

Transexualidade e o direito de casar

Maria Berenice Dias

www.mbdias.com.br

www.mariaberenice.com.br

www.direitohomoafetivo.com.br

As questões que dizem com a sexualidade sempre são cercadas de mitos e tabus. Os chamados desvios sexuais, tidos como uma afronta à moral e aos bons costumes, são alvo de profunda rejeição social. Tal conservadorismo acaba por inibir o próprio legislador de normar situações que fogem dos padrões comportamentais aceitos pela sociedade. No entanto, fechar os olhos à realidade não vai fazê-la desaparecer, e a omissão legal acaba tão-só fomentando ainda mais a discriminação e o preconceito.

Estar à margem da lei não significa ser desprovido de direito nem pode impedir a busca do seu reconhecimento na Justiça. Ainda quando o direito se encontra envolto em uma auréola de preconceito, o juiz não deve ter medo de fazer justiça. A função judicial é assegurar direitos, e não bani-los pelo simples fato de determinadas posturas se afastarem do que se convencionou chamar de normal.

Talvez uma das mais instigantes questões que estão a merecer regulamentação para adentrar na esfera jurídica é a que diz com o fenômeno nominado de transexualidade. Por envolver a própria inserção do indivíduo no contexto social, reflete-se na questão da identidade e diz com o direito da personalidade, que tem proteção constitucional.

A identificação do sexo é feita no momento do nascimento pelos caracteres anatômicos, registrando-se o indivíduo como pertencente a um ou a outro sexo exclusivamente pela genitália exterior. No entanto, a determinação do gênero não decorre exclusivamente das características anatômicas, não se podendo mais considerar o conceito de sexo *fora de uma apreciação plurivetorial, resultante de fatores genéticos, somáticos, psicológicos e sociais*.¹

Eventual incoincidência entre o sexo aparente e o psicológico gera problemas de diversas ordens. Além de um severo conflito individual, há repercussões nas áreas médica e jurídica, pois o transexual *tem a sensação de que a biologia se equivocou com ele*.² Ainda que o transexual reúna em seu corpo todos os atributos físicos de um dos sexos, seu psiquismo pende, irresistivelmente, ao sexo oposto. Mesmo sendo biologicamente normal, nutre um profundo inconformismo com o sexo anatômico e intenso desejo de modificá-lo, o que leva à busca de adequação da externalidade de seu corpo à sua alma.

Com a evolução das técnicas cirúrgicas, tornou-se possível mudar a morfologia sexual externa, meio que começou a ser utilizado para encontrar a equiparação da aparência ao gênero com que se identifica. Dito avanço no campo médico, entretanto, não foi acompanhado pela legislação, uma vez que nenhuma previsão legal existia a regular a realização da cirurgia. Essa omissão levava a classe médica a uma problemática ético-jurídica e a questionamentos sobre a natureza das intervenções cirúrgicas e a possibilidade de sua realização.

¹ CHAVES, Antonio. *Direito à Vida e ao Próprio Corpo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 33.

² MORICI, Silvia. *Homossexualidade: um Lugar na História da Intolerância Social, um Lugar na Clínica*. in *Homossexualidade. Formulações Psicanalíticas Atuais*. Porto Alegre: Artmed. 1998. p. 169.

O IV Congresso Brasileiro de Medicina Legal, realizado em São Paulo no ano de 1974, classificou como mutilante – e não como corretiva – a cirurgia para troca de sexo. Tipificada como lesão, sob o ponto de vista penal, a conclusão a que se chegou foi que a intervenção feria o Código de Ética Médica.

Alcançou grande repercussão a condenação do cirurgião plástico Roberto Farina à pena de dois anos de reclusão por infringência ao art. 129, § 2º, do Código Penal. Acabou processado, porque, no XV Congresso de Urologia realizado em 1975, exibiu um filme de uma cirurgia de reversão, referindo que já a havia realizado em nove pacientes. O lúcido parecer exarado pelo jurista Heleno Cláudio Fragoso³ entendeu que o réu atuou dentro dos limites do exercício regular do direito (art. 23, III, do CP), não praticando crime algum. Afirmou que a condenação revela *data venia a carga de reprovação moral própria do espírito conservador de certos magistrados*. O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em 06/11/1979, acabou por absolver o acusado, por decisão majoritária, assim ementada: *Não age dolosamente o médico que, através de cirurgia, faz a ablação de órgãos genitais externos de transexual, procurando curá-lo ou reduzir seu sofrimento físico ou mental. Semelhante cirurgia não é vedada pela lei, nem pelo Código de Ética Médica*.

