

Transexualidade: do pedido e da jurisprudência

TEREZA RODRIGUES VIEIRA

Professora e pesquisadora em São Paulo

ROBERTA MARTINS PIRES

Advogada em São Paulo

Apesar de toda a evolução no campo da cirurgia de adequação de sexo, ainda hoje encontramos profissionais do direito alegando a impossibilidade jurídica do pedido do transexual no tocante à adequação do nome e do sexo no Registro Civil. Em virtude desta consideração, mister se faz esclarecer que a cirurgia corretiva é de cunho terapêutico, autorizada pelo disposto no art. 13 do Código Civil brasileiro de 2002, não podendo, portanto falar-se em contrariedade à lei e à ordem pública. Cumpre observar que *"tudo que não está proibido está permitido negativamente"* (HANS KELSEN). Consoante apregoa FLAVIO GIKOVATE, *"ainda que nós, como geração, não sejamos capazes de resolver determinadas contradições próprias da condição humana, isto não significa que possamos considerar os obstáculos como definitivos..."* (*Ser Livre*, São Paulo:MG, 1984, p. 15).

O Estado-juiz não pode ignorar a realidade dos fatos e as mudanças sociais. Ademais igualmente autorizam o embasamento: o art. 1º, III, art. 3º, incisos I e IV, art. 5º, § 2º, X, art. 196 e art. 205, todos da Constituição Federal, Lei dos Registros Públicos, modificada pela Lei nº 9.708/98, os direitos da personalidade, Resolução nº 1.652/2002.



No âmbito infraconstitucional, temos a pretensão seguramente protegida pela Lei de Registros Públicos e pelo art. 13 do novo Código Civil. A possibilidade jurídica do pedido imediato deve ser ponderada como condição da ação, por corresponder à impossibilidade de resposta jurisdicional acerca do direito pleiteado na petição inicial (art. 267, VI, CPC, extinção do processo sem julgamento do mérito). Também não é o caso de impossibilidade jurídica do pedido mediato, que estaria ligado ao mérito da demanda ao direito material, gerando a improcedência da ação nos termos do artigo 269, I do CPC. Enfim, não cabe mesmo falar em impossibilidade jurídica do pedido, nem processual nem material (pedido mediato), pois, aqui, não se está a postular contra vedação expressa de lei.

Em assonância com o já afirmado por nós, o desembargador BORIS KAUFFMANN assinala: *"A Constituição em vigor inclui, entre os direitos individuais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X). Reside aqui o fundamento legal autorizador da mudança do sexo jurídico, pois sem ela ofendida estará a intimidade do autor, bem como sua honra."*

No caso da modelo Roberta Close, a juíza LEISE RODRIGUES ESPÍRITO SANTO acatou o pedido asseverando que Roberta *"é uma pessoa do sexo feminino, que tem, por condição humana, o direito ao nome e à imagem. Assim, a modificação do prenome se faz necessária para adequá-la à imagem feminina"* (Vide *Consulex*, vol. 199, 30.04.2005).

A maioria dos que não reconhecem o direito do transexual confunde-o com travesti. São duas realidades completamente diferentes, visto que o travesti tem prazer com sua genitália e não deseja cirurgia. *"Triste realidade a nossa, em que é mais fácil quebrar um átomo do que um preconceito"* (EINSTEIN). A Constituição veda qualquer tratamento preconceituoso. Obrigar um ser humano a viver com esta angústia serve a quê? Há muito já não se fala em direito à vida, mas sim em vida digna de ser vivida.

A cirurgia, autorizada pelo CFM desde 1997, não *transforma* ninguém, visto que o estado psicológico é irreversível. Ela visa *confirmar* e *adequar* o verdadeiro sexo do indivíduo à realidade. Portanto, apegar-se unicamente ao sexo genético para definir uma pessoa é conceito ultrapassado e incompleto.

Alias, não há intervenção cirúrgica sem recomendação de uma equipe multidisciplinar (psiquiatra, psicólogo, endocrinologista etc.), após um longo protocolo de, no mínimo, dois anos. Mas não é despidendo lembrar que de nada adianta a cirurgia sem a adequação dos documentos, visto que esta também faz parte do tratamento.

