

Os princípios constitucionais e o transexualismo

Constitutional principles and transsexualism

Rosângela Mara Sartori Borges*

* Mestre em Direito do Estado pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro (FUNDINOPI). Docente do curso de Direito da Universidade Norte do Paraná (UNOPAR), Araçongas-PR, e do curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana (FACNOPAR).
e-mail: <rosangela.borges@unopar.br>

Resumo

O artigo refere-se à análise do transexualismo à luz dos princípios constitucionais, no sistema jurídico brasileiro, especialmente o do Estado Democrático de Direito e o da preservação da dignidade da pessoa humana. Demonstra que todos, inclusive as minorias, são titulares de direitos e como tais devem ser amparados pelo Estado que tenha como fundamento a democracia e a preservação da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Democracia. Dignidade da pessoa humana. Transexualismo.

Abstract

The article is an analysis of transsexualism in the light of the Brazilian juridical system, specially the Democratic State of rights and the preservation of the human being's dignity. It shows that everybody, including the minorities, is a bearer of rights and as such should be supported by the State, which has democracy and the preservation of the human being's dignity as its basis.

Keywords: *Constitutional principles. Democracy. Human being's dignity. Transsexualism.*

1 Visão Geral dos Princípios

Os princípios são de natureza variada e a tarefa de conceituá-los de maneira precisa, através de um sintético enunciado, não é das mais simples. Mesmo assim, uma formulação brilhante é a do jurista Clemente de Diego que esclarece:

Princípio de direito é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um direito positivo. (DIEGO, 1948 apud BONAVIDES, 2000, p. 229).

Uma das críticas que se faz a esse conceito é que ele não menciona a normatividade dos princípios, considerada traço fundamental para a sua caracterização.

Observe-se que há princípios inscritos na lei e há outros não, pois não se constituem princípios apenas os positivados, mas todo o axioma derivado da cultura jurídica universal. Anote-se: inscritos ou não, surgem como preceitos fundamentais para a prática e a proteção dos direitos.

Discute-se, na doutrina, a existência ou não de distinção entre princípios e normas. Sobre o tema, a teoria contemporânea dos princípios bem sintetizou a questão¹ preceituando que não há distinção entre normas e princípios, visto que estes são dotados de normatividade (BONAVIDES, 2000). Afirma que as normas compreendem regras e princípios (norma é

gênero, princípios e regras são espécies). Diferenças há entre regras e princípios (CANOTILHO, 1998). Além disso, reconhece a superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa, tanto no sentido formal como no material, pois são compreendidos e até confundidos com os valores.

É evidente, portanto, a importância dos princípios, tanto para os ordenamentos jurídicos como para a constituição de um Estado de Direito. Por isso, longe está o tempo em que a única função dos princípios era a supletiva ou subsidiária, a qual vinculava à questão da capacidade ou da suficiência normativa do ordenamento jurídico (época em que os positivistas entendiam o Direito como mero sistema de leis, com total exclusão de valores).

Com a doutrina contemporânea, pode-se atribuir aos princípios: nos momentos revolucionários, a função de ordenar os fundamentos que deram base à revolução; a imediata aplicação, quando tenham condições de auto-executoriedade; e, ainda, a ação no plano integrativo, construtivo e prospectivo (BASTOS, 1999).

Nos casos de integração e construção, os princípios dependerão de legislação que lhes dê eficácia e, no caso da função prospectiva, tendem a uma aplicabilidade cada vez maior.

Além disso, Ruy Samuel Espínola (2002) apresenta outras relevantes funções: a fundamentadora, a interpretativa e a supletiva.

¹ Paulo Bonavides esclarece ter sido esta uma longa discussão da doutrina em tempos passados, solucionada, porém, com a teoria contemporânea dos princípios.

Pela função fundamentadora da ordem jurídica, os princípios ostentam uma eficácia derogatória e diretiva. Significa que as normas que se contraponham aos núcleos assentados nos princípios constitucionais perderão sua validade e/ou sua vigência.

