

IDENTIDADE DE GÊNERO E TRANSEXUALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

GENDER IDENTITY AND TRANSEXUALITY IN BRAZILIAN LAW

Joyceane Bezerra de Menezes

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora Titular da Universidade de Fortaleza. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (Mestrado/Doutorado), da Universidade de Fortaleza, na Disciplina de Direitos de Personalidade. Professora Adjunta da Universidade Federal do Ceará. Coordenadora do Grupo de Pesquisa CNPq: Direito Constitucional nas Relações Privadas. Fortaleza/CE –Brasil. *E-mail:* <joyceane@unifor.br>.

Ana Paola de Castro e Lins

Mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq: Direito Constitucional nas Relações Privadas. Coordenadora da linha de pesquisa “Autonomia, Identidade e Gênero” do Laboratório de Estudos sobre Violências contra Mulheres, Meninas e Minorias (Levim) da Universidade de Fortaleza. Fortaleza/CE – Brasil. *E-mail:* <paola@unifor.br>.

Resumo: O Judiciário brasileiro, em uma paulatina virada dos tribunais superiores, passou a admitir o gênero como um processo de autocompreensão pessoal. Considerando-se que não há razão constitucional para justificar limitações externas aos atos de autonomia que trazem apenas efeitos pessoais, analisa-se a mudança teórica na percepção da categoria da identidade, com o fim de detectar os efeitos dessa maleabilidade identitária no âmbito do direito, em especial quanto à alteração de nome e gênero no registro civil.

Palavras-chave: Gênero. Identidade. Alteração no registro civil.

Abstract: The Brazilian Judiciary, in a gradual turn of the superior courts, began to admit the genre as a process of personal self-understanding. Considering that there is no constitutional reason to justify external limitations to acts of autonomy that bring only personal effects, we analyze the theoretical change in the perception of the category of identity, in order to detect the effects of this identity malleability in the scope of Law, in particular regarding the change of name and gender in the civil registry.

Keywords: Gender. Identity. Changes in the civil registry.

Sumário: Introdução – 1 Identidade pessoal como direito fundamental e sob uma dimensão dinâmica – 2 Identidade de gênero e a jurisprudência brasileira – Conclusão

Introdução

A identidade de gênero é abordada pelo Judiciário brasileiro sob duas perspectivas: uma estática e outra dinâmica. Sob o aspecto estático, identificam-na com a sexualidade biológica; e sob uma dimensão dinâmica, compreendem que o gênero resulta de um processo de construção identitária perene que perpassa as diversas fases da vida. Difícil será compreender os efeitos dessa maleabilidade identitária no âmbito do direito, especialmente quando se intenta garantir um mínimo de estabilidade para as relações jurídicas que o sujeito possa vir a firmar ou que já haja inaugurado. Mas antecipa-se em ressaltar que a imposição de limites externos à autonomia em matéria existencial é tarefa bastante delicada.

Parte-se da premissa de que a pessoa humana é livre no processo de desenvolvimento de sua personalidade e, conseqüentemente, na sua afirmação identitária. Reitera-se que o gênero não é uma condição biológica inata, cristalizada nos determinantes do sexo cariotípico. Resulta de uma construção subjetiva ao longo da vida, que deve ser acatada como uma manifestação da personalidade, a ser reconhecida pelo Estado e respeitada pela sociedade, independentemente de “qualquer” readequação corporal do sexo genético. Por isso, não é demais destacar que a identidade de gênero em desacordo com o sexo biológico não constitui um efeito patológico a ser corrigido, nem um desvio moral a ser repreendido.

Para chegar a esse mesmo entendimento, o Judiciário brasileiro partiu de uma visão unitária, fazendo coincidir a identidade de gênero com os caracteres sexuais primários e secundários; e só, muito recentemente, passou a admitir o gênero como um processo de autocompreensão pessoal. Cumpre ao presente texto analisar a mudança teórica na percepção da categoria identitária e apontar a paulatina virada dos tribunais superiores para admitir uma visão dinâmica da identidade.

Quando do julgamento da ADI nº 4.275, o Supremo Tribunal Federal – STF afirmou uma visão plural, procurando estabelecer balizamentos mínimos para a garantia da identidade de gênero com a possibilidade da alteração documental, independentemente de ação judicial. Indaga-se sobre a possibilidade de eventuais limitações a esse direito quando, para além da eficácia pessoal, os atos de auto-determinação identitária apresentarem efeitos na esfera de terceiros.

1 Identidade pessoal como direito fundamental e sob uma dimensão dinâmica

Sem uma enumeração taxativa dos direitos fundamentais, a Constituição brasileira de 1988 assegurou expressamente o direito à vida, à liberdade, à igualdade,

à integridade física, à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, além da proibição da tortura, da discriminação e dos atos de degradação do ser humano. O conjunto desses direitos se coaduna com a plataforma dos direitos humanos, ressaltando a força do pensamento moral contemporâneo de que toda pessoa é merecedora de respeito. Sem garantir a sua autonomia,¹ atributo que justifica e fundamenta o direito ao desenvolvimento da personalidade, expressamente previsto em algumas constituições ocidentais, não haverá respeito à pessoa.

Embora a Constituição brasileira não haja previsto expressamente um direito ao desenvolvimento da personalidade, implicitamente o fez pela conjugação dos princípios *dignidade da pessoa humana*, liberdade e igualdade.

O princípio da liberdade individual, que implica o respeito à privacidade, à intimidade e ao exercício da vida privada, garante a todos a possibilidade de realizar, sem interferências de qualquer sorte, as próprias escolhas individuais, exercendo-as da forma que lhes seja mais conveniente.² É pelo viés da liberdade que a autonomia se consolida como um dos meios de realização da dignidade da pessoa humana, mormente no que toca às situações existenciais, sendo considerada “como verdadeiro instrumento de promoção da personalidade”.³

Com essa noção pós-romântica da diferença individual, as pessoas assumem uma ampla liberdade para desenvolver a sua personalidade, seguindo o caminho que lhes bem aprouver, ainda que suas escolhas sejam repugnantes às demais, no aspecto moral.⁴ “Em busca do bem que lhes apraz” – seguem rumo ao que entendem ser a sua felicidade. Sensível a esse movimento, o STF já reconheceu a autonomia em sua faceta de “buscar a felicidade”, como se pode ler nas decisões que trataram do reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo, notadamente no julgamento da ADI nº 4.277.

¹ De acordo com Miracy Gustin, a autonomia se revela como uma necessidade humana essencial e não apenas como um interesse ou um desejo. Essa necessidade se volta à emancipação da pessoa e contribui para o desenvolvimento da sua humanidade. Isso porque a autodeterminação não é derivada da mera volição do homem, corresponde mais a um objetivo, a um fim natural ou moral, historicamente determinado, que legitima a sua sociabilidade e é pressuposto de sua atuação em sociedade. É por intermédio da autodeterminação que o homem pode exercer seu potencial criativo, a fim de avançar socialmente em busca de sua realização plena. Uma interpretação sistemática do ordenamento que, por óbvio, considera os valores constitucionais, exclui o pretexto assertivo e negativista do argumento da segurança jurídica, pois, considerando a autodeterminação como a própria dignidade quando se trata da pessoa em concreto, é de se respeitar as suas decisões conforme as suas próprias convicções (GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos*: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 19).

² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 107.

³ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 74.

⁴ TAYLOR, Charles. *As fontes do self*. A construção da identidade moderna. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2013. p. 26.

Seguindo esse percurso biográfico sob o amparo do direito ao desenvolvimento da personalidade e do direito à busca da felicidade (que parecem até sinônimos) e por meio dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada, emerge o direito à identidade, que também ostenta fundamentalidade material. Identidade consistirá no resultado e nas possibilidades de todas as escolhas. Sem o monitoramento ou a proteção das instituições tradicionais que perderam a sua hegemonia, “as identidades ganharam livre curso, e agora cabe a cada indivíduo, homem ou mulher, capturá-las em pleno vôo, usando os seus próprios recursos e ferramentas”.⁵ Isto porque a identidade individual se sobrepõe a qualquer ideia de pertencimento ou identidade nacional, dado bastante esmaecido na era da pós-modernidade.

