

POSSÍVEIS CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTES DA AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO NOME E SEXO NO ASSENTO DE REGISTRO CIVIL DE TRANSGÊNEROS

CONFLICTS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS ARISING FROM THE ADMINISTRATIVE AUTHORIZATION OF NAME AND GENDER IN THE CIVIL REGISTRY OF TRANSGENERIES

Danilo Porfírio de Castro Vieira*

Marta Battaglia Custódio **

SUMÁRIO: Introdução. 1 Registro Civil 1.1 Princípios, Finalidade e Fé Pública do Registro Civil das Pessoas Naturais 1.2 Averbação sigilosa no registro civil de transgêneros 1.3 ADI 4275 1.4 A decisão do STF 2 Transgenia e o problema da disposição dos direitos de personalidade 3 O direito ao esquecimento. Conclusão. Referências.

RESUMO: O STF entendeu ser possível alterar nome e sexo, mediante averbação no registro civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou de ação judicial, em decisão proferida em março de 2018, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275, que modificou a interpretação do artigo 58 da Lei 6.015/1973. Este artigo versa sobre o confronto entre diferentes direitos de personalidade e a insegurança jurídica gerada pela decisão do STF. O tema central é discutir como ficam os vínculos jurídicos com terceiros que produziam efeitos no momento da mudança de nome e sexo e como se resolverão os casos em que houver conflitos com direitos fundamentais de outras pessoas. Como objetivos específicos, serão abordadas as origens, finalidade e legislação dos registros públicos e o direito ao esquecimento, por meio de um trabalho descritivo e exploratório de caráter qualitativo, com base em fontes doutrinárias e documentais.

Palavras-chave: Registro Civil - Transgêneros - Adi 4275 - Identidade - Disponibilidade dos Direitos de Personalidade

ABSTRACT: *The Supreme Federal Court (STF), the Brazilian highest court, recognized the right to change the name and sex on a birth certificate, regardless of sex reassignment surgery or judicial process, at the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) n.4,275, in March 2018, which modified the interpretation of article 58 of the Civil Registration Law (Law n. 6,015/1973). The aim of this paper is the confrontation between different rights of personality, not only of the one who disposed of the birth gender, but of third parties related to it, and also is about the legal uncertainty generated by the STF decision. The central theme is to discuss the legal relationship with third parties rights after the recognition of the name and sex change and how to deal with conflicts of fundamental rights of different people. As specific goals, there is the origins, purpose*

* Doutorando em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Professor titular de Relações Internacionais e Direito no Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Professor do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP).

** Doutora e mestre em Nutrição Humana Aplicada pela Universidade de São Paulo (USP). Coordenadora da Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação (SAGI) no Ministério do Desenvolvimento Social.

Artigo recebido em 24/06/2018 e aceito em 24/10/2018.

Como citar: VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro; CUSTÓDIO, Marta Battaglia. Possíveis conflitos entre direitos fundamentais decorrentes da autorização de se alterar administrativamente nome e sexo no assento de registro civil de transgêneros. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 35, p. 455 jan/jun. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

and legislation of the civil public registries and the right to be forgotten, through descriptive and exploratory work of a qualitative nature, based on doctrinal and documentary sources.

Keywords: *Civil Registry - Transgender - ADI 4275 - Identity - Availability - Personality*

INTRODUÇÃO

Não deve ser fácil viver em um conflito de identidade tão profundo e constante como aquele pelo qual passam as pessoas transgêneras. O sentimento de ter um corpo com um sexo biológico diferente do sexo psicológico é agravado pelo fato de que a sociedade estigmatiza, define, marca as pessoas, espera delas posturas e comportamentos muitas vezes contraditórios com a vontade livre e consciente, com a autodeterminação da pessoa.

Neste embate interno, a documentação pessoal do transgênero constrange, inibe, limita sua liberdade. Iniciando com a declaração de nascido vivo¹, seguindo com o registro civil e posterior emissão de documentos de identificação, como o registro geral de identidade, carteira de habilitação, passaporte, carteira de trabalho, todos eles ostentam um nome e um sexo que são diferentes do que a pessoa deseja.

Compreender essa situação e conseguir dar uma resposta no ordenamento jurídico para afirmar que há direitos de personalidade inerentes a essas pessoas que precisam ser tutelados é promissor e necessário.

A sociedade brasileira consignou em seu texto constitucional que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana e tem como alguns de seus objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Portanto, a legislação infraconstitucional deve ser lida e interpretada considerando tais parâmetros.

A partir do problema vivenciado pelos transgêneros, que são pessoas que carregam consigo um sexo biológico diverso do que gostariam, e considerando a leitura da constituição, o Ministério Público Federal (MPF) ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275, com o objetivo de modificar a interpretação do artigo 58 da Lei 6.015/1973

¹ Desde junho de 2012, a Lei nº 12.662 transformou a Declaração de Nascido Vivo (DN) em documento de identidade provisória, aceita em todo o território nacional. Ela deverá conter número de identificação nacionalmente unificado, a ser gerado exclusivamente pelo Ministério da Saúde, além do nome e prenome do indivíduo; dia, mês, ano, hora e Município de nascimento; sexo do indivíduo; informação sobre gestação múltipla, quando for o caso; nome e prenome, naturalidade, profissão, endereço de residência da mãe e sua idade na ocasião do parto; nome e prenome do pai; e outros dados a serem definidos em regulamento.

(Lei de Registros Públicos, LRP), que dispõe: “o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”.

Argumentou o MPF em sua petição inicial que os princípios constitucionais postulam-se entre si e que só se pode falar em dignidade da pessoa humana quando se permite que esta possa afirmar autonomamente as suas multifacetadas identidades, realizar as suas escolhas existenciais básicas e perseguir os seus próprios projetos de vida, desde que isso não implique em violação de direitos de terceiros. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.275/2009. DJe 06/03/2018).

Este artigo busca justamente identificar se a decisão do STF tratou sobre eventual violação de direitos de terceiros. Como objetivos específicos, serão abordadas as origens, finalidade e legislação dos registros públicos, o direito ao esquecimento e as complicações do “nascimento tardio” do transgênero que teve sua documentação alterada pela via administrativa. Trata-se de um trabalho descritivo e exploratório de caráter qualitativo, com base em fontes documentais.

1 REGISTRO CIVIL

Registro é o ato principal, lavrado em livro próprio, que documenta um ato ou fato, tornando o conhecimento deste ato ou fato perene, público (salvo exceções relativas à intimidade das pessoas) e verdadeiro (exceto quando desconstituído jurisdicionalmente). São atos de registro, no âmbito do registro civil das pessoas naturais, o nascimento, o casamento e o óbito, além de outros importantes como a emancipação, a interdição, a adoção, a união estável, a ausência, a morte presumida e a opção de nacionalidade (CASSETTARI; CAMARGO NETO; OLIVEIRA, 2014).

Como a vida das pessoas é dinâmica, o registro que a espelha também é, ele conta o estado atual da pessoa e parte de sua história. É por meio de averbações e anotações que o sistema de registro civil se mantém atualizado e íntegro, indicando os atos e fatos jurídicos relevantes referentes àquela pessoa (CASSETTARI; CAMARGO NETO; OLIVEIRA, 2014).

A averbação e a anotação são atos acessórios a um ato de registro, lavradas à margem direita. A anotação refere-se sempre a outro ato já escriturado em cartório de registro civil. O óbito, por exemplo, será lavrado em livro próprio e, posteriormente, será anotado à margem do registro de casamento. A averbação, por sua vez, é escriturada originariamente à margem do registro civil, não havendo outro registro prévio ao qual se refira.

A averbação altera juridicamente o registro e produz os efeitos declaratórios do fato a que se refere (CASSETTARI; CAMARGO NETO; OLIVEIRA, 2014). O Quadro 1 ilustra as diferenças entre os atos do registro civil.

Quadro 1 - Diferenças entre atos registrais.