Médico algum arriscaria realizar uma cirurgia em alguém que não tivesse sido diagnosticado e indicado para cirurgia de adequação. A maioria delas é realizada em hospitais públicos como Hospital das Clínicas de São Paulo, Hospital das Clínicas de Porto Alegre, Hospital de Base de Rio Preto e mais uma dezena de outros centros brasileiros, como Curitiba, Rio de Janeiro, Belo Horizonte etc.

Bem a propósito alguns trechos de uma sentença proferida em outubro de 2005 pelo conspícuo magistrado THEODURETO DA ALMEIDA CAMARGO NETO, do Fórum Central de São Paulo: *"Normalmente, é o simples exame da genitália externa que conduz à identificação sexual do indivíduo no assento de seu nascimento."* Ainda, *"Como visto, no entanto, tal identidade não se manifesta apenas sob o aspecto anatômico, revelando-se a partir da análise do sexo genético, endócrino e psíquico"*. E continua: *"Na hipótese de anomalia sexual não perceptível à primeira análise, todavia, haverá divergência entre a verdadeira identidade sexual e aquela manifestada no assento de nascimento, a justificar a retificação do registro após a chamada redesignação cirúrgica da pessoa, adequando seu sexo morfológico ao sexo psíquico"*. Com



toda razão, conclui que, “Na verdade, o problema da redesignação do estado sexual do transexual envolve tanto o **direito à identidade sexual** quanto o **direito à autodeterminação pessoal**, que são manifestações da dignidade da pessoa humana e, por extensão, do **direito da personalidade**”.

Observa-se em Ações em que se objetiva a adequação do prenome às operações realizadas após o lapso ordenado pelo Conselho Federal de Medicina, o entendimento majoritário da jurisprudência gaúcha tem sido o de compreender estas novas realidades sociais, “*permitindo que seus titulares obtenham a sua adequação sexual, pois o registro público, além do efeito constitutivo, tem outros comprobatórios e publicitários, sendo preciso afastar-se de uma vocação estritamente legalista ou de conselho religioso, para enfrentar os desafios do tempo moderno*” (JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS. “O transexualismo e o Direito”, *Seleções Jurídicas*, Rio de Janeiro, fev. 2004).

Em assim sendo, a adequação do prenome e do sexo faz parte do tratamento, objetivando a inclusão sócio-afetiva-profissional destas pessoas, possibilitando o exercício dos seus direitos como os demais cidadãos, libertando-os de circunstâncias vexatórias e cruéis constrangimentos diários (TEREZA RODRIGUES VIEIRA. “A bioética e o direito à adequação de sexo”, in *Bioética e Sexualidade*, São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004, p. 107).

Em memorável acórdão, a 5ª Câmara do E. Tribunal de Justiça de São Paulo argumenta: “O Direito é dinâmico e temporal, devendo, por isso mesmo, amoldar-se às necessidades sociais, assim entendido como técnica de equilíbrio dos interesses coletivos”. E “O progresso exige uma certa desordem para alcançar uma nova ordem, consentânea com os anseios sociais de então” (Ap. Cív. nº 86.851.4/7, São José do Rio Pardo, v8316).

Oportuno se torna exarar o pensamento de INGO WOLFGANG SARLET, acerca da dignidade humana como princípio constitucional (art. 1º, III, da CF/88): “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as **condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos**” (*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60). Em síntese, conclui-se que o pedido é juridicamente possível, pelos motivos e embasamento legal acima exarado e pelo respeito devido ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Jurisprudência Brasileira

Embora a transexualidade tenha sido objeto de análise pelos nossos tribunais desde a década de setenta, somente nos anos noventa conseguiu-se firmar uma tendência ao reconhecimento do direito à adequação do registro no tocante ao nome e ao sexo. Hoje a corrente majoritária manifesta-se pela mudança, sendo raras as decisões que somente concedem a adequação do prenome. O não-reconhecimento nem do nome nem do sexo foi praticamente nulo em 2005. Muitas decisões, obviamente, não vêm a lume, visto que a Ação, na maioria das vezes, transcorre em segredo de Justiça.