Na síntese de Rodotà,⁶ a identidade ostenta um caráter poliédrico que não se submete a um fator despótico ou totalizador. Sua integridade dependerá da não submissão da pessoa aos esquemas identitários que fogem do seu poder de controle e construção. Nesse particular, a pessoa não pode sofrer constrangimento para se enquadrar àquelas categorias idealizadas ou aprovadas pela multiplicidade de sujeitos externos.

Em grande parte, essa expansão da liberdade da pessoa constitucionalizada para a sua autoconstrução biográfica se assenta na cláusula geral de tutela balizada no princípio “dignidade da pessoa humana”, fundamento do Estado brasileiro (art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988).⁷ É sobretudo por esse princípio que a pessoa humana é elevada a um valor central do sistema jurídico, cujo fim primordial é o de assegurar o seu desenvolvimento. Nessa medida, os institutos do direito civil assumem um perfil funcional que os aproxima dos fins constitucionais e, conseqüentemente, do objetivo primordial de promover a expansão e garantia dos direitos fundamentais da pessoa,⁸ que definitivamente não poderá ser instrumentalizada à condição de meio.

⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 35.

⁶ RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta, 2014. p. 283.

⁷ A legitimidade da intervenção do Estado nos aspectos que se referem à autonomia existencial, na esteira da metodologia civil-constitucional, é pautada pela premissa de que a positivação da dignidade humana na Constituição de 1988 demonstra que o constituinte optou pela função promocional do direito (CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 25).

⁸ A leitura dos institutos do direito civil orientada primordialmente pela função e não apenas pela estrutura permite uma maior aproximação com a Constituição. Nessa medida, o sujeito abstrato de direito cede espaço à pessoa concretamente considerada, sujeito de direitos fundamentais, a quem se reconhece autodeterminação desenvolvimento, consecutórios da dignidade da pessoa. A pessoa, em toda a sua complexidade “antecede e sucede às instituições” (FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil*. Sentidos, transformações e fins. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 60-61).

Nesse cenário, a identidade já não se apresenta como uma categoria estática, delimitada pelos caracteres imutáveis do sexo biológico, da condição racial ou nacionalidade, como instruíra o discurso da modernidade. A perspectiva unívoca de identidade, pautada naqueles critérios estáveis comuns a um sujeito abstrato e unificado, sucumbiu,⁹ fazendo surgir uma identidade fragmentada, capaz de referenciar o sujeito pós-moderno como uma pessoa singular e em contínua construção.

Não se apresenta mais como um dado fixo, essencial e permanente, mas como uma “celebração móvel”, que se define historicamente e não biologicamente.¹⁰ Ao longo das diversas fases de sua vida, a pessoa pode assumir “identidades que não são unificadas em torno de um eu coerente”.¹¹ Ninguém mantém uma identidade estática e unificada do nascimento à morte. Se assim se declarar, certamente será por haver optado revelar apenas uma narrativa fantasiosa a respeito de si. Viver é um processo perene de reconstrução. Eis aqui uma perspectiva plural da identidade.

Sob essa leitura, o sujeito e a concepção de identidade cunhados sob o paradigma da modernidade estão mortos. Foram descentrados, segundo Stuart Hall,¹² a partir de cinco contributos importantes, dos quais o primeiro foi o pensamento marxista, que vê em cada indivíduo um sujeito real e singular. O segundo contributo resultou da teoria freudiana, com a descoberta do inconsciente, sustentando que a sexualidade e a estrutura dos desejos humanos são formadas por processos psíquicos e simbólicos, orientados sob uma lógica distinta da que se desenvolve pela razão. A subjetividade emerge, portanto, como um produto inconsciente de processos psíquicos. Não há como teorizar e escolher, racional e matematicamente, o gênero a que se quer pertencer.

Um terceiro contributo está associado à manifestação da linguagem. A comunicação pela língua aplica palavras de significados dinâmicos, de modo que o sujeito comunicante não terá o inteiro domínio do teor de sua fala. O significado é instável, porque as palavras ecoam outros significados que elas próprias colocam

⁹ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro Tomaz. Rio de Janeiro: DP&A, 2011. p. 7.

¹⁰ No terreno das identidades faz todo sentido a afirmativa de Fachin, ainda no ano 2000, conclamando o seu leitor a considerar o vasto céu e as inúmeras estrelas a descobrir, cuja luz deve levar o direito civil a seguir “amalgamado por um fio condutor que reconheça no singular as possibilidades da regulação jurídica sem aprisionamentos conceituais” (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 322). Desafia-nos, nesse mesmo livro e página, a construir o novo saber na transversalidade, “afrontando a verticalidade da cognição insossa e a horizontalidade do conhecimento pouco profundo”.

¹¹ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro Tomaz. Rio de Janeiro: DP&A, 2011. p. 13.

¹² HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro Tomaz. Rio de Janeiro: DP&A, 2011. p. 34-46.

em movimento. Portanto, ainda que se procure o fechamento (a identidade), o significado será perturbado pela diferença. E significados suplementares, “sobre os quais não temos qualquer controle, surgirão e subverterão nossa tentativa de criar mundos fixos e estáveis”.¹³ Nessa medida, questionou-se a sustentação de qualquer pensamento unívoco e totalitário.

O quarto contributo está no pensamento de Foucault sobre o poder disciplinar que milita para controlar os desejos, o corpo, o trabalho e os prazeres da pessoa em função de uma suposta ordem pública pacífica pela domesticação de um sujeito dócil. O quinto e último fator de descentramento do sujeito moderno pode ser creditado ao feminismo, em cujas pautas esteve o processo de politização da subjetividade, da identidade e do processo de identificação, contribuindo para expandir a discussão sobre a formação das identidades sexuais e de gênero.

Afirmar a identidade significa demarcar fronteiras entre quem pertence e quem não pertence e estabelecer uma classificação. “Dizer ‘o que somos’ significa também dizer ‘o que não somos’”.¹⁴ Essa “escolha” de valores, atributos e preferências de cada um no processo de autoconstrução identitária se faz individual e coletivamente, na medida em que a pessoa sempre estará em contínua relação dialógica com os demais.¹⁵ O sujeito se constrói em referência ao outro e a partir do outro, em uma expansão subjetiva que também se impõe de modo inconsciente.

As bases jurídicas e sociológicas remontam à compreensão de que a identidade do sujeito dotado de dignidade constitui uma expressão individual e singular, resultante de uma perene construção subjetiva que influencia e é influenciada pelos demais sujeitos e pela cultura. Nessa aventura de se autoconstruir prepondera a vontade do próprio sujeito, devendo-se recusar legitimidade a qualquer interferência heterônoma, ainda que não se possa negar a influência intermitente de forças políticas, religiosas, econômicas e culturais atuantes na vida social.¹⁶

¹³ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro Tomaz. Rio de Janeiro: DP&A, 2011. p. 42.

¹⁴ SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.); HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn. *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. 7. ed. Petrópolis: Rio de Janeiro: Vozes, 2007. p. 81-83.

¹⁵ TAYLOR, Charles. *As fontes do self. A construção da identidade moderna*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2013. p. 53.

¹⁶ Como explica Touraine, “A construção do Sujeito nunca leva à organização de um espaço psicológico, social e cultural perfeitamente protegido. O desprendimento da mercadoria e da comunidade nunca termina; o espaço da liberdade é constantemente invadido e o Sujeito constitui-se tanto pelo que recusa como pelo que afirma. Nunca é senhor de si mesmo e do seu meio e faz sempre aliança com o diabo contra os poderes estabelecidos, com o erotismo que derruba os códigos sociais e com uma figura supra-humana, divina, de si mesmo” (TOURAINÉ, Alain. *Iguais e diferentes. Poderemos viver juntos?* Lisboa: Editora Instituto Piaget, 1997. p. 90).