Levando-se em conta o sistema jurídico como ordem global (totalidade do direito positivo) e de subsistemas (ramificações estrutural-normativas do Direito), como ordens parciais, os princípios desempenham a função de dar fundamento material e formal aos subprincípios e demais regras integrantes da sistemática normativa.

Por intermédio da função interpretativa, os princípios servirão de orientação para as soluções jurídicas a serem processadas pelo intérprete. São verdadeiros vetores de sentido jurídico às demais normas, em face de atos e fatos que exijam compreensão normativa. Cumprem função orientadora do trabalho interpretativo.

Através da função supletiva, os princípios realizam a integração do Direito, preenchendo as lacunas legais.

Em que pese sejam várias as funções dos princípios, não se pode deixar de destacar que todas são elementares para a composição de um sistema jurídico.

Tanto em relação à existência como à funcionalidade, os princípios são compreendidos de acordo com uma concepção sistêmica do ordenamento jurídico e justificam-se por emprestar solidez, coerência e identificação a esse sistema. Eles sempre aparecem vinculados à idéia de regentes, num ambiente logicamente organizado, mesmo quando entendidos localizados fora do Direito positivo ou encontrados nos interiores dos códigos e das leis (ROTHENBURG, 1999).

Partindo dessa concepção sistêmica do Direito, os princípios possuem um duplo aspecto fundamental: trata-se de uma ordenação que não é apenas formal, mas substancial ou material. Assim, os princípios exercem uma função de ordem formal porque proporcionam uma concatenação lógica ao sistema e exercem função de ordem material quando dão significado, sentido e harmonização aos conteúdos normativos. É essa abertura que possibilita o acompanhamento da realidade fazendo com que o Direito esteja em constante sintonia com o ambiente social.

Além de exercerem uma dupla função no sistema jurídico, são importantes para a sua sustentação, seja em momentos de relevantes mudanças institucionais ou em situações normais, através de sua imediata aplicação. Eles servem de base tanto para a formação do ordenamento como para a aplicação de todo o Direito.

Porém, é no Direito Constitucional que a concepção de fundamento do direito positivo se otimiza diante da teoria principialista. Os princípios estabelecidos nas constituições servirão de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos constitucionais e infraconstitucionais.

2 Princípios Constitucionais

Os princípios, ao integrarem a lei maior, passam para o ponto mais alto da escala normativa, sendo rodeados de prestígio e hegemonia conferidos às normas constitucionais, fundamentando toda a ordem jurídica.

Existe uma variada classificação dos princípios orientada por um critério de generalidade/positividade: princípios gerais de Direito; os que se referem a uma determinada concepção político-social; e, finalmente, princípios mais específicos dotados de maior precisão (ROTHENBURG, 1999).

José Joaquim Gomes Canotilho assim os classifica: princípios jurídicos fundamentais, princípios politicamente conformadores, princípios impositivos e princípios-garantia (CANOTILHO, 1998).

Os princípios jurídicos fundamentais são historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e encontram uma recepção explícita ou implícita no texto constitucional. Constituem importante fundamento para a interpretação, a integração, o conhecimento e a aplicação do direito positivo.

Exercem função tanto no seu aspecto positivo como no negativo, sendo exemplos do primeiro o princípio da publicidade dos atos jurídicos, o princípio da imparcialidade da administração e, do segundo, os **casos limites** (Estado de Direito e de não direito, Estado Democrático e ditadura).

Os princípios politicamente conformadores são aqueles que exteriorizam os valores políticos fundamentais do legislador constituinte: "São o cerne político de uma constituição política" (CANOTILHO, 1998, p. 1090). São, por exemplo, os que se referem à forma de Estado, forma de governo, à estruturação do regime político, etc..

São princípios constitucionais impositivos aqueles que determinam aos órgãos do Estado, especialmente ao legislador, a realização de fins e tarefas. Traçam, sobretudo para o legislador, linhas de sua atividade política e legislativa.