	REGISTRO	AVERBAÇÃO	ANOTAÇÃO
ESCRITURAÇÃO	na coluna central do livro próprio	à margem direita do registro, se findo o espaço, no livro/registo de transporte	à margem direita do registro, se findo o espaço, no livro/registo de transporte
NATUREZA	ato principal	ato acessório de um registro, o qual modifica ou extingue	remissão (referência) a outro ato de registro ou averbação
FORÇA	faz prova plena e tem fé pública	faz prova plena e tem fé pública	início de prova que só se completa com a certidão do ato ao qual faz referência
OBJETO	os atos e fatos jurídicos previstos em lei	os atos e fatos jurídicos que alteram o conteúdo do registro	sempre um outro ato – registro ou averbação – do registro civil

1.1 Princípios, Finalidade e a Fé Pública do Registro Civil das Pessoas Naturais

Os princípios do Registro Civil das Pessoas Naturais, segundo Camargo Neto (2014)², são os seguintes. Como princípios finalísticos, encontram-se o princípio da segurança jurídica, que é a razão da existência do registro civil, o princípio da publicidade, isto é, os atos registrados devem ser públicos e acessíveis, tornando-se cognoscíveis e oponíveis, sendo as limitações a este princípio restritas às informações que por disposição constitucional ou por lei não podem constar das certidões, tais

² Ele se baseou na palestra de Juliana Follmer Bortolin Lisboa, na obra de Registro de Imóveis de João Pedro Lamana Paiva, no livro relativo a Direito Notarial de Brandelli (2011) e no artigo sobre protesto de títulos de Vicente de Abreu Amadei.

como aquelas que dizem respeito à intimidade e vida privada e o princípio da autenticidade, pelo qual o registrador somente deve permitir acesso às informações que tenham sido verificadas, em sua autoria e legalidade, de forma a serem revestidas, tanto quanto possível, de veracidade.

Outros princípios também permeiam os registros públicos. O princípio da legalidade prevê que deve-se cumprir a lei no exercício da atividade registral; o princípio da independência orienta que o desempenho da função por Notários e Registradores não está sujeito a qualquer tipo de condicionamento a não ser o ordenamento jurídico; o princípio da imparcialidade não permite que, no exercício de sua função, ao qualificar, lavrar e registrar os atos, o registrador sobreponha interesses pessoais, devendo atender com igualdade todos os envolvidos; o princípio da instância ou rogação impede que o registrador aja de ofício, salvo quando a lei assim o determinar, ou seja, os atos registrários devem ser solicitados para serem executados; o princípio da territorialidade atribui competência para que o registrador civil pratique os atos apenas em sua circunscrição; o princípio da conservação, de origem alemã, significa que o registrador tem o dever de guardar e zelar pelos documentos públicos relativos à sua função; e o princípio da continuidade, que é muito comum no registro de imóveis, significa que deve-se lançar no registro todos os atos ou fatos em sequência lógica e legal de ocorrências.

Os efeitos da publicidade no registro civil podem ser constitutivos – alguns autores como Nelson Rosenvald e Christiano Chaves de Farias defendem ser este o caso da aquisição do prenome – ou declarativos, como ocorre com o registro civil das pessoas naturais, que podem ser exigidos por lei para produção de efeitos (emancipação, por exemplo) ou para os quais a lei reconhece o registro como meio probatório (casamento ou óbito, por exemplo) (ROSENVALD; CHAVES *apud* CASSETTARI; CAMARGO NETO; OLIVEIRA, 2014).

O exercício da cidadania depende do registro civil de nascimento e de outros documentos básicos. O registro de nascimento foi reconhecido pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, em seu Artigo 24, § 2, assim: “Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome.”. Esse direito fundamental é reforçado pelo Artigo 7º da Convenção para os Direitos da Criança: “A criança será registrada imediatamente após seu nascimento.”. A Lei Federal brasileira nº 9.534/1997 garantiu a gratuidade universal ao registro de nascimento, ao assento de óbito e às primeiras vias de suas certidões, para

dar efetividade ao Artigo 5º, LXXVII, da constituição federal, segundo o qual são gratuitos, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania (CASSETTARI; CAMARGO NETO; OLIVEIRA, 2014).

O nascimento é um fato jurídico em sentido estrito e antes mesmo do registro, o recém-nascido tem direitos inerentes à pessoa humana, tais como os cuidados médicos, o aleitamento materno, a proteção e todos os cuidados a ele devidos. Porém, para que o nascido ganhe aptidão para exercer a titularidade de direitos e deveres é preciso dar adequada publicidade ao nascimento, com todos os seus elementos – data, hora, local, filiação, sexo, nome do nascido – por meio do registro civil.

O registro civil das pessoas naturais é fonte de informações para a elaboração de políticas públicas nas áreas de saúde, economia, segurança pública e educação, para o desenvolvimento de programas sociais e para a melhor gestão dos recursos públicos. As informações do registro civil possibilitam a elaboração e a atualização de estatísticas vitais da população, inclusive a quantidade de nascimentos, a taxa de fecundidade, a média etária das gestantes, a quantidade de óbitos, a mortalidade infantil, a expectativa de vida, causas de mortes *etc.* (CASSETTARI; CAMARGO NETO; OLIVEIRA, 2014).

Os responsáveis pelos registros civis devem informar sobre nascimentos, casamentos e óbitos ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), de acordo com a LRP, artigo 49. Os óbitos também devem ser comunicados ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) até o dia 10 do mês subsequente, conforme disposto no artigo 68 da Lei Federal nº 8.212/1991 e à Justiça Eleitoral (Código Eleitoral, art. 71, § 3º).

Outros registros são igualmente alvo de legislação específica e comunicados aos respectivos órgãos de interesse, como, por exemplo, casamentos e os óbitos de estrangeiros ao Ministério da Justiça, (art. 46 da Lei Federal n. 6.815/1980), os óbitos de cidadãos do sexo masculino entre 17 e 45 anos de idade ao Ministério da Defesa, a fim de se atualizar o cadastro de reservistas das forças armadas (Lei n. 4.375/1964, art. 66, alínea “d”, e parágrafo único, alínea a) e os nascimentos de indígenas à Fundação Nacional do Índio (FUNAI), dentre outros.

As pessoas sem registro não têm direito à emissão da carteira de trabalho, não acessam bens ou serviços do Estado, como educação, saúde ou acesso à Justiça, não votam nem são votados, não podem contrair matrimônio. Dada a importância do registro para o exercício da cidadania,

é necessário reconhecer a relevância do registro civil na individualização e identificação da pessoa natural.

Jurídica e civilmente, a pessoa natural se individualiza por diversos elementos, tais como o nome, domicílio, cidadania, nacionalidade, naturalidade, idade, sexo, capacidade e elos familiares, como parentesco, filiação e situação conjugal.

O nome da pessoa natural está marcado por um duplo aspecto. Do ponto de vista público, o nome distingue uma pessoa das demais, sendo então obrigatório o seu uso e restritos os casos de alteração. No âmbito privado, o nome é um direito fundamental da pessoa humana, personalíssimo e intimamente relacionado com a sua dignidade e sua privacidade, na medida em que é o signo que a representa. O nome é o principal elemento de individualização da pessoa (CASSETTARI; CAMARGO NETO; OLIVEIRA, 2014).

Pode-se dizer, portanto, que o registro público referente às pessoas naturais tem três sentidos de destaque. Por um lado, individualiza a pessoa, dá a ela identidade e características únicas, permite-lhe se colocar no mundo jurídico e a torna apta a ser titular de direitos e deveres. Por outro, informa a sociedade que aquele indivíduo pertence ao corpo social, que ele é titular de direitos e de deveres e identifica a pessoa perante terceiros. Por fim, no campo estatístico, o conjunto de registros públicos de uma localidade dá aos órgãos públicos informações sobre natalidade, fecundidade, mortalidade (seja ela materno-infantil ou não), casamentos, divórcios etc. de modo que permitem ao poder público planejar e executar políticas públicas levando em consideração estas informações.

A idade, obtida pela diferença entre a data de referência e a data de nascimento registrada, coloca a pessoa na condição de criança, adolescente, adulto ou idoso, e pode repercutir nas esferas civil, penal, eleitoral, trabalhista. É um dado no registro que não deve ser alterado.

O sexo consta do registro e de sua certidão por força do artigo 54, 2º, da LRP e dos Provimentos 2 e 3 da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça.

