

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

30 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO / DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 209.101-4/0-00, da Comarca de ESPÍRITO SANTO DO PINHAL, em que são apelantes MINISTÉRIO PÚBLICO e [REDACTED], sendo apelado [REDACTED]:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E, POR MAIORIA DE VOTOS, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DO REQUERENTE, VENCIDO O 3º JUIZ, QUE O IMPROVIA, COM OBSERVAÇÃO. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO O REVISOR E O 3º JUIZ.", de conformidade com o relatório e voto do Relator, que integram este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LAERTE NORDI (Revisor), vencedor e GUIMARÃES E SOUZA (3º Juiz), vencido, ambos com declaração de voto em separado.

São Paulo, 9 de abril de 2002.


ELLIOT AKEL
Presidente e Relator



APELAÇÃO CÍVEL nº 209.101.4/0

ESPÍRITO SANTO DO PINHAL

Apelantes e reciprocamente apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO e [REDACTED]

Voto nº 13.575

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – ASSENTO DE NASCIMENTO – TRANSEXUAL - ALTERAÇÃO NA INDICAÇÃO DO SEXO – DEFERIMENTO – NECESSIDADE DA CIRURGIA PARA A MUDANÇA DE SEXO RECONHECIDA POR ACOMPANHAMENTO MÉDICO MULTIDISCIPLINAR – CONCORDÂNCIA DO ESTADO COM A CIRURGIA QUE NÃO SE COMPATIBILIZA COM A MANUTENÇÃO DO ESTADO SEXUAL ORIGINALMENTE INSERTO NA CERTIDÃO DE NASCIMENTO – NEGATIVA AO PORTADOR DE DISFORIA DO GÊNERO DO DIREITO À ADEQUAÇÃO DO SEXO MORFOLÓGICO E PSICOLÓGICO E A CONSEQÜENTE REDESIGNAÇÃO DO ESTADO SEXUAL E DO PRENOME NO ASSENTO DE NASCIMENTO QUE ACABA POR AFRONTAR A LEI FUNDAMENTAL – INEXISTÊNCIA DE INTERESSE GENÉRICO DE UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA EM IMPEDIR A INTEGRAÇÃO DO TRANSEXUAL – ALTERAÇÃO QUE BUSCA OBTER EFETIVIDADE AOS COMANDOS PREVISTOS NOS ARTS. 1º, III, E 3º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NEGADO, PROVIDO O DO AUTOR PARA O FIM DE ACOLHER INTEGRALMENTE O PEDIDO INICIAL, DETERMINANDO A RETIFICAÇÃO DE SEU ASSENTO DE NASCIMENTO NÃO SÓ NO QUE DIZ RESPEITO AO NOME, MAS TAMBÉM NO QUE CONCERNE AO SEXO.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de retificação de registro civil julgado parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 30/36, cujo relatório é adotado, deferido somente o pedido de retificação do prenome do autor, indeferido o de alteração de sexo.

Apelou, o Ministério Público, objetivando a reforma do julgado na parte em que determinou a retificação do prenome do requerente. Também apelou o autor, postulando o deferimento da mudança de sexo em seu assento de nascimento.



Opinou, a douta Procuradoria de Justiça, pelo improvimento do recurso do Ministério Público e provimento do apelo do autor.

Recursos tempestivos e contra-arrazoados.
É o relatório.

VOTO

Sustenta, o requerente, em resumo, que "sempre deparou-se com problemas de identidade sexual, o que lhe proporcionou grandes aborrecimentos", sentindo e comportando-se, ao longo de seus mais de 38 anos, como mulher. Afirma que realizou exames multidisciplinares, a partir dos quais verificou-se que embora tivesse compleição e carga genética masculina, comportava-se como pessoa de "características femininas de personalidade, percebendo-se naturalidade nessa postura, isenta de modismos ou afetações". Com isso, pôde submeter-se a cirurgia de mudança de sexo, concluída com êxito.

Embora satisfeito com o resultado da cirurgia, entende o suplicante não haver solucionado os transtornos do cotidiano, causados pelos documentos de identificação que porta.

Diante disso, objetivou, por meio da ação ajuizada, a alteração de seu assento de nascimento, mudando seu prenome para [REDACTED] e a indicação de sexo para "feminino".

Sua pretensão mereceu acolhida apenas em parte. Na sentença, concluiu-se que "a alteração do sexo no assento de nascimento – embora seja providência jurisdicional em tese juridicamente possível, em casos de real indefinição sexual genética - não se aplica aos presentes autos, nos quais o requerente submeteu-se tão-somente a cirurgia reparadora dos órgãos externos" e que, por



outro lado, "não se mostra absurda a possibilidade de que uma pessoa do sexo masculino tenha nome feminino (...), no caso, a condição transexual do requerente justifica plenamente o atendimento do pedido, em face dos presumíveis transtornos que um prenome masculino lhe acarreta".

Diante do resultado da demanda, [REDACTED] teve alterado seu assento de nascimento, de tal modo que passou a ostentar o nome [REDACTED], do sexo masculino.

[REDACTED], repito, do "sexo masculino".

Argumentou, o ilustre magistrado de primeiro grau, que isso não deve causar grande embaraço porque "alguns prenomes são utilizados tanto para pessoas do sexo masculino quanto do feminino ("Darci", "Juraci", "Nadir", por exemplo)", além do que "prenomes femininos de origem estrangeira podem soar masculinos por terminarem com a vogal o (o prenome japonês "Fumiko", por exemplo)" e "por outro lado, prenomes masculinos às vezes são interpretados como femininos (o prenome italiano "Michele", por exemplo)" (fl. 34).