Em suma, o direito ao reconhecimento da identidade se sustenta pelo respeito às escolhas do sujeito e contra a imputação de uma identidade que não corresponda à sua. Uma proteção ausente, incompleta ou defeituosa do direito à identidade pessoal constitui, no quadro normativo atual, lesão à dignidade da pessoa.¹⁷ Eventuais limites ao direito à identidade haverão de se justificar no aspecto finalístico da própria autonomia, que tem amparo direto no princípio da dignidade da pessoa. Não há razão para uma limitação qualquer pautada na realização de finalidades sociais ou de encargos sociais.

2 Identidade de gênero e a jurisprudência brasileira

As características físicas e as qualidades atribuídas ao gênero não são legados ou uma condição imutável da natureza. A identidade de gênero não é determinada com o nascimento, como um verdadeiro destino biológico.¹⁸ Pelo contrário, “a condição do homem e da mulher não se inscreve em seu estado corporal, ela é construída socialmente”,¹⁹ em um processo que se inicia muito antes da vida adulta.

Essa condição constitui aspecto relevantíssimo da identidade, que resulta de uma autopercepção como masculino ou feminino, independentemente de qualquer evidência biológica.²⁰ Como um contínuo devir, a identidade evoca, inclusive, a possibilidade de o sujeito viver os gêneros e ampliar o exercício da sexualidade para além da lógica binária já analisada por Derrida.²¹

No mar de instabilidade e contínua possibilidade de transformação, “*nenhuma* identidade sexual – nem mesmo a mais normativa – é automática, autêntica, facilmente assumida; *nenhuma* identidade sexual existe sem negociação ou

¹⁷ KONDER, Carlos Nelson. O alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileiro. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 23, n. 1, p. 1-11, jan./mar. 2018. p. 5. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7497/pdf>>. Acesso em: 30 maio 2018.

¹⁸ LINS, Ana Paola de Castro e; MENEZES, Joyceane Bezerra de. A hormonioterapia em adolescente diagnosticado com disforia de gênero como reflexo do direito ao desenvolvimento da personalidade. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 1, 2017. p. 6. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-hormonioterapia-em-adolescente/>>. Acesso em: 25 maio 2018.

¹⁹ LE BRETON, David. *A sociologia do corpo*. 2. ed. Tradução de Sonia M. S. Fuhrmann. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 66.

²⁰ LOURO, Guacira Lopes. *Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista*. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

²¹ O processo de classificação identitária estruturada em torno de oposições binárias, de duas classes polarizadas, foi analisado de forma detalhada por Jacques Derrida, para quem todas as relações de identidade estão ordenadas em oposições binárias: masculino-feminino; branco-negro; heterossexual-homossexual (DERRIDA, Jacques. *Limited Inc*. Campinas: Papius, 1991. p. 73-75).

construção”,²² sob pena de se instaurarem a hierarquização das identidades e o enfraquecimento da igualdade.²³

Relativamente às questões de gênero e sexualidade, ainda que não se trate de uma norma escrita, a heteronormatividade constitui uma imposição poderosa e atuante que “implica uma distribuição de espaços de conhecimento, de saberes autorizados e não autorizados, de costumes e tradições, de modos ‘corretos’ e ‘adequados’ de fazer as coisas, de indivíduos aceitos e de indivíduos abjetos”.²⁴

No Brasil, a heteronormatividade vigeu ao longo dos tempos para agregar e supervalorizar os indivíduos cujos desejos e arranjos afetivos são heterossexuais, legitimando jurídica e socialmente as suas famílias, especialmente as monogâmicas, pautadas na fidelidade e na procriação. Tudo o que for estranho a esse modelo é associado à ideia de transtorno, promiscuidade, risco de doença, desagregação, violência e destruição da família – o caos.²⁵

Até recentemente, o direito não reconhecia a identidade de gênero dissociada da “verdade biológica”, tampouco os efeitos jurídicos da união familiar entre pessoas do mesmo sexo. Quando a realidade das praças descortinou os *estranhos* afetos, e as manifestações que ordinariamente se restringiam aos espaços privados transbordaram para o espaço público, o direito se fez cego ou repressor. Só muito lentamente, passou a aceitar as possibilidades alheias ao padrão heteronormativo. Para essa inclusão do *estranho*, foi importante a reflexão criteriosa daqueles que sempre questionaram a intervenção heterônoma no “achatamento das identidades”.

Não faz sentido limitar a autonomia existencial pela intuição moral construída a partir do que a maioria discrimina como certo ou errado, melhor ou pior, mais ou menos elevado. É ofensivo à autonomia existencial condenar o sujeito a partir desse padrão heterônomo de moralidade.²⁶ A ofensa a padrões sociais definidos como o ideal de moralidade de um grupo (mesmo majoritário) não representa uma razão para justificar a providência jurídica de intervenção limitadora da autonomia

²² BRITZMAN, Deborah. O que é essa coisa chamada amor: identidade homossexual, educação e currículo. *Educação & Realidade*, Porto Alegre, v. 21, n. 1, p. 71-96, jan./jun. 1996. p. 74. Grifos no original.

²³ SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.); HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn. *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. 7. ed. Petrópolis: Rio de Janeiro: Vozes, 2007. p. 83.

²⁴ SEFFNER, Fernando. A produção da diversidade e da diferença no campo do gênero e da sexualidade: enfrentamentos ao regime da heteronormatividade. In: BLOS, Wladimir; BILA, Fabio Pessanha (Org.). *Diversidades e desigualdades na contemporaneidade*. Salvador: EDUFBA, 2013. p. 73.

²⁵ SEFFNER, Fernando. A produção da diversidade e da diferença no campo do gênero e da sexualidade: enfrentamentos ao regime da heteronormatividade. In: BLOS, Wladimir; BILA, Fabio Pessanha (Org.). *Diversidades e desigualdades na contemporaneidade*. Salvador: EDUFBA, 2013. p. 68-69.

²⁶ TAYLOR, Charles. *As fontes do self. A construção da identidade moderna*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2013. p. 17.

privada, especialmente nos casos em que não há ofensa a direitos alheios aos do titular da situação jurídica subjetiva em questão.²⁷

Cumpra ao direito acolher as transformações havidas na praça da realidade e ressignificar os institutos do direito civil, deslocando o foco jurídico do patrimônio para a pessoa em si.²⁸ Pessoa in *concreto*, como aquela que escapa à estrutura oitocentista do *sujeito abstrato* de direito – agora qualificada como um sujeito de carne, temporal e espacialmente localizado.²⁹

Classificada como um “transtornado”, cujo diagnóstico no Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais (DSM) e no Código Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID) se encerrava há quase três décadas no capítulo da Disforia de Gênero,³⁰ a pessoa *trans* ainda é um daqueles “estranhos”. Seriam doentes? Anormais? Patológicos? Não. Apenas desejam trilhar seus caminhos identitários de modo diferente do padrão heteronormativo. Nessa medida, o reconhecimento de sua identidade é “defeituoso”, incompleto, quando se relaciona a uma dimensão médica a ser tratada ou normalizada.

A atenção que o Sistema Único de Saúde – SUS dispensa à pessoa *trans*, nas hipóteses de transgenitalização, justifica-se naquele diagnóstico médico, e não no aspecto subjetivo que eventualmente possa reivindicar uma adequação do corpo ao gênero, o que destoaria do cuidado que deveria ser dispensado àqueles que pretendem apenas o reconhecimento social e jurídico de sua condição identitária, livre de qualquer perspectiva psicopatologizante que reclame uma retificação, um concerto, uma correção corporal.

Quando se patologiza a transexualidade como um tipo de transtorno mental, acusando-se delírios e disforias, aplica-se a “linguagem da correção, adaptação e normalização”, o que reforça a aceitação de que a experiência identitária pode ser homogeneizada. Evoca também a ideia de um tratamento médico, como toda patologia.³¹ Esse modelo paternalista do cuidado clínico obscurece a diversidade de vivências e dos processos subjetivos que as constituem, retirando a liberdade narrativa e a autonomia dos sujeitos transexuais na tomada de decisões existenciais.³²

²⁷ CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 66.

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil*. Sentidos, transformações e fins. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 163.