Os registros dão publicidade aos fatos jurídicos relevantes. Assim, mudanças no nome ou no estado da pessoa natural devem ser registrados para produzir efeitos. Tais modificações ocorrem por meio de averbações. Não há rol taxativo do que se pode averbar, mas alguns casos reconhecidamente necessitam da averbação, como, por exemplo, a averbação de mudança de sexo, haja vista alterar o conteúdo do registro.

De acordo com o Art. 13 da Lei de Registros Públicos (LRP), via de regra, os atos do registro serão praticados por ordem judicial, a requerimento verbal ou por escrito do interessado, ou a requerimento do Ministério Público, quando a lei autorizar. O artigo 97 da referida Lei estabelece que a averbação será mediante determinação judicial ou petição acompanhada de certidão ou documento legal e autêntico. Ainda de acordo com a LRP, após a realização da averbação, as certidões com todas as alterações averbadas nos campos próprios, deveria ser emitida com os seguintes dizeres: “a presente certidão envolve elementos de averbação à margem do termo”.

Entretanto, essa regra não é absoluta, pois há situações em que, para preservar a intimidade do interessado, nem as averbações constam das certidões.

1.2 Averbação sigilosa no registro civil de transgêneros

O pedido de retificação do registro de nascimento é procedimento de jurisdição voluntária, na prática é uma administração pública de interesses privados feita pelo Poder Judiciário (MUBARAK, 2010). Com relação ao sexo, ressalta-se a existência de regulamentação do Conselho Federal de Medicina para o tratamento e a cirurgia de transgenitalização, por meio das Resoluções nº 1.652/2002 e 1.955/2010. Feita a cirurgia, era reconhecido pelo Poder Judiciário o direito à sua mudança no registro, por meio de averbação³. Os panoramas doutrinário e jurisprudencial já eram favoráveis nas últimas décadas no sentido de facilitar a alteração do registro civil, modificando o assento de prenome e de sexo, inclusive em caso em que não era feita a cirurgia de redesignação sexual. Esse direito subjetivo da pessoa transgênera poder ostentar um registro que reflita sua personalidade já estava pacificado na doutrina e na jurisprudência, que majoritariamente entendia que a alteração é possível e o julgamento da ADI 4.275 pelo STF conclui esse capítulo. Resta saber quais serão as consequências da decisão, que extrapolou o pedido inicial elaborado pelo Ministério Público e, aparentemente, foi precipitada e irrefletida ao

³ Esse foi o teor da decisão paradigmática do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.008.398-SP – 2007/0273360-5, de relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrighi, que sustentou que o “Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida”. Em caso semelhante, o Juiz de Direito Guilherme Madeira Dezem, afirmou que “quando se analisa a veracidade registrária à luz da dignidade da pessoa humana é o documento que deve se adaptar à pessoa e não a pessoa que deve se adaptar ao documento” – decisão no processo 0036840-54.2010.8.26.0100 (809/10R).

permitir que ocorra diretamente em cartório. Esta discussão será deixada para a parte final do artigo.

Há situações protegidas por sigilo que não podem constar das certidões, como ocorre na mudança de sexo. Em tais casos, não se deve constar a frase “a presente certidão envolve elementos de averbação à margem do termo”, deve tão somente constar a expressão “Nada mais me cumpria certificar” (CASSETTARI; CAMARGO NETO; OLIVEIRA., 2014). O Enunciado 27 da Comissão de Enunciados da ARPEN-SP explicita essa situação:

Enunciado 27: O campo das observações/averbações das certidões em breve relatório deverá ser preenchido com a expressão “Nada mais me cumpria certificar”, tanto nos casos de registros em que nada consta na coluna de averbações, quanto nos casos de registros em que consta averbação cuja publicidade é vedada.

Cite-se como exemplo o REsp 737.993/MG, que trata particularmente da averbação das alterações do prenome e do status sexual no livro cartorário. Em que pese o ministro relator ressaltar “que os documentos públicos devem ser fiéis aos fatos da vida, além do que deve haver segurança nos registros públicos”, devendo consignar à margem do registro as retificações de prenome e de sexo do requerente, inclusive averbando que as modificações decorreram de sentença judicial, visando com isso salvaguardar os atos jurídicos já praticados e solucionar eventuais questões que sobrevierem no âmbito do direito de família (casamento), no direito previdenciário e até mesmo no âmbito esportivo, por outro lado estabeleceu em seu voto que:

[...] tal averbação deve constar apenas do livro de registros, não devendo constar nas certidões do registro público competente nenhuma referência de que a aludida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de cirurgia de mudança de sexo, sob pena de manter a exposição do indivíduo a situações constrangedoras e discriminatórias. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 737.993/MG, DJe 18/12/2009.)

Assim, o Ministro determinou a averbação apenas no livro cartorário e à margem do registro civil, de que as alterações são oriundas de decisão judicial, porém vedou qualquer menção nas certidões do registro público, sob pena de manter a situação constrangedora e discriminatória.

Após a averbação, o registrador deve expedir a certidão com a devida alteração e entregá-la ao interessado (ou remetê-la ao juízo que prolatou a decisão), no prazo máximo de cinco dias úteis, conforme os artigos 19 e 106 da LRP.

1.3 A ADI 4275

A Procuradoria Geral da República (PGR) propôs a ADI 4.275/2009 visando a que fosse proferida decisão de interpretação conforme a Constituição do art. 58 da LRP, na redação que lhe foi conferida pela Lei 9.708/1998, reconhecendo o direito dos transexuais, que assim o desejarem, à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização. A redação atual do referido artigo é a seguinte: “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.”

Na Ação, a PGR citou o reconhecimento dos direitos gerais e específicos aos transexuais expressos em acórdão da Terceira Turma do TRF da 4ª Região. No acórdão, foram feitas duas abordagens da transexualidade, não excludentes entre si: a biomédica e a social. Do ponto de vista biomédico, define-se a transexualidade como distúrbio de identidade de gênero, enquanto que pela ótica social ela está fundada no direito à autodeterminação da pessoa, de afirmar livremente e sem coerção a sua identidade, como consequência dos direitos fundamentais à liberdade, à privacidade, à igualdade e à proteção da dignidade humana. A PGR argumentou que a impossibilidade de se alterar o nome e o sexo no registro civil ofende os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da privacidade e traz exemplos de cortes constitucionais de países europeus autorizando a alteração.

Segundo a PGR, o prenome dos transexuais já poderia ser alterado no registro pois eles possuem um “apelido público notório, o nome social, com o qual são identificados pela família e amigos”, o que autorizaria a mudança no registro civil, conforme redação vigente do art. 58 da Lei dos Registros Públicos. Para reforçar seu argumento, cita como hipótese reconhecida pela jurisprudência para a alteração do prenome, os casos em que ele é ridículo ou vexatório. E conclui argumentando que se o nome é alterado para refletir a identidade social da pessoa, o sexo também deveria ser alterado no registro civil. Em suas palavras:

Se a finalidade da norma referida é proteger o indivíduo contra humilhações, constrangimentos e discriminações em razão do uso de um nome, essa mesma finalidade deve alcançar a possibilidade de troca de prenome e sexo dos transexuais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.275/2009. DJe 06/03/2018).

Aprofundando na argumentação, a PGR citou, em relação à ausência de cirurgia de transgenitalização, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, que fixou os seguintes parâmetros para alteração de prenome e sexo no registro civil: “pessoas a partir de 18 anos de idade, que se encontram a pelo menos três anos sob a convicção de pertencer ao gênero oposto ao biológico e seja presumível, com alta probabilidade, que não mais modificarão sua identidade de gênero, requisitos que devem ser atestados por um grupo de especialistas que avaliem seus aspectos psicológicos, médicos e sociais”. Tais parâmetros poderiam balizar a decisão brasileira.

Em síntese, para a PRG, o não reconhecimento do direito dos transexuais à troca de prenome e de sexo no registro civil, correspondente à sua identidade de gênero, acarreta lesão a preceitos fundamentais e, por esse motivo, é cabível uma interpretação ao art. 58 da LRP de que se é possível alterar o nome no registro civil para substituir pelo nome social, então essa norma deve ser aplicável também aos transexuais e, em consequência, deve haver também a mudança do registro relativo ao sexo, independentemente de cirurgia de transgenitalização, para adequar o registro à identidade social da pessoa transgênera que assim o desejar.