Os exemplos invocados não foram, *data venia*, muito felizes. Se efetivamente existem prenomes que tanto podem designar pessoas do sexo masculino quanto do sexo feminino (como "Darci", "Juraci" e tantos outros), dentre eles não se inclui, evidentemente, [REDACTED] (ou [REDACTED]), que é o feminino de [REDACTED] (ou [REDACTED]). Por outro lado, [REDACTED] e [REDACTED] são prenomes bastante comuns no Brasil, ao contrário do que acontece com aqueles, referidos na sentença, normalmente utilizados por pessoas estrangeiras ou de ascendência estrangeira.

Certo é que não se justificava, *venia concessa*, a acolhida apenas em parte do pedido formulado: ou bem se atendia



integralmente a pretensão, alterando-se o assento quanto ao nome (de [REDACTED] para [REDACTED]) e ao sexo (de masculino para feminino), ou se mantinha o assento tal qual lavrado, repelindo-se completamente o pedido.

Tenho para mim que o pedido formulado por [REDACTED] merecia deferimento em sua integralidade, ainda que isso pudesse produzir os efeitos à primeira vista indesejáveis, indicados na sentença (possibilidade de licença-maternidade, no caso de adoção, redução do prazo para aposentadoria, reconhecimento de união estável com pessoa do sexo oposto), embora seja inconcebível, a meu ver, que uma pessoa de trinta e oito anos venha a se submeter a cirurgia delicada, como o é a de emasculação com neovaginoplastia, com o objetivo de auferir qualquer dessas vantagens previstas na lei.

Ademais, reconhecendo-se que socialmente não mais pode, o transexual primário operado, ser considerado do sexo masculino, não há de causar espécie que qualquer desses efeitos possa se produzir: se vier a adotar uma criança e se a lei prevê o benefício previdenciário para a adotante, nada mais razoável que também ele possa gozá-lo, ainda mais porque, a rigor, destinatária da regalia é a criança adotada, e não quem a adota. Se mantiver união com homem, exercendo, presumivelmente, a função feminina dentro da entidade familiar, não há porque impedir a atribuição de efeitos jurídicos a esse união, desde que satisfeitos todos os requisitos legais para tanto. E se são amenizadas as exigências da legislação previdenciária no tocante à idade e tempo de serviço para a concessão de aposentadoria, isso não pode justificar a manutenção de uma situação vexatória para o apelante, cabendo à Previdência Social, uma vez requerido o benefício, examinar a questão, aplicando regra de proporcionalização, se fosse o caso.



Além desses, a meu ver inconsistentes, outros argumentos poderiam ser desfiados em sentido contrário à pretensão de alteração do sexo no registro de nascimento.

Assim é que, ao menos em tese, o transexual poderia contrair matrimônio, sendo certo que o casamento, no direito brasileiro, só pode ser realizado em pessoas de sexos distintos.

Analisando essa questão, Luiz Alberto David Araújo ("A Proteção Constitucional do Transexual", Saraiva, 2000, p. 135), faz uma série de indagações que me parecem absolutamente pertinentes:

"Realmente, o casamento só poderia ocorrer entre pessoas do sexo oposto, nos termos do art. 180 do Código Civil. Mas qual o conceito de sexo que devemos adotar? O sexo biológico? O sexo psicológico? O sexo gonadal? Enfim, se há vários conceitos, por que devemos utilizar o biológico? E, ademais, há o reconhecimento médico da necessidade da cirurgia, já que o paciente tem tendência para o sexo diferente do biológico, ou seja, para a mudança de sexo. Portanto, diante do conflito, por que não afirmar, no caso, que o indivíduo pertence ao sexo para o qual foi operado? Realmente, sabemos que, internamente, a constituição física do indivíduo operado continua a mesma, ou seja, mantém seu sexo de origem. Mas a sociedade está preocupada com o sexo de origem do indivíduo, ou ele tem direito a uma nova vida, integrado socialmente, participando integrativamente, de forma saudável? Ou deve sempre trazer consigo a situação de 'transexual'?"

E mais adiante:



"Se o Estado concorda com a cirurgia, por entendê-la necessária, uma vez que tem a responsabilidade do acompanhamento médico, seria melhor deixar de anotar a transexualidade no documento, respeitando o sexo psicológico, já definido pela cirurgia de redesignação sexual? Concordar com a cirurgia, mas não definir a situação do operado, é o mesmo que abonar, dar fiança, sem cumprir com a obrigação de quem concorda com a verdade dos fatos.

O argumento geralmente utilizado é o de que poderia haver casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas não serão do mesmo sexo se se admitir outras classificações para este, como a psicológica, por exemplo. No caso, o transexual tem apenas o sexo biológico, que já foi alterado em conformidade com o seu sexo psicológico. Este sim, forte e determinante, já foi objeto de decisão médica, acompanhada por equipe multidisciplinar, para a conclusão da cirurgia.

O casamento do transexual continuaria a ser, assim, entre sexos opostos, pois o sexo psicológico, no caso, prevaleceria sobre o biológico (este, como já vimos, alterado sensivelmente pela cirurgia)".

Outra objeção imaginável é aquela relacionada à impossibilidade de procriação: o transexual não poderia ter filhos, inviabilizando-se um dos presumíveis objetivos do casamento.

Nos dias de hoje, impossível, a não ser para aqueles que levam a extremos a observância de dogmas religiosos, conceber a procriação como único objetivo da relação sexual. Sexo é primordialmente prazer (tomado esse termo em seu sentido mais elevado), e **pode ser** procriação.



