



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

DANIELA SCHITINI LEANDRO

**A INEXISTÊNCIA DO DEVER JURÍDICO DOS TRANSGÊNEROS DE
INFORMAR SUA IDENTIDADE DE GÊNERO AOS CÔNJUGES OU
COMPANHEIROS E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS**

Salvador

2019

DANIELA SCHITINI LEANDRO

**A INEXISTÊNCIA DO DEVER JURÍDICO DOS TRANSGÊNEROS DE
INFORMAR SUA IDENTIDADE DE GÊNERO AOS CÔNJUGES OU
COMPANHEIROS E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito. Faculdade de direito. Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de bacharel em direito.

Orientador: Prof. Dr. Leandro Reinaldo da Cunha

Salvador

2019

DANIELA SCHITINI LEANDRO

**A INEXISTÊNCIA DO DEVER JURÍDICO DOS TRANSGÊNEROS
DE INFORMAR SUA IDENTIDADE DE GÊNERO AOS CÔNJUGES OU
COMPANHEIROS E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito. Faculdade de direito. Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de bacharel em direito.

Salvador, 28 de Novembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Leandro Reinaldo da Cunha – Orientador
Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Maurício Requião (Avaliador)
Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal da Bahia

Prof. Antônio Lago (Avaliador)
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia

A

Maria Goreti, mãe guerreira, por ter me dado o exemplo de que não importam as adversidades, podemos chegar onde quisermos.

Joaquim Afonso, meu pai, por ter aberto minha mente para o universo da leitura e, por intermédio dos livros, me tornado uma pessoa melhor.

AGRADECIMENTOS

Escrever o trabalho de conclusão do curso é um momento único e inesquecível por um universo de fatores, mas talvez o principal seja justamente a simbologia que ele representa, pondo termo a uma fase tão importante da vida. Simultaneamente, concluí-lo também nos traz uma sensação de felicidade, alívio e confiança de que estamos prontos para dar adeus, ainda que brevemente, a condição de estudante e nos tornarmos aptos a prática da carreira que escolhermos.

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer a Deus a possibilidade que me deu de, com esse trabalho, poder defender uma das lutas existentes por igualdade e por respeito aos direitos de todos. Nada poderia me fazer mais feliz do que utilizar as habilidades construídas na graduação para defender aqueles que, simplesmente por ser quem são, encontram-se marginalizados pela sociedade e pelo Ordenamento.

Também não poderia deixar de agradecer ao meu companheiro de vida e colega de curso, José Manuel Fonseca Martinez, por todos os debates a respeito do meu tema, todas as sugestões e pela paciência diária, pois o resultado desse trabalho não seria o mesmo sem todo o suporte e incentivo por ele dispensado.

Aos meus amigos (Anna Luiza, Maria Campos, Paloma Almeida, Julia Veras, Ana Melo, Henrique Princhak, João Victor Lins, Ricardo Messala, entre outros...) por terem me dado a alegria de perceber que estou rodeada de pessoas com valores inclusivos, mesmo quando não concordamos integralmente.

A todos os professores que já tive durante a vida, porque sem eles eu não seria quem sou e não seria alguém de quem me orgulho.

A minha querida prima, Glória Maria, que é exemplo de luz e serenidade, e que me inspirou a encarar este trabalho como um projeto muito mais prazeroso do que estressante e que mesmo não sabendo disso, não deixa meu ânimo esmorecer.

A minha chefe no Ministério Público, Dra. Silvana Suarez, por ser tão compreensiva e humana, me mostrando que podemos unir a carreira jurídica ao coração.

A minha mãe e meu irmão, por terem tentado me dar o máximo possível de espaço e tranquilidade para produção deste trabalho.

A Universidade Federal da Bahia, por ter me impulsionado a não desistir dos meus objetivos, me ensinado a conviver diariamente com a diferença e me ajudado a construir independência.

Por fim, ao meu orientador, o querido Professor Leandro Reinaldo da Cunha, não só por ter me ajudado a dispensar o melhor de mim nesta monografia, mas por um ano antes disso, ter enxergado minhas inseguranças com relação ao futuro profissional e ter se importado o suficiente para pausar a sua aula e me confortar, pontuando que estamos todos sempre em processo de aprendizagem e que não há razões para não acreditar nos caminhos que nos esforçamos para alcançar.

Primeiro levaram os negros
Mas não me importei com isso
Eu não era negro

Em seguida levaram alguns operários
Mas não me importei com isso
Eu também não era operário

Depois prenderam os miseráveis
Mas não me importei com isso
Porque eu não sou miserável

Depois agarraram uns desempregados
Mas como tenho meu emprego
Também não me importei

Agora estão me levando
Mas já é tarde.
Como eu não me importei com ninguém
Ninguém se importa comigo.

(BRECHT, 2019).

LEANDRO, Daniela Schitini. A inexistência do dever jurídico dos transgêneros de informar sua identidade de gênero aos cônjuges ou companheiros e suas implicações jurídicas. 2019. Orientador: Prof. Dr. Leandro Reinaldo da Cunha. 115 fls. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

RESUMO

Resumo: Tendo em vista que as discussões sociais a respeito da transexualidade têm se tornado pauta de crescente visualização na mídia nacional, bem como a necessidade de desconstruir e afastar qualquer sorte de preconceito, pesquisa-se sobre a suposta existência do dever do transgênero de informar a seu cônjuge ou companheiro sua identidade de gênero, a fim de defender que este não existe ante ao exercício do direito personalíssimo à intimidade. Para tanto, é necessário clarificar os conceitos que envolvem sexualidade e identidade de gênero, classificar esta última como direito personalíssimo, comentar a falta de efetivação dos direitos dos transgêneros no Brasil, abordar a evolução do Direito de Família e sopesar o exercício dos direitos à intimidade e à vida digna com a boa-fé objetiva e com os deveres confiança na união estável e do casamento. Realiza-se, para isso, pesquisa do tipo qualitativa e procedimento bibliográfico.

Palavras-chave: casamento e união estável de transgêneros; dever de informar; inexistência.

LEANDRO, Daniela Schitini. A inexistência do dever jurídico dos transgêneros de informar sua identidade de gênero aos cônjuges ou companheiros e suas implicações jurídicas. 2019. Orientador: Prof. Dr. Leandro Reinaldo da Cunha. 115 fls. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

SUBSTRACT

Abstract: Given that social discussions about transsexuality have become the agenda of national media viewing, as well as the need to deconstruct and dispel any kind of prejudice, this research about the supposed existence of the transgender's duty to inform their spouse or partner of their gender identity, has as final goal to defend the nonexistence of this duty when is it in comparing to exercising their right to intimacy. Therefore, it is necessary to clarify the concepts that involve sexuality and gender identity, classify the gender identity as a very personal right, comment on the lack of implementation of transgender rights in Brazil and the evolution of family law and make a balance between the right to intimacy and the rights of trust in marriage and in stable unions. For catching up this goal, is used a qualitative research and bibliographic procedure is performed.

Key-words: the duty of communication; nonexistence; transgender's marriage and stable unions.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 SEXUALIDADE.....	13
2.1 A relação da sexualidade com a identidade de gênero.....	19
2.2 Transgeneridade: quem são os transgêneros.....	28
3 IDENTIDADE DE GÊNERO E DIREITO DA PERSONALIDADE.....	34
3.1 Direitos da personalidade: seu surgimento e o atual regramento jurídico.....	35
3.2 Identidade de gênero como direito da personalidade.....	46
3.3 A falta de efetividade dos direitos da personalidade dos transgêneros no Brasil.....	55
4. TRANSEXUALIDADE, RELAÇÕES AFETIVAS, CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL.....	60
4.1 O direito dos trans à constituição de uma família.....	72
4.2 A questão da procriação.....	76
4.3 A quebra da boa-fé objetiva e dos deveres de consideração e respeito mútuos e de lealdade vs. a ausência do dever de informar.....	80
4.4 O descarte da hipótese de anulação do casamento por erro essencial sobre a pessoa do cônjuge.....	89
5 A AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL NA HIPÓTESE DO SILÊNCIO DO TRANSEXUAL OU DO INTERSEXUAL OPERADO A RESPEITO DE SUA TRANSGENERIDADE.....	98
5.1 A responsabilidade civil nas relações familiares.....	101
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	108
7. REFERÊNCIAS.....	111

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso tem como finalidade assentar a inexistência do dever jurídico dos transgêneros de informar sua identidade de gênero para os companheiros ou cônjuges e os efeitos jurídicos que surgem da descoberta posterior, por aqueles, desta transgeneridade.

O impulso que moveu o direcionamento desta monografia a esse tema foi fomentado a cerca de um ano, quando das aulas de direito de família desta egrégia Universidade, foi suscitado um breve debate sobre quais condutas se enquadrariam na hipótese do Código Civil de erro essencial sobre a pessoa do cônjuge. Todavia, a percepção da importância de trazer à baila esta discussão para a comunidade jurídica e apresentar seu resultado para a sociedade decorreu diretamente da estória fictícia do casal Britney e Abel da novela “A dona do Pedaco” da Rede Globo, tendo em vista que Britney, enquanto mulher trans, enfrentava com grande pesar, o dilema de revelar ou não ao seu namorado, sua identidade de gênero.

Ora, se a questão da transexualidade chegou às telas de televisão, no horário nobre, é porque há muito já se manifestou na sociedade e ganhou notoriedade suficiente para ser exposta ao grande público. Nesta senda, tema mais oportuno não poderia haver para ser discutido, neste momento, também no campo acadêmico.

Não obstante, o presente estudo se mostra necessário ante a hipocrisia e aos preconceitos que cercam nossa sociedade. Se o relacionamento de transexuais fosse visto, como deveria sê-lo, como a natural relação afetiva entre dois ou mais seres humanos, muito provavelmente este trabalho perderia seu objeto e razão de existir, visto que a corrente que nele será defendida apenas reconhece, à luz do tecnicismo jurídico, um conjunto de direitos básicos que jamais deveria ser questionado a qualquer ser humano: sua liberdade, sua dignidade, sua autonomia e privacidade. Por derradeiro, se não forem tomadas posições de enfrentamento ao conservadorismo que caracteriza e adjetiva a sociedade brasileira como machista, sexista, preconceituosa, heteronormativa e cisgênero, tais direitos personalíssimos continuarão a ser desrespeitados e a

dignidade humana frequentemente aviltada, em prol de valores que excluem, polarizam e marginalizam os homens, despojando-os, em verdade, de sua condição humana.

Nessa esteira, partindo do questionamento se de fato existe um dever jurídico do transexual de informar ao seu parceiro, no âmbito das relações afetivas, a sua identidade de gênero, posicionamo-nos pela inexistência desse suposto dever, negando, como consequência, a possibilidade de indenização civil e a anulação do casamento que tenham como pressuposto o silêncio do trans.

Para tanto, foi aplicada enquanto metodologia de pesquisa, aquela construída a partir do uso de artigos científicos, livros, entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, bem como de legislações acerca do tema, sendo assim, o método científico hipotético dedutivo, e a pesquisa do tipo qualitativa, de natureza aplicada, cujo fim é explicativo e o procedimento, bibliográfico.

Destarte, para a defesa dessa tese também foi necessário compreender aspectos essenciais para o entendimento da transgeneridade e afastamento de eventuais preconceitos, assimilando a noção de sexualidade como um todo, notadamente a apreensão do que é gênero e do que é identidade de gênero, a diferença disto para sexo, identidade sexual e orientação sexual, e, por conseguinte, o que significa ser transgênero, aspectos que são abordados como pontapés iniciais no capítulo 01.

Em sequência, é sobremaneira importante compreender o que são direitos da personalidade, a sua importância e o contexto de origem, bem como quais são estes direitos e como estão relacionados ao direito fundamental e humano da dignidade, fazendo-se um “link” de tudo isso com a situação jurídica dos transgêneros no Brasil, espeque que dá razão à existência do capítulo 02.

No terceiro capítulo deste trabalho, por sua vez, abordam-se os conceitos de família desde o começo do mundo até a presente época, aprofundando a análise das famílias no contexto brasileiro dos Códigos Civis de 1916 e de 2002, ora vigente, chegando-se à ascensão da afetividade como princípio norteador das relações de família, que permite, com a Constituição

Federal de 1988, a afirmação das entidades familiares como plurais, democráticas, fincadas em vínculos de afeto, em que se dispensam fatores de patrimonialização e nas quais a relação entre os membros é demarcada pela isonomia e pelo objetivo de possibilitar, a todos, a felicidade.

Tudo isso é demasiado relevante para construir a noção jurídica da inafastável hipótese de casamento ou de constituição de união estável para as famílias LGBTI e para refutar a hipótese de quebra dos deveres conjugais ou de quebra da boa-fé objetiva contratual como ensejadores da anulação do casamento por erro essencial sobre a pessoa do cônjuge, ante ao silêncio do transexual ou intersexual operado.

Por fim, o último capítulo tem como finalidade explicitar as razões pelas quais não cabe o pleito de indenização, baseado no dano moral sofrido pelo cônjuge ou convivente cuja transgeneridade do parceiro era desconhecida. Para isso, todavia, foi necessária uma digressão técnica a respeito do que é a responsabilidade civil e o dever jurídico que dela decorre de indenizar danos causados pela prática de atos ilícitos, bem como explicitar se é possível ou não qualquer sorte de responsabilidade civil no Direito de Família, sem que isso signifique o retorno da patrimonialização das relações familiares.

Ante ao exposto, é relevante estabelecer uma prévia do que se verá no presente trabalho, deixando-se claro, de antemão, que aqueles que acreditam existir um dever jurídico dos transgêneros de informar ao seu companheiro ou consorte a sua identidade de gênero, defendem, para além da mitigação do direito à intimidade e do poder de escolha que rege a autodeterminação dos indivíduos, a existência de uma obrigação regulada pelo Direito e, portanto, alçada como necessária ao funcionamento regular da sociedade como um todo, cujo descumprimento repercute em ilicitude, não estando, situada, assim, como aspecto que possa ser resolvido entre os próprios sujeitos envolvidos no relacionamento afetivo, convocando-se a intervenção do Estado.

Discordando da corrente que assim entende ser possível, inclusive, a indenização por perdas e danos e a anulação de casamento por erro essencial sobre a pessoa do cônjuge – questões que são enfrentadas nos capítulos 04 e 05 – é abordado nesse trabalho o entendimento conforme o qual, para além de

não existir o dever jurídico de informar, não existe também o dever moral de fazê-lo, uma vez que quando o transgênero escolhe não revelar elemento de seu passado que lhe traz profundo sofrimento e que deseja ver esquecido de sua vida, exerce direito à intimidade e garante sua felicidade, sem que com isso ofenda ou viole qualquer direito do companheiro ou consorte, que conheceu e decidiu iniciar relacionamento afetivo com o transgênero a partir das características pessoais que este possui e que lhe satisfizeram, de modo que o fato de ter nascido com sexo biológico distinto não modifica o estado da pessoa transgênero que se conheceu e se apaixonou.

Contudo, ainda que se sustentasse haver um dever moral de informar, a máxima consequência disto é a ocorrência de uma imoralidade, punida de forma difusa pela sociedade, não havendo que se sustentar a intervenção do Estado e a possibilidade de responsabilidade civil e anulação de casamento, não se confundindo, assim, um suposto dever moral, com uma obrigação jurídica e os efeitos decorrentes desta.

Por derradeiro, ter nascido homem ou mulher não modifica – ou não deveria modificar – o modo como o companheiro ou consorte se sente em relação ao seu parceiro transgênero, tendo em vista que se apaixonou por ele (a) pelas características que ostenta e já ostentava desde o início da relação, não havendo, aí, imoralidade, porque não há desonestidade, nem tampouco há ilicitude, quando se está exercendo o próprio direito à intimidade e à persecução de sua felicidade.

2 SEXUALIDADE

A realidade da vida do homem mudou com o surgimento da internet, que tornou mais fácil a comunicação entre os indivíduos e reduziu distâncias, tendo em vista que não mais é necessário estar junto para que as pessoas possam se ver, conversar e interagir, bem como ter acesso a informações instantaneamente sobre tudo o que acontece no globo. Nesse sentido, Moreira et al. (2017, p. 06) sustentam que “o sujeito contemporâneo, com o advento dos dispositivos da internet no ciberespaço, passa a ter acesso a mais informações, sejam científicas, políticas, jornalísticas e até pessoais”.

É inegável que a existência da internet transformou “(...) a maneira como o ser humano interage com o mundo e com os demais” (CUNHA, 2019, p. 02), todavia, a utilização dos mecanismos da rede nas relações humanas não trouxe somente benefícios, considerando que, com a popularidade das mídias sociais e seus aplicativos, cada vez mais cedo ingressam no mundo cibernético os jovens, além de paulatinamente se ter perdido a noção do que é público e do que é privado, pois aspectos da vida que costumavam ser pertinentes ao próprio indivíduo e daqueles com quem se relaciona mais intimamente, passou a ser disponível para um grande número de pessoas, muitas vezes sem que o indivíduo tenha real consciência da extensão de sua exposição e das consequências de fazê-lo (CUNHA, 2019, p. 02/03).

Refletindo sobre a noção de privacidade e vida íntima tal como conhecemos hoje, Moreira et al. (2017, p. 09) sustentam seu surgimento com o Renascimento, pois antes disso, “na sociedade da corte, não existia a divisão da vida humana em esferas públicas e privada”. Neste passo, aduzem que o declínio da vida pública e a valorização da privacidade trouxeram consequências diretas para as relações amorosas, passando a existir regras sociais que limitam as demonstrações de afeto que são aceitáveis socialmente.

Também as reformas protestante e católica, com a importância dada a piedade e à confissão, reforçaram o desenvolvimento da intimidade na passagem do século XVIII ao XIX, em que as pessoas passaram a sofrer e sentirem-se culpadas com amores que por inaceitáveis socialmente, tornaram-

se secretos e proibidos, além dos desejos sexuais tidos como pecaminosos (MOREIRA et al., 2017, p. 10/11).

A expansão do capitalismo e o advento da internet, contudo, parece desfazer estas fronteiras entre o que deve e não deve ser compartilhado com o público, existindo na sociedade atual uma ordem que impõe a publicização da vida, havendo exaltação da individualidade, de modo que a vida íntima deve ser exibida para o outro, a fim de que haja aceitação social, uma vez que a admiração pública passa a ser produto da sociedade e objeto de consumo, lastreado não só na necessidade de aceitação social, mas também fincado na vaidade individual. Nessa esteira, os já citados autores, Moreira et al. (2017, p. 14) entendem que:

“De acordo com Lasch (1983), na sociedade capitalista atual, que conta com traços fortemente narcisistas, o que vale é exaltar a imagem de si mesmo para autoadmiração narcísica. As pessoas, com isso, abrem mão da vontade de ser e passam a focar-se em “parecer”, já que a busca por aceitação e ascensão social se ancoram cada vez mais na imagem e no consumo”.

Nesse sentido também sustenta Leandro Cunha (2019, p. 02/04) para quem parece existir “uma ordem mundial em que a intimidade e a privacidade dos indivíduos está cada vez mais mitigada”, em que, o interesse e a curiosidade alheia na vida do outro, que sempre existiu na sociedade, foi disseminado pelas novas tecnologias, o que pode ser atentatório à dignidade humana, tendo em vista que o acesso às mais variadas informações, inclusive pessoais, e o sentimento concorrente de dilatação da liberdade de expressão, pode retirar o sujeito de seu local de ser humano, com direitos garantidos, colocando-o como objeto a respeito do qual todos podem opinar, desrespeitando sua dignidade.

Noutro giro, entretanto, é necessário destacar que, em que pese exista, de fato, a construção de um corpo social narcisista e vaidoso, em que a vida privada passa a ser pública, consistindo num elemento de consumo e entretenimento cruel da própria sociedade, ainda remanescem elementos que, mesmo na era da exaltação da individualidade, tendem a ser mantidos em segredo, na esfera da intimidade humana, sendo certo que nesta seara incide a sexualidade.

O que se pretende ao dizer que a sexualidade humana tende a permanecer íntima não é negar que na realidade atual a vida sexual seja alvo de exposição na internet, e nem poderia ser afirmado tal coisa, uma vez que muito se fala abertamente sobre sexo e sobre o cotidiano de um relacionamento, expondo-se diariamente fotos de momentos alegres que tornam os expectadores participantes da relação, inclusive sendo rotineiro a divulgação – com consentimento ou não – de vídeos íntimos na rede.

Quando se diz que a sexualidade humana é um elemento que ainda hoje permanece íntimo, afirma-se que ainda há pessoas que escolhem manter esse lado da vida, privado. Ou seja, mesmo que exista na sociedade uma exaltação da vida íntima, tornando-a pública, um dos poucos aspectos que muitas pessoas ainda mantêm privado é o que pertine à sua sexualidade, até porque, é elemento que compõe a vida de qualquer ser humano e que, inquestionavelmente, traz uma série de preconceitos e tabus (CUNHA, 2019, p. 03) de modo que optar pela privacidade e resguardar para si a sexualidade é um meio de defender-se do julgamento do mundo.

Nesse contexto, é possível visualizar a realidade das pessoas transgêneros, que desejam manter para si a incorrespondência de seu “eu psíquico” com seu o “eu” esperado pela sociedade em razão de seu sexo de nascimento. Não se mostra razoável querer exigir que os transexuais e demais transgêneros revelem para o mundo sua condição, se não for este o seu desejo. Manter para si sua sexualidade é, também, defender-se de uma sociedade que não aceita o diferente e que juridicamente não o protege, sendo leniente, e retirar o seu direito individual de escolha é ferir seu direito personalíssimo à intimidade, violar a dignidade humana e submeter um ser humano ao sofrimento da não aceitação social, muitas vezes acompanhado da não aceitação familiar, bem como dar aval a um tratamento anti-isonômico, exigindo-se deste, o que não se exige dos cisgêneros (revelar aspecto de sua individualidade, ainda que não queira fazê-lo).

Considerando-se o direito de qualquer ser humano de não expor sua vida para os outros, mantendo o que quer que seja, privado, inclusive sua sexualidade, que como será visto mais a frente, é expressão de sua personalidade e exercício de sua dignidade, a questão que resta a ser

enfrentada é se este direito personalíssimo à intimidade pode vir a ser afastado, em situação excepcional, ante ao interesse (ou suposto direito) de seu companheiro (a) de ser informado de sua sexualidade. Questiona, nesse sentido, Leandro Cunha (2019, p. 03) se teria, o estabelecimento de uma relação objetivando a constituição de uma entidade familiar, o condão de afastar absolutamente o direito à intimidade e conferir ao companheiro ou consorte acesso irrestrito a tudo o que se relaciona ao outro.

Ainda sobre esta problemática, importante destacar que uma coisa é falar sobre um suposto direito do companheiro ou consorte de conhecer os aspectos mais íntimos daquele com quem se relaciona, incluída aí a sexualidade, e o contraposto hipotético dever jurídico do transgênero de revelar sua sexualidade, se se entender favoravelmente à mitigação de sua intimidade. Outra coisa é discutir a existência de um dever moral.

A distinção entre direito e moral é tema debatido desde os primórdios da humanidade até os dias atuais. Segundo Leandro Conceição Ribeiro (2017) o estopim para a separação entre normas jurídicas e normas morais ocorreu a partir dos conflitos entre a Igreja Católica e as Reformas Protestantes, iniciada com Lutero. O que teria provocado a necessidade de separação entre o Direito e a Moral, nesse contexto histórico, foi o questionamento de que, em que pese houvesse mais de uma religião disponível para que os Chefes de Estado pudessem comungar a sua fé, não poderiam estes obrigar aos governados que compartilhassem da mesma religião, considerando que a fé de cada pessoa seria uma escolha pessoal e íntima, não podendo ser coercitivamente determinada pelo Chefe de Estado, de acordo com sua própria escolha. Assim, passou a se compreender que o Direito teria a missão de cuidar da ação humana exteriorizada, enquanto a Moral conduziria o foro íntimo do homem, o seu plano de consciência, sendo, portanto, espontânea e interna.

Com o passar do tempo, todavia, se compreendeu, também, que o Direito não pode estar totalmente dissociado da Moral, havendo campos em que convergem, o que deu origem a Teoria do Mínimo Ético de Georg Jellinek e Jeremias Bentham (RIBEIRO, 2017) retomada, de certa forma, no contexto pós-positivista com a Teoria dos Círculos Secantes. Nessa esteira, a Moral seria mais abrangente que o Direito, de modo que o universo jurídico

representaria o mínimo de Moral considerado obrigatório para o funcionamento regular da sociedade. Isto é, o direito seria o núcleo normativo do mundo moral. Essa linha de pensamento coloca o Direito como instrumento necessário para a harmonia social, uma vez que será o meio que garantirá que um mínimo de regras morais seja obrigatoriamente cumprido por todos os atores sociais (RIBEIRO, 2017).

Não obstante, com o advento do processo de internacionalização dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial, as feridas abertas pelos regimes totalitários do fascismo e do nazismo confirmaram a necessária aproximação do direito com a moral, a partir da criação dos direitos humanos fundamentais, destinados à tutela e proteção da dignidade e da vida, dando origem a Teoria dos Círculos Secantes, de autoria de Claude Du Pasquier, em que direito e moral estão sim, vinculados numa zona de interseção – como na teoria do mínimo ético –, mas mantém, contudo, zonas autônomas de independência, de modo que não se pode compreendê-lo inserido no campo da Moral, como se esta fosse mais abrangente que aquele e este necessariamente fosse relacionado àquela (FERREIRA, 2019).

Incontroverso atualmente é o entendimento de que as normas jurídicas se destinam a satisfazer as necessidades básicas dos indivíduos e de toda a comunidade, visando reduzir prováveis conflitos de interesses e assegurar a manutenção da sociedade de modo harmônico, o que em outras palavras significa dizer que são normas que disciplinam as relações humanas em sociedade, estabelecendo padrões de conduta essenciais para a sobrevivência da coletividade (SOARES, 2016, p. 18). Em contrapartida, “as normas morais são cânones de comportamento que disciplinam aspectos éticos mais relevantes para o convívio grupal” (SOARES, 2016, p. 17) e que regulam a consciência individual do sujeito.

Explicando mais claramente as distinções entre normas jurídicas e morais, aduz Ricardo Maurício Freire Soares (2016, p. 19) que:

“Embora existam muitos pontos de confluência das normas morais com as normas jurídicas, pode-se afirmar que a moral se manifesta, prevalentemente, como uma instância de normatividade ética de natureza autônoma, interior, unilateral e menos coercitiva do que o direito, tutelada por meio de um

conjunto de sanções difusas aplicadas pela opinião pública, enquanto o direito figura como uma instância de normatividade ética de natureza heterônoma, exterior, bilateral e mais coercitiva do que os padrões de moralidade social, protegida por um complexo institucional de sanções organizadas, que são aplicadas pelo Estado”.