Solicitado a se manifestar, o Presidente da República manifestou-se pela procedência do pedido formulado na inicial, “desde que a retificação do registro público não implique na eliminação do registro originário que consigna o gênero e o prenome anteriores”.

O Advogado Geral da União, por sua vez, seguiu o mesmo entendimento e manifestou-se, no mérito:

[...] pela procedência parcial do pedido, para que o reconhecimento do direito à substituição do prenome e do sexo civil pelos transexuais reste condicionado à manutenção no registro civil de seus dados anteriores, devendo estender-se aos transexuais que assim se qualifiquem de acordo com os critérios previstos pelo 3º da Portaria nº 1.652/02 do Conselho Federal de Medicina. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.275/2009. DJe 06/03/2018).

Por sua vez, no final do ano de 2017, o Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, admitido no processo como *amicus curiae*, manifestou-se pela parcial procedência dos pedidos feitos na exordial da presente ação, com improcedência tão somente das seguintes exigências:

[...] idade igual ou superior a 18 anos, que se encontram há pelo menos três anos sob a convicção de pertencer ao gênero oposto ao biológico, seja presumível, com alta probabilidade, que não mais modificarão a sua identidade de gênero, requisitos que devem ser atestados por um grupo de especialistas que avaliem aspectos psicológicos, médicos e sociais. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.275/2009. DJe 06/03/2018).

Isso porque, segundo manifestação da referida associação nos autos do processo, ao se impor que condição transgênera “deve ser atestada em função de lapso temporal taxativo (por, no mínimo, três anos) e ‘por um grupo de especialistas que avaliem aspectos psicológicos, médicos e sociais, baseiam-se em concepção patologizante das transidentidades, não devendo prevalecer diante da leitura atenta ao princípio da dignidade da pessoa humana e à liberdade pessoal de autoidentificação”. O *amicus curiae* citou também a existência de um Projeto de Lei nº 5.002 apresentado em 2013 pelos Deputados Erika Kokay e Jean Wyllys, para possibilitar a alteração administrativa do registro civil de pessoas trans, sem intervenção judiciária e sem necessidade de laudos médicos, contudo, segundo o “Grupo Dignidade”, o Poder Legislativo conservador tem colocado entraves na tramitação do projeto.

Assim, o “Grupo Dignidade” pediu que o STF conheça da ADI (ou subsidiariamente que a receba como ADPF) e julgue parcialmente procedente o pedido inicial para, dando interpretação conforme ao artigo 58 da LRP, permitir a retificação de prenome das pessoas trans, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, com consequente e obrigatória alteração do designativo de sexo para aquele com o qual a pessoa interessada se autoidentifica, rejeitando-se as condições propostas pela Procuradoria Geral da República, extraídos da decisão do Tribunal Alemão. Solicitou ainda que o STF declare que o reconhecimento deste direito independe de demonstração da existência de patologia por meio de laudos médicos ou psiquiátricos ou de certo padrão de feminilidade ou de masculinidade, fazendo prevalecer a simples declaração da pessoa interessada.

Posteriormente, no início de 2018, devido ao advento da publicação de uma Opinião Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), o *amicus curiae* prestou novos esclarecimentos ao STF, reforçando seu entendimento de que seria “inconstitucional e inconvenção” exigir ação judicial para retificar o registro civil, citando o que segue:

[...] a Corte IDH entende que a identidade de gênero é um direito soberano de ‘autodeterminação e escolha livre de opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência’, para adequar sua documentação civil à ‘identidade sexual e de gênero assumida e vivida pela pessoa’, no qual ‘Estado e sociedade devem se limitar a reconhecer a respeitar essa autodeterminação identitária, sem que a intervenção das autoridades estatais tenha um caráter constitutivo sobre ela’ (item 158), razão pela qual “É CERTO QUE O PROCEDIMENTO QUE MELHOR SE AJUSTA AOS REQUISITOS ESTABELECIDOS NESTA OPINIÃO É O DE NATUREZA MATERIALMENTE ADMINISTRATIVA OU NOTARIAL” (item 159). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.275/2009. DJe 06/03/2018).

Assim, sugeriu como parte dispositiva da ADI n.º 4.275 que a tese figure da seguinte forma:

A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer, por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade, dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil, pela via administrativa (art. 110 da Lei 6.015/73) ou judicial, independente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade”, podendo substituir o termo “transgênero” por “pessoa transexual ou travesti”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.275/2009. DJe 06/03/2018).

Na ótica da associação, o interessado deve ser livre para escolher a “via administrativa ou judicial”, aplicando-se a “mesma lógica” utilizada em “divórcios e inventários judiciais quando podem ser feitos extrajudicialmente”. Solicitou ainda que, subsidiariamente, caso o STF entendesse que o tema da via administrativa não estivesse “maduro” para ser decidido, já que não era objeto da ADI 4275, que o tema não fosse mencionado e ficasse “em aberto” para futura decisão.

Entretanto, o mesmo documento citado pela associação, considera que, de acordo com os princípios da igualdade e da não discriminação, não é razoável estabelecer tratamentos diferenciados entre pessoas cisgênero e transgênero que pretendam corrigir seus registros civis.

Ora, a LRP indica em seu artigo 57 que a alteração posterior de nome, somente se dará por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, por sentença judicial, independentemente de quem faça o pedido. Então não faria sentido dar tratamento privilegiado a uma parcela da população em detrimento de outra, que se vê obrigada a percorrer caminhos mais onerosos para a mesma finalidade (alteração de nome no registro civil).

1.4 A decisão do STF

O Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu por unanimidade ser possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

Porém, o entendimento de que a alteração poderia ser realizada pela via administrativa teve divergências, mesmo assim foi aprovado por maioria. Vale lembrar que na petição inicial do Ministério Público, havia uma série de condicionantes para permitir a alteração no registro e, em nenhum momento se falou em dispensar a via judicial para se obter tal finalidade. Essa proposta, de se permitir a alteração de sexo e nome por mera declaração em cartório, foi elaborada pelo *amicus curiae* no início de 2018, em 10 de fevereiro, devido à publicação da Opinião Consultiva da CIDH sobre o tema. Isso se deu cerca de um mês e meio antes da decisão do STF, sendo que a ação foi inicialmente proposta em 2009 e tramitou por nove anos, sem que se tivesse maturado tal proposta.

Votaram pela dispensa da via judicial os ministros Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e a presidente, Cármen Lúcia. Ficaram vencidos, nesse ponto, o ministro Marco Aurélio (relator) e os ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, que exigiam autorização judicial para a alteração. O ministro Dias Toffoli estava impedido de julgar. Os argumentos

apresentados pelos ministros durante a sessão de votação, ocorrida nos dias 28 de fevereiro e 1º de março de 2018, são apresentados a seguir⁴.

O ministro Marco Aurélio Mello, relator, votou pela constitucionalidade do pedido de alteração do nome e sexo no registro civil de nascimento, condicionando a alteração ao preenchimento de alguns requisitos, destacando que esses pressupostos devem ser aferidos em procedimento de jurisdição voluntária, com a participação do Ministério Público, observados os artigos 98 e 99 da LRP.

Na sequência, o ministro Alexandre de Moraes acompanhou o voto do ministro relator, julgando procedente a ADI, reconhecendo o direito da substituição do prenome e do gênero nos assentos do registro civil das pessoas naturais, independentemente da cirurgia de transgenitalização, mantendo-se a linha histórica da pessoa no registro civil, que ficaria sob sigilo, e a alteração seria determinada pela autoridade judicial. Em relação aos requisitos, bastam aqueles já fixados pela LRP.

O ministro Edson Fachin abriu a divergência para permitir que a alteração seja feita pela via administrativa, sob o argumento de que a opinião consultiva da CIDH, de 24.11.2017, sobre identidade de gênero, impôs a necessidade de se compatibilizar a interpretação da LRP ao Pacto de São José da Costa Rica. Para o ministro, a alteração dos assentos no registro público depende apenas da livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero, a qual não se prova e, assim, julgou procedente a ADI para 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. Para ele, não há a necessidade de um procedimento judicial porque “de modo geral os assentos de nascimento são feitos diretamente ao registro civil” e, em casos de eventuais controvérsias, o Oficial do Registro Civil poderá suscitar a dúvida e submeter a matéria ao juiz da vara de registros públicos.

