

PROTEÇÃO DA AUTONOMIA REPRODUTIVA DOS TRANSEXUAIS

Heloisa Helena Barboza
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: *A Constituição Brasileira assegura o direito ao planejamento familiar com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Esse direito é reconhecido não só ao casal, como ao homem e à mulher, que podem constituir sozinhos uma comunidade familiar, denominada família monoparental, constitucionalmente amparada. O Conselho Federal de Medicina adotou normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida destinadas a todas as pessoas capazes, abrindo assim tal possibilidade para qualquer pessoa independentemente de sua orientação ou situação sexual. Indispensável, neste momento, analisar o caso dos transexuais, que podem ter sua capacidade de reproduzir comprometida pelo processo transexualizador, para que seus direitos reprodutivos sejam resguardados.*

Palavras-chave: *transexual; planejamento familiar; reprodução assistida.*

A Constituição da República (CR) assegura ao casal, ao homem e à mulher o direito ao planejamento familiar com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Na atualidade, além do casamento, da união estável e da família monoparental, entidades constitucionalmente reconhecidas, outros arranjos familiares têm recebido tutela jurídica, de que é recente exemplo a equiparação das uniões homossexuais à união estável, por força de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF). Os integrantes das novas famílias não raro desejam constituir sua prole, sendo a adoção o instrumento utilizado para tanto. Contudo, as técnicas de reprodução assistida abriram diversas possibilidades de procriação para pessoas que não poderiam naturalmente ter filhos. O uso de tais técnicas por pessoas que não sejam heterossexuais tem sido questionado, quando não rejeitado, o que significa restringir o direito ao planejamento familiar. Nesse cenário, é indispensável analisar a situação dos transexuais, que podem ter sua capacidade de reproduzir irreversivelmente comprometida pelo processo transexualizador, para que seus direitos reprodutivos sejam resguardados. As breves reflexões que se seguem procuram contribuir para a proteção desses direitos.

Direito ao planejamento familiar

Com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, a Constituição da República de 1988, no artigo 226, § 7º, estabelece que o planejamento familiar é livre decisão do casal, compreendendo assim sua “autonomia reprodutiva” e os direitos reprodutivos positivos e negativos, como se esclarece a seguir.

Muito se tem debatido quanto à natureza jurídica do planejamento familiar, especialmente se constitui ou não um direito fundamental.¹ Observe-se que a inclusão do direito à reprodução em tal categoria gera efeitos importantes e irreversíveis que alcançam todas as pessoas indistintamente, uma vez que os direitos humanos são universais no que respeita a sua titularidade. Há também divergência quanto ao seu conceito e à extensão de seu conteúdo, que tem um papel decisivo por compreender “interesses e carências” que devem ser protegidos e fomentados por serem “fundamentais”, no sentido de que “sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia”.²

No que respeita ao conteúdo, há dois entendimentos: a) o dos Estados Unidos, onde para muitos autores a Corte Suprema Americana, ao decidir lides envolvendo o direito de procriar em diferentes aspectos (esterilização de delinquentes condenados por abusos sexuais, uso de contraceptivos por pessoas casadas, liberdade de a mãe levar adiante ou não uma gravidez, mesmo contra a vontade do marido) e sob variados fundamentos, admite o direito de procriar aos casais férteis ou não, que podem exercê-lo por meio de relação sexual ou utilizando técnicas de reprodução assistida;³ e b) o da Europa, onde se formulou em 1987 uma consulta ao Comitê Diretor dos Direitos Humanos (CDDH) sobre haver ou não a Carta Europeia assegurando um direito absoluto de procriar que estaria incluído no direito à vida. A base da questão envolveria a existência de um “hipotético” direito a ter filhos, derivado do próprio direito à vida, bem como do direito à privacidade, compreendendo não só a proteção da vida já existente (sentido negativo), mas também a possibilidade de criar uma vida por meio de técnicas médicas (sentido ativo). A resposta do CDDH foi negativa, sob o argumento de haver garantia contra os atentados à vida humana já existente, sem que, por tal razão, se proteja o direito de procriar.⁴

Embora se diga que os direitos reprodutivos não constituem um conceito acabado,⁵ esse foi estabelecido internacionalmente no Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, no Cairo, em 1994, e, em Beijing, em 1995, sobre as mulheres, como já alertam estudiosos do assunto.⁶ Desde então a história da “autonomia reprodutiva” teve significativo progresso: reconheceu-se, pela primeira vez em sede oficial,⁷ a