Nessa esteira, não se pode olvidar que as normas morais se destinam a regular o comportamento isolado do indivíduo, que ostenta a prerrogativa de poder escolher orientar-se conforme sua vontade, decidindo se adere ou não ao preceito de moralidade, de modo que o dever moral não pode ser do sujeito, exigido, compulsoriamente. Além disso, o descumprimento de uma norma moral configura simples imoralidade, repreendida por sanção difusa, exercida pelos demais indivíduos sociais, de acordo com o sentimento de repulsa de cada um deles, sendo as formas mais comuns desta sanção, as manifestações de ostracismo, e a forma mais grave dessa punição, o linchamento (SOARES, 2016, p. 15/21). Ao passo que as normas jurídicas se destinam a disciplinar o comportamento do homem na sua interação social e são dotadas de coercitividade, podendo sua observância ser exigida, assim, por outros atores sociais, e independente da vontade do sujeito de cumpri-la, consistindo a desobediência em ilicitude, sanção cuja aplicação é de monopólio do Estado e que acarreta maior constrangimento ao indivíduo, seja de natureza patrimonial ou de natureza pessoal, como a privação de liberdade (SOARES, 2016, p. 15/21).

Compreendido o que são normas jurídicas e o que são normas morais é possível contextualizar a suposta existência de um dever jurídico e de um dever moral na discussão a respeito da obrigatoriedade do transgênero de informar sua transgeneridade ao companheiro ou consorte, em detrimento de seu direito à intimidade.

2.1 A RELAÇÃO DA SEXUALIDADE COM A IDENTIDADE DE GÊNERO

A sexualidade está relacionada às manifestações do instinto sexual e é elemento presente em todo o ser humano, dele não podendo ser dissociado, não havendo pessoa que não expresse sexualidade. Diferentemente do sexo, a sexualidade não tem como função que a acompanha, a prerrogativa distintiva que separa homens de mulheres levando em consideração apenas aspectos anatômicos ou genéticos, sendo, por outro lado, compreendida como “a verdade do sexo e de seus prazeres” (CUNHA, 2014, p. 19).

Para Valéria Silva Galdino Cardin e Fernanda Moreira Benvenuto (2013, p. 115/117), a sexualidade constitui direito da personalidade e abrange sentimentos e relacionamentos, indo muito além do sexo e tendo em vista a orientação afetiva sexual, o gênero, a identidade de gênero e notadamente a identidade sexual do sujeito, pois é esta que exprime como a sexualidade é vivida, uma vez que múltiplas são as formas de manifestação da sexualidade humana.

Deste modo, a sexualidade atinge não só aspectos biológicos e genéticos, estendendo sua compreensão aos sentimentos e interações interpessoais (CUNHA, 2014, p. 18), podendo ser manifestada muito além do sistema binário surgido do determinismo biológico que diferencia homem/macho de mulher/fêmea.

Nesse passo, também vem a sexualidade sendo utilizada na sociedade para classificar as pessoas em grupos de pertencimento, principalmente no que diz respeito às distinções calcadas na fixação de gênero. Assim, afastam-se homens de mulheres desde a infância, impondo-os as noções de sexualidade associada ao seu gênero, de modo que o normal para quem é menino é usar azul e brincar de bola, por exemplo, enquanto para as meninas é gostar de rosa e brincar de casinha e de boneca. Já na vida adulta, as percepções de normalidade associadas à sexualidade do gênero indicam as vestimentas e condutas adequadas, sendo a sexualidade elemento crucial para concessão ou negativa de certos direitos e prerrogativas, bem como em relação às

informações contidas nos documentos de identificação (CUNHA, 2014, p. 19/22).

Ante o exposto, não há como negar o cunho social e jurídico atribuído a sexualidade, o que pode levar a situações em que, a não compreensão absoluta da sexualidade exprima violações ao Estado Democrático de Direito, relegando parte da população que vivencia sua sexualidade de maneira distinta do esperado sócio-culturalmente e entendido como normal, à inexistência legal e cidadã, confinado a uma vida de sofrimento, exclusão e preconceitos (CUNHA, 2014, p. 23). Assim é que “as regras heteronormativas ferem diretamente a promoção [...] e a efetivação de [...] direitos personalíssimos [...]” (CARDIN; BENVENUTO, 2013, p. 115).

Para compreender a sexualidade de forma absoluta, como já visto, é necessário entender que esta é muito maior que o sexo. Deste modo, a concepção de sexualidade segundo o sistema binário que concebe a existência dos seres humanos como homem/masculino e mulher/feminino já está superada, em que pese se mantenha predominante na atualidade, por conta de preconceitos e tabus.

O que se quer dizer ao defender que a sexualidade deve ser compreendida de modo absoluto é, justamente, superar a dicotomia clássica e biológica que propõe como homem aquele que possui pênis, e mulher aquela que possui vagina, passando-se a compreender como expressão da sexualidade humana o sujeito que nasceu com pênis, mas se identifica como mulher, ou o sujeito que nasceu com vagina, mas se identifica como homem, havendo, assim, em verdade, o pareamento homem/feminino, mulher/masculino. Ainda na demonstração de como o sistema binário de classificação é falível, não há como, através dele, explicar a situação do intersexual (fenômeno do hermafroditismo), “[...] que fisicamente não se insere no lado dos homens, tampouco no das mulheres, [...] permitindo o estabelecimento de uma clara oposição a esta concepção [binária]” (CUNHA, 2014, p. 43).

O sistema binário clássico proposto socialmente como único válido meio de classificação e distinção dos seres humanos em homens e mulheres está

vinculado diretamente ao que a sociedade entende como natural e, portanto, como correto/adequado/normal. É sustentado, todavia, em bases religiosas e culturais tradicionais, desprovido de fundamentação técnica. Nesse passo, inúmeros são os estudos que demonstram inclusive em outras espécies da natureza, a existência de trânsito sexual, que quebram essa percepção social de que a dualidade homem e mulher é um espelho de normalidade imutável. Múltiplas são as espécies que carregam capacidade sexual plena de ambos os sexos, não estando o homem afastado desta realidade (CUNHA, 2014, p. 43/44).

A falência do sistema binário em explicitar e incluir todas as formas de manifestação da sexualidade humana promove a identificação dos homens a partir do critério do gênero, no lugar do sexo (CUNHA, 2014, p. 44). Conforme o Grupo de Pesquisa Direito e Sexualidade (2019, p. 01), a sexualidade é “conceito abrangente que alberga toda a gama de relações vinculadas às relações de cunho sexual da pessoa, sendo composto de sexo, gênero, orientação sexual e identidade de gênero”.

É interessante ressaltar que o Estado Democrático de Direito brasileiro possibilita a liberdade aos sujeitos de serem diferentes, de modo que não há lei que proíba alguém de não se enquadrar no padrão de normalidade imposto pela sociedade. Assim, não há razões para se sustentar como critério de distinção entre homens e mulheres, o sexo, devendo ser aplicado como noção jurídica de homem e de mulher, a identidade de gênero, pois só assim serão defendidos de violações e incluídos na proteção jurídica, os transexuais, os travestis, os intersexuais e todos aqueles que manifestam sua sexualidade de modo distinto da heteronormatividade imposta. É nesse sentido que defende Leandro Cunha (2014, p. 27/29):

“Atualmente a sexualidade é tomada como elemento de fixação de normalidade ou anormalidade do cidadão [...]. A sociedade tem no sexo a figura preponderante de estratificação social, um elemento relevante tanto para a valorização quanto para a execração do indivíduo. No sexo estaria a última verdade sobre cada um, e deslizes (quanto a concepção genérica de normalidade) nesta esfera tem o condão de comprometer de forma considerável a valia do sujeito perante os outros quando não se adéqua à regra ordinária da heteronormatividade [...]. O normal é a identidade entre o sexo psicológico e o sexo biológico, com predominância da heterossexualidade, fazendo

com que tudo o que não vier a se enquadrar nessa condição possa vir a ser entendido como anormal e minoria. Porém, ainda que esta seja a perspectiva da coletividade, não se pode simplesmente marginalizar quem não se enquadra neste padrão, permitindo que venha a ser vítima de discriminação e intolerância. [...] Respeitar o próximo é um dever [...], reflexo de um Estado que se destina a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social” como estabelece o preâmbulo do texto constitucional brasileiro”.

Destarte, a relação entre sexualidade e identidade de gênero leva à compreensão de que sexualidade e sexo não significam a mesma coisa, quebrando a noção de normalidade cultivada pela sociedade, possibilitando a constatação de que a sexualidade pode ser vivida de diversas formas, sem que necessariamente implique na exclusão social daquele que a vive distintamente.

Para compreender, todavia, como a identidade de gênero é elemento com tamanha proporção inclusiva e direito personalíssimo a ser resguardado e respeitado, é necessário entender o que é sexo, o que é gênero, o que é orientação sexual e, propriamente, o que é identidade de gênero.

Para começar, retomemos um conceito bastante utilizado nas linhas anteriores: o que é heteronormatividade? Qual a sua relação com o conhecimento do que é sexo?

A compreensão do que é sexo pode ser realizada a partir de diversos pontos de vista: o sexo anatômico, o sexo genético, o sexo hormonal, o sexo jurídico e o sexo social. Todavia, quando se fala em sexo normalmente se está referindo à noção binária e biologicamente determinista de homem e mulher, que “casa” com os 03 primeiros critérios citados anteriormente, sendo, pelo critério anatômico, homem quem nasce com pênis, mulher quem nasce com vagina; pelo critério genético, homem quem possui constituição XY e mulher, XX; e pelo critério hormonal, homem quem apresenta em maior quantidade e como elemento definidor de seus caracteres e órgãos sexuais, hormônios masculinos, e, em contrapartida, mulheres, os indivíduos que apresentam como definidores, os hormônios femininos (CUNHA, 2014, p. 35/37).

A heteronormatividade, por sua vez, diz respeito às normas sociais e jurídicas que exprimem como normalidade o entendimento binário e baseado

nos conceitos de sexo anatômico, genético e hormonal, do que é homem e do que é mulher e do que se resguarda e espera destes. Para além disso, possui também relação com o conceito de normalidade vinculado à orientação sexual, em que se espera socialmente que os sujeitos sejam heterossexuais.

Gênero, por sua vez, é “a noção de masculino e feminino, enquanto construção social” [...] “sendo a forma como o indivíduo é, em sociedade, o “ser homem” (gênero masculino) e o “ser mulher” (gênero feminino), estando totalmente dissociado do conceito de sexo biológico (macho e fêmea)” (CARDIN; BENVENUTO, p. 116/117).

Nesse passo, complementa Leandro Cunha (2014, p. 40) que:

“Trata-se de [...] uma construção de fundo sociológico e absolutamente subjetiva, muito mais conectada com o papel que o indivíduo desempenha na sociedade do que com suas características físicas ou genéticas, permitindo a separação dos seres como pertencentes ao grupo masculino e feminino”.

Deste modo, “gênero significa que homens e mulheres são produtos da realidade social e não da decorrência da anatomia de seus corpos” (CARDIN; BENVENUTO, p. 117).

Em outras palavras, gênero representa aquilo que culturalmente a sociedade atribui ao homem ou à mulher. Ou seja, representa o perfil de comportamentos femininos, impostos socialmente às mulheres, e o perfil de atitudes e posturas masculinas, que devem ser obrigatoriamente expressados pelos homens, sendo que os seres humanos aprendem o que é feminino e o que é masculino desde a mais tenra idade, quando, em razão de seu sexo de nascimento, seus familiares passam a ensinar-lhes o que é adequado para uma menina e o que é adequado para um menino.

Ocorre que existem condições pelas quais os sujeitos, embora nascidos homens ou nascidos mulheres, demonstram identificação não com o comportamento, gostos e posturas que é próprio do gênero que lhe foi atribuído a partir de seu sexo (masculino ou feminino), mas sim, com o tratamento que recebe a pessoa de sexo oposto ao seu. Assim, há pessoas que nascem homens, mas encontram correspondência com o perfil de feminino, ao invés do masculino, e vice versa, o que leva à existência da transgeneridade. É por isso que a Organização Mundial de Saúde explicita a transexualidade como a

situação de um indivíduo que possui sentimento profundo de pertencer ao sexo oposto (CARDIN; BENVENUTO, 2013, p. 118).

Compreendendo-se que gênero decorre da realidade social e cultural, e não do sexo anatômico, é possível dizer que não necessariamente quem nasce homem tem gênero masculino ou quem nasce mulher possui gênero feminino.

A respeito disso, entende Judith Butler (2003, p. 22/23) que:

“A distinção entre sexo e gênero atende à tese de que, por mais que o sexo pareça intratável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído: conseqüentemente, não é nem o resultado casual do sexo, nem tampouco tão aparentemente fixo como o sexo. [...] Gênero são os significados culturais assumidos pelo corpo sexuado. [...] Quando o status construído do gênero é teorizado radicalmente independente do sexo, o próprio gênero se torna um artifício flutuante, como a consequência de que homem e masculino podem, com igual facilidade, significar tanto um corpo feminino como um masculino, e mulher e feminino, tanto um corpo masculino como um feminino”.

Como visto, gênero é o perfil de comportamentos femininos e masculinos esperados pela sociedade, sendo imposto aos indivíduos desde a infância supondo existir correspondência entre o gênero e o sexo. Trata-se de “elemento da sexualidade baseado na concepção cultural e social do homem (masculino) e da mulher (feminino) quanto a suas identidades, funções e atributos” (SEXUALIDADE, 2019, p. 02). Todavia, não é sempre que ocorre o referido encaixe.

Quando há correspondência, os indivíduos são cisgênero – “sujeito cuja percepção pessoal de seu gênero coincide com o gênero ordinariamente atribuído ao sexo assinalado no momento de seu nascimento” (SEXUALIDADE, 2019, p. 03). Quando não há a referida vinculação, os indivíduos são transgêneros – “[...] condições sexuais em que se verifica uma dissonância entre o gênero normalmente atribuído ao sexo assinalado no momento do nascimento e a percepção do indivíduo” (SEXUALIDADE, 2019, p. 03).

Identidade de gênero, nesse contexto, é justamente o termo que leva em consideração a percepção individual e pessoal que o sujeito internamente tem de seu gênero. Assim, quando se fala na existência de uma identidade de gênero, estar-se defendendo a tese segundo a qual as pessoas possuem um

gênero atribuído pela sociedade a partir de seu sexo biológico, mas possuem também sua própria percepção de gênero, que pode corresponder ou não àquele que lhe foi atribuído pelo nascimento. A identidade de gênero, portanto, é “elemento da sexualidade vinculado à percepção pessoal do indivíduo com relação ao seu gênero, independentemente da definição de seu sexo consignado no momento de seu nascimento” (SEXUALIDADE, 2019, p. 03).

Possui, por sua vez, aproximação com o que se entende como sexo social, que leva em consideração aquilo que a pessoa entende e demonstra ser nas suas relações sociais, tratando-se, como define Leandro Cunha (2014, p. 38/39) de

“[...] uma aferição sexual baseada no comportamento da pessoa, lastreada na percepção individual e particular sobre si, decorrente de uma concepção regida pelo aspecto mental apresentado e que haveria de prevalecer havendo qualquer sorte de divergência entre as diversas formas de classificação sexual [...] independentemente daquilo que apresenta física ou endocrinologicamente”.

Por outro lado, difere-se da identidade sexual, tendo em vista que esta última “liga-se à maneira como os indivíduos sentem e exprimem sua sexualidade”, de modo que, ao passo que o gênero constitui o sujeito, a identidade sexual reflete como sua sexualidade é vivida (CARDIN; BENVENUTO, 2013, p. 117).

Destarte, considerando a existência, também, de um sexo jurídico, assimilando-se a existência da identidade de gênero, o mais inclusivo é o caminho pelo qual se entende o sexo jurídico não a partir do critério biológico de homem e mulher, mas sim, a partir da percepção pessoal que o indivíduo faz de seu próprio gênero. Partindo desta premissa, a classificação sexual do sujeito adotada pela legislação e estabelecida nos parâmetros legais, importante para os registros civis do indivíduo e, conseqüentemente, para a atribuição ou concessão de seus direitos, deve estar em consonância com a definição que este mesmo faz de seu gênero (CUNHA, 2014, p. 39).

Noutro giro, intersexualidade diz respeito ao que é também conhecido como hermafroditismo, fenômeno natural a partir do qual a “pessoa nasce com uma anatomia, órgãos reprodutivos ou padrões cromossômicos que não se ajustam à definição típica de homem ou mulher, gerando dissonância entre o

sexo a ele atribuído no momento do nascimento e a sua percepção de gênero” (SEXUALIDADE, 2019, p. 04). O intersexual, assim, é o indivíduo que pela sua anatomia, no momento do nascimento, não é possível classificar nem como homem nem como mulher e que pode vir a apresentar identidade de gênero que corresponda ou não ao sexo que lhe seja factualmente atribuído.

Nesse sentir caminha Leandro Cunha (2014, p. 47), para quem:

“É exatamente esta ausência de configuração genital clara que caracteriza o intersexual, impedindo que seja classificado em uma das situações binárias clássicas, fazendo com que, no mais das vezes, acabem por ser submetidos a operações de adequação genital em idade muito precoce e em circunstâncias que nem sempre podem ser consideradas adequadas a sua condição sexual”.

Por fim, é necessário compreender, ainda, o conceito de orientação sexual, também relacionado às expectativas de normalidade da sociedade e que não pode ser confundido com os conceitos de gênero e identidade de gênero já tratados, e que tudo têm ligação com a identidade sexual do sujeito, mas que é dissociado do entendimento de transgeneridade, que será visto mais aprofundadamente no tópico seguinte.

Em poucas palavras, a orientação sexual é “o desejo ou a manifestação de afeto de uma pessoa em relação à outra, que necessariamente não está ligada a perpetuação da espécie” (CARDIN; BENVENUTO, 2013, p. 116). Isto é, diz respeito à atração sexual e afetiva do indivíduo, relacionando-se à qual gênero este sente atração, abarcando também a situação em que o indivíduo não sente atração por nenhum sexo ou gênero.

Nesse contexto, é importante destacar que as pessoas podem vivenciar sua sexualidade de modo heterossexual, homossexual, bissexual ou de forma assexuada, mas sua identidade sexual não é fruto de uma escolha, não havendo que se falar em opção sexual. O ser humano não escolhe por quem sente atração, ele simplesmente possui ou não possui interesse por este ou por aquele gênero ou por nenhum gênero. Por isso é que Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 484) afirmam que:

“Enquanto a ciência não resolve o mistério de qual é a origem da homossexualidade, de algumas questões já temos certeza: ninguém escolhe sua orientação sexual: ser homossexual ou bissexual não é anormalidade nem doença; o que difere um

homossexual do heterossexual é, simplesmente, a orientação sexual e nada mais”.

Ainda, sobremaneira relevante destacar que a distinção entre sexo, gênero e orientação sexual possibilitou a abertura do campo científico, que passou a estudar estes fenômenos sem o objetivo determinista de diferenciação biológica. Parte o estudo científico da premissa de que natureza e cultura interagem entre si em diversos “momentos críticos” que ocorrem frequentemente até os 08 anos de idade, fazendo com que, para umas pessoas se manifestem mais aspectos de masculinidade e em outras, os de feminilidade, sem negar, contudo, que todos os sujeitos trazem consigo expressões de masculinidade e feminilidade (CARDOSO, 2008, p. 03/04).

E continua:

“[...] identidade de gênero não é igual à qualidade de ser homem ou de ser mulher. Nenhum dos dados tem conotação com a Biologia, já que a identidade de gênero encerra um comportamento psicologicamente motivado. Embora a masculinidade combine com a qualidade de ser homem e a feminilidade com a qualidade de ser mulher, sexo e gênero não estariam necessária e diretamente relacionados, como no caso dos transexuais” (CARDOSO, 2008, p. 03/04).

De mais a mais, é necessário pontuar a orientação sexual como critério relacionado à identidade sexual e apartado da identidade de gênero, incluído em seu alcance, o homossexual e o heterossexual como pertencentes ao grupo dos monossexuais, ao passo que, ao contrário deles, existem os bissexuais, cujo sentido erótico se destina a ambos os gêneros existentes (CARDOSO, 2008, p. 03) e o assexual, que não nutre atração sexual e afetiva por quem quer que seja (SEXUALIDADE, 2019, p. 03).

Sintetiza-se, assim, que bissexual é quem se atrai afetiva e sexualmente tanto por pessoas de seu gênero, como a de gênero oposto. Por sua vez, o heterossexual é aquele que sente o desejo sexual e afetivo por pessoas do gênero oposto ao seu e o homossexual é quem se atrai afetiva e sexualmente por pessoa de igual gênero (SEXUALIDADE, 2019, p. 03).

Por derradeiro, entender que a orientação sexual está atrelada ao gênero e não ao sexo biológico é relevantíssimo, tendo em vista que, como se verá adiante, é perfeitamente possível que exista mulher transexual que sinta atração por outras mulheres, sendo assim, além de transexuais, homossexuais,

assim como é possível que sintam atração sexual e afetiva por homens, caso em que será heterossexual, o que comprova a distância existente entre orientação sexual e identidade de gênero.

2.2 TRANSGENRIDADE: QUEM SÃO OS TRANGÊNEROS

O termo transgênero é abrangente e engloba tanto os transexuais e travestis, quanto os transformistas, crossdressers, drag queens ou drag kings. Reconhecendo-se a diversidade de formas de vivenciar o gênero e a transexualidade como expressão da sexualidade (CARDIN; BENVENUTO, 2013, p. 06), a dimensão do que é transgênero divide os subconceitos já citados pelo ponto de vista da identidade e pelo ponto de vista da funcionalidade. Para além disso, ainda há quem compreenda, no Brasil, como transgênero, aqueles que não se identificam com qualquer gênero, chamados também de andróginos ou queer (JESUS, 2012, p. 08).

Partindo-se da identidade, transexuais são transgêneros porque a percepção pessoal que fazem de seu gênero é distinta do gênero que lhe foi atribuído sócio-culturalmente a partir de seu sexo anatômico. Define Leandro Cunha (2014, pg. 48) que a transexualidade é uma condição que revela “[...] inadequação físico-psicológica, em que se convive com a sensação de que a pessoa tem um cérebro que não pertence ao seu corpo. O transexual possui um psiquismo contrário ao do sexo físico que apresenta”.

Considerando o exposto, pode-se concluir, então, a existência de transexualidade quando uma pessoa, com sexo masculino, se identifica com o gênero feminino ou quando um indivíduo nasceu com sexo anatômico de mulher, mas se identifica com o gênero masculino.

Há, contudo, quem também distinga os transexuais em primários ou puros e secundários, levando-se em consideração principalmente, o momento em que perceberam a desconexão entre seu gênero socialmente imposto e o gênero com o qual se identificam, sendo puros ou primários aqueles que assim se perceberam desde a infância e os secundários aqueles que perceberam a

dissonância já na fase adulta, muitas vezes por conta da repressão (JESUS, 2012, p. 09).

A respeito dessa segunda classificação, Leandro Cunha (2014, p. 54/55) emprega uma análise mais aprofundada:

“A doutrina ainda os distingue em outras duas modalidades, a dos transexuais verdadeiros ou primários e os transexuais secundários. O primeiro grupo seria composto daqueles que tem a clara concepção de inadequação entre a sua identidade de gênero e sua anatomia, mas não padecem de nenhuma enfermidade psíquica, e que não buscam a intervenção cirúrgica objetivando a prostituição ou fins econômicos, mas sim com o escopo de atender à sua identidade social [...]. Os transexuais primários seriam aqueles que apresentam desde a formação do núcleo de identidade de gênero, na infância, como pertencentes a gênero diverso daquele que sua aparência demonstra. Já aqueles que se enquadram na condição de transexuais secundários [...] seriam os que manifestam apenas esporadicamente o interesse de pertencer a outro gênero ou que teriam tal aversão ao gênero atribuído manifestado apenas na idade adulta, não sendo um afigura perfeitamente adaptada à ideia do transexualismo verdadeiro [...]”.

Todavia, não é apenas a incompatibilidade entre o gênero que lhe foi atribuído no momento do nascimento a partir do sexo, e o gênero que de fato a pessoa sente possuir e com o qual psicologicamente se identifica, que caracteriza a transexualidade.

O transexual é também aquele que, para além de possuir identidade de gênero conflitante com a do gênero que lhe foi imposto socialmente, encontra resistência e repulsa à anatomia de seu corpo, estando inserido numa realidade de vida de intenso sofrimento, decorrente da desconexão entre sua constituição genital e seu sentimento, entre o seu sexo anatômico e a sua identidade de gênero e sexo social (CUNHA, 2014, p. 49/51).

Assim é que Valéria Silva Galdino Cardin e Fernanda Moreira Benvenuto (2013, p. 113), explicam a transexualidade como “expressão da sexualidade humana, cuja principal característica é o desejo de viver e ser identificado como pessoa do sexo oposto a seu sexo biológico, e realizá-lo através da transformação de seu corpo para o gênero vivenciado [...]”.

Não obstante, Maria Helena Diniz (2011, p. 316), conceitua a transexualidade entendendo-a como:

“[...] A condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto. Trata-se de um drama jurídico-existencial, por haver uma cessão entre a identidade sexual física e psíquica. É a inversão da identidade psicossocial, que leva a uma neurose reacional obsessivo-compulsiva, manifestada pelo desejo de reversão sexual integral”.

No tocante aos transexuais, é ainda importante destacar que a transexualidade não se confunde com a orientação sexual, tampouco com a condição dos travestis, e nem se determina pela realização ou não de procedimentos cirúrgicos, defendendo-se neste trabalho, ainda, não se tratar de uma enfermidade, mas sim, de uma questão puramente de identidade, sendo apenas uma condição apresentada pelo indivíduo, que não é, portanto, doente mental, pervertido sexual, nem está acometido por doença debilitante (JESUS, 2012, p. 08/09).

Como já visto, a orientação sexual é atrelada ao interesse afetivo-sexual do sujeito, estando diretamente vinculada ao gênero da pessoa com quem se deseja manter relações sexuais e afetivas (CUNHA, 2014, p. 56). Distingue-se, nesse passo, da identidade de gênero e assim, da transexualidade, tendo em vista que a orientação sexual do sujeito independe de sua identidade, existindo, inclusive, transexuais homossexuais. Assim é que pode, muito bem, existir transexuais que nasceram biologicamente como homens, mas que se sentem atraídos sexualmente por mulheres, bem como transexuais que nasceram biologicamente mulheres, mas que se sentem atraídos sexualmente por homens. Nessa esteira, comenta Leandro Cunha (2014, p. 57) que:

“Segundo uma perspectiva de normalidade, a regra é que o transexual feminino (MTF) tem uma orientação sexual que conduz o seu desejo para um homem, como o masculino (FTM) para uma mulher, contudo existem hipóteses em que isso não se verifica, podendo se constatar uma condição de homossexualidade, bissexualidade ou mesmo assexualidade”.

Também salienta a distinção entre transexualidade e orientação sexual, Jaqueline Gomes de Jesus (2012, p. 09), para quem:

“Uma pessoa transexual pode ser bissexual, heterossexual ou homossexual, dependendo do gênero que adota e do gênero com relação ao qual se atrai afetivo-sexualmente, portanto, mulheres transexuais que se atraem por homens são heterossexuais, tal como [...] homens transexuais que se

atraem por mulheres [...]; já mulheres transexuais que se atraem por outras mulheres são homossexuais, e vice versa”.