O ministro Luis Roberto Barroso acompanhou o ministro Fachin e, citando um trecho da “decisão” (*sic*) da CIDH, que recomenda que o

⁴ A sessão foi documentada em dois vídeos disponíveis no Youtube. O primeiro “Pleno - Retomado julgamento de ADI sobre alteração de registro civil sem mudança de sexo”, disponível em <https://youtu.be/sRhdrUUaYMg> e o segundo “Pleno - Possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo”, disponível em <https://youtu.be/-jMt7fOoYg0>. Optou-se por não ser restringir a análise aos votos apresentados por escrito pelos ministros porque muitos mudaram de posicionamento entre o voto escrito e de fato apresentado na sessão, sobretudo com relação à questão da alteração de nome e sexo poder ser realizada pela via administrativa.

processo de reconhecimento não deve impor aos solicitantes a apresentação de certidões médicas ou provas de estado civil, tampouco submeter os solicitantes a perícias, prevalecendo a mera expressão de vontade do solicitante, o ministro se manifestou “no sentido da desnecessidade de decisão judicial, porque se nós entendemos que o procedimento é por autodeclaração, qual é o sentido de uma decisão judicial?”. Acrescentou ainda que para pessoas humildes e às vezes em lugares distantes, a necessidade de ir ao poder judiciário pode ser um obstáculo insuperável, ou pode ser um constrangimento a mais para essas pessoas.

A ministra Rosa Weber endossou a proposta apresentada pelo ministro Edson Fachin sobre a possibilidade de se fazer a alteração somente pela via administrativa. Para ela, o STF não precisaria ficar com as teses minimalistas dos casos concretos no controle abstrato de constitucionalidade, ou mesmo de convencionalidade.

O ministro Luiz Fux argumentou que o direito à retificação do registro civil, de modo a adequá-lo à identidade de gênero, concretiza a dignidade da pessoa humana na tríplice concepção: da busca da felicidade, do princípio da igualdade e do direito ao reconhecimento. Afirmou que a opinião consultiva da CIDH, de novembro de 2017, tem um trecho muito significativo:

[...] além de não se exigir intervenções cirúrgicas para o fim de mudar o gênero, a própria decisão (*sic*) da Corte Interamericana assenta que não deve haver nenhum tipo de obstáculo e que tudo deve (*sic*) se passar no campo notarial, ela usa essa expressão explicitamente”.⁵ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.275/2009. DJe 06/03/2018).

⁵ Cite-se o parágrafo 159 da Consulta, que não determina que seja feita pela via administrativa: “Com base no exposto, pode-se argumentar que, enquanto os Estados têm, em princípio, a possibilidade de determinar, de acordo com a realidade jurídica e social nacional, o mais adequado para atender às exigências para procedimentos de retificação do nome, e se for o caso, a referência ao sexo/gênero e imagem fotográfica em documentos de identidade e registros correspondentes, também é verdade que o procedimento que melhor se adapta aos requisitos deste ponto de vista é que é da natureza materialmente administrativo ou notarial, dado que o processo jurisdicional pode eventualmente incorrer, em alguns Estados, em formalidades e atrasos excessivos que são observados em procedimentos dessa natureza. [...]”. Cabe também trazer o conteúdo do parágrafo 142 do documento da CIDH. “142. A este propósito, deve recordar-se que este Tribunal indicou em diversas ocasiões que a duração razoável de um procedimento, tanto judicial como administrativo, é determinada, entre outros elementos, pelo impacto gerado pela duração do processo em causa. o status legal da pessoa envolvida nela. [...]” O documento original encontra-se disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

O ministro Ricardo Lewandowski cabe ao julgador, à luz do caso concreto, e vedada qualquer forma de abordagem patologizante da questão, verificar se estão preenchidos os requisitos para a mudança. Para ele, o registro civil é um ato jurídico perfeito e somente pela via judicial ele poderia ser desconstituído. Assim, ele concorda com a exigência uma manifestação do poder judiciário para fazer a alteração nos assentos cartorários, pois, segundo ele, há um assento anterior, trata-se de um ato jurídico perfeito e acabado, esta mudança de nome pode afetar terceiros.

O ministro Celso de Mello considera que o Poder Judiciário atua como poder contramajoritário, para proteger as minorias contra imposições desarrazoadas ou indignas das maiorias. Segundo ele é necessário assegurar às minorias a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos, liberdades e garantias fundamentais. Assim, acompanhou a manifestação do ministro Edson Fachin quanto à parte dispositiva de seu voto.

O ministro Gilmar Mendes votou pela necessidade da via judicial, pois essa proposta, a um só tempo, atende ao direito fundamental subjetivo, mas também respeita os imperativos de veracidade e de publicidade dos registros públicos. Para ele, o conflito entre a autodeterminação do cidadão e proteção da higidez dos registros públicos é bastante sensível, notadamente porque o STF 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. Ademais, salvo situações excepcionalíssimas dispostas no art. 110 da LRP, a alteração de nome no registro civil já exige autorização judicial para todos (art. 13), independentemente do motivo.

Por fim, a ministra Carmen Lúcia, presidente do STF, considerou os princípios constitucionais da dignidade e da igualdade material, o princípio do respeito à honra e à imagem, o princípio da liberdade, o direito à intimidade, o direito à vida privada, para votar procedente a ação, para reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independente da cirurgia, da realização de tratamentos, sem a necessidade de se ir a juízo e sem a necessidade de requisitos.

2 TRANSGENIA E O PROBLEMA DA DISPOSIÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Segundo Rubens Limongi França (ano), os direitos de personalidade são “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanções e prolongamentos”. Para Maria Helena Diniz (ano), os direitos da personalidade são direitos subjetivos de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física, intelectual e sua moral. Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (ano), são aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais (TARTUCE, 2014).

Para Goffredo Telles Júnior., a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa (TELLES JÚNIOR *apud* SILVA, 2012). Os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação ou honra, a imagem, a privacidade, a autoria etc.

Apesar da grande importância dos direitos da personalidade, o Capítulo II do Código Civil de 2002 (CC), que trata desse assunto, é bastante enxuto. Conforme o disposto no artigo 11, com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo sofrer limitação voluntária. Em que pese o CC ter feito referência a essas características, a doutrina afirma que elas são mais amplas, os direitos da personalidade são inalienáveis, inatos, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis. Dentre os direitos de personalidade, encontram-se o direito ao nome, à integridade física, à imagem, à honra, à intimidade e a vida privada (SILVA, 2012).

Entretanto, nem mesmo os direitos fundamentais são absolutos, há a possibilidade de se admitir sua disponibilidade quanto, por exemplo, ocorrem conflitos entre direitos fundamentais, e.g, o direito à imagem em relação ao interesse social.

O caráter indisponível dos direitos da personalidade realça a natureza cogente, de ordem pública, das normas relacionadas com tal proteção, particularmente as que constam desse capítulo específico do código. Há casos, porém, em que eles podem ser limitados (TARTUCE, 2014). O Enunciado n. 4 do Conselho da Justiça Federal (CJF/STJ), aprovado na I Jornada de Direito Civil, prevê que “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja

permanente nem geral”. Outro enunciado doutrinário, de número 139, da III Jornada de Direito Civil, afirma que:

Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariando a boa-fé objetiva e os bons costumes. (BRASIL. Conselho Federal de Justiça. Enunciado n. 139)

Por outro lado, a tutela dos direitos da personalidade pode reverter decisões em que a pessoa dispôs voluntariamente desse direito, porém contrariamente à ordem pública. Flávio Tartuce (2014) cita um caso em que a justiça⁶ afastou os efeitos do chamado contrato de namoro, pois, segundo o magistrado, “Esses abortos jurídicos que andam surgindo por aí, que são nada mais que o receio de que um namoro espontâneo, simples e singelo, resultante de um afeto puro, acaba se transformando em uma união com todos os efeitos patrimoniais indesejados ao início”. Concordando com a decisão, Tartuce (2014) elencou três razões básicas para tanto: a primeira é que a união estável envolve direitos existenciais de personalidade que não podem ser renunciados, tais como os alimentos, a segunda está relacionada com o fato de que são normas de ordem pública, cabe ao magistrado dizer se foi constituída ou não a entidade familiar, portanto o contrato de namoro seria uma fraude à lei, causa de nulidade absoluta e a terceira é porque a autonomia privada (ou autonomia da vontade) manifestada em um contrato encontra limitações nas normas de ordem pública e nos preceitos relacionados com a dignidade da pessoa humana. A mesma linha de raciocínio vale para contratos assinados entre participantes de *reality shows*, em que é comum cláusulas em que o participante renuncia ao direito a qualquer indenização a título de dano moral, em decorrência da edição de imagens. Esse tipo de cláusula é nulo, pela aplicação direta dos artigos 11 e 166, VI, do CC.