¹ Há divergência na terminologia relativa aos direitos fundamentais. Observa Jairo Gilberto Schäfer (2001, p. 25) que há utilização indiscriminada de diversas expressões para nomear a mesma categoria, na doutrina e mesmo no direito positivo. Cita o autor como exemplo a Constituição Federal, que se refere a direitos humanos (art. 4º, II); direitos e garantias fundamentais (epígrafe do tít. II e art. 5º, 1º); direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI); direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV). No mesmo sentido, ver Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, 999, p. 14, nota 14. Ingo Sarlet, ao contrário, ressalta a relevância da distinção Ingo Wolfgang SARLET, 2001, p. 33).

² Robert ALEXY, 1999, p. 61. Segundo o autor, tal concepção compreende não só os direitos de defesa liberais clássicos, com também os direitos sociais que asseguram um mínimo existencial.

³ Flávia PIOVESAN e Wilson PIROTTA, 2001, p. 157.

⁴ Encarna Roca TRÍAS, 2002, p. 101-104.

⁵ Cristina ZURUTUZA, 2001, p. 187.

⁶ PIOVESAN e PIROTTA, 2001, p. 155.

⁷ Não obstante a referência, a Proclamação da Conferência Internacional sobre Direitos Humanos de Teerã, de 13 de maio de 1968, estabeleceu que “16. The protection of the family and of the child remains the concern of the international community. Parents have a basic human right to determine freely and responsibly the number and the spacing of their children” (THE UNITED NATIONS BLUE BOOKS SERIES, 1995).

denominação “direitos reprodutivos” (*reproductive rights*), explicitados inequivocamente como direitos fundamentais ou humanos,⁸ que compreenderiam o direito de “decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre eles, e de acessar as informações, instruções e serviços sobre planejamento familiar”. Foi também textualmente reconhecido, como direito humano, “o direito à escolha reprodutiva”, como direito à liberdade reprodutiva, relativa a “se” e “quando” reproduzir, ensejando incluir nessa escolha o “como” reproduzir-se, relacionado às técnicas de reprodução artificial, compreendidas, portanto, nos mesmos termos, como opção pessoal absolutamente fundamental.⁹

Cabe lembrar que durante décadas o planejamento familiar e o controle da natalidade não eram pensados como tema de saúde e cidadania, mas como um problema “coletivo/macro/social”, pertinente ao debate sobre demografia e crescimento econômico. O “planejamento familiar” e o “controle da natalidade”, em outra compreensão, serviram de instrumento de políticas populacionais coercitivas e controle do crescimento da população em alguns países, como a China e a Índia. Os movimentos sociais, especialmente os das mulheres, vêm promovendo o deslocamento e a consolidação do referido tema para o campo da saúde reprodutiva, e o seu reconhecimento como direito, prioritariamente, individual.¹⁰

O tratamento dado pela legislação brasileira à matéria se inscreve na linha de proteção da cidadania e da saúde individual e permite reconhecer a introdução em nosso sistema da denominada “autonomia reprodutiva”, com garantia de acesso às informações e aos meios para sua efetivação, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.¹¹

Além disso, a Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regulamentou o citado dispositivo constitucional, não só conceitua o planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garante direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, como o declara expressamente direito de *todo cidadão* (art. 1º) e proíbe a utilização dessas ações para qualquer tipo de controle demográfico (art. 2º e parágrafo único).¹²

Nos termos da referida lei, o planejamento familiar integra as ações de atendimento global e integral à saúde, sendo o Sistema Único de Saúde (SUS) obrigado a garantir, em todos os níveis, programa que inclua como atividades básicas, entre outras, “a assistência à concepção e contracepção” e a oferecer, para fins de exercício do planejamento familiar, “todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção” (artigos 3º, parágrafo único, I e 9º).¹³

O direito fundamental à reprodução, contudo, não integra a relação dos direitos considerados “intangíveis” pela ordem jurídica internacional. Pode, portanto, ser afastado por exigência de circunstâncias excepcionais, que devem ser verificadas com rigor, visto

⁸ Paolo IAGULLI, 2001, p. 3. Refere-se o autor à International Conference on Population and Development, realizada no Cairo, de 5 a 13 de setembro de 1994, e à The Beijing Declaration and the Platform for Action: Fourth World Conference on Women, realizada em Beijing, China, de 4 a 15 de setembro de 1995.