Finalmente, os princípios-garantia são aqueles que objetivam instituir direta e imediatamente uma garantia em favor dos cidadãos. Têm a densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. Em função disto, o legislador se encontra vinculado à sua aplicação. São exemplos: *nullum crimen sine lege*, *in dubio pro reo*, o princípio do juiz natural, etc..

José Afonso da Silva (2000), ao classificar os princípios constitucionais, toma por base José Joaquim Gomes Canotilho, dividindo-os em duas categorias: os princípios político-constitucionais e os jurídico-constitucionais.

Ensina que os primeiros são os constituídos daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo. São princípios fundamentais que se traduzem em normas-síntese ou normas-matriz, como, por exemplo, o regime e a forma de governo.

Os princípios jurídico-constitucionais são informadores da ordem jurídica nacional, decorrentes de certas normas constitucionais, algumas vezes resultantes de desdobramento dos princípios fundamentais. São exemplos os princípios da legalidade, da isonomia, etc..

Ao tecer um estudo na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, o referido autor analisa minuciosamente os princípios fundamentais discriminando-os:

- a) princípios relativos à existência, forma, estrutura e tipo de Estado;

- b) princípios relativos à forma e à organização dos Poderes;
- c) princípios relativos à organização da sociedade;
- d) princípios relativos ao regime político (entre estes está o princípio da dignidade humana);
- e) princípios relativos à prestação positiva do Estado;
- f) princípios relativos à comunidade internacional.

Luís Roberto Barroso (1991) também apresenta uma classificação dos princípios constitucionais na nossa Constituição, tendo por critério o grau de importância e a abrangência dos princípios. Classifica-os em: fundamentais, constitucionais gerais e setoriais ou especiais.

Princípios fundamentais são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do estado, tais como a forma de governo, o regime e a separação dos poderes.

Os princípios constitucionais gerais são os desdobramentos menos abstratos dos princípios fundamentais, equivalendo aos princípios-garantia preceituados por José Joaquim Gomes Canotilho (1998). São, por exemplo, o da legalidade, o da isonomia, do devido processo legal, entre outros.

Os princípios setoriais são os que abrangem um específico conjunto de normas afetas a um determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Podem se apresentar como detalhamento dos princípios gerais ou de forma autônoma. Como exemplos, podem ser citados os princípios da legalidade, da moralidade, da publicidade em relação à administração, da capacidade contributiva, da legalidade tributária, da anterioridade da lei tributária em relação à tributação e do orçamento.

Apesar das várias classificações, não há qualquer problema na adoção de todas ou de uma delas porque o que as diferencia é o critério utilizado. Além disso, seja qual for a classificação adotada, seu principal objetivo é reunir os princípios afins para melhor apresentá-los.

Independente da classificação adotada, os princípios constitucionais servirão de norte para o legislador, para o juiz e também para a sociedade, pois eles traduzem os valores fundamentais de um povo e são o alicerce de todo o ordenamento jurídico.

Importa dizer que as questões não regulamentadas por legislação pertinente deverão ser analisadas e resolvidas à luz dos princípios constitucionais. O transexualismo, ainda não contemplado pela lei, não obstante seja essencialmente dinâmico o Direito (criação humana para solucionar os problemas e as angústias do indivíduo), enquadra-se nesse contexto.

3 Princípios Fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Destacados apenas os pontos necessários sobre os princípios constitucionais, torna-se imprescindível a abordagem dos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988, especialmente daqueles que se revestem de importância para a análise jurídica da transexualidade.

Caracterizados pela fundamentalidade, eleitos pelo legislador constituinte como os mais importantes de nosso ordenamento jurídico, os princípios fundamentais estão escritos nos primeiros quatro artigos do texto constitucional.

No artigo 1º, são estabelecidos os princípios

republicano, federativo, do Estado de Direito e o democrático. O princípio republicano determina a República como forma de governo do Estado brasileiro, tendo por características principais a temporariedade (deve haver alternância de pessoas entre aqueles que exercem o poder político), eletividade (o povo elege seu chefe de governo) e responsabilidade (o chefe de governo deve prestar contas de sua orientação política) (DALLARI, 2001).