Leandro Cunha (2014, p. 49/50) destaca que no Brasil ainda não existem dados estatísticos que asseverem a manifestação da transexualidade no país. Todavia, informa que o Ministério da Saúde já demonstrou que o Brasil realiza em média duas operações de transgenitalização por dia, tendo ocorrido 101 intervenções no ano pioneiro dessas cirurgias pelo SUS, que foi 2008, saltando para 706 em 2011.

Tais dados, entretanto, não têm o condão de revelar a proporção de transexuais estatisticamente, justamente porque nem todo transexual deseja realizar a transgenitalização. É o que defende Jaqueline Gomes de Jesus (2012, p. 09), tendo em vista sustentar que “Ao contrário do que alguns pensam, o que determina a condição transexual é como as pessoas se identificam, e não um procedimento cirúrgico”. Assim, o que é próprio da transexualidade é a repulsa que o sujeito possui ao seu corpo físico, mas não necessariamente deseja este passar por um tratamento hormonal ou cirúrgico de redesignação sexual.

Também considerados transgêneros do ponto de vista da identidade, a distinção entre os travestis e os transexuais decorre do fato de que, diferentemente dos segundos, os travestis não apresentam repulsa a sua genitália.

Nessa esteira, segundo Valéria Silva Galdino Cardin e Fernanda Moreira Benvenuto (2013, p. 118), “os travestis caracterizam-se pelo uso de roupa cruzada, seja por defesa ou fetichismo, aceitando, do ponto de vista psicológico, o sexo biológico de seu nascimento”.

Por sua vez, para Leandro Cunha (2014, p. 49/51), o que caracteriza o travesti é a utilização de seus órgãos genitais para atingir o prazer, sendo equivocada a ideia de que o que o distingue do transexual é não ter realizado a cirurgia de transgenitalização.

De mais a mais, defende Jaqueline Gomes de Jesus (2012, p. 08) que a transexualidade não é uma enfermidade, mas apenas uma condição, entendimento do qual compartilho. Nessa esteira, Leandro Cunha (2014, p. 51/53) pugna pela utilização do termo transexualidade em vez de empregar-se

o termo transexualismo, com o objetivo justamente de afastar a situação do transexual da condição de doente, afirmando ser esta a tendência atual.

De fato, a compreensão da transexualidade como uma manifestação de identidade e como questão de saúde sexual ao invés de ser tratada como doença foi confirmada pela Organização Mundial de Saúde em 2019, durante a 11ª versão da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas de Saúde (CID), que substituiu o CID-10 de 2008 pelo CID 11, integrando a transexualidade o capítulo dos transtornos de personalidade e comportamento, incluída na classificação de incongruência de gênero, por sua vez entendida como a “incongruência acentuada e persistente entre o gênero experimentado pelo indivíduo e àquele atribuído em seu nascimento” (MARTINELLI, 2019).

Em nota oficial, a Organização Mundial de Saúde explicou:

“[...] A lógica [por trás da mudança do CID] é que, enquanto as evidências são claras de que não é [a transexualidade] um transtorno mental, de fato pode causar enorme estigma para as pessoas que são transexuais e, por isso, ainda existem necessidades significativas de saúde que podem ser melhores se a condição for codificada sob o [novo] CID” (MARTINELLI, 2019).

Muito embora atualizado o entendimento acerca da transexualidade, nem todos os países adotaram a nova realidade, devendo fazê-lo até janeiro de 2022, quando oficial e globalmente o CID 11 será exigível em todo o mundo.

Destarte, interessante ressaltar ainda que o posicionamento da Organização Mundial de Saúde só reforçou a Resolução nº 01/2018 do Conselho Federal de Psicologia, que proibiu os psicólogos de tratarem a travestilidade e a transexualidade como doença ou anomalia, entendendo, noutro giro, que o dever desta categoria profissional é contribuir para a eliminação da transfobia e não, praticar qualquer sorte de “tratamento” que promettessem a sua “cura”, como terapias de conversão, reversão, readequação ou reorientação de identidade de gênero.

Compreendidos os conceitos de transgêneros pelo ponto de vista da identidade (transexuais, intersexuais e travestis), resta brevemente explicar quem são os transgêneros sob a perspectiva da funcionalidade (transformistas, crossdressers, drag queens ou drag kings).

Segundo Jaqueline Gomes de Jesus (2012, p. 10), Crossdressers é termo utilizado para referir-se a homens heterossexuais e cisgêneros, geralmente casados, que não são transexuais e, que, portanto, se identificam com o gênero que lhes foi atribuído pelo nascimento, mas que sentem prazer ao se vestirem como mulheres – com o apoio ou não de suas companheiras ou consorte –, geralmente no ambiente doméstico, a fim de buscar satisfação emocional ou sexual momentânea. Diferindo-se, assim, dos travestis, por não viverem integralmente de forma feminina.

Por outro lado, transformistas, drag queens ou drag kings são artistas que fazem uso em suas apresentações de uma versão estereotipada, caricata e exacerbada da feminilidade, vivenciando a inversão do gênero como espetáculo e não como identidade.

Em vista dos argumentos apresentados neste capítulo, é imprescindível conscientizar-se que sexualidade é aspecto da vida humana muito mais amplo do que o significado cotidianamente a ela associado, de orientação sexual. Na verdade, a sexualidade não se confunde com este último, sendo expressão da personalidade humana, razão pela qual é também um direito personalíssimo. Fixe-se, todavia, como ideia central neste ponto trabalhada, a noção de que o estudo da sexualidade atrai o entendimento de conceitos como orientação sexual e identidade de gênero, sem que com eles se confunda, e sem que possam entre si serem eles confundidos, sendo certo que toda manifestação sexual, inclusive as noções cunhadas em normas sociais, jurídicas, religiosas e morais são afetadas às discussões da sexualidade.

3 IDENTIDADE DE GÊNERO E DIREITO DA PERSONALIDADE

A sexualidade é aspecto inerente a todo ser humano, indo muito além do sexo e da orientação afetiva sexual, englobando sentimentos e relacionamentos, bem como o gênero de cada indivíduo. Nessa perspectiva, salienta Leandro Cunha (2014, p. 18) que:

“A sexualidade se reveste de uma concepção mais ampla do que o sexo, já que abrange toda sorte de manifestação de instinto sexual, bem como normas de cunho social, jurídico, religioso e moral. Pode-se entender que sexo é conceito que está vinculado a um elemento de cunho biológico, ou mesmo ato sexual, sendo a sexualidade entendimento de abrangência mais ampla, atingindo não só aspectos biológicos e genéticos, mas estendendo sua compreensão aos sentimentos e interações interpessoais”.

Partindo da premissa de que gênero se refere à noção de masculino e feminino construída cultural e socialmente, sendo uma imposição social que rotula como feminino àquele que nasce com vagina, e masculino, àquele que nasce com um pênis, desconsiderando a possibilidade de que, embora nascido mulher ou homem, aquele indivíduo possa se identificar com o perfil atribuído ao sexo oposto, a identidade de gênero se refere, por outro lado, a esta identificação psicológica/pessoal/interna do sujeito do gênero masculino ou do gênero feminino, com o gênero do sexo oposto (CARDIN, BENVENUTO, 2013, p. 115/119).

Nessa esteira, a identidade de gênero consiste na percepção pessoal do indivíduo com relação ao seu gênero, independentemente da definição de seu sexo biológico, o que autoriza a conclusão de que, o que se compreende como masculino ou feminino decorre muito mais da sociedade e de sua cultura dominante, do que da anatomia corporal do ser humano.

De posse do conhecimento do que é identidade de gênero, não se pode negar que constitui direito, uma vez que, assegurado o reconhecimento da real identidade de gênero do sujeito, possibilita-se ao indivíduo transgênero uma vida de dignidade, ao passo que, ao negá-la, lhe submete a uma vivência em que é obrigado a agir conforme o perfil atribuído socialmente ao seu corpo morfológico, mas com o qual não se identifica, o que o condena a uma vida de

sobrevivência e de sofrimento, que é incompatível com os valores constitucionais da dignidade, da igualdade, da liberdade, da felicidade do ser humano e o seu direito a uma sociedade fraterna e livre de discriminação e preconceitos.

Tendo em vista, assim, a resguarda da identidade de gênero como efetivação da dignidade do transgênero e expressão de sua sexualidade, não é possível negar-lhe sua natureza de direito da personalidade, que é o que será visto a seguir.

3.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE: SEU SURGIMENTO E O ATUAL REGRAMENTO JURÍDICO

Os direitos personalíssimos surgem em resposta ao liberalismo jurídico-pós revolução francesa e revolução industrial, representando uma saída para o problema da submissão dos trabalhadores egressos do campo a condições de trabalho desumanas e insalubres. Em 1789, os revolucionários da Revolução Francesa se voltaram contra o Estado em razão dos abusos da monarquia e dos privilégios da nobreza, impondo a minimização da atuação estatal, tanto na economia, como na intervenção na vida privada, o que é espelhado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão quando se põe como único limite do homem, o próprio homem, pois a liberdade consistiria em poder fazer tudo que não prejudicasse o outro (SCHREIBER, 2014, p. 02/04).

Ocorreu que, desse excesso de liberdade e com o Estado amordaçado, os homens começaram a degradar uns aos outros, confirmando o que já dizia Thomas Hobbes em 1651, sendo o homem o lobo do homem. Assim, a liberdade tão prezada, significou a máxima exploração dos homens, em que a liberdade dos mais fortes, oprimia e tornava inexistente a liberdade dos mais fracos, tornando-se claro que “[...] deixados inteiramente livres, os homens acabam por renunciar seus direitos mais essenciais, “concordando” por força da necessidade, com situações intoleráveis” (SCHREIBER, 2014, p. 26).

Outro ponto triste desse capítulo da história consiste no fato de que esta exploração do homem pelos seus iguais se dava com a chancela da Ordem

Jurídica, uma vez que se partia do pressuposto de que os contratos revelavam o “livre” acordo de vontade dos envolvidos, e, portanto, se os trabalhadores abriam mão de sua dignidade a fim de conseguirem emprego, nada havia de errado, nem o Estado poderia intervir, afinal, a submissão a esse tipo de realidade laboral - e de vida - era fruto da liberdade de escolha do homem. Independentemente da situação de premente necessidade em que se encontravam esses trabalhadores e que explicava sua submissão a empregos degradantes, se eles exerciam sua liberdade e direito de escolha aceitando o desumano trabalho, “justo” era o contrato (SCHREIBER, 2014, p. 02/04).

Por conta disso, surgiu a necessidade de se criar uma nova categoria de direitos que permitisse a proteção da condição humana, que impedisse que um núcleo mínimo de garantias humanas básicas fossem atingidas nas relações interpessoais, ainda que, para evitar a degradação do homem pelo próprio homem, tivesse o Estado que interferir e agir contra a liberdade individual do próprio sujeito que declarasse não querer a proteção do Estado e querer submeter-se a condições indignas de vida (SCHREIBER, 2014, p. 02/04).

É assim que, pós-revolução Industrial, na segunda metade do século XIX, surgem os direitos personalíssimos, enquanto nova categoria jurídica capaz de assegurar, no direito privado, a proteção de direitos imprescindíveis ao ser humano, a salvo da vontade de seu titular, cuja natureza seria indisponível, imprescritível e inalienável, constituindo direitos absolutos, que são preexistentes ao seu reconhecimento pelo Estado, titularizados pelos homens em direta consequência do fato de serem humanos (TARTUCE, 2019a, p. 226/227).

São, em outras palavras, direitos inatos a condição humana, sendo que, na inexistência deles, “todos os outros direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo, ao ponto de se chegar a dizer que, se não existissem, a pessoa não seria mais pessoa” (RUGGIERO, 1999, p. 275/276).

Não se pode negar, todavia, que elementos históricos como o advento do cristianismo, a Escola do Direito Natural e a filosofia Iluminista plantaram raízes para o desenvolvimento dos direitos da personalidade. O cristianismo por ter ressaltado a dignidade do ser humano, ainda que como filho e imagem

semelhança de Deus. A escola do direito natural por ter fundado a concepção dos direitos inatos ao homem, sendo eles consequências de sua natureza humana e preexistentes a qualquer reconhecimento do Estado. E a filosofia iluminista porque elevou o homem ao centro do universo, valorizando a razão e, em resultado, o próprio indivíduo, em face de Deus e do Estado monárquico (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 205).

Num primeiro momento, os recém-surgidos direitos da personalidade encontraram forte resistência no campo do direito privado, influenciado pelo pensamento liberal, e também em decorrência do fato de não haver consenso entre os seus defensores a respeito de quais e quantos seriam os direitos que comporiam esta nova categoria, bem como qual seria a nomenclatura adequada a esse conjunto de direitos (SCHREIBER, 2014, p. 13/16). As críticas, no entanto, foram sendo pouco a pouco superadas, e a partir da segunda metade do século XX, após a segunda Guerra Mundial e os horrores do holocausto nazista, os direitos da personalidade já compunham categoria jurídica de existência e necessidade inquestionável.

Para Orlando Gomes (1993, p. 153/155), os direitos da personalidade são “direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar sua dignidade” cuja “[...] construção se apoia no Direito Positivo e reconhece o pluralismo [...] ante a diversidade dos bens jurídicos em que recaem”.

Para Adriano de Cupis (1961, p. 17/18), afirmar que os direitos da personalidade são os direitos inatos ao homem, em consequência direta de sua condição humana, tais quais o direito à vida e à liberdade física, é insuficiente e obsoleto, uma vez que – enquanto direitos essenciais e que constituem o mínimo necessário para uma vida digna – o meio social tem particular importância na definição e na extensão do que é essencial ao homem, sendo por isso que “[...] mudando a consciência moral, modificando-se o modo de encarar a posição do indivíduo no seio da sociedade, muda-se correlativamente o âmbito dos direitos tidos como essenciais à personalidade” (1961, p. 18).

Por esse ângulo também entende Anderson Schreiber (2014, p. 13), que conceitua os direitos da personalidade como “atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas”.

Continuando seu raciocínio, defende ainda Adriano de Cupis (1961, p. 20) que os direitos da personalidade “não podem constituir mais do que simples exigências de ordem ética”, às quais foram dadas, historicamente, força jurídico-positiva que possibilitou a concreção de direitos subjetivos inerentes aos seres humanos, enquanto possuidores de personalidade.

Bebendo desta fonte, entende Maria Helena Diniz (1989) que a personalidade não é em si mesma um direito. Ela é objeto de direito, em que se apoiam os direitos e deveres que dela irradiam, sendo eles, sim, os verdadeiros direitos da personalidade. Ora, o direito do homem, entendido como personalíssimo, não é o direito que possui à personalidade. São os direitos que decorrem da personalidade que ele já possui. São, assim, direitos da personalidade, aqueles que nela encontram sua razão de existência, seu suporte jurídico. É por isso que

“os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio [...]”, bem como “[...] direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu” (1989, p. 83).

Destarte, Arnold Wald chama atenção para o fato de que os direitos da personalidade têm como objeto o próprio sujeito, a própria pessoa do titular, distinguindo-se dos direitos reais que recaem sobre as coisas ou bens exteriores à relação jurídica. Estabelece, ademais, que os direitos da personalidade para além de absolutos, são subjetivos, tendo em vista criarem deveres gerais de abstenção para todos os outros sujeitos, tendo eficácia *erga omnes* (ARAUJO, 2000, p. 13).

Não divergem os juristas a respeito da posição singular dos direitos da personalidade no campo dos direitos privados. Reconhecem-nos como direitos absolutos, gerais, vitalícios, extrapatrimoniais, indisponíveis, imprescritíveis e impenhoráveis (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 208/213).

Os direitos da personalidade são considerados absolutos em razão de sua oponibilidade *erga omnes*, gerando efeitos em face de todos, além de impor o dever à coletividade de respeitá-los, criando um dever geral de abstenção. Por sua vez, são gerais porque inatos, pertencendo a toda e qualquer pessoa, pelo simples fato de existirem (ARAUJO, 2000, p. 16).

São, também, vitalícios, porque nascem com o homem e permanecem com ele até sua morte. No entanto, cabe ressaltar que ainda que se extingam com a morte do indivíduo, “projetam-se para além da vida de seu titular” (SCHREIBER, 2014, p. 24).

Na realidade, o que cessa com o falecimento, é a personalidade em sentido subjetivo, qual seja, a aptidão do sujeito de contrair obrigações e titularizar direitos. No entanto, a personalidade em sentido objetivo, que corresponde, justamente, ao conjunto de atributos essenciais da pessoa humana, continua a produzir efeitos no meio social, mesmo após a morte, se valendo, para tanto, de uma legitimidade processual extraordinaríssima, que autoriza ao cônjuge sobrevivente, a qualquer parente em linha reta ou colateral até o 4º grau (vide art. 12 do Código Civil), a adoção de medidas que façam cessar lesões ou que previnam ameaças de violações *post mortem* (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 213).

Os direitos da personalidade são, ainda, extrapatrimoniais, tendo em vista a “ausência de conteúdo patrimonial direto”. Inclusive, é difícil o aferimento pecuniário que possa ressarcir lesão a direito personalíssimo, sendo a via patrimonial optada, em que pese não seja a ideal, pela impossibilidade de outro meio conhecido de ressarcimento pelo dano. Conclui-se, então, que embora os direitos essenciais sejam extrapatrimoniais, sob alguns aspectos podem ser economicamente mensurados, como ocorre no caso, já comentado, de lesão ou quando fazem às vezes de objeto de negócio jurídico (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 210).

A indisponibilidade dos direitos da personalidade recai em sua intransmissibilidade e em sua irrenunciabilidade. Assim, os direitos personalíssimos são indisponíveis porque não pode o titular a eles renunciar ou cedê-los em benefício de outros. Logo, não podem ser abdicados, nem

tampouco podem ser cedidos de um indivíduo para outro. Destaque-se, então, que nem por vontade própria o sujeito pode transferir a titularidade de seu direito personalíssimo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 210/211).

Nessa perspectiva, salienta Luiz Alberto David Araújo (1996, p. 45) que “o fundamento da intransmissibilidade reside no fato de que não se pode separar a honra, a intimidade de seu titular. A natureza do objeto é que torna intransmissível o bem”.

Sintetiza o exposto, Anderson Schreiber (2014, p. 24), afirmando que os direitos personalíssimos não podem ser cedidos, doados, emprestados, vendidos ou recebidos por herança. E é nesse sentido que dispõe o artigo 11 do Código Civil:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Ocorre, contudo, que, visando proteger as pessoas dos efeitos de sua própria vontade, levando em consideração a perspectiva histórica de exploração do homem pelo homem, o Legislador acabou por atuar de modo excessivamente paternalista, gerando em determinadas situações, em vez de proteção da dignidade humana, a sua restrição, por impedir o sujeito de alcançar a realização de sua personalidade, em hipóteses em que a limitação de sua personalidade por vontade própria estivesse guiada por interesses que resultassem na sua felicidade.

O que se vê é que faltou ao Legislador, ao impossibilitar totalmente a limitação voluntária do exercício do direito da personalidade, a sensibilidade de perceber quando o atendimento à vontade pessoal do titular está de acordo com interesses de sua realização pessoal ou quando vai de encontro a eles, perturbando sua dignidade (SCHREIBER, 2014, p. 27).

Para encontrar o equilíbrio que faltou à Lei, em cada caso concreto é preciso compreender que a proteção estatal será imprescindível quando: a) a autolimitação for genérica ou não temporária; b) o grau de restrição for elevado; c) o enfraquecimento na limitação não se sustentar em interesse direto e imediato que, atendido, realize a dignidade do sujeito.

O referido sopesamento é necessário, pois:

“Se, de um lado, a ordem jurídica não deve tolerar a redução, ainda que voluntária, da dignidade do homem, de outro lado, parece muito importante evitar o perigo oposto, que consiste em sufocar, a título de proteção, novas manifestações da personalidade humana que por mais desvairadas que possam parecer aos olhos da cultura dominante, nem por isso devem ser reprimidas”. (SCHEIBER, 2014, p. 28).

Sobrelevante chamar atenção para o fato de que, atentos a esse excesso da Lei, operadores do Direito, na 1ª Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, fixaram, no Enunciado nº 04, a premissa segundo a qual “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente, nem geral” (SCHEIBER, 2014, p. 27/28).

A realidade social já demonstra o relatado alhures. É o caso da possibilidade de existência de realities shows como o Big Brother Brasil e A Fazenda, nos quais deliberadamente os participantes derrubam os limites de exercício de seu direito personalíssimo à privacidade e intimidade, temporariamente (SCHEIBER, 2014, p. 28/29). E é o caso, também, da cessão de uso dos direitos à imagem ou da cessão de órgãos do corpo para fins científicos ou humanitários (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 211/212).

Os direitos da personalidade são, ainda, imprescritíveis e impenhoráveis. Imprescritíveis porque inexistente prazo para seu exercício, nem tampouco se extinguem pelo não uso. E impenhoráveis, embora possa ser penhorado o crédito dos direitos patrimoniais dos direitos autorais ou ainda, os créditos da cessão de uso do direito à imagem (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 215).

Compilando o que já foi examinado até agora, é certo que, na visão dos autores citados, os direitos da personalidade existem não porque estão positivados em lei (corrente positivista), e sim porque decorrem da condição humana, sendo inatos, além de serem historicamente expandidos, ante a influência do meio social e da noção de ordem ética (corrente jusnaturalista), de modo que não são taxativos, compondo esfera de direitos sem os quais o homem não é homem, indestacáveis, então, da pessoa de seu titular, que

visam concretizar condições que assegurem uma vida que não seja apenas de sobrevivência.

Evidentemente, ante o exposto, que os direitos da personalidade “são aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2018, p. 200), o que pode ser ilustrado pelo direito do homem à vida: decorre da personalidade humana, uma vez que não se poderá jamais conceber que exista um ser humano sem que tenha direito garantido à vida e sem que exista o dever, dos demais, de abster-se de retirar-lhe a vida.

As correntes positivista e jusnaturalista se confrontam no que diz respeito à universalidade e à exaustividade dos direitos da personalidade. Para a primeira corrente, em que esses direitos essenciais são apenas os reconhecidos pelo Estado-legislador, os direitos da personalidade devem perfazer um fechado rol previsto em lei (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 200/204).

No tocante à universalidade, há um consenso de que existe um número mínimo de direitos da personalidade que assim devem ser reconhecidos em todos os Estados do mundo e, ainda que não o sejam, ou mesmo que haja lei em sentido contrário, vigerão para a corrente positivista. Todavia, nem todos os direitos da personalidade fazem parte desse grupo de direitos universais, havendo Estados que consideram determinados valores como personalíssimos, enquanto em outros não há tal reconhecimento (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 200/204).

Em contrapartida, para a corrente jusnaturalista, todos os direitos da personalidade são universais e compõem previsão legal exemplificativa, o que implica a conclusão de que, ainda que não tenham sido reconhecidos e protegidos em norma positiva expressa, continuarão existindo e devendo ser exercidos. Assim é que

“a opção pela corrente jusnaturalista confere uma elasticidade maior na investigação da natureza de certas situações que, não imaginadas pela mente humana, [...] surgem como manifestação da evolução científica e tecnológica por que passa a sociedade” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 203).

Para o Ordenamento Normativo pátrio, o reconhecimento formal dos direitos da personalidade só chegou com o Código Civil de 2002, tendo sido a existência de um capítulo próprio para esse tema uma das principais inovações da parte geral deste Diploma. “A inauguração de um capítulo dedicado à proteção da pessoa, em seus aspectos essenciais, deve ser interpretada como afirmação do compromisso de todo o direito civil com a tutela e promoção da personalidade humana” (SCHREIBER, 2014, p. 12). Vê-se, pois, a saída de um Código Civil patrimonialista, para a entrada de uma legislação mais voltada à tutela jurídica dos indivíduos, consentaneamente ao espírito da Magna Carta de 1988.

Inderrogável, deste modo, a intrínseca relação dos direitos da personalidade com o princípio norteador da ordem jurídica internacional e constitucional brasileira, a verdadeira razão de ser do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade humana. Esta consagração universal da dignidade humana, impulsionada no Brasil pelo fervor da redemocratização, e acompanhada da proteção à solidariedade social, “abriu os olhos” do direito civil para as pessoas, quando antes era restrito ao tratamento das coisas e privado de valores essencialmente existenciais (SCHREIBER, 2014, p. 07/09).

Qualidade inerente a qualquer ser humano, a dignidade é o valor que o distingue de qualquer outro ser vivo e o identifica como ser humano. “[...] É o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana” (SCHREIBER, 2014, p. 08). É a norma abstrata cujo objetivo é a proteção nuclear do ser humano, que garante ao homem ser sempre um fim em si mesmo e nunca meio para alguma coisa.

Destarte, “implica que ninguém pode ser reduzido a um mero instrumento da realização de qualquer fim ou valor do sistema” sendo que “[...] ao homem não se pode atribuir valor, devendo ser compreendido [...] em função da sua autonomia enquanto ser racional [...]” (MAIA, BEZERRA, 2017, p. 13). Lhe é contrário tudo aquilo que afasta o sujeito da sua condição de pessoa, de sujeito de direitos ou que o coloca na posição de objeto, sendo por isso que “a pessoa humana é inserida no centro do ordenamento jurídico brasileiro, [...] merecedora de tal proteção, sobretudo nas situações de

vulnerabilidade, onde necessita de amparo especial” (MAIA, BEZERRA, 2017, p. 14).

Quando se ofende um direito da personalidade, afetando o sujeito num núcleo mínimo de seu ser, afetando também sua realização enquanto pessoa se tem, simultaneamente, ofensa à dignidade da pessoa humana.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 139) também assim entendem, pois para eles “os direitos da personalidade estão, inexoravelmente, unidos ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia para a preservação de sua dignidade”. Deste modo, os direitos da personalidade, basilares para uma vida que não se limite à sobrevivência, são os sustentáculos de uma vida feliz e, portanto, da dignidade do homem.

Sobrelevante ressaltar que essa identificação da dignidade da pessoa humana, enquanto direito humano, e o direito da personalidade, não é mera coincidência. Direitos da personalidade, direitos humanos e direitos fundamentais são diferentes termos que se referem a características da personalidade humana merecedoras de especial proteção jurídica, sem, contudo, tratarem essencialmente de objetos distintos. “O que muda é o plano em que a personalidade humana se manifesta” (SCHEIREBER, 2014, p. 13).

Assim, direitos fundamentais são direitos positivados numa constituição, de um dado Estado, tendo sido compreendido como a proteção da pessoa humana no direito público, enquanto direitos humanos é expressão que identifica os direitos da personalidade em cenário internacional, a despeito de como internamente, em cada Estado-nação, eles sejam tratados (SCHEIREBER, 2014, p. 13/14).

Nesse sentido, Leandro Cunha (2014, p. 91):

“Sustenta-se que direitos humanos e direitos fundamentais seriam sinônimos, sendo que Ingo Wolfgang Sartlet assevera que a primeira expressão seria adequada para documentos de direito internacional, enquanto a segunda caberia para a designação de direitos do ser humano”.