Os promotores e magistrados são cômicos da contribuição da adequação da



documentação para a inserção social, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Uma grande conquista no campo jurídico, em 2005, ocorreu com a “reapreciação” do caso Roberta Close. Na Ação anterior, a juíza CONCEIÇÃO MOUSNIER, hoje desembargadora, havia concedido a adequação do nome e sexo, mas houve Apelação por parte do Ministério Público, não conseguindo Roberta o mesmo êxito em instâncias superiores. Asseverou a magistrada carioca do segundo processo, LEISE RODRIGUES ESPÍRITO SANTO, que: “o princípio supremo da ordem jurídica, a dignidade humana, possui dupla dimensão, quais sejam: o seu efeito positivo, que impõe ao Estado o fornecimento do mínimo essencial para garantir a dignidade das pessoas, e o seu efeito negativo, que proíbe a prática de atos atentatórios a esse núcleo mínimo por parte do Estado. **Garantir o mínimo de dignidade das pessoas e proteger esse núcleo de lesões é o dever maior do Estado, por força do art. 1º, inciso III da Constituição brasileira...**” (...) “O direito não pode desamparar a parte agora, sendo cético às evoluções da ciência, pois, assim como a Medicina, as normas e princípios estão sempre em mutação, e o Estado-juiz deve entender que o homem é o objetivo da existência do Direito, assim como da Ciência Médica”.

Enfim, após uma luta de quinze anos para adequar sua documentação de *Luís Roberto* para *Roberta*, a modelo foi reconhecida como pessoa do sexo feminino. Como não houve recurso por parte do Ministério Público, vez que esse também foi favorável, ocorreu o trânsito em julgado (leia mais em *Revista Jurídica Consulex*, nº 199, ed. 30.4.2005. A procuração outorgada pela atriz autoriza-nos a tecer comentários sobre o caso).

Com respaldo médico e psicológico, os tratamentos e cirurgias foram considerados intervenções terapêuticas (art. 13 do Código Civil Brasileiro 2002).

Em dezembro de 2005, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul confirmou sentença proferida pela juíza DÉBORA KEEBANK, da 2ª Vara Cível de São Leopoldo, autorizando a adequação do nome e sexo de pessoa que havia sido operada em junho de 2004. Segundo ela: “*laudos psicológico e psiquiátrico dão conta de atendimento pelo Hospital de Clínicas de Porto Alegre, através do Serviço de Psiquiatria e Medicina Legal, Programa de Atendimento a Portadores de Transtornos de Identidade de Gênero (DSM-IV) (CID-10).*”

Após colher depoimento, asseverou a magistrada: “*se extrai a angústia e sofrimento por ela vivido, em razão de seu nome não condizer com seu sexo, expondo-a a situações vexatórias, toda vez que as pessoas se dirigem a ela pelo nome masculino*”. Encontrou base legal no art. 5º da Constituição Federal, que garante a todos os cidadãos os direitos fundamentais, como a privacidade, que inclui a livre orientação sexual, motivo pelo qual não se aplica a regra da imutabilidade do registro — “*o nome de registro está em descompasso com a sua identidade*”.

Determinou a sentença a alteração do nome e sexo, contudo esclareceu que as informações concernentes ao registro anterior “*devem permanecer disponíveis para fins de habilitação de casamento*”.

Em 15 de setembro de 2005, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul autorizou a adequação dos documentos de feminino para masculino:

*“Assim, dou provimento ao recurso para que, mediante averbação, seja feita a alteração pretendida, no sentido de que J.A.P., nascido como sendo do sexo feminino, passe a ser considerado do sexo masculino, **devendo constar, quando do fornecimento de eventuais certidões, referência ao presente processo, atendendo-se,***



dessa maneira, ao princípio da publicidade dos registros públicos. Pelo exposto, dou provimento ao recurso”.

Em 8 de julho de 2005, o sage magistrado JOSÉ ELIAS THEMER da 7ª Vara Cível, da Comarca de Sorocaba, proferiu decisão em caso semelhante. Vejamos:

*“Embora tenha nascido do sexo masculino, a requerente vive como mulher, anatomicamente hoje é mulher, é aceita socialmente como mulher e tem vida íntima e familiar de mulher — diferentemente do que continua a constar do registro público, a render ensejo à sua retificação, para que passe a refletir a realidade. **A mudança de nome é consequência lógica**” (g.n.).*

Assim, o versado magistrado, julgou pelo deferimento da alteração do registro civil da requerente, determinando a alteração do prenome e do sexo. Não agiu diferentemente a ilustre 1ª promotora de Justiça da 7ª Vara que atuou no caso, ALICE SATIKO KUBO ARAÚJO. Opinando pelo deferimento do pedido, ressalta o parecer ministerial, *“Como se vê, o registro deve ser regularizado, adequando-se à situação fática existente, eis que posicionamento contrário fere o princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido na magna carta”*. Aduz ainda: *“Ademais, conclui o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo pela ‘inexistência de interesse genérico de uma sociedade democrática em impedir a integração do transexual, mediante a modificação do prenome e do sexo em seu registro de nascimento, alteração essa que busca obter efetividade aos comandos previstos nos artigos 1º, III e 3º, IV, da CF”* (Ap. nº 209.101.4/0, 1ª Câmara de Direito Privado, rel. ELLIOT AKEL, j. 09.04.02).