⁹ IAGULLI, 2001, p. 5. Observa o autor que todos os programas de ações das referidas conferências centraram-se em um aspecto negativo da reprodução, limitando-se aos métodos de controle da fecundidade, vale dizer, voltaram-se para um “direito reprodutivo negativo” ou, de modo sintético, para um “direito de não reproduzir”, de uma “sexualidade sem reprodução” (p. 4).

¹⁰ Miriam VENTURA, 2004, p. 69.

¹¹ BRASIL, 1988, art. 226, § 7º.

¹² BRASIL, 1996.

¹³ BRASIL, 1996.

que exatamente em tais circunstâncias é que o direito estará ameaçado, exigindo que sua proteção seja mais firmemente assegurada.¹⁴ Embora o direito à reprodução constitua uma das manifestações do “princípio e direito à liberdade”,¹⁵ os efeitos do ato de geração necessariamente interferem de modo decisivo na esfera de interesses do filho, também internacionalmente reconhecidos.¹⁶ Portanto, o reconhecimento do direito à reprodução não pode conferir-lhe caráter absoluto. Nesse sentido, a corrente contrária à existência de um direito à procriação¹⁷ enfatiza que, ao ser admitido, tal direito não poderá ser absoluto, estando sempre limitado pelos direitos da criança por nascer, fundamentalmente por seu direito à dignidade e à formação de sua personalidade no seio de uma família com a dupla imagem de genitores, paterna e materna, “pois se este direito às vezes é contrariado pelas vicissitudes da existência, não deve ser desconhecido voluntariamente por uma escolha deliberada”.¹⁸

Não se pode dizer que no Brasil o direito ao planejamento familiar seja absoluto, pois é necessário submetê-lo a rigoroso trabalho de ponderação para que se lhe fixem os limites. O melhor interesse da futura criança, princípio constitucional a ser atendido com absoluta prioridade (CR, art. 227), é um dos limites que não podem ser preteridos,¹⁹ visto que não há um direito absoluto à criança, em respeito à tutela integral que lhe é conferida, inclusive em face de seus pais, legitimando a ingerência do Estado para limitar o exercício e o próprio conteúdo do direito à reprodução diante de abusos.²⁰ Parece razoável que, para tutela da criança a ser gerada, houvesse restrição ao direito de procriar caso o objetivo único e comprovado do(s) pai(s) fosse transmitir deliberadamente grave enfermidade para a prole. Pela mesma lógica, a clonagem reprodutiva poderia ser questionada, na medida em que retiraria uma das linhas de parentesco do filho assim gerado. Esses dois exemplos procuram demonstrar que só razões graves poderiam autorizar a restrição do direito ao planejamento familiar, em caráter de exceção. Acresça-se, ainda, para fins de ponderação, que as ações relativas ao planejamento familiar devem sempre levar em conta, além dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável que o fundamentam, especialmente os seguintes princípios estabelecidos na CR: a) igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges (art. 226, § 5º); melhor interesse da criança e do adolescente (art. 227); plena igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º); e acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196).

Com relação ao último princípio, cabe lembrar que a Lei n. 9.263/96 procurou atender às determinações constitucionais ao incluir o planejamento familiar no conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde (art. 3º). Por conseguinte, as “técnicas de concepção” previstas na citada lei (art. 9º) devem abranger as de reprodução assistida para que não sejam excluídos os beneficiários do SUS de uma das ações que asseguram o exercício do direito ao planejamento familiar, em flagrante afronta à Lei Maior. Nesse sentido, foi baixada em 22 de março de 2005, pelo Ministro da Saúde, a Portaria n. 426/GM, que institui, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida.

¹⁴ Patrick WACHSMANN, 1999, p. 60-61.

¹⁵ Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, 2003, p. 711-723.

¹⁶ Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989 (BRASIL, 990).

¹⁷ Dentre outros, José Oliveira de ASCENSÃO, 1994, p. 69-80.

¹⁸ Francisco FERRER, 1995, p. 23.

¹⁹ GAMA, 2003, p. 719.

²⁰ Eduardo de Oliveira LEITE, 1995, p. 133.