Por sua vez, direitos da personalidade se referem à proteção do ser humano nas relações entre particulares, sem deixar de ser direito humano e direito fundamental. O papel do direito civil acaba por ser destacar,

exemplificativamente, atributos da personalidade cujos efeitos são mais visíveis nas relações privadas.

De forma expressa, encontra-se previstos no Código de 2002 o direito à proteção do corpo, do nome, da honra, da imagem e da privacidade, todavia, sob o manto da cláusula geral de tutela da dignidade humana e sobre a proteção constitucional à vida – que não se limita ao direito à existência física (ARAUJO, 2000, p. 71) –, quaisquer outras particularidades humanas que permitam ao indivíduo sua realização pessoal e a manutenção de uma vida feliz, sem a qual não seja a ele permitido ser si mesmo e existir, apenas sofrivelmente sobreviver, poderá e deverá ser considerada direito da personalidade (ARAUJO, 2000, p. 68/70).

Isto porque, embora não tenha previsto de forma expressa o direito dos brasileiros à felicidade, a Magna Carta “deixou claro que o Estado [...] tem a função de promover a felicidade, pois [...] ninguém pode conceber que um Estado que tenha como objetivo a promoção do bem de todos possa colaborar para a infelicidade do indivíduo” (ARAUJO, 2000, p. 74). Indubitável, assim, o direito fundamental e personalíssimo do transexual à felicidade, “eliminando a contradição existente em sua vida” (ARAUJO, 2000, p. 100), sendo certo que o Estado Democrático de Direito presume a hipótese de se garantir os direitos das minorias, ainda que conflitante com a vontade da maioria.

Por derradeiro, entendido como surgiu e o que são os direitos da personalidade, é imprescindível compreender agora o porquê de a identidade de gênero ser classificada como um direito personalíssimo. Para tanto, fundamental notar que identidade de gênero está relacionada à “perspectiva de pertencimento da pessoa, em sua sensação ou percepção pessoal de adequação sexual quanto ao seu gênero” (CUNHA, 2015, p. 04). Logo, vincula-se a como o sujeito reconhece sua sexualidade, em nada tendo a ver com sua constituição genética e biológica, mas sim, com o fato de se sentir como homem ou mulher.

3.2 IDENTIDADE DE GÊNERO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

A existência de uma identidade de gênero passou a ser muito discutida notadamente por conta da perseguição dos transgêneros ao seu direito à vida digna. Como já asseverado, a dignidade humana, valor central de um Estado Democrático de Direito, busca garantir a qualquer indivíduo uma vida minimamente satisfatória, na qual possa realizar-se enquanto pessoa, sendo o referido princípio constitucional avocado principalmente na defesa de grupos socialmente vulneráveis, alvos de ameaças e violações em sua personalidade, perseguidos por serem quem são, em razão de sua diferença (CUNHA, 2019, 05/07).

Necessário ressaltar, inclusive, que a condição do transgênero foi tratada clinicamente como disforia de gênero, constando do Código Internacional de Doenças (CID-10, F 64.0), devendo tal classificação ser alterada até janeiro de 2022, quando será reconhecida como condição de saúde sexual (incongruência de gênero) e não mais desordem mental (CUNHA, 2019, 05/07), o que já foi comentado no capítulo 01 deste trabalho.

É de clareza solar que o tratamento desigual e discriminatório que o transgênero e as demais minorias sofrem pelo fato de se distinguirem de uma expectativa social heteronormativa vai de encontro à proteção da dignidade humana e ao exercício dos direitos da personalidade, tendo em vista que

“os transexuais são pessoas que possuem o mesmo valor intrínseco que qualquer outro ser humano e, por essa razão, merecem ser tratados pelo Estado e por todos os demais membros da sociedade com respeito e dignidade” (MAIA; BEZERRA, 2017, p. 14).

Ocorre que para tratar com respeito e dignidade os transexuais deve-se reconhecer sua condição de igualdade, entendendo-os sujeito de direito como qualquer outro e permitir o exercício de sua liberdade, sob a perspectiva de sua autodeterminação, o que, por sua vez, leva à necessidade de reconhecer, juridicamente, o seu direito de sentir-se diferente do corpo morfológico que possui e garantir toda e qualquer forma de expressão de sua particularidade (MAIA; BEZERRA, 2017, p. 12).

Em outras palavras, para concretizar a dignidade humana prevista na Constituição Federal de 1988, deve-se tutelar o direito dos transgêneros ao tratamento isonômico, protegê-lo de discriminações e preconceitos, garantir sua liberdade de escolhas existenciais e deixar à sombra de qualquer dúvida o seu direito de agir e de viver da forma que realiza a sua personalidade e lhe permite alcançar a felicidade, dando efetividade à sua personalidade. Afinal, recusar à pessoa transexual o direito de ser tratada socialmente como deseja sê-lo, contribui para a preservação do preconceito e a perpetuação de desigualdades e injustiças (MAIA; BEZERRA, 2017, p. 10/13).

A percepção de que o sujeito, embora nascido com sexo fisiobiológico feminino ou masculino, não se identifica com este, mas com o gênero oposto ao seu, tendo em conflito sua identidade de sexo com seu sexo psicológico, leva ao entendimento do que é identidade de gênero, que por sua vez, é consequência da conclusão de que a construção de uma identidade ultrapassa fatores biológicos e genéticos. Nesse sentido, continuam Aline Passos Maia e Lara Pinheiro Bezerra (2017, p. 11), afirmando que:

“No atual contexto social, a ideia de identidade está muito além desses fatores, pois a concepção de identidade do indivíduo pós-moderno se caracteriza pela mudança, pela diferença e pela identificação de inúmeras e cambiantes identidades que se sobrepõem à ideia de uma identidade imutável e que autoriza a construção da identidade de novos indivíduos, igualmente importantes, e sujeitos de direitos e obrigações legalmente previstos”.

Destarte, o sujeito pós-moderno não possui identidade fixa, mas sim uma identidade inconstante, construída a partir das formas como os indivíduos são representados ou interpretados nas mais distintas organizações sociais e culturais (MAIA; BEZERRA, 2017, p. 05), abrindo-se o espaço para a existência de inúmeras identidades, como a das pessoas transexuais, levando-se, por sua vez, à necessidade de proteção jurídica de todas estas identidades, pois só com a garantia do Direito de que existe um dever geral de abstenção dos outros, respeitando-se o exercício da identidade do sujeito, é que se terá o cumprimento da dignidade, o respeito à autonomia, o exercício pleno da personalidade e da cidadania.

No que diz respeito à identidade de gênero, objeto do presente estudo, o que se defende é que se trata de direito das pessoas transgêneros, de serem,

sob a perspectiva do direito, reconhecidas e tratadas socialmente de acordo com o sexo psicológico com que se identificam, tendo a liberdade de serem o que são, fazer as escolhas que desejam e desenvolverem sua personalidade, de acordo com seus interesses, valores e desejos, em busca da felicidade.

Assim, “o direito à identidade [de gênero] resulta da articulação entre o direito à diferença e o direito à igualdade” (MAIA; BEZERRA, 2017, p. 13), uma vez que, ao se garantir aos transgêneros o direito de serem como são, se tutela um tratamento isonômico nascido do respeito à diferença, combatendo padrões culturais arraigados na sociedade que inferiorizam e negam aos trans o seu valor humano intrínseco, rechaçando injustiças e evitando a perpetuação da dominação cultural.

Para Aline Passos Maia e Lara Pinheiro Bezerra (2017, p. 17):

“O tratamento social, conforme a identidade de gênero, é medida que se impõe ao reconhecimento dos transexuais e, assim, à tutela do seu direito a igual respeito e consideração, resultado do princípio da dignidade imanente à condição de pessoa”.

Para Leandro Cunha (2014, p. 173), a personalidade inerente a todo ser humano deve ser juridicamente protegida, a fim de que “cada uma das personalidades que compõem a sociedade consiga realizar-se e evoluir como ser humano, com possibilidade de crescimento e igualdade de oportunidades”, o que evidencia a concordância do Autor a respeito da multiplicidade de identidades existentes e da necessidade de garantir-se o livre desenvolvimento das pessoas humanas e suas personalidades, a fim de que alcancem uma vida de felicidade.

Compreende o referido Autor que o livre exercício da sexualidade é elemento inerente à personalidade, pois – entendendo o direito da personalidade como aquele que se não for outorgado ao sujeito, dará ensejo a uma personalidade irrealizada e privada de concretude (CUNHA, 2014, p. 175) – não há como ninguém possuir existência digna, se não puder exercer com liberdade sua própria persona, se não for livre para sentir e viver como se enxerga, como se entende.

Nessa esteira, Luiz Alberto David Araujo (2000, p. 15) defende que “[...] se pode retirar da ideia de personalidade a sexualidade e a opção sexual”, uma

vez que “a sexualidade é componente inerente à vida e, como tal, pertencerá aos direitos da personalidade”, posto que a sexualidade é elemento que não há como ser dissociado da vida e a vida, por sua vez, não tem como ser afastada da personalidade.

Elimar Szaniawski, bebendo da mesma fonte, deixa clara a vinculação entre direito da personalidade e identidade de gênero ao asseverar que o interesse jurídico no exercício da identidade sexual é reconhecer a pessoa e como ela é representada, sob todos os aspectos de sua vida social, privada e pública (CUNHA, 2014, p. 173).

Não obstante, há outros fatores que demonstram as razões por que a identidade de gênero pode e deve ser considerada direito da personalidade.

No bojo da personalidade humana há o direito à autodeterminação, ligado à esfera da liberdade do homem, configurando-se como o poder que cada sujeito tem de escolher o que é melhor para sua vida, definindo os aspectos que realizam a sua personalidade (CUNHA, 2019, p. 07).

Dessa maneira, a autodeterminação também é fator que exprime o direito à identidade de gênero como direito da personalidade, porque sem seu poder de autodeterminação, o transexual não tem como alcançar uma vida digna e de felicidade, autônoma e livre, estando fadado às experiências de insatisfação e infelicidade de sua incongruência de gênero, submetido à perpetuação da dominação heteronormativa que o exclui (CUNHA, 2014, p. 171/175).

Ademais, o paralelo entre o direito à identidade de gênero e a tutela da felicidade também evidencia que esta identidade é uma face dos direitos da personalidade, tendo em vista que direito à felicidade é também direito que compõe o mínimo essencial ao ser humano e, sem a proteção jurídica e isonômica de que poderá fazer suas escolhas e viver a sua vida de acordo com o seu sexo psicológico, ainda que em desacordo com o seu perfil fisiobiológico, não há como as pessoas trans serem felizes (CUNHA, 2014, p. 171/177).

O direito dos (as) trans à identidade de gênero e a repercussão social desta garantia da personalidade também é vista na esfera do exercício da cidadania. Se não for reconhecido ao transexual o direito de viver socialmente

da maneira que psicologicamente identifica seu gênero, a ele não será possível exercer plenamente seus direitos políticos e civis, deixando, assim, de ser reconhecido enquanto cidadão (CUNHA, 2014, p. 178).

No que toca aos registros civis, o Código Civil, em seu art. 16, prevê o direito ao nome como um direito da personalidade, garantindo-o a todas as pessoas, sem restrição, não havendo, pois, porque negá-lo à população trans, nem motivo para substituí-lo pelo nome social, que se mostra apenas um paliativo (SEPÚLVEDA; SEPÚLVEDA, 2014, p. 09/10).

Todo indivíduo tem direito à identidade pessoal e de ser reconhecido na sociedade por denominação que esteja em consonância com o sexo com o qual socialmente se identifica, sendo certo que “o sexo e o nome são elementos que nascem com o indivíduo e constituem grande importância ao seu perfeito desenvolvimento. Desde muito nova, a criança é identificada com o nome que lhe foi atribuído, que se harmoniza de acordo com seu sexo genitália” (SOUSA; ALCANTARA, 2017, p. 301), de modo que não possibilitar ao transexual a redefinição de seu nome e de seu sexo anatômico seria violar seu direito fundamental ao nome e à identidade social, gerando-lhe profundos constrangimentos.

Assim é que Maria Berenice Dias (2006, p. 119/120), nesse sentir, entende que “o sexo civil ou jurídico deve espelhar e coincidir com o sexo vivido socialmente pela pessoa” e não o contrário.

Para finalizar o quanto abordado, complementa Leandro Cunha (2014, p. 176), fundamentado em Elimar Szaniawski, que:

“A inadequação documental do transexual pode gerar situações de restrição quanto ao exercício de seus direitos de cidadão, como, por exemplo, votar, pois pode ser impedido do sufrágio caso se entenda que a pessoa que ali se apresenta não se coaduna com os dados constantes da documentação (mormente quando há foto no documento ou se exige a apresentação de um documento com foto), ou ainda uma alegação de falsidade ideológica”

Sustentando ainda que:

“A perfeita identificação do indivíduo é imprescindível para que a pessoa viva na sociedade atual de maneira plena, garantindo que possa ser tido como um cidadão e lhe sejam conferidos

todos os direitos inerentes a sua condição de ser humano”. (2015, p. 02).

Também o reconhecimento do direito das pessoas trans à identidade de gênero como direito da personalidade perpassa pela necessária garantia do direito à saúde psicológica plena.

O direito de todo cidadão brasileiro à saúde é dignificante e fundamental, considerando inclusive a existência do SUS. Todavia, não pode ser cometido o equívoco de se compreender o direito à saúde apenas como o direito de ser tratado em caso de enfermidade ou para que esta seja prevenida. Assim, o direito a saúde deve ser compreendido também como o direito ao bem-estar, a fim de que seja possível que todos possam gozar, com plenitude, a vida (CUNHA, 2014, p. 180/183).

Nesse passo, encontra-se salvaguardado o direito à saúde sexual e à integridade psíquica, de modo que não deve o Estado agir permitindo que o trans permaneça em situação de desequilíbrio emocional, permeado pelas angústias e aflições a que está fadado caso não sejam criadas condições para que exerça plenamente sua personalidade (CUNHA, 2014, p. 180/183).

Insta observar que a todo o momento em que defendo o direito do (a) trans à identidade de gênero como direito personalíssimo não o restrinjo (nem seria correto fazê-lo) àquele que realizou a cirurgia de transgenitalização. Em verdade, o exercício de sua personalidade deve independe do desejo da pessoa trans de realizar ou não o procedimento cirúrgico de mudança dos órgãos genitais, sendo certo que os mesmos direitos que são garantidos aos que realizaram o procedimento cirúrgico, são os direitos daqueles que optaram por não fazê-lo. Afinal, “a transexualidade não é uma verificação física ou decorrente de qualquer transformação corpórea, mas sim uma realidade psicológica” (CUNHA, 2014, p. 169), nem deve ser considerada doença, não havendo como exigir primeiro a realização da cirurgia para só depois assegurar ao trans seus direitos personalíssimos, como a alteração de seus dados civis (SOUSA; ALCANTARA, 2017, 301/302).

Destaque-se, assim, que o posicionamento acerca da realização ou não da cirurgia é pessoal e leva a existência de diversas categorias dentro do próprio conceito de pessoas transgêneros.

O transgênero pode não se identificar com o gênero associado ao seu sexo de nascença, mas não sentir repulsa ao seu corpo morfológico, como é o caso dos travestis, ou pode, de fato, sentir a necessidade de fazer a cirurgia de redesignação sexual, a fim de encontrar a adequação que lhe preservará a dignidade humana, como é o caso dos transexuais (SEPÚLVEDA; SEPÚLVEDA, 2014, p. 03/05).

Ainda há as situações daqueles que até desejam realizar a intervenção cirúrgica, mas não têm condições financeiras para tanto, o que não torna seus direitos da personalidade menos reconhecidos. Logo, o transexual que realiza a transgenitalização não se torna mais pessoa humana nem tampouco é mais merecedor de proteção de seus direitos da personalidade por conta disso (CUNHA, 2014, p. 170/171), não sendo possível vincular a proteção jurídica do direito da personalidade dos transexuais à identidade de gênero com existência de qualquer intervenção clínica, hormonal ou cirúrgica.

Interrelacionando o direito à saúde aqui já tratado e a questão da desnecessidade da redesignação sexual para ser reconhecido o direito da personalidade decorrente da identidade de gênero, importante destacar que, no Brasil – ainda que de maneira formal – o SUS garante aos trans a realização gratuita do processo transgenitalizador, conforme inicialmente determinado nas Portarias nº 1.707/GM/MS, de 18 de agosto de 2008 e 457/SAS/MS, de 19 de agosto de 2008, e atualmente estabelecida pela Portaria nº 2.803/2013, publicada em 19 novembro de 2013 (PROCESSO... 2017), o que é relevantíssimo, tendo em vista já ter sido assimilado pelo Estado a necessidade psíquica-emocional que uma parcela da população tem de, uma vez realizada a cirurgia, desenvolver plenamente sua personalidade e encontrar-se saudável, protegendo-se, assim, sua higidez física e mental.

Para Maria Helena Diniz (2011, p. 326):

“[...] comprovada a condição de transexualidade, a intervenção tem caráter de conversão curativa para a saúde mental do paciente que, como qualquer pessoa, tem direito a vida feliz, afastando-se de um potencial estado depressivo que dê ensejo a automutilação ou mesmo a tentativa ou efetivação do suicídio, em face de pungente prevalência do sexo psicológico face ao anatômico”.

Superada está, nesse ponto, a discussão a respeito da impossibilidade de realização da cirurgia de transgenitalização em contraposição ao art. 13 do Código Civil, que impede a disposição do próprio corpo, visando proteger a incolumidade física.

A polêmica envolvida no cotejo da cirurgia de readequação sexual e o referido dispositivo se via na possibilidade excepcional de disposição parcial do corpo, quando não fosse contrariar os “bons costumes”, o que levou alguns setores da sociedade e do direito, mais conservadores, a defender que a transgenitalização estaria impedida, por infringir tais “bons costumes”. É o que assenta Laryla Gabriele Santos de Souza e Rhuan Rommel de Bezerra Alcantara (2017, p. 301):

“Ao utilizar o termo “bons costumes”, o referido artigo reforça a visão conservadora de algumas correntes, servindo como instrumento de reafirmação e legitimação de preconceitos, pois entendem que a ablação de órgãos na cirurgia realizada de readequação sexual, contraria esses bons costumes”.

Todavia, o que o referido artigo de fato propõe é que ao indivíduo não seja possível abdicar de seu próprio corpo quando o ato implicar em diminuição de sua integridade física e de sua condição humana, como aconteceria na hipótese de um sujeito vender um órgão apenas por interesses financeiros.

Não faria sentido algum englobar nesta proibição a realização de um tratamento cujo resultado significasse o pleno exercício da personalidade e o alcance de uma vida verdadeiramente digna e feliz, que é o que ocorre com a redesignação sexual, de modo que não pode qualquer pessoa ser impedida de alcançar o que o referido procedimento lhe garante: o direito à identidade pessoal e de ser reconhecido na sociedade na forma com a qual se identifica.

Nesse sentir, salienta Leandro Cunha (2014, p. 178) que os transexuais

“quando buscam a realização da intervenção cirúrgica de adequação do sexo não têm a intenção de ofender a sociedade ou a moral pública, mas apenas buscam a possibilidade de ter uma condição de vida mais digna que lhes permita o acesso a (...) cidadania plena”.

Nesse sentido também entendeu a IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, dando origem ao Enunciado 276:

“O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de

transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil”.

Por fim, é possível estabelecer relação entre o direito à identidade de gênero e o direito à intimidade e à privacidade como facetas do direito da personalidade, tendo em vista que a vida íntima de todo sujeito é aspecto social que só lhe diz respeito, não se sendo obrigado a dar publicidade dos atos de sua vida pessoal para sociedade, notadamente no que se refere a ter nascido com sexo feminino ou masculino, mas com este não se identificar.

Nesse contexto, importante compreender a diferença entre o direito à intimidade e o direito à privacidade.

O direito à privacidade, protegido constitucionalmente, concerne àquilo que o sujeito mantém oculto do público em geral, ao que se dá fora da vida pública, estendendo-se desde a proteção à vida íntima do sujeito até o seus dados pessoais, enquanto a intimidade é mais nuclear, ligada aos elementos que se deseja “manter restritamente para si, inseridos na esfera do próprio “eu”, sem que ninguém tenha acesso a eles, nem mesmo os mais próximos” (CUNHA, 2014, p. 180). Nessa esteira, a proteção da intimidade não deixa também de ser uma esfera do direito à liberdade, tendo em vista que compete ao indivíduo decidir o que irá resguardar para si e o que irá revelar aos demais.

Como consequência do direito à intimidade, é que não se pode querer exigir do transexual que externe à sociedade sua transgeneridade e qualquer outro fator de sua sexualidade, nem tampouco se pode determinar que dados direitos sejam peculiares somente de quem não seja trans. Em outras palavras, não se pode diferenciar o tratamento jurídico de determinada pessoa, apenas por ser transexual, restringindo direitos, bem como não se pode querer criar deveres para os transgêneros que não existam para os cisgêneros.

É nesse passo que não se pode querer afirmar que existe uma obrigação das pessoas trans de informar a quem quer que se relacionem, que são trans, uma vez que somente cada indivíduo pode exercer a sua prerrogativa personalíssima e íntima de decidir quais elementos de sua personalidade quer externar ou não publicamente. Qualquer posicionamento

contrário a isso seria violação de sua intimidade. E complementa nesse sentido Leandro Cunha (2014, p. 184):

“Todas as pessoas têm, por natureza, características, pensamentos ou concepções, sejam elas de qual cunho for, que não quer tornar públicos, sendo o exercício desta liberdade de expressão até mesmo uma forma de se proteger de uma sociedade que ainda não se mostra suficientemente madura para aceitar e respeitar as diferenças como um caractere claro da personalidade humana”.

Destarte, em virtude de todos os aspectos analisados, é-se levado a acreditar, sem sombra de dúvidas, que a identidade de gênero é um direito da personalidade, expressado na sua relação com a sexualidade, conquanto seja esta indissociável da vida, e relacionada ao exercício pleno da cidadania, do acesso e do direito à saúde, à identificação pessoal e civil, além do alcance de uma vida digna e feliz e de igualdade de oportunidades.

Uma vez que foi fixada a identidade de gênero como direito, inclusive sendo esta espécie direito personalíssimo, cabe-se questionar se o exercício deste direito tem sido possibilitado pelo Estado-juiz, haja vista que é papel do Estado, ainda mais instituído como Democrático e de Direito, garantir que a Lei seja cumprida, criando medidas que tornem os direitos previstos nas normas, eficazes, sendo a realidade da mínima atuação brasileira no que tange a adoção de políticas públicas que punam e previnam as ofensas aos direitos dos transgêneros o que se verá a seguir.

3.3 A FALTA DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS TRANSGÊNEROS NO BRASIL

Compete ao Poder Público estabelecer os meios que garantam a todos os cidadãos, independentemente de suas características pessoais, o exercício pleno de seus direitos, notadamente daqueles inerentes ao núcleo essencial de sua dignidade humana, valendo-se, para tanto, de normas e de medidas que as tornem eficazes. Nesse sentido, saliente-se, ainda, que é dever do Estado, uma vez “identificada qualquer situação que possa remeter o indivíduo a uma condição de vulnerabilidade, (...) atuar de forma a proteger seus interesses,

resguardando sua integridade e não permitindo qualquer ofensa [que] seja a ele impingida” (CUNHA, 2015, p. 04).

Conforme a Constituição de 1988, a todos se garante plena atenção aos direitos da personalidade, ora reconhecidos como direitos fundamentais, contudo, não é o que se verifica na prática, pois a sociedade brasileira se mostra preconceituosa e excludente, deixando à margem de proteção jurídica e legislativa àqueles que não se encaixam no padrão “normal” de heteronormatividade.

Nesse passo, enunciam Cardin e Benvenuto (2013, p. 126) que

“o transexual, na busca de seus direitos legais, depara-se com uma justiça que o desqualifica, uma vez que não o reconhece, deixando-o à margem da sociedade, onde se pode visualizar a violação de direitos fundamentais e dos direitos da personalidade”.

Leandro Cunha (2014, p. 24) também entende que a leniência estatal viola direito dos transexuais, estando em desacordo com a atual ordem constitucional. Para ele:

“O Estado não pode ignorar as diferenças da população no que concerne à sexualidade, e a sua inação com o fim de garantir a todos plenitude da cidadania, principalmente em face de sua inércia legislativa, se mostra uma clara ofensa aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito precocinado pela Constituição Federal vigente”.

É esse cenário de total omissão Estatal, sustentado por parlamentares que em sua maioria corroboram com o excessivo conservadorismo dos diversos setores sociais e que concordam com a prevalência da “moral social” e dos “bons costumes” ante a necessidade de efetivação e respeito aos direitos personalíssimos dos transgêneros, que permite a realidade na qual o Brasil é um dos países que mais mata transexuais no mundo, tendo os números de homicídios mais que dobrado de 2008 para 2016, quando saltaram de 187 mortos, para 343 mortos de pessoas LGBT, por ano (SOUSA; ALCANTARA, 2017, p. 298). Não obstante, as agruras enfrentadas pelos transexuais em busca do reconhecimento jurídico e cívico de sua identidade de gênero e dos direitos que titulariza enquanto pessoa, os conduzem as estatísticas segundo as quais o suicídio entre transexuais alcança o percentual de 41%, quando entre a população cisgênero o índice é de apenas 1,6% (CUNHA, 2015, p. 07).

Por outro lado, não se pode querer alegar, em favor do Estado, a prerrogativa de que o SUS cobre gratuitamente os tratamentos hormonais e cirúrgicos de readequação do sexo, quando a realidade é de que as filas de espera para realização destes procedimentos podem chegar a durar até uma década (SOUSA; ALCANTARA, 2017, p. 304), o que torna este direito existente apenas “no papel”, prolongando o sofrimento interno e social dos (as) trans.

Não obstante, também não ameniza esta situação o suposto acesso privado aos procedimentos médicos, tendo em vista que na rede particular chegam a custar R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), o que, considerando a realidade financeira da maioria dos brasileiros, acaba por se manifestar como uma ferramenta de exclusão social, impossibilitando ainda mais a concretização da desejosa equidade entre os cidadãos (SOUSA; ALCANTARA, 2017, p. 304).

Sobrelevante ressaltar que quando o Estado deixa de atuar para garantir o exercício de quaisquer direitos por qualquer indivíduo, ainda mais os personalíssimos, sua omissão não é tóxica apenas para o sujeito transexual vulnerável que se vê desamparado pela estrutura de Poder que deveria protegê-lo e garantir sua dignidade, mas sim, ofensiva para toda a humanidade. É o que sustenta Leandro Cunha (2015, p. 04):

“Compete ao Estado atuar de forma a proteger a todos em sua integridade, como um fundamento de sua concepção como Estado Democrático de Direito. (...) Relegar à marginalidade parte daqueles que tem o dever de resguardar e proteger é atitude contrária aos preceitos mais basilares de um Estado Democrático de Direito, principalmente quando este está fundamentado em princípios como o da dignidade da pessoa humana”.