Objetivo primordial do casamento é o convívio entre duas pessoas. Tanto isso é certo que nada impede venham a se casar duas pessoas incapazes de procriar, em virtude de moléstia incapacitante ou de idade avançada.

Ninguém cogita da anulação do casamento de uma mulher estéril ou que já tenha ultrapassado de há muito a menopausa. Nem de um homem que, pela idade avançada, não mais tenha capacidade de produzir espermatozóides, ainda que mantendo a função erétil.

O inesquecível mestre Washington de Barros Monteiro, ao tratar das hipóteses de anulação do casamento por erro essencial, assinala que "a instituição não tem exclusivamente por fim a procriação; visa também ao estabelecimento de união afetiva e espiritual entre os cônjuges. Uma vez que essa união pode ser alcançada, inexistirá motivo para anular o casamento, só porque dele não adveio prole, em razão da esterilidade de um dos cônjuges." (*Curso de Direito Civil*, 2º vol., Saraiva, 29ª ed., p. 90).

De qualquer modo, parece-me muito difícil que alguém chegue ao casamento ignorando a condição do outro, de transexual. E se isso ocorrer, que procure, o que eventualmente vir a se sentir ludibriado, a anulação do casamento, por erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge. E se essa anulação por alguma razão for impossível, e se a ignorância dessa condição tornar impossível a vida em comum, será sempre possível a extinção do vínculo através do divórcio.

MARIA HELENA DINIZ, em sua indispensável obra *O Estado Atual do Biodireito*, referindo-se aos problemas jurídicos



decorrentes da mudança de sexo, faz a indagação que me parece essencial:

"Feita a cirurgia de redesignação sexual ou de mudança de sexo num transexual, o direito, a sociedade e o Poder Judiciário poderiam proibir que leve vida feliz e normal? Poder-lhe-iam negar efeitos jurídicos oriundos de sua nova condição sexual?"

Se com o término da Segunda Guerra Mundial passou-se a proteger com intensidade maior o direito da personalidade, em virtude da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais de 1950, se direito da personalidade é o direito à conservação, invulnerabilidade, dignidade e reconhecimento da livre atuação da personalidade em todas as suas direções, gerando um dever jurídico de abstenção para todos os membros da coletividade, não se deveriam admitir direitos ao transexual operado? Não deveria a lei, evitando discriminação, facilitar seu direito à identidade sexual?" (p. 235).

Na seqüência, empreendendo viagem pelo direito comparado, a ilustre tratadista mostra que admitem direitos aos transexuais a lei sueca de 1972, a alemã de 1980, a holandesa de 1985, a belga, a suíça, a dinamarquesa e as de alguns Estados federados dos Estados Unidos.

Na Louisiana, há desde 1968 norma no seguinte sentido:

"Qualquer pessoa nascida em Louisiana que, após haver sido diagnosticada como transexual ou como pseudo-hermafrodita, realize cirurgia corretiva ou de mudança de sexo que altere a estrutura anatômica de seu sexo para a de outro, diverso do



indicado originalmente em seu assento de nascimento poderá requerer à jurisdição para obter um novo registro" (tradução livre).

Em Illinois, lei de 1º de janeiro de 1962 (40 anos atrás!) permite a retificação, no registro civil, da indicação do sexo no assento do nascimento, havendo cirurgia de transgenitalização, adequando o sexo biológico ao psicológico.

A lei holandesa de 24 de abril de 1985 possibilita que o tribunal acate não só a mutação sexual como também a adequação do prenome no registro civil do transexual.

E não se diga que todas essas legislações são de países de cultura escandinava ou anglo-saxã, sabidamente mais liberais em matéria de costumes, porque também a lei turca (e a Turquia é país de maioria islâmica, embora o estado seja secular), como a portuguesa e a peruana prevêem tais direitos.

Na África do Sul, há lei que confere competência ao Ministro do Interior para ordenar retificação de atribuição de sexo constante do registro de nascimento, baseado na cirurgia de mutação sexual, adaptando o sexo físico ao psíquico.

E pela lei italiana de 1982, essa competência é do tribunal.

No Brasil, não existe lei específica cuidando da matéria. O que se tem é criação pretoriana. Cabe apenas referência ao Projeto de Lei nº 70, de 1995, propondo acréscimo de dois parágrafos ao artigo 58 da Lei dos Registros Públicos, possibilitando a mudança do prenome e do sexo do transexual em seu assento de nascimento e na cédula de identidade.

A Constituição Federal de 1988, apesar de não conter uma cláusula geral expressa destinada à tutela ampla dos direitos da personalidade, absorveu, em seu Título I, em que são expostos os



princípios fundamentais do Estado brasileiro, a doutrina do direito geral da personalidade, protegendo a dignidade da pessoa humana e garantindo a prevalência dos direitos fundamentais do homem.

Em sua obra *Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual* (ed. RT, 1999), Elimar Szaniawski anota que a Constituição Federal, em seu Título I, adota como princípios fundamentais informativos da estrutura jurídico-social do Estado brasileiro, entre outros, a cidadania e a valorização da dignidade da pessoa humana.

Disso decorre que a pessoa humana é o bem supremo da ordem jurídica, o seu fundamento e o seu fim. Daí a asserção constitucional de que todos os cidadãos possuem a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. A estrutura e a ação do poder público, a organização da vida econômica, cultural e social, está subordinada ao respeito e ao desenvolvimento da pessoa humana. Em razão disso é que a lei fundamental garante os diversos direitos da personalidade.