O princípio federativo estabelece a federação como forma de Estado, tendo por característica a união indissolúvel das coletividades regionais autônomas designadas de Estados-membros. Essa autonomia conferida às unidades federativas tem por base dois elementos: a existência de órgãos governamentais próprios e a posse de competências exclusivas (SILVA, 2000).

Como o princípio republicano, por si só, não tem demonstrado capacidade de resguardar a soberania popular nem a submissão do administrador à vontade da lei, fez-se necessário o acolhimento constitucional dos seguintes princípios: o do Estado de Direito e o do Estado Democrático.

A idéia de Estado de Direito surgiu no final do século XVIII e início do Século XIX, fruto dos movimentos burgueses revolucionários, que naquele momento se opunham ao absolutismo. Surge como idéia de submeter os governantes à vontade legal. De forma sintética, é o Estado que se submete às leis, sejam elas quais forem. É a idéia de uma limitação do Estado pelo Direito.

O Estado de Direito assegura a liberdade individual, repudia a instrumentalização da lei a propósitos autoritários. Nessa concepção, insere-se a limitação dos fins e das tarefas do Estado à garantia da liberdade e da segurança da pessoa e da propriedade individual. Opõe-se ao Estado de polícia (limitador das liberdades, preterindo-as em favor do domínio estatal, geralmente imposto e mantido pela força).

São notas marcantes do Estado de Direito a repulsa à idéia de o Estado realizar atividades materiais, a acentuação da liberdade individual (na qual só a lei poderá intervir) e o enquadramento da administração pelo princípio da legalidade. Essa formalização do Estado conduziu a uma doutrina de mera legalização e fiscalização judicial dos atos administrativos (BASTOS; MARTINS, 1988).

Inúmeras críticas foram tecidas a este estado formal, desencadeando-se um processo de democratização; além de submeter-se a leis, o Estado deve prestigiar a vontade popular e os fins propostos pelos cidadãos. Sob tal inspiração, através de movimentos políticos do final de Século XIX e início do XX, surge o Estado Democrático de Direito.

O conceito de democracia, que pode ser entendido como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade humana) de convivência humana, vem agregar ao Estado de Direito o princípio da soberania popular: o povo escolhendo seus representantes e participando efetivamente nas decisões estatais.

José Afonso da Silva preleciona, destacando a democracia que o Estado deve realizar:

[...] há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, § único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (SILVA, 2000, p. 123-124).

A Constituição de 1988, estabelecendo como princípio fundamental o Estado Democrático de Direito, abre perspectivas de realização social através dos instrumentos que oferece à cidadania, assegurando-lhe a formação de uma sociedade alicerçada na dignidade da pessoa humana.

Este valor deve ser entendido como o absoluto respeito aos direitos fundamentais da pessoa. Concretiza-se quando o Estado possibilita que todos os indivíduos atinjam a cidadania plena, conquistadas a paz e a integridade.

Em nome do princípio democrático, tal parcela da sociedade, embora minoritária, deve ser levada em consideração pelo nosso ordenamento jurídico, assegurando-se a integração social desses indivíduos e garantindo-lhes a preservação da dignidade humana e a efetivação dos seus direitos fundamentais.

O dever constitucional do Estado Democrático para com os transexuais tem, portanto, como corolário o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e o conseqüente respeito que lhe é devido.

4 Noções sobre o Transexualismo e sua Etiologia

Formada por uma textura complexa e riquíssima, há na sociedade evidente multiplicidade de valores e situações que não podem ser desprezados pelo Estado, ainda que traduzam apenas interesses das minorias ou dos que possuem condutas incomuns.

A proteção às liberdades de todos pressupõe, essencialmente, a tolerância com as diferenças. O Estado Democrático presume a possibilidade de que as minorias atinjam seus objetivos, não obstante o predomínio da vontade da maioria.

Inseridos na minoria social, por força de uma conduta incomum, estão os transexuais, indivíduos que apresentam uma síndrome caracterizada pelo desejo compulsivo de modificar o seu sexo anatômico em conformidade com o seu sexo psicossocial.