De certa forma, alguns dos muitos problemas enfrentados pelos transexuais na perspectiva de terem seus direitos efetivados já foram tratados no presente estudo, quando se falou das restrições existentes para a mudança de nome e de sexo nos documentos de identificação, que têm sido deferidos somente após o pleito judicial, notadamente para aqueles que optaram por não fazer ou que ainda não conseguiram, por qualquer motivo, realizar a transgenitalização.

Todavia, também a dificuldade em garantir o exercício destes direitos pelos transexuais passa pelo preconceito social, que obstaculariza a criação de novas leis ou de políticas públicas que possam efetivar as normas existentes, que facilitem a concreção de seus direitos. Foi o que se viu, por exemplo, com o projeto de Lei nº 5.002/2013, de autoria dos Deputados Federais Jean Willys e Erika Kokay, conhecida também como Lei João W. Nery, que tinha por objetivo regularizar os direitos à identidade de gênero e o tratamento jurídico dela decorrente, desassociado da realização de intervenções cirúrgicas, tratamentos terapêuticos ou hormonais (SOUSA; ALCANTARA, 2017, p. 306). E que entendia por identidade de gênero “a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo” (Artigo 2º do projeto de Lei nº 5.002/2013).

Para concluir, considerando-se o atual Estado Democrático de Direito em que se encontra o Brasil, não se pode mais permitir a leniência do Poder Público, provocada pelo preconceito, que desprotege e ofende toda a população transgênero.

Nessa esteira, é indiscutível a necessidade de adoção de políticas públicas voltadas para a comunidade LGBT e sua inclusão, para além de criação de Leis que possam assegurar quaisquer direitos fundamentais das pessoas, independente das características que as particularizem, ainda mais se forem tão íntimas quanto às relacionadas a sua sexualidade.

Mas não é só. Também já passou da hora de se responsabilizar civilmente o Estado por sua omissão que causa indiscutíveis danos às pessoas transgêneros, consoante defende Leandro Cunha (2015, p. 08), para quem:

“Ao retirar a efetividade de uma garantia constitucional em decorrência de sua não atuação em prazo razoável, o Poder Legislativo dará azo ao dever de indenizar ante ao impedimento do pleno exercício de uma garantia constitucional decorrente de inércia legislativa”.

Ante tudo o exposto, resta a análise de como vem sendo enfrentada juridicamente a transgeneridade nas relações do Direito de Família, a fim de verificar se, em que pese a ausência de legislação específica, os direitos dos transgêneros à constituição familiar está sendo garantido, sendo isto tão

relevante para a vida humana digna e para a felicidade e realização pessoal, uma vez que deve ser preservada, sem distinção, para todos, a liberdade de escolher e de poder, caso assim deseje, manter relações afetivas sob a chancela do Estado.

Assim, é prerrogativa que se coaduna aos objetivos constitucionais de uma sociedade fraterna, solidária e livre de preconceitos, bem como à dignidade da pessoa humana, e à pluralidade familiar e ao afeto como princípio norteador das famílias, assentar os direitos dos transexuais de constituir família.

4 TRANSEXUALIDADE, RELAÇÕES AFETIVAS, CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

Família é forma de organização social preexistente ao Estado e à sociedade formal, sendo, em seu primórdio, o agrupamento de pessoas que buscavam, juntas, atingirem objetivos em comum, saciando necessidades, como à de segurança e a garantia de alimentação. Nessa esteira, sustenta Maria Berenice Dias, que “a família é o primeiro agente socializador do ser humano” (2016, p. 49).

Destarte, as primeiras famílias a existirem estavam calcadas não em vínculos afetivos, mas na ideia de que, reunidas, as pessoas pertencentes a um dado grupo conseguiriam mais facilmente satisfazer suas necessidades, formando-se grandes grupos voltados à exploração rural (MADALENO, 2019, p. 17).

Nesse perfil inicial de família, foi reservado e perpetuado às mulheres, o papel reprodutivo e do lar, sendo sua obrigação cuidar das crianças e das casas, enquanto para os homens, se reservava a subsistência da família (MADALENO, 2019, p. 17). Com a organização da sociedade formal, a finalidade de constituição de família deixou de ser simplesmente o atendimento das necessidades mais básicas, passando a ser patrimonialista. Pelo casamento, mantinham-se em determinada linhagem, passando de geração a geração, os bens adquiridos e o status social.

Não se pode olvidar, portanto, que o perfil originário de famílias era marcado pela desigualdade, considerando que se reservava todo o poder nas mãos dos homens, sendo também, por isso, patriarcal. Ademais, sua estrutura era inequivocamente hierarquizada, voltada à procriação, e institucionalizada, para além de sacralizada, pois tinha como elemento de existência a celebração do casamento.

Salienta Maria Berenice Dias (2016, p. 48) que o estopim para as mudanças na constituição das famílias se deu com a Revolução Industrial, que, ao aumentar a necessidade de mão de obra, incluiu a mulher no mercado de trabalho, deixando os homens de serem os únicos responsáveis pela renda e

subsistência da família. Para além disso, implicou a migração dos homens do campo, para a cidade, deixando as famílias de serem extensivas, para serem celulares. Uma vez nuclearizadas, maior importância passou a ter o laço que unia os membros familiares, passando a ser elemento identificador das famílias, a proximidade que os indivíduos mantinham consigo, o que permitiu que “as prestações vitais de afetividade e realização individual” fossem atingidas, deixando-se para trás a “aura sagrada e os tabus deitados sobre a maternidade e paternidade, parecendo interessar mais a formação natural e espontânea da família” (MADALENO, 2019, p. 17).

Encampada esta breve e global visão histórica da evolução das famílias, é necessário compreender agora como se deram as mudanças da percepção familista no Brasil.

O referido perfil casamentário e monogâmico, patriarcal, hierarquizador, patrimonializado, desigual, institucionalizado e voltado à procriação permaneceu como conceito de família, em nossas terras, até a promulgação da Constituição de 1988, tendo sido o trânsito de mudanças iniciado, contudo, desde a Lei conhecida como Estatuto da Mulher Casada, seguida pela Lei do Divórcio (DIAS, 2016, p. 51/52).

Nesse sentido expõe Rolf Madaleno (2019, p. 14), para quem:

“A Carta Política de 1988 começou a desconstruir a ideologia da família patriarcal, edificada em uma família monogâmica, parental, centralizada na figura paterna e patrimonial e que reinou absoluta na sociedade brasileira, herdada dos patriarcas antigos e dos senhores medievais”.

Ressaltando, ainda, no contraste entre as famílias anteriores à Constituição de 1988, e aquelas que lhe são posteriores, que:

“A família do passado não tinha preocupações com o afeto e a felicidade das pessoas que formavam seu principal núcleo, pois eram os interesses de ordem econômica que gravitavam em torno daquelas instâncias de núcleos familiares construídos com suporte na aquisição de patrimônio”.

Esta “família do passado” é a família assimilada pelo Código Civil de 1916, completamente destoada de uma visão que colocasse a realização do ser humano e sua felicidade, acima da instituição.

Fruto de um pensamento racionalista/legalista propagado no século XIX, com o movimento codificador impulsionado pelo Código Napoleônico de 1804, a concepção de família ficou absolutamente associada às regras do casamento civil, sendo, portanto, considerada como “locus de aquisição e manutenção da propriedade privada”, de legitimação da atividade sexual e procriação da espécie. Assim, a família surgia com a necessidade de se manter, num mesmo grupo, o patrimônio adquirido durante a vida de seu líder, e o casamento era o único instrumento reconhecido e legítimo para criação de famílias (SIMÕES, 2014, p. 02/05). Não obstante, a influência do cristianismo na concepção familiar nesta época, atribuiu às famílias o perfil sacralizado, pelo qual o vínculo conjugal não poderia jamais ser desfeito, sendo o casamento eterno.

O perfil anti-isonômico das famílias do Código Civil de 1916 não se limitava à concentração do pátrio poder – atualmente, poder familiar – nas mãos dos homens, mas também na discriminação de qualquer outra forma de organização que pretendesse ser reconhecida enquanto unidade familiar, tendo em vista que só o casamento era fato jurídico.

Com efeito, havia discriminação também entre os filhos, pela prerrogativa única e pura de excluir, daqueles que não eram fruto do casamento, considerados ilegítimos, quaisquer direitos ao patrimônio do *pater*. É o que salienta Maria Berenice Dias (2016, p. 51):

“As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação da família constituída pelo casamento”.

O poder familiar, segundo o art. 226, §5º da CF-1988, é “o complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho [...]”, pelo qual os pais se obrigam a fazer de tudo para atender aos seus descendentes, notadamente no que se refere à sua criação e educação. Todavia, à época de vigência do Código Civil de 1916, correspondia o poder familiar ao pátrio-poder, orientado pelo princípio da unidade de direção das famílias, pelo qual o marido era o chefe da sociedade conjugal e exercia o pátrio poder preferencialmente, à esposa, uma vez que esta estava submetida ao seu poder marital (PEIXOTO et al, 2013, p. 04/05).

Destarte, a família, enquanto construção cultural altera-se com as mudanças nas interações sócio-pessoais, de modo que a concepção do que se entende por família é mutável. Alerta, nesse sentir, Thiago Felipe Vargas Simões (2014, p. 01) que:

“Durante toda a história da humanidade, a família esteve direta e umbilicalmente ligada a valores que decorriam de um contexto econômico, moral, político, religioso e social, influenciando todas as camadas de uma sociedade que, paulatinamente, foram se adequando às transformações que se impunham. Por isso, afirma-se que a família é verdadeira entidade mutante”.

E salienta Maria Berenice Dias (2016, p. 50), nessa esteira, que:

“A sociedade evolui, transforma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de oxigenação das leis”.

As primeiras mudanças legislativas na alteração do funcionamento das entidades familiares se deu com o advento da Lei nº 4.121/1962 – que deu a mulher um papel de maior representatividade nas famílias (PEIXOTO et al, 2013, p. 04), tendo em vista que lhe atribuiu paridade aos homens no exercício do pátrio poder e lhe devolveu a plena capacidade, a fim de que pudesse manter a titularidade reservada de seus bens – e com a Lei nº 6.515/77, que pôs fim à indissolubilidade do casamento (DIAS, 2016, p. 51/52).

Foi, entretanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que o Direito Familiar enfrentou sua mais profunda revolução, havendo, nesta senda, a personalização do Direito Civil, uma vez que a referida Carta Política absorveu em seu corpo legislativo, princípios jurídicos que priorizam o ser humano e a tutela de sua dignidade.

Inúmeros são os autores que atribuem à Magna Carta o marco definitivo de contraste entre a família casamentária, patrimonialista, hierarquizada e institucionalizada de 1916, para a família democratizada do Código Civil de 2002.

Thiago Felipe Vargas Simões, citando Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2014, p. 08), assenta que:

“A família patriarcal, considerada o modelo único no Brasil desde a Colônia, entrou em crise no curso do século XX e, desse modo, foi superada, perdendo sua sustentação jurídica,

notadamente diante dos valores introduzidos pela Constituição Federal de 1988”.

Não discorda, Rolf Madaleno (2019, p. 14), para quem:

“A Constituição Federal de 1988 realizou a primeira grande revolução no Direito de Família brasileiro, a partir de três eixos: a) o da família plural, com várias formas de constituição (casamento, união estável e a monoparentalidade familiar); b) a igualdade no enfoque jurídico da filiação, antes eivada de preconceitos; e c) a consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres”.

Nesse passo, ainda, Peixoto et al. (2013, p. 01), enfatizando que:

“Dúvidas não pairam quanto à Constituição Federal/88 ter sido um marco nas normas do direito e ter aberto caminho para a ampliação do conceito de família, pois antes de sua promulgação somente a entidade formada pelo matrimônio era reconhecida e protegida pelo Estado, e as demais formas de organização familiar, em que pese existirem, eram alvo de preconceito e discriminação”.

Considerando a quebra de paradigma que a Constituição Federal de 1988 representou para a percepção do que eram as famílias, se passou a afirmar a família contemporânea como *eudemonista*. Assim, é entidade familiar toda aquela que possibilita aos seus membros, realização pessoal, de modo que na convivência solidária e no afeto, cada sujeito encontre sua felicidade.

Neste novo modelo de família, altera-se a proteção jurídica a ela dedicada, deslocando-se de seu valor enquanto instituição, para a valorização do sujeito. O marco para existência do núcleo familiar é a relação estabelecida por seus membros, que estão ligados por afeto, independentemente de consanguinidade, com o objetivo comum de ser feliz, o que em outras palavras imprime que o sentido da família *eudemonista* é a emancipação de seus membros (DIAS, 2016, p. 248).

Assim, o cerne desta família é a preocupação com a dignidade e a vida feliz. As pessoas não mais buscam se relacionar e constituir família pensando na perpetuação da espécie ou na manutenção do patrimônio, mas apenas em função do vínculo afetivo que as une. Identifica-se, família, da comunhão de vida.

A respeito desta enorme mudança na identificação das famílias, sustenta Rolf Madaleno (2019, p. 16) que:

“A nova família foi desencarnada do seu precedente elemento biológico para ceder lugar aos vínculos psicológicos do afeto, consciente a sociedade de que, na formação da pessoa humana, os valores como a educação, o afeto e a comunicação contígua guardam muito mais importância do que o elo da hereditariedade”.

E, bebendo da mesma fonte, opina Maria Berenice Dias (2016, p. 54) que apesar de muitos afirmarem ser a “nova” concepção de família, decadência, o que ela de fato representa é evolução, pois significa a “a repersonalização das relações familiares, na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor”.

Como salientado, com a Constituição Federal de 1988 foi instaurada a isonomia entre o homem e a mulher, protegendo-se, igualmente, todos os membros de uma família. Ademais, reconheceu-se como família não apenas a oriunda do casamento, como também as que decorreram de união estável e as monoparentais. Substituiu-se o já explicado, pátrio poder, pelo poder familiar, atribuindo o seu exercício em paridade tanto ao pai, quanto à mãe. Consagrou-se a igualdade entre filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção. E por isso, a família passou a ser plural, democratizada e igualitária, calcada na afetividade e na solidariedade entre seus membros (PEIXOTO et al., 2013, p. 04).

O afeto, como princípio que fundamenta o Direito de Família a partir da Constituição Federal de 1988, refletido no Código Civil de 2002, ligado intrinsecamente ao direito fundamental à felicidade, é decorrente das relações estabelecidas entre as pessoas e de sua convivência, sendo desimportante o laço sanguíneo. É de se salientar, todavia, que o afeto como mola propulsora dos vínculos familiares não é um afeto presente em qualquer tipo de relação afetiva, mas um afeto especial, voltado à realização de um projeto de vida comum (MADALENO, 2019, p. 14).

É nesse sentido que alerta Sérgio Resende de Barros (2019):

“O que define a família é uma espécie de afeto que – enquanto existe – conjuga intimamente duas ou mais pessoas para uma vida em comum. É o afeto que define a entidade familiar. Mas não um afeto qualquer. Se fosse qualquer afeto, uma simples amizade seria família, ainda que sem convívio. O conceito de família seria estendido com inadmissível elasticidade. Na

realidade, o que identifica a família é um afeto especial, [...] É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: é o afeto conjugal. Mais conveniente seria chamá-lo afeto familiar [...].”

Desse modo, inegável a valorização do afeto para o estudo das famílias após a Constituição Federal de 1988, e, conseqüentemente, no Código Civil de 2002. Neste último, o artigo 1.511, quando assenta como finalidade do casamento (e, por extensão, a qualquer forma de instituição familiar), a comunhão plena de vida, traz consigo a importância do afeto familiar. E também o faz no artigo 1.593, em que reconhece uma terceira origem de filiação, afora o parentesco natural e o civil. Na mesma linha, pela consagração da igualdade na filiação, proposta no dispositivo 1.596 (DIAS, 2016, p. 85/86).

Assim sendo, a família no Código Civil de 2002 é marcada pela busca da realização individual, felicidade e dignidade de seus membros, particularizada, para além da afetividade, pela solidariedade e pela pluralidade, reconhecidos na Doutrina como princípios específicos do Direito de Família.

Nesta perspectiva, a solidariedade entre os membros de uma família complementam a relação de igualdade que mantém entre si. Os integrantes de uma família só podem sustentar os laços de afeto que os uniram, ante a um “ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário” (SIMÕES, 2014, p. 22). Pela solidariedade típica das relações familiares e de assento constitucional, surgem, então, deveres recíprocos de auxílio financeiro e afetivo, de que é exemplo a obrigação alimentar.

O pluralismo das entidades familiares, por seu turno, se revela no reconhecimento constitucional da existência de vários arranjos familiares, que se deu com a afirmação de que união estável e o modelo monoparental também seriam famílias constitucionalmente protegidas. Mas não é só. Estas modalidades de família estão previstas de maneira expressa na Magna Carta, porém não são as únicas. É de entendimento doutrinário que o rol do artigo 226

da CF-1988 é meramente exemplificativo, considerando que, é família, todo grupo que se une e convive em decorrência do afeto.

Nessa esteira, resume Thiago Felipe Vargas Simões (2014, p. 33):

“[...] Dúvidas não pairam sobre a possibilidade de se constituírem novas formas de entidades familiares não previstas expressamente no texto do artigo 226 da Constituição Federal, aplicando-se, assim, clara interpretação extensiva dos princípios fundamentais republicanos, uma vez que o rol constante no referido dispositivo constitucional é meramente exemplificativo – *numerus apertus* – pela ausência de imperativo legal que limite a composição familiar apenas a partir das formas estabelecidas pelo legislador constituinte, bem como por critério interpretativo da norma constitucional, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal”.

É imperioso compreender o pluralismo das entidades familiares como característica principal do Direito de Família pós Constituição Federal de 1988 para a concretização de um Estado Democrático de Direito e para a construção de uma sociedade fraterna e livre de preconceitos.

Em posse do entendimento de que existem múltiplas formas de família, para além da união estável, do casamento e da monoparental, de que são exemplo as famílias mosaico, anaparental, substituta e extensa, é que se pôde criar a base fundamental para o reconhecimento das famílias de pessoas do mesmo sexo e para a discussão a respeito das famílias paralelas e poliafetivas.

Ao passo que se tornou majoritário o entendimento de que a afetividade é elemento norteador e identificador de famílias, a exigência de monogamia e de diversidade de sexo constituem requisitos historicamente demandados, que vem sendo questionados doutrinária e jurisprudencialmente, uma vez que a atual realidade de muitas famílias brasileiras já não é refletida pela forma como o Direito enfrenta tais questões.

Da colisão entre a pluralidade de arranjos familiares e as exigências do Ordenamento Jurídico para reconhecer certos agrupamentos como família, a diversidade de sexo, em que pese não analisada mediante atividade legislativa, viu-se superada diante de evolução jurisprudencial ao longo dos anos, culminando, em 2011, com o reconhecimento de repercussão geral da Suprema Corte brasileira, da possibilidade de casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Todavia, remanesce em debate a exigência de fidelidade e, assim, de que as famílias sejam monogâmicas, amparando-se a Doutrina favorável ao poliamor, em argumentos como: (1) a ausência de previsão legal expressa de que sejam os matrimônios estabelecidos somente entre duas pessoas – como se dá no código civil português, em seu artigo 1.577; (2) o excesso de intervenção do Estado nas relações particulares; e (3) a premissa de que, o que é exigível para a formação de uma família é a existência de afeto e de lealdade, não se confundindo lealdade com fidelidade, e sim, como o dever que os cônjuges ou companheiros têm entre si de serem honestos, reciprocamente solidários, de prestarem mútua assistência e etc.

Não se pode olvidar que o debate sobre as relações poliafetivas é extremamente relevante e inclusivo. Não obstante, um enfrentamento mais detalhado a respeito desse tema não se faz oportuno no presente trabalho, bastando, para tanto, saber-se que a monogamia vem sendo discutida e que há amparo doutrinário em sua derrogada. Ao contrário, o exame da desnecessidade de diversidade de sexo para a formação das famílias é sensível ao objeto deste estudo.

Partindo-se do princípio de que família há quando as pessoas escolhem estar juntas em razão de um vínculo afetivo, em função do qual se propõem a realizar um projeto de vida em comum, não há razão para sustentar-se como pressuposto irremediável do matrimônio ou da união estável, que sejam os consortes ou companheiros pessoas de sexo diferente. Sendo a família iniciada pela união de pessoas do mesmo sexo ou de sexo distinto, não se muda o fato de que há afeto entre essas pessoas e o objetivo de partilhar em comum, a vida.

Noutro giro, negar-se a possibilidade que pessoas de mesmo sexo se unissem com vistas a constituir família seria negar aos homossexuais expressão legítima de sua dignidade humana (MADALENO, 2019, p. 16), pois como já enfrentado exaustivamente neste trabalho, o direito à vida digna inclui a sexualidade e a sua vivência de modo livre, bem como o direito a ser feliz e pessoalmente realizado, o que não é possível quando se submete as pessoas que estão fora dos contornos da heteronormatividade, à viverem uma vida em que não podem expressar sua individualidade.

Como se tudo isso não fosse argumento suficiente, ao negar o casamento ou a união estável aos homossexuais, estar-se-ia recusando-lhes tratamento isonômico e o exercício de sua liberdade, pautado exclusivamente no preconceito e na discriminação. Assim, é mais do que evidente que ante as garantias constitucionais e aos direitos da personalidade, é impositivo que todos os cidadãos estejam sob o manto da tutela jurídica, incluídos nesta proteção, os casais homoafetivos (DIAS, 2016, p. 462).

Destarte, salienta Maria Berenice Dias (2016, p. 459) que:

“O Código Civil, quando trata do casamento, não exige que o casal seja formado por pessoas de sexo diferente. Assim, na ausência de vedação constitucional ou legal, não há impedimento ao casamento homoafetivo”.

Elemento que também observa, Rolf Madaleno (2019, p. 16):

“A união homoafetiva merece ser reconhecida como entidade familiar, pois também ela se alicerça na existência do afeto e, embora os dispositivos legais se limitem a regular a união estável entre um homem e uma mulher, não existe qualquer dispositivo de lei impedindo a união entre pessoas do mesmo sexo”.

Nessa esteira, imperioso observar que, muito embora não exista Lei que impeça expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, também ainda não existe Lei que reconheça esta possibilidade.

Inclusive, com base neste diapasão, ao longo dos anos, muitos foram os juízes que diante do silêncio da Lei, resistiram a reconhecer a juridicidade do casamento e da união homoafetiva, entendendo a omissão legal como a vontade do Estado de negar aos homossexuais, tal direito.

No entanto, toda vez que um juiz deixa de conceder direitos fundamentado na ausência de Lei, nega o exercício de seu próprio dever, tendo em vista que não é possível ao Judiciário deixar de apreciar qualquer questão pelo silêncio normativo (vide art. 140 do Código de Processo Civil), devendo encará-la pelos instrumentos de integração normativa. É bem verdade, porém, que a omissão legislativa se deu e ainda decorre da covardia dos legisladores de cancelar leis que protejam aqueles que a sociedade heteronormativa rejeita, tendo em vista que apoiar expressa e publicamente direitos das minorias é enfrentar a sociedade conservadora brasileira e, com isso, perder voto do eleitorado (DIAS, 2016, p. 460/463).

Diante da inexistência de normas jurídicas concessivas do direito à constituição de família para os homossexuais, coube ao Judiciário, à tarefa de garantir tratamento jurídico igualitário e de conceder aos homossexuais, a tutela de seu direito à união e ao casamento.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal acolheu a ADPF 132/2008 (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) e a ADI 4.277/2009 (Ação Direta de Inconstitucionalidade) que tinham como objetivo a declaração de “[...] validade das decisões administrativas que equiparavam as uniões homoafetivas às uniões estáveis e [...] a suspensão dos processos e dos efeitos de todas as decisões judiciais em sentido oposto [...]”, e com votação unânime, conferiu com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, ao artigo 1.723 do Código Civil vigente, interpretação conforme à Constituição, a partir da qual o reconhecimento de união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo passou a significar entidade familiar. Por sua vez, o STJ, em voto proferido após o referido julgamento do STF, no REsp 1.085.646/RS, aplicou o reconhecimento da relação de um casal homoafetivo como entidade familiar, atribuindo-lhe os devidos efeitos jurídicos (MADALENO, 2019, p. 16).

Uma vez fixado o referido entendimento, não foi tortuoso chegar à conclusão de que também o casamento poderia acontecer entre casais homoafetivos, considerando que pelo artigo 1.726 do Código Civil vigente, toda união estável pode ser convertida em casamento, conquanto não se tenham presentes os impedimentos do matrimônio previstos no artigo 1.521. Assim, sendo a união homoafetiva equiparada, legalmente, às uniões estáveis, tal como estas últimas, poderiam ser convertidas em casamento (MADALENO, 2019, p. 16).

Findou-se a celeuma da impossibilidade da constituição de famílias homoafetivas com a Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, posterior ao julgamento do REsp 1.183.378-RS pela 4ª Turma do STJ, assentando-se a habilitação direta para o casamento e proibindo-se as autoridades competentes de recusarem a habilitação, a celebração do casamento civil ou a conversão da união estável em casamento (DIAS, 2016, 466/467).

Mister salientar, ainda, que o Conselho Nacional de Justiça tem competência para editar atos normativos primários, como os previstos no artigo 59 da Constituição Federal e, assim, pode editar leis conforme “parâmetros erigidos constitucionalmente” (MINISTRO... 2013). Não obstante, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, ressaltou que “[...] entre as competências previstas no artigo 103-B da Constituição para o Conselho Nacional de Justiça está a de proceder, em casos concretos, à avaliação da legalidade de atos do Judiciário, revê-los ou fixar prazo para que se adotem medidas necessárias ao cumprimento da lei” (MINISTRO... 2013), tendo sido isso o que de fato fez a Resolução nº 175/2013, pois determinou a habilitação direta para o casamento e proibiu as autoridades competentes de recusarem a habilitação, a celebração do casamento civil ou a conversão da união estável em casamento, tudo conforme as já citadas decisões de repercussão geral do Supremo.

Ante o exposto, vê-se verdadeiro caso em que a máxima segundo a qual “há direito, ainda que não haja lei” se fez presente, posto que nem mesmo a omissão do legislador foi capaz de afastar a tutela jurídica da Constituição sobre todos os cidadãos. Todavia, é necessário salientar que não é porque já existe firmado tal precedente, que ante à decisão de repercussão geral do STF, não pode ser refutado pelos magistrados, que não seja imprescindível o reconhecimento, em Lei, da possibilidade jurídica do casamento e da união estável para famílias homoafetivas.

Posto isto, compreender a evolução do Direito de Família até a chegada da afetividade como seu principal identificador, bem como como se deu a defesa do direito dos casais homoafetivos ao matrimônio e à união estável, é importantíssimo para que seja possível concluir que também as entidades formadas por transgêneros merecem igual proteção e reconhecimento jurídico, compondo famílias.

Não se trata, todavia, de um novo modelo ou arranjo familiar para o qual ainda seja necessário travar-se luta em sua defesa, mas sim, perfil abarcado no conceito do que foi apresentado como "família homoafetiva".