²⁹ RODOTÁ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta, 2014. p. 136.

³⁰ A Organização Mundial da Saúde (OMS) publicou em 18.6.2018 uma nova edição da CID, retirando a transexualidade da lista de transtornos mentais. Segundo a nova classificação (CID-11), as identidades *trans* deixam de ser consideradas “transtorno de gênero” e passam a ser diagnosticadas como “incongruência de gênero”, uma condição relativa à saúde sexual.

³¹ BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o gênero. *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 95-126, 2009. p. 114. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 maio 2017.

³² BORBA, Rodrigo. *O (des)aprendizado de si: transexualidades, interação e cuidado em saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2016. p. 49-50.

Patologizar a identidade de gênero é desvalorizar a autodeterminação da pessoa *trans*. É apagar a pessoa, transformando-a no seu diagnóstico, transmutando-a de sujeito a paciente.³³ Nesse sentido é que Judith Butler afirma, “o próprio diagnóstico desvaloriza a capacidade de autodeterminação das pessoas que são diagnosticadas”.³⁴

Os Princípios de Yogyakarta³⁵ rompem com essa perspectiva patologizante, na medida em que sustentam a livre expressão da identidade de gênero como um direito fundamental decorrente da cláusula geral de tutela da pessoa, como antes referido.

Além daqueles princípios e das normas constitucionais, é possível citar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica, que obrigam o Estado-Parte à garantia de igualdade a todas as pessoas, proibindo qualquer tipo de discriminação. Nesse aspecto, em particular, destaca-se a opinião consultiva da Corte-Interamericana de Direitos Humanos,³⁶ recém-emitida para sustentar a aplicação do Pacto de São José para a garantia dos direitos à identidade de gênero e à orientação sexual, permitindo a alteração dos dados relativos ao nome e gênero na documentação registral da pessoa.

Porém, quando a temática da transexualidade chegou à jurisprudência brasileira, em meados dos anos noventa, as decisões não seguiam esse parâmetro inclusivo. Orientavam-se pela heteronormatividade, que era muito forte à época, ecoando os versos do poeta do sertão nordestino, Luiz Gonzaga: “porque mulher tem que ser fêmea e homem tem que ser macho”.³⁷ Senão, veja-se a ementa:

Registro civil de nascimento. Nome. Retificação. Mudança do sexo. Impossibilidade. Retificação no Registro Civil. Mudança de nome e de sexo. Impossibilidade. [...] Se o requerente ostenta aparência feminina,

³³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Poder familiar e o aspecto finalístico de promover o desenvolvimento e o bem-estar da pessoa. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk Matos (Org.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 411-431. p. 115.

³⁴ BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o gênero. *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 95-126, 2009. p. 114. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 maio 2017.

³⁵ Direito ao reconhecimento perante a lei (Princípio 3): “[...] [a] orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero” (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>).

³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica – Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a Parejas del Mismo Sexo*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/1/art20180111-04.pdf##LS>>. Acesso em: 12 maio 2018.

³⁷ Trecho da letra da música *Tem pouca diferença*, com autoria registrada por Luiz Gonzaga e Gal Costa (1984) (GONZAGA, Luíz. *Tem pouca diferença*. *Cifras*. Disponível em: <<https://www.cifras.com.br/cifra/luiz-gonzaga/tem-pouca-diferenca>>. Acesso em: 12 maio 2018).

incompatível com a sua condição de homem, haverá de assumir as consequências, porque a opção foi dele. [...] *Quem nasce homem ou mulher, morre como nasceu. Genitália similar não é autêntica. Autêntico é o homem ser do sexo masculino e a mulher do feminino, a toda evidência.* (TJ/RJ. Ap. Civ. nº 1993.001.06617. Rel. Des. Geraldo Batista, 8ª C.C., j. 18.3.1997. Grifos nossos)

Em 1989, o brasileiro Luiz Roberto Gambine Moreira, popularmente conhecido como *Roberta Close*, pleiteou a alteração do seu nome e gênero judicialmente, após se submeter à cirurgia de redesignação de sexo na Inglaterra, mas não logrou êxito. Embora a decisão de primeira instância, consubstanciada em sentença de mais de cinquenta páginas, houvesse autorizado a mudança do nome e gênero,³⁸ foi integralmente revertida nas instâncias superiores.

A partir de recurso promovido pelo Ministério Público, a 8ª Câmara do Tribunal de Justiça, por unanimidade, reformulou a sentença, com argumentos biologicistas, para manter o nome e o sexo masculino na certidão de nascimento de Luiz Roberto Moreira. O fato de ela continuar produzindo hormônios masculinos (comprovado em perícia) seria fator impeditivo de alteração do registro civil. Segundo a decisão do TJ, “sexo não é opção, mas determinismo biológico, estabelecido na fase da gestação”. De igual modo, asseverou que no processo não havia avaliação de que existisse, no caso, a “prevalência do sexo natural sobre o psicológico”. A matéria não foi examinada pelas Cortes superiores, à época, porque o recurso extraordinário foi inadmitido, assim como foi improvido o agravo de instrumento interposto contra a sua inadmissão.³⁹

Mais inusitado ainda foi o caso do transexual brasileiro Juracy. Após dez anos de vida conjugal na Dinamarca, com um marido francês e um filho adotado segundo a legislação francesa, decidiu visitar os parentes no interior da Bahia e, na ocasião, decidiu, juntamente com o cônjuge, adotar, “à moda brasileira”, uma criança abandonada de seis anos de idade. Ao tentar obter o passaporte para o novo filho, Juracy foi presa pela Polícia Federal, sob a alegativa de crimes de uso

³⁸ Trecho da decisão: “Manter-se um ser amorfo, por um lado mulher, psíquica e anatomicamente reajustada, e por outro lado homem, juridicamente, em nada contribuiria para a preservação da ordem social e da moral, parecendo-nos muito pelo contrário um fator de instabilidade para todos aqueles que com ela contatasse, quer nas relações pessoais, sociais e profissionais, além de constituir solução amarga, destrutiva, incompatível com a vida. [...] A escolha do sexo independe, pois, do determinismo biológico e resultará do tratamento que lhe coube desde a mais tenra infância. Nessa medida, ser homem ou mulher independe de ser macho ou fêmea. O sexo psicossocial se põe além do sexo morfológico ou hormonal e por estas razões, em termos psicanalíticos, a sexualidade não está absolutamente relacionada a aspectos biológicos” (Processo nº 1.876/1.991 – Rio de Janeiro).

³⁹ FREITAS, Silvana. Recurso para mudança do nome de Roberta Close é negado no STF. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 22 fev. 1997. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/2/22/cotidiano/16.html>>. Acesso em: 1ª jun. 2018.

de documento falso (art. 304, CP), promoção de ato destinado ao envio de criança para o exterior (art. 239, da Lei nº 8.069/90) e falsidade ideológica (art. 299, CP), sendo recolhida à ala masculina do presídio de Água Santa. Somado a tudo isso, o Ministério Público também questionou a irregularidade de adoção por um casal de homossexuais.⁴⁰

Apenas a partir da década de 2000, os tribunais passaram a permitir a modificação do nome da pessoa após a cirurgia de transgenitalização, sem, contudo, autorizar a alteração do gênero na documentação identitária. Em 2007, o Superior Tribunal de Justiça – STJ abordou a questão por meio de voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que integrava a Terceira Turma do STJ. O voto foi acolhido, determinando-se a alteração registral do sexo e nome com a observação, no próprio documento, de que a modificação se fizera por determinação judicial.⁴¹ Para o Ministro Direito, a verdade dos fatos não poderia ser omitida do registro, sob pena de se ofender o princípio da veracidade registral.⁴²

Decisão inédita do STJ, já no ano de 2009, igualmente originária da Terceira Turma, garantiu ao transexual a modificação do nome e do gênero em registro após a alteração corporal pela cirurgia, sem a referência de que aquela alteração se fazia por determinação judicial. Tais dados passavam a constar apenas nos livros cartorários, pois segundo as razões da relatora do recurso, Ministra Nancy Andrighi, impor aquela informação na certidão registral seria expor a pessoa a situações constrangedoras e discriminatórias.⁴³

A despeito do avanço das decisões do STJ no curso daqueles anos, as decisões mantinham-se influenciadas pela heteronormatividade, ora pela imposição da

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, p. 1005-1015, 2015. Edição comemorativa. p. 1008. Disponível em: <http://publicacao.mprj.mp.br/rmprj/rmp_comemorativa/files/assets/basic-html/page1039.html>. Acesso em: 10 maio 2018.

