

01/03/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL

VOTO – VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Presidente, estamos diante de processo cujo pedido é atribuição de interpretação conforme à Constituição ao art. 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), segundo o qual “*o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios*”.

A pretensão do autor, em síntese, consiste em que o referido dispositivo seja interpretado como autorização para que o transgênero altere tanto o seu prenome como o seu gênero no registro civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização.

DA NECESSIDADE DE DECISÃO JUDICIAL PARA A ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL

Ab initio, observo que já há maioria formada, a meu ver acertadamente, no sentido de reconhecer o direito a transgêneros de alterarem o seu registro civil, independentemente de cirurgia de redesignação sexual.

Entretanto, constato certa divergência entre os ministros desta Corte quanto aos critérios para a efetivação dessa mudança. Parece-me que há, pelo menos, as três correntes seguintes de entendimento:

- 1) É possível a alteração do gênero no registro civil, desde que respeitados os requisitos para a configuração do transexualismo, conforme ato normativo do Conselho Federal

de Medicina (Portaria 1.652/2002);

2) A alteração de gênero no registro civil pode ser feita na via administrativa e pressupõe autodeclaração do interessado, que se manifesta sobre o gênero com qual verdadeiramente se identifica;

3) A modificação de gênero no registro civil da pessoa transgênero é possível, desde que comprovada juridicamente sua condição, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

Desde já, pedindo vênias aos demais colegas, antecipo que meu voto se afilia a esta última corrente, que foi defendida pelos Ministros Alexandre de Moraes e Dias Toffoli no julgamento do Recurso Extraordinário 670.422, processo-paradigma da repercussão geral que trata de questão análoga e está previsto na pauta para continuidade de julgamento.

A propósito, registro que o Min. Toffoli, ao concluir seu voto no referido processo, apresentou a seguinte proposta de tese:

1. “O transexual, comprovada juridicamente sua condição, tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

2. Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, com a anotação de que o ato é realizado ‘por determinação judicial’, vedada a inclusão do termo ‘transexual’.

3. Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial.

4. A autoridade judiciária determinará, de ofício ou a

ADI 4275 / DF

requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos”.

Entendo que essa proposta, a um só tempo, atende ao direito fundamental subjetivo à alteração de prenome e de gênero no registro civil da pessoa transgênero, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, mas também respeita os imperativos de veracidade e de publicidade dos registros públicos.

Para mim, esse conflito entre a autodeterminação do cidadão e proteção da higidez dos registros públicos é bastante sensível, notadamente porque a Corte não pode antever todas as consequências que uma tal alteração no registro civil é capaz de implicar, como nas relações de direito patrimonial entre particulares, por exemplo.

De mais a mais, salvo situações excepcionalíssimas dispostas no art. 110 da Lei de Registros Públicos, a alteração de nome no registro civil já exige autorização judicial para todos (art. 13), independentemente do motivo. A questão da transexualidade não se insere, nem mesmo que se pretenda uma extensão de sentido, em nenhuma das hipóteses legais:

“Art. 110. O oficial retificará o registro, a averbação ou a anotação, de ofício ou a requerimento do interessado, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de prévia autorização judicial ou manifestação do Ministério Público, nos casos de:

I - erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção;

II - erro na transposição dos elementos constantes em ordens e mandados judiciais, termos ou requerimentos, bem como outros títulos a serem registrados, averbados ou anotados, e o documento utilizado para a referida averbação

e/ou retificação ficará arquivado no registro no cartório;

III - inexatidão da ordem cronológica e sucessiva referente à numeração do livro, da folha, da página, do termo, bem como da data do registro;

IV - ausência de indicação do Município relativo ao nascimento ou naturalidade do registrado, nas hipóteses em que existir descrição precisa do endereço do local do nascimento;

V - elevação de Distrito a Município ou alteração de suas nomenclaturas por força de lei”.

Ora, se o art. 13, I, da Lei de Registros Públicos estabelece que, independentemente do interessado, os atos do registro civil devem ser praticados por ordem judicial – salvo as anotações e as averbações obrigatórias –, não se pode atribuir-lhe um tratamento discriminatório em relação aos transgêneros.