Por sua vez, o magistrado ELCIO TRUJILLO, juiz de Direito da 7ª Vara de Família do Foro Central da Capital de São Paulo, em 11 de abril de 2004, autorizou a adequação da registro civil de Paulo C.O.:

“(...

Que Paulo corrija seu nome e seu sexo.

Que seja Paula, segundo sua vontade.

E mulher conforme sua realidade.

Posto isso e considerando o mais que dos Autos consta, julgo procedente a inicial e, em consequência, acolhido o pedido constante de fls. 2/4, diante realidade física e médica decorrente de cirurgia realizada em hospital público e às expensas do Estado, defiro as retificações pretendidas por P.C.O e, no tocante ao sexo, passando a contar com o sexo feminino em lugar do sexo masculino, ratificadas as demais condições postas em registro e em assento junto ao Serviço de Registro Civil.

Sentença. Retificação de assento de nascimento. Transexual. Alteração do nome e sexo. Estado-juiz que não pode ignorar a realidade fática e a evolução social. Procedência do pedido. Retificação determinada” (in *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 5, nº 24, novembro dezembro/2004, pp. 45-48).

Também já decidiu, por unanimidade, de votos sobre o assunto, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, autorizando Wanderson a chamar-se *Sabrina*:



“Apelação. Registro Civil. Transexual que se submeteu a cirurgia de mudança de sexo, postulando retificação de seu assentamento de nascimento (prenome e sexo). Adequação do Registro à aparência do registrando que se impõe. Correção que evitará repetição dos inúmeros constrangimentos suportados pelo recorrente, além de contribuir para superar a perplexidade no meio social causada pelo Registro atual. Precedentes do TJ/RJ. Inexistência de insegurança jurídica, pois o apelante manterá o mesmo número do CPF. Recurso provido para determinar a alteração do prenome do autor, bem como a retificação para o sexo feminino” (Ap. Cív. nº 2005.001.01910)“.

Vejam os mais algumas jurisprudências:

*“Registro Civil – Retificação – Transexual submetido a cirurgia de mudança de sexo – Pretensão de alteração do registro civil para dele constar prenome e sexo feminino – Nome masculino que, diante da condição atual do requerente, o expõe a ridículo, justificando a modificação para aquele pelo qual é conhecido – Aplicação dos arts. 55, parágrafo único, 57, 58 e 109, § 4º, da Lei nº 6015/73, e dos arts. 3º, IV, e 5º, caput, da Constituição Federal – **Ação julgada procedente** – Recurso não provido” (Apelação Cível nº 245.343-4/7 – São Paulo – 8ª Câmara de Direito Privado – relatora ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES – 13.08.03 – v.u.).*

Fora apreciada questão idêntica a esse caso pela Colenda 5ª Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade de votos, vejamos:

“Registro Civil – Retificação – Transexual submetido à cirurgia de mudança de sexo – Pretendida alteração do assento civil para dele constar prenome e sexo feminino – Procedência – Sentença mantida – Recurso desprovido” (Ap. Cív. nº 86.851.4/7 – São José do Rio Pardo – v8316).

Citado acórdão também esclarece que a cirurgia se faz necessária:

“...não para burlar a natureza, ou exprimir uma reação biológica de defesa, mas porque melhor possam se situar dentro do convívio social, da organização social, das relações sociais, num processo de ajustamento, e, principalmente, consigo mesmos: anima mulieris in corpore virile inclusa. É a busca da felicidade que a humanidade tanto almeja”.