Muitos são os conceitos apresentados sobre a transexualidade. Porém os diferentes conceitos têm em comum a não compatibilização do sexo biológico com a identificação psicológica do mesmo indivíduo (HODJA, 1993).

Luiz Roberto Lucarelli (1991, p. 215) esclarece:

A transexualidade consiste numa inversão da identidade psico-social, com um incontrolável anseio de total reversão sexual. O transexual não se conforma com a própria condição, sentindo-se fora do meio social, possuindo disposição psíquica e afetiva do sexo oposto. Assim encontramos num indivíduo com genitália externa masculina, uma personalidade eminentemente feminina ou vice-versa.

John Money e Patrícia Tucke (1981) entendem que, no transexualismo, a identidade sexual do indivíduo volta-se totalmente contra a sua anatomia. Esclarecem que o transexual enxerga sua genitália como um erro da natureza e quer somente livrar-se dela.

Esclarecedora é o conceito trazido pela psicóloga Regina Teixeira, coordenadora de um projeto sobre redesignação sexual da Universidade Tuiuti do Paraná, acrescentando alguns elementos sobre o transexualismo:

Transexual é o indivíduo que apresenta desconforto permanente com o sexo biológico. Devido a esta repugnância, não mantém contato com o mesmo [...] Sua identidade sexual (consciência psicológica de ser homem ou mulher) é oposta ao sexo biológico. Sente não pertencer ao sexo que lhe foi atribuído. (TEIXEIRA, 1999, p. 114).

Segundo a Classificação Internacional das Doenças (CID-10 F64.0), o transexualismo caracteriza-se por um desejo imenso de viver e ser aceito como membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e o desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia, para seu corpo ficar tão congruente quanto possível com o sexo preferido.

Sem dúvida trata-se de um drama jurídico-existencial. Os transexuais vivenciam um conflito: não possuem identificação sexual, assumindo uma realidade sexual oposta à sua natureza física. Integram minoria que não tem um comportamento sexual normal, inexistindo neles a unidade entre o sexo biológico e o psicológico.

É importante destacar que o transexualismo não é um capricho passageiro. Ao contrário, há uma busca constante entre integração física, emocional, social, espiritual e sexual. O ponto chave da psique do transexual é a vontade de ter seu sexo alterado (ARAUJO, 2000).

A origem da síndrome do transexualismo permanece ainda desconhecida, porém existem inúmeros trabalhos visando lançar alguma resposta para tantas perguntas que envolvem o transexualismo. De forma sintética, podem ser apontadas cinco teorias visando esclarecer a sua origem: teoria genética, teoria fenotípica, teoria psicosssexual, teoria da bissexualidade cerebral ou psíquica e teoria neuroendócrina (FARINA, 1987).

A teoria genética traz a hipótese de que o transexualismo ocorra na fase de blastema, ou seja, no momento da união dos cromossomos do óvulo e do espermatozóide, fase pré-embriônica ou ainda fase de progênese (formação e desenvolvimento das células sexuais da reprodução).

O sexo cromossômico amparado pelo suporte endócrino forma o terreno responsável pela sexualidade individual.

A teoria fenotípica atribui a origem do transexualismo

ao biótipo do indivíduo, cuja conformação anatômica feminóide, ginandróide e androginóide induziria, com seu estigma, o desabrochar do quadro do transexualismo masculino, da mesma forma que uma conformação andróide ou masculinóide faria despontar um transexual feminino.

Tal teoria não convence especialmente pelo fato de que o indivíduo só se dá conta de seus atributos físicos a partir da puberdade, enquanto que o transexual desde pequeno percebe a sua inclinação incoerente ao seu sexo.