Nossa lei fundamental, em verdade, ao estabelecer, no § 2º do artigo 5º, a vigência, na ordem interna, do Direito Internacional referente aos direitos fundamentais ("os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"), acabou por estatuir que os direitos fundamentais da personalidade devem ser interpretados em consonância com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. E esta supõe a existência de um direito geral ao livre e pleno desenvolvimento da personalidade humana.

É do mesmo autor a observação, fundada no ensinamento de Hubmann, de que a personalidade do homem constitui o núcleo de uma esfera ética composta por três elementos fundamentais: a dignidade, a individualidade e a pessoalidade. Esses



elementos, ao se reunirem, originam um indivíduo de caráter próprio, pleno de dinâmica criadora e de riqueza interior, que devido à sua própria natureza, necessita desenvolver-se, evoluir, e que "se esforça para além de seu círculo de vida interior e exterior e busca as suas fronteiras para perseguir e agarrar o infinito" (ob. cit., p. 253).

Considerando que o ser humano vive em sociedade, fazendo parte integrante de uma comunidade de personalidades, Hubmann atribui à ordem jurídica o escopo de tornar possível a cada ser humano realizar sua tarefa ética, seu desenvolvimento criador, enfim, sua evolução. À ordem jurídica incumbe, portanto, outorgar a todo ser humano a qualidade de sujeito de direito e uma esfera de autonomia de vontade em suas relações sociais. Nisto consiste o direito da personalidade.

A tutela da personalidade, sob todos os seus aspectos, e a garantia de que todo ser humano leve sua vida com pleno desenvolvimento e com igualdade de oportunidades, exigem a existência, no direito positivo, de uma cláusula geral de proteção da personalidade.

Poder-se-ia, nesse ponto, indagar o que teria tudo isso a ver com a pretensão do autor, de obter a alteração de seu assento de nascimento.

Uma vez que a Constituição Federal de 1988 reconhece a existência de um direito geral ao livre e pleno desenvolvimento da personalidade humana, negar ao portador de disforia do gênero o direito à adequação do sexo morfológico e o sexo psicológico e a conseqüente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de nascimento acaba por afrontar a lei fundamental.

Se o requerente já se submeteu a intervenção médica que resultou na extirpação dos órgãos sexuais externos, do sexo masculino, e na construção cirúrgica de um simulacro do órgão sexual



feminino, a neovaginoplastia, de modo a permitir-lhe a prática do coito vaginal; se ostenta ele, agora, ainda que por força de ingestão de hormônios e/ou implante de próteses, as principais características morfológicas de uma mulher (cintura mais afilada, quadris mais largos, mamas, ausência de barba, cabelos longos), insistir em manter, em seu assento de nascimento (e, conseqüentemente, em seus documentos de identidade) a indicação de prenome e estado sexual que não correspondem, em absoluto, à maneira como aparece em suas relações com o mundo exterior, significa condená-lo a uma situação de incerteza, angústias e conflitos, impedindo-o, ou ao menos dificultando-lhe o exercício das atividades habituais dos seres humanos. Isso equivale a negar-lhe direito ao exercício da cidadania.

O artigo 58 da Lei dos Registros Públicos, ainda que com a redação que lhe foi dada pela Lei 9.708, de 18 de novembro de 1998 (que introduziu a autorização da substituição do prenome por apelidos públicos notórios) não serviria, considerado isoladamente, fundamento bastante para a acolhida do pedido inicial.

O autor não pretende apenas substituir o prenome por apelido público notório. Pretende, isso sim, substituir o prenome masculino [REDACTED], pelo feminino [REDACTED], alterando, por outro lado, o sexo indicado no assento de seu nascimento.

Se, contudo, à mesma disposição for dada enriquecedora interpretação teleológica, observada a perspectiva dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e do artigo 1º da Constituição Federal, aí encontraremos embasamento suficiente para o acolhimento do pedido sem que isso represente afronta ao direito posto.

Como já tive oportunidade de escrever em modesta obra de minha autoria (*O Poder Judicial e a Criação da Norma Individual*,



Saraiva, 1995, p. 130), "a essência da função jurisdicional está em traduzir o comando abstrato da norma no comando concreto entre as partes, que leva à criação da norma individual". "O papel criador do juiz é a expressão própria da função jurisdicional. Esta consiste em normar, sobre a base do direito e segundo um procedimento especial - que a legitima - os litígios que podem surgir entre os sujeitos de direito. A função jurisdicional não consiste em dizer abstratamente o direito. Ela tem por objeto dar uma solução justa a um problema humano" (idem, p. 132).

Diante do problema humano retratado nos autos, a solução que melhor se harmoniza com os preceitos constitucionais é a acolhida integral da pretensão exposta na inicial.

Justificar-se-ia a recusa a tal acolhimento caso se fizesse presente, de modo evidente, a possibilidade de vir, a alteração do prenome e do sexo, a causar prejuízos a terceiros ou à sociedade.

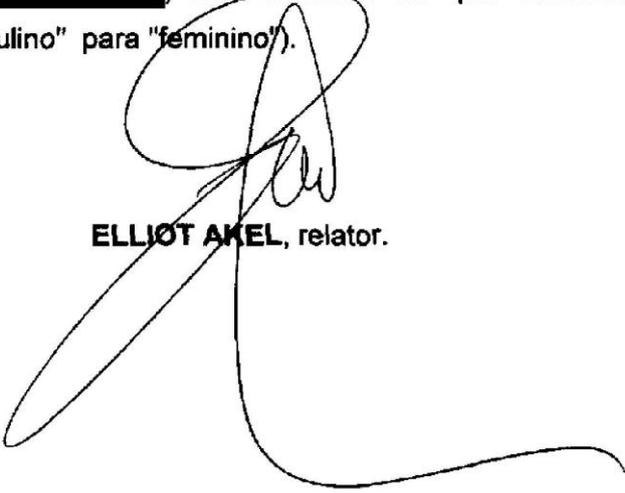
Isso não ocorre, no caso presente, pelas razões já expostas.