Para esclarecer e ampliar o entendimento sobre as implicações dos direitos da personalidade, a comunidade jurídica tem emitido enunciados a respeito da matéria. Dentre os Enunciados do CJF/STJ, tem-se os seguintes, além do já citado enunciado n. 4:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da

⁶ Em decisão da 7.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que foi relator o Des. Luiz Felipe Brasil Santos (Proc. 70006235287, data de julgamento: 16.06.2004)

Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação (BRASIL. Conselho Federal de Justiça. Enunciado n. 274)

Adotando a tese de Pietro Perlingieri e de Gustavo Tepedino, a IV Jornada de Direito Civil, em 2006, aprovou o Enunciado n. 274 do CJF/STJ. A primeira parte da ementa prevê que “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1.º, III, da Constituição Federal”. Na sua segunda parte, dispõe que, em caso de colisão entre os direitos da personalidade, deve-se adotar a técnica de ponderação, por meio da qual os casos de difícil solução são analisados pelo magistrado sopesando princípios e direitos fundamentais para produzir a melhor solução. Assim, a livre disposição do próprio corpo é vetada, porém o art. 13 do Código Civil permite sua disposição por exigência médica, autorizando inclusive as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, pois há casos em que a redesignação de sexo pode ser uma necessidade para que a pessoa viva com dignidade.

O nome é um dos mais importantes direitos da personalidade. A LRP estabelece no art. 58 que “o prenome é definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos e notórios”. A experiência demonstra, na verdade, que é mais fácil a alteração do prenome do que do sobrenome, sendo certo que o nome, com todos os seus elementos, envolve tanto preceitos de ordem pública como de ordem privada. Antes da ADI 4.275, a alteração do nome, somente podia ser feita mediante ação judicial específica, cuja sentença deveria ser registrada no cartório de registro das pessoas naturais.

Em sua Opinião Consultiva de novembro de 2017, a CDHI considera que no marco dos procedimentos do reconhecimento do direito à identidade de gênero, não é razoável requerer das pessoas o cumprimento de requisitos que desvirtuem sua natureza meramente declarativa para a alteração do nome e gênero nos registros públicos. Também não entende ser adequado que tais exigências ultrapassem os limites da intimidade, pois terminaria obrigando as pessoas a submeterem suas decisões mais íntimas e assuntos mais privados a um escrutínio público por parte dos atores que direta ou indiretamente intervenham nessa questão. Já a aquisição do sobrenome pode decorrer não só do registro do nascimento,

mas também da adoção, da socioafetividade, do casamento, da união estável, ou ato de interessado. Nestes casos, é necessário o requerimento ao magistrado (SILVA, 2012).

3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Considerando que o rol dos direitos da personalidade previsto no CC é meramente exemplificativo, mesmo sem norma jurídica expressa o direito ao esquecimento vem sendo debatido na doutrina e jurisprudência como um direito fundamental. O Enunciado n. 531, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, realizada em 2013, contém o seguinte teor: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. A apresentação da proposta foi justificada assim: “Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”.

No âmbito das discussões acerca do direito ao esquecimento, Rulli Júnior e Rulli Neto (2012) afirmam que o patamar de informação disponível na atualidade ao mesmo tempo em que amplia de modo positivo as relações em diversas áreas, também levanta questionamentos sobre se o seu uso respeita os princípios e direitos fundamentais.

Quanto tempo uma informação pode ou deve ficar disponível? E, além disso, qual informação deve ou não ser disponibilizada publicamente, sem que se caracterize censura? Quais são os limites entre a liberdade das pessoas de informar, de serem informadas, de não serem informadas e de não terem suas informações divulgadas?

A discussão trazida pelos autores com relação ao direito ao esquecimento não trata apenas do alcance da dignidade, mas do *right to be alone*, ou seja, o direito a não ser importunado. Em um mundo onde a velocidade das informações é praticamente instantânea e as novas tecnologias permitem disseminação e armazenamento de um volume gigantesco de relatos, dados, notícias, fotos, vídeos, como evitar os abusos, como impedir que fatos negativos referentes a alguém gerem prejuízos continuados ou mais gravosos, perpetuem uma situação desfavorável?

Para os autores, seria como um *bis in idem* em afronta à dignidade da pessoa, conforme citação a seguir. Mesmo que a pessoa tenha feito algo de errado, ela não pode ser condenada mais de uma vez pelo mesmo fato, e muito menos de modo perpétuo, em suas palavras, “todas as penas, por uma questão de dignidade, não podem existir para sempre” (RULLI JÚNIOR; RULLI NETO, 2012).

Canotilho; Machado e Gaio Júnior (2017) trazem uma taxonomia para buscar identificar quais pessoas poderiam ter sua vida privada devassada por biografias não autorizadas, sem que com isso se caracterize uma violação a princípios constitucionais. Os autores trazem o conceito de “figuras privadas”, pessoas que não buscaram visibilidade pública, não participaram ativamente de discussões de temas de relevante interesse público e que devem ter uma proteção mais acentuada no que diz respeito à inviolabilidade de sua vida privada e, em contraposição a elas, as “figuras públicas”, pessoas que marcaram (e ainda marcam) a sociedade, sobre as quais há um interesse público relevante.

Em que pese a relativização de certos direitos individuais, sobretudo em contraposição aos coletivos, existem certos elementos substantivos centrais no rol dos direitos de personalidade que merecem tratamento especial, estão no campo altamente pessoal da vida. Ultrapassar tais limites eventualmente pode fazer nascer o direito à reparação, no campo da responsabilidade civil. Pode-se dizer que a proteção da esfera privada vai diminuindo à medida que a vida vai saindo do campo familiar e cercado contra olhares externos e vai ganhando exposição em espaços públicos.

No âmbito jurídico, o texto constitucional garante no artigo 220 a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, sendo vedadas quaisquer restrições. Ainda, dispõe que não haverá lei que embarace a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social. Entende-se por “informação” aquilo que é verdadeiro e seja de interesse público, abrangendo eventuais erros que não decorram de negligência ou má-fé, mas sem abarcar informações íntimas e pessoais, protegidas pela inviolabilidade à vida privada (MORAES, 2003).

Pode-se dizer, portanto, que o direito de uma pessoa de ser “esquecida” deve prevalecer apenas se o seu exercício não mitiga direito fundamental de outrem.

CONCLUSÃO

Quais são as diferenças jurídicas entre homem e mulher, por que elas existem e em quais circunstâncias elas poderiam ser superadas? Considerando que o ordenamento jurídico confere distinções entre homens e mulheres, visando manter a isonomia entre eles, como ficam as situações em que o sexo biológico e o gênero (ou sexo psicológico) são distintos entre si? Não se pode ignorar que, em certos casos, o transgênero necessitará de um olhar específico, não bastando simplesmente enquadrá-lo como do gênero masculino ou feminino, quando a diferença biológica não foi superada, pois seus cromossomos não foram alterados e algumas características do sexo negado permanecem com a pessoa.

