

Transexualismo e o direito de casar

MARIA BERENICE DIAS

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

As questões que dizem com a sexualidade sempre são cercadas de mitos e tabus, e os chamados desvios sexuais, tidos como uma afronta à moral e aos bons costumes, são alvo da mais profunda rejeição social. Tal conservadorismo acaba por inibir o próprio legislador de normar situações que fogem dos padrões aceitos pela sociedade.

No entanto, fechar os olhos à realidade não vai fazê-la desaparecer, e a omissão legal acaba tão-só fomentando 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 encontre envolto em uma auréola de preconceito, o juiz não pode 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 transexualismo, por envolver a própria inserção do indivíduo no contexto social, pois se reflete na questão da identidade e diz com o direito da personalidade, que tem proteção constitucional.

A identificação do sexo é feita, quando do nascimento, pelos caracteres orgânicos, registrando-se o indivíduo como pertencente a um ou a outro sexo exclusivamente pela genitália exterior. No entanto, há que atentar em que a determinação do gênero não decorre exclusivamente das características físicas aparentes, 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 profundo conflito individual, repercussões acabam ocorrendo nas áreas médica e jurídica, pois o transexual tem a sensação de que a biologia se equivocou com ele². Ainda que reúna em seu corpo todos os caracteres orgânicos de um dos sexos, seu psiquismo pende, irresistivelmente, ao sexo oposto. Mesmo sendo biologicamente normal, nutre um profundo inconformismo com o sexo biológico e intenso desejo de modificá-lo, o que leva à busca de adequar a externalidade à alma.

Com a evolução das técnicas cirúrgicas, tornou-se possível mudar a morfologia sexual externa, meio que começou a ser utilizado para encontrar a identificação da aparência ao gênero.

Esse avanço do campo médico não foi acompanhado pela legislação, uma vez que nenhuma previsão legal existe. Ao depois, a omissão regulamentadora da classe médica levava a uma problemática ético-jurídica e a questionamentos sobre a natureza das intervenções cirúrgicas e a possibilidade de sua realização pelos médicos.

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, tipificando sua realização uma lesão sob o ponto de vista penal, o que ensejou a conclusão de 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 artigo 129, § 2º, do Código Penal. Acabou processado, no XV Congresso de Urologia, realizado em 1975, por ter exibido 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 (artigo 23, III, do CP), não praticando crime algum, afirmando 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 06/11/79, 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 de dito precedente e das restrições da classe médica, os interessados em se submeter à cirurgia passaram a buscar países outros para sua realização ou a se socorrer da via judicial, formulando os pedidos por meio de procedimento de jurisdição voluntária.

Só recentemente, por intermédio da Resolução nº 1.482, de 10/09/97, o Conselho Federal de Medicina autorizou, a título experimental, a realização de cirurgia de transexualismo. Considerando ser o paciente portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo, a transformação é terapêutica *in anima nomili*, 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 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 enseja a busca de alteração do nome e da identificação do sexo no registro civil.

A inexistência de via administrativa, judicial ou legislativa leva, com frequência, a aflorar na Vara dos Registros Públicos procedimentos retificativos.

O nosso Direito 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 portador⁴, sendo admitida sua alteração somente a pedido do interessado, contanto que não prejudique o sobrenome da família⁵.

Outra objeção suscitada para impedir a mudança decorre da vedação do artigo 348 do Código Civil: "Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro". Esse foi o fundamento que levou a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a indeferir o pedido de retificação.

Como não é alegada a ocorrência de erro no registro, outro deverá 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 Oliveira⁶. 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 diante das 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.⁷

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

A primeira pergunta que se impõe é se a cirurgia tem 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 validade e higidez do casamento, fazendo-se, por via de consequência, desnecessária qualquer regulamentação à espécie.

Porém, a resposta só pode ser negativa. A cirurgia, ainda que modifique as características exteriores, 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".⁸

Tereza Rodrigues Vieira sustenta a possibilidade e a validade do casamento. Ainda que tendo 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 feminina⁹.

Decisão inédita do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,¹⁰ modo expresso autoriza o casamento, precedente que, 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 quanto a ter determinado 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.

Descabe argumentar que registro público tem efeito constitutivo, servindo para provar a existência e a veracidade do que está consignado. Não cabe a possibilidade de tornar pública a alteração registral levada a efeito, ainda que tenha o mesmo efeito publicitário - com raras exceções, é acessível ao conhecimento de todos¹¹ - e que qualquer alteração posterior deva ser obrigatoriamente mencionada, sob pena de responsabilidade civil e penal do serventário, conforme expressamente preconiza a Lei dos Registros Públicos.¹²

Tais regramentos não podem 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 o sexo real, o sexo com o qual se identifica, o sexo pelo qual optou.

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.¹³

Ainda que a questão sobre se o pós-operado deve revelar ao parceiro a cirurgia a que se submeteu tenha implicações éticas e legais, nada justifica a violação do direito à privacidade. Mesmo na hipótese de não ter sido revelado o ocorrido, e tal dê margem a pedido de anulação ou divórcio, podendo o enlace ser tido como fraudulento.

A indispensabilidade de se proteger a identidade impõe também a tutela à modificação levada a efeito, tanto no campo fisiológico como na esfera legal. Despiciendo proceder-se à alteração registral, se restar desnudada a causa da alteração. Permanecerá impedido o direito de viver.

Essa é a única solução que não afronta as garantias e os direitos individuais constitucionalmente assegurados, pois não se poderá negar, por uma questão de coerência, que, mais cedo ou mais tarde, chegará o momento de reconhecer que o casamento será possível, por maiores que ainda possam ser os preconceitos, por mais acaloradas que possam ser as discussões e as controvérsias que se travarem sobre o tema.

NOTAS

1. CHAVES, Antônio. Direito à Vida e ao Próprio Corpo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 2ª ed., 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.
3. Transexualismo - Rev. dos Tribunais, vol. 543, pp. 299/304.
4. Artigo 58 da Lei nº 6.015/73. 5. Artigo 56 da Lei nº 6.015/73.
6. OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. Direitos da Personalidade: Mudança de Sexo e Clonagem Humana, p. 15.
7. Sentença do Juiz José Fernandes de Lemos da Vara de Família de Recife, Pernambuco.
8. SALGADO, Murilo Rezende. O Transexual e a Cirurgia para a Pretendida Mudança de Sexo, p. 244.
9. O Casamento entre Pessoas do mesmo Sexo no Direito Brasileiro e no Direito Comparado. Repertório IOB de Jurisprudência – 2ª quinzena de julho de 1996, nº 14/96, p. 255.
10. Ap. Civil nº 598.404.887, Relator Des. Eliseu Gomes Torres, julgamento 10/03/99.
11. Artigo 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.
12. Artigo 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 artigos 45 e 94.
13. VIEIRA, Tereza Rodrigues. Direito à Adequação de Sexo do Transexual. Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª quinzena de fevereiro de 1996, nº 3/96. p. 48.

(in Seleções Jurídicas, junho/2000, Edição Especial, COAD/ADV, págs. 34/36)