A teoria psicosssexual ou psicológica é atribuída a Stoller, que se baseia no ambiente social onde o indivíduo se desenvolve. Essa teoria parte da verificação de uma regressão evolutiva do desenvolvimento libidinal a níveis pré-ediípianos, como consequência da identificação com a figura materna. A mãe dominante, que por muito tempo mantém o filho preso a ela, acaba por constituir-se em um objeto único de identificação da criança. Nesse caso, o pai ausente psicologicamente não teria condições de interromper aquela relação exacerbada entre mãe e filho, situação responsável pelos desvios no desenvolvimento psicosssexual normal, do que resultariam os desvios sexuais. Essa teoria tem sido considerada superada por alguns estudiosos.

A teoria da bissexualidade cerebral ou psíquica remonta a Freud que é o autor das teorias psicanalíticas da identidade do gênero, cujo período crítico de diferenciação psicosssexual parece ocorrer nos primeiros cinco anos de vida.

A teoria neuroendócrina ou biossexual, elaborada por Harry Benjamin, parte dos estudos do hipotálamo humano, glândula que controla o comportamento sexual.

Segundo esta teoria, ocorreriam alterações nas estruturas dos centros de identidade sexual do hipotálamo algum tempo depois do período crítico da embriogênese em torno do 2º mês de vida intra-uterina.

Conforme estudos recentes, o hipotálamo é fundamentalmente feminino em todos os fetos, independentemente de serem geneticamente femininos ou masculinos.

Um excesso de estrógenos da mãe, ou a falta de funcionalidade dos órgãos neurais, causaria a permanência do centro hipotalâmico com características femininas, deflagrando, mais tarde, um comportamento sexual anormal nos indivíduos.

As experiências feitas em macacos têm comprovado essas afirmações, demonstrando que hormônios andrógenos, em período pré-natal precoce, têm efeito na diferenciação psicosssexual manifestada posteriormente.

A existência de um provável mosaico genético cromossômico sexual, oculto ou não, da glândula hipotalâmica, responsável pela identidade psicosssexual ou identidade do gênero, explicaria, razoavelmente bem, a origem conflitante da homossexualidade do corpo e da heterossexualidade da alma. Parece existirem cerca

de 30% de mosaicismo de cromossomos sexuais nos transexuais, o que é bem superior aos valores encontrados nos homossexuais e nos indivíduos normais, onde o mosaicismo é praticamente nulo.

Segundo Dr. Jalma Jurado, médico-cirurgião que atua na área de cirurgias de redesignação sexual, há no Brasil propostas de nomeação **neuro-discordância de gênero** (O.N.G. - Transgender) ao invés do termo **transexualismo**. (JURADO, 1999).

Tais propostas indicam que a causa da patologia estaria no eixo neural formado na fase pré-natal (mais precisamente no hipotálamo) (Inst. Cérebro, Holanda, 1995) e, portanto, impossível de reverter pelos conhecimentos atuais, restando à ciência a atuação no soma.

Em meados de outubro de 2002, o cientista Eric Vilain, da Universidade da Califórnia, em Los Angeles, reafirmou a tese de que o sexo do embrião é determinado pelo cérebro muito antes do desenvolvimento de testículos ou ovários.

Num estudo com camundongos, verificou-se que alguns genes tramam a formação do cérebro feminino ou masculino antes que o corpo comece a ser banhado por hormônios de um sexo ou de outro. Um erro nesta troca de mensagens provoca o resultado perturbador: cabeça de mulher aprisionada em corpo de homem, ou vice-versa. Essa descoberta vai ao encontro do estudo publicado pelo Instituto do Cérebro, na Holanda, em 1995.²

Além dessas, resta a teoria eclética, multifatorial, segundo a qual os fatores intrínsecos, endógenos ou constitucionais, bem como os fatores exógenos, extrínsecos ou mesológicos, atuam e interferem no surgimento do transexualismo.

Tereza Rodrigues Vieira e Simone de Castro Queiroz se posicionam da seguinte forma:

[...] a transexualidade pode ser determinada por uma alteração genética no componente cerebral, combinando com alteração hormonal e o fator social. Atualmente, o transexualismo vem sendo enquadrado no âmbito das intersexualidades, visto que o hipotálamo do transexual o leva a se comportar contrariamente ao sexo correspondente à sua genitália de nascença. (2002, p. 47).