⁴¹ STJ. O direito dos indivíduos transexuais de alterar o seu registro civil. *Jusbrasil*, 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/154275355/o-direito-dos-individuos-transexuais-de-alterar-o-seu-registro-civil>>. Acesso em: 1º jun. 2018.

⁴² “Mudança de sexo. Averbção no registro civil. 1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua OPÇÃO, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. [...] Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminho no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito. 2. Recurso especial conhecido e provido” (BRASIL. STJ, 3ª T. REsp nº 678.933. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 22.3.2007. *DJ*, 21 maio 2007).

⁴³ “Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. [...] - Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. [...] E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar” (BRASIL. STJ, 3ª T. REsp nº 1.008.398. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.10.2009. *DJe*, 18 nov. 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/154275355/o-direito-dos-individuos-transexuais-de-alterar-o-seu-registro-civil>>. Acesso em: 1º jun. 2018).

informação documental de que a alteração registral se fazia por decisão judicial; ora pelo condicionamento da mudança do gênero ao procedimento médico-cirúrgico de transgenitalização, que importa em alto risco à saúde e lesão à integridade psicofísica. Impunha-se um disciplinamento ao corpo *trans*, em oposição, inclusive, ao disposto no art. 13, do Código Civil.

Somente no ano de 2017, o STJ passou a admitir a modificação registral, independentemente de prévia cirurgia. Entendimento firmado pela Quarta Turma atendeu ao pedido de modificação de prenome e de gênero de um homem que se identificava como mulher. Nos autos, havia farta documentação sobre a sua condição identitária e a avaliação psicológica pericial que reafirmava a sua identificação social, sem que houvesse feito ou quisesse fazer a transgenitalização. O colegiado entendeu que o direito da *pessoa trans* à modificação registral não poderia ser condicionado à realização de cirurgia, cujo sucesso não é, sequer, garantido pela medicina.

Essa decisão marcou a passagem da visão estática da identidade para uma abordagem *mais* dinâmica. Sob uma compreensão dinâmica da identidade, na ponderação entre identidade de gênero, realidade biológica e o princípio infraconstitucional da imutabilidade registral, fez prevalecer como merecedor de maior tutela o livre desenvolvimento da personalidade e da autodeterminação identitária.⁴⁴

Finalmente, a matéria chegou ao Supremo Tribunal Federal – STF, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.275 e do Recurso Extraordinário (RE) nº 670.422, com repercussão geral reconhecida. Enquanto o recurso questionava acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS) que confirmou a decisão de primeiro grau que permitia a mudança de nome no registro civil, mas condicionava a alteração de gênero à realização de prévia cirurgia de transgenitalização; a ADI, proposta pela Procuradoria-Geral da República (DF), suscita a possibilidade de uma interpretação conforme a Constituição do art. 58, da Lei de Registros Públicos, para reconhecer o direito da *pessoa trans* à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia.

Nos dois processos, o STF reconheceu o direito à identidade de gênero. O recurso extraordinário assegurou a modificação dos dados registrais sem a exigência da cirurgia de transgenitalização, sob o fundamento jurídico do direito à autodeterminação sexual, reflexo dos direitos de personalidade, do direito à intimidade e outros. A partir da apreciação desse recurso, a Corte fixou o entendimento

⁴⁴ TRANSEXUAIS têm direito à alteração do registro civil sem realização de cirurgia. *STJ Notícias*, 9 maio 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Transsexuais-t%C3%AAm-direito-%C3%A0-altera%C3%A7%C3%A3o-do-registro-civil-sem-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-cirurgia>. Acesso em: 1º jun. 2018.

de que a identidade de gênero não está atrelada à sexualidade biológica. *In verbis*, o resumo do voto do relator, Ministro Dias Toffoli:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 761. ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE TRANSEXUAL. RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO. INEXIGÊNCIA DE PRÉVIA REALIZAÇÃO DA CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. EXCLUSÃO DO TERMO 'TRANSEXUAL' NOS ASSENTOS DO REGISTRO CIVIL. DIREITO À IDENTIDADE INDIVIDUAL E SOCIAL. VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. DIREITO DAS MINORIAS. 1 – Tese de Repercussão Geral – Tema 761: É possível a alteração de gênero no registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de adequação de sexo, sendo vedada a inclusão, ainda que sigilosa, do termo 'transexual' ou do gênero biológico nos respectivos assentos. 2 – Não é possível que uma pessoa seja tratada civilmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual encontra proteção nos direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal (CF). Tese de Repercussão Geral proposta pela Procuradoria-Geral da República no RE 845.779. 3 – Condicionar a alteração de gênero no assentamento civil de transexual à realização da cirurgia de transgenitalização viola o direito à saúde e à liberdade, e impossibilita que seja retratada a real identidade de gênero da pessoa trans, que é verificável por outros fatores, além do biológico. 4 – Não se afigura lógica nem razoável decisão que, de um lado, permite a alteração de antenome do recorrente, averbando antropônimo nitidamente masculino, e, de outro, insiste em manter, no assentamento civil do transhomem que não se submeteu à neocolpovulvoplastia, a anotação do gênero feminino ou do termo 'transexual'. 5 – A inclusão do termo transexual no registro civil não condiz com o real gênero com o qual se identifica a pessoa trans e viola os direitos à identidade, ao reconhecimento, à saúde, à liberdade, à privacidade, à igualdade e à não discriminação, todos corolários da dignidade da pessoa humana, bem como o direito a recursos jurídicos e medidas corretivas. Tal averbação, ainda que sigilosa, é discriminatória e reforça o estigma sofrido pelo transexual, pois a legislação, para fins de registro, somente reconhece dois sexos: o feminino e o masculino. 6 – Parecer pelo provimento do recurso.⁴⁵

⁴⁵ STF. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário RG RE 670422 RS Rio Grande do Sul. *Jusbrasil*, 2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628936/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-670422-rs-rio-grande-do-sul>>. Acesso em: 22 maio 2018.

A ADI nº 4.275, cujo relator inicial era o Ministro Marco Aurélio, sendo posteriormente substituído pelo Ministro Luiz Edson Fachin, admitiu a interpretação do art. 58, da LRP conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica. Em virtude disso, autorizou a pessoa *trans* a alterar administrativamente seus assentos registrais (nome e gênero) sem a prévia cirurgia ou a realização de tratamentos hormonais ou patologizantes. Embora não tenha sido publicada a decisão final, os votos dos ministros já foram disponibilizados nos sítios eletrônicos da *web world wild*, assim como a ata do julgamento.

Por unanimidade, os ministros da Corte Suprema reconheceram o direito à identidade de gênero e à correspondente modificação dos dados registrais, e a maioria acolheu a desnecessidade de autorização judicial para essa alteração. Votaram nesse sentido os ministros Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e a presidente, Cármen Lúcia. Vencidos neste ponto foram os ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, que sustentaram a indispensabilidade da autorização judicial para a alteração.

Cumpre-nos destacar a densidade teórica e argumentativa do Ministro Luiz Edson Fachin, cujo voto adverte que o caso sob exame transcende a análise da normatização infraconstitucional sobre os registros públicos, para reclamar uma solução adequada aos direitos fundamentais, notadamente, os direitos de personalidade. Julga procedente a ADI, sob o fundamento do direito à identidade de gênero na cláusula geral de tutela da pessoa, cujas bases constitucionais se extraem do art. 5º, em especial, do direito à liberdade, à igualdade, à inviolabilidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (inc. X). Destaca a cláusula aberta do art. 5º, §2º, da Constituição, que permite a incidência imediata dos direitos humanos, para reiterar que a igualdade e não discriminação são princípios aos quais o Brasil está obrigado em face dos tratados que subscreveu (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e Pacto de São José da Costa Rica).