Segundo já levantado por Mubarak (2010), diversos doutrinadores têm argumentado contrariamente à alteração do *status* jurídico do sexo de transgêneros alegando a prevalência do aspecto cromossomial e que a alteração geraria insegurança jurídica (por exemplo, no caso de casamento, em que a pessoa poderia não saber que o cônjuge Maria antes se chamava João), afrontaria o princípio da isonomia em olimpíadas ou testes físicos de concursos públicos, em que o transexual masculino apresentaria uma estrutura genética mais favorável em relação às outras mulheres. Para a pesquisadora, “tais argumentos não são desprovidos de validade, entretanto, a solução do referido conflito não se dará pela aplicação ou não da lei, mas sim pela técnica da ponderação dos princípios em jogo no caso concreto” (MUBARAK, 2010).

Apesar da validade dessa visão, é majoritário o posicionamento de que manter um registro civil incompatível com a *psiqué* humana seria equivalente a apenar os transgêneros por sua própria personalidade, o que violaria direitos humanos fundamentais. Assim, não está aqui a se discutir se o ordenamento jurídico deve permitir que os transgêneros possam ter sua documentação condizente com sua dignidade ou não, mas sim, de que forma deve-se permitir que a alteração registral ocorra.

A averbação sigilosa no registro civil com a alteração do nome e sexo do transgênero e posterior emissão de documentos novos sem nenhuma sentença judicial encerra a questão sobre a disponibilidade de que direitos da personalidade extrapatrimoniais. Além disso, o fato do procedimento dispensar a via judicial e não ensejar nenhum tipo de anotação na documentação pessoal sobre a condição anterior do transgênero produz como efeito “apagar” do ordenamento jurídico a pessoa que existia antes

das modificações, haja vista que há casos em que a identificação ocorre apenas pelo nome. Essa situação suscita a pergunta sobre como ficam as relações jurídicas anteriormente estabelecidas e cujo vínculo ainda persiste e produz efeitos. Em sede jurisdicional, tais relações poderiam ser averiguadas e os efeitos da alteração de nome e sexo no assento civil poderiam ser determinados pelo magistrado.

Com a mudança simplesmente em nível administrativo, apagam-se os vínculos jurídicos manifestos com terceiros, inclusive com eventuais filhos havidos anteriormente à mudança e que terão em seus registros civis o nome de um pai ou de uma mãe que “deixou de existir” no mundo jurídico, não deixou certidão de óbito, nem testamento. Essas pessoas, os filhos havidos antes da alteração registral, em tese, estariam em situação de falsidade ideológica, afinal, teriam em seus documentos como ascendentes nomes de pessoas doravante inexistentes. Considerando que não há uma enumeração taxativa quanto aos direitos inerentes ao ser humano, pode-se considerar que o direito a ter o nome da mãe e/ou do pai no registro civil, condizente os fatos à data do nascimento, é um direito de personalidade, pois permite à pessoa conhecer sua trajetória familiar, sua origem.

Ademais, o filho do transgênero que teve seu registro alterado tem um histórico, uma trajetória no mundo dos homens, cópias de seus documentos estão em secretarias escolares, em planos de saúde, em locais de trabalho. Alterar o registro civil a partir de determinada data poderia criar incompatibilidades e transtornos com os registros anteriores. Para o transgênero, é fácil mais fazer a solicitação de retificação em nome próprio, para alterar a documentação em tais estabelecimentos, e ver garantidos seus direitos, como o de ter um diploma retificado, onde consta o novo nome, ter computados seus anos de trabalho realizado antes da mudança de nome e sexo para fins de aposentadoria e outros. Mas, e os terceiros envolvidos na relação jurídica com o transgênero antes da modificação de seus documentos, de quais recursos eles dispõem, uma vez que a alteração feita pela outra parte é sigilosa? E o filho do transgênero nascido antes da mudança registral? Como ele deve proceder? E se ele não quiser alterar toda sua documentação? Ficará em situação de falsidade ideológica? Ele precisa ingressar no poder judiciário para manter sua documentação original, caso não queira fazer a alteração?

Nesse sentido, os argumentos apresentados pelo STF a favor da alteração de dados na documentação civil do transgênero apenas pela via administrativa foram extremamente frágeis e voláteis, uma

vez que todos eles foram estabelecidos com base principiológica, sem nenhuma referência ao ordenamento jurídico vigente ou à segurança jurídica. Cumpre, portanto, contra-argumentar os motivos elencados pelos ministros que se posicionaram de modo favorável ao procedimento meramente administrativo.

Com relação à ideia de que o registro original e o de retificação são similares, esse entendimento é incompatível com os princípios do direito registral, pois o registro é ato principal e a averbação é ato acessório. Além disso, o registro de nascimento é um documento original que inaugura uma pessoa no ordenamento jurídico, enquanto que a averbação altera o registro de uma pessoa que já estabeleceu diversos vínculos jurídicos, os quais precisam ser eventualmente analisados no caso concreto. Ademais, ao transferir ao oficial do registro civil a decisão de levar ao juízo eventuais controvérsias, o STF desvirtua um dos fundamentos do direito processual, que é o interesse de agir e a legitimidade ativa para a propositura da ação.

Quando afirma que não estaria sendo alterada a linha da descendência genealógica, isso não é verídico, pois quando o transgênero altera seu registro de modo sigiloso em cartório, rompe a linha registral de seu descendente. Quanto à “decisão” da CIDH, é preciso dizer que uma “opinião consultiva” não pode ser comparada a uma decisão cogente, portanto não têm amparo os argumentos com base nesse documento, ainda que ele represente uma importante diretriz nessa matéria.

Outrossim, em pelo menos duas passagens (parágrafos 142 e 159), o documento indica que a via judicial é um dos caminhos possíveis para a alteração registral, o que não pode ser confundido com uma imposição de uma corte internacional. Sobre o princípio segundo o qual a identidade de gênero não se prova, então a decisão do STF é intrinsecamente contraditória, ao permitir “aos transexuais” (e apenas a eles) a alteração registral baseada na mera expressão de vontade do solicitante, ela deveria ser expandida a todo e qualquer sujeito, haja vista a impossibilidade de se comprovar a condição de transgênero, segundo o STF. No que concerne a ideia de que recorrer ao poder judiciário poderia ser um obstáculo insuperável ou um constrangimento às pessoas humildes, o mesmo raciocínio vale para todo e qualquer exercício de direito que necessita da via judicial e, aparentemente, a decisão não estendeu esse entendimento para outras demandas.

A respeito do argumento que o STF não pode ficar com teses minimalistas, enxutas e atentas ao caso concreto do controle difuso, ele pode eliminar tais contingências na ADI, aqui tem-se outra contradição

interna, os argumentos são opostos por sua própria natureza, pois se é no caso concreto que o judiciário verifica que não se pode ampliar o leque para qualquer decisão, como pode no caso abstrato dizer que então não há limite algum? Sobre o argumento de que o direito à retificação do registro civil concretiza a dignidade da pessoa humana, o direito à felicidade, à igualdade e ao reconhecimento, isso não impõe dizer que a melhor alternativa é a via administrativa, uma vez que o procedimento judicial não prejudicará nenhum desses preceitos.

Quanto ao entendimento de que a “decisão” da CIDH assenta que não deve haver nenhum tipo de obstáculo e que tudo “deve” se passar no campo notarial, desnecessário dizer que basta uma leitura um pouco mais atenta do documento original para verificar que não há nada mencionado nesse sentido. No que tange ao sopesamento em abstrato, dos princípios da dignidade da pessoa humana com o da segurança jurídica e o da publicidade, é incompreensível como se pode fazer isso, sendo que toda a doutrina a respeito dos *hard cases* indicam justamente que é no caso concreto, e não no abstrato, que tal ponderação deve ser feita. Por fim, dizer que para proteger os direitos das minorias e dos grupos vulneráveis você precisa remover todas as amarras legais, a todos impostas, isso sim é desarrazoado e desproporcional, pois o Brasil conta com assistências jurídicas, defensorias públicas e o ministério público para defender direitos difusos e coletivos.

Outro ponto que não foi abordado na decisão do STF é quanto à disponibilidade dos direitos de personalidade. O nome e a identidade de gênero são direitos de personalidade, em tese, indisponíveis. Se há a intenção de alterá-los, incumbe ao poder judiciário avaliar essa possibilidade.