O caso dos transexuais

O reconhecimento do *right to procreate* ocorreu com foco em seu conteúdo negativo, que atribui ao indivíduo uma defesa contra qualquer privação ou limitação, por parte do Estado, da liberdade de escolha quanto a procriar ou não. Contudo, “procriar” denota principalmente o fato meramente genético, ou seja, de gerar filho. Posteriormente, acresceu-se ao conceito o aspecto positivo, que consiste no direito de desenvolver, em concreto, a função de genitor.²¹ No Brasil, como se constata nas normas existentes, o direito ao planejamento familiar tem dupla feição e compreende o direito de procriar em seu aspecto negativo e positivo.

O debate sobre o direito à procriação, como direito reprodutivo positivo, ao lado da possibilidade de uma “reprodução sem sexualidade”,²² compreendidos na “autonomia reprodutiva”, cresceu com a acentuada difusão do emprego das técnicas de reprodução assistida.²³ A controvérsia se renova e se acirra diante da possibilidade de utilização dessas técnicas pela população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais), em particular por homossexuais e transexuais. A discussão ético-jurídica volta-se agora, de modo geral, para o reconhecimento (ou não) do direito de procriar dessa população. Está em pauta, portanto, a titularidade desse direito. Nesse cenário, a situação²⁴ do transexual apresenta peculiaridades que põem em risco os seus direitos reprodutivos.

A existência desse risco, embora pareça contraditória num ordenamento legal que assegura os direitos reprodutivos, decorre da ainda restrita percepção jurídica dos sujeitos de direito no que respeita às diversas dimensões da sexualidade. Cada pessoa tem um *status* jurídico²⁵ a partir do qual são atribuídos direitos e deveres específicos, como ocorre com as mulheres. Uma das bases para a construção do *status* é o sexo do indivíduo, que, para o direito, é um fato natural (biológico) e imutável. O reconhecimento do sexo é feito na hora do nascimento com base na genitália externa, e esse dado constará do registro civil do recém-nato, acompanhando-o por toda a vida. Em função do seu sexo biológico, espera-se que a pessoa tenha determinado comportamento social (papel de gênero) e sexual (heterossexual) considerados “normais”.

A frustração dessas expectativas acaba por provocar, na prática, restrição de direitos. Os indivíduos que não apresentam o “comportamento considerado normal ou inteligível” afrontam as regras sociais jurídicas, sofrendo, em consequência, os efeitos negativos da não adequação ao sistema de coerência sexo-gênero-comportamento sexual. Muitos dos problemas jurídicos enfrentados pelos homossexuais resultam da ininteligibilidade de sua situação sexual pelo direito, tanto que só recentemente iniciaram a conquista de alguns direitos, por força de decisão do Supremo Tribunal Federal.²⁶

²¹ Leonardo LENTI, 1993, p. 42.

²² IAGULLI, 2001, p. 4.

²³ Claudia Lima MARQUES, 2000, p. 80.

²⁴ O termo “situação” do transexual, bem como “situação sexual” são aplicados neste trabalho para significar a condição que é atribuída a uma pessoa, na sociedade em que vive, em razão do seu sexo biológico e/ou comportamento sexual que adota. A palavra “situação” se refere ao “ato ou efeito de situar-se em relação a determinado ambiente; posição, localização”. Em sentido figurado, “condição social, ou econômica, ou afetiva, emocional, em que alguém se acha” (Aurélio Buarque de Holanda FERREIRA, 1999).

²⁵ *Status* ou estado jurídico é um conceito jurídico que compreende o complexo de qualidades peculiares ao indivíduo que estabelecem sua condição na sociedade, em razão do qual são atribuídos direitos e deveres (ex.: estado de filho, de casado, de maior ou menor idade, de nacional ou estrangeiro).

²⁶ Foi amplamente divulgado nos meios de comunicação o reconhecimento pelo STF da união estável entre pessoas do mesmo sexo, da qual podem decorrer direitos e deveres para os homossexuais.