Conforme anota Luiz Alberto David Araújo (*A Proteção Constitucional do Transexual*, ed. Saraiva, 2000, p. 146), não há um interesse genérico da sociedade em impedir a integração do transexual.

"Entre os valores protegidos para a integração do transexual, sua condição de novo sexo, seu registro civil, sua integração social, inclusive com a possibilidade de casamento e os argumentos contrários, como os já acima anunciados, não há dúvida de que a sociedade democrática deve optar pela felicidade do transexual, como forma de integração social e como forma de obter a efetividade dos comandos constitucionais previstos nos arts. 1º, III, e 3º, IV".



Pelas razões expostas, e por aquelas constantes do bem lançado parecer da douta Procuradoria de Justiça, meu voto nega provimento ao recurso do Ministério Público e dá provimento ao apelo do autor para o fim de acolher integralmente o pedido inicial, determinando a retificação de seu assento de nascimento não só no que diz respeito ao nome (de [REDACTED] para [REDACTED] [REDACTED]) mas também no que concerne ao sexo (de "masculino" para "feminino").


ELLIOT AKEL, relator.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR
APELAÇÃO CÍVEL Nº 209.101-4/0
ESPÍRITO SANTO DO PINHAL
VOTO Nº 15410

Apelantes : MINISTÉRIO PÚBLICO e [REDACTED]

Apelados : OS MESMOS

[REDACTED] ajuizou esta ação de retificação de registro civil, alegando ter sido sempre uma mulher num corpo de homem e pleiteando, após cirurgia de mudança de sexo, que lhe fosse alterado o nome para [REDACTED] e o sexo para feminino.

O MM. Juiz “a quo”, na sentença de fls. 32/36, julgou procedente em parte o pedido, deferindo somente a retificação do nome para [REDACTED] e indeferindo a retificação de sexo no mesmo assento.

Segundo o douto magistrado, “se fosse permitido às pessoas optar pela identidade sexual que desejassem em seu assento de nascimento, estar-se-ia dando margem à produção de efeitos jurídicos os mais diversos. O requerente acaso poderá adotar uma criança e auferir o benefício da licença (CF, art. 7º, XVIII)? Poderá requerer aposentadoria com trinta anos de contribuição ou sessenta de idade (CF, art. 201, § 7º, I e II)? Poderá ver reconhecida união estável com pessoa do sexo masculino (CF, art. 226, § 3º)? Tudo isso poderá ocorrer, se o seu pedido de mudança de sexo for atendido.

Inconformado, o Dr. Promotor de Justiça recorreu, sustentando que o autor pertence ao sexo masculino e, em

For.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2

conseqüência, seu prenome só pode ser masculino, sob pena de o assento de nascimento encerrar informações absurdas (fls. 39/40).

Também o fez o autor, ao fundamento de que de há muito tempo se apresenta à sociedade como [REDACTED], sendo inclusive, chamado assim dentro de sua roda de amigos e quando é referido por qualquer membro da sociedade. Daí que não há como não se admitir que é ele, na verdade, uma mulher (fls. 47/50).

Por sua vez, a ilustre representante do Ministério Público, Dr^a Leila Mara Ramacciotti Vasconcellos, no longo e bem elaborado parecer de fls. 64/79, opinou pelo não provimento do recurso do Ministério Público e pelo provimento daquele de [REDACTED]. Fez um excelente estudo da matéria para assim concluir. Citou, inclusive, julgado anterior relatado pelo Desembargador Boris Kauffman (Apelação Cível nº 165.157-4/5), que lembrou voto do magistrado Ênio Santarelli Zuliani, proferido na Apelação Cível nº 52.672-4/6.

Na mesma linha desses importantes pronunciamentos, o Des. Elliot Akel, com anotações ajustadas à sua inteligência, cultura jurídica e sensibilidade de homem voltado ao social, acolheu o pleito de [REDACTED], respondendo, uma a uma, as objeções e preocupações do ilustre Juiz “a quo”.

Embora fosse absolutamente desnecessário qualquer acréscimo às judiciosas considerações do douto Relator, quero registrar meu pensamento sobre tema tão delicado que, como vejo as coisas, deve ser resolvido à luz do artigo 1º, III, da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - ... II - ... III - a dignidade da pessoa humana”.

f. au



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3

No caso dos autos, não há dúvida que [REDACTED] foi uma menina, depois uma mulher num corpo de homem, o que o levava a brincar de bonecas, trabalhar como babá e a ter até mesmo repugnância de seu órgão genital.

Hoje, aos 38 anos, é fácil imaginar os problemas enfrentados por [REDACTED] que, sendo uma mulher no aspecto psicológico e emocional, é obrigado a viver essa terrível ambigüidade, certamente sofrendo todo o tipo de aborrecimentos derivados do preconceito.

Não foi por outro motivo que, em 15.07.91, os Drs. Cláudio Cohen e o Prof. Dr. Marco Segre afirmaram que [REDACTED] [REDACTED] tinha o sexo genético masculino, mas características de personalidade que o enquadravam como transexual. Por isso, não tiveram restrição ao pedido quanto à realização de emasculação e neovaginoplastia (fls. 21).