Mais especificamente, cita a opinião consultiva da Corte Interamericana sobre Direitos Humanos (OC nº 24-2017), que sustenta a aplicação do Pacto de São José em favor do direito à identidade de gênero da pessoa *trans*. Com isso, justifica a correlação entre o direito à identidade de gênero, o direito ao nome e os demais direitos de personalidade que o próprio Pacto de São José assegura (em especial nos arts. 3º, 7º, 11.2 e 18), sem que se possa opor qualquer objeção, sob pena de incorrer-se em discriminação.

Dito isto, o voto é assertivo no sentido de limitar o paternalismo jurídico na vida privada das pessoas, de sorte que o Estado deve se abster “de interferir em condutas que não prejudicam a terceiros e, ao mesmo tempo, buscar viabilizar as concepções e os planos de vida dos indivíduos, preservando a neutralidade

estatal”.⁴⁶ Nessa medida, reputa atentatória à dignidade a exigência de prévia cirurgia para que o sujeito possa obter o pleno reconhecimento de sua identidade de gênero na sua documentação identitária.⁴⁷ Portanto, e mais uma vez fazendo uso das conclusões apresentadas na opinião consultiva da Corte Interamericana, defere a possibilidade de modificação registral do nome e gênero, quando solicitada pela pessoa *trans*, como uma forma de respeito à sua personalidade. Por fim, julga procedente a ADI, fazendo-o nos seguintes termos:

Diante de todo o exposto, julgo procedente a presente ação direta para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. (Grifos nossos)

O voto do Ministro Celso de Mello segue na mesma direção, reconhecendo a possibilidade de modificação do nome e gênero nos assentos registraes, sob proteção do direito à identidade de gênero, reflexo da autodeterminação, dos direitos de personalidade e do direito à busca da felicidade, todos centrados no valor “dignidade da pessoa humana”. Dispensa a prévia realização de cirurgia, porque não é esta o que traz para o sujeito o gênero com o qual se identifica.

Nestes termos, foi julgado procedente o pedido da Procuradoria Geral da República para que, mediante interpretação do art. 58, da LRP conforme a Constituição, se reconhecesse aos transexuais, que assim o desejassem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, o direito à substituição de prenome e sexo no registro civil. No próprio pedido, a PGR sugeriu as balizas necessárias para o pedido de alteração, sejam elas:

- (i) idade superior a 18 anos;
- (ii) convicção, há pelo menos 3 anos, de pertencer ao gênero oposto ao biológico; e
- (iii) baixa probabilidade, de acordo com pronunciamento de grupo de especialistas, de modificação da identidade de gênero.

⁴⁶ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275, de 2018. Voto-vogal. p. 13.

⁴⁷ Como diz, em seu voto: “Evidencia-se, assim, com olhar solidário e empático sobre o outro, que inadmitir a alteração do gênero no assento de registro civil é atitude absolutamente violadora de sua dignidade e de sua liberdade de ser, na medida em que não reconhece sua identidade sexual, negando-lhe o pleno exercício de sua afirmação pública”.

O dispositivo de sentença promulgado pela Corte Suprema,⁴⁸ porém, não adota qualquer balizamento, senão veja-se:

Decisão: O Tribunal [...] julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. [...] 1º.3.2018.

Entende-se, portanto, que esses critérios não foram acolhidos pela decisão como balizas condicionantes da alteração registral. A modificação, segundo o STF, dependerá apenas do requerimento da pessoa que se autocompreende como transsexual. Conforme esclarece trecho do voto do Ministro Edson Fachin:

a alteração dos assentos no registro público depende apenas da livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero. A pessoa não deve provar o que é, e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental.⁴⁹

Mais recentemente, em agosto de 2018, o STF deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) nº 670.422⁵⁰ com reconhecida repercussão geral, para autorizar a alteração do registro de pessoa transgênero pela via administrativa, sem a exigência do procedimento cirúrgico de redesignação sexual, seguindo o que já houvera decidido no julgamento da ADI nº 4.275.

2.1 A resposta dos cartórios quanto ao pedido de alteração registral

Até a Justiça Eleitoral já permitiu a alteração do nome do eleitor *trans* no respectivo título,⁵¹ exigindo mera autodeclaração. Mas a mudança nos assentos

⁴⁸ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 1º jun. 2018.

⁴⁹ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275, de 2018. Voto-vogal. p. 15.

⁵⁰ STF reafirma direito de transgêneros de alterar registro civil sem mudança de sexo. *STF*, 15 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386930>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

⁵¹ TSE. Portaria Conjunta TSE nº 1, de 17 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/prtc/2018/PRTC00012018TSE.html>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

registrais, objeto do julgamento da ADI nº 4.275, ainda vem sofrendo óbice em todo o país. Muitos cartórios têm recusado atender aos requerimentos formulados, alegando que ainda aguardam as orientações do Conselho Nacional de Justiça sobre como deverão proceder.

Aqueles que se apressaram em procurar os oficiais de registro para corrigir seus dados registrais, compatibilizando-os ao gênero que ostentam, ficaram frustrados, a exemplo do que ocorreu com *Dionísio Varela*, que teve seu requerimento negado pelo cartório, ainda no mês de abril de 2018. Em desabafo, diz: “me senti privado de um direito, porque passar por cima da decisão do Supremo e negar um direito da pessoa *trans* é errado. Eu já perdi emprego por causa disso, minha imagem e nome não condizem com meus documentos e preciso explicar que sou transexual”.⁵²

Sobre essa matéria, o Conselho Nacional de Justiça havia sido provocado anteriormente, por meio do pedido de providências formulado pela Defensoria Pública da União (nº 0005184-05.2016.2.00.0000), mas ainda não havia se manifestado.

Em março do corrente ano de 2018, após a decisão do STF, um despacho do CNJ naquele processo determinou um prazo de quinze dias para que as Corregedorias da Justiça dos Estados e do Distrito Federal, a Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais – Arpen e a Associação dos Notários e Registradores do Brasil – Anoreg/BR se pronunciassem sobre a minuta de providimento que se lhes apresentava.

Nos termos da minuta, a mudança administrativa do nome e gênero pela pessoa *trans* estará condicionada à apresentação dos documentos arrolados no art. 4º, §4º,⁵³ todos *indispensáveis* para o deferimento da alteração (§5º),⁵⁴ salvo

⁵² CARTÓRIOS não estão respeitando decisão do STF. *Diário do Nordeste*, 21 abr. 2018. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/cidade/cartorios-nao-estao-respeitando-decisao-do-stf-1.1927383>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

⁵³ “Art. 4º O procedimento será realizado com base na autonomia da pessoa requerente que deverá declarar, perante o oficial do RCPN, a vontade de proceder à adequação da identidade pela averbação do prenome, do gênero ou de ambos. [...] §4º A pessoa requerente deve apresentar, no ato do requerimento, os seguintes documentos: I - certidão de nascimento atualizada; II - certidão de casamento atualizada, se o caso; III - cópia do registro geral de identidade-RG; IV - cópia da identificação civil nacional-ICN, se houver; V - cópia do passaporte brasileiro, se houver; VI - cópia do cadastro de pessoa física perante o Ministério da Fazenda-CPF; VII - comprovante de endereço; VIII - certidão do distribuidor cível do local de residência dos últimos 5 (cinco) anos (estadual/federal); IX - certidão do distribuidor criminal do local de residência dos últimos 5 (cinco) anos (estadual/federal); X - certidão de execução criminal do local de residência dos últimos 5 (cinco) anos (estadual/federal); XI - certidão de tabelionatos de protestos do local de residência dos últimos 5 (cinco) anos, SPC e SERASA; XII - certidão da justiça eleitoral do local de residência dos últimos 5 (cinco) anos; XIII - certidão da justiça do trabalho do local de residência dos últimos 5 (cinco) anos; XIV - certidão da justiça militar, se o caso; XV - laudo médico atestando a transexualidade/travestilidade, se o caso; XVI - parecer psicológico atestando a transexualidade/travestilidade, se o caso; XVII - laudo médico atestando a realização de cirurgia de redesignação de sexo, se o caso; [...]”.