Na realidade, trata-se de cautela exigida pela lei como forma de proteger a higidez dos registros públicos.

Se a decisão judicial é requisito para as alterações de nome, independentemente do sexo ou da orientação sexual do postulante, não há que se estabelecer outro procedimento para os pedidos de alteração de gênero.

Percebo, ainda, que a proposta do Min. Dias Toffoli é bastante conciliatória e preocupada com a efetiva proteção da autodeterminação dos transgêneros e com o combate à discriminação.

Com efeito, Sua Excelência teve o cuidado de resguardar o sigilo acerca do motivo da alteração de gênero, de vedar o uso do termo “transexual” e de determinar que autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento do interessado, determine a expedição de mandados específicos para alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou

ADI 4275 / DF

privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

Consigno, finalmente, que o Min. Toffoli estabeleceu que a alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, com a anotação de que o ato é realizado “por determinação judicial”, de modo a conservar, ainda que de forma sigilosa, alguma informação sobre os atos de registro civil originários.

Por tudo isso, entendo que a alteração do registro civil em relação aos transgêneros realmente não prescinde de ordem judicial.

A AUTODETERMINAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Presidente, entendo, com base nos princípios da igualdade, da liberdade, de autodesenvolvimento e da não discriminação por razão de orientação sexual ou de identificação de gênero, que esta Corte tem um dever de proteção em relação às minorias discriminadas.

Relembro que já tivemos a oportunidade de julgar casos em que a Corte reconheceu a inconstitucionalidade de termos discriminatórios, em razão da orientação sexual do destinatário da norma. Nesse sentido, registro que, ao julgar a ADPF 291, Rel. Min. Roberto Barroso, esta Corte declarou a inconstitucionalidade das expressões “*pederastia ou outro*” e “*homossexual ou não*” constantes do art. 235 do Código Penal Militar.

Ao examinar o caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses. Entretanto, não se pode admitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, em virtude do reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Eis a ementa desse julgado:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 235 DO CÓDIGO PENAL MILITAR, QUE PREVÊ O CRIME DE “PEDERASTIA OU OUTRO ATO DE LIBIDINAGEM”. NÃO RECEPÇÃO PARCIAL PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 1. No entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses (art. 142 da Constituição). No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões ‘pederastia ou outro’ e ‘homossexual ou não’, contidas, respectivamente, no nomen iuris e no caput do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo. 2. Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados. 3. Pedido julgado parcialmente procedente” (ADPF 291, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 11.5.2016).

Em outros termos, após a decisão do STF, a prática de ato libidinoso em ambiente castrense continua tipificada pelo Código Penal Militar, entretanto expressões discriminatórias foram eliminadas do tipo penal, de modo que restou claro que a conduta não deve ser punida em razão da orientação sexual do autor, mas diante do desvio comportamental em ambiente de trabalho. Assim, embora essa decisão não tenha alterado o âmbito de incidência da norma penal incriminadora, uma vez que as mesmas condutas continuaram sendo consideradas crime, o precedente teve o condão de assentar a impossibilidade do emprego de termos discriminatórios em atos normativos.

Consigno, ainda, o notório caso das uniões homoafetivas, em que esta Corte conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do

ADI 4275 / DF

Código Civil, para excluir desse dispositivo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Refiro-me ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 14.10.2011, oportunidade na qual, em meu voto, sustentei o seguinte:

“É evidente também que aqui nós não estamos a falar apenas da falta de uma disciplina legislativa que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. **Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional.**

A doutrina nacional não se tem ocupado, talvez como devesse, de um dispositivo que consta do Direito Comparado, talvez a sua matriz moderna esteja na Lei Fundamental de Bonn, que fala no direito que cada indivíduo tem de autodesenvolvimento (*Selbstentfaltungsrecht*), quer dizer, o livre desenvolvimento de sua personalidade (*die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*), desde que não viole direitos de outrem e não se choque contra a ordem constitucional ou os costumes (Art. 2 I GG - *Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*).