No sentido contrário, dos votos a favor de se exigir procedimento judicial para alteração de tão elevada envergadura, o STF elencou que o registro civil é um ato jurídico perfeito, portanto não poderia ser desconstituído sem uma ordem judicial, que a necessidade da decisão judicial de jurisdição voluntária não decorre de nenhuma espécie de discriminação, pois a LRP prevê para todos esse procedimento, que o procedimento judicial permite uma melhor decisão em casos envolvendo menores de idade, que a segurança jurídica deve ser preservada, cabe ao julgador, à luz do caso concreto verificar se estão preenchidos os requisitos para a mudança, que a mudança registral pode afetar terceiros, inclusive na área criminal, que a via judicial atende ao direito fundamental subjetivo, mas ao mesmo tempo respeita os imperativos de veracidade

e de publicidade dos registros públicos, que deve-se buscar a proteção da higidez dos registros públicos, que o STF não pode antever todas as consequências que uma tal alteração no registro civil é capaz de implicar.

Ademais, o Art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que os Poderes da União devem ser independentes e harmônicos entre si. Neste sentido, quando o STF simplesmente ignorou que havia no Congresso Nacional diversos Projetos de Lei (PL) em tramitação que buscavam legislar sobre essa matéria (DANTAS, 2013), acabou afrontado uma das bases do Estado brasileiro, que é a separação de poderes. O fato de todos eles estarem pendentes de apreciação pelo Plenário demonstra que a matéria é controversa e que não há consenso social quanto às mudanças propostas. Mais uma vez, o que se observa, é que o STF extrapolou de suas competências e passou a legislar sobre matéria que caberia ao Congresso Nacional decidir.

Também é preciso verificar em que *locus* estão colocados no ordenamento jurídico os princípios do direito registral, que se forem relativizados em nome da “dignidade da pessoa humana”, podem produzir insegurança jurídica. Os registros públicos remontam do direito romano, têm uma razão de existir e devem cumprir seu papel de dar publicidade a atos e fatos da vida que são relevantes para o direito. A alteração pela via administrativa de um dado tão fundamental quanto a identidade de uma pessoa pode gerar insegurança e afrontar direitos fundamentais de terceiros e eventualmente poderá produzir tratamentos diferenciados aos requerentes, em função dos diferentes entendimentos que cada oficial de cartório terá sobre a matéria. Ademais, fica a pergunta do porquê uma pessoa não transgênera necessita passar pela via judicial para ver seu nome social nos registros públicos e a transgênera não. Por que tamanha distinção?

Ideal seria que a legislação acompanhasse a dinâmica social e permitisse que se fizesse o registro do sexo biológico ao nascer e também o do gênero, que poderia ser alterado na idade adulta, se a parte interessada requerer. No mesmo sentido, fica evidente que o IBGE também não acompanha algumas mudanças sociais. Por exemplo, até hoje, na realização do Censo Demográfico, há pergunta sobre “quem é o responsável familiar”, devendo o respondente escolher apenas um dos cônjuges, jamais os dois, ou sobre identidade étnica, cujas opções de resposta são “preto”, “pardo”, “amarelo”, “indígena” e “branco”. Verifica-se que há forte resistência desse órgão a mudanças, sob a alegada tese de que é preciso permitir a comparabilidade entre um levantamento de dados e outro. Porém, assim

como a pessoa não deve se adequar ao registro, a sociedade não deve estar submetida à pesquisa social, e sim o contrário.

Outros problemas, que não foram deliberadamente abordados neste artigo, mas também merecem uma atenção por parte da academia, da doutrina e da jurisprudência, dizem respeito ao que fazer em situações fáticas a serem enfrentadas pelas pessoas transgêneras que tiverem seus registros civis alterados, e que envolvem o sistema prisional (tanto sobre o tipo de estabelecimento onde eventualmente ficará preso, como quais são os sexos biológicos das pessoas que podem fazer e das que são submetidas a revista íntima), de saúde (cuidadores de homens e mulheres), previdenciário (qual é a idade para um transgênero se aposentar?), o serviço militar, o uso de banheiros públicos, os direitos trabalhistas, as apólices de seguros, a participação em concursos e em competições desportivas.

Ainda no campo das fragilidades observadas, tem-se que o STF não abordou a existência ou não preclusão lógica. Quantas vezes poderão ser alterados o prenome e o sexo no registro civil? Se uma pessoa tem transtornos psicológicos e alterna periodicamente seu sentimento sobre identidade de gênero, pode repetidas vezes fazer a alteração registral? Em tese, considerando os argumentos apresentados pelos ministros do Supremo, poderia, pois o que foi afirmado na decisão é que deve prevalecer a dignidade da pessoa e o respeito a sua autoidentidade, não a segurança jurídica. Se esta é fluida, seu registro também deveria ser.

São perguntas que o STF deveria ter enfrentado antes de proferir tão precipitada decisão. Em síntese, confrontando os argumentos favoráveis e contrários à via judicial, não restam dúvidas de que a escolha do STF foi infeliz, pois nenhum dos argumentos apresentados passa pelo crivo de uma análise sumária. A decisão se deu de maneira açodada quando autorizou que a mudança de nome e sexo possa ser realizada extrajudicialmente sem trazer nenhuma luz para a regulamentação dos vínculos jurídicos pré-existentes e para os confrontos que surgirão na colisão com direitos fundamentais de terceiros.

A decisão do STF de permitir que um transgênero possa alterar no seu registro civil o prenome e o sexo repousa nos fundamentos dos direitos humanos. Porém a forma como os direitos humanos, sobretudo a dignidade da pessoa humana, vêm sendo tratados pelo poder judiciário para permitir decisões que são contrárias ao que está positivado nas leis traz insegurança jurídica e acaba por enfraquecer o próprio ordenamento jurídico e, em decorrência, a sociedade.

Acertou o STF ao permitir a alteração do registro civil para que pessoas transgêneras possam ter dignidade. Errou ao autorizar que esse procedimento se dê pela via administrativa, pois o direito e a liberdade de uns vai na medida e no limite em que não colide com o de outros, e não é nos cartórios que tal confronto de direitos deve ser discutido, nem cabe ao oficial de registro dizer a quem cabe qual parcela de direito em caso de colisão, e sim ao juiz.

REFERÊNCIAS

BRANDELLI, L. **Teoria Geral do Direito Notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Conselho Federal de Justiça. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado 139**. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/222>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. **Enunciado 274**. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. **Enunciado 531**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 737.993/MG**. Relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 18/12/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6511771&num_registro=200500486064&data=20091218&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4275/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 1º/03/2018, DJe 06/06/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em 27 nov. 2018.

CANOTILHO, J. J. G.; MACHADO, J. E. M.; GAIO JÚNIOR., A.P., **Biografia não autorizada versus liberdade de expressão**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

CASSETTARI, C.; CAMARGO NETO, M. C.; OLIVEIRA, M. S.. **Registro civil das pessoas naturais: parte geral e registro de nascimento**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

DANTAS, N. M. **Transexualidade e as implicações jurídicas decorrentes do reconhecimento do direito à identidade sexual.** Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito. Salvador, 2013. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Nathalia%20Martins%20Dantas.pdf>. Acesso em: 01 maio 2018.

MORAES, A. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2003.

MUBARAK, D. M. **Retificação de registro civil de transexuais.** 2010. __ f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

RULLI JÚNIOR., A.; RULLI NETO, A. **Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de sociedade da informação.** RIDB, Ano 1, nº 1, pp. 419-434. Instituto de Direito Brasileiro, Universidade de Lisboa, 2012.

SÃO PAULO. Comissão de enunciados da ARPEN-SP. **Enunciado 27.** Disponível em: <<http://www.arpensp.org.br/?pG=X19wYWdpbmFz&idPagina=528>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

SILVA, R. B. T. (Coord.). **Código Civil comentado.** 8. ed. de acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 e as Leis n. 12.344/2010, n. 12.375/2010, n. 12.376/2010, n. 12.398/2011, n. 12.399/2011, n. 12.424/2011, n. 12.441/2011 e n. 12.470/2011 – São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, F., **Direito Civil: Lei de introdução e parte geral.** v. 1. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.