⁵⁴ “Art. 4º [...] §5º A falta de quaisquer dos documentos listados no parágrafo anterior impede alteração pretendida, com exceção dos documentos indicados nos incisos XV, XVI e XVII que são solicitados com o fim de conferir segurança ao procedimento”.

aqueles que estão listados nos incs. XV, XVI e XVII, que se prestam apenas a “conferir segurança ao procedimento”. A existência de ações cíveis, criminais ou execuções ou em andamento ou débitos pendentes, como nas hipóteses dos incs. VIII, IX, X, XI e XIII, do §4º, do art. 4º, também impedirão a alteração pretendida na via administrativa (art. 4º, §6º).⁵⁵ De igual modo, se houver pendências com a Justiça Eleitoral e com a Justiça Militar (art. 4º, §7º),⁵⁶ a alteração registral não será efetuada.

Todas as exigências que a minuta arrola visam a resguardar interesses que são menos relevantes quando em confronto com o direito à identidade existencial de gênero. É o que resta claro, na leitura do voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

[...] é importante lembrar que a mera existência de dívidas não obsta a mudança de nome e gênero, embora seja recomendável exigir a comprovação da cientificação dos credores acerca da mudança. Tampouco a existência de antecedentes criminais pode justificar a vedação à mudança, bastando, para tanto, que sejam igualmente comunicadas as autoridades responsáveis.

Entende-se que o CNJ, com essa minuta, restringe os efeitos da decisão do STF, sobrepondo interesses patrimoniais, públicos e políticos aos interesses existenciais da pessoa *trans*, na medida em que condiciona o acesso à alteração registral à inexistência de débitos civis, ações cíveis ou penais pendentes. Um eleitor que não está em dia com a Justiça Eleitoral, conquanto tenha seu nome social registrado no título, não poderia modificar seus dados registrais na certidão de nascimento ou casamento, por exemplo. De igual sorte, uma pessoa *trans* que não fez o alistamento militar estaria impedida de retificar seus registros como autorizou o STF.

Solução outra poderia ser oferecida para garantir tanto a segurança jurídica e a estabilidade das relações jurídicas quanto os direitos existenciais da pessoa *trans*, como sugere o Ministro Lewandowski no trecho do voto que se lê acima.

Também contraria a decisão do STF a disposição do art. 5º, que, embora reafirme o caráter sigiloso da alteração registral, abre a possibilidade de se fazer constar a informação na certidão dos assentos, se assim for determinado em decisão judicial.⁵⁷ Pela decisão que julga a ADI nº 4.275, não se podem informar as

⁵⁵ “Art. 4º [...] §6º A existência de ações em andamento ou débitos pendentes, nas hipóteses dos incisos VIII, IX, X, XI e XIII, do §4º impedem a alteração pretendida”.

⁵⁶ “Art. 4º [...] §7º Nos casos indicados nos incisos XII e XIV, do §4º, a pendência de regularidade impedem a alteração pretendida”.

⁵⁷ “Art. 5º A alteração descrita no presente provimento tem natureza sigilosa e a informação a seu respeito não pode constar das certidões dos assentos, salvo se solicitada pela pessoa requerente ou por determinação judicial, hipóteses em que a certidão deverá dispor sobre todo o conteúdo registral”.

razões da alteração nas certidões registrais, guardando-as apenas no livro respectivo. Neste aspecto, o STF seguiu a opinião consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos (§§134-140). Trata-se de uma informação de caráter sigiloso, um dado sensível que somente interessa à pessoa. Sua publicização implicará um reconhecimento parcial ou defeituoso da identidade.

Aspecto interessante da minuta está na possibilidade de se estender essa alteração a outros documentos pessoais que, direta ou indiretamente, façam referência à sua identificação (art. 8º), bem como na faculdade de se averbar a alteração do prenome e do gênero no registro de nascimento dos filhos e dos netos da pessoa requerente, a depender da anuência deles, se maiores, ou dos seus pais, se ainda menores (art. 8º, parágrafo único).⁵⁸

Enquanto o CNJ não define as regras, alguns estados, por meio das correspondentes Corregedorias dos Tribunais, anteciparam-se em disciplinar a atuação dos cartórios nesse assunto, visando garantir o pleno cumprimento da decisão do STF.⁵⁹

No Ceará, a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado estabeleceu, no mês de maio de 2018, o Provimento nº 9/2018⁶⁰ para orientar o procedimento de averbação do prenome e gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoas *trans*, até que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ venha a disciplinar a matéria de forma definitiva. A partir dessa iniciativa, o Ceará foi o primeiro da federação a realizar a mudança registral.⁶¹

Segundo o Provimento nº 9/2018, a mudança administrativa do nome e/ou gênero constitui reflexo de um direito potestativo da pessoa interessada. Nesse aspecto já destaca toda a importância que a matéria requer.

Ao interessado cabe, com exclusividade, requerer a medida, desde que maior ou emancipado, juntando os documentos arrolados no art. 7º, quais sejam:

I - certidão de nascimento atualizada;

II - certidão de casamento atualizada, se o caso;

⁵⁸ “Art. 8º Finalizado o procedimento de alteração no assento, a pessoa requerente deverá providenciar a alteração nos demais registros que digam respeito direta ou indiretamente a sua identificação, além de seus documentos pessoais. Parágrafo único. A subsequente averbação da alteração do prenome e do gênero no registro de nascimento dos filhos e dos netos da pessoa requerente dependerá da anuência dos filhos, se maiores, e dos pais, respectivamente”.

⁵⁹ Os primeiros estados a publicarem os provimentos gerais foram Ceará, Rio Grande do Sul, São Paulo (Santos), Sergipe e Goiás.

⁶⁰ CGJCE. Provimento nº 9/2018/CGJCE. *Caderno 1: Administrativo*, Fortaleza, ano VIII, ed. 1898. Disponível em: <<http://corregedoria.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2018/05/Prov-09-2018.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

⁶¹ BRUNO, Lia. Ceará é o 1º estado do País a autorizar mudança de gênero no registro civil sem autorização judicial. *O Povo*, 9 maio 2018. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/fortaleza/2018/05/ceara-e-o-1-estado-do-pais-a-autorizar-mudanca-de-genero-no-registro.html>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

- III - cópia do registro geral de identidade - RG;
- IV - cópia da identificação civil nacional - ICN, se houver;
- V - cópia do passaporte brasileiro, se houver;
- VI - cópia do cadastro de pessoa física perante o Ministério da Fazenda - CPF;
- VII - comprovante de endereço;
- VIII - certidão do distribuidor cível do local de residência dos últimos 5 anos (estadual/federal);
- IX - certidão do distribuidor criminal do local de residência dos últimos 5 anos (estadual/federal);
- X - certidão de execução criminal do local de residência dos últimos 5 anos (estadual/federal);
- XI - certidão de tabelionatos de protestos do local de residência dos últimos 5 anos, SPC e SERASA;
- XII - certidão da justiça eleitoral do local de residência dos últimos 5 anos;
- XIII - certidão da justiça do trabalho do local de residência dos últimos 5 anos;
- XIV - certidão da justiça militar, se for o caso.

A modificação tem caráter irrevogável, só podendo ser desconstituída por decisão judicial. E não se autoriza a alteração dos apelidos de família. Assim como a minuta do CNJ, o provimento cearense também dispõe que o requerimento seja dirigido, preferencialmente, ao ofício onde foi lavrado o assento originário. Mas, alternativamente, admite que seja apresentado a outra serventia do Estado, ambos competentes para analisar e processar o requerimento.