Em face desse precedente e das restrições da classe médica, os interessados em se submeter à cirurgia passaram ou a buscar outros países para sua realização ou a se socorrer da via judicial, pleiteando a expedição de alvará, por meio de procedimento de jurisdição voluntária.

Só recentemente, por intermédio da Resolução nº 1.482, de 10/9/1997, o Conselho Federal de Medicina autorizou, a título experimental, a cirurgia de transexuais. Considerando ser o paciente portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo, foi reconhecido que a transformação é terapêutica e, não havendo lei que a defina como crime, inexistente afronta à ética médica.

Após a realização da cirurgia, que extirpa os órgãos genitais aparentes, adaptando o sexo anatômico à identidade psicossocial, questão de outra ordem se apresenta. Inquestionavelmente é aflitiva a situação de quem, com características de um sexo, tem sua documentação declarando-o como pertencente ao gênero corporal em que foi registrado, o que gera constrangimentos de toda ordem. Daí a busca de alteração do nome e da identificação do sexo no registro civil. A inexistência de via administrativa ou previsão legislativa leva, com frequência, a aflorar na Vara dos Registros Públicos procedimentos pleiteando a retificação.

No entanto, o sistema jurídico brasileiro consagra o princípio da imutabilidade do nome, não chancelando qualquer pretensão do transexual à mudança do prenome. A Lei dos Registros Públicos diz que o prenome só pode ser alterado quando expuser ao ridículo o seu portador,⁴ sendo admitida a alteração somente a pedido do interessado, contanto que não prejudique o sobrenome da família.⁵

Outra objeção que é suscitada para impedir a mudança decorre da vedação do art. 348 do Código Civil: *Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro*.⁶ Esse é o fundamento que leva a Justiça, muito frequentemente, a indeferir o pedido de retificação. No entanto, como não é alegada a ocorrência de erro no registro, outro

³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Transexualismo*. Revista dos Tribunais, v. 543, pp. 299-304.

⁴ Art. 58 da Lei nº 6.015/73.

⁵ Art. 56 da Lei nº 6.015/73.

⁶ A referência é ao CC de 1916, estando reproduzido no art. 1.604 do atual CC.

deve ser o fundamento para embasar a pretensão. Não se trata de mero pedido de retificação de registro, e sim de alteração do estado individual, que diz com a inserção do sujeito na categoria correspondente à sua identidade sexual. Assim, a ação deve ser proposta perante a Vara de Família, como sustenta José Maria Leoni Lopes de Oliveira.⁷ Decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro fixou a competência da Vara de Família para a ação que mais se notabilizou sobre o tema, conhecida como o caso Roberta Close. O pedido, no entanto, foi denegado.

Mesmo frente às limitações e restrições legais, vem a Justiça decidindo favoravelmente, sendo autorizada a alteração tanto do nome como do sexo, sob o fundamento de que *nada mais razoável, humano e justo, que se agrupe o indivíduo no gênero sexual que melhor se identifique, maior conforto e conveniência lhe traga, constituindo-se tudo isto num direito subjetivo seu.*⁸

Quando dos julgamentos, não é feita qualquer referência sobre a possibilidade ou não da ocorrência de casamento. Por evidente que não é difícil figurar a hipótese de alguém que, desconhecendo a condição de transexual de seu parceiro, tendo-o como pertencente ao sexo registral, venha com ele a contrair matrimônio. Por tal, merece questionar-se sobre a existência do casamento e sua higidez, bem como se o ato pode ser anulado sob o fundamento de haver ocorrido erro essencial sobre a pessoa ou mesmo fraude, inclusive porque, com a cirurgia de reversão, ocorre a esterilidade.