4.1 O DIREITO DOS TRANS À CONSTITUIÇÃO DE UMA FAMÍLIA

Maria Berenice Dias (2016, p. 461), ao tentar conceituar a família homoafetiva com escopo no julgamento do Supremo Tribunal Federal das ADPF 132/2008 e a ADI 4.277/2009 de 2011, defendeu ser melhor nomenclatura para este arranjo familiar “famílias LGBTIQ+” do que o nome efetivamente adotado de uniões homoafetivas, por considerar que o que se tutelou e reconheceu com o relacionamento entre iguais, se estende às famílias independentemente da identidade de gênero de seus membros, uma vez calcificado que o elemento formador das famílias é a afetividade, de modo que qualquer unidade marcada pelo vínculo afetivo e pela finalidade de comunhão plena de vida deve ser identificada como família.

No mesmo passo, Leandro Reinaldo da Cunha (2014, p. 227/231) critica a confusão que há na discussão da necessidade ou não da diversidade de sexo para o casamento ou para a união estável, com a orientação sexual do casal. Destarte, é diferente questionar a necessidade de diversidade de sexo, de indagar a necessidade de que seja a orientação do casal heterossexual, homossexual, bissexual ou assexual.

Para o referido autor, quando se abria o debate a respeito do requisito da diversidade sexual, o que em verdade se enfrentava era a diversidade de gênero dos nubentes ou conviventes e não a sua orientação sexual, ao que se deu resposta com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Ilustra este diapasão quando afirma que, quando os setores mais conservadores do Direito consideram o sexo distinto como requisito para o casamento ou para a união estável, o que eles querem é que sejam os nubentes ou conviventes um homem e uma mulher, independentemente da orientação sexual deles, de modo que, se duas pessoas do mesmo sexo anatômico desejarem se casar, a estas seria vedado tal direito pelo simples fato de terem o mesmo sexo anatômico, independentemente do interesse sexual de cada uma. Assim, não é relevante se são, por exemplo, homossexuais ou bissexuais: lhes são negadas a possibilidade de casamento

em decorrência de serem mulheres ou homens – e não de sua orientação sexual – razão pela qual não é correto adotar a expressão casamento ou união homoafetiva.

De mesmo modo, pouco importa se o casal formado por um homem e uma mulher é bissexual – pelo fato de pertencerem a sexos biológicos distintos, é possível o matrimônio ou a união estável. Na mesma linha, problema algum haveria se pelo menos um dos nubentes ou conviventes fosse assexuado – até porque a procriação já não é mais pressuposto das famílias – pois o que entende os tradicionalistas é que a Lei exige que sejam nubentes ou conviventes um homem e uma mulher, nada abordando a respeito de sua orientação sexual.

Nas próprias palavras de Leandro Cunha (2014, p. 232):

“O legislador em nenhum momento faz qualquer menção à orientação sexual daqueles que pretendem se casar ou unir-se por meio de união estável, o que deixa patente que o interesse sexual não é requisito para o casamento. [...] Se alguma questão há a ser discutida sobre o tema, esta se vinculará na diversidade de gênero ou identidade de gênero e não de orientação sexual, razão pela qual se pode afirmar peremptoriamente que não há que se pensar em discutir casamento homossexual ou heterossexual”.

Ante o exposto, como considera o referido Autor que a orientação sexual é irrelevante para o debate da necessidade ou desnecessidade de diversidade sexual para o casamento ou para a união estável, a vitória que se conseguiu com o julgamento do STF das ADPF 132/2008 e a ADI 4.277/2009, ao fixar o entendimento de que família há em unidade cujos nubentes ou conviventes sejam vinculados por afeto, recai-se sob a conclusão de que é possível união equiparada a estável entre pessoas de mesmo sexo, sendo dispensável a diversidade sexual como requisito, e desimportante a orientação sexual do casal. Assim, com o referido julgamento não se chancelou somente a união homoafetiva, mas qualquer configuração familiar em que os conviventes possuam o mesmo sexo, independentemente de serem ou não homossexuais.

Destarte, não se pode deixar de enfrentar o que significa a possibilidade de matrimônio ou união estável entre pessoas, independentemente do sexo dos integrantes do casal serem iguais ou diferentes. Estaria, assim, o sexo

relacionado ao sexo biológico ou ao sexo psicológico dos sujeitos, ou seria isto irrelevante?

É perfeitamente possível intuir que originalmente o legislador talvez nem tivesse conhecimento da distinção entre um e outro sexo, entendendo, assim, como sexo, apenas o biológico, pelo que se exigiria um homem e uma mulher para o casamento e, posteriormente, para a união estável. No entanto, o julgamento do STF torna irrelevante a referida questão, uma vez que consagra a afetividade para a formação da família, sendo desimportante, assim como é a orientação sexual, se os nubentes ou conviventes são cis ou transgêneros.

Assim conclui Leandro Cunha (2014, p. 236):

“Fato é que toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, vez que o entendimento de família há de se lastrear no preceito de afetividade, valor jurídico de natureza constitucional e pressuposto inegável do conceito efetivo de família”.

Desta forma, a partir da análise da decisão do STF ora referenciada, é indubitável a possibilidade de casamento ou de constituição de união estável para as pessoas transgênero que desejem constituir família, uma vez que o entendimento da Corte não abarca consigo apenas a união estabelecida entre homossexuais.

Todavia, à guisa de argumentação, é interessante ressaltar que, independentemente de como se interprete a decisão da Supremo Tribunal Federal de 2011, alguns autores entendem pela possibilidade de casamento entre transexuais, apresentando justificativas ligadas à transgenitalização do transexual e/ou à alteração de seus documentos de identificação.

Nessa esteira, Maria Berenice Dias entende ser possível o casamento entre transexuais, quando havida a alteração do nome e da identidade de sexo. Em posicionamento similar, Elimar Szaniawski aponta a modificação judicial do prenome e do status sexual como pressupostos que, atendidos, permitem o casamento de pessoas transexuais. Carlos Roberto Gonçalves, na mesma linha, sobreleva a necessidade de realização de intervenção cirúrgica, de modo que, em sua visão, apenas os transexuais que optarem por realizar procedimento de transgenitalização é que poderá casar ou constituir união

estável. Assim como este último, Adriana Dabus Maluf afirma que é possível o casamento ou a união estável do transexual operado, por entender que uma vez operado, a confirmação de seu sexo social atende ao requisito legal de diversidade sexual para o casamento ou para a constituição de união estável (CUNHA, 2014, p. 248/252).

Em que pese os posicionamentos arrolados, comungo da opinião de Leandro Reinaldo da Cunha, de modo que o essencial para o exame da possibilidade de celebração de matrimônio ou de constituição de união estável para os transgêneros em geral – e não somente para os transexuais – perpassa pelo entendimento de que família há quando as pessoas se reúnem pelo afeto familiar e com o objetivo de comunhão de vida, não havendo, assim, que se impor qualquer critério distintivo para a realização do casamento ou da união estável.

No entanto, ainda que se entenda necessária a diferenciação entre si dos nubentes ou conviventes, deve prevalecer a identidade de gênero como elemento para o casamento e não a diversidade sexual calcada no sexo anatômico. E nem tampouco poderá a possibilidade de casamento dos transexuais estar vinculada à realização de qualquer tipo de intervenção médica (hormonal ou cirúrgica), tendo em vista que se defende, nesta análise, a possibilidade de casamento ou união estável de qualquer transgênero, e não apenas dos transexuais, e, ainda, a possibilidade de casamento ou união estável também para os transexuais que escolherem não se submeter a qualquer tratamento médico.

Destarte, pugna-se no presente trabalho a possibilidade de constituição de família por transgêneros, em especial, pelos transexuais, salientando-se que para a formação de famílias por pessoas trans, nenhuma exigência poderá ser distinta daquelas que se opõem às pessoas cisgêneros, tendo em vista que se se admitisse tal tratamento diferenciado, se estaria concordando com uma discriminação jurídica calcada no preconceito, que exclui dos trans a possibilidade de vida digna e feliz, marginalizando seus direitos.

4.2 A QUESTÃO DA PROCRIAÇÃO

Fixada a premissa de que é possível o casamento ou a constituição de união estável para os transgêneros sob os mesmos requisitos e tratamento previsto em lei para o casamento civil ou para a união estável entre pessoas cisgênero, é imperioso deixar claro, mais uma vez, quais são as finalidades de constituição de família, conforme o Código Civil vigente e a Constituição Federal de 1988.

Como já exaustivamente explorada, a finalidade principal das famílias, para o entendimento atual e eudemonista de família, segundo o qual unidades familiares são ligadas pelo vínculo de afeto e marcadas pela liberdade – tanto para sua origem, quanto para o seu fim (que indubitavelmente é possível) – é a emancipação de seus membros, com o alcance, por todos, da felicidade.

Nessa esteira, já não se entende mais como finalidade do matrimônio e muito menos para constituição de união estável, a reprodução. Assim, é irrelevante para o reconhecimento de uma família, a capacidade reprodutiva do casal que propõe a casar-se ou a unir-se em união estável. Mas não é só. Para além de ser irrelevante a capacidade ou incapacidade reprodutiva, o desejo de procriar também não é pressuposto para formação de uma família.

Deste modo, a questão reprodutiva passou a ser entendida como uma escolha do casal, no exercício de sua autonomia pessoal e de sua liberdade, incluído neste contexto o comando constitucional segundo o qual apenas cabe ao Estado interferir com políticas públicas que informem e orientem a população em direção a um planejamento familiar adequado (artigo 226, §7º) não podendo, assim, exigir que tenham ou deixem de ter filhos ou determinar quantos filhos ou de qual gênero deverão ser os filhos do casal.

Destarte, um casal que não manifeste vontade de ter filhos pode casar-se, independentemente de serem os nubentes férteis ou estéreis, do mesmo modo que duas pessoas que não podem procriar, embora assim desejem, também podem casar ou constituir união estável. É o caso, por exemplo, do casamento ou união entre pessoas homossexuais, do casamento ou união de transexuais, ou do casamento ou da união de pessoas que, por qualquer

elemento da vida, não possam ter filhos – como a idade avançada dos nubentes ou conviventes, ou mesmo, argumento de ordem biológica pelo qual não possam gerar filhos, como a infertilidade.

A função reprodutora tanto não é finalidade para constituição de família, que a lei brasileira prevê a possibilidade de casamento *in extremis* (artigos 1.540 a 1.542 do Código Civil) caso em que nem mesmo é possível a manutenção de relações sexuais, quem dirá, geração de prole.

Apointa Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 46), citando Washington de Barros Monteiro, que se ainda se adotasse no Brasil como pressuposto do casamento ou da união estável o objetivo de procriação e perpetuação da espécie, ter-se-ia que “concluir pela anulação de todos os casamentos em que não [se] advenha prole, conclusão profundamente perturbadora da estabilidade do lar e da segurança da família”.

Na linha da dispensabilidade da capacidade de procriação como pressuposto de constituição de família, entende Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2018, p. 59) que:

“Na atualidade, [...] a procriação não deve mais ser vista como finalidade precípua do casamento. Razões de ordem médica, aliado à fruição do direito à autonomia pessoal e à liberdade de escolha, direitos personalíssimos, amparada no princípio da paternidade responsável faz com que o casal possa optar por não ter filhos, não invalidando por esta razão a higidez do casamento celebrado”.

No mesmo passo, Maria Berenice Dias (2016, p. 230) sustenta que:

“[...] A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família, [de modo que] a família já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação. O movimento de mulheres, a disseminação dos métodos contraceptivos e o surgimento da reprodução assistida fizeram com que esse tríplice pressuposto deixasse de balizar o conceito de família”.

Uma vez clarificado que a geração de prole não é mais, como o era na vigência do Código Civil de 1916, finalidade precípua da constituição de famílias, é sobrelevante alertar que para aqueles casais que optam por ter filhos, atualmente existem outros caminhos para alcançar este desejo, que não

apenas a reprodução “natural”, isto é, biológica, que somente é possível entre homens e mulheres cisgêneros e férteis.

É o que salienta Leandro Cunha (2014, p. 251/252):

“A questão da impossibilidade de procriar vinculada ao casamento hoje se mostra um tanto quanto mitigada ao se considerar a possibilidade de que esta tenha por base os procedimentos de inseminação artificial bastante difundidos na sociedade moderna, além do fato de que nem todo aquele que se casa tem a intenção de ter filhos, ou mesmo a viabilidade da adoção”.

Ante o exposto, mister anotar que ainda que a finalidade precípua das famílias fosse a geração de filhos, os casais homoafetivos, os casais formados por transexuais ou mesmo, aqueles constituídos por pessoas que por qualquer sorte não pudessem gerar filhos do modo biológico, seriam capazes de alcançar este objetivo através da assistência da medicina moderna ou da atitude de adotar, sem que diferença alguma houvesse na filiação, tendo em vista que, como já explorado, após a Constituição de 1988, não se admite tratamento diferenciado para com os filhos, que resguardam todos os mesmos direitos.

Nesse sentir, ressalta Leandro Cunha (2014, p. 290):

“De se notar que a reprodução assistida é uma das poucas soluções que restam aos transexuais e intersexuais que buscam a paternidade, vez que no mais das vezes não reúnem condições de procriação pelas vias ordinárias ante a natureza da questão que enfrentam”.

Com efeito, o casal formado por transgêneros, em especial, aquele formado por transexuais, pode vir a ter filhos, se assim desejar, valendo-se da adoção ou de métodos de reprodução assistida, inclusive por meio de “barriga de aluguel”, conforme a Resolução nº 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina.

Assevera o já citado Autor, Leandro Cunha (2014, p. 291) que:

“Neste contexto é possível conceber a ideia de que o transexual venha a extrair espermatozoides ou óvulos antes da realização da intervenção cirúrgica, com o objetivo de posteriormente ter a experiência de um filho, ainda que valendo-se de inseminação artificial para tanto, seja na modalidade homóloga (valendo-se de espermatozoide e óvulo dos futuros pais) ou heteróloga (utilizando de ao menos uma parte de material genético alheio)”.

Especial atenção, no entanto, deve ser deslindada na hipótese de ser o casal integrado por um transexual operado e uma pessoa cisgênero. Quanto à possibilidade de gerar filhos, em nada há de diferente para esse casal nas opções que têm de procriar. Ou seja, podem optar por adotar ou valer-se de inseminação artificial. Todavia, celeuma existe quando se trata de hipótese em que a pessoa cisgênero da relação afetiva desconhece o fato de que seu (sua) parceiro (a) passou pelo processo de redesignação sexual, de modo que a impossibilidade de ter filhos gerados de modo biológico decorre da transgenitalização desconhecida.

Há, nesta perspectiva, quem avenge a impossibilidade de gerar filhos como um de outros argumentos aptos a invalidar eventual casamento ou união estável, por considerar que há quebra da boa-fé objetiva (requisito contratual implícito e obrigatório), bem como dos deveres de consideração e respeito – no matrimônio – ou do dever de lealdade - no caso da união estável.

Desta maneira, o fato de o parceiro (a) cisgênero desconhecer a transexualidade do cônjuge ou convivente, o leva também a desconhecer a impossibilidade de gerar filhos consanguíneos do modo reprodutivo “natural”, e isto seria elemento forte o suficiente para invalidar a relação afetiva construída, porque se nega a ele a possibilidade de ter filhos e a “a paternidade, em seu sentido genérico, é vista por muitos como um objetivo de vida, um sonho e até mesmo como uma forma de manter-se vivo após a morte, através de sua descendência” (CUNHA, 2014, p. 289).

Todavia, é imprescindível que se ressalte que, nesta hipótese, negativa geral não há quanto a possibilidade de prole, pois remanesce a opção pela adoção ou pela inseminação artificial. Trata-se de mesma situação fática em que incorre um casal de cisgêneros que não podem ter filhos pelo fato de um ou de outro ser infértil. Neste caso, a impossibilidade de procriar de modo biológico não é suficiente para invalidar o casamento ou a união estável, de modo que não deverá sê-lo também na hipótese do casal formado pelo transgênero e pela pessoa cis, sob pena de assentar tratamento jurídico anti-isonômico fundamentado apenas no preconceito e numa necessidade punitiva para com o transexual.

Quanto aos argumentos de quebra dos deveres do matrimônio ou da união estável, é necessário examiná-los em perspectiva de sopesamento entre eles e o direito personalíssimo dos transexuais à intimidade e à sexualidade, à autonomia pessoal e possibilidade de escolha, bem como seu direito fundamental à vida digna e livre de preconceitos.

4.3 A QUEBRA DA BOA-FÉ OBJETIVA E DOS DEVERES DE CONSIDERAÇÃO E RESPEITO MÚTUOS E DE LEALDADE vs. A AUSÊNCIA DO DEVER DE INFORMAR

É inquestionável o fato de que, qualquer constituição familiar, inclusive a que surge do casamento ou da união estável, deve ser fundamentada, para além do afeto especial, numa relação de honestidade e confiança entre os seus pares, tendo em vista que a proximidade que os une, os eleva a uma convivência de alto nível de intimidade.

É nesta perspectiva, inclusive, que o Código Civil vigente, ao tratar dos deveres oriundos do matrimônio, estabelece o dever de consideração e respeito de um cônjuge em face do outro (artigo 1.566, inciso V), ao passo que ao cuidar da união estável, determina o dever de lealdade mútua entre os conviventes (artigo 1.724).

Antes de adentrar no problema proposto como cerne deste tópico do trabalho, é imprescindível fazer alguns apontamentos de ordem técnica, a fim de melhor compreensão do sopesamento que será proposto ante a análise de uma suposta quebra da confiança na relação afetiva, em contrapartida ao exercício de direitos personalíssimos pelo consorte ou convivente transexual.

Isto posto, primeiramente é preciso tornar claro qual é a natureza jurídica do casamento e qual é a natureza jurídica da união estável. Com efeito, é imperioso entender o que é o matrimônio para o Direito, bem como o que é a união estável para o ordenamento jurídico.

Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 36/39), na tentativa de conceituar o matrimônio, referencia em sua obra o conceito elaborado por diversos autores.

José Lamartine Corrêa de Oliveira é um deles e conceitua o casamento como “negócio jurídico de Direito de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial”. Por seu turno, Pontes de Miranda estabelece que “casamento é contrato de direito de família que regula a união entre marido e mulher”. Josserrand, de outro lado, entende o casamento como “a união do homem e da mulher, contraída solenemente e de conformidade com a lei civil”.

Muito embora os conceitos acima arrolados coincidam no erro de considerar, ainda, o casamento somente como a união entre um homem e uma mulher, trazem consigo o acerto de atribuí-lo caráter contratual. Assim, inegável é que o casamento, para o Direito, é um contrato, ainda que não seja um contrato como qualquer outro, compondo um contrato especial de Direito de Família.

Houve, historicamente, três correntes doutrinárias que tentaram explicar a natureza jurídica do casamento: a clássica, a institucional e a eclética ou mista. O entendimento segundo o qual o matrimônio é um contrato especial, porque a vontade dos consortes é exercida no contorno de normas jurídicas cogentes, de natureza de ordem pública, sendo assim, ato complexo de natureza tanto contratual como institucional, é o encabeçado pela corrente eclética e o adotado nos dias de hoje. Não restam dúvidas, portanto, que o casamento é negócio jurídico, contratual e solene, que para ocorrer validamente e de fato existir tem de obedecer às normas jurídicas imperativas que regem o rito do matrimônio (GONÇALVES, 2016, p. 39/42).

Flávio Tarturce (2019d, p. 05) sintetiza a natureza jurídica do casamento conforme a concepção eclética, da seguinte forma:

“[...] Nesse sentido, somos filiados à corrente doutrinária mista ou eclética, segundo a qual o casamento seria uma instituição quanto ao conteúdo, tendo natureza contratual apenas na sua formação. [...] Diante de regras especiais para a sua constituição, o casamento seria um negócio jurídico *sui generis*, especial”.

Ao revés, no tocante à sua origem, caminha um pouco diferente a união estável, tendo em vista que surge de um simples fato que é a convivência, tornando-se ato jurídico quando desta convivência entre pessoas com vistas a

constituir família, surgem os direitos e deveres reservados ao que o Código Civil denominou união estável (DIAS, 2016, p. 412).

É bem verdade que podem os conviventes levar sua união estável ao reconhecimento do Estado e que podem firmar o contrato de convivência para estipular os termos da união e do regime de bens, mas não necessariamente este contrato acompanha o momento de origem da relação contínua, pública e duradoura, tendo em vista que pode ser firmado a qualquer tempo. É nesse sentido que, Maria Berenice Dias (2016, p. 412), citando Paulo Lôbo, entende a união estável como ato-fato jurídico, “por não necessitar de qualquer manifestação ou declaração de vontade para que produza efeitos jurídicos”.

Estabelecendo um paralelo entre o casamento e a união estável, aponta a referida Autora que enquanto o casamento tem termo inicial marcado pela chancela do Estado, a união estável não tem origem definida. Ela nasce de uma convivência de comprometimento mútuo, duradoura e pública, e, aos poucos, deixa de ser união livre, para se tornar amarrada às regras do Estado, na busca pela legitimidade, o que leva a uma situação de total simetria entre o casamento e a união estável (DIAS, 2016, p. 413).

É dessa simetria entre casamento e união estável que Nicolau Eládio Bassalo Crispino (2018, p. 02) conceitua união estável como a “relação existente entre um homem e uma mulher, sendo duradoura, pública e contínua, formada com o escopo principal de constituir família, como se casados fossem”.

Uma vez fixado que, embora institutos que têm origem distintas, os efeitos jurídicos da união estável e do casamento têm sido tratados de maneira equiparada, também as normas que tratam especificamente do casamento são observadas pela união estável, no que for possível, como se dá com os impedimentos do matrimônio e com o estabelecimento de deveres similares, quais sejam, o dever de consideração de um lado, e o dever de lealdade, do outro, não sendo errado tratar da união estável também como negócio jurídico contratual (TARTUCE, 2019d, p. 04).

Destarte, sendo tanto a união estável, como o matrimônio, negócios jurídicos, deles decorrem, para além dos deveres específicos de consideração

e respeito, e lealdade, o dever de agirem os cônjuges ou conviventes com boa-fé.

No Direito brasileiro atual, a boa-fé se subdivide em subjetiva e objetiva, sendo a boa-fé objetiva uma cláusula geral presente em todos os negócios jurídicos, notadamente nos contratos (HIRONAKA, 2002, p. 07).

Abordando a origem deste instituto no Direito, Flávio Tartuce (2019d, p. 03) explica que a subjetivação da boa-fé teve origem na Europa, com a recepção de conceitos do Direito Romano, estando ligada antes a um conceito ético do que ao universo jurídico técnico (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 116).

Por sua vez, a boa-fé objetiva encontrou raiz no Direito Alemão, traduzida na fórmula “Treu und Glauben”, pela qual se concebia enquanto norma a ser observada em todas as relações jurídicas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 116), tendo com o jusnaturalismo sido associada frequentemente a conduta dos negociantes, o que a tornou especialmente sensível ao ramo dos contratos (TARTUCEd, 2019, p. 03).

Dessa maneira, a boa-fé subjetiva está relacionada muito mais ao campo da consciência das pessoas envolvidas no negócio jurídico – ramo subjetivo e que por isso é muito difícil de fazer prova. Refere-se a um estado de ânimo ou de espírito do agente, em que se desconhece vício que macula o negócio, agindo em ignorância (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 118).

A boa-fé objetiva, por seu turno, consiste em regra de comportamento, reverberando a conduta que é razoável se esperar do homem médio durante o negócio jurídico. Deste modo, visa garantir a estabilidade e a segurança dos negócios jurídicos, uma vez que ceta e tutela a expectativa dos contraentes de que a parte adversa do negócio aja cumprindo com as obrigações assumidas na avença (HIRONAKA, 2002, p. 07/08).

Nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2019, p. 120):

“Consiste [a boa-fé objetiva] em um princípio vinculado a uma imprescindível regra de comportamento, umbilicalmente ligada à eticidade que se espera seja observada em nossa ordem social”.

Assim sendo, com a boa-fé objetiva, o que se requer das partes de um negócio jurídico é que ajam com o respeito e lealdade que se espera do homem comum, cumprindo com o que se obrigaram mutuamente ao celebrar o negócio.

Frequentemente a boa-fé objetiva é ligada ao que a doutrina denomina “deveres anexos”, tendo em vista que os referidos deveres, uma vez observados, asseveram o cumprimento da boa-fé objetiva. Logo, descumprido um destes deveres, quebrada estará a boa-fé objetiva. Por outro lado, observados estes, preservada ela estará.

Explica Giselda Hironaka (2002, p. 09) que:

“Da consagração da boa-fé objetiva, nas relações [...] decorrem principalmente os deveres de informação, de colaboração e de cuidado, somatória que realiza a insofismável verdade que, em sede contratual, se lida com algo bem maior que o simples sinalagma, mas se lida com pressupostos imprescindíveis e socialmente recomendáveis, como a fidelidade, a honestidade, a lealdade, o zelo e a colaboração”.

Não obstante, salienta Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2019, p. 123/126) que os deveres anexos à boa-fé objetiva não podem ser considerados taxativos, exemplificando-os como os deveres de: a) lealdade e confiança recíprocas; b) assistência; c) informação; d) sigilo ou confidencialidade.

Ante o exposto, considerando que tanto o casamento como a união estável são contratos, ainda que contratos especiais de Direito de Família, é inafastável a observância da boa-fé objetiva na relação estabelecida entre os consortes ou conviventes, sendo certo que os deveres anexos de lealdade e confiança recíproca são sensíveis ao compromisso de elevado nível de confiança mútua que indiscutivelmente caracteriza a formação de entidade familiar.

Nesse passo, mister pontuar que os deveres específicos do casamento e da união estável coincidem com os deveres anexos da boa-fé objetiva, não se podendo deixar de frisar, então, que o descumprimento do dever de consideração e respeito mútuo, representado no dever de confiança recíproca, bem como a inobservância do dever de lealdade, leva a quebra da boa-fé objetiva nas relações jurídicas do Direito de Família.

Isto e a consequência determinante para a quebra da boa-fé objetiva no negócio jurídico é asseverado por Maria Berenice Dias (2016, p. 295) nas seguintes palavras:

“A quebra dos deveres [do casamento e da união estável] vem sendo considerada violação à boa-fé objetiva, lesando a legítima confiança que um deposita no outro. Este é o fundamento invocado nas ações de indenização por dano moral, que tem abarrotado os tribunais”.

O dever de consideração e respeito mútuo, previsto no artigo 1.566 do Código Civil para o casamento, nada mais é do que a exigência de que os cônjuges estabeleçam entre si relação de extrema confiança, partilhando a vida com solidariedade. Por sua vez, o dever de lealdade nas uniões estáveis, previsto no artigo 1.724 do Código Civil, anda pelo mesmo caminho, reservando para os conviventes relação de confiança mútua e respeito (DIAS, 2016, p. 303/304).

Destarte, os deveres anexos de lealdade e confiança recíproca, no contexto da boa-fé objetiva, segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2019, p. 124) representam “a fidelidade aos compromissos assumidos” e inferem

“o estabelecimento de relações calcadas na transparência e enunciação da verdade [...], bem como sem omissões dolosas [...] para que seja firmado um elo de segurança jurídica calcada na [...] explicitação, mais clara possível, dos direitos e deveres de cada um”.

