seja, a mulher que torna-se homem, também pode causar dúvidas a cerca de sua participação, já que seu tratamento hormonal se daria justamente com as drogas que, segundo as regras do comités esportivos, seriam

---

22 ROSE, Lana. *Transsexual athletes treated unfairly*.

<http://edition.cnn.com/2010/OPINION/10/18/rose.transsexuals.sports/index.html>. Acesso em 15 set 2011.

consideradas como *doping*, pois feitas basicamente de testosterona.

Deve-se ainda discutir até que ponto o tratamento hormonal deixa de ser só tratamento para se tornar efetivamente *doping* ou a busca de melhora de performance por meio de substâncias exógenas ao corpo.

Críticas e suspeitas de que possa haver uma vantagem física de transexuais estão sendo esclarecidas pelo Corpo de Médicos Especialistas do COI . O transexualismo ainda é um assunto pouco conhecido e merece atenção.

Os especialistas<sup>23</sup> esclarecem alguns desses problemas com um guia oficial para atletas transexuais que se submeteram a cirurgia após a puberdade e pretendem competir. Um homem ou uma mulher não pode simplesmente requerer a mudança de gênero; é necessário que os atletas homens e mulheres transexuais tenham completadas as mudanças cirúrgicas incluindo a remoção das gônadas e a redesignação da genitália externa.

Em qualquer caso, para o transsexual competir devesse estar legalmente reconhecido, e o atleta devesse ter sido submetido a terapia hormonal por um período suficiente para neutralizar qualquer vantagem em competições esportivas, um período definido de dois anos após a remoção das gônadas.

## CONCLUSÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não resta dúvidas que a questão do transsexual não é das mais simples, mas deve a doutrina e a jurisprudência começarem a vislumbrar soluções para as problemáticas que podem surgir em torno da mudança fática e registral do sexo da pessoa, pois cabe aos operadores do direito, seja doutrinador, sejam os tribunais, preencher as lacunas deixadas na lei. E verifica-se que não há na legislação uma regulamentação quanto ao caso.

---

23 LJUNGQVIST, Arne. *Explanatory note to the recommendation on sex reassignment and sports*. Disponível em [http://www.olympic.org/Documents/Reports/EN/en\\_report\\_904.pdf](http://www.olympic.org/Documents/Reports/EN/en_report_904.pdf). Acesso em 15 set 2011.

Certo é que eventualmente o legislador haverá de propôr também uma regulamentação legal a cerca do tema. Enquanto isso, cabe seguir a teoria de Norberto Bobbio<sup>24</sup>, afirmava o jurista que nessas novas condições que vão ocorrendo em qualquer sociedade (sociedade essa concebida por ele como um ser em constante mudança e movimento) o operador do direito deveria deixar de ser um mero sistematizador e interpretador das leis, mas ter uma postura mais crítica, modificadora e criadora. Assim, aplicando ou deixando de aplicar leis de forma a adequar o Direito às necessidades da sociedade, superando o pensamento axiomático-dedutivo do direito, ao invés de forçar a sociedade a se adequar ao direito.

Não tardará para a ocorrência de problemas como um possível transsexual que já tenha filho, por exemplo. Ou um transexual cujo pai não lhe reconhece como filho mas teria direito a herança deste, mesmo não sendo mais a mesma pessoa. A tarefa não é fácil, devendo haver uma ponderação de interesses pautado na proporcionalidade e no princípio da concordância prática para se chegar a uma solução viável para todas as partes envolvidas.

Sempre lembrando que devido à carga axiológica existente nestes princípios e interesses envolvidos, os mesmos vivem em uma constante tensão. Em consequência dessa tensão não há que se cogitar, num sistema constitucional democrático, na existência de direitos fundamentais absolutos, isto é, direitos que sempre prevaleceram em detrimento de outros.

Por isso, conforme proposto anteriormente ao caso do filho do transsexual, justificaria a violação mínima da intimidade do transsexual para sinalizar em seus registros ou no registro de seu eventual filho a qualidade de pessoa que passou pela transgenitalização com intuito de preservar os interesses do filho. Violar-se-ia minimamente a intimidade do transgenitalizado para defender interesses de seus correlatos, no caso em análise, do filho ou qualquer outro que com ele tenha uma relação jurídica.

---

24 BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2005, p36 e 37

Da mesma forma que o STJ deu no Resp. 737993 a solução que melhor se adequava ao caso, colando de lado a falta de regulamentação para a situação do recorrente que havia passado pela transgenitalização, deve-se fazer o mesmo, enquanto não regulado por lei, para as situações dos que com ele se relacionam juridicamente.

Interessante nesse sentido destacar do voto do relator o seguinte trecho:

Quanto à retificação do sexo, informado pelo gênero biológico que consta do assento de nascimento, o Tribunal de origem também entendeu que o pedido é juridicamente impossível, asseverando, para tanto, que a falta de lei que disponha sobre o assunto impede o juiz de alterar o estado individual.

Entendo que, ao assim decidir, a Corte de origem diverge da orientação adotada por outros Tribunais de Justiça.

Ora, não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade.

**Deter-se o julgador a uma codificação generalista, padronizada, implica retirar-lhe a possibilidade de dirimir a controvérsia de forma satisfatória e justa, condicionando-o a uma atuação judicante que não se apresenta como correta para promover a solução do caso concreto, quando indubitável que, mesmo inexistente um exposto preceito legal sobre ele, há que suprir as lacunas por meio dos processos de integração normativa,** pois, atuando o juiz *supplendi causa*, deve adotar a decisão que melhor se coadune com valores maiores do ordenamento jurídico, tais como a dignidade das pessoas.(grifo nosso)

A solução dada ao caso pelo STJ foi louvável, uma vez que não se utilizou de normas positivadas, mas de princípios, principalmente do da dignidade da pessoa humana, para solucionar um problema fático não previsto pelo legislador, em uma aplicação axiológica da lei.

O legislador não tem como prever todas as ocorrências de uma sociedade, como pretende o positivismo jurídico, até mesmo porque os avanços tecnológicos atuais inviabilizariam a atividade legiferante pois o legislador haveria de editar novas leis quase que diariamente em face das novas situações que podem ocorrer. Assim sendo, não há outro meio que não encarar tais problemas em busca de uma solução que não se encontra nas leis, mas nos princípios e demais fontes do direito. Mas sem deixar de lado qualquer princípio envolvido.

## REFERÊNCIAS:

AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 7. ed. atualizada por Archilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2005.

Conselho da Justiça Federal. Enunciados da IV Jornada de Direito Civil. Disponível em <http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2016>. Acesso em 14 mai 2011.

IAAF. Associação Internacional de Federações de Atletismo, *Toplists* disponível em: <http://www.iaaf.org/statistics/toplists/index.html> . Acesso em 15 set 2011.

LJUNGQVIST, Arne. *Explanatory note to the recommendation on sex reassignment and sports*. Disponível em [http://www.olympic.org/Documents/Reports/EN/en\\_report\\_904.pdf](http://www.olympic.org/Documents/Reports/EN/en_report_904.pdf). Acesso em 15 set 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.

Organização Mundial da Saúde. *Gender and Genetics*. Disponível em <http://www.who.int/genomics/gender/en/index1.html>. Acesso em 14 mai 2011.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

STJ. Jurisprudência. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600032847&dt\\_publicacao=06/08/2010](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600032847&dt_publicacao=06/08/2010). Acesso em 25 ago 2011.

The Kinsey Institute. *Kinsey's heterossexual-homossexual rating scale* . <http://www.iub.edu/~kinsey/research/ak-hhscale.html>. Acessada em 14 mai 2011.