Claro que isso não nos impede de identificar esse direito no nosso sistema, a partir, sobretudo, do direito de liberdade e em concordância com outros princípios e garantias constitucionais.

Nesse sentido, é possível destacar, dentre outros: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a

prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, §2º).

A orientação sexual e afetiva deve ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação – como a que poderia se configurar por meio da impossibilidade de reconhecimento da manifestação de vontade de pessoas do mesmo sexo em se unir por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, bem como de possíveis efeitos jurídicos daí decorrentes.

A rigor, a pretensão que se formula aqui tem base nos direitos fundamentais, na proteção de direitos de minorias, a partir da própria ideia do direito de liberdade. Trata-se da afirmação do reconhecimento constitucional da união de pessoas do mesmo sexo, como concretização do direito de liberdade – no sentido de exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Não há dúvida de que se impõe tal proteção, sobretudo em razão do que dispõe o art. 5º, inciso XLI da Constituição, ao determinar que *“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”*. Essa garantia e o próprio conteúdo do direito de liberdade de autodesenvolvimento se revelam fundamentos jurídicos adequados e suficientes à proteção da união entre pessoas do mesmo sexo, no sentido de traduzir um desdobramento da liberdade fundamental de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.”

ADI 4275 / DF

A questão da alteração de sexo no registro civil dos transgêneros ainda é novidade nesta Corte, porém o direito comparado já conta com decisões que endossam o entendimento que estamos a adotar.

Com efeito, recentemente a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), na Opinião Consultativa 24/17, afirmou que viola o direito humano e constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade a exigência de laudos de profissionais da saúde, para permitir a retificação de prenome e sexo jurídico do transgênero, por se tratar a identificação de gênero de algo relativo à profunda intimidade, razão pela qual a autoidentificação é soberana. A Corte afirmou o seguinte, no ponto que interessa:

“El artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, en su redacción actual, sería conforme a las disposiciones de la Convención Americana, únicamente si el mismo es interpretado, bien sea en sede judicial o reglamentado administrativamente, en el sentido que el procedimiento que esa norma establece pueda garantizar que las personas que deseen cambiar sus datos de identidad para que sean conformes a su identidad de género auto-percibida, sea un trámite materialmente administrativo, que cumpla con los siguientes aspectos: a) debe estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) debe ser confidencial. Además los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe exigir la acreditación de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales. En consecuencia, en virtud del control de convencionalidad, el artículo 54 del Código Civil debe ser interpretado de conformidad con los estándares previamente establecidos para que las personas que desean adecuar integralmente los

registros y/o los documentos de identidad a su identidad de género auto-percibida puedan gozar efectivamente de ese derecho humano reconocido en los artículos 3, 7, 11.2, 13 y 18 de la Convención Americana en los términos establecidos en los párrafos 162 a 171". (Item 4, página 87-88 da Opinião Consultativa 24/2017 da Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>)

Em sentido semelhante, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao examinar o caso *Y.Y. vs. Turquia*, decidiu que viola o art. 8 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais exigir que os transgêneros se submetam à esterilização para conseguir documentos legais que reflitam sua identidade de gênero. Em outros termos, o Tribunal decidiu que essa imposição viola os direitos de não sofrer tratamento desumano e degradante, a desfrutar do mais alto nível possível de saúde e à vida privada e familiar (Cf. *Affaire Y.Y c. Turquie*. Requête n° 14793/08. Arrêt du 10 mars 2015).

DO DISPOSITIVO

Ante o exposto, acompanho os votos dos Ministros Dias Toffoli e Alexandre de Moraes para reconhecer o direito dos transgêneros de alterarem seu registro civil, independentemente de cirurgia de redesignação sexual, mediante a observância dos seguintes requisitos: 1) que haja ordem judicial (art. 13, I, da Lei 6.015/1973); e 2) que essa alteração seja averbada à margem no seu assentamento de nascimento, resguardado o sigilo acerca da ocorrência dessa modificação.

É como voto.