Difere particularmente da minuta apresentada pelo CNJ porque não permite que a existência de ações judiciais em trâmite, débitos abertos ou deveres civis, trabalhistas, militares e políticos, como nas hipóteses dos incs. VIII a XIV do art. 7º, venham a obstar o objetivo do requerente. Se o interessado provar ao registrador que comunicou a sua pretensão aos interessados para a salvaguarda de prejuízos (art. 8º),⁶² ainda logrará alterar administrativamente seus registros.

⁶² “Art. 8º A existência de ações judiciais em tramitação, débitos abertos ou deveres civis pendentes, nas hipóteses dos incisos VIII, IX, X, XI, XII, XIII e XIV do art. 7º não impedem o alcance do objeto pretendido”.

Finalizado o procedimento administrativo de alteração do registro, o interessado deverá proceder à retificação de todos os seus documentos pessoais e demais registros que trazem referência à sua identificação. O Provimento nº 9/2018 também autoriza a retificação administrativa dos documentos dos filhos e netos da pessoa *trans*, desde que haja autorização dos pais, se forem menores, ou deles próprios, sendo maiores (art. 12).⁶³

2.2 Limites externos à autodeterminação em matéria de identidade de gênero: CNJ e Corregedorias de Justiça dos estados

A decisão do STF na ADI nº 4.275 prestigiou o aspecto da autonomia existencial do sujeito *trans*, assegurando-lhe que essa sua autocompreensão identitária seja consignada nos seus documentos registrais. Temerosos de que a mudança documental possa trazer prejuízo ou ameaça a direito de terceiros ou a certos interesses públicos, os cartórios esperam que o Conselho Nacional de Justiça oriente como serão feitas essas alterações.

Se é importante a orientação sistemática para que haja uma uniformidade dos processos administrativos registrais, não é possível, com isso, restringir o âmbito de incidência dos efeitos da decisão da Corte Suprema em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Ainda que a autoconstrução identitária não se realize sem a interação com o outro, é necessário ponderar que o interesse existencial diretamente conectado à garantia da dignidade da pessoa humana e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade não seja mitigado por força de interesses patrimoniais. A cláusula geral de tutela da pessoa sob a qual se garante o direito à identidade de gênero, devidamente assegurada pelo STF, não pode sofrer limitações em decorrência de finalidades sociais ou para a realização de qualquer encargo social.

Não assiste razão condicionar a mudança de gênero e nome à prévia quitação com a Justiça Eleitoral ou Militar. Até porque, ao transexual mulher, por exemplo, será dispensada a prestação desse serviço. Tampouco se pode limitar um direito desse porte em razão de dívidas civis, trabalhistas ou mesmo em virtude da existência de ações penais em trâmite.

⁶³ “Art. 12. Finalizado o procedimento, o interessado deverá providenciar a alteração dos demais registros que serão afetados pela novel qualificação, além de seus documentos pessoais. Parágrafo único - A subsequente averbação do prenome e do gênero no registro de nascimento dos filhos e dos netos do Requerente dependerá da anuência daqueles, se maiores, e dos pais desses, respectivamente”.

Viveiros de Castro⁶⁴ explica que a autonomia existencial não poderá sofrer limitação da cláusula geral de bons costumes se os efeitos do ato não reverberarem efeitos na esfera jurídica de terceiros, ou seja, implicar efeitos meramente pessoais. Complementamos que nem mesmo a lei poderia oferecer uma tal limitação. Na hipótese em questão, a vontade do interessado em mudar o gênero e o nome para melhor adequação à sua identidade torna-se um direito potestativo, após a decisão do STF.

Se a decisão da pessoa *trans* apresentar alguma eficácia interpessoal, é necessário aplicar uma solução ponderada. Não se pode admitir que haja o sacrifício do direito ao exercício da identidade em nome de interesses que não sejam, comparativamente, merecedores da mesma tutela. No caso sob exame, a minuta de provimento apresentada pelo CNJ, quando impede a alteração registral nos casos do art. 4º, §§5º, 6º e 7º, é frontalmente contrária à decisão do STF e, portanto, contrária à interpretação proposta para o art. 58, da LRP. Passando com um tal teor, será, pois, inconstitucional.

A pendência de débitos, a negativação dos dados no Serasa e/ou SPC, a existência de ações civis, trabalhistas, penais ou fiscais em trâmite não podem, por si, obstar o direito à mudança registral. Quando muito, podem levantar a necessidade de se informar a pretensão da mudança, para o fim de salvaguardar os interesses de terceiros. Mas é importante ressaltar que essa informação não trará para terceiros o direito de impedir ou restringir a pretensão de alteração registral.

A decisão da pessoa em alterar seus dados registrais não poderá, em absoluto, sofrer limitação pelo interesse público. O respeito à identidade pessoal, este sim, é que se apresenta como um interesse público a ser respeitado. Como também, é do interesse da coletividade que a todos seja assegurada a tutela da identidade pessoal.⁶⁵

Ainda que o próprio STF tenha reconhecido força normativa às resoluções do CNJ, conforme ação declaratória de constitucionalidade (ADC nº 12/DF), se a minuta sob análise vier a ser aprovada, será, por certo, considerada inconstitucional, uma vez que contraria a interpretação assinalada pelo STF para o caso.

⁶⁴ CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 175-176.

⁶⁵ KONDER, Carlos Nelson. O alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileiro. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 23, n. 1, p. 1-11, jan./mar. 2018. p. 5. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7497/pdf>>. Acesso em: 30 maio 2018. p. 8.

3 Conclusão

A identidade de gênero é um direito fundamental, decorrente da dignidade e da liberdade que toda pessoa humana tem de fazer as próprias escolhas. Para a integral tutela da personalidade é imprescindível respeitar a vontade do próprio sujeito no processo de autoconstrução, afastando-se qualquer interferência heterônoma que seja obstáculo às suas decisões existenciais.

Ao assegurar o direito de substituir prenome e sexo diretamente no registro civil, sob uma perspectiva de autopercepção identitária não psicopatologizante, o Supremo Tribunal Federal sobrelevou a autonomia da pessoa *trans* em atenção à sua dignidade e ao direito de buscar a felicidade, tão correlacionado à ideia de desenvolvimento da personalidade.

Não há razão constitucional para justificar limitações externas aos atos de autonomia que trazem apenas efeitos pessoais. Na hipótese em que tais atos produzam consequências interpessoais, a ponderação necessária há que ser feita tomando por referência a primazia das questões existenciais sobre as patrimoniais.

Daí se depreende que os critérios estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça “em nome da segurança jurídica” não podem servir de instrumentos limitadores da autonomia, pois acabam por desproteger ou constranger a pessoa *trans*, em clara afronta à decisão da ADI nº 4.275, e, portanto, inconstitucionais. A alteração no registro civil dos transgêneros deve ser reconhecida sem qualquer condicionante à livre expressão identitária.

São tantos os documentos exigidos no provimento do CNJ, que não parecem condizer com a proposta de simplificação da retificação registral. Reitera-se que a existência de ações civis, trabalhistas ou criminais ou mesmo a eventual possibilidade de fraudes a terceiros não é motivo para dificultar o gozo desses direitos fundamentais, de forma a impedir ou restringir a pretensa alteração registral. Os interesses contrapostos à autonomia da pessoa *trans* que a minuta do CNJ visa resguardar não têm merecimento de tutela suficiente para obstar a alteração registral. Outra medida, como a informação da pretensão aos terceiros interessados, seria menos gravosa à identidade da pessoa *trans* e igualmente eficaz, sendo ainda mais adequada ao sistema constitucional.

A dimensão estática da identidade se esvai, cedendo lugar para uma compreensão dinâmica, multifacetada e para além das normas convencionalizadas. No intuito de garantir a pluralidade de direitos às pessoas *trans*, ao ponderar identidade de gênero, realidade biológica e princípio infraconstitucional da imutabilidade

dos registros públicos, o STF fez predominar como merecedores de maior tutela o livre desenvolvimento da personalidade e o pleno respeito à autodeterminação identitária.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MENEZES, Joyceane Bezerra de; LINS, Ana Paola de Castro e. Identidade de gênero e transexualidade no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 17, p. 17-41, jul./set. 2018.

Recebido em: 17.8.2018
Publicado a convite