Por sua vez, o dever anexo de informação, recai na “obrigação de comunicar à outra parte todas as características e circunstâncias do negócio” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 126), de modo que, no campo do Direito das Famílias, implica na obrigação dos conviventes ou dos consortes de serem transparentes e não omitirem informações relativas ao objetivo de constituir família.

Levando em consideração (1) a boa-fé objetiva dos contratos e (2) os deveres especiais de lealdade, consideração e respeito mútuos nas relações de família, há parcela da Doutrina sustentando que o silêncio do consorte ou companheiro transexual, que opta por não revelar, ao seu parceiro, ter passado pela redesignação sexual, consiste em conduta que quebra a relação de confiança mútua necessária às entidades familiares e ao casamento e à união estável enquanto negócios jurídicos.

Todavia, o exame da questão da escolha do transexual ou do intersexual de não revelar seu passado ao companheiro ou consorte não pode ser limitada à análise, apenas, da quebra da boa-fé objetiva.

É bem verdade que as relações familiares, como vem sendo ressaltado em todo este trabalho, é marcada pela necessidade de confiança mútua entre os membros. Coisa muito diferente, contudo, é exigir-se que, pelo casamento ou pela união estável, os consortes ou conviventes abdicuem de sua intimidade, ao ponto de fixar acesso irrestrito do outro, a todos os aspectos de sua vida (CUNHA, 2019, p. 03).

Em outras palavras, afirmar que as entidades familiares devem ser marcadas por uma relação mútua de confiança entre os sujeitos, não é o mesmo que negar qualquer esfera de individualidade para os conviventes ou cônjuges, refutando-lhe o direito de escolher manter consigo aspectos de sua intimidade que não deseja tornar público a quem quer que seja (CUNHA, 2019, p. 09).

Se o contrário fosse, se estaria cerceando a liberdade e o pleno exercício dos direitos da personalidade do consorte transexual, “ressaltando-se que o casamento gera vínculo entre os cônjuges, porém não tem o poder de privá-los de exercer seus direitos humanos em sua total plenitude” (CUNHA, 2014, p. 330).

Ante o exposto, para examinar os efeitos jurídicos do silêncio do transexual a respeito de sua sexualidade nas relações de família, é preciso sopesar a suposta quebra da boa-fé objetiva – norma-princípio que norteia as relações jurídicas de Direito Privado – com o exercício dos direitos personalíssimos do transexual à intimidade, à liberdade, à vida digna e feliz, bem como à sua autonomia pessoal.

Ao afirmar que existe uma suposta quebra da boa-fé objetiva, questiona-se se, de fato, quando o transexual deixa de informar ao seu (sua) parceiro (a) a sua transexualidade, há quebra do dever geral de confiança do casamento ou da união estável. Como salientado, os deveres de respeito e consideração mútuos, bem como o dever de lealdade, perpassam pela finalidade comum do casal de estabelecer relação afetiva de solidariedade e assistência, bem como

de respeito um ao outro, revelado na observância dos compromissos assumidos com o matrimônio ou com a união estável.

Isto posto, pugna-se neste trabalho que o transexual que opta por não revelar a sua identidade de gênero, não quebra com o dever de confiança ou o de informação requerido para a constituição de família, tendo em vista que essa conduta não representa o seu descompromisso com a finalidade precípua da entidade familiar, que é, em torno do afeto, viver-se em comunhão de vida. Ademais disso, o que não se informa é muito mais ligado à personalidade e intimidade do sujeito, do que aos requisitos imprescindíveis para a celebração do casamento ou da união estável.

Ser o companheiro ou cônjuge transexual ou não sê-lo, em nada modifica o compromisso firmado com o casamento ou com a união estável de comunhão de vida e solidariedade familiar, em que se obrigam os sujeitos a serem referências de assistência, cuidado e afeto na vida um do outro, não havendo mentira ou omissão dolosa: aquele que se casa com uma mulher trans ou com um homem trans, acreditando estar casando ou contraindo união estável com um homem ou uma mulher, de fato está celebrando união com um homem ou uma mulher. Não há mentira ou engano no que é “prometido”, “[...] mormente se se considerar que o casamento se deu em decorrência de quem é a pessoa hoje, e não de sua realidade de gênero incompatível anterior” (CUNHA, 2014, p. 331).

Contudo, ainda que assim não se entenda, seguindo a corrente doutrinária que compreende o silêncio acerca da transexualidade como conduta que quebra a boa-fé objetiva, não é possível se sustentar a possibilidade de dano moral ou mesmo de anulação do casamento, tendo em vista o imprescindível sopesamento entre o direito personalíssimo à intimidade *versus* a quebra da boa-fé objetiva.

Neste passo, ressalva Leandro Reinaldo da Cunha (2019, p. 11):

“Reitera-se que não se questiona que há de existir boa-fé entre os nubentes e os que pretendem estabelecer uma união estável, contudo não se apresenta como plausível pugnar que tal concepção deva prevalecer a um direito da personalidade”.

A respeito do sopesamento, incumbe lembrar que esta técnica de ponderação foi criada por Robert Alexy, professor da Universidade de Kiel, na Alemanha, no contexto de colisão entre direitos fundamentais, em que princípios se sobrepujam no caso concreto. Interessante, também, anotar que essa técnica foi amplamente adotada no Brasil e gerou frutos, tendo evoluído para um verdadeiro sistema de ponderação “à brasileira”, previsto no artigo 489, §2º do Código de Processo Civil, e que se destina a colisão entre normas-regras (TARTUCE, 2016).

Não obstante, como já salientado neste trabalho, o direito à identidade de gênero é um direito da personalidade, que abarca consigo, ainda, o direito personalíssimo à experiência livre de sexualidade, à intimidade (esfera mais específica da privacidade) e o direito personalíssimo (e fundamental) à vida digna.

Enquanto direitos fundamentais e personalíssimos, quando em contraste com o direito à preservação da boa-fé objetiva, de ordem contratual, é irrefutável que a conduta do transexual de guardar para si sua identidade de gênero afasta qualquer consequência jurídica, notadamente, o dano moral e a anulação do casamento ou da união estável, uma vez que é de maior valia para o Ordenamento Jurídico evitar a violação de direitos fundamentais e personalíssimos, do que preservar direito meramente contratual, ainda que seja a boa-fé objetiva um princípio do Direito Privado.

É isso que defende o referido autor em distintas obras:

“Em uma contraposição de princípios, colocado de um lado o princípio da boa fé entre os nubentes e, de outro, o direito a dignidade da pessoa humana, com todos seus desdobramentos (proteção da intimidade, direito ao esquecimento, busca da felicidade), é de se entender pela prevalência destes, como uma modalidade de princípio superior. [...] Ousa-se ainda afirmar que em um embate entre a dignidade da pessoa humana do transexual e a proteção clássica de família há que prevalecer aquele em face deste, já que as pessoas podem viver sem a família, contudo o sujeito sem o respeito a sua dignidade pode perder a vida, o que é evidentemente muito mais grave” (CUNHA, 2014, p. 331/332).

“Tendo por base os parâmetros atuais do direito civil, norteados pelos princípios constitucionais, pontuamos ser patente a prevalência do ser humano e de caracteres que visam garantir a sua primazia e relevância perante qualquer outra concepção

jurídica, ainda mais uma de origem contratual. Se o direito à intimidade integra o direito à privacidade, inserido entre os direitos da personalidade que tem por escopo albergar aqueles preceitos nucleares e inafastáveis para a existência do ser humano, é solar a conclusão de que estes precisam e merecem ser elevados a condição de prioridade especial e, assim, prevalecer” (CUNHA, 2019, p. 11).

Nesse sentir, conclui-se favoravelmente ao entendimento de que o silêncio do transexual a respeito de sua transgenitalização é, antes de consistir numa suposta quebra da boa-fé objetiva, o exercício do direito personalíssimo à intimidade, à vida digna, à identidade de gênero e à autonomia pessoal (considerando que não se pode, numa perspectiva constitucional de defesa da dignidade do ser humano, tolher-lhe a possibilidade de escolher o que deseja tornar público sobre sua vida), de modo que não poderá o transgênero ser punido por exercer direito que lhe é garantido e albergado na Magna Carta do Brasil.

Caberia, então, ao cônjuge ou convivente que se sentisse ofendido pela descoberta, apenas a dissolução do vínculo estabelecido, salientando-se que não há necessidade de motivação para o divórcio ou para a dissolução da união estável (CUNHA, 2014, p. 262).

Por isso é também que não se sustenta a possibilidade de anulação do casamento por erro essencial sobre a pessoa do cônjuge, na hipótese de matrimônio entre pessoa cisgênero e transexual, nem tampouco assiste razão à possibilidade de dano moral pelo descumprimento da boa-fé objetiva.

4.4 O DESCARTE DA HIPÓTESE DE ANULAÇÃO DO CASAMENTO POR ERRO ESSENCIAL SOBRE A PESSOA DO CÔNJUGE

Para entender o que é anulação do casamento causada por erro essencial sobre a pessoa do cônjuge, é preciso primeiro compreender o que são os defeitos do negócio jurídico e o plano de validade dos fatos jurídicos.

Destarte, o fato qualquer da vida, que interfira no relacionamento inter-humano, isto é, que altere o equilíbrio da posição do homem diante de outros homens, intervindo em seu convívio social, é dotado de relevância para o

Direito e pela comunidade jurídica transformado em fato jurídico. Enquanto fato jurídico, se diferencia de um fato não jurídico, porque aprioristicamente é capaz de produzir efeitos jurídicos, como direitos, obrigações, pretensões e deveres (MELLO, 2014, p. 40/43).

Por sua vez, pode ser classificado como lícito ou ilícito, ato-fato, fato jurídico “strictu sensu”, ato jurídico “lato sensu” e ato jurídico “strictu sensu” (GONÇALVES, 2018, p. 157/158).

Considerando que no presente trabalho estudamos as relações familiares, tendo sido fixado que o casamento e a união estável são negócios jurídicos, é sobrelevante explicitar que os negócios jurídicos estão classificados dentro do alcance dos atos jurídicos lato sensu, porque estão relacionados a condutas humanas cuja manifestação de vontade é imprescindível e também relevante para sua existência (GONÇALVES, 2018, p. 157/158).

Ambientado no mundo jurídico, o fato é observado em três diferentes prismas: sua existência, sua validade e sua eficácia. Assim, o existir independe, completamente, de que o fato seja também válido ou eficaz: a existência é pressuposto tanto para a validade quanto para a eficácia, mas o contrário não é verdadeiro (GONÇALVES, 2018, p. 172).

Estar ambientado no mundo jurídico implica em ter sido o fato descrito em norma. A descrição do fato em dispositivo normativo do Ordenamento corresponde ao suporte fático hipotético da norma. Uma vez ocorrido o evento ou a conduta humana (fato) no mundo real, teremos o suporte fático hipotético transformado em suporte fático concreto, e o fenômeno da juridicidade, pelo qual se fará existente o fato jurídico (MELLO, 2014, p. 81; 90/96; 116; 147/148).

Disso se observa que para o fato jurídico existir, é necessário que a incidência normativa recaia sobre suporte fático de modo suficiente. Por seu turno, para que o fato jurídico além de existente, seja também válido, é necessário que para além de incidir a norma sobre suporte fático de forma suficiente, se dê de forma perfeita. É isso que sustenta Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 172) ao afirmar que

“No plano da existência não se indaga da invalidade ou eficácia do negócio jurídico, importando apenas a realidade da existência. Tal ocorre quando este sofre a incidência da norma

jurídica, desde que presentes todos os seus elementos estruturais. Se faltar, no suporte fático, um desses elementos, o fato não ingressa no mundo jurídico: é inexistente. [...] O ato existente deve passar por uma triagem quanto à sua regularidade, para ingressar no plano da validade, quando então se verificará se está perfeito ou se encontra eivado de algum vício ou defeito inviabilizante. O preenchimento de certos requisitos fáticos, como a capacidade do agente, a licitude do objeto e a forma prescrita em lei, é indispensável para o reconhecimento da validade do ato [...].”

Assim, a imperfeição ou deficiência do suporte fático concreto é que gera a invalidade do fato jurídico, que existe – pois seu suporte fático foi preenchido suficientemente – mas é inválido – porque apesar de preenchido suficientemente, o foi de forma deficiente (MELLO, 2013, p. 41/46).

O que significa, todavia, preencher o suporte fático de modo suficiente? Ter o suporte fático concreto sido preenchido pela incidência da norma, de forma suficiente, implica em ter sido os elementos nucleares ou estruturais deste suporte, cumpridos (MELLO, 2014, p. 93/107).

Por sua vez, preencher o suporte fático concreto de modo deficiente ou imperfeito significa não terem sido observados todos os elementos complementares do suporte fático (MELLO, 2014, p. 93/107).

Para que um negócio jurídico, enquanto ato jurídico cuja vontade é elemento imprescindível e relevante do suporte fático hipotético, exista, é necessário que haja o preenchimento dos elementos nucleares: sujeitos (agentes emissores de vontade), manifestação de vontade, forma e objeto (MELLO, 2013, p. 58/73).

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 173):

“Os requisitos de existência do negócio jurídico são os seus elementos estruturais, sendo que não há uniformidade entre os autores sobre a sua enumeração. Preferimos dizer que são os seguintes: a declaração de vontade, a finalidade negocial e a idoneidade do objeto. Faltando qualquer deles, o negócio inexistente”.

Observa-se, entretanto, que para o referido autor, a forma é elemento de validade e não de existência (GONÇALVES, 2018, p. 179).

Por outro lado, para que o negócio exista validamente, é necessário que os elementos complementares do suporte fático sejam atendidos, sendo as pessoas envolvidas na relação jurídica, capazes e legitimadas; sendo a

vontade manifestada de forma livre e não viciada (de boa-fé); sendo a forma prescrita ou não defesa em lei; e o objeto, lícito, possível, determinado ou determinável (MELLO, 2013, p. 58/73).

Nesse passo, Carlo Roberto Gonçalves (2018, p. 176) explica que:

“Para que o negócio jurídico produza efeitos, possibilitando a aquisição, modificação ou extinção de direitos, deve preencher certos requisitos, apresentados como os de sua validade. Se os possui, é válido e dele decorrem os mencionados efeitos, almejados pelo agente. Se, porém, falta-lhe um desses requisitos, o negócio é inválido, não produz o efeito jurídico em questão e é nulo ou anulável”.

Destarte, partindo-se da premissa de que somente se examina a validade de fatos jurídicos cuja vontade seja imprescindível e relevante, pode-se afirmar que a validade é a adjetivação do ato jurídico (MELLO, 2013, p. 33/41).

A invalidade do ato jurídico implica em pelo menos um dos elementos complementares não ter sido cumprido, assegurando-se, com a imputação de um ato jurídico como inválido, a integridade do ordenamento jurídico, uma vez que aqueles que praticaram o ato sem atender às exigências normativas, serão impedidos de alcançar os resultados práticos que o ato válido possibilitaria. Reputar o ato jurídico como inválido, é, assim, punir aquele cuja conduta infringiu as normas jurídicas (MELLO, 2013, p. 50/53).

A invalidade do ato jurídico é classificada, no Brasil, em dois níveis de gravidade: a nulidade e a anulabilidade, sendo a primeira a mais grave e a segunda, mais branda (MELLO, 2013, p. 94/99).

Quanto à manifestação de vontade livre e não viciada (de boa-fé), pressuposto necessário para a validade dos atos jurídicos, é necessário anotar que o negócio jurídico pode a vir a ter sua validade afastada, se ocorrido qualquer defeito do negócio jurídico, notadamente as espécies de vício de consentimento.

A esse respeito, salienta Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 196) que:

“A declaração de vontade é elemento estrutural ou requisito de existência do negócio jurídico. Para que este seja válido, todavia, é necessário que a vontade seja manifestada livre e espontaneamente. Pode acontecer, no entanto, que ocorra algum defeito na sua formação ou na sua declaração, em

prejuízo do próprio declarante, de terceiro ou da ordem pública. [...] Os referidos defeitos, exceto a fraude contra credores, são chamados de vícios do consentimento porque provocam uma manifestação de vontade não correspondente com o íntimo e verdadeiro querer do agente. Criam uma divergência, um conflito entre a vontade manifestada e a real intenção de quem a exteriorizou”.

Isto posto, são vícios de consentimento aptos a gerar a nulidade ou a anulabilidade dos negócios, conforme for a hipótese, o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo e a lesão (MELLO, 2013, p. 182/190).

O erro, por sua vez, é o descompasso entre a vontade manifestada de forma livre e consciente do sujeito, e a sua manifestação. Ou seja, a vontade que se tem, é, por algum motivo, diferente da vontade que se é manifestada, de modo que a vontade exteriorizada é uma falsa representação da vontade real (GONÇALVES, 2018, p. 197).

Ocorre que o erro, para acarretar a anulabilidade do negócio jurídico, tem que ser substancial, isto é, erro sem o qual o negócio jurídico não teria sido realizado ou teria sido realizado de forma diferente.

Define Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 197) que:

“Não é qualquer espécie de erro que torna anulável o negócio jurídico. Para tanto, segundo a doutrina tradicional, deve ser substancial, escusável e real. [...] Erro substancial ou essencial é o que recai sobre circunstâncias e aspectos relevantes do negócio. Há de ser a causa determinante, ou seja, se conhecida a realidade o negócio não seria celebrado”.

É nesse sentido, por exemplo, que o erro grosseiro não é considerado invalidante, bem como o erro de cálculo. O erro substancial é aquele que pode ser escusado, porque relacionado à natureza do negócio, à identidade ou à qualidade essencial do objeto, à identidade ou à qualidade essencial da pessoa, ao falso motivo determinante do negócio ou ao exercício de um direito (MELLO, 2013, p. 198/206).

O Direito de Família, ao tratar do plano da validade apresenta regramento próprio, que em alguns casos foge à regra principal do direito civil, pela qual, por exemplo, os atos nulos não são capazes de produzir efeitos, tendo em vista que o casamento putativo, em que pese objeto de nulidade, é capaz de produzir alguns dos efeitos pretendidos com o matrimônio.

Muito embora dotado de tratamento um tanto diferenciado, não se desvia o Direito de Família, no que se refere ao casamento, aos vícios de consentimento. Assim é que prevê, como causa de anulabilidade do matrimônio, o erro essencial sobre a pessoa do cônjuge, nos artigos 1.556 e 1.557 do Código Civil vigente.

Nos termos do artigo 1.557, se compreende erro essencial sobre a pessoa do cônjuge:

I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;

III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência;

Nesse sentido, é que grande parcela da Doutrina, entre eles Luiz Alberto David Araújo, Elimar Szaniawski e Tereza Rodrigues Vieira, entendem pela possibilidade de anulação do casamento, quando o consorte transexual tiver omitido de seu cônjuge sua identidade de gênero, por considerar que o silêncio dele leva o outro parceiro a erro quanto a sua identidade, que uma vez descoberta, torna insuportável a manutenção da vida em comum do casal (CUNHA, 2014, p. 247/248).

Com efeito, considerando que o erro essencial ou erro substancial é aquele que se não existisse, o negócio jurídico não teria sido celebrado, o que esta parcela da Doutrina defende com a anulação do casamento nesta hipótese, é que a identidade de gênero do cônjuge transexual, uma vez descoberta, é forte o suficiente para desfazer o matrimônio como se ele nunca tivesse existido, estando, assim, acima do afeto que deu origem ao relacionamento amoroso. Em outras palavras, defende-se que a transgeneridade do consorte é mais forte do que o amor que enseja a família.

Nesse sentido entende Flávio Tartuce (2019c, p. 153), para quem é exemplo de erro essencial sobre a pessoa do cônjuge, o casamento celebrado com transexual operado que não revelou sua situação anterior, tendo em vista que a descoberta posterior torna insuportável a vida em comum do nubente “enganado”.

Data vênia, o entendimento aqui aplicado vai de encontro ao posicionamento do citado autor, inferindo-se que o vínculo afetivo que une os consortes e os levam a convolar matrimônio é baseado não na constituição biológica de seus corpos, mas sim, na plenitude do que aquela pessoa com a qual se resolveu casar, representa na vida do outro, nos sentimentos que foram desencadeados desde que se conheceram até decidirem se casar e nos planos de vida que fizeram juntos.

Isso é o que também sustenta Leandro Cunha (2014, p. 248/249), referenciando Paulo Roberto Lotti Vecchiatti:

“[...] Paulo Roberto Lotti Vecchiatti entende que não seria hipótese de erro essencial quanto à pessoa do cônjuge, pontuando que o relacionamento entre as pessoas se estabelece pelo todo que cada uma representa, não apenas pela sua constituição genital, motivo pelo qual seria admissível apenas o pleito de divórcio pela insuportabilidade de manutenção de vida em comum. [...] À guisa de argumentação, é interessante questionar qual a relevância de tal ato se o cônjuge que não foi cientificado da condição do transexual o ama a ponto de ter com ele se casado. Será que o amor se diluiria imediatamente ao se ter ciência de tal fato?”

Desta maneira, como os fatores determinantes para o casamento já não são mais procriação ou manutenção de patrimônio, e sim o afeto, a escolha do consorte é livre e baseada em particularidades pessoais que atraíram o outro a tal ponto, de desejarem unir-se com a chancela do Estado.

Isto posto, descobrir que o parceiro não nasceu com sexo anatômico feminino ou masculino, não tem a aptidão de afastar o sentimento que uniu aquelas pessoas, se estiver dissociado de preconceito. Logo, só é possível compreender que a identidade de gênero do transexual seja mais forte para o seu cônjuge do que o sentimento de amor que os uniu, se o que de fato incomodar o cônjuge “enganado” não for ter desconhecido a redesignação

sexual, e sim, associar que, uma vez heterossexual, foi induzido a relacionar-se com alguém de mesmo sexo ou então, que o seu cônjuge é uma “aberração”, o excluindo de sua vida apenas por não corresponder ao que o padrão heteronormativo considera como correto e adequado.

Todavia, esta compreensão é sobremaneira equivocada, uma vez que o homem ou a mulher trans em nada é diferente do homem e da mulher cisgênero, tendo em vista que por toda a sua vida se reconheceu pertencente ao gênero oposto, de modo que a única coisa que lhe separava de ser como de fato se identificava, era o corpo biológico em que tinha nascido.

Quando os nubentes se casam com um homem ou uma mulher trans, contraem matrimônio com quem acreditam estar casando: o homem ou a mulher por quem se afeiçãoou ao ponto de desejar comungar a vida e com quem provavelmente já mantinha relações sexuais antes mesmo da união, pois atualmente as pessoas já não precisam estar casadas para vivenciarem experiências sexuais.

Entretanto, ainda que não se concorde com o exposto, e se considere ter havido erro essencial quanto a identidade do consorte, ou então, quebra do dever de consideração e confiança (boa-fé objetiva), não resiste a possibilidade de anulação do casamento quando em sopesamento com o direito personalíssimo e fundamental do transexual à intimidade e à vida digna, feliz, à liberdade e a autonomia pessoal, ao seu direito ao esquecimento, à sexualidade e à identidade de gênero (CUNHA, 2019, p. 11).

Nas próprias palavras de Leandro Cunha (2019, p. 15/16):

“Inadmissível se elucubrar que tal direito [à intimidade] poderia ser afastado em caso de casamento ou união estável, ante ao dever de respeito e preceitos como lealdade entre as partes ou a imposição de critérios de fundo contratual de boa-fé. O estabelecimento de uma união de vida tem o condão de transformar a vida das pessoas, gerar uma série de restrições a liberdades existentes, contudo não pode retirar do indivíduo sua condição humana ou afastar a incidência de direitos essenciais a todo e qualquer ser humano, razão pela qual não se pode sequer cogitar a teratológica hipótese de que o casamento ou a união estável teriam o poder de dizimar direitos da personalidade do cônjuge ou companheiro”.

Por fim, só resta ao cônjuge que se sente ofendido pela descoberta, a dissolução do vínculo estabelecido, salientando-se que não há necessidade de motivação para o divórcio ou para a dissolução da união estável (DIAS, 2016, p. 157).

Na mesma linha, será assumido, a seguir, posicionamento em favor do qual não existe um dever do cônjuge ou convivente transexual de comunicar ao seu parceiro a sua transgeneridade, de modo que, não existindo tal dever, não há que se falar em dano moral na hipótese de silêncio do transgênero, bem como não se sustenta eventual pedido de indenização em face da quebra da boa-fé objetiva ou do dever de lealdade ou consideração, considerando a excludente de ilicitude exercício regular de um direito.

5 A AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL NA HIPÓTESE DE SILÊNCIO DO TRANSEXUAL OU DO INTERSEXUAL OPERADO A RESPEITO DE SUA TRANSGENERIDADE

Antes de adentrar especificamente na discussão acerca da possibilidade ou não do pedido de indenização no direito de família, e em especial, decorrente do silêncio do transexual ou do intersexual a respeito de sua transgenitalização, é preciso clarificar conceitos técnicos básicos da Teoria da Responsabilidade Civil, como o que é dever jurídico, o que é ato ilícito, do quê decorre a obrigação de indenizar, entre outros.

Destarte, a principal finalidade do Direito é evitar que as pessoas deixem de cumprir os comandos presentes nas normas jurídicas, agindo, desta forma, contrariamente ao que o Ordenamento Normativo espera dos jurisdicionados.

Para isso, a ordem jurídica estabelece deveres, que podem implicar em condutas positivas ou negativas (TARTUCE, 2019b, p. 526), a serem observados por todos os sujeitos.

Estas condutas consubstanciadas em normas, impostas aos indivíduos pelo Direito por exigência da sociedade, são os deveres jurídicos. Por sua vez, impor deveres jurídicos aos sujeitos implica em criar obrigações, e a inobservância de tais deveres gera comportamento contrário a Ordem Jurídica, revestido de ilicitude (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 15/17).

Observando o exposto, vê-se que obrigação é diferente de dever jurídico, se tratando de consequência do descumprimento daquele. Na realidade, a obrigação não deixa de ser um dever jurídico, mas é uma espécie secundária deste, tendo em vista que surge da inobservância de um dever jurídico originário. Trabalhando com esta ideia, complementa Flávio Tartuce (2019b, p. 41/42) que o dever jurídico é mais amplo que a obrigação, pois engloba além das relações de direito pessoal, aquelas de natureza real, envolvendo ainda outras searas do direito privado, como o Direito de Família.

Gilselda Hironaka e Renato Franco, na tentativa de diferenciar dever jurídico de obrigação sustentam que

“[...] Na obrigação, em correspondência a este dever jurídico de prestar (do devedor), estará o direito subjetivo à prestação (do credor), direito que, se violado – se ocorrer inadimplência por parte do devedor -, admitirá, ao seu titular (o credor), buscar no patrimônio do responsável pela inexecução (o devedor) o necessário à satisfação compulsória do seu crédito, ou a reparação do dano causado [...]” (TARTUCE, 2019b, p. 42).