Transexuais podem ser definidos como pessoas que não aceitam o sexo que ostentam anatomicamente. Sendo o fato psicológico predominante na transexualidade, o indivíduo identifica-se com o sexo oposto, embora dotado de genitália externa e interna de um único sexo.²⁷

Para o Conselho Federal de Medicina (CFM), transexual é a pessoa qualificada como paciente portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e autoextermínio, justificando sua inclusão na CID. Conforme o CFM, a definição do *transexualismo* deve obedecer aos seguintes critérios *mínimos*: a) desconforto com o sexo anatômico natural; b) desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; c) permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; e d) ausência de outros transtornos mentais.²⁸ Para o CFM, apenas os casos de *transexualismo*, isto é, de indivíduos que atendam a todos os requisitos mínimos que estabeleceu, são transexuais. Excluídas estariam, a rigor, as pessoas que vivenciam permanentemente um conflito entre sexo e gênero, mas não expressam o desejo de eliminar seus órgãos genitais, e as que por razões médicas ou de ordem pessoal não realizam a cirurgia. Não seriam tais pessoas transexuais, pois a medicina não reconhece a *transexualidade*.

Substancial pesquisa demonstra, porém, que a cirurgia não é o único caminho possível para a resolução dos conflitos entre corpo, sexualidade e identidade de gênero, e que é necessário desconstruir o “transexual universal e homogêneo”,²⁹ uma vez que a pluralidade e a diversidade de pessoas que vivem a experiência transexual não integram os documentos oficiais. Fica claro, porém, que esse entendimento em nada diminui a importância da cirurgia para aqueles que efetivamente a desejarem.³⁰

Na verdade, transexual não é apenas o indivíduo que deseja alterar (ou altera) cirurgicamente o sexo morfológico, nem o que desempenha papel de gênero não correspondente ao seu sexo biológico, mas a pessoa que corporifica permanentemente a incompatibilidade entre o sexo biológico (genético-morfológico) e o papel de gênero que desempenha continuamente. O transexual assim vive, porque sente pertencer ao outro sexo que não é o que está em seu corpo. Essa crença o move, nenhum outro motivo. Não há rompimento do conceito de sexo ou de gênero, mas do vínculo de correspondência necessária que entre eles se estabeleceu. Uma das características do transexual é essa contínua incompatibilidade entre o sexo biológico e o gênero que escolheu. O transexual consubstancia uma permanente contradição que o coloca supostamente no campo da ininteligibilidade.

A transexualidade é uma forma de expressão da identidade pessoal que é multifacetada e dinâmica,³¹ na medida em que pode ser alterada ao longo da vida, em função das vivências individuais. Sob essa ótica, transexual é o indivíduo que, de modo contínuo, sente e afirma ser do sexo contrário ao que lhe foi atribuído ao nascer, vive o gênero correspondente a esse sexo e deseja obter o reconhecimento dessa identidade, independentemente de modificação de sua genitália e da orientação sexual que adota. Nesses termos, sua vida constitui permanente denúncia da insuficiência do sistema sexo-

²⁷ Programa Brasil Sem Homofobia (PBSH), 2004, p. 30.

²⁸ Resolução CFM n. 1.652/2002, que dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM n. 1.482/1997 CFC, 2002).

²⁹ Berenice BENTO, 2008, p. 45.

³⁰ BENTO, 2006, p. 231.

³¹ Sobre a visão dinâmica da identidade pessoal, ver Raul Cleber da Silva CHOERI, 2010.

gênero existente, especialmente na área jurídica, para recepcionar toda diversidade do comportamento sexual humano.

O encaminhamento da solução para os problemas dos transexuais tem um de seus marcos na Portaria n. 1.707, de 18 de agosto de 2008, do Ministério da Saúde, que instituiu no âmbito do SUS o processo transexualizador a ser empreendido em serviços de referência devidamente habilitados à atenção integral à saúde dos indivíduos que dele necessitem, observadas as condições estabelecidas na Resolução n. 1.652, do CFM. A cirurgia é agora acessível a todas as classes sociais. Merece destaque o disposto no inciso I, do artigo 2º, da Portaria, que, ao estabelecer as ações para o processo transexualizador no âmbito do SUS, permitiu expressamente que a integralidade da atenção não restrinja nem centralize a meta terapêutica no procedimento cirúrgico de transgenitalização e de demais intervenções somáticas aparentes ou inaparentes.

De realce igualmente o fato de nenhuma ressalva ter sido feita quanto à possibilidade de preservação de gametas dos que se submetem à hormonioterapia e/ou cirurgias para conformação do outro sexo, procedimento que é adotado em outros tratamentos esterilizantes, como os de radioterapia em caso de câncer. Parece que não foi cogitada a hipótese de os transexuais terem filhos através das técnicas de reprodução assistida, utilizando seu próprio material genético.