A primeira pergunta que se impõe é se a cirurgia possui o efeito de mudar o sexo, isto é, se transforma efetivamente o homem em mulher ou a mulher em homem. Sendo a resposta afirmativa, nenhuma dúvida pairaria sobre a existência, a validade e a higidez do casamento, e, por consequência, desnecessária qualquer regulamentação à espécie. Porém, a resposta só pode ser negativa. A cirurgia, ainda que modifique as características anatômicas, orgânicas e aparentes do sexo, não altera o código genético do indivíduo, que corresponde às características do sexo cromossômico. *Não haveria a transformação da situação biológica, mas exclusivamente a tentativa de correção de uma inaptidão psicológica. Não haveria inversão da natureza, mas mudança de uma forma de viver.*⁹

Tereza Rodrigues Vieira sustenta a possibilidade e a validade do casamento. Ainda que tenha por legalmente inexistente o casamento entre dois homens, ressalva a hipótese do casamento de um transexual, que já *tenha obtido o reconhecimento judicial de sua condição feminina.*¹⁰

Decisão inédita do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹¹ faz expressa referência à possibilidade do casamento. Esse precedente, de uma vez por todas, indica a solução que se afigura mais justa e correta, pois nada justifica subtrair do transexual o direito de casar. O único reparo que merece a corajosa decisão é a determinação de *inserir à margem do registro que se trata de um transexual, concedendo a possibilidade de ser expedida certidão de inteiro teor a requerimento da parte e/ou de terceiro, que responderá pelos abusos que cometer.*

⁷ OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. *Direitos da Personalidade: Mudança de Sexo e Clonagem Humana*, p. 15.

⁸ Sentença do Juiz José Fernandes de Lemos da Vara de Família de Recife, Pernambuco, proferida em 21/4/1989, disponível na íntegra em minha obra "União Homossexual, o preconceito e a Justiça". Livraria do Advogado, 1ª ed. 2000.

⁹ SALGADO, Murilo Rezende. O Transexual e a Cirurgia para a Pretendida Mudança de Sexo. *Revista dos Tribunais*, v. 491, 1976, p. 244.

¹⁰ VIEIRA, Tereza Rodrigues. O Casamento entre Pessoas do mesmo Sexo no Direito Brasileiro e no Direito Comparado. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 14/96, p. 255, jul. 1996.

¹¹ Ap. Cível nº 598 404 887, Relator o Des. Eliseu Gomes Torres, julgamento em 10.3.1999.

Descabe argumentar que registro público possui efeito constitutivo, servindo para provar a existência e a veracidade do que está consignado. Não há como tornar pública a alteração registral levada a efeito e acessível ao conhecimento de todos.¹² Mesmo que qualquer alteração posterior deva ser obrigatoriamente mencionada, sob pena de responsabilidade civil e penal do serventuário, conforme expressamente preconiza a Lei dos Registros Públicos,¹³ tal regra não pode ensejar infringência ao sagrado princípio de respeito à privacidade e à identidade pessoal. Integra o restrito campo do livre arbítrio de todo e qualquer indivíduo o direito de revelar ou ocultar seu sexo real, o sexo com o qual se identifica, o sexo pelo qual optou. Entre os dois princípios, possui mais relevância o que diz com o direito à identidade, devendo ser o prevalentemente preservado.

Cabe a advertência feita por Tereza Rodrigues Vieira: *Não deve o legislador intervir, entretanto o transexual que dissimulou sua condição deverá responder por sua omissão.*¹⁴ A questão de o pós-operado dar ciência ao parceiro da cirurgia a que se submeteu pode ter implicações éticas e legais. Mesmo na hipótese de nada haver revelado, a dar margem a pedido de anulação ou divórcio, podendo o enlace ser tido como fraudulento, nada justifica a violação do direito à privacidade.

A indispensabilidade de proteger o direito à identidade impõe também tutela à modificação levada a efeito, tanto no campo físico como na esfera judicial. Despiciendo proceder à alteração registral se restar desnudada a causa da alteração. Permanecerá sendo impedida a pessoa do direito de viver sem sujeitar-se a situações que firam sua dignidade.

Não se pode negar, por uma questão de coerência, que é chegado o momento de reconhecer que o casamento é possível. Por maiores que possam ser os preconceitos, por mais acaloradas que sejam as discussões e as controvérsias que se travam sobre o tema, essa é a única solução que não afronta as garantias e os direitos individuais constitucionalmente assegurados.

¹² Art. 17 da Lei nº 6.015/73: Qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido.

¹³ Art. 21 da Lei nº 6.015/73: Sempre que houver qualquer alteração posterior ao ato cuja certidão é pedida, deve o oficial mencioná-la, obrigatoriamente, não obstante as especificações do pedido, sob pena de responsabilidade civil e penal, ressalvado o disposto nos arts. 45 e 94.

¹⁴ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Direito à Adequação de Sexo do Transexual. *Repertório IOB de Jurisprudência*. N. 3/96, p. 48, fev. 1996.