Ninguém, creio, se atreveria a desconsiderar a importância e a gravidade de uma decisão que atendesse à mudança de nome e de sexo, com todos os problemas, dificuldades e desdobramentos inerentes.

Contudo, cabe ao julgador decidir se se deve submeter [REDACTED], uma mulher exteriormente, aos transtornos do dia-a-dia, quando se identifica como homem. Ou se se deve contrariar o disposto no artigo 1º, III, da CF, que preserva e garante a dignidade da pessoa humana.

O MM. Juiz “a quo”, com grande sensibilidade, entendeu que [REDACTED] não deve continuar [REDACTED], e sim [REDACTED], ainda que, pelos motivos explicados na sentença, devesse constar, no assento de nascimento, como sendo do sexo masculino.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4

Preservado, porém, o respeito ao entendimento do douto magistrado, penso que, no caso, ou se altera tudo ou então nada: ou fica [REDACTED] do sexo masculino ou [REDACTED] do sexo feminino.

Em atenção ao princípio constitucional que preserva a dignidade da pessoa humana e em razão dos fundamentos do brilhante voto do Des. Elliot Akel, a segunda alternativa é a que se mostra mais compatível com a necessidade de se dar, depois de tantos anos, paz e tranquilidade a alguém que não pode ser punido por toda uma vida pela culpa que só pode ser atribuída a desígnios outros.

Pelo exposto, acompanho integralmente o excelente voto do Des. Elliot Akel e também dou provimento ao recurso de [REDACTED] negando ao do Ministério Público.

Por derradeiro, registro meu respeito e admiração ao trabalho do ilustre advogado Dr. Arlindo César Alborgheti Moreira, que fez jus à indicação do Presidente da 11ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, Espírito Santo do Pinhal (fls. 12). Trabalho que o honra e à sua instituição.


LAERTE NORDI



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ap.209.101-4/0

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO
APELAÇÃO CÍVEL Nº 209.101-4/0-01
ESPÍRITO SANTO DO PINHAL

Pedido de retificação de registro civil foi julgado procedente, em parte, para deferir a retificação do prenome do requerente, sem alterar, todavia, o assento na parte relativa ao sexo, de masculino para feminino, como havia sido postulado na petição inicial.

O requerente é transexual primário como está comprovado no laudo de fls. 14/21, elaborado pelo Departamento de Medicina Legal, Medicina Social e do Trabalho e Deontologia Médica, da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

O MM. Juiz, na sentença de fls. 30/36, depois de admitir tão-somente a mudança do prenome do requerente de [REDACTED] para [REDACTED], assentou que “não se mostra absurda a possibilidade de que uma pessoa do sexo masculino tenha nome feminino”.

O voto condutor do v. acórdão, proferido pelo eminente Desembargador Elliot Akel, deixa registrado que “não se justificava, *venia concessa*, a acolhida apenas em parte do pedido formulado: ou bem se atendia integralmente a pretensão, alterando-se o assento quanto ao nome (de [REDACTED] para [REDACTED]) e ao

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO APELAÇÃO CÍVEL Nº 209.101-4/0-01 ESPÍRITO SANTO DO PINHAL



2

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sexo (de masculino para feminino), ou se mantinha o assento tal qual lavrado, repelindo-se completamente o pedido”.

Estou, em parte, de acordo com a douta maioria.

Com efeito, penso que não se justifica, com o respeito que merece o entendimento do ilustre magistrado de primeiro grau, deferir o pedido, em parte, para admitir a mudança do prenome masculino do requerente, para outro feminino, mantido no assento de nascimento que [REDACTED] é do sexo masculino.

Se o primordial objetivo da retificação é evitar que o requerente seja exposto ao ridículo, a solução da sentença, ‘data venia’ não minora a situação de fato hoje existente.

E não se pode igualar o prenome [REDACTED], que é próprio do sexo feminino, com outros comuns aos dois sexos, como ocorre nos exemplos invocados na sentença. Não se tem notícia de nenhum homem usando o nome de [REDACTED]! Se houvesse estaria, à evidência, o seu detentor exposto a chacotas.

Não tenho a menor dúvida de que, na hipótese de transexual primário, como ocorre no caso dos autos, que se não confunde – é bom que se deixe claro – com travestis e homossexuais, o pedido de retificação do assento de nascimento para alteração do prenome masculino, para feminino, deve ser acolhido, objetivando afastar a possibilidade de uma pessoa ficar exposta ao ridículo, por trajar-se com roupas femininas, ter aparência feminina, em razão da ingestão de hormônios, aplicação de próteses e extirpação dos órgãos masculinos externos, mas continuar a usar prenome próprio de seres do sexo masculino.



3

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Certamente deve ser constrangedor para o transexual conhecido como “Roberta Close”, apresentar, principalmente no exterior onde não é tão conhecido como no território nacional, documentos, tais como seu passaporte, onde ostenta nome masculino. Difícil acreditar, para quem não conhece a sua história de vida, que a sua aparência feminina resulta de sua transexualidade e que não se trata de um mero travesti!

Por tudo isso é que acompanhei a douta maioria, no ponto em que admite a retificação do assento de nascimento do requerente, para dele constar que seu nome, em virtude de sua condição de transexual, submetido à cirurgia para extirpação de seus órgãos genitais externos e construção de neovaginoplastia, passa a ser [REDACTED]

Quanto à mudança do sexo do requerente, no seu registro de nascimento, de masculino, para feminino, contudo, ousou divergir dos demais integrantes da turma julgadora.

O exame médico, destinado à avaliação para definição de sexo, constante de fls. 14/21, conclui que “O sexo genético de [REDACTED] é masculino. Suas características de personalidade enquadram-no, entretanto, como transexual”.