Também no mesmo sentido:

“Registro Civil. Pedido de alteração do nome e do sexo formulado por transexual primário operado. Desatendimento pela sentença de primeiro grau ante a ausência de erro no assento de nascimento. Nome masculino que, em face da condição atual do autor, o



expõe a ridículo, viabilizando a modificação para aquele pelo qual é conhecido (Lei nº 6.015/73, art. 55, parágrafo único, c/c art. 109). Alteração do sexo que encontra apoio no art. 5º, X da Constituição da República. **Recurso provido para se acolher a pretensão.** É função da jurisdição encontrar soluções satisfatórias para o usuário, desde que não prejudiquem o grupo em que vive, assegurando a fruição dos direitos básicos do cidadão" (Apelação Cível nº 165.157-4 – Piracicaba – 5ª Câmara de Direito Privado – relator BORIS KAUFFMANN – 22.03.01 – v.u.).

Trazemos à colação trecho do acórdão acima transcrito do ilustre desembargador relator, dr. BORIS KAUFFMANN, honrando-nos com tal deferência:

"É evidente que, no fim do século retrasado, quando principiou a obrigatoriedade do registro civil, a distinção entre os dois sexos baseava-se na conformação da genitália. Lembra-se, sempre, de antiga propaganda em que duas crianças, um menino e uma menina, olhavam para o interior de sua roupa para ver as diferenças entre eles. Mas, com o desenvolvimento científico e tecnológico, pode-se afirmar que, hoje, existem vários elementos identificadores do sexo, apontando Tereza Rodrigues Vieira os seguintes: o cromossômico ou genético; o cromatínico, o gonádico, o anatômico, o hormonal, o social, o jurídico e o psicológico" ("Direito à adequação de sexo do transexual", in Repertório IOB de Jurisprudência, nº 3/96, p. 51).

E ainda:

"Portanto, ainda que não se admita o erro, não se pode negar que, com o aspecto hoje apresentado pelo autor, o prenome 'Adão' o expõe a ridículo, autorizada pelo art. 55, parágrafo único, combinado com o art. 109, ambos da Lei nº 6.515, de 31 de dezembro de 1973, inexistindo qualquer indicação de que a alteração visa atingir direitos de terceiros. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome 'Lucimara' para se identificar, razoável a sua adoção, no assento de nascimento, seguida do sobrenome familiar."

E, ao final do brilhante acórdão:

"Já na Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, afirmava-se que a dignidade é inerente a todos os membros da família humana. E a Constituição em vigor inclui, entre os direitos individuais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X). Reside aqui o fundamento legal autorizador da mudança do sexo jurídico, pois sem ela ofendida estará a intimidade do autor, bem como sua honra. O constrangimento, a cada vez que se identifica, afastou o autor de atos absolutamente

corriqueiros em qualquer indivíduo, pelo menos da chacota. A busca da felicidade, que é direito de qualquer ser humano, acabou comprometida”.

De acordo com a 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo,

“Há norma de que o prenome é imutável... Doutrina e Jurisprudência, no entanto, têm dado ao preceito uma aplicação elástica, de modo que não sofra somente as exceções previstas na mesma lei (prenome que expõe seu portador ao ridículo, ou que se apresenta com evidente erro de grafia), mas também outras, conforme peculiaridades de cada caso. Uma das exceções tem sido exatamente a incoincidência do prenome registrado com o prenome usado no meio social. Não é tão raro esse desencontro entre o registro e a vida; e, desde que não se vislumbre fraude, que prevaleça a vida” (RT 461/88 – 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. des. GERALDO ROBERTO).

Assim, conforme assevera o des. WELLINGTON DE PACHECO BARROS, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: *“...a lei tem que ser adocicada; (...) em determinadas situações, o Direito precisa de contornos de realidade. O Direito é realidade. Por mais que queiramos ou não, (...) ninguém iria tirar de... o seu contexto de prazer. (...) no momento que negássemos a... o nome que ela pretende, nós não estaríamos resolvendo o conflito, nós estaríamos conflitando o problema, ou seja, o Direito e a justiça estariam se negando”*. A decisão foi tomada por unanimidade no dia 20 de março de 1994 (TEREZA RODRIGUES VIEIRA. *Bioética e Direito*, São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999 e 2003, p. 123).

Destarte, nossa função enquanto agentes do Direito é buscar a Justiça solidarizando-se, sobretudo, com aqueles cuja voz não é ouvida, em razão do preconceito. Ignorar as novas descobertas científicas, bem como desmerecer o sofrimento do transexual é contribuir para a infelicidade de alguém que espera um tratamento igualitário e humanista.