O foco do tratamento é a adequação do corpo/genitália ao gênero vivenciado pelo transexual, ou seja, promover a transformação por ele sonhada. Isso de fato ocorre, mas lamentavelmente não é o bastante para retirá-lo do rol dos anormais, uma vez que o reconhecimento do sexo que adotou dependerá de decisão judicial que autorize sua requalificação civil, o que não lhe é assegurado e nem sempre ocorre,³² especialmente em razão da restrita percepção jurídica da diversidade sexual, que se aferra com frequência ao determinismo biológico. Mais grave é a crença geral de que os pedidos judiciais, mesmo os relativos apenas à mudança de nome, somente são deferidos após a cirurgia, o que é realmente frequente. O corte físico tem efeito convincente: há casos em que se exige a retirada do útero e/ou de ovários para que haja a alteração apenas do prenome; para a modificação do sexo no registro civil é exigida a transgenitalização, vale dizer, a extirpação dos órgãos genitais de nascimento. Nessa linha, a castração torna-se pressuposto para a possibilidade da mudança do sexo, que pode não ser alcançada: pelo menos dois pedidos foram rejeitados mesmo após o procedimento cirúrgico.

O que se percebe é que a contradição encarnada pelo transexual constitui um “pecado” grave pelo qual é duplamente punido. Sofre todas as “pequenas” e “variadas” sanções cotidianas impostas pela sociedade: constrangimentos, humilhações e severa discriminação que o confinam em um dos muitos guetos destinados aos anormais. Sofre também a punição do poder judiciário, por não atender ao esperado e não observar as regras prescritas pelo sistema sexo-gênero que ditam a inteligibilidade dos seres humanos pelo direito. A pena que lhe é aplicada – não prevista em qualquer lei – é o não reconhecimento da identidade sexual que adota, em alguns casos mesmo tendo feito a transgenitalização e, “com mais razão”, quando não a realiza. Ter um corpo que não condiz com o estado civil existente acarreta a retirada de vários dos seus direitos, pois, como visto no item anterior, o sexo de nascimento e a adoção do gênero para ele esperado são uma das bases para a atribuição de direitos e deveres.

Na verdade, nada é dito diretamente, nada é expresso, múltiplos e imprecisos são os argumentos invocados para aplicação da pena perpétua de negação da identidade.

³² Sobre o tema, ver Heloisa Helena BARBOZA, 2010.

Essas são as sanções previstas para a infração das normas estabelecidas nos códigos invisíveis por onde transpiram as regras morais.

No âmbito do não dito está a verdadeira razão de penas tão rigorosas. O homem ou a mulher que resulta do tratamento do transexualismo é um produto do saber biotecnocientífico, aplicado à saúde, o que implica e legitima a intervenção e o controle sobre esse grupo de indivíduos que apresentam riscos para a ordem social estabelecida, por insistirem em comportamentos e práticas “não saudáveis” para sua condição: casar, constituir família, ter filhos, enfim, exercer direitos que têm como pressuposto a heterossexualidade, praticada por indivíduos que respeitem integralmente o sistema sexo–gênero.

Considerações finais

A leitura dos dispositivos constitucional e legal que tratam do direito ao planejamento familiar não deixaria dúvidas quanto ao reconhecimento dos direitos reprodutivos dos transexuais. Não deveria haver razão para qualquer questionamento, especialmente por ser objetivo do processo transexualizador a “criação” de uma mulher ou de um homem, segundo os padrões sexo–gênero, o que inclui a conformação da genitália “adequada”. Todavia, os problemas enfrentados pelo transexual para sua requalificação civil, após o processo transexualizador promovido pelo SUS, bem como a não cogitação da possibilidade de reprodução, após um tratamento que conduz à esterilidade, evidenciam o quão difícil será admitir seu direito à reprodução.

Cabe lembrar que a efetiva possibilidade de os homossexuais se valerem das técnicas de reprodução assistida para exercer seu direito à procriação, já existente, só veio a surgir, ainda que de modo não expresso, após a edição da Resolução n. 1.597/2010 pelo CFM, segundo a qual podem ser receptoras das referidas técnicas todas as pessoas capazes que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites daquela resolução. Nada autoriza que se excluam os transexuais do alcance da citada resolução.