Por isso, os peritos disseram não ter “restrições ao exercício de sua auto-determinação, isto é, realização de emasculação e neovaginoplastia”.

Vê-se, portanto, estar perfeitamente claro que o requerente é “uma pessoa geneticamente de sexo masculino” (cf. fls. [REDACTED])



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

19), mas, sob o ponto de vista mental, “identifica-se emocionalmente como mulher, manifestando, desde a adolescência, viva rejeição às suas características somáticas masculinas”.

Com absoluta certeza, o requerente, embora rejeitando as “suas características somáticas masculinas”, mulher não é.

Note-se que o eminente Relator, como não poderia deixar de ser, reconhece que o requerente submeteu-se “a intervenção médica que resultou na extirpação dos órgãos sexuais externos, do sexo masculino, e na construção cirúrgica de um simulacro do órgão sexual feminino, a neovaginoplastia, de modo a permitir-lhe a prática do coito vaginal”.

ARACY AUGUSTA LEME KLABIN, em artigo publicado na Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, nº 17, 1981, com o título “Transexualismo”, pág. 27 e em estudos posteriormente atualizados, insertos sob o título “Aspectos Jurídicos do Transexualismo”, na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 90, pág. 197, destaca que:

“A primeira pergunta (talvez a única) a ser respondida – da resposta decorrendo todas as conseqüências da cirurgia de conversão – é esta: A cirurgia tem o efeito de mudar o sexo do indivíduo, isto é, transforma efetivamente o homem em mulher ou a mulher em homem?”

Se a resposta a esta pergunta fosse afirmativa, seria possível, talvez, defender a cirurgia de conversão e, desde logo, pugnar pela adoção de uma legislação que regulasse todos os



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fatos que envolvessem o transexual após sua submissão à cirurgia.

Na verdade, porém, não nos parece que a resposta àquele pergunta possa ser outra que não a negativa. Em outras palavras, a cirurgia pode mudar a aparência do indivíduo, mas não o seu sexo, daí decorrendo conseqüências de várias ordens”.

RAUL CHOERI, em trabalho publicado sob o título: “Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenitalização”, in “Temas de Biodireito e Bioética”, organizado por Heloisa Helena Barboza e Vicente de Paulo Barretto, editora Renovar, 2001, pág. 225, ressalta:

“Com as técnicas cirúrgicas e tratamentos hormonais cada vez mais avançados, possibilitando uma modificação estética de tal ordem no corpo físico humano, muitos insatisfeitos com o seu sexo biológico e desajustados psíquico e socialmente têm procurado adequar sua forma física à do outro sexo.

O que se denomina de mudança de sexo não é a modificação do sexo genético, definido pelo padrão XX, para a mulher, e XY, para o homem, pois este é inalterável, mas, em verdade, a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários do indivíduo denominado, pela medicina, de transexual”.



6

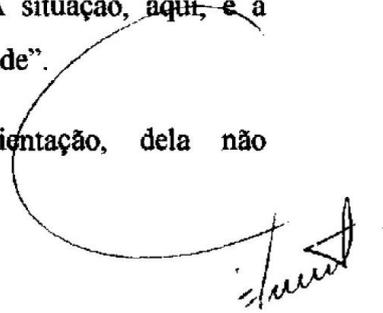
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O sexo biológico é imutável. A cirurgia para mudança de sexo, como visto, altera as características do sexo somático, mas não transforma o transexual no sexo biológico oposto. Um indivíduo nascido homem jamais poderá ser transformado em mulher. Poderá a cirurgia, por melhor sucedida que seja, criar, na melhor das hipóteses, um simulacro de mulher.

A Egrégia 5ª. Câmara do Tribunal de Justiça, em acórdão publicado na RT 790/155, admitiu a alteração do “sexo jurídico”, no registro civil, de transexual que se submeteu à cirurgia de mudança de sexo, “pois patente seu constrangimento cada vez que se identifica como pessoa de sexo diferente daquela que aparenta ser”.

No respectivo aresto, “in fine”, o eminente Desembargador Boris Kauffmann, que o relatou, anota que “A sugestão do Ministério Público de primeira instância, de se alterar o nome, mantendo-se, todavia, o sexo masculino, é inadmissível. A integração na sociedade depende da acomodação do registro, sendo eventual ressalva – quer indicando o sexo masculino, quer indicando a condição de transexual – ofensora dos direitos fundamentais. A esse respeito, 2nd Circuit U.S. Court of New York admitiu que, segundo a Constituição Americana, os transexuais têm o direito constitucional de manter o sigilo de sua condição (<http://www.gpac.org/news/html/iyf162/html>). A situação, aqui, é a mesma devido a garantia de resguardo da intimidade”.

Sempre respeitada tal orientação, dela não comungo, ‘venia concessa’.





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

É que sendo o assento de nascimento um registro público que a todos interessa e não apenas a quem está registrado, não pode conter, por isso, inverdade, isto é, não pode conter anotação de que um indivíduo é do sexo feminino, quando biologicamente ele é do sexo masculino.

O interesse de resguardo da intimidade de quem tem o seu nome inserto em um assento de nascimento não pode sobrepor-se às regras da Lei de Registro Público, que tutela interesses de ordem pública.