Destarte, toda conduta humana contrária ao Direito, marcada pela antijuridicidade, consiste quase sempre em ato ilícito que gera dano a terceiros. Esse prejuízo causado a terceiro, a partir do cometimento de um ato ilícito, faz surgir um novo dever jurídico, qual seja, a obrigação de reparação do dano causado, devolvendo a vítima ao seu estado anterior ao prejuízo sofrido (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 15/17).

Por conseguinte, o dever jurídico fundado na obrigação que tem o sujeito ativo do dano, de repará-lo, é o que se conhece por Responsabilidade Civil (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 16), sendo nesse sentido a conclusão de Flávio Tartuce (2019b, p. 42) de que “caso o dever [jurídico] seja descumprido, surge dessa conduta a responsabilidade, impondo sanções para aquele que desrespeitou a ordem determinada”.

Assim, responsabilidade civil é o dever jurídico que aquele que cometeu o ato ilícito, gerando danos a terceiros, tem de reparar o prejuízo, sendo certo que toda conduta humana que viola dever jurídico e causa prejuízo a outrem, é potencial geradora de responsabilidade civil (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 16).

É importante pontuar que a responsabilidade civil gerada pelo ato ilícito causador de dano pode ser classificada em diversas formas, sendo oportuno diferenciar responsabilidade extracontratual e contratual, bem como definir responsabilidade extracontratual subjetiva.

Nessa esteira, responsabilidade contratual é aquela cujo ato ilícito provocador do dano provém da transgressão a uma ou mais cláusulas de um contrato juridicamente válido e eficaz. Já a responsabilidade extracontratual é aquela, já vista, cujo dano decorre do cometimento de ato ilícito que viola direito de terceiro (CARDIN, 2012, p. 17).

Noutra via, a responsabilidade extracontratual subjetiva é aquela para a qual o dano tem que decorrer de conduta ilícita dolosa ou culposa.

Com efeito, haverá a obrigação de indenizar sempre que a conduta de causar prejuízo alheio tiver sido diretamente desejada ou assumida pelo agente (dolo) ou se tiver resultado de sua imprudência, imperícia ou negligência (culpa). Salienda Flávio Tartuce (2019b, p. 522) que

“[...] para o Direito Civil não importa se o autor agiu com dolo ou culpa, sendo a consequência inicial a mesma, qual seja a imputação do dever de reparação do dano ou indenização dos prejuízos”.

Isto posto, saliente-se que na ausência do elemento subjetivo doloso ou culposo, ainda que tenha havido o dano como consequência direta da conduta (nexo causal), não haverá obrigação de indenizar.

Destarte, são pressupostos da responsabilidade civil extracontratual subjetiva: a conduta humana, o dano, a culpa em sentido amplo e o nexo causal, sendo que, na ausência de um deles, não haverá obrigação de indenizar (TARTUCE, 2019, p. 514/516).

Coisa diferente da responsabilidade civil é a sua consequência, o dano.

Juridicamente, ele consiste na “lesão [...] que devido a certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral” (FISCHER, 1938, p. 07).

De sobrelevar, então, que o dano não é somente o prejuízo material que um terceiro sofre com o cometimento de ilícito por alguém, tendo em vista que pode também consistir na lesão a bem jurídico extrapatrimonial, como se dá com a ofensa aos direitos da personalidade (CARDIN, 2012, p. 16).

Muitas são as classificações que ao dano podem ser atribuídas na Doutrina.

Nesta perspectiva, quanto ao objeto, o dano pode ser moral/extrapatrimonial ou patrimonial/material, uma vez que este último diz respeito a uma perda ou deterioração de um bem palpável e economicamente avaliável, ao passo que o primeiro provoca no homem uma ordem de lesão mais íntima, atingindo-lhe sua honra, sua boa fama, sua dignidade ou sua liberdade, causando-lhe verdadeiro sofrimento (CARDIN, 2012, p. 16).

Por sua vez, o dano moral pode ser manifestado na relação pessoa-sociedade ou na relação psique-corpo. Aquela corresponde ao dano moral

objetivo ou impuro, porque vinculado à imagem do sujeito na sociedade, à sua reputação, enquanto esta se liga à individualidade e ao estado psíquico da vítima, possuindo efeitos introspectivos, compondo os danos morais puros ou subjetivos (CARDIN, 2012, p. 17).

Conceitua Carlos Alberto Bittar (1993, p. 293) que

“Os danos morais são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, sentimentos e sensações negativas. [...] Conclui-se que o dano moral consiste na lesão sofrida pela pessoa [...] em seu foro íntimo”.

Complementando a compreensão a respeito dos danos morais, Flávio Tartuce (2019b, p. 592) salienta que podem decorrer da lesão à direito da personalidade, casos em que

“[...] para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial [...]. Por isso é que se utiliza a expressão reparação e não ressarcimento para os danos morais. [...] Não há no dano moral uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim de compensação pelos males suportados”.

Ante o exposto, é imprescindível compreender que a responsabilidade civil no Direito de Família é distinta da responsabilidade civil conforme as regras gerais do Direito Privado, nos termos que serão analisados a seguir.

5.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Conforme Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2017, p. 131/132) dúvida não há que a caracterização de um ato ilícito no campo das relações familiares é possível, resultando na incidência da responsabilidade civil e o seu conseqüente dever de reparação de danos. Contudo, diverge a Doutrina em duas grandes correntes quando se discute a amplitude da antijuridicidade nas relações de família.

Para alguns, entre eles Regina Beatriz Tavares e Inácio de Carvalho Neto, a ilicitude no campo das famílias é ampla, não estando restrita ao que é

compreendido como ato ilícito nas regras gerais de direito civil, nos termos dos artigos 186 e 187 do Código Civil vigente (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 131/132)

Assim, segundo esta corrente, a responsabilização civil no âmbito das famílias é dilatada, podendo decorrer da violação a deveres familiares específicos. Nesse caso, o entendimento acerca do que é ilicitude consiste na violação de dever imposto na ordem legal (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 132).

De outro lado, há parcela significativa de juristas que aceitam a aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares de maneira limitada. Nessa hipótese, o alcance da ilicitude estaria restrito apenas aos casos em que houver ato ilícito, conforme o que entende os artigos 186 e 187 do Código Civil vigente como comportamento antijurídico.

Em outras palavras, a ilicitude no campo das famílias necessariamente corresponderia ao seu conceito geral, de modo que a inobservância de deveres legais, por si só, não seria capaz de provocar a responsabilidade civil e o dever de reparação (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 132).

Posicionando-se quanto à celeuma, aduzem os referidos autores que “a violação pura e simples de algum dever jurídico familiar não é suficiente para caracterizar o dever de indenizar”, filiando-se, assim, a corrente segundo a qual, a incidência da responsabilidade civil nas relações de família dependerá da prática de um ato ilícito, devidamente comprovado (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 133).

Com efeito,

“a simples violação de um dever decorrente de norma de família não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 133).

“[...] somente quando uma determinada conduta caracterizar-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 133).

Nesse passo, preocupam-se ainda Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2017, p. 134) que o uso irrestrito e indiscriminado das regras da responsabilidade civil no Direito de Família retome a patrimonialização nas

discussões familiares, enfraquecendo o nuclear valor afetivo que permeia, atualmente, os debates das relações de família.

Caminhando no mesmo sentido que Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Maria Berenice Dias (2016, p. 156/157) entende que quando o dano moral nas relações de família decorre da prática de um ato ilícito, inquestionavelmente gerará a obrigação indenizatória.

Todavia, se decorrer a responsabilidade civil do descumprimento de um dever jurídico familiar, nada estará definido, tendo em vista que ao mesmo tempo em que “não há expressa previsão sobre a possibilidade de indenização em decorrência da vida em comum”, também não há Lei que a proíba (DIAS, 2016, p. 156/157).

No entanto, conquanto não haja legislação proibindo o maior alcance da responsabilidade civil no direito de família, opina a Autora que os deveres previstos nos artigos 1.566 e 1.724 do Código Civil, para o matrimônio e a união estável, uma vez violados, não encontram nesta lesão, de per si, ofensa à honra e à dignidade do consorte ou convivente, a ponto de gerar o dever de indenização por danos morais (DIAS, 2016, p. 159).

E conclui:

“Para a configuração do dever de indenizar não é suficiente que o ofendido demonstre seu sofrimento. Somente ocorre a responsabilidade civil se presentes todos os seus elementos essenciais: dano, ilicitude e nexa causal”.

Nessa esteira, Valéria Silva Galdino Cardin (2012, p. 22) assevera que, em que pese o ordenamento jurídico pátrio não possua nenhum dispositivo específico que verse sobre a responsabilidade civil no direito de família, o ressarcimento por danos morais é possível, quando o intuito da pessoa que cometer o ato tido como ilícito seja ofender a honra ou a imagem da vítima.

Complementando, numa reflexão histórica-legislativa, opina a Autora que desde a mudança no direito de família promovida com a Constituição Federal de 1988, deu-se início à valorização dos vínculos afetivos e de solidariedade entre os membros da família, de modo que se passou a exigir responsabilidade de um perante o outro, o que, ao seu ver, justifica a

aplicabilidade da teoria geral da responsabilidade civil nas relações familiares (CARDIN, 2012, p. 45).

Atenta também Valéria Silva Galdino Cardin (2012, p. 47) para a preocupação que Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald demonstraram com o retorno da patrimonialização das famílias, afirmando que

“[...] a responsabilidade por dano moral no âmbito familiar deve ser analisada de forma casuística, com provas irrefutáveis, para que não ocorra a banalização do dano moral”.

Ante tudo o exposto, é premissa já fixada a possibilidade de responsabilidade civil decorrente do dano moral nas relações de família, ainda que haja verdadeira diáspora doutrinária quanto ao campo de alcance da ilicitude.

Nesse sentir, Flávio Tartuce (2019d, p. 08) se posiciona afirmando que

“Entre os membros do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), há forte corrente doutrinária que entende não se poder falar em responsabilidade civil por danos morais nas relações familiares. [...] Concordamos integralmente que o casamento não é fonte de lucro, [...] mas, ao contrário, entendemos ser possível a reparação dos danos morais nos casos que envolvem as relações de família, [...] [sendo que] a complexidade das relações pessoais recomenda a análise caso a caso”.

De mais a mais, infere-se que o referido Autor entende possível a indenização por dano moral na hipótese em que o transexual ou o intersexual operado deixar de revelar ao seu companheiro ou cônjuge sua transgenitalização, uma vez que compreende ter sido configurado dano moral nas relações de família “principalmente nos casos em que a pessoa é enganada pela outra parte envolvida, a qual desrespeita toda a confiança depositada sobre si” (TARTUCEd, 2019, p. 11).

A respeito do dever de indenizar no campo das relações familiares, tendemos a concordar com a corrente da qual fazem parte Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, e que complementa Valéria Silva Galdino Cardin ao apontar que, o fator volitivo deve ser considerado para configuração da responsabilidade civil. Todavia, é necessário pontuar que não apenas o dolo (a vontade deliberada de ofender o outro) seria capaz de firmar o ato ilícito, uma

vez que, na interpretação do artigo 186 do Código Civil, também a culpa em sentido estrito é apta à ilicitude.

Desta forma, é dano moral indenizável no direito de família, aquele que decorre de ato ilícito nos termos dos artigos 186 e 187 do Código Civil, sendo pressupostos da obrigação de reparar, a existência de conduta ilícita que provoque diretamente o dano. Em outras palavras, que se façam presentes a ilicitude, o dano, a culpa em sentido amplo e o nexo causal.

Diante disso, a inobservância dos deveres específicos das relações de família, como o de lealdade e o de consideração, não têm o condão de, por si mesmos, provocarem dano moral indenizável.

Ademais, é este argumento irrefutável também, para aqueles que consideram existir um dever jurídico especial do transgênero de revelar sua transexualidade ou intersexualidade para o (a) parceiro (a), haja vista que, ainda que existisse o referido dever jurídico, não seria ele, por si só, apto a gerar a incidência da responsabilidade civil.

Discutível é, como já visto neste trabalho, se de fato há quebra dos deveres conjugais ou da união estável, e mesmo, da boa-fé objetiva, quando se deixa de revelar ter passado pela redesignação sexual. Porém, inquestionável é, que ainda que assim se entenda, o silêncio do transgênero está salvaguardado pelo seu direito personalíssimo à intimidade, à sexualidade, à dignidade, à felicidade e à autonomia pessoal.

Destarte, não é razoável considerar que o silêncio do transexual ou do intersexual a respeito de sua identidade de gênero, perante o cônjuge ou companheiro, seja carregado de ilicitude, porquanto não se vislumbre intuito de ofender a honra e a dignidade do consorte ou companheiro (dolo), nem tampouco negligência, imperícia ou imprudência.

Não obstante, também não se vislumbra nexo causal nesta hipótese, uma vez que o dano (o sofrimento) que o consorte ou companheiro eventualmente experimente ante a descoberta, não decorre diretamente da conduta omissiva, mas sim, ou do preconceito que se tenha com os transgêneros ou da falta de informação a respeito da possibilidade de ter filhos

ou ainda, por ser fazer distinção entre o filho biológico “natural” e o decorrente de inseminação artificial ou adoção.

Sendo assim, o silêncio do transgênero não causa responsabilidade civil no direito de família, seja porque o dever de indenização deve ser consequência da configuração de um ato ilícito, e não do simples descumprimento de um dever jurídico familiar, ou porque, ainda que se entenda possível que a responsabilidade civil decorra do descumprimento de um dever jurídico familiar, em eventual sopesamento da quebra do dever genérico de confiança nas relações de família com os direitos personalíssimos à intimidade, à sexualidade, à dignidade, à felicidade, à liberdade e à autonomia pessoal, estes devem ser os resguardados pelo Estado-juiz.

Não obstante todos os argumentos postos pode haver ainda quem considere não ter sido dada resposta para o caso em que se entenda o silêncio do transexual ou do intersexual a respeito de sua transgeneridade, como ato ilícito nos termos do artigo 186 do Código Civil. Ou ainda, à tese de Flávio Tartuce (2019, p. 11), que consigna a hipótese de responsabilidade civil no Direito de Família para além da apuração do cometimento de ato ilícito, havendo dever de indenizar mesmo que não haja ilícito propriamente dito, quando decorrer de abuso de direito, pelo desrespeito à boa-fé objetiva ou aos bons costumes.

A resposta possível para quem considera o silêncio do transexual como omissão voluntária que viola direito do companheiro ou do consorte e lhe causa diretamente dano – supondo que exista um dever jurídico do transgênero de comunicar a sua identidade de gênero – ou para quem o considere como abuso de direito se encontra na hipótese manifestada no inciso I, do artigo 188 do Código Civil, pelo qual

“Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

Nesse sentir, assevera Leandro Cunha em diferentes obras que:

“O fato de ocultar ou não revelar a realização do processo transexualizador está acobertado pelos preceitos do direito à intimidade e não pode ser utilizado como fato gerador para o pleito de indenização, sendo de se considerar, ainda, que

mesmo que se considerasse presentes a ação do indivíduo, o dano ao cônjuge ou companheiro, onexo causal e a culpa *lato sensu* na negativa da informação quanto a realização de intervenções cirúrgicas e hormonais para adequação do corpo do transexual tal conduta estaria acobertada pelo exercício regular de um direito como excludente de uma eventual ilicitude” (2019, p. 16).

“[...] Assim entende-se por não ser admissível qualquer sorte de indenização pelo simples fato da ocorrência da mudança de sexo do consorte, vez que ao agir assim o sujeito está exercendo direitos naturais e inerentes à sua condição humana, valendo-se de seus direitos da personalidade e respaldado pelos parâmetros dos direitos humanos” (2014, p. 333).

“[...] não havendo qualquer possibilidade de proceder a um pedido de indenização por parte do companheiro face a realização de intervenção por parte de seu convivente, podendo-se mesmo asseverar ser aqui o caso de excludente de ilicitude ante ao exercício regular de um direito constitucionalmente instituído” (2014, p. 332).

Por derradeiro, se a postura do transgênero de manter sua identidade de gênero reservada a si, inquestionavelmente é exercício de seu direito personalíssimo à intimidade, bem como fruto de seu direito fundamental à liberdade e à vida digna, na qual se inclui o direito à felicidade, ainda que se pretenda considerá-la ato ilícito, na forma do art. 186 ou enquanto abuso de direito, se esbarrará na excludente de ilicitude que é o exercício regular de um direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho de conclusão de curso teve como finalidade assentar a inexistência do dever jurídico dos transgêneros de informar sua identidade de gênero para os companheiros ou cônjuges e os efeitos jurídicos que surgem da descoberta posterior, por aqueles, desta transgeneridade.

Do exame do trabalho feito, verifica-se que o objetivo geral deste estudo, qual seja, a defesa da inexistência, para o transexual ou intersexual operado, de um dever de informar sua transexualidade ao cônjuge ou companheiro, uma vez que, a partir do referencial teórico esteado principalmente no trabalho de Leandro Reinaldo da Cunha, cuja premissa é que o direito à identidade de gênero é um direito personalíssimo, tornou-se possível afirmar que no enfrentamento da boa-fé contratual com os direitos da personalidade à intimidade e à identidade de gênero, albergado este último, no direito personalíssimo à sexualidade, dignidade humana, liberdade e felicidade, deve ser priorizado pelo Estado a tutela dos direitos da personalidade.

Não obstante, a mesma linha argumentativa pode ser utilizada para afastar a possibilidade de anulação do casamento e de indenização civil, sem prejuízo de outros fundamentos também relevantes, como a não caracterização do silêncio do transexual como um erro essencial ou substancial, bem como o não enquadramento do referido silêncio como conduta omissiva revestida de ilicitude, apta a responsabilizar civilmente o trans. Nesse último, para os irrisignados com tal posicionamento, ainda se salienta a excludente de ilicitude do exercício regular de um direito, para afastamento da hipótese de indenização.

Também os objetivos específicos foram cumpridos, tendo em vista que ao longo da pesquisa, foram apresentados os conceitos distintivos de gênero, identidade de gênero, transexualidade, intersexualidade, travestis, performistas e orientação sexual, bem como fixada a premissa de que a sexualidade é expressão da identidade humana e não uma doença ou elemento de marginalização social.

No mesmo passo, foi observada a leniência legislativa para tutela dos direitos dos transgêneros, que restam sem efetivação, e realizado o exame histórico de evolução das famílias.

Assim, confirmaram-se as hipóteses iniciais de que: (1) não existe o dever de informar a identidade de gênero, pelo transexual, ao companheiro ou cônjuge, sem que se fira o direito personalíssimo à intimidade e à identidade de gênero; (2) não é hipótese de anulação do casamento por erro essencial sobre a pessoa do cônjuge, a descoberta posterior da condição de trans do parceiro (a), sendo, no máximo, hipótese de dissolução do matrimônio; e (3) é impossível a responsabilidade civil do transexual que opta por não revelar sua identidade de gênero, ainda que se vislumbre presente nexos causal, dano e culpa em sentido amplo, pois se trata de hipótese de exercício regular de um direito.

Destarte, em que pesem cumpridos em sua totalidade os objetivos da presente pesquisa, é preciso destacar que uma abordagem diferente do mesmo conteúdo poderá ser feita, como complemento de aprofundamento deste trabalho, ao se examinar, como única finalidade, a contraposição direta entre os entendimentos da doutrina que defendem a possibilidade de anulação do casamento por erro essencial quanto a pessoa do cônjuge, contra aqueles que a refutam, adotando-se o mesmo procedimento para a questão da responsabilização civil.

Isto porque, muito embora eu tenha referenciado os entendimentos contrários a tese defendida neste trabalho, muito mais espaço tiveram os posicionamentos dos poucos autores que concordam com a inexistência do dever jurídico de informar, em relação àqueles que se posicionam opostamente, e muito também pela necessidade que senti de entender e posteriormente explicar, os aspectos relativos ao gênero, identidade de gênero, direitos da personalidade e de examinar as peculiaridades históricas do Direito de Família. Assim, uma vez já explorado tais elementos no presente trabalho, um posterior aprofundamento pode ter como foco principal, o enfrentamento, ponto a ponto, dos argumentos favoráveis e contrários à inexistência do dever de informar.

Por derradeiro, imprescindível explicitar que o suposto problema envolvendo o relacionamento afetivo de transexuais com homens ou mulheres cisgêneros tem como ponto de partida a premissa de que o transexual tem a obrigação de revelar esta sua particularidade para o (a) parceiro (a), a fim de que o futuro da relação seja decidido por este último. Com efeito, para além de esperar do transexual que revele característica tão íntima sua, retirando seu direito de escolha, esta pressuposição de existência de um dever de informar é acompanhada de um preconceito incrustado à condição do transexual, já o tratando desigualmente em comparação aos deveres de qualquer outro relacionamento e deixando a decisão quanto ao destino de um enlace afetivo a cargo do cisgênero, quando em respeito à isonomia e afetividade, deveria ser de ambos.

Ora, do mesmo modo de que já se alcança, na sociedade de hoje, a conclusão de que não é um dever do parceiro confessar sua vida amorosa pregressa, nem se discute a possibilidade de indenização por não tê-lo feito, não deveria ser exigido do transexual, pelo fato de sua transexualidade, que anuncie sua condição ao parceiro, acionando nessa confissão alta carga emocional, sem que lhe seja dado o direito mínimo de escolha.

Considerando o exposto e muitos outros argumentos colacionados na presente monografia, é que defendo a corrente interpretativa segundo a qual inexistente um dever de informar titularizado por transexuais, a respeito de sua identidade de gênero, tal qual não se exige enquanto dever jurídico dos cisgêneros que revelem, contra sua vontade, detalhes de sua intimidade. Alinha-se com essa linha de raciocínio, ademais, o tratamento igualitário dos transexuais, o respeito à afetividade norteadora das relações afetivas pós Constituição de 1988, à observância do direito personalíssimo à privacidade e à consolidação do princípio mor da Magna Carta, realizando a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da Própria Imagem – Pessoa Física, Jurídica e Produto**, Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BARROS, Sérgio Resende de. **A ideologia do afeto**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BEAUVOIR, S. **O segundo sexo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **IV Jornada de Direito Civil - Enunciados aprovados**. 2016. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.002/2013**. 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1059446>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRECHT, Bertolt. **É preciso agir**. Disponível em: <http://projetoeduc.cecierj.edu.br/eja/recurso-multimedia-professor/historia/novaeja/m3u05/38%20Poesia_agir.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012. 236 p.

CARDIN, Valéria Slilva Gardino; BENVENUTO, Fernanda Moreira. **Do reconhecimento dos direitos dos transexuais como um dos direitos da personalidade**. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2899>>. Acesso em: 10 out. 2019.

Conselho Federal de Psicologia. **Transexualidade não é transtorno mental, oficializa OMS**. 2019. Disponível em: <<https://site.cfp.org.br/transexualidade-nao-e-transtorno-mental-oficializa-oms/>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

CARDOSO, Fernando Luiz. **O conceito de orientação sexual na encruzilhada entre sexo, gênero e motricidade**. 2008. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rip/v42n1/v42n1a08.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 688 p.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade de gênero, dever de informar e responsabilidade civil**. Revista IBERC, Minas Geras, v. 02, n. 1, p. 01/17, 2019.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero: aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil**. 2014. 515 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6655>>. Acesso em: 30 set. 2019.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade de gênero e a responsabilidade civil do Estado pela leniência legislativa**. Revista dos Tribunais, 962, p. 37-52, 2015.

CUPIS, Adriano de. **Direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, fls. 17/18.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1275 p. Ebook.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: O Preconceito & A Justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 7ª Edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 1989, v.01.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 316.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 1024 p.

FERREIRA, Adriano. Relações entre o Direito e a Moral. Disponível em: <<https://direito.legal/aintdir/relacoes-entre-o-direito-e-a-moral/>>. Acesso em: 10 out. 2019.

FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Coimbra: A. Amador, 1938.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Direito de Família - as famílias em perspectiva constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 484.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, 20ª Edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2018, vl. 01.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2019. 1901 p. Ebook.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, 10ª Edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2018. 1 v. Ebook.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 6 v.

GUIMARÃES, Flávio Romero. NEWTON, Paulla Christiane da Costa. BEZERRA, Ricardo dos Santos. **Direitos humanos e vulnerabilidades: uma abordagem multidisciplinar para a consolidação da cidadania plural**. Ebook. Campina Grande/PB: Editora Realize, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado: Superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira..** 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67537/70147/>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos: Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião**. 2012. Disponível em: <https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989>. Acesso em: 13 out. 2019.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 116 p. Ebook.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2018. 625 p. Ebook.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINISTRO extingue ação contra resolução sobre casamento de pessoas do mesmo sexo. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=239796>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

MOREIRA, Jacqueline de Oliveira et al. **A exposição do amor na internet: público ou íntimo?** 2017. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672017000100002>. Acesso em: 10 out. 2019.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann et al. **Temas de direito civil: uma visão contemporânea do Direito de Família e da Criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. 133 p.

PROCESSO Transexualizador no SUS. 2017. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/atencao-especializada-e-hospitalar/especialidades/processo-transexualizador-no-sus>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

RIBEIRO, Leandro Conceição. **O direito e a moral: as principais distinções**. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58748/direito-e-moral-as-principais-distincoes>>. Acesso em: 10 out. 2019.

RUGGIERO, Roberto de, **Instituições de Direito Civil**, Editora Booksellers, 1999, vol. 1.

SCHREIBER, Anderson, **Direitos da Personalidade**, 3a Ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2014.

SEPÚLVEDA, GABRIELA. SEPÚLVEDA, VIDA. **O direito da identidade civil e do reconhecimento de gênero do grupo transgênero não operado**. Disponível em < <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5237>>. Acessado em: 26 de Setembro de 2019.

SEXUALIDADE, Grupo de Pesquisa Direito e. **Glossário**. [mensagem pessoal] Mensagem enviada por: <direitoesexualidade@gmail.com>. em: 14 out. 2019.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Temas de Direito e Processo de Família e Sucessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 167 p. 1 v.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos da Teoria Geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 493 p.

SOUSA, Laryla Gabriele Santos de; ALCANTARA, Rhuan Rommel de Bezerra. **Direitos Humanos e Vulnerabilidades: Uma abordagem multidisciplinar para a consolidação da cidadania plural**: Os direitos personalíssimos dos transexuais no Brasil: uma perspectiva dos avanços e retrocessos jurídicos na busca da plena efetivação. Campina Grande: Realize, 2017. Disponível em: <https://www.editorarealize.com.br/revistas/ebook_conidih/trabalhos/ebook2_conidih2.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual. Estudos sobre o transexualismo - Aspectos Médicos e Jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Lei de Introdução Geral e Parte Geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019a. 1 v. Ebook.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito das obrigações e responsabilidade civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b. 2 v. Ebook.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito de Família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019c. 5 v. Ebook.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/48.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2019d.

TARTUCE, Flávio. **Técnica de Ponderação no Novo CPC: posição favorável (Flávio Tartuce) e posição contrária (Lênio Luiz Streck)**. 2016. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/02/15/tecnica-de-ponderacao-no>>

novo-cpc-posicao-favoravel-flavio-tartuce-e-posicao-contraria-lenio-luiz-streck/>.
Acesso em: 10 nov. 2019.

WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro, introdução e parte geral**, 7ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.