Embora essas teorias tentem explicar a origem do transexualismo, a sua verdadeira etiologia permanece desconhecida.

5 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A noção de dignidade humana não pode ser entendida apenas como mero apelo ético. O seu conteúdo deve ser determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa.

A dignidade da pessoa humana ocupa um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico porque é valor fundamental para a ordem jurídica que almeja constituir um Estado Democrático de Direito.

² O estudo publicado relata que, depois de dissecar o encéfalo de seis transexuais nascidas com genitália masculina, os pesquisadores descobriram uma peculiaridade na região do cérebro que regula o comportamento de gênero. A área era menor que a dos homens e idêntica a das mulheres. Baseada nessas evidências, a medicina registrou o chamado transtorno de identidade sexual no Código Internacional de Doenças. Atinge uma em cada dez mil pessoas identificadas ao nascer como meninos e uma em trinta mil registradas como meninas.

Analisada sob esse prisma, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ela pode ser compreendida no mínimo de duas formas: como enunciação de um dado central, reconhecido pelo ordenamento jurídico ou como eleição de uma idéia-chave que deverá comandar a elaboração e a interpretação de todas as regras jurídicas do sistema jurídico pátrio. Admiti-la somente como enumeração fática (primeira forma) seria concluir que a Lei Fundamental não passa de uma folha de papel, sem qualquer operatividade perante os fatores reais do poder. Deve, portanto, ser rejeitada (DIAS, 2001).

Embora o conceito de dignidade humana seja de difícil formulação, pode-se concluir que está em permanente processo de construção e desenvolvimento, não restando dúvidas de que procura explicar algo real, irrenunciável e inalienável. A dignidade é elemento que qualifica e completa o ser humano e dele não pode ser destacado; imprescindível à própria condição humana, impõe-se ao Estado que a reconheça, proteja e respeite.

Na atualidade, são inúmeras as situações que lesionam a integridade física e moral, a própria vida, enfim. Entre elas, em comento, o transexualismo, realidade social não comum que se vem expandindo gradativamente, acarretando penosas conseqüências àqueles que, exteriorizando-a ou mantendo-a oculta, são vítimas da síndrome.

Conseqüências como o isolamento social, a impossibilidade de realização profissional e as dificuldades de relacionamentos afetivos e sexuais trazem, na maioria das vezes, o estigma da discriminação e do preconceito.

A dignidade da pessoa humana é estampada pelo inciso III do artigo 1º do texto constitucional, como um dos fundamentos do Estado brasileiro, juntamente com a soberania (inc. I), a cidadania (inc. II), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inc. IV) e o pluralismo político (inc. V) (FERREIRA FILHO, 1990).

O Estado tem como um dos fins propiciar as condições para que as pessoas vivam com dignidade, protegendo-as de forma a viabilizar o desenvolvimento de sua personalidade. Impõe-se a convergência de todo o ordenamento jurídico para a consecução de tal objetivo.

Sobre a maneira de assegurar a dignidade da pessoa humana, ensina o desembargador Carlos Teixeira Giorgis:

É um valor supremo, e acompanha o homem até sua morte, por ser da essência da natureza humana; a dignidade não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, perseguido ou depreciado, sendo norma que subjaz à concepção de pessoa como um ser ético-espiritual que aspira determinar-se e desenvolver-se em liberdade. (RIO GRANDE DO SUL, 2001).

A dignidade do homem, pertencente ou não à minoria, só será respeitada quando o Estado ampliar as possibilidades existenciais da liberdade.

Liberdade de ser o que acredita ser, liberdade de sonhar, liberdade de transformar o sonho em realidade.

O Estado deve promover o bem de todos atendendo os anseios e os projetos pessoais de todos e de cada um. Transexuais, inclusive.

É verdade que o Estado não tem condições de resolver, por si só, toda a problemática da transexualidade. Todavia, viabilizando o tratamento para os transexuais (hormonal, cirúrgico, psíquico) e posterior retificação de nome e sexo, estará proporcionando-lhes uma verdadeira identidade sexual, autêntica expressão da unidade física e psicológica.