LUÍZ FLÁVIO BORGES D'URSO, em artigo inserto na Revista Jurídica, editora Síntese, nº 229, novembro de 1996, pág. 21, sob o título "O Transexual, A Cirurgia e o Registro", tece as seguintes considerações:

"De pronto, salta a pergunta que incomoda o transexual que pretende ser operado. Poderá ele retificar seu registro de sexo, anulando o registro de seu sexo anterior, por livre escolha, após ter sido submetido a uma intervenção cirúrgica que tenha extirpado seu órgão sexual masculino, por exemplo?"

Parece-nos que não. Falamos que o registro retrata a verdade e deve ser fonte fidedigna de prova da verdade. Ora, como sustentar que alguém operado, visando a mudar de sexo, tenha efetivamente adquirido o sexo oposto, no mesmo sentido, como admitir que um homem que teve seu pênis retirado e no local, por obra de uma bem-feita cirurgia plástica, esculpido uma aparente vagina, afirmar-se que estamos diante de uma mulher.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A operação de mudança de sexo, realizada pelo transexual, pode lhe dar aparência externa de outro sexo, mas jamais o transformará em um ser do outro sexo, pois aquele homem sem pênis, um eunuco, jamais terá ovários, trompas, etc. e sua vagina não terá elasticidade, não será revestida por mucosa e sim por pele e não haverá lubrificação vaginal, portanto, jamais será uma mulher.

Ora, se a retificação só se admite para retratar a verdade, jamais se poderá admitir retificar o registro de um homem que, embora operado, com seu pênis extirpado, continua sendo um homem, não se admitindo que sua aparência feminina determine seu sexo jurídico, que sempre será masculino.

Portanto, embora o registro represente para o ser operado, que teve seu sexo aparente transformado, um elo que lhe ata ao seu sexo anterior, causando-lhe constrangimento, não se pode admitir legalizar a inverdade, sob pena de se abalar todo o sistema que aceita a informação constante de registro público como verdadeira e fidedigna, até prova – e prova da verdade – em contrário.

....

As necessidades e as angústias daqueles que pretendem submeter-se à cirurgia de "mudança de sexo", entendemos legitimar a proposta objetivando trazer tal operação para legalidade, não se vislumbrando mais o crime de lesão corporal dolosa, com perda de função. Todavia, o avanço é significativo, mas retificar-se o registro de seu sexo, sem qualquer referência ao registro anterior, parece-nos uma grande irresponsabilidade, que juridicamente revela-se insustentável.

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Como alternativa paliativa, poder-se-ia admitir a retificação do registro para o sexo aparente, desde que ficasse consignado o sexo, nome e demais informações anteriores que foram retificadas. Ao que parece, tal medida não impediria o constrangimento que se tenta evitar, mas continuaria a garantir nosso sistema, dando segurança a seus registros!

LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO, em “A Proteção Constitucional do Transexual”, editora Saraiva, 2000, pág. 135, citado pelo eminente Relator, Desembargador Elliot Akel, indaga:

“Mas qual o conceito de sexo que devemos adotar? O sexo biológico? O sexo psicológico? O sexo gonadal?. Enfim, se há vários conceitos, por que devemos utilizar o biológico?”

Ora, se hoje a medicina reconhece que o transexual tem sexo psicológico diverso do biológico, por que não se adotar, no registro de civil, não o sexo aparente, que não corresponde à verdade, mas a condição do indivíduo transexual?

Essa sugestão não é inédita.

Na Apelação Cível nº 52.672-4, julgada em 29.09.1998, cujo acórdão está publicado in JTA 212/160, o culto Desembargador Ênio Zuliani, declarou voto vencido, onde dava provimento ao recurso, em caso análogo, para admitir a alteração do registro, “anotando-se no espaço destinado a indicar o sexo “transexual” e na coluna averbações, uma nota de que ficam



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

preservadas as conseqüências jurídicas consolidadas na vigência do estado de vida do registro anterior”.

Por outro lado, tramita no Congresso Nacional o projeto de Lei nº 70-B, da autoria do Deputado José Coimbra, prevendo a legalização das operações de transexualização e modificação dos assentamentos civis do redesignando.

O aludido projeto de lei altera não apenas o artigo 129, § 9º do Código Penal, mas também o artigo 58 da Lei nº 6.015/73, que passa a ter a seguinte redação:

“§ 2º - Será admitida a mudança do prenome mediante autorização judicial, nos casos em que o requerente tenha se submetido a intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, deverá ser averbado ao registro de nascimento e no respectivo documento de identidade ser a pessoa transexual”.

Dir-se-á que essa proposta não impedirá que o transexual sofra constrangimentos. Sem dúvida, isso é verdade. Contudo, discriminatória será toda uma sociedade (e não apenas os que rejeitam a possibilidade de “mudança de sexo”) se só aceitar a existência do sexo biológico, ignorando a realidade atual, onde a ciência demonstra que a par do sexo somático, há outro, o psicológico!

Aceitar-se a retificação do assento de nascimento do indivíduo transexual para dele fazer constar que o seu sexo aparente



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

corresponde a uma realidade, quando isso não passa de uma deslavada mentida, para tentar resguardar a sua intimidade, é – com todo o respeito que merecem os que pensam de modo diverso – aquiescer, ainda que de modo involuntário, com inaceitável hipocrisia!

Por todo o exposto, embora reconhecendo não haver pedido outro formulado na petição inicial que não o de alteração do sexo do requerente, em seu assento de nascimento, de masculino para feminino, propus – considerando que no procedimento de jurisdição voluntária o juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna (art. 1.109 do CPC) – que o recurso fosse provido em parte, para admitir, caso o requerente assim quisesse, a retificação de seu nome para [REDACTED] e que, no local do registro destinado a especificar seu sexo, figurasse a sua condição de transexual.


GUIMARÃES E SOUZA