Além disso, a preservação de gametas para utilização futura é procedimento já adotado em outros casos de tratamentos que geram esterilidade, cabendo lembrar que o direito brasileiro³³ admite a denominada inseminação *post mortem*, ou seja, a fertilização da mulher com sêmen do marido já falecido, procedimento considerado ético pelo CFM, desde que haja autorização prévia específica do/a falecido/a para o uso do material biológico criopreservado. Em ambos os casos se procura proteger o direito à reprodução futura.

Diante desses fatos, a restrição do direito dos transexuais ao planejamento familiar (que no Brasil não é absoluto), mais precisamente à reprodução, só pode ocorrer por exceção após rigoroso trabalho de ponderação dos princípios envolvidos.

Imperioso é, porém, que se proteja, desde logo, no momento adequado do processo transexualizador, a autonomia reprodutiva dos transexuais, sob pena de afronta aos princípios da Constituição da República.

Referências

- ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático”. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, jul./set. 1999.
- ASCENSÃO, José Oliveira de. “Problemas jurídicos da procriação assistida”. *Revista Forense*, ano 90, v. 328, p. 69-80, 1994.
- BARBOZA, Heloisa Helena. *Procedimentos para redesignação sexual: um processo bioeticamente inadequado*. 2010. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Programa de

³³ Código Civil, Lei n. 10.406/2002, art. 1.597, III (BRASIL, 2002).

- Pós-Graduação em Saúde Pública, Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca – ENSP, Fiocruz, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetailheObraForm.do?select_action=&co_obra=187443>. Acesso em: 10 mar. 2011.
- BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.
- _____. *O que é transexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 2008.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2011.
- _____. Presidência da República. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 12 set. 2011.
- _____. Presidência da República. Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>. Acesso em: 10 set. 2011.
- _____. Presidência da República. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2011.
- _____. Ministério da Saúde. Portaria n. 1.707, de 18 de agosto de 2008. Brasil Sem Homofobia. Brasília, 20 ago. 2008. Disponível em: <http://bvms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html>. Acesso em: 10 set. 2011.
- _____. Ministério da Educação. *Programa Brasil Sem Homofobia*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=16683>. Acesso em: 12 set. 2011.
- CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- CFC. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 1.652/2002. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM n. 1.482/97. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 10 set. 2011.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FERRER, Francisco A. M. *Procreacion asistida panorama juridico*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 1995.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- IAGULLI, Paolo. *"Diritti riproduttivi" e riproduzione artificiale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- LENTI, Leonardo. *La procreazione artificiale: genoma della persona e attribuzione della paternità*. Padova: Cedam, 1993.
- MARQUES, Claudia Lima. "Assisted Reproductive Technology in South America and the Effect on Adoption". *Texas International Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 80, 2000.
- PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson R. Buquetti. "Direitos reprodutivos e o poder Judiciário no Brasil". In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (Org.). *Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina*. Campinas, SP: Unicamp; Nepo, 2001. p. 155-186.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- THE UNITED NATIONS BLUE BOOKS SERIES. *The United Nations and Human Rights 1945-1995*. New York: Department of Public Information U.N., 1995. v. VII.
- TRÍAS, Encarna Roca. "Direitos de reprodução e eugenia". In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Biotecnologia, direito e bioética*. Belo Horizonte: Del Rey; PUC-Minas, 2002. p. 100-126.
- VENTURA, Miriam. *Direitos reprodutivos no Brasil*. 2. ed. Brasil: UNFPA, 2004.
- WACHSMANN, Patrick. *Les droits de l'homme*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1999.
- ZURUTUZA, Cristina. "Para uma convenção interamericana pelos direitos sexuais e reprodutivos". In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (Org.). *Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina*. Campinas, SP: Unicamp; Nepo, 2001. p. 187-207.

Protection of the Reproductive Autonomy of Transsexuals

Abstract: *Brazilian Constitution ensures the right to family planning founded on the principles of the dignity of the human person and that of responsible parenthood. Such right is ensured not only to different sex couples but, individually, to men and women alike, for Brazilian Constitution also acknowledges individuals as a family community, that is, a "monoparental family". In order to ensure to every capable person a better fulfillment of that right, disregarding his or her sexual orientation, Brazilian Federal Medicine Council has established ethical norms to assisted reproductive techniques. Regarding transsexuals, it is of utmost importance to critically analyze Trans-sexualizing Process for it might compromise their reproductive capacities and rights.*

Key Words: *Transsexual; Family Planning; Assisted Reproduction.*