Requisito indispensável para a convivência social, a identidade sexual, definida, compatibilizando as realidades orgânica e mental, é conquista autorizada pelos princípios de nossa Lei Maior, integrando a minoria no contexto de todos os que devem viver sob o pálio do bem comum.

Para assegurar o respeito à dignidade humana, proporcionar o bem-estar e garantir a igualdade, Estado e sociedade obrigam-se a um exercício permanente de criatividade, solidariedade, estimulando a prática do mandamento da lei mosaica **querer o bem do próximo**. A omissão, provavelmente impunível à luz da legislação, não resistirá ao julgamento moral, ético e da história.

Priorizando meios e condições para que as pessoas, e todas as pessoas, alcancem o bem-estar, o Estado instrumentaliza o princípio da dignidade humana.

6 Conclusão

O transexual é portador de uma anomalia psíquica, caracterizada pela rejeição do seu sexo biológico e pela luta para a adequação deste ao seu sexo psicológico (que é oposto àquele). Inúmeras teorias tentam explicar sua origem, porém, até hoje, nenhuma delas é totalmente aceita.

Os princípios constitucionais, especialmente o do Estado Democrático de Direito e o da preservação da dignidade da pessoa humana, servem de parâmetro para a garantia dos direitos fundamentais de todos os indivíduos, inclusive aos que pertencem a uma minoria.

Os transexuais, integrantes de uma minoria que possui conduta sexual incomum, amparados pelos referidos princípios, têm o direito à felicidade traduzido pela possibilidade de tratamento médico e psíquico, adequação de seu sexo biológico ao seu sexo psicológico e posterior retificação de seu nome e sexo.

Diante de tal realidade, cabe ao Estado a tarefa de, através de ações concretas, criar condições para tornar a existência do transexual menos angustiante, menos isolada, exercendo, assim, as funções da preservação e da promoção da dignidade humana. Assim, os direitos fundamentais estarão garantidos.

Referências

- ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. Princípios constitucionais brasileiros (ou de como o papel aceita tudo). *Revista Jurídica THEMIS*, Curitiba, n. 7, p. 17-39, out. 1991.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FARINA, Roberto. *Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias*. São Paulo: Novo-lunar, 1982.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- HODJA, Matilde Sutter. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- JURADO, Jalma. Transexualismo: aspectos cirúrgicos - 1999. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE SEXUALIDADE HUMANA, 7.; FÓRUM DO MESTRADO DE SEXOLOGIA DA UNIVERSIDADE GAMA FILHO, 6., 1999, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: [s. n.], 1999.
- LUCARELLI, Luiz Roberto. Aspectos jurídicos da mudança de sexo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 35, p. 213-228, jun. 1991.
- MONEY, John; TUCKE, Patrícia. *Os papéis sexuais*. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- NASCE uma mulher. *Época*, São Paulo, n. 236, 25 nov. 2002. Disponível em: <<http://www.epoca.com.br>>. Acesso em: 4 dez. 2002.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 70001388982*. Relator: Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre, 14 de março de 2001. Disponível em: <<http://www.tjrs.br>>. Acesso em: 7 jul. 2002.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- STOLLER, Robert. *Masculinidade e feminilidade: apresentações do gênero*. Trad. Maria Adriana Verissimo Veronese. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993. p. 38-46.
- TEIXEIRA, Regina. Transexualismo: descrição, diagnóstico e terapêutica. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE SEXUALIDADE HUMANA, 7.; FÓRUM DO MESTRADO DE SEXOLOGIA DA UNIVERSIDADE GAMA FILHO, 6., 1999, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: [s.n.], 1999.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Mudança de sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo: Santos, 1996.
- VIEIRA, Rodrigues Tereza; QUEIROZ, Simone de Castro. Direito à adequação de sexo do transexual. *UNOPAR Científica: Ciências Jurídicas e Empresariais*, Londrina, v. 3, n. 1, p. 47-